

**PROPUESTA NORMATIVA SOBRE FORMACIÓN DE CLIENTELA Y RELACIÓN DE LOS
ABOGADOS CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN**

I.- Conformación del grupo y forma de trabajo

El grupo se reunió en diversas oportunidades, trabajando en sesiones de tres horas. La metodología empleada fue la siguiente: **i)** Revisión y estudio de material normativo comparado y artículos académicos; **ii)** Discusión acerca de la normativa más adecuada al diagnóstico preliminar efectuado por el grupo, el cual fue presentado en sesión plenaria de fecha 07/05/2008 ante la Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas Profesionales y al Consejo General en sesión ordinaria realizada el 14 de julio de 2008; y **iii)** Proposición de reglas y principios para la regulación de las materias encomendadas.

Con posterioridad a la sesión plenaria en la que fue presentado este informe, el grupo volvió a reunirse para revisar las observaciones que los integrantes de la Comisión de Ética realizaron, y las que surgieron del Consejo General en las sesiones ordinarias de 27 de octubre y 15 de diciembre de 2008, y 5 y 19 de enero de 2009, de las cuales este informe se hace cargo. En las reuniones y en la elaboración de este informe han colaborado los miembros Sres.: **Alejandra Aguad, José Tomás Errázuriz, José Antonio Guzmán, y Enrique Urrutia**, además de la presencia del Secretario de la Comisión don **Pablo Fuenzalida**, quien estuvo presente en todas las reuniones del grupo y de los Consejeros Sres. **Luis Ortiz y Lucas Sierra**. El grupo fue coordinado por **Cristián Muga**.

II. Objetivos

Esta segunda etapa de trabajo tuvo por objeto elaborar una proposición normativa sobre formación de clientela y relación de los abogados con los medios de comunicación. Originalmente el grupo revisó las normas pertinentes del C.E.P. bajo la perspectiva de la formación de clientela, en especial, de la publicidad. Sin embargo, en la sesión en que fue presentado dicho informe a la comisión plenaria, se discutió la denominación del grupo, por cuanto la relación de los abogados con los medios de comunicación respecto a información sobre asuntos o procesos pendientes más bien requería de otro enfoque, atendido a que el centro del problema no decía relación con la formación de clientela¹. Es por eso que como primer paso en esta segunda etapa, el grupo acordó una nueva denominación para tratar ambos temas.

En general, la cuestión que nos ocupa puede ser entendida como la relación del abogado con lo público. Según lo ha puesto de manifiesto la filosofía política, y la teoría social y jurídica, uno de los elementos constitutivos de la sociedad moderna

¹ Observación de Rodrigo Coloma, Acta N° 2, Sesión ordinaria, 07/05/2008.



es la noción de lo público o de la publicidad, como también se le conoce. Estas nociones tienen distintas acepciones. Entre ellas, dos son muy importantes: la publicidad entendida como propaganda o avisaje (*advertising* en inglés) y como esfera pública o la esfera en que se ejercita el derecho a la libre expresión, constituida básicamente por el funcionamiento de los medios de comunicación (*publicness* en inglés y *Öffentlichkeit* en alemán).

Pues bien, nuestra propuesta se relaciona con esas dos acepciones de lo público. La formación de clientela tiene claramente que ver con la publicidad en el sentido de avisaje o *advertising*, es decir, con esa actividad que se despliega en un cierto marco competitivo de división social del trabajo, con el fin de darse a conocer entre posibles clientes.

La relación de los abogados con los medios de comunicación, a propósito de una relación de clientela ya establecida, tiene que ver con la segunda acepción de lo público citada. La pregunta aquí es cómo armonizar un triángulo delicado: el derecho a la libre expresión que, como persona, tiene todo abogado, los derechos o intereses de su cliente y, en tercer lugar, el interés público en que la actividad jurisdiccional sea desplegada en forma correcta y eficaz. Respecto de esto último, estamos perfectamente conscientes que el valor de una esfera pública abierta y vigorosa no puede perseguirse al costo de arriesgar la existencia de foros de juzgamiento paralelos al sistema jurisdiccional.

Establecido así el horizonte conceptual con el que trabajamos, cabe ahora señalar que para adoptar determinadas reglas sobre otras, tuvimos a la vista el diagnóstico preliminar efectuado por el grupo en el primer informe de trabajo (de fecha 30/04/2008). Con ocasión de tal diagnóstico, el grupo adoptó proposiciones normativas en la materia.

III.- Principios.

A) SOBRE PUBLICIDAD

- **Principio general.** La pregunta acerca de cómo incentivamos la adhesión de más profesionales al control ético de sus pares, supone adoptar normas éticas aplicables a la realidad del ejercicio profesional. Esto nos lleva a afirmar como principio que la publicidad es y debe ser información. Por esto, debe encontrarse éticamente permitida por, al menos, las siguientes razones:

(i) Aumentar la información. La publicidad se alza como una forma de reducir el problema de asimetría de información, proveniente de la administración que la profesión legal hace de los denominados “bienes de confianza”. Allí donde los abogados manejan información que – mayoritariamente – no puede ser calificada por los clientes en su veracidad o certeza, resulta indispensable permitir que la publicidad se transforme en un medio a través del cual el cliente pueda atenuar el



impacto que esa asimetría produce en un mercado en el cual la información es escasa.

(ii) Ausencia de razones para prohibirla de modo absoluto. Ninguno de los males que suelen asociarse a la publicidad (aumento de la litigiosidad; lesión a la dignidad de la profesión y su función social; intervención en el mercado de los valores del servicio legal, etc.), parecen justificación suficiente para su prohibición. Todo lo contrario, permitir como regla general la posibilidad de publicitar servicios legales es una forma de facilitar el acceso a la justicia. Aún cuando se abra el riesgo de que se produzca publicidad de menor decoro, cabe señalar que en esto ha influido, entre otras razones, el hecho de estar prohibido publicitar. Una mayor publicidad aumentaría la información de lo que debiera ser conveniente para los clientes y el mercado de los servicios legales.

(iii) Barrera de entrada para nuevos abogados. Desde la óptica de quienes se incorporan al mercado legal, las restricciones y prohibiciones de nuestra regulación actual, constituyen no sólo una barrera de entrada al mercado, sino que un desincentivo a colegiarse. La pregunta acerca de cómo puede un abogado joven darse a conocer en el mercado legal, no tiene una solución adecuada en la actual regulación, donde el reproche no está centrado, como sucede en el avisaje de bienes y servicios, “en la calidad de la información que se utiliza para promocionar el servicio, sino en el hecho de promocionarlo”². No se nos escapa de lo anterior la posibilidad de que la propia publicidad se traduzca en una barrera de entrada para quienes ingresan al mercado, por cuanto los abogados y estudios que se encuentran asentados tendrían los recursos efectivos para publicitar sus servicios, a diferencia de aquellos que recién inician su actividad profesional. El problema está en que la razonabilidad de esta postura descansa en el supuesto de que la publicidad sería siempre costosa y dirigida a un mismo nicho de mercado. Más bien, responde a una época previa al desarrollo de internet y de las tecnologías digitales, por cuanto hoy publicitar servicios por esta vía resulta cada vez más económico, unido lo anterior a la mayor conectividad que existe a lo largo del país. Por lo tanto, la tecnología ha permitido que cada día existan mayores medios para su realización³.

Por otra parte, y aún cuando pueda no compartirse este último argumento, la pregunta que debe responder una regla en esta materia desde la libre

² De la Maza, Iñigo (2004), “La tradicional dignidad de la profesión: abogados y publicidad en Chile”, *Derecho y Humanidades* N° 10, p. 103.

³ En Estados Unidos, hasta mediados de la década de los setenta, cualquier tipo de publicidad pagada, con excepción de la inclusión del nombre en la guía telefónica, podía ser sancionada en forma disciplinaria. En el caso *Bates v. State Bar of Arizona* (433 U.S. 350-377), la Corte Suprema permitió la publicidad como forma de garantizar la libertad de expresión amparada en la Primera Enmienda, llegando a difundirse por televisión, radio e incluso el despacho de cartas de ofertas de servicios. La Corte habría sostenido que la publicidad sirve para reducir el costo de los servicios jurídicos para los consumidores en vez de aumentarlos. Sobre este caso y su posterior repercusión en la normativa de la ABA, Prado, Arturo (2000) “Ética y publicidad”, *Gaceta Jurídica* N° 241, julio, p. 45.



competencia es si resulta preferible el riesgo de que los que ingresan al mercado de los servicios legales, al no poder costear la publicidad, se encuentren ante una barrera de entrada fáctica, o mantener como falla al mismo mercado una barrera de entrada normativa⁴. La cuestión desde la libertad de expresión resulta similar, es decir, si es preferible mantener una norma de censura previa o sancionar la responsabilidad que el ejercicio de dicha libertad pueda aparejar⁵.

