

## **CAPÍTULO VII: ABOGACÍA**

## 1. REPRESENTACIÓN Y ASESORÍA

Una abogada o un abogado desempeña sus labores en (1) la representación de intereses ajenos sobre todo cuando se trata de formas heterocompositivas de solución de conflictos –juicios y arbitrajes– y, en general, (2) en la asesoría al cliente. El estatuto orgánico solo advierte la primera de estas tareas en el Título XV:

“Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes” (art. 520 COT).

El Código de Ética del año 2011 (CE 2011), elaborado y aprobado por el Colegio de Abogados de Chile (Santiago de Chile) A.G., en cambio, abordó los servicios profesionales del abogado con una mirada más amplia: el consejo y la asesoría jurídica, la representación y patrocinio y, en general, el resguardo de los intereses del cliente (art. 15 inciso 1º).

El CE 2011 incluso distingue entre cliente, potencial cliente y relación profesional. En este sentido, (1) cliente es “la persona natural o jurídica que ha establecido una relación profesional con un abogado para la prestación de servicios profesionales” (art. 15 inciso 1º), (2) potencial cliente es “la persona natural o jurídica que consulta al abogado acerca de cierto asunto [y] se entiende por consulta la solicitud del cliente potencial expresando seriamente al abogado su interés por obtener sus servicios profesionales” (art. 20), y (3) la relación profesional comienza “cuando una persona natural o jurídica manifiesta a un abogado su intención seria de que ese abogado le proporcione servicios profesionales, y el abogado consiente expresa o tácitamente en prestar sus servicios” (art. 17 inciso 1º).

### 1.1. Requisitos para ser abogado

Los requisitos para ser abogado son (art. 523 COT):

- 1) Tener al menos veinte años de edad.
- 2) Tener el grado de licenciado en ciencias jurídicas otorgado por una universidad, en conformidad a la ley.

En algunos países solo se exige un mínimo de créditos aprobados en derecho para ser abogado. Así, por ejemplo, en Corea del Sur, se exigen treinta y cinco créditos aprobados en ramos de derecho, y en Inglaterra e Irlanda se puede ser abogado –en algunos casos– rindiendo un examen especial e incluso si no se tiene el grado de licenciado en derecho<sup>615</sup>.

En relación con este requisito, además, cabe recordar que la LOAT exige de manera expresa “tener el título de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile” (art. 402 N° 2) que era la única universidad en funciones cuando aquel estatuto orgánico entró en vigencia.

- 3) No haber sido condenado ni estar actualmente acusado por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva.

- 4) Antecedentes de buena conducta. En el año 2001 se autorizó a la Corte Suprema para que haga las averiguaciones que estime necesarias acerca de los antecedentes personales del postulante (Ley N° 19.708).

En virtud de esta última potestad, la Corte Suprema ha exigido que cada interesado acompañe “información sumaria de testigos que pongan sobre los antecedentes de buena conducta del postulante” y autorice un acceso a su extracto de filiación en el Registro Civil e Identificación (art. 3° N°s. 3 y 4, Acta N° 192 de 2015).

Para cumplir con la primera de estas exigencias los licenciados en derecho “deberán presentar dos testigos de conducta, que conozcan personalmente al postulante por un término no inferior a un año, quienes deberán declarar en forma conjunta (art. 8° inciso 2, Acta N° 192).

<sup>615</sup> FUENZALIDA (2010), p. 157.

En este mismo plano, la Corte Suprema ha dispuesto que “no pueden declarar como testigos los menores de 18 años, parientes del postulado, funcionarios judiciales, personas que hayan declarado más de dos veces en un mismo año calendario, ni el (la) mandatario(a) del postulante” (art. 8° inciso 4, Acta N° 192). Luego, “en caso de dudas acerca de la idoneidad del testigo y del testimonio, la aceptación de su declaración será resuelta por la jefatura de la Oficina de Títulos, quien analizará las circunstancias concretas de la declaración” (art. 8° inciso final, Acta N° 192).

- 5) Haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional por seis meses en la Corporación de Asistencia Judicial, acreditado por el director general de la respectiva Corporación.

Esta última obligación se entiende cumplida “por los postulantes que sean funcionarios del Poder Judicial durante cinco años, y que se encuentren en las primeras cinco categorías del escalafón del personal de empleados u oficiales de secretaría” (art. 523 inciso final COT). En el año 2011, además, se presentó un proyecto de ley para extender esta homologación a los postulantes que sean funcionarios o empleados del Ministerio Público ya sean auxiliares, administrativos, técnicos o profesionales (Boletín N° 7.793-07). En el año 2015, a su vez, otro proyecto sugirió ampliar esta homologación del requisito de la práctica profesional a todos los funcionarios o empleados de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, que lo hayan sido por al menos un año (Boletín N° 9.874-07).

Esta práctica podría suplir una carencia de la formación universitaria chilena en derecho, la que tradicionalmente no ha contemplado una etapa de capacitación profesional y tampoco ha exigido aprobar un examen de habilitación para poder litigar, aunque en el año 2008 se presentó un proyecto de ley para incorporar un examen habilitante ante la Corte Suprema como requisito para ser abogado (Boletín N° 5.963-07).

Junto con los requisitos antes mencionados, es preciso añadir uno más: en el año 1941 se introdujo la exigencia de la nacionalidad chilena para ejercer como abogado (Ley N° 6.985)<sup>616</sup>. En el año 2006, en tanto, se presentó un

<sup>616</sup> SIERRA Y FUENZALIDA (2014), p. 427 (nota 25).

proyecto de ley para derogar este requerimiento (Boletín N° 4.264-07), pero la iniciativa se archivó al año siguiente cuando se permitió ejercer como abogado a las personas extranjeras que sean residentes y que hayan cursado todos sus estudios jurídicos en Chile (art. 526 COT, reformado por Ley N° 20.211 de 2007).

A) *¿Es el abogado un auxiliar de la administración de justicia?*

Para responder a esta pregunta es necesario tomar partido por algunas definiciones previas acerca de aspectos que son importantes para la institucionalidad vigente. Por un lado, para quienes afirman que el abogado sí es un auxiliar de la administración de justicia, es relevante que el título de abogado no lo otorguen las universidades sino la Corte Suprema (art. 521 COT), y que el texto constitucional de 1980 le reservase el ejercicio exclusivo de una función pública: la jurisdicción<sup>617</sup>.

La audiencia ante el Pleno de la Corte Suprema, en particular, sería un modo de comunicar la dimensión pública de la profesión de abogado. Al inicio de la República era una tarea de la Corte de Apelaciones (de Santiago) "hacer el recibimiento de abogados" (54 N° 11, Reglamento de Administración de Justicia de 1824), algo que se intentó reflotar en el año 2017, con un proyecto de ley que sugirió que esta audiencia la realicen las Cortes de Apelaciones (Boletín N° 11.478-07).

En esta audiencia, ante el Pleno de la Corte Suprema, la persona que se recibe de abogado tiene que jurar desempeñar leal y honradamente la profesión (art. 522 inciso 1° COT). De este modo:

"[L]a abogacía es una de las pocas profesiones que exigen un juramento como requisito para su ejercicio, solemnidad que debiese interpretarse como un requisito sustantivo, no tan solo como una ritualidad simbólica"<sup>618</sup>.