Con todo, y como lo advertimos en nuestro primer informe, existen ciertos riesgos asociados a reglas permisivas en materia de publicidad -tomada en ambos sentidos según se explicó más arriba-, de los que la construcción normativa que se propone se hace cargo. Entre ellos, identificamos los siguientes:

⁴ Así lo ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia español, Resolución 455/99, 18.01.2000, al resolver que “el Reglamento de Publicidad aprobado por el Consejo General de la Abogacía infringe lo dispuesto en el art. 1 LDC al ser un acuerdo que tiene por objeto y produce el efecto de restringir la competencia entre abogados al incluir los artículos antes mencionados, que figuran en los puntos 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del apartado de Hechos Probados, y que suponen restricciones en las posibilidades de competencia entre operadores, en este caso los profesionales de la abogacía, que ven limitadas e incluso prohibidas por el Consejo General de la Abogacía determinadas formas o canales para darse a conocer y ofertar sus servicios a los potenciales usuarios de los mismos. Tal restricción no actúa sólo en detrimento de los consumidores, sino que también constituye una barrera de entrada para nuevos profesionales y limita la posible expansión de aquellos abogados que estén dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer”.

⁵ “La publicidad y la sollicitación por parte de los abogados se encuentra entre aquellos asuntos más controvertidos de la ética profesional. Mientras, por un lado, la publicidad es una herramienta necesaria para entregar información al público sobre la disponibilidad de servicios legales, y por consiguiente mejora el acceso a la justicia, por otro, supone a veces prácticas que dan pábulo al recelo y descrédito de la profesión legal... la publicidad de los servicios legales en Estados Unidos permite un amplio abanico de opciones y oportunidades en sus esfuerzos de captar clientela... En 1977, la Suprema Corte sostuvo en el caso *Bates* que los abogados tienen el derecho a las garantías de la Primera Enmienda sobre la libertad de expresión en materia de discursos comerciales y los estados no podían prohibirles que publicitaran. Inmediatamente después de esa decisión, la American Bar Association orientó a los estados en sus esfuerzos por regular la publicidad de los abogados...”. Goldstein B. Maya (2002) (ed.), *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, CCEELI Concept Papers Series, July 8th, pp. 21-22. En España, el Colegio de Abogados de Barcelona sometió a procedimientos disciplinarios al abogado Pablo Casado Coca por haber publicitado sus servicios en varios periódicos de dicha ciudad. Este último reclamó en contra de dicha asociación por un posible atentado a la libertad de expresión (art. 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos). El fallo del Tribunal constata que se ha ido «produciendo una tendencia de relajar las reglas como resultado de los cambios en las respectivas sociedades y en particular el rol creciente de los medios de comunicación en ellas (54)». Por ello, aún cuando corresponde a las asociaciones de abogados determinar las reglas en esta materia, el Tribunal señaló que deben buscar un balance correcto entre los distintos intereses involucrados, los que consistirían en una correcta administración de justicia, la dignidad de la profesión, el derecho de cada persona a recibir información sobre asistencia legal y proporcionar a los miembros del Colegio o Barra la posibilidad de publicitar su ejercicio. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Casado Coca v. Spain* (1994), (<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Casado%20%7C%20Coca&sessionid=2900649&skin=hudoc-en>). Actualmente, el Código Deontológico de la Abogacía Española (2002) regula la publicidad en estos términos (arts. 7 y 8).



- i) **Publicidad falsa o engañosa.**
- ii) **Publicidad comparativa sobre bases indemostrables y competencia desleal.**
- iii) **Amenaza al deber de confidencialidad y secreto profesional.**
- iv) **Información inadecuada e incorrecta sobre litigios pendientes.**

B) SOBRE SOLICITACIÓN.

El trabajo realizado por el grupo ha logrado refrendar la proposición inicial en el sentido que tras el concepto de formación decorosa de clientela subyace el problema ético de la solicitud⁶.

- **Principio general.** Hemos confirmado nuestra opinión preliminar en el sentido de identificar en la solicitud una acción contraria a la ética.

Las razones de lo anterior radican en:

- Incentivos perversos al litigio (ej. cazadores de ambulancia). Desaparece el rol del abogado en el sentido de formalizar y neutralizar afectivamente las pretensiones de su cliente en un conflicto, pasando a ser un agente provocador o generador del conflicto.
- Suele exacerbar la diferencia en los niveles de información que poseen abogados y clientes (asimetría de información). La solicitud puede poner al eventual cliente en una posición especialmente vulnerable, acentuada en situaciones propias de estado de necesidad o de indefensión de este último⁷.
- A diferencia de la publicidad, la solicitud no permite un control previo por parte del destinatario y dificulta el control por terceros de la acción de petición del abogado. El carácter privado de la solicitud genera un área de opacidad que impide el control sobre el actuar del abogado emisor de la misma.
- Respecto a la integridad de la profesión, la solicitud fomenta prácticas de competencia desleal por parte de los abogados que recurren a ella,

⁶ Para la evolución normativa del concepto de solicitud, su relación con la publicidad y cómo ha sido incorporado por la mayoría de las legislaciones deontológicas comparadas, ver Gálvez, María Antonieta "Regulación de la publicidad de Abogados", *Ius et veritas*, 33, diciembre, 2006, (PUCP), pp. 132-148.

⁷ Indicativo de esto último, parece útil considerar el comentario a la Regla 7.3 de las *Model Rules*, el cual señala que la finalidad de las reglas de prohibición de solicitud consiste en evitar un potencial abuso respecto a personas legas o no letradas que pueden ser contactadas directamente por el abogado: "Del mismo modo, la norma que permitirá la publicidad y establece los términos en que ella debe efectuarse, ofrece medios alternativos para transmitir información necesaria para quienes requieran de servicios legales, sin necesidad del trato directo personal, o con tecnologías en tiempo real que puedan abrumar al cliente para efectos de tomar una decisión. Las formas de realizar publicidad otorgarían un cierto resguardo al cliente, lo que no sucedería en el caso del trato directo, por cuanto las primeras pueden ser revisadas por un tercero". En www.abanet.org/cpr/mrpc/rule_7_3_comm.html



permitiendo la denigración y descrédito velado hacia los colegas ante sus clientes con ofensas o expresiones despectivas o infundadas del trabajo realizado o de la persona del abogado.

- La publicidad ofrece un mejor mecanismo para transmitir información a los usuarios. La petición directa e inmediata que envuelve la solicitud, arriesga el peligro de desplazar la entrega de información relevante a un segundo plano.
- La solicitud es un acto de pedir, por lo que debieran excluirse de la prohibición todo acto que no conlleve una acción destinada a pedir la contratación de servicios legales por parte de un eventual cliente.

Dicho lo anterior, existe consenso al interior del grupo en los siguientes principios que sirven de base a la construcción normativa que se propone: (i) Publicidad y solicitud son cosas distintas, que deben ser administradas por reglas diversas; (ii) Dado que tanto la publicidad como la solicitud son mecanismos para la formación de clientela, el concepto de solicitud debe ser definido, y (iii) La solicitud es un acto contrario a las normas éticas.

IV.- Normas actuales cuya redacción supone conflictos con los principios antes expresados y con la regulación comparada.

Como fue señalado en nuestro primer informe, los artículos 13, 14, 15 y 16 del Código de Ética requieren adecuaciones para satisfacer los principios que han inspirado el trabajo del grupo. Presentan, además, técnicas normativas inadecuadas (El Código no provee de un concepto de solicitud. Al carecer de una definición, el Código confunde la idea de solicitud con la de publicidad, y la de incitación al litigio con la de recomendación profesional) y recurren, como se ha diagnosticado con anterioridad, a conceptos que dificultan una comprensión compartida por parte de sus destinatarios (dignidad, decoro, honra, etc.).

La norma interpretativa del artículo 13 constituye un punto de partida importante en el cambio de paradigma en materia de publicidad de los servicios legales⁸.

⁸ La norma del art. 13º fue revisada durante el año 2001 por los miembros de la Comisión de Ética de la época (en sesiones realizadas 12/09/01, 03/10/01, 31/10/01 y 28/11/01), y luego fue sometida una primera versión de norma interpretativa a discusión y eventual aprobación en enero de 2002 (Consejo General, Acta N° 1, Sesión 07/02/2002), en la cual se acordó retomar el debate dejando pendiente lo relacionado con la publicación de la lista de clientes y la reglamentación de las materias que pudieran incluirse en las páginas web de las oficinas de abogados. Con posterioridad, en una sesión previa a la discusión de la norma interpretativa, se debatió sobre la vigencia del art. 13 ante la actual realidad de la profesión, la cual habría tendido a ser más competitiva, requiriendo para su perfeccionamiento contar con publicidad adecuada y transparente de los servicios profesionales, avanzando en su actualización normativa y en sancionar actos que se vinculen más con solicitud de clientela (Consejo General, Acta N° 19 Sesión 17/11/2003). De similar tenor sería la discusión de la Comisión de Ética (Sesión 29/10/2003), que posteriormente en el proyecto de norma interpretativa de diciembre de 2003 propuso tipificar como casos de publicidad prohibida las siguientes hipótesis: Toda forma de publicidad retribuida que dé la apariencia de no serlo; aquella que revela directa o indirectamente hechos o informaciones amparados por el secreto



Cuando el Consejo discutió el alcance del artículo 13 del Código de Ética, en aquella oportunidad se advirtió el riesgo que significaba contar con una regulación ética ineficaz sobre esta materia que, junto con constituir una barrera de entrada, volvía poco atractivo colegiarse a las nuevas generaciones. Del mismo modo, debía regularse una práctica que ya en ese entonces era habitual (directorios, revistas especializadas y páginas web).

El objetivo perseguido por la norma interpretativa del artículo 13 consistió en salir de ese estadio de infracción generalizada que constituye la redacción original de dicho artículo y, a su vez, permitir la evolución de las buenas prácticas profesionales ante realidades modernas. Interesante resulta desde ya advertir que en la discusión producida al interior del Consejo, algunos de sus miembros de entonces hicieron suyos argumentos de similar tenor a los que hoy el grupo utiliza para proponer una nueva normativa⁹.

Desde la norma interpretativa se puede construir un camino que clarifique los siguientes aspectos de la publicidad de servicios legales: un primer paso consiste en catalogar de forma clara los casos en que un tipo de publicidad es éticamente reprochable, por diferenciación de aquel tipo de publicidad que infringe normas de buen gusto y que bien podrían ser objeto de una recomendación¹⁰. Por lo mismo, las voces “decoro”, “compostura” y “sobriedad” que utiliza la actual normativa no necesariamente importan una falta a la ética. Un segundo paso consiste en precisar aquellos aspectos que la norma interpretativa identifica como centrales en la construcción de la regla, tales como la exigencia de veracidad de lo que se publicita; el consentimiento informado de los clientes para efectos de publicitar la cartera o nómina de clientes del abogado; y la necesidad de diferenciar la publicidad de la sollicitación, cuestión a la cual la norma hace mención, y que el grupo afina al definir esta última.

profesional; la publicidad comparativa, inductiva a error y aquella que, de cualquier manera, contenga expresiones de autoelogio u otras semejantes; y aquella que incite genérica o concretamente al litigio o conflicto. Finalmente, en la sesión en que el Consejo aprobó dicha norma (Consejo General, Acta N° 1, Sesión 12/01/2004), si bien en principio se planteó la necesidad de mantener dichas prohibiciones (intervenciones de los Consejeros Sres. Bulnes, Figueroa y Prado) junto con la norma interpretativa actualmente en vigencia, finalmente se acordó eliminar dichas hipótesis de prohibición por estimarse que el actual C.E.P. reglamentaba esos casos (siguiendo al Consejero Sr. Reymond).

⁹ Ver, por ejemplo, las opiniones manifestadas por los entonces Consejeros Sres. Bulnes, Feliú, Figueroa y Mayorga (Consejo General, Acta N° 19, Sesión 17/11/2003).

¹⁰ Este recurso no resulta ajeno a la tradición del Consejo, como puede verse en las “Recomendaciones del Consejo General relativo a la propaganda y publicidad de servicios legales” (09/11/2001). Dentro de estas recomendaciones, se encontraban los anuncios que insertaran frases como “atención rápida”, “sin cargos o gastos para el cliente”, “a porcentaje”, “se guarda reserva”, “abogado responsable” u otras parecidas o análogas a poco decorosas. Similar práctica se encuentra en la American Bar Association, que en sus *Aspirational Goals* establecen un par de normas que refieren al “buen gusto” en la publicidad y llaman a los abogados a evitar, por ejemplo, “música inapropiadamente dramática”.



V.- Proposiciones normativas.

Con los principios que inspiraron el trabajo del grupo (permitir, por una parte, la publicidad y calificar la solicitud como un acto contrario a la ética, por la otra), trabajamos sobre la siguiente técnica normativa:

- (i) Reglamentar, en articulados diferentes, la Información al público de servicios legales y la Solicitud, estableciendo una regla general para cada caso.
- (ii) Proponer un concepto de solicitud que permita diferenciar estos actos de la publicidad.
- (iii) Administrar casos de excepción a la regla general.
- (iv) Proponer una regulación específica en materia de relación de los abogados con los medios de comunicación
- (v) Complementar cada regla de comentarios que permitan comprender sus fuentes, razones de adopción y alcance.

A) Proposiciones normativas en materia de información al público sobre servicios legales.

Regla (1.1). Para formar su clientela el abogado o estudio podrá informar, por sí o a través de terceros, sobre sus servicios legales respetando los deberes que regulan el ejercicio de la profesión de abogado.

En consecuencia, al abogado le está prohibido:

- (i) **Engañar o inducir a error.**
- (ii) **Prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de su desempeño profesional.**
- (iii) **Ofrecer el empleo de medios contrarios al ordenamiento jurídico.**
- (iv) **Dar a entender que posee, personalmente o a través de terceros, la capacidad de influir en la autoridad.**
- (v) **Revelar información protegida por el deber de confidencialidad.**
- (vi) **Dar a conocer información sobre sus clientes, pasados o actuales, sin el consentimiento de éstos.**
- (vii) **Valerse de comparaciones con otros abogados o estudios sobre bases indemostrables.**

- COMENTARIOS A LAS REGLAS SOBRE PUBLICIDAD

(a) Regla General

Sobre la regulación ética comparada en materia de publicidad resultan interesantes los comentarios que, con ocasión de la regla autorizante, entrega el Código de New York: *“EC 2-2. El público necesita tener conocimiento acerca de*



los servicios legales. Parte de esa necesidad puede ser cubierta por la publicidad. Personas con pocos medios que no están familiarizadas con el medio legal pueden encontrar en la publicidad una forma confiable para contratar servicios legales. Mientras la reputación de los abogados puede atraer algunos clientes, los abogados también pueden hacer ofrecimiento público de sus servicios para obtener trabajo”.

En este mismo sentido, las recomendaciones éticas que efectúa la ABA en su Model Code son del siguiente tenor: *“EC 2-9. La falta de sofisticación por parte de algunos miembros de la sociedad acerca de los servicios legales y la importancia de los intereses comprometidos en la elección de un abogado y su experiencia cuando media una publicidad sin límites, exigen un especial cuidado por parte de los abogados en no generar malos entendidos en el público, debiendo asegurarse que la información que provee la publicidad sea cierta y relevante para la contratación de servicios legales...”*

Estos principios motivaron la adopción de una regla como la que se propone, la que reconoce como fuentes más directas las siguientes: el art. 69 del Proyecto de Código – Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho (Perú), complementada por la regla 2.6 del Code of Conduct for European Lawyers, la Rule 7 del Solicitor`s Code of Conduct (England & Wales), y la Rule 7.2 de las Model Rules de la ABA.

En la regla general hemos querido rescatar algunos puntos que nos parece relevante comentar. El primero dice relación con el hecho que el grupo ha puesto énfasis en la “función publicitaria”, es decir, en “lo que se dice o cómo se dice” y no en el soporte o medio que se utiliza para hacerlo. De este modo, hemos eliminado toda referencia a “medios de comunicación permitidos o prohibidos” en esta definición general, para evitar poner el acento en si determinado mensaje publicitario se contiene o no en alguno de aquellos medios o soportes que son materia de la definición. En otras palabras, la interpretación de esta regla debe estar orientada a juzgar si el mensaje publicitario vulnera o no alguna de las excepciones previstas, más que en determinar si el soporte comunicacional es de aquellos que se encuentran prohibidos o permitidos.

En segundo lugar, hemos querido regular la situación de las agencias de comunicaciones¹¹. Siguiendo con el principio general defendido por el grupo, esto es, que la publicidad debe ser permitida por las razones que hemos expuesto, nos ha parecido que el trabajo de las agencias de comunicaciones se enmarca dentro de dicho principio. Sin embargo, el abogado que contrata para estos efectos a una de estas agencias o a un profesional, debe ser éticamente responsable de los mensajes publicitarios e informaciones que a través de éstos se difundan al público. La regulación no cuestiona el uso de publicidad mediante agentes, sino el

¹¹ Al momento de presentar nuestro primer informe de diagnóstico, existió legítima preocupación por parte del miembro de la Comisión Rodrigo Zegers sobre el rol que cumplen las agencias de comunicación en la publicidad de abogados o estudios. Acta N° 2, Sesión ordinaria, 07/05/2008.



contenido de aquella publicidad, respecto de la cual el abogado será responsable si con ella se infringe esta regulación. Por lo anterior, el abogado será responsable de la información que por sí o a través de terceros haga llegar al público sobre sus servicios legales.

En tercer lugar, nos ha parecido relevante sujetar, como una primera limitación, la información de servicios legales a los deberes que regulan el ejercicio de la profesión. No es parte del trabajo de este grupo la definición de tales deberes, pero como anota la regulación comparada, el ejercicio de la profesión de abogado supone el cumplimiento de ciertos estándares y deberes deontológicos que el grupo considera necesario rescatar en un apartado común para todas las reglas de conducta profesional (ej. deberes sociales asociados al ejercicio profesional, como el de educación sobre los servicios legales)¹².

Finalmente y recogiendo observaciones efectuadas en la Sesión Ordinaria del Consejo General de fecha 27 de Octubre 2008, se deja constancia de que las reglas que se proponen tienen por fundamento la información al público sobre servicios legales, y no la “publicidad” de los mismos. Esto, pues respecto de este último concepto pueden construirse un conjunto de argumentaciones críticas. A fin de evitarlas, el grupo decidió erradicar de esta proposición normativa toda referencia a la palabra “publicidad” de servicios legales, para concentrarse en lo que es verdaderamente relevante: la información que se entrega al público sobre dicha clase de servicios.