Tal como dispone la propia Corte Suprema:

"En el día y hora fijados para dar lugar a la audiencia pública de juramento, el Presidente de la Corte Suprema, de viva voz, procederá a declarar al postulante legalmente investido del título de abogada o abogado" (art. 16 inciso 1°, Acta N° 192 de 2015).

617 SALAS (1981), p. 37.

618 ANRIQUEZ *et al.* (2019), p. 31.

Por el contrario, quienes sostienen que el abogado no es un auxiliar de la administración de justicia esgrimen una noción muy parecida en su lugar, pero que no sería equivalente: lo que tiene este profesional liberal son algunos compromisos públicos<sup>619</sup>. Esta noción ha sido recogida por el Tribunal Constitucional:

"[L]a profesión de abogado tiene determinadas particularidades [pues] si bien no son auxiliares de la administración de justicia, cooperan con el servicio judicial"<sup>620</sup>.

Como se puede ver, este es un debate que expresa una tensión entre un servicio profesional que equilibra la lealtad con los intereses privados del cliente y un apego a los valores de la comunidad. Es por ello que —de haberlas— "las disposiciones que establecen que el abogado es un 'auxiliar de la justicia' deben ser interpretadas como haciendo referencia al 'sistema judicial' [de modo que] el abogado ya no colabora para descubrir la solución justa, sino que colabora con el funcionamiento correcto del sistema de justicia"<sup>621</sup>.

Esta colaboración puede manifestarse de varias maneras. Así, por ejemplo, el clásico rechazo de la solicitud (*i. e.*, "toda comunicación de un abogado relativa a uno o más asuntos específicos, dirigida a un destinatario determinado, por sí o por medio de terceros, y cuyo sentido sea procurar la contratación de sus servicios profesionales", art. 13 inciso 2 CE) es una prohibición que tradicionalmente se ha fundado en la idea de la abogacía como una profesión liberal —para proteger la "dignidad de la profesión"—, pero que puede tener un costo público en la medida en que promueve un modelo de publicidad de los servicios profesionales que afecta a los clientes (potenciales y actuales) quienes tienen poca información para decidir a quién contratar<sup>622</sup>.

Esta opacidad a la hora de elegir afecta la competencia en el mercado de los servicios jurídicos, lo cual ha dado pie a sugerir que el cliente debería estar protegido de la información falsa o engañosa en términos similares

619 MOSQUERA (1985), p. 525.

620 Tribunal Constitucional, 16 de noviembre de 2010, Rol N° 1568-2009 INA, cons. 16° (redacción de la ministra Marisol Peña y del ministro Enrique Navarro).

621 SELENE (2019), p. 116.

622 MAZA (2004), pp. 114-119.

a los que dispone de la ley de protección de los consumidores y usuarios (Ley N° 19.946)<sup>623</sup>.

Las dos principales expresiones que ha tenido el compromiso público de la abogacía con la administración de justicia chilena son el abogado de turno y la Corporación de Asistencia Judicial.

## 1.2. Abogado de turno

El acceso a la justicia es una garantía constitucional de las personas (art. 19 N° 3 inciso 1°). El abogado de turno es uno de los resguardos de esta garantía que contempla el estatuto orgánico al fijar un modo de nombrar a quien representará en juicio a las personas que no pueden contratar a un abogado.

El juzgado de letras en lo civil debe señalar cada mes a un abogado de turno para las causas civiles y a otro para las causas del trabajo de quienes tienen o podrían tener "privilegio de pobreza" (*i. e.*, una exención de pagar los gastos del juicio). Cuando las necesidades de acceso a la justicia así lo imponen y el número de abogados en ejercicio lo permite, la Corte de Apelaciones puede autorizar al juez para nombrar a dos o más abogados de turno (art. 595 inciso 1° COT).

El abogado de turno puede excusarse de cumplir esta labor por motivos justificados (art. 598 inciso 2° COT). En este caso, el juzgado de letras en lo civil competente puede designar un abogado "especial" que cumpla este rol (art. 595 incisos 3° y 4° COT). El Pleno de la Corte de Apelaciones respectiva podría considerar como motivos justificados que el abogado no resida en la comuna asiento del tribunal o que desempeñe una función en un organismo público, que fue el camino trazado por la LOAT para el abogado que ejerce "algún cargo concejil" (art. 408) y que mantuvo el estatuto orgánico como excusa junto con la de servir como abogado integrante (art. 599 COT).

El abogado de turno es una figura tradicional dentro de la regulación orgánica chilena. Lo contempló la LOAT de 1875 (art. 42) y el Código de Ética del año 1949 a propósito de la "defensa de pobres":

<sup>623</sup> Ídem.

"La profesión de abogado impone defender gratuitamente a los pobres, tanto cuando éstos se lo soliciten, como cuando recaiga nombramiento de oficio. No cumplir con este deber, desvirtúa la esencia misma de la abogacía. No rige esta obligación donde las leyes provean a la defensa gratuita de los pobres" (art. 7°).

En el caso de la LOAT, sin embargo, cabe hacer un alcance importante: el abogado de turno era nombrado por el juez de letras porque estos últimos tenían directamente "la tuición de las personas pobres y desvalidas que se hallen en el caso de entablar ante ellos cualesquiera reclamaciones judiciales" (art. 42 inciso 1°). Durante su debate parlamentario, incluso, José Clemente Fabres sugirió ampliar este deber del juez letrado "a los tribunales en general", aunque su idea no fue acogida<sup>624</sup>.

Esta tutela judicial de las personas en situación de vulnerabilidad era un típico rasgo colonial en donde había un "rey justiciero". En este sentido, por ejemplo, la Real Audiencia tuvo "dos grandes órdenes de materia: hacer justicia al monarca y hacer justicia a los vasallos en general y, en particular, a los naturales como vasallos miserables que merecían una especial atención"<sup>625</sup>.

Ahora bien, tanto en la Colonia como en la República, el interés de los abogados por defender en juicio a quienes no pueden pagar su servicio ha sido escaso, a pesar de que una de las principales virtudes o "méritos" del abogado colonial era, según se creía, su "desinterés"<sup>626</sup>. Tal como lo ilustra uno de los ejemplos que ha encontrado Carolina GONZÁLEZ:

"En 1762, Isabel Cañol, negra esclava, reclamaba ante la Real Audiencia que el abogado de pobres había rechazado representarla en su demanda por carta de libertad. El motivo, se habría encontrado muy ocupado"<sup>627</sup>.

Esta tutela judicial de las personas en situación de vulnerabilidad desapareció a comienzos del siglo XX cuando su lugar pasó a ser ocupado por el Colegio de Abogados, algo que se mantendría por medio siglo. Esto explica que doscientos veinte años después del caso de "Isabel Cañol", la ley sobre comparecencia en juicio de 1982 abordase este desafío exclusivamente a través del abogado de turno para las ciudades en donde no hubie-

<sup>624</sup> BALLESTEROS (1890), tomo I, p. 257.

<sup>625</sup> BARRIENTOS (1992), p. 147.

<sup>626</sup> GERTOSIO (2005), pp. 237-239.

<sup>627</sup> GONZÁLEZ (2012), p. 91.

re entidades públicas o privadas que presten asistencia jurídica o judicial gratuitas. En estos lugares, las personas “notoriamente menesterosas” –a juicio del tribunal– han de ser representadas en juicio por dicho abogado de turno (art. 2° inciso final, Ley N° 18.120 y art. 597 COT).