(b) Excepciones

Al administrar las reglas de excepción, esto es, los casos en los cuales la publicidad de servicios legales será contraria a la ética profesional, hemos seguido la tendencia generalizada que puede constatarse en la siguiente regulación comparada y de lege ferenda: art. 69 del Proyecto de Código – Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho (Perú), art. 25 N° 2 del Estatuto General de la Abogacía (exceptuadas las letras b y c por tratar casos de incitación a litigar y solicitud), y la Norma Interpretativa del art. 13 originalmente propuesta por la Comisión de Ética en diciembre de 2003.

(b.1) Como puede apreciarse, algunas de las reglas de excepción (*vgr.* i, ii, y vii) ponen el acento en la veracidad de la información proporcionada por el abogado o su estudio, de forma tal que el receptor de dicha información pueda optar por los servicios profesionales que más se ajusten a sus reales necesidades. Bajo estas prohibiciones, aunque no se mencionen expresamente, cabrían situaciones como el autoelogio u otras similares. En este sentido, el grupo ha optado por evitar una casuística excesiva, en el entendido que en la abstracción de las reglas de excepción que se han previsto quedan subsumidos tales supuestos y de esa

¹² Ver comentarios éticos a la normativa de New York o las notas de la ABA en su Model Code (EC 2-6 al 2-16)



forma evitar la rápida obsolescencia de las mismas o la exclusión no deliberada de determinadas situaciones.

Respecto a la primera excepción, (engañar o inducir a error) esta es una consecuencia de la exigencia de veracidad e integridad que debe cumplir toda información emitida con fines publicitarios que realicen los abogados, y a su vez es una de las pocas prohibiciones dotada de textura abierta que permite subsumir distintos supuestos que no son posibles de describir casuísticamente, pero que son igualmente reprochables¹³.

La segunda excepción es una explicitación de un caso de publicidad engañosa o inductiva error, por lo que valen las mismas razones recién esbozadas.

La tercera excepción, dice relación con la publicidad comparativa. Respecto de ella se produjo la única divergencia al interior del grupo. En su propuesta, el grupo acordó por mayoría permitir la publicidad comparativa y sancionar éticamente solo aquellas comparaciones efectuadas sobre bases no fehacientes o indemostrables. Haber establecido como conducta prohibida cualquier publicidad comparativa, habría generado gran incertidumbre acerca de lo que ha de entenderse por comparaciones, dando espacio para el cuestionamiento ético de afirmaciones inocuas o que pueden ser sancionadas por la infracción de otras normas deontológicas. A este respecto, la publicidad comparativa sin destinatario específico (por ejemplo, la afirmación publicitaria acerca de ser “el mejor abogado en litigios penales”), es indirecta (no se compara con un abogado o estudio específico), contiene una comparación abstracta (la comparación se efectúa respecto de los abogados en general) y carece de bases fehacientes y demostrables, por lo que su empleo merece reparos éticos. Sin embargo, esta clase de publicidad – por su pobreza conceptual – parece ser más bien inocua desde el punto de vista del receptor de la información y, por lo tanto, su reproche ético directo parece encontrarse más en la falsedad o falta de seriedad de su afirmación, que en las comparaciones que contiene. Por otra parte, la publicidad

¹³ En la sesión en que fue presentada esta propuesta se hizo la observación de que esta hipótesis estaría contemplada en la ley por lo que deontológicamente podría ser innecesario sancionarla. Si bien efectivamente en términos de responsabilidad extracontractual podría sancionarse a quien engaña o induce a error publicitariamente, la ley exige como elemento adicional la existencia de perjuicio para los efectos de sancionar al que incurre en esa publicidad engañosa o inductiva a error. El grupo estimó relevante establecer una restricción ética adicional porque resultaría complejo que el estándar del perjuicio vaya a ser el mismo que exija la ética y en ese sentido parece importante mantener la prohibición atendido a que el potencial cliente o aquel que se vio engañado probablemente no tendría siempre un equivalente a perjuicio. En cambio, la ley del consumidor sanciona a título de responsabilidad infraccional la publicidad engañosa por lo que no requiere de perjuicio. No obstante lo anterior, lo relevante en esta materia no trata sobre la protección legal al consumidor, debido a que la prestación de servicios legales está fuera de su ámbito de aplicación. De otro lado, inducir a error o engaño podría considerarse un acto de competencia desleal, sancionado por la ley del ramo, pero lo importante para el grupo es que el Colegio de Abogados tenga la supervisión ética de estas conductas y la autonomía necesaria para sancionarlas, independiente de que el estándar legal, en esta materia, parezca similar o inferior al estándar ético.



comparativa es cada día más frecuente en otros ámbitos y actividades, sean o no profesionales. ¿Qué razón habría para excluirla absolutamente de la publicidad de servicios legales? Mejor que excluirla de manera absoluta, la mayoría del grupo consideró sensato aceptarla, aunque sujeta a una exigencia específica: si se va a comparar, que se haga sobre bases intersubjetivamente transmisibles, es decir, usando criterios o datos fehacientes, demostrables, de tal manera que cualquier observador sea capaz de ponderar la información comparativa. Típicamente, estos datos fehacientes de comparación pueden ser la especialización certificada mediante títulos o grados académicos, áreas y años de experiencia, vínculos con oficinas en el extranjero, etc.

Una primera aproximación a este tema podría llevar a justificar la prohibición ética de esta clase de publicidad, por cuanto al grupo no le es ajena la odiosidad que suele existir en las comparaciones. Sin embargo y ante esto, la posición de mayoría sostiene cuatro cosas, relacionadas entre sí. Primero, que lo odioso no es necesariamente contrario a la ética profesional; segundo, que el riesgo de suscitar odiosidades entre colegas resulta suficientemente compensado por el beneficio público que puede generar una información comparativa sobre bases fehacientes, por una parte, y por evitarse la zona gris, y la discrecionalidad consiguiente, que generaría una prohibición absoluta de comparar, por la otra; tercero, las principales comparaciones vienen dadas por los rankings -que están permanentemente estimulados por los medios de comunicación- que son, en definitiva, publicidad comparativa, los cuales se encuentran expresamente permitidos por la norma interpretativa del art. 13¹⁴; y cuarto, si el permiso para dar información está vinculado al contexto de obtener clientela, la información no puede desentenderse de la conclusión que espera producir en el destinatario del mensaje, que es preferir al abogado que informa. Luego, contextualmente va a tener siempre un sesgo comparativo y por esa razón la propuesta se hace cargo de ese sesgo que es inherente a la información en un contexto de formación de clientela y establece una base que permite manejar qué información es aceptable o no. Desde el momento en que la información es para formar clientela, la información es una base para una conclusión de preferencia del abogado y eso contextualmente es comparativo. Una regla de prohibición absoluta obligaría a preguntarse cuan comparativa tendrá que ser la comparación para que se la considere una comparación prohibida¹⁵.

Finalmente, puede argumentarse también que establecer una norma que autoriza la publicidad comparativa sobre bases fehacientes o demostrables, entregará al Consejo del Colegio una herramienta relevante en materia de interpretación, pudiendo generar precedentes jurisprudenciales acerca de qué bases de comparación han de entenderse fehacientes y cuáles no¹⁶.

¹⁴ Observación del Consejero Arturo Alessandri, Consejo General, Acta N° 21 Sesión de fecha 15 de diciembre de 2008.

¹⁵ Observación del Consejero Antonio Bascuñán, Consejo General, Acta N° 21 Sesión de fecha 15 de diciembre de 2008.

¹⁶ Esta es la postura mayoritaria, sostenida por José Tomás Errázuriz, José Antonio Guzmán, Cristián Muga, y Lucas Sierra



Sin embargo, una postura minoritaria, revisando el punto luego de las críticas de la comisión y retomando en parte las primeras discusiones del grupo, propone prohibir la publicidad comparativa directa, esto es, cuando la comparación es respecto de un abogado o estudio específico, por las siguientes razones: a) generalmente, tratándose de servicios profesionales, es muy difícil que la comparación sea demostrable y siempre puede inducir a error; b) la comparación directa con otro abogado o estudio de abogado perfectamente individualizado es, en sí misma, odiosa. Entonces, la publicidad comparativa sobre bases demostrables, en caso que ello sea posible, no presta una utilidad real al receptor de la información en miras a adoptar una mejor decisión de contratación; y c) si la comparación es genérica, sin señalamiento de sujeto determinado, (vgr. 'somos el mejor estudio de abogados') o bien cae en el engaño o bien se trata de información inocua¹⁷.

(b.2) Un segundo grupo de reglas de excepción aparecen vinculadas con el correcto ejercicio de la profesión, y en menor medida con el destinatario de la publicidad. Se trata de formas de ejercicio indebido o incorrecto de la profesión que no se condicen con el rol que se espera del abogado como canalizador de las pretensiones de su cliente en la resolución de un conflicto, debido a que dichas formas de publicidad tornan al abogado en un generador de conflictos para sus eventuales clientes, que precisamente se busca proscribir con estas excepciones (iii, y en menor medida iv).

Originalmente la propuesta incluía dentro de esta clase de excepciones aquella publicidad que incita al litigio, cuya fuente se encontraba en el art. 25 N° 2 letra b) del Estatuto General de la Abogacía español. Si bien la razón para prohibirla es fuerte (el rol del abogado pasa a ser la de un eventual generador de conflictos) el problema es propiamente de la técnica normativa, y generaba el riesgo de confundir información con incitación, y por esa vía obviar las razones de bienestar de que los eventuales receptores de esos mensajes reciban información sobre sus derechos. Por otra parte, estamos ante un caso en que la línea para distinguir publicidad que incita al litigio de solicitud es algo tenue (así lo corrobora el propio C.E.P. al confundirlas en el art. 16). La incitación genérica a litigar ('sea demandante', 'queréllese' 'haga valer sus derechos') tiene mucho de antiestética y dice muy poco como conducta ética. Incluso, como se sostiene, puede tener por propósito educar a la población sobre sus derechos. Una prohibición de este tipo dejaba en la incertidumbre a quienes publicitan sus servicios como litigantes, con el eventual riesgo de que informar sobre sus servicios como tal fuese tomado como una incitación al litigio, no como información sobre sus destrezas. En cambio, la incitación a litigar en términos específicos (es decir dirigida a un receptor determinado y sobre un asunto específico), estará prohibida cuando tenga por objeto la contratación del abogado, pues cae en el supuesto de la

¹⁷ Esta posición es sostenida por Alejandra Aguad, para quien la regla deontológica debiera estar redactada del siguiente modo: "**Valerse de comparaciones directas con otros abogados o estudios**"



solicitud como se verá en la regla 1.2. En consecuencia, con posterioridad a la sesión de la comisión el grupo decidió eliminar de las excepciones a la publicidad la incitación a litigar.

(b.3) Un grupo de reglas de excepción persiguen velar por el cumplimiento de algunos deberes fundamentales de la profesión (iv, en relación al deber de competencia; v y vi, en relación al deber de confidencialidad). Respecto a la regla de excepción (iv) “Dar a entender que posee, personalmente o a través de terceros, la capacidad de influir en la autoridad”, el grupo consideró que la acepción ‘influir’, como forma de publicitar los servicios legales, debiera ser reprochable por cuanto relega la persuasión propia de la argumentación que realizan los abogados ante las autoridades, al igual que sus competencias (dominio y conocimiento de su saber), a un plano secundario, presentándose ese abogado o estudio en el plano de las influencias personales, propias de otro tipo de actividades y no de la abogacía. Por ende, la expresión “influir” que se ha utilizado en el texto propuesto, tiene una connotación negativa, en tanto supone que el abogado se presenta como una persona influyente sobre la autoridad más allá de sus competencias profesionales.

B) Proposiciones normativas en materia de solicitud

Regla (1.2). Para formar su clientela, al abogado o su estudio, le estará prohibido recurrir a la solicitud.

Se entenderá por solicitud toda comunicación iniciada por un abogado o estudio, dirigida, por sí o terceros, a un destinatario o grupo de destinatarios determinados, en relación con uno o más asuntos específicos y cuya intención sea la contratación del abogado o del estudio.

No se entenderán como solicitud las siguientes comunicaciones:

- (i) La dirigida a personas con quienes el abogado tenga relaciones de parentesco o amistad.**
- (ii) La dirigida a una persona que fue cliente del abogado o del estudio.**
- (iii) La dirigida a otro abogado o estudio.**
- (iv) La dirigida a un órgano del Estado.**
- (v) La realizada en el marco de actividades pro bono.**

- COMENTARIOS A LAS REGLAS SOBRE SOLICITACIÓN

(a) Regla General

En el primer informe del grupo se estableció como premisa distinguir solicitud de publicidad, para lo cual debe definirse un concepto de solicitud centrado en



aquel acto contrario a las normas éticas. La definición de sollicitación debiera excluir de la prohibición cualquier otro acto que no conlleve una acción destinada a pedir algo de un eventual cliente. Esto se condice de mejor forma con la actual jurisprudencia del Consejo General que ha sancionado actos de sollicitación de tenor similar a la definición propuesta¹⁸; y se distancia de aquella antigua jurisprudencia que, atendiendo al lenguaje del C.E.P., confundía publicidad con sollicitación¹⁹.

En la regulación comparada, se advierte que las definiciones de sollicitación que se formulan recogen los siguientes elementos normativos:

- a. La existencia de un destinatario o grupo de destinatarios determinados a los que se dirige la solicitud o petición, así como de uno o más asuntos específicos respecto de los cuales se hace esta solicitud.
- b. En algunas regulaciones el ánimo de lucro por parte del abogado integra la definición de sollicitación y/o es definitorio al momento de establecer su prohibición.
- c. La adopción de reglas acerca de la inmediatez de la petición que se formula (persona a persona o en tiempo real) y el uso de intermediarios que contactan eventuales clientes a nombre del abogado.

Los elementos que considera la proposición normativa elaborada por el grupo son los siguientes:

- La existencia de un destinatario o grupo de destinatarios determinado a los que se dirige la solicitud o petición, así como de uno o más asuntos identificables respecto de los cuales se hace esta solicitud.
- Resuelve el problema del lucro, al establecer que la sollicitación es contraria a la ética profesional, salvo cuando se trate de actividades pro bono.

¹⁸ En los reclamos Ingresos N°s 8/00 y 35/00, se sancionó a un grupo de abogados que ofreció sus servicios por internet y por correspondencia dirigida a los accionistas de una sociedad con el propósito de obtener clientela e impulsándolos a litigar. Los abogados sancionados también habrían facilitado los formatos de poderes a firmar, y señalado que no cobrarían por sus servicios salvo que se obtuviera una indemnización por los perjuicios sufridos por los accionistas de la empresa que les había perjudicado en la venta de sus acciones, de cuyo monto se deducirían sus honorarios. Revista del Abogado N° 23, noviembre, 2001, p. 33. Ver también, Knüst, Hugo (2002), "La formación decorosa de la clientela", Revista del Abogado N° 24. De fecha más reciente, en el reclamo Ingreso N° 80-06, se sancionó a un abogado que contactó a una serie de parientes sin que éstos lo hubieran contratado para iniciar un juicio de interdicción y solicitar la posesión efectiva, y con posterioridad en el desarrollo del encargo, pese a que le fuera notificada la revocación del poder, continuó desempeñándose como su abogado arguyendo que dicho mandato era irrevocable, realizando dos gestiones útiles entre las cuales se encontraba haber solicitado la posesión efectiva a su nombre. Revista del Abogado N° 41, noviembre, 2007, pp. 53-54. El año 2006, el Consejo conoció un reclamo en contra de un abogado que envió cartas en las que ofrecía sus servicios a ambas partes involucradas en un juicio ante un Juzgado de Policía Local.

¹⁹ Por ejemplo, en 1966 se sancionó como un caso de sollicitación la utilización de avisos publicitarios que contenían párrafos tales como "consúltenos su caso hoy mismo. Acuda a X.X.". Pardo, Fanny (1969), *Ética y derecho de la abogacía en Chile*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 92.



- El concepto abarca tanto la petición que se realiza persona a persona o en tiempo real, como aquella efectuada a distancia o a través de intermediarios que contactan potenciales clientes a nombre del abogado, sancionando toda y cualquier comunicación dirigida que persiga el encargo profesional de un asunto específico.

La definición que se propone en definitiva abarca no solamente aquellas situaciones propias del litigio, sino que también aquellas propias del ejercicio corporativo o de consultor que ejercen los abogados.

El grupo optó por prohibir la sollicitación, siguiendo como principio la regulación vigente más estricta (la DR 2-104(a)(1) y (2) Suggestion of Need of Legal Services del Model Code de la ABA), pero avanzando en la materia al definir sollicitación prohibida siguiendo al Código de Nueva York (DR 2 – 103 (1200.08) B; y lo relativo a la exigencia de receptores determinados y asuntos específicos, no contemplada en la definición de esa norma, tuvimos presente el Art. 19 IV del Codice Deontologico Forense italiano), y descartando la apertura que se encuentra en regulaciones más recientes como la inglesa y galesa relativa a los sollicitors, la canadiense y la propuesta peruana que es la más liberal. Esto por cuanto los riesgos que esta práctica conlleva resultan mayores que las posibles bondades de su permisibilidad y por avenirse de mejor forma con la actual práctica jurisprudencial del Consejo.

Como se percibe en la mayor parte de las regulaciones comparadas importantes, luego de que inicialmente prohibieran la sollicitación, han ido avanzando en propuestas que sancionaban situaciones calificadas (donde había fuerza, hostigamiento, etc.) o en situaciones de extrema vulnerabilidad (accidentes, estados de necesidad), y por lo general sin definir lo que se entiende por sollicitación, salvo por el hecho de hacer mención a comunicaciones que no habían sido requeridas o sollicitadas (*unsolicited*) por un potencial cliente. Otras, en cambio, la regularon y definieron (como Nueva York) estableciendo plazos y otros requisitos que favorecieran la posibilidad de control por parte del destinatario, persiguiendo muchas veces asimilar lo más posible esos tipos de sollicitación permitida a formas de publicidad (por ejemplo, en la regulación inglesa y galesa de los *sollicitors* se establece la exigencia de que la sollicitación por correo sea enviada dentro de sobres señalando en su exterior que se está en presencia de material publicitario). Pero esa apertura (que no existe en otros países como Francia o Italia, en donde la prohibición es similar a la propuesta por el grupo) obedeció a la evolución que tuvo el ejercicio profesional bajo esas normas, en especial al movimiento de los derechos civiles de los sesentas en EE.UU., transitando desde un estadio de prohibición absoluto con excepciones de tipo binario, hacia formas de sollicitación permitidas.