Pero a inicios de este siglo el Colegio de Abogados cuestionó este rol que él mismo había asumido. En el año 2009, en particular, el Tribunal Constitucional debió pronunciarse sobre un requerimiento para declarar la inconstitucionalidad de la regla del estatuto orgánico que alude al abogado de turno o, al menos, la gratuidad en su trabajo (art. 595 inciso 1° COT). Este requerimiento fue presentado por el presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., y se fundó en que el abogado de turno (o al menos la gratuidad de su servicio) vulneraría las garantías constitucionales de la igualdad ante las cargas públicas y la libertad de trabajo.

El Tribunal Constitucional rechazó la primera idea y declaró la constitucionalidad del abogado de turno (1) porque se trata de una regla “subsidiaria y excepcional” (cons. 64°) y (2) por su rol de cooperación –ya no de auxiliar– con respecto a la administración de justicia (“no puede desatenderse el hecho de que el título de abogado es el único que no es otorgado por las propias universidades sino por la Corte Suprema, en atención a la calidad que aquellos ostentan de colaboradores de la administración de justicia”, cons. 49°<sup>628</sup>).

Sin embargo, acogió el segundo punto y declaró inconstitucional la regla de la gratuidad, la cual ya había sido declarada inaplicable por inconstitucional en tres ocasiones previas (Rol N° 755 de 2008, Rol N° 1138 de 2008 y Rol N° 1140 de 2009) debido a que infringe las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, igualdad en las cargas públicas y libertad de trabajo. En palabras del Tribunal Constitucional:

“La imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– sin duda se transforma en gravoso, máxime si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender numerosos asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que se tornará en una situación imposible de acometer, y aun de ejecutar de manera satisfactoria e idónea, más todavía si se tiene presente que la obligación

628 Tribunal Constitucional, 29 de julio de 2009, Rol N° 1254-2008 INC (redacción del ministro Enrique Navarro).

se mantendrá hasta el término efectivo del juicio, lo que importará un largo período de tramitación” (cons. 61°).

A diferencia de lo que podría llegar a ocurrir con un auxiliar de la administración de justicia, entonces, un colaborador de la misma como lo sería el abogado no tiene motivos para no recibir un pago por el servicio que presta.

### 1.3. Corporación de Asistencia Judicial

La garantía constitucional de acceso a la justicia también es el fundamento de que exista la Corporación de Asistencia Judicial.

La CAJ fue creada en el año 1981 en reemplazo de los consultorios de asistencia judicial gratuita implementados en el año 1934 al alero del Colegio de Abogados (Ley N° 5.520). La exigencia de cumplir con una práctica profesional para obtener el título de abogado se introdujo ese mismo año –1934– en función de esta labor de asistencia que los abogados habían asumido en lugar de los jueces y en beneficio de quienes no pueden pagar una asesoría judicial. El Colegio de Abogados dispuso que dicha práctica durase cuatro meses.

Ahora bien, la exigencia de esta práctica profesional en beneficio de las personas sin recursos económicos fue una reacción en interés propio del Colegio de Abogados ante la “cuestión social” que se vivía durante el primer tercio del siglo XX. En efecto, al asumir la representación de estos casos el Colegio de Abogados esperaba mejorar su imagen pública como profesionales que se preocupaban de las personas en situación de vulnerabilidad al mismo tiempo en que suplían la endémica falta de entrenamiento práctico de los egresados de derecho durante sus estudios universitarios<sup>629</sup>.

Tal como lo ha demostrado Marianne GONZÁLEZ, este móvil egoísta en el servicio jurídico a personas que lo necesitaban privó a los abogados de una genuina oportunidad de aprendizaje para profundizar su conocimiento y compromiso con los problemas sociales. Esta pérdida se aprecia en que el Colegio de Abogados antepuso a su labor una “sección social” a cargo de trabajadoras sociales, quienes fueron las encargadas de conocer de pri-

629 GONZÁLEZ (2017), pp. 349-356.

mera mano los casos que llegaban al consultorio, traducirlos a un lenguaje técnico y filtrarlos o mediarlos ellas mismas, eligiendo los casos que llegarían a quienes hacían su práctica profesional en derecho. Esta delegación de funciones no fue considerada una amenaza por parte de los abogados, sino que, por el contrario, fue bien valorada por ellos aunque contradijese el discurso oficial de que el consultorio existía como parte de su compromiso social<sup>630</sup>.

En la actualidad, la CAJ cumple con las mismas dos funciones que los antiguos consultorios de asistencia judicial (art. 2º, Ley Nº 17.995):

- 1) Presta asistencia jurídica y judicial gratuita a personas de “escasos recursos”, y
- 2) Proporciona los medios para que quienes postulan a obtener el título de abogado efectúen la práctica necesaria para el ejercicio de la profesión. Esta práctica es gratuita.

La forma en que se lleva a cabo esta práctica profesional y su gratuidad han sido discutidas en el Congreso. Así, por ejemplo, en el año 2015, un grupo de diputados hizo uso de la facultad constitucional de “adoptar acuerdos o sugerir observaciones” (art. 52 Nº 1 letra a) de la Constitución de 1980) para proponer a la presidente de la República que se implementara un pago mensual a los postulantes y un seguro en caso de accidentes. En el año 2018, en tanto, se presentó un proyecto de ley para que las costas personales del juicio sean cobradas por los practicantes (Boletín Nº 11.740-07).

En este sentido, aunque todos quienes realizan una práctica profesional en Chile tienen derecho a colación y transporte o bien a una “asignación compensatoria de dicho beneficio” (art. 8º inciso 3º, Código del Trabajo), la Contraloría General de la República ha resuelto que en el caso de los estudiantes de derecho no se debe aplicar este precepto porque “la práctica profesional de los egresados de derecho constituye una obligación legal para quienes pretenden obtener el título de abogado, la que se encuentra totalmente regulada” (Dictamen Nº 076384N/14 de 2014).

La regulación aludida es el Decreto Nº 265 del año 1985, del Ministerio de Justicia y ella dispone que:

630 GONZÁLEZ (2017), pp. 356-369.

“La práctica profesional tiene por objeto, en el orden social, la atención jurídica gratuita de las personas que no cuentan con los medios necesarios para sufragar los gastos de su defensa por abogados particulares y, en el orden didáctico, la aplicación de los conocimientos adquiridos durante sus estudios universitarios” (art. 1º inciso 2º, Decreto Nº 265).

Esta misma regulación añade que “los candidatos a abogados prestarán sus servicios gratuitamente, prohibiéndoseles recibir cualesquiera remuneración por éstos” (art. 14 inciso 1º, Decreto Nº 265), lo que luego reitera al señalar que “se prohíbe al postulante recibir cualesquier tipo de dádiva o recompensa por la prestación de servicios” (art. 19, Decreto Nº 265).

En cuanto a los aspectos que se deben considerar para aprobar esta práctica profesional, se mencionan el “conocimiento y criterio jurídico, responsabilidad, iniciativa, sentido social y de colaboración, conducta, honrabilidad, asistencia y puntualidad” (art. 25 inciso 1º, Decreto Nº 265).

Ahora bien, las CAJ pueden celebrar convenios con el Ministerio Público y con la Defensoría Penal Pública para coordinar esta práctica profesional (art. 523 Nº 5 COT). En el año 2012, además, se presentó un proyecto de ley para que estos convenios puedan extenderse a “otras instituciones u otros organismos públicos del Estado” (Boletín Nº 8.476-07).

En el año 2015, en tanto, se presentó otro proyecto de ley para ampliar la posibilidad de llevar a cabo esta práctica en (1) los estudios de abogados que cuenten con programas de prácticas profesionales autorizadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; (2) las fundaciones, corporaciones, asociaciones gremiales o sindicatos autorizados por dicho Ministerio y en donde los postulantes hayan cumplido labores o prestado servicios de índole jurídica, y (3) las clínicas jurídicas de las escuelas o facultades de derecho reconocidas por el Estado, con la autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, siempre que ellas sean servidas por alumnos de cuarto o quinto año (Boletín Nº 10.307-07).

En el año 2019, a su vez, se propuso que los egresados de derecho hagan su práctica profesional en los tribunales ordinarios, siendo evaluado por el juez titular del tribunal respectivo (Boletín Nº 12.803-07).

#### A) *Hacia un Servicio Nacional de Asistencia Jurídica*

Las cuatro CAJ —creadas en el año 1981 en las regiones de Valparaíso, Metropolitana y Biobío, y en el año 1988 de manera conjunta en las regio-

nes de Tarapacá y Antofagasta—dependen del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Las personas patrocinadas por ellas gozan de privilegio de pobreza (art. 600 inciso 1° COT) y sus abogados quedan exentos del pago de las costas (art. 600 inciso 2° COT).

En general, una de las críticas más habituales que se le ha dirigido a este servicio tiene que ver con la disparidad de criterios que aplican los diversos consultorios para filtrar los asuntos, los que suelen apelar a “razones pragmáticas como la no congestión del sistema, dificultad en la prueba, dilación excesiva en el proceso, gran cantidad de acusaciones falsas y poca relevancia de los casos”<sup>631</sup>.

A esta desigualdad en los filtros se suman a los problemas estructurales en cuanto al financiamiento y organización de las CAJ, así como a la concentración del trabajo de los abogados en la asesoría judicial—que su propio nombre revela—por sobre la asesoría jurídica y social que también contempla la Ley N° 17.995.

Este tipo de cuestionamientos ha abonado el camino a la propuesta de crear un Servicio Nacional de Asistencia Jurídica que reemplace a las CAJ. Un proyecto en este sentido se presentó al Congreso en el año 1992 (Boletín N° 861-07), pero fue archivado una década después. Una de las ventajas de contar con un servicio de este tipo es la posibilidad de llevar a cabo “litigios estratégicos que permitan solucionar problemas jurídicos que imparten positivamente en una mayor cantidad de personas”<sup>632</sup>.

En el año 2008, en tanto, se dio un paso en la dirección de ampliar la asistencia especializada con la figura del defensor laboral a cargo de las mismas CAJ. En la justicia de familia, en tanto, la Corporación de Asistencia Judicial fue autorizada para representar a ambas partes de acuerdo con un reglamento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (art. 18 inciso 2°, Ley N° 19.968).

Esta última posibilidad—asumir defensas incompatibles—ha sido polémica por varios motivos. Uno de ellos es que se limite al ámbito familiar. Así, por ejemplo, en “Dosides con Corporación de Asistencia Judicial”, la CAJ asumió la representación del dueño de una vivienda que puso término

631 BALMACEDA (2000), p. 725.

632 COFRE (2012), p. 296.

al arrendamiento mediante un desahucio—en un juicio que sería finalmente archivado—y se negó a asumir más adelante la defensa del arrendatario—en un nuevo juicio por no pago de la renta—aduciendo que no contaba con una “Unidad de Defensas Incompatibles” en sede civil, a diferencia de lo que ocurre en asuntos de familia. Esto hizo que el arrendatario recurriese de protección de derechos fundamentales en contra de la CAJ.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó esta protección<sup>633</sup>, pero la Corte Suprema—en una decisión dividida—revocó el fallo y señaló que la CAJ “debió arbitrar los medios necesarios para proveer tal servicio, sea mediante la provisión de recursos humanos internos, o a través del señalamiento de otra u otras entidades que pudiesen brindar la prestación requerida por el peticionario”<sup>634</sup>.

La implementación de un Servicio Nacional de Asistencia Jurídica obligaría a repensar todos los temas anteriores, desde el rol público de la abogacía hasta los ámbitos en que se justifica contar con un servicio especial de asistencia como ocurrió con la Defensoría Penal Pública. De esta manera se aseguraría la garantía constitucional de acceso a la justicia y se eliminaría el riesgo de un trato desigual ante la ley.

## 2. ÉTICA PROFESIONAL

Las profesiones jurídicas deben cumplir con ciertos estándares éticos en el ejercicio de sus trabajos:

“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 entendidos o aceptados como un mal inevitable, según cuan laxa y clínica sea la cultura que subyace las diferentes profesiones legales. Pero ciertamente que esas conductas no responden a los estándares de conducta que soportan la prueba de la razón”<sup>635</sup>.

633 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de agosto de 2018, Rol N° 5262-2018 (Quinta Sala).

634 Corte Suprema, 2 de enero de 2019, Rol N° 19253-2018, cons. 6° (Tercera Sala: redacción del abogado integrante Alvaro Quintanilla; votos en contra del ministro Arturo Prado y del abogado integrante Jean Pierre Matus).

635 BARGOS (2014), p. 472.

El Colegio de Abogados ha tenido un rol destacado a este respecto al elaborar códigos de ética e implementar órganos encargados de velar por su cumplimiento en el ámbito de los servicios jurídicos.

### 2.1. Colegio de Abogados

El Colegio de Abogados se creó en el año 1915 con el nombre de Instituto de Abogados de Chile, y cuenta con personalidad jurídica de derecho público desde el año 1925 (D.L. N° 406, derogado por la Ley del Colegio de Abogados de 1928, Ley N° 4.409). La colegiatura fue obligatoria para todos los abogados a partir de entonces y hasta el año 1981.

Durante seis décadas, el Colegio de Abogados se erigió en una especie de “agencia paraestatal”, ya que su financiamiento era público, cumplía labores de fiscalización del trabajo judicial y podía regular las conductas de los abogados con normas cuyo rango era análogo a la ley<sup>636</sup>.

En el año 1981, en cambio, el D.L. N° 3.621 (“Fija normas sobre colegios profesionales”) dispuso que todo colegio profesional tuviese la calidad de asociación gremial (art. 1° D.L. N° 3.621), de modo que no puede exigirse la afiliación como un requisito para ejercer la profesión (art. 2°, D.L. N° 3.621)<sup>637</sup>.

El D.L. N° 3.621 derogó también las reglas que facultaban a los colegios profesionales para conocer de los conflictos entre profesionales o entre estos y sus clientes (art. 3°). En este sentido, todo “acto desdoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión” pasó a ser competencia de un juzgado de letras en lo civil en un procedimiento sumario (art. 4°, D.L. N° 3.621).

El Colegio de Abogados perdió de este modo la relevancia pública que hasta ese momento había tenido.

<sup>636</sup> SIERRA y FUENZALIDA (2014), pp. 429 y 430.

<sup>637</sup> En esta misma línea, la Constitución de 1980 dispuso que “ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos” (art. 19 N° 16 inciso 4°).