Ahora, si bien la tendencia en algunas regulaciones ha sido a su apertura, prohibiendo solamente aquella sollicitación realizada con coerción, fuerza, u hostigamiento o atendiendo al estado de necesidad del sollicitado, dichos calificativos o situaciones dificultan su sanción por cuanto de alguna manera



invierten la carga de la prueba a favor del abogado solicitante quien, precisamente por la asimetría en la relación, potencialmente podrá soslayar de mejor manera ese tipo de acusaciones; esto se vincula con la opacidad propia de la solicitud que al escapar de controles de terceros, dificulta enormemente las posibilidades de probar su realización por esos medios.

En la propuesta del grupo se combinan dos técnicas de regulación, para mantener un equilibrio entre lo prohibido profesionalmente pero circunscribiéndolo a una conducta definida lo más estrictamente posible. Por otra parte, al haber definido la solicitud como un acto de pedir, no se está prohibiendo la presentación personal del abogado o su estudio ante cualquier tipo de eventual cliente. En otras palabras, ni las tarjetas de presentación ni las entrevistas en que se presenta el abogado señalando las materias en las cuales trabaja son solicitud, siempre que no incurra en un acto de pedir un encargo profesional sobre un asunto específico. Este punto será mucho más fácil de probar por parte del solicitado que calificar la manera en que fue solicitado.

Esto se entenderá de mejor manera con la explicación de la definición de solicitud propuesta. Lo central en la definición dice relación con las expresiones 'específico' respecto al asunto y 'determinado' tratándose de los destinatarios. Entendemos que los destinatarios son determinados básicamente a través del asunto sobre el cual el abogado está ofreciendo hacerse cargo. La especificidad, en cambio, dice relación con el asunto, y tal requisito sólo se entenderá satisfecho cuando sea posible individualizar con precisión una necesidad actual y perfectamente singularizada de un grupo de destinatarios determinado. Lo anterior no ocurre, cuando el abogado simplemente presenta u oferta, en general, sus servicios legales (por ejemplo, como abogado de bancos experto en financiamiento de proyectos) porque en definitiva aquí no hay un asunto específico, sino sólo una materia determinada. No hay una necesidad real, actual y específica respecto de la cual se estén ofreciendo los servicios legales, sino que una materia determinada que está dentro del ámbito de las competencias de ese abogado, e incluso forma parte de la descripción de sus servicios legales. No es lo mismo que decir, por ejemplo, "a todas las personas que han sido víctimas del accidente producido el día X por el bus Y, contáctese con el abogado Z para iniciar acciones legales". Allí sí hay un asunto específico y un grupo de destinatarios determinados, cuya identidad está dada, en definitiva, por la especificidad del asunto (todos quienes sean víctimas de ese accidente que es el asunto específico). Cabe agregar que dentro de grupo de destinatarios determinados se considera tanto a quien personalmente tiene esa calidad respecto al asunto específico como a quienes comúnmente pueden aconsejar o derechamente tomar una decisión concerniente a ese destinatario, como sucedería respecto a sus parientes, conviviente o representantes legales (ej. en un caso de interdicción).

Es cierto que la propuesta del grupo puede verse sujeta a diversas críticas en el futuro, sucediendo lo mismo que en otros países, traduciéndose en una revisión y eventual apertura de esta norma, pero para eso el primer paso será mirar cómo se comportan los abogados y sus estudios frente a esta prohibición y las



consecuencias que apareje respecto a un mejor acceso a los servicios legales, por cuanto, atendido a que se podrá publicitar los servicios, no resultará una restricción tan extrema que realmente impida captar clientela.

(b) Excepciones

Respecto a los casos exceptuados de la prohibición general de sollicitación, el grupo abrió el catálogo de excepciones que el art. 16 C.E.P. actualmente recoge, a situaciones en que las asimetrías entre cliente y abogado se disminuyen considerablemente (i a iv), o por fomentar, y concebir como buena práctica, la responsabilidad social del abogado en materia de acceso a la justicia, propia de su función pública (v). Las fuentes normativas de estas excepciones se encuentran en la misma regla del Model Code y la Rule 7.03 del Solicitor`s Code of Conduct. Si bien dichos casos exceptuados no deben admitirse en ningún caso si son realizados por medio de actos que involucren coerción, fuerza u hostigamiento, (como lo establecen el Guiding principle 7 (b) Chapter XIV del Code of Professional Conduct de Canadá y el art. 70 del Proyecto Peruano), este tipo de conductas deben siempre estimarse contrarias a la ética profesional y no solamente en el plano de la sollicitación, por lo que como se indicará al final de esta sección, el grupo propone se establezca a nivel de regla general que el abogado nunca puede incurrir en este tipo de conductas (incluso, el abogado que ofrece sus servicios por esas vías bajo cualquier supuesto debería ser objeto de las sanciones más severas).

En efecto, el criterio general subyacente a las excepciones incorporadas en la proposición normativa se vincula a casos en los cuales la asimetría de información con el receptor se ve reducida y por ende no son calificadas como sollicitación. Así la excepción (i) supone que tal diferencia no existe o se ve contrapesada por la cercana relación que liga al abogado con el o los destinatarios determinados²⁰. Por su parte la regla (ii) – que generó debate al interior del grupo acerca de la conveniencia de su inclusión –, finalmente fue incorporada en la forma propuesta por el Código de New York en razón de encontrarse el ex cliente en una adecuada posición para juzgar por si mismo las capacidades profesionales del abogado que

²⁰ Cabe señalar que algunos miembros de la comisión plantearon que esta excepción podría transformarse en una barrera de entrada para quienes no cuentan con contactos, de quienes sí los tienen. Sin perjuicio de la constatación de una situación que resulta efectiva en ciertos casos, no debe olvidarse que una de las razones principales que se tuvo en mente para prohibir la sollicitación dice relación con la asimetría de la información. Dicha asimetría desaparece o disminuye cuando se trata de parientes o amigos que por su cercanía, conocen las competencias del abogado que ofrece sus servicios. A mayor abundamiento, muchos de los abogados recién recibidos que no se unen a un estudio de abogados asentado, tienen más posibilidades de prestar servicios profesionales y formar clientela partiendo por sus conocidos (parientes o amigos). Así ganan en experiencia, a veces a costa de la confianza que en ellos han depositado sus parientes o amigos, lo que les permite ir desarrollando sus competencias. Además, el C.E.P. actualmente la contempla en su art. 16º: “Incitación directa o indirecta a litigar. No está de acuerdo con la dignidad profesional el que un abogado espontáneamente ofrezca sus servicios o de opinión sobre determinado asunto con el propósito de provocar un juicio o de obtener un cliente; *salvo cuando lazos de parentesco o íntima amistad lo induzcan a obrar así...*”. Énfasis agregado.



ofrece sus servicios profesionales para la atención de un asunto específico y con quien se vinculó profesionalmente en el pasado. La regla que exceptúa calificar como solicitud la comunicación dirigida a otro abogado (iii), encuentra su fundamento en que en esta clase de actos la capacidad de discernir y resolver los problemas de información que puede presentar la comunicación se ven neutralizados toda vez que el destinatario se encuentra plenamente capacitado para discernir el contenido de dicha comunicación, desapareciendo toda asimetría por ser un trato entre iguales.

La regla de excepción contenida bajo el numeral (iv) tiene por fundamento excluir a los órganos del Estado como sujetos vulnerables a las deficiencias de información que puede presentar un acto de solicitud prohibida. Por sus propias características, los órganos del Estado y sus estructuras burocráticas y jerarquizadas cuentan con mecanismos y procedimientos suficientes que los colocan en una adecuada situación para discernir esta clase de asuntos, en especial sobre la exactitud y veracidad de los servicios legales ofrecidos en las comunicaciones que la proposición normativa regula.

Por su parte, la regla de excepción consagrada bajo el numeral (v) no estuvo exenta de discusión al interior del grupo. Algunos miembros veían que la actividad pro bono podría convertirse en un campo fértil para la solicitud, especialmente en casos de interés público. Desde luego el grupo advierte este riesgo y comparte la preocupación en tal sentido. Sin embargo, nos ha parecido que la actividad pro bono efectuada por universidades u otras instituciones contribuye de manera decisiva en el acceso a la justicia de grupos vulnerables, para lo cual la solicitud de asuntos es una manera usual de canalizar las necesidades jurídicas de dichos sectores o grupos.

Esta contribución nos parece más relevante que el riesgo de promoción que hemos analizado. La conducta ética del abogado que solicite la atención profesional de asuntos pro bono, con el solo objetivo de promocionarse por la atención pública que genere el caso, podrá ser juzgada conforme a otras normas deontológicas (por ejemplo, aquellas vinculadas a la conducta procesal debida o a los deberes fiduciarios), pero no nos ha parecido razonable sancionar la conducta ética de abogados que, al amparo de instituciones pro bono o motivados por razones altruistas, realizan una importante labor en materia de acceso a la justicia.

(c) Propuesta de regla transversal

Finalmente, y como fue señalado con anterioridad, la legislación comparada utilizada como fuente para la elaboración de la regla general en materia de solicitud, consagra de manera consistente la sanción ética sobre los actos de solicitud en los que medie coerción, fuerza u hostigamiento por parte del abogado hacia el receptor de la comunicación. El grupo ha estimado que una regla como la descrita es necesaria no solo en el contexto de la solicitud, sino que en el marco global del ejercicio de la profesión. Todo acto ejecutado por el abogado



que implique coerción, fuerza u hostigamiento hacia sus clientes actuales, anteriores o potenciales, terceros, o autoridades, cualquiera sea el fin que dicho acto persiga, merece un reproche ético. Por lo anterior, somos de la idea de proponer a la Comisión la adopción de una regla de carácter general que sancione esta clase de actos ejecutados por abogados en el ejercicio de la profesión.

C) Propositiones normativas en materia de declaraciones extrajudiciales y relaciones con los medios de comunicación.

Regla (2.1) Relaciones con los medios de comunicación. Ante los medios de comunicación el abogado debe actuar con veracidad en sus aseveraciones, moderación en sus juicios y, cuando fuere el caso, contar con la autorización de su cliente. Es contrario a la ética profesional servirse de los medios de comunicación para obtener publicidad personal, ni aún a pretexto de colaborar con ellos o de defender los intereses de un cliente.

Regla (2.2) Declaraciones prohibidas. El abogado que participa o ha participado en un proceso pendiente, o en una investigación a él conducente, debe abstenerse de formular declaraciones o entregar información fuera de la investigación o proceso, cuando pueda afectar seriamente la imparcialidad en la conducción de la investigación o en la decisión del asunto.

Falta gravemente a la ética profesional quien infrinja esta regla valiéndose de otra persona o con reserva de identidad.

Regla (2.3) Derecho de rectificación. No obstante lo dispuesto en la regla 2.2 precedente, el abogado podrá formular declaraciones que resulten necesarias para rectificar informaciones difundidas públicamente que pueda tener efectos perjudiciales para su cliente, siempre que la difusión de esa información sea reciente y que no haya sido provocada por declaraciones del abogado o de su cliente.

Regla (2.4) Extensión de las prohibiciones. La prohibición establecida en la regla 2.2 se extiende a todos los abogados que se desempeñen en el estudio o la repartición pública a la que pertenezca el abogado a que dicha regla se refiere.

Regla (2.5) Responsabilidad por terceros. El abogado a que se refiere la regla 2.2 debe adoptar medidas adecuadas para impedir que sus colaboradores que no son abogados hagan las declaraciones o comentarios que a él le están prohibidos.



- COMENTARIOS A LAS REGLAS QUE REGULAN LA RELACIÓN DEL ABOGADO CON LOS MEDIOS

Las fuentes directas de estas reglas son: Regla 2.1. proviene del comentario 10 (*Statements to the media*) Rule 11 del Solicitor's Code of Conduct y Codice Deontologico (Italia) Art. 18 (encabezamiento y apartado I); Regla 2.2 del ABA-Model Rules, Regla 3.4; Regla 2.3 proviene del CEP Art. 14, ABA-Model Rules, Regla 3.6 y parcialmente el art. 56 del Proyecto de Código – Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho -; Regla 2.4 proviene del ABA-Model Rules, Regla 3.6 (d); la Regla 2.5 proviene de ABA-Model Rules, Regla 3.6 (d) y ABA-Model Rules, Regla 3.8 (f).

La propuesta intenta hacerse cargo de las crecientes relaciones entre los medios de comunicación y la profesión legal en sus distintas modalidades de ejercicio. Como principio rector, el grupo acordó ampliar lo establecido actualmente en el art. 14 C.E.P. especialmente porque se advierte un riesgo al mantener una regla como la actualmente establecida en el código, por cuanto y como se dirá en lo sucesivo, la normativa comparada señala que bajo normas similares subyace la libertad de expresión, lo que podría trasladar contenidos propios de la regulación de dicho derecho fundamental (recogidos en normas constitucionales, internacionales y legales) al plano de la regulación ética (actualmente de carácter gremial).

Atendido lo anterior, la primera distinción relevante distingue lo relativo a asuntos pendientes, en los cuales necesariamente el abogado mantiene una relación profesional con un cliente, de las demás interacciones que el abogado puede realizar con los medios de comunicación²¹. En esta segunda situación, la

²¹ “En la intersección entre el avisaje y el servicio público se encuentra el problema de las relaciones entre los abogados y los medios de comunicación. Establecer y alimentar relaciones con los medios puede ser avisaje en efecto. La norma universalmente reconocida establecía que el abogado no debía tener ningún contacto con los medios... Sin embargo, esta norma tradicional se ha visto radicalmente erosionada en algunos países. En los Estados Unidos, el principio constitucional de libertad de expresión de la Primera Enmienda se entromete en todas las limitaciones a las comunicaciones. Los medios de comunicación norteamericanos han sido insistentes en señalar que la litigación es un asunto público y en cuanto tal una materia sobre la cual los medios tienen un derecho y un deber de investigar.... La American Bar Association ha intentado mantener una relación cordial con los representantes de los medios, pero también de preservar la posición tradicional de la profesión legal frente a la publicidad de los litigios. Con ese objetivo, la ABA ha promulgado reglas dirigidas a mantener un balance entre ‘prensa libre y juicio justo’... Por una parte, en la sociedad de masas los medios son la única fuente de información con la que cuenta el público respecto a lo que sucede en los tribunales. Los procedimientos legales pueden tener un gran significado práctico y político. Por otra parte, los relatos de los medios necesariamente son incompletos, a menudo son “atontados” para el consumo popular, y a veces distorsionan la evidencia y los asuntos. Pero estas deficiencias no son diferentes de aquellos reportajes sobre otro tipo de eventos –la política parlamentaria, los negocios, y los sucesos deportivos, por ejemplo. En nuestra opinión, el mundo legal simplemente tiene que empezar a acostumbrarse a la presencia e influencia de “los medios”... Los jueces hace mucho tiempo aprendieron a colocar sobre la información ajena a la evidencia un descuento adecuado. La vida



propuesta constata una práctica usual hoy en el ejercicio de la profesión, al tiempo que recoge lo que en alguna regulación comparada se denomina “función educacional de la profesión”. Esta persigue favorecer el acceso a la información sobre servicios legales y sus alcances, por parte de los sectores más desfavorecidos o vulnerables de la sociedad. Esto, además, se vincula con la educación que los abogados deben efectuar sobre los derechos que le asisten a las personas y su forma de ejercerlos, como también sobre la utilidad que en dicho ejercicio pueden prestar los servicios legales que ofrecen los abogados. Esto último ha sido recogido por el art. 14 C.E.P., aunque en forma restrictiva, ya que sólo permite publicaciones en revistas especializadas. Por el contrario, la propuesta descansa sobre el principio que la normativa ética no sólo debe fomentar el desarrollo vigoroso de la cultura jurídica interna o propia del foro, sino que también debe favorecer el acceso por parte de la opinión pública a la información jurídica relevante.

Ahora bien, en lo concerniente a la relación de los abogados con los medios de comunicación en un asunto pendiente, nos parece necesario, como presupuesto de legitimación, que el abogado pueda acudir a los medios de comunicación, previo consentimiento de su cliente, sólo cuando los derechos de este último se vean amenazados o vulnerados por información relativa a un asunto o proceso en curso divulgada públicamente. En esta materia la propuesta recoge una antigua preocupación del Consejo en el sentido de adecuar el art. 14 a la actual realidad de la profesión, a fin de evitar una merma severa en el derecho a defensa del cliente que puede producirse cuando su abogado enfrenta la siguiente disyuntiva: si habla, transgrede una norma ética, si calla, su cliente ve disminuidas sus posibilidades de defensa²².

Hemos querido ampliar la regla ya existente (art. 14 C.E.P.), en el sentido de no limitar este derecho a la mera rectificación de información y, menos aún, sujetar su ejercicio a imperativos de difícil calificación (la justicia o la moral). Más bien, creemos necesario amparar el derecho que asiste a los abogados a defender los intereses de su cliente cuando éstos se han visto amenazados o lesionados por

seguirá adelante”. Hazard, Geoffrey y Angelo Dondi (2004) *Legal Ethics. A Comparative Study*, (Stanford University Press, California) pp. 143-145.