### 2.2. Código de Ética

En el año 1949, bajo un sistema de afiliación obligatoria, el Colegio de Abogados ejercía un control ético del desempeño de los abogados. Para ello, el Colegio dictó el primer Código de Ética, el cual se basó en un proyecto de la Federación Interamericana de Abogados –creada en el año 1940– elaborado por la colegiatura mexicana y que fue aprobado en su Quinta Conferencia celebrada en Lima, en el año 1947<sup>638</sup>. Uno de los antecedentes de este código habrían sido los Cánones de Ética del año 1908 de la American Bar Association estadounidense<sup>639</sup>.

El Código del año 1949 reguló el servicio profesional pensando en un abogado generalista que prestaba servicios en forma individual. Dicho profesional era, en primer lugar, un “servidor de la justicia” (art. 1°) que debía “mantener el honor y la dignidad profesionales [combatiendo] la conducta moralmente censurable de jueces y colegas” (art. 2°). Para ello eran fundamentales su “honradez y buena fe” (“no ha de aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas”, art. 3°), “convicciones” (“no deberá hacerse cargo de un asunto si no cuando tenga libertad moral para dirigirlo”, art. 6°) y la “fraternidad y respeto entre abogados” (“el abogado debe ser caballeroso con sus colegas y facilitarles la solución de inconvenientes momentáneos, cuando por causas que no le sean imputables, como ausencia, duelo, enfermedad o de fuerza mayor, estén imposibilitados para servir a su cliente”, art. 40).

Esta imagen de la abogacía ha ido quedando atrás y en su lugar se ha instalado un modelo de prestación de servicios altamente especializados y organizados en estudios profesionales. Uno de los elementos que explican este desplazamiento fue atisbado el mismo año 1949 en el famoso decálogo *Los mandamientos del abogado* de Eduardo Couture, el que si bien parece escrito para un ejercicio de la abogacía individual y generalista, repara en que la función principal del abogado es dar consejo, no litigar: “La abogacía moderna, como la medicina, se va haciendo cada día más preventiva que curativa”<sup>640</sup>.

<sup>638</sup> SERRANO (1983), p. 61.

<sup>639</sup> FUENZALIDA (2009), p. 240.

<sup>640</sup> Couture agrega que “a quien quiera saber en qué consiste el trabajo del abogado, habrá que explicárselo lo siguiente: de cada cien asuntos que pasan por el despacho de un abogado, cincuenta no son judiciales”. COUTURE (1949), pp. 25 y 32.

92); las conductas debidas dentro del proceso judicial (arts. 93 a 105), y las reglas relativas a ciertos cargos especiales que pueden asumir los abogados (arts. 117 a 120).

Esta imprevista del CE 2011 se debió a que los debates que le precedieron no tuvieron como referente principal a la figura del abogado litigante sino que incluyeron “otras formas de ejercicio profesional que presentan roles preventivos y diferenciados, como puede verse al tratar las funciones de auditor o de director de una sociedad anónima en materia de conflictos de intereses, o respecto de labores de asesoría que pueden ser utilizadas ilegalmente para el tráfico de estupefacientes, o en el desempeño de roles en los cuales se deposita una enorme confianza por el manejo de patrimonios ajenos al abogado”<sup>643</sup>.

El surgimiento de los estudios jurídicos de mayor tamaño en Chile fue impulsado precisamente por este ejercicio asociativo y por los requerimientos de la élite económica en cuanto a estos otros roles de la abogacía. Sin embargo, su consolidación como modelo de trabajo ha tomado más tiempo. Por esto se advirtió que –al menos en su primera etapa de desarrollo– “aún es posible vislumbrar entre las rendijas de prácticas aspiracionalmente (sic) corporativas [como el cobro de honorarios por horas de trabajo], los rastros de viejas oficinas familiares o los modos de abogados formados en un mundo distinto”<sup>644</sup>.

## B) Tribunal de Ética

La forma de hacer valer la responsabilidad ética de los abogados es objeto de una fuerte discusión. Los argumentos vertidos se pueden agrupar en dos tesis: de la continuidad y de la fractura.

### a. Tesis de la continuidad

En la propuesta de Álvaro ANRIQUEZ, la manera correcta de entender las diversas regulaciones de la profesión de abogado –desde la del año 1925 hasta la del año 2011– es la siguiente<sup>645</sup>:

<sup>643</sup> FUENZALIDA (2009), pp. 239 y 240.

<sup>644</sup> MERY *et al.* (2016), p. 11.

<sup>645</sup> ANRIQUEZ (2016), pp. 334-361.

## A) Estudios de abogados y conflictos de interés

En el año 2011, el Código de Ética que reemplazó al del año 1949 también se hizo cargo de cuestiones tradicionales como el “honor y dignidad de la profesión” (art. 1°); el “cuidado de las instituciones” (art. 2°); la “lealtad con el cliente y respeto por su autonomía” (art. 3°); el “empeño y calificación profesional” (art. 4°); la “honradez” (art. 5°); la “independencia” (art. 6°); la “confidencialidad y secreto profesional” (art. 7°), pero una parte central de su regulación estuvo dedicada a un aspecto ausente en el Código del año 1949: los conflictos de interés.

En este sentido, “existe un conflicto de intereses toda vez que la intervención profesional en un asunto resulta directamente adversa a la de 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” (art. 73 inciso 1°).

El ICE 2011 indicó, además, que sus exigencias “se extienden por igual a los estudios de abogados, aunque ninguna referencia específica sea hecha respecto de estos últimos, a menos que expresamente se señale lo contrario o que la regla por su naturaleza resulte aplicable sólo a los abogados como personas naturales” (art. 11 inciso 2°). Esta analogía plantea un arduo desafío debido a las diferencias que existen entre el ejercicio independiente de la profesión con respecto al ejercicio asociativo de la misma<sup>641</sup>.

Uno de los puntos en que esta distinción tiene importancia es la responsabilidad civil del abogado ya que, si se trata de un estudio jurídico, los servicios podrían enmarcarse en una relación de proveedor (estudio) y consumidor (cliente), algo que no ocurre cuando se trata del ejercicio independiente (art. 1° N° 2 inciso 2°, Ley N° 19.496 de 1997)<sup>642</sup>.

Su enfoque en el ejercicio asociativo hizo que el CE de 2011 regulase varias dimensiones de la abogacía que no fueron tratadas (o lo fueron de un modo diverso) ni en el estatuto orgánico de 1943 ni en el Código del año 1949: la formación de la clientela (arts. 12 y 13); la constitución y término de la relación profesional (arts. 14 a 20); los deberes fiduciarios (arts. 21 a 45); de confidencialidad (arts. 46 a 64); conflictos de interés (arts. 65 a

<sup>641</sup> MAZA (2005), pp. 40 y 41.

<sup>642</sup> Bozzo y Ruz (2019), pp. 58-61 y 78-60.

el Colegio de Abogados conservó la facultad de ejercer un control ético en base a las reglas de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro.

De este modo, la reforma constitucional del año 2005 "institucionalizaría la situación que por veintiséis años mantuvo a los Colegios Profesionales actuando de manera legalmente discutible, aun cuando se fundara sobre la base de argumentos jurisprudenciales y doctrinarios"<sup>648</sup>. Esta interpretación ha sido criticada porque la ética profesional vincula al abogado con personas que son ajenas a estas asociaciones gremiales, de modo que desborda el campo regulatorio de los estatutos de gobierno interno que pueden desarrollar los colegios profesionales<sup>649</sup>.

b) Después del año 2005, a su vez, el escenario sería el siguiente:

- 1) Los abogados colegiados pueden ser sancionados por los "Tribunales Éticos", con la posibilidad de apelar de la sanción ante una Corte de Apelaciones<sup>650</sup>, y
- 2) Los abogados no colegiados "serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley" (art. 19 N° 16 inciso 4° de la Constitución de 1980). El artículo 20 transitorio de la Constitución de 1980 dispuso que, mientras no se creen estos tribunales especiales, conocen de estas infracciones a la ética profesional los jueces ordinarios.

En el año 2009 se presentó un proyecto de ley para crear tribunales colegiados como tribunales especiales que formarían parte del Poder Judicial, cuya finalidad sería "que no existan profesionales fuera de la jurisdicción ética" (IV) con asiento en cada ciudad que sea capital regional (Mensaje N° 518-357). En sus aspectos medulares, este proyecto propuso, además: (1) regular el tribunal ético de los colegios profesionales; (2) darle a los colegios profesionales la potestad para fijar aranceles referenciales; (3) en cuanto a las sanciones por infringir la ética profesional, incluir la

laciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley".

648 FUENZALIDA (2007), pp. 137 y 140.

649 ANRIQUEZ (2016), p. 346

650 Corte Suprema, 26 de agosto de 2008, citada en VARGAS (2011), p. 58.

a) Los deberes éticos del abogado (colegiado o no) son los contenidos en el Código de Ética del año 1949 porque el D.L. N° 3.621 de 1981 los hizo suyos, lo que incluso permitiría hablar del "Código de Ética de 1981";

b) Las sanciones al abogado que infringe estos deberes son las de la ley del Colegio de Abogados de 1928 (Ley N° 4.409), las que incluyen la suspensión del ejercicio de la profesión (hasta por seis meses) y la cancelación del título;

c) El procedimiento aplicable es el juicio sumario (D.L. N° 3.621 de 1981), y

d) El Código de Ética del año 2011 solo incide en la responsabilidad civil, ya que se le debería considerar la *lex artis* —o conjunto de buenas prácticas— que determina los deberes de cuidado del abogado. Tal como lo explicó quien fuese el presidente de dicho Colegio al dictarse este código "el espíritu del nuevo CEP [Código de Ética Profesional] 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"<sup>646</sup>.

En otras palabras, entre los Códigos de Ética de los años 1949 y 2011 no habría habido una ruptura en cuanto al control del Colegio de Abogados sobre el ejercicio profesional de los abogados.

## b. Tesis de la fractura

En la explicación de Pablo FUENZALIDA, en tanto, la forma de interpretar estas regulaciones es la siguiente:

a) Entre el año 1981 (el fin de la colegiatura obligatoria) y la reforma constitucional del año 2005 (Ley N° 20.050) que incluyó una referencia al control profesional a propósito de la libertad de trabajo<sup>647</sup>,

646 BARROS (2014), p. 477.

647 Artículo 19 N° 16 inciso 4 de la Constitución de 1980: "Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Ape-

suspensión temporal del ejercicio profesional por un año y la cancelación del registro del profesional (inscripción que este mismo proyecto hace obligatoria para ejercer la profesión), y (4) en cuanto a la confección de un Código de Ética, incluir un procedimiento a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que contemple una participación ciudadana, una consulta pública y una promulgación a través de un decreto supremo de aquel Ministerio, debiendo ser revisado cada diez años.

Ahora bien, cualquiera sea la interpretación correcta, todos los abogados tienen un deber “de utilizar buenas prácticas”<sup>651</sup>; el desafío para la persona afectada es decidir ante qué órgano reclamar de su infracción.

Uno de los problemas de una regulación fragmentada como esta es que permite a los Colegios de Abogados (en plural) elegir el repertorio de las sanciones que se pueden imponer, aun cuando la ética profesional es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado<sup>652</sup>. Esto incrementa el riesgo de un trato desigual ante las mismas conductas tanto para los abogados que infringen las pautas éticas como para las personas afectadas por dichas conductas.

### C) *El control ético del Colegio de Abogados de Chile A.G.*

El caso que se describe a continuación atañe solo a los profesionales afiliados al Colegio de Abogados de Chile A.G. De acuerdo con su reglamento disciplinario del año 2011 (modificado en junio del año 2016), sus “órganos de jurisdicción disciplinaria” son los siguientes (art. 2º, reglamento disciplinario):

|                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Abogado de Secretaría | Es designado por el vicepresidente del Colegio mediante un mecanismo aleatorio y su función es recibir los reclamos, asistir al afectado en la redacción de sus presentaciones, promover acuerdos entre las partes y asistir al instructor, subrogándolo en casos de incapacidad o inhabilidad. |
| Instructor            | Su función es dirigir la investigación y formular los cargos, y promover acuerdos. Puede proponer declarar inadmisibles el reclamo, velando por “el interés público o gremial envuelto en la persecución de las faltas disciplinarias”.                                                         |

<sup>651</sup> CARRETTA (2013), p. 208.

<sup>652</sup> ANRÍQUEZ *et al.* (2019), p. 18.

|                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Vicepresidente del Colegio              | Su función es declarar la inadmisibilidad del reclamo en ciertos casos (por ejemplo, si han transcurrido dos años desde los hechos, art. 9º, reglamento disciplinario), dictar providencias de mero trámite y aprobar los acuerdos.                                                                                                             |
| Tribunal de Ética                       | Funciona en salas de tres o cinco miembros, dependiendo de la gravedad de la medida, y es integrado por los consejeros del propio colegio y por una nómina de entre diez y cincuenta abogados designados <i>ad honorem</i> por el Consejo General del Colegio, quienes sirven el cargo por un periodo de cuatro años, el cual se puede renovar. |
| Consejo General del Colegio de Abogados | Su función es “absolver consultas generales y específicas sobre materias éticas y designar a los miembros del Tribunal de Ética”.                                                                                                                                                                                                               |

Este mismo reglamento también contempló una Comisión de Ética designada por el Consejo General y presidida por un consejero que asesora al Consejo General “en la revisión, actualización e interpretación de las reglas de ética profesional y buenas prácticas que se encuentren vigentes” (art. 2º inciso final, reglamento disciplinario).

El procedimiento disciplinario se inicia (1) de oficio por el instructor, previo requerimiento del Consejo General del Colegio; (2) por denuncia de cualquier persona, o (3) por reclamo del afectado (art. 6º, reglamento disciplinario).

Los miembros del Tribunal de Ética son designados en una audiencia pública a la que son citados los intervinientes una vez conocidas las presentaciones del reclamante y el reclamado (art. 22 inciso 1º, reglamento disciplinario). El presidente de la sala siempre es un miembro del Consejo del Colegio. Este tribunal puede restringir el acceso a la audiencia por motivos fundados (art. 24, reglamento disciplinario).

### 3. DEFENSA JUDICIAL

¿Debe el abogado creer en su cliente? Es común escuchar que los abogados deben creer en las historias que les cuentan sus clientes antes de aceptar su caso, y es frecuente que un abogado le pida información a su cliente para decidir su actitud con respecto al mismo en cuanto a si le cree para asumir la defensa. Con todo, es posible vislumbrar razones políti-

cas –no epistémicas– para que un abogado tenga una cierta creencia con respecto al caso de su cliente. Es decir, una creencia independiente de las pruebas disponibles.

Un abogado puede guiarse no solo por razones epistémicas (*v. gr.*, cree que su cliente puso fin a la deuda porque hay un recibo de pago que le entregó el acreedor y que así lo indica) o prudenciales (*v. gr.*, cree que pagó la deuda, porque esto le ayuda a creer que también le pagará sin falta los honorarios), sino que por razones políticas. Esta última posibilidad permite vincular la defensa judicial, que es el único aspecto de la abogacía al que la ley orgánica de 1943 le prestó atención, con la legitimidad del sistema de justicia. Por ende, quien “se sienta incómodo con los contornos que ha adquirido la profesión deberá tener presente que sus raíces se extienden hasta un modo de concebir la libertad, la política, el auto-gobierno y que cualquier intento de modificación deberá ser lo suficientemente profundo como para alterarlas”<sup>653</sup>.

El abogado debe ser leal con las creencias del cliente como una forma de hacer posible que la justicia sea un servicio en donde los ciudadanos también son autores de las decisiones que se toman y que les afectan.

Para que ello ocurra, es necesario que el punto de vista del ciudadano sea debidamente considerado por el juez cuando decide el caso, lo que se consigue a través de la lealtad del abogado con el cliente. Luego, “la especial posición de vulnerabilidad en la que es puesto el cliente justifica las especiales exigencias que pesan sobre los abogados. El deber de lealtad en las creencias es una de estas exigencias”<sup>654</sup>.

Esta razón política –creer en el cliente para que su punto de vista sea debidamente considerado por el juez al fallar– tiene consecuencias prácticas significativas, sobre todo en cuanto a la prueba. En la explicación de Hugo Omar SELEME:

“El abogado a la hora de formar sus creencias debe evaluar la evidencia negativa que tienen en relación con su cliente de un modo escrupuloso, minimizando su impacto al construir hipótesis explicativas más favorables [...] tiene razones para cuestionar aquellas fuentes de información que ofrecen datos negativos en relación con su cliente [y] cuando es imposible construir explicaciones

653 SELEME (2019), p. 127.

654 SELEME (2015), p. 491.

alternativas más favorables al cliente en base a la evidencia disponible, y no es posible cuestionar la fuente de dicha evidencia, el abogado tiene razones para minimizar el impacto que este juicio negativo tiene sobre el juicio general que formula sobre la persona de su cliente”<sup>655</sup>.

De este modo, un abogado que cuestiona el peso de la prueba presentada en contra de su cliente no hace algo reprochable incluso cuando sabe que su cliente es culpable<sup>656</sup>. La explicación para ello es que el abogado tiene una obligación moral de adoptar el mejor curso de acción disponible para su cliente. Esta noción –el mejor curso de acción disponible de más de una forma.

En una primera lectura, el mejor curso de acción del abogado, que sabe que su cliente es culpable, debería ser permitir que el Estado imponga la sanción que corresponde (asumiendo que la regla infringida por el cliente es una regla justa y que se ha respetado el debido proceso durante el juicio) sin invocar justificaciones de corte consecuencialista en su favor (*v. gr.*, que se absuelva a su representado del robo para que pueda cuidar de sus padres enfermos). Pero esta no es la única forma de concebir este compromiso.

La obligación del abogado de adoptar el mejor curso de acción posible también se puede pensar de un modo prospectivo y allí la respuesta cambia: el abogado debe tomar el curso de acción que maximice un valor esperado (*v. gr.*, la absolución de un inocente) de acuerdo con la información disponible antes y durante el juicio, la que puede ser distinta de la información final que contenga la sentencia definitiva.

El CE 2011, por su parte, dispuso que los fines que debe perseguir el abogado en la defensa judicial y los medios que debe emplear son definidos por el cliente mediante sus instrucciones, luego de ser debidamente informado por su abogado (arts. 3º, 28 y 29)<sup>657</sup>. Si el abogado no concuerda

655 SELEME (2015), pp. 491 y 492.

656 SELEME (2012), pp. 35-50.

657 Artículo 28 del CE 2011: “Deberes de información al cliente. El abogado debe informar sobre los riesgos y alternativas de acción de modo que el cliente se encuentre en condiciones de evaluarlos sin hacerse falsas expectativas.

El abogado debe mantener informado al cliente, en forma veraz, completa y oportuna del estado del encargo profesional encomendado, y, de manera especial, de todo asunto importante que surja en su desarrollo. Falta a la ética profesional el abogado que oculta

con los fines y/o con los medios que le propone su cliente, lo que debe hacer es poner término a la relación (art. 82)<sup>658</sup>.

Esta posibilidad de renuncia no existe para el defensor penal público (art. 41, Ley N° 19.718). Por lo tanto, ¿qué ocurre si el acusado de un delito insiste ante su abogada defensora en que hará una declaración falsa cuando se le interroga en la audiencia? La abogada se ve enfrentada a un trilema:

- 1) Tiene el deber ético de defender con celo los intereses de su cliente (lo que incluye, por ejemplo, advertirle de su derecho a declarar en juicio sin prestar juramento, lo cual lo libera del delito de perjurio si miente, art. 93 inciso 2° letra g) CPP);
- 2) Tiene el deber ético de confidencialidad de no relevarle al juez que su cliente pretende mentir durante la audiencia, y
- 3) Tiene el deber ético de colaborar con la justicia en la correcta resolución del conflicto (cuya intensidad depende de la posición que se tome en el debate acerca de si los abogados son o no auxiliares de la administración de justicia).

Una posible solución a este trilema es que la abogada aconseje a su cliente guardar silencio durante el juicio para que sea ella quien presente un argumento que justifique una duda razonable ante el tribunal<sup>659</sup>.

o retrasa información al cliente o le hace declaraciones falsas o incompletas acerca del estado de las gestiones que tiene a su cargo.

El abogado debe responder prontamente a las solicitudes razonables de información del cliente".

Artículo 29 del CE 2011: "Deber de observar las instrucciones del cliente. El abogado debe actuar conforme con las instrucciones recibidas por el cliente, cuidando que éste haya sido informado de conformidad con el artículo precedente. Si las instrucciones fueren a su juicio perjudiciales para los intereses del cliente o si las estimare contrarias a la ética, el abogado debe representárselo y, según el caso, podrá poner término a su relación con el cliente".

658 Artículo 82 del CE 2011: "Conflicto sobre métodos. El abogado debe abstenerse de intervenir en un asunto cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de plantearlo o desarrollarlo.

Si surge una discrepancia fundamental durante la prestación de los servicios profesionales y no fuere posible subsanarla, el abogado deberá cesar inmediatamente en la representación informando al cliente por escrito de las razones que justifican su decisión".

659 LÓPEZ (2014), pp. 532 y 533.

### 3.1. Confidencialidad

El acceso a la esfera de intimidad del cliente es una de las razones que justifica el deber de confidencialidad del abogado. Esta información es necesaria, como se acaba de ver, para una adecuada defensa o asesoría.

El CE 2011 distingue el deber de confidencialidad (basado en la fiducia o confianza, cualquiera sea su fuente, arts. 7° y 46 a 64) de los deberes relativos al uso de información confidencial, sea respecto del cliente o del abogado de la contraparte. Según el CE 2011, el abogado debe "adoptar medidas razonables" para cuidar la información confidencial (art. 46), de modo que su obligación es de medios (*i. e.*, hacer lo posible por ganar) y no de resultado (*i. e.*, ganar el juicio)<sup>660</sup>.

El CE 2011 asume que hay un consentimiento presunto del cliente para que el abogado intervenga en los medios de comunicación (art. 101), pero no para que revele información confidencial a la empresa de auditoría para la cual este mismo abogado trabaja (art. 118 inciso 2°).

El secreto profesional, en tanto, "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"<sup>661</sup>.

La Segunda Sala de la Corte Suprema ha reconocido como un límite del secreto profesional la actuación dolosa del abogado. Así, por ejemplo, la fiscalía puede usar una conversación telefónica interceptada entre el cliente y su abogado cuando este último participa del delito<sup>662</sup>.

El deber de confidencialidad dura indefinidamente ("no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo", art. 47). En cuanto a sus excepciones, es necesario distinguir los casos en que el abogado debe revelar información de aquellos en que puede hacerlo:

- a) El abogado debe revelar información que permita evitar que se cometa o consuma un crimen (art. 53), aunque esto "no lo autoriza

660 BASCUÑAN (2011), p. 230.

661 BARRIOS (2014), p. 490.

662 Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, Rol N° 2263-2011, cons. 3° (Segunda Sala: redacción del ministro Carlos Künsemüller), analizada en VARGAS (2012), pp. 330-333.

para declarar en contra de su cliente en una investigación o juicio criminal relativos a la tentativa o consumación de dicho crimen”<sup>663</sup>, y

b) El abogado puede revelar información en diversos escenarios (art. 54):

- 1) Evitar que se cometa o consume un simple delito;
  - 2) Ante un peligro de muerte o grave daño a la salud;
  - 3) Obtener un consejo ético de parte de otro abogado;
  - 4) Defenderse de una imputación por hechos relacionados con el servicio profesional o ante una imputación por hechos del cliente;
  - 5) Cobrar honorarios;
  - 6) Cumplir con un deber de informar o declarar;
  - 7) Para una divulgación de interés general;
  - 8) Abuso del cliente, y
  - 9) Si hay riesgo de condena a un inocente.
- Para revelar información se debe tener en cuenta la necesidad y proporcionalidad de la medida (arts. 55 y 56).

### 3.2. Honorarios

La negociación de los honorarios forma parte de los “deberes de contenido patrimonial” del abogado según el Código de Ética del año 2011. En este plano se prohíbe al abogado “abusar de su posición de privilegio en desmedro del cliente, así como obtener un provecho indebido a partir de la situación o estado de vulnerabilidad en que éste pueda encontrarse” (art. 33).

Los honorarios deben ser establecidos “a la brevedad posible”, procurando que el acuerdo conste por escrito de manera clara y precisa, dentro de un “tiempo prudencial” (art. 34).

Si los gastos del juicio superan la estimación que hizo el abogado, no se puede incurrir en ellos sin autorización del cliente (art. 35).

<sup>663</sup> BASCUÑAN (2011), p. 242.

El CE 2011, además, define el pacto de *cuota litis* como “el acuerdo en cuya virtud el abogado asume la representación del cliente en un asunto con cargo a una retribución que sólo corresponde si se tiene éxito en el asunto” (art. 36). Por lo tanto, no hay un pacto de *cuota litis* si el abogado recibe por sus servicios un pago a todo evento o si se conviene un premio por éxito en el asunto. En los términos del CE 2011, entonces, “el pacto de *cuota litis* implica uno de *victoria litis* sin necesidad de expresarlo”<sup>664</sup>.

Este pacto de *cuota litis* se rige por las siguientes reglas:

- 1) Debe constar por escrito;
  - 2) La participación del abogado no puede ser mayor que la del cliente (si son dos o más los clientes, no puede superar a la suma que a estos les corresponda en conjunto);
  - 3) Se aplica a la distribución de los gastos y las costas la participación del abogado y del cliente, acordada en el pacto (a falta de acuerdo, los gastos y costas son de cargo del abogado);
  - 4) Si el abogado renuncia al mandato judicial pierde su derecho a exigir honorarios, salvo que dicha renuncia obedezca a una causa sobreviniente justificada, en cuyo caso puede cobrar una cantidad razonable por sus servicios y por los gastos incurridos, atendida la participación originalmente convenida y siempre que se trate de beneficios económicos atribuibles a su actividad profesional;
  - 5) Salvo acuerdo en contrario que conste por escrito, si las pretensiones son anuladas o reducidas por desistimiento, renuncia o transacción, o bien porque el cliente pone término anticipado al encargo, el abogado tiene derecho a liquidar y exigir el pago de los honorarios proporcionales a los servicios prestados, y
  - 6) Si el asunto se decide en forma negativa a las pretensiones del cliente el abogado no puede cobrar honorarios ni gasto alguno y debe pagar las costas del juicio, a menos que se haya estipulado expresamente algo diferente.
- Si el abogado debe demandar a su cliente para el pago de los honorarios, es preferible que lo represente un colega (art. 38).

<sup>664</sup> GUZMÁN (2013), p. 183.

El abogado, en la medida de sus posibilidades, puede prestar servicios gratuitos en favor de la comunidad y asistir a quienes no pueden pagar un servicio jurídico (art. 44). En este sentido se entienden como actividades *pro bono* las siguientes:

- 1) La prestación de servicios profesionales a personas de "escasos recursos";
- 2) La prestación de servicios profesionales a organizaciones sin fines de lucro, y
- 3) La participación en actividades que persigan mejorar el sistema jurídico vigente, incluyendo la profesión.

La actuación *pro bono* no exime del deber de diligencia al abogado, ni atenúa las exigencias de su servicio profesional (art. 45). En este sentido, el CE 2011 señala que vulnera la ética profesional el abogado que instrumenta esta forma de actuación con fines ajenos a la promoción del acceso a la justicia, la representación legal efectiva o la consolidación del Estado de derecho.

La contracara de esta limitación viene dada porque las múltiples formas de litigación *pro bono* constituyen medios legítimos para que los abogados creen demanda para sus servicios profesionales<sup>665</sup>.

665 Maza (2002) 24.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABUTER, Alejandro (2001a): "Juzgados de Policía Local", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 210.
- (2001b): "Reformas al Código Orgánico de Tribunales", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 209.
- (1990): "Proyecto de reformas orgánicas y funcionales a la administración de justicia", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* N° 188.
- AGUILAR, Gonzalo (2015): "El Tribunal Constitucional frente a la jurisdicción militar", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1.
- (2006): "El principio de jurisdicción universal: Una propuesta de aplicación en Chile", en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 1.
- AGUIRREZABAL, Maite (2018a): "Derecho procesal civil. La competencia como presupuesto procesal y el derecho al juez natural", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30.
- (2018b): "El notario como auxiliar de la administración de justicia y la educación del sistema de sanciones y de fiscalización en el proyecto que moderniza y fortalece el funcionamiento del sistema registral y notarial", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Universidad de los Andes) N° 30.
- AGUIRREZABAL, Maite et ál. (2011): "Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: un examen desde la justicia Procedimental y el debido proceso en el derecho positivo chileno", en