²² Existió una propuesta de modificación al art. 14 elaborada por el director Figueroa, que por diversos motivos finalmente no fue discutida para su aprobación, del siguiente tenor: “Art. 14 Publicidad de asuntos pendientes. El abogado no podrá hacer declaraciones a la prensa sobre asuntos que se le hubieran encomendado profesionalmente, salvo para rectificar alusiones públicas que se refieran a su desempeño o estimara fundadamente que su quehacer se ha visto gravemente amagado por determinadas circunstancias, de las que le es lícito reclamar, incluso por los medios de comunicación social. Concluido el negocio y sin perjuicio de otras normas que regulen su conducta, podrá publicar los escritos, constancias y comentarios que estime pertinentes, debiéndolo hacer en forma respetuosa y ponderada. Lo dicho no se refiere a las informaciones o comentarios formulados en revistas profesionales conocidas, las que se regirán por los principios éticos y legales del caso. En dichas publicaciones se omitirán los nombres de las personas involucradas, si su divulgación pudiese producirles algún perjuicio, moral o material”. Directorio Nacional, acta N°7, sesión 04/05/1987. La discusión en actas N°s 3 y 36, sesiones 09/03/1987 y 28/12/1987, respectivamente.



informaciones previas, que muchas veces provienen de entidades u organizaciones que cuentan con un sofisticado sistema de relaciones públicas y comunicacionales (ej. las vocerías que existen al interior del Ministerio Público, Superintendencias y otros organismos públicos y privados), que ponen en una situación de incuestionable desventaja al abogado que, por razones éticas, está impedido de confrontarlas. Por otra parte, y desde la perspectiva del cliente, la actual regulación del C.E.P. que restringe incluso la entrega de información sobre el litigio, es particularmente compleja cuando el caso tiene connotaciones públicas que hacen que el abogado no tenga forma de evitar el acoso por parte de los medios de prensa hacia su cliente. Hay casos dramáticos en que el cliente no tiene ninguna posibilidad de tener un asesor comunicacional y se encuentra en una situación especialmente vulnerable, obligando al abogado a actuar como vocero del mismo y representar públicamente sus intereses. De no admitirse la intervención del abogado en estos casos, la presión se concentraría sobre ese cliente vulnerable²³.

La propuesta original del grupo consistía en dos reglas sencillas que recogían estas dos preocupaciones²⁴. Sin embargo, en las sesiones en las cuales estas reglas fueron discutidas ante el Consejo General, el Consejero Antonio Bascuñán presentó una propuesta alternativa fundada en que, a su juicio, la propuesta original del grupo contemplaría una autorización equivalente al actual derecho de rectificación del art. 14 y otra autorización general, pero omitiría formular la prohibición que sería contrarrestada por dichas autorizaciones²⁵. La propuesta que en definitiva este informe contiene recoge ambos enfoques fundiéndolos en uno solo.

²³ En la sesión de la Comisión de Ética en que fue presentado el primer informe del grupo, este fue uno de los aspectos más álgidos en debate. Uno de los ejemplos concretos mencionados se relacionaba con la representación de niños abusados sexualmente donde no se les podía requerir que contrataran una asesoría comunicacional y por las dimensiones públicas del caso se requería de una vocería. Acta N° 2, Sesión ordinaria 07/05/2008. Los comentarios a la Model Rule 3.6 ABA sobre esta materia ilustran de una manera muy adecuada este asunto: "Mas aún, pueden existir ocasiones donde el cliente se ve substancialmente perjudicado por publicidad reciente que no fue iniciada por el abogado o por el propio cliente. En tales casos, si el abogado razonablemente cree que una declaración pública aclaratoria resulta necesaria para proteger al cliente, el abogado puede realizar ese tipo de declaración. Sin embargo la declaración debe limitarse solamente a la información necesaria para mitigar aquella publicidad adversa de data reciente".

²⁴ **Regla 2. Relación entre abogados y medios de comunicación.**

Regla (2.1). Información al público sobre asuntos pendientes. El abogado, o su estudio, podrá interactuar con los medios de comunicación y publicaciones especializadas cuando, a través de éstos, se vean amenazados o afectados los derechos de su cliente en un determinado proceso o asunto. En todo caso, el abogado deberá contar con la autorización de su cliente y se deberá limitar a aclarar la información respectiva.

Regla (2.2). En los casos no contemplados en la regla 2.1 el abogado podrá realizar comentarios u opiniones sobre asuntos de interés público, siempre que no ponga en riesgo información amparada por el deber de confidencialidad ni incurra en una violación de las reglas 1.1 y 1.2 precedentes.

²⁵ Consejo General, Acta N° 2, Sesión ordinaria 02.012009.



Las prohibiciones o restricciones impuestas a los abogados respecto de la formulación de declaraciones extrajudiciales y, en particular, a través de medios de comunicación, implican limitaciones al ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Se trata, además, de eventuales limitaciones a un discurso crítico frente a las actuaciones de los órganos estatales, discurso que es valioso desde un punto de vista constitucional. Por esta razón, las limitaciones deben basarse en un juicio de ponderación de los intereses en conflicto, que exprese con claridad cuál es su fundamento y que evite soluciones unilaterales.

Esta última razón basta para considerar inconveniente la actual redacción del Art. 14 CEP. La prohibición general de publicidad ahí establecida suprime el ejercicio de la libertad de expresión del abogado, salvo por el derecho de rectificación que reconoce.

La regulación que se propone distingue dos contextos: el contexto general de la relación entre el abogado y los medios de comunicación, que es objeto de la regla 2.1 (con carácter de regla general) en la que el consentimiento informado por parte del cliente es esencial y el contexto de las declaraciones extrajudiciales por parte de abogados que participan en un juicio o investigación, que es objeto de las reglas 2.2 a 2.5 (con carácter de reglas especiales).

La regla general 2.1, en lo esencial reitera los deberes de veracidad y dignidad del abogado y exige que éste subordine sus intervenciones en los medios de comunicación al interés del cliente o al interés general en disponer de mejor información acerca de los asuntos públicos. Se ha efectuado una exigencia adicional no prevista en la fuente, cual es la de exigir el consentimiento informado del cliente como una forma de reforzar el carácter de mandatario con el cual el abogado debe interactuar con los medios de comunicación.

Las reglas especiales se refieren, en primer término (2.2), al abogado que participa en un proceso actual o en una investigación con él relacionada. La función de esta regla es fijar exigencias más intensas o específicas para evitar que la discusión pública acerca de un litigio o investigación que se encuentren pendientes, altere presupuestos básicos del debido proceso. Por eso es que los destinatarios de estas prohibiciones son los abogados que asumen la responsabilidad profesional en el litigio. Las prohibiciones dirigidas a ese abogado son básicamente las siguientes: (a) hacer declaraciones extrajudiciales que pongan en riesgo la imparcialidad del proceso adjudicativo y (b) hacer declaraciones extrajudiciales sin asumir responsabilidad por sus dichos. La primera prohibición protege directamente la imparcialidad de los procedimientos judiciales. La segunda prohibición constriñe al abogado a hacerse responsable ante la opinión pública de la información que de él procede. Estas prohibiciones son consistentes con la aceptación de un margen relevante de intervención de los abogados litigantes en el debate público acerca de asuntos litigiosos. La regla define ese margen en términos adoptados de la regulación modelo propuesta por la ABA. A diferencia de esa fuente, se ha prescindido de elaborar catálogos de comportamientos que se entienden *per se* riesgosos o carentes de riesgo para la



imparcialidad de la administración de justicia. La decisión de la propia ABA en el año 2002, consistente en trasladar el catálogo de casos *per se* riesgosos al nivel de los comentarios, demuestra que ése es su contexto adecuado de tematización, y no el de las reglas.

El derecho de rectificación contemplado en el Art. 14 CEP se consagra en la regla 2.3, como excepción a la prohibición de puesta en peligro de la imparcialidad de la administración de justicia, es decir, la establecida en la regla 2.2. Como resulta obvio, la rectificación en defensa de los intereses del cliente no puede justificar las declaraciones falsas o no susceptibles de prueba, ni la posibilidad de eximirse de responsabilidad por los propios dichos. Por otra parte, con el objeto de evitar que esta autorización sea utilizada abusivamente por parte del abogado, el ejercicio de este derecho exige como requisito habilitante el consentimiento informado por parte del cliente.

Las reglas 2.4 y 2.5 extienden el ámbito cubierto por las prohibiciones, alcanzando a los abogados corporativamente asociados a los litigantes, formando parte de un mismo estudio, empresa o repartición pública, y establecen el deber adicional para el abogado litigante de responder por actos de terceros. Estas reglas provienen de la regulación modelo de la ABA y son consistentes con la regulación aprobada por el Consejo General en materia de confidencialidad.



D) Proposiciones normativas en materia de actividades pro bono publico.

Regla 3. Actividades pro bono publico.

Regla (3.1) Los abogados pueden prestar sus servicios legales en el contexto de actividades pro bono.

Se entenderá por actividades pro bono aquellos servicios legales que se prestan en forma gratuita o reduciendo significativamente los honorarios profesionales, en los siguientes casos:

- (i) La prestación de servicios legales a personas de escasos recursos.**
- (ii) La prestación de servicios legales a organizaciones cuyo objeto sea atender las necesidades de personas de escasos recursos, siempre que el pago de honorarios profesionales a valor de mercado por parte de éstas, les signifique una merma significativa en sus recursos.**
- (iii) La participación en actividades que persigan mejorar el sistema jurídico vigente, incluyendo en éste a la profesión legal.**

Regla (3.2.) Deber de diligencia profesional. Los servicios profesionales pro bono deberán realizarse con la misma calidad con que los abogados o estudios prestan sus servicios remunerados usuales a valor de mercado. Es contraria a la ética profesional la instrumentalización por parte del abogado de esta forma de prestar sus servicios profesionales hacia fines ajenos a la promoción del acceso a la justicia, la representación legal efectiva o la consolidación del Estado de Derecho.

- COMENTARIOS A LA REGLA QUE REGULAN LAS ACTIVIDADES PRO BONO

Las fuentes de esta regla se encuentran en la Model Rule 6.1 de la ABA, la regla 13.04 del Solicitor's Code of Conduct (2009), y los arts. 97, 98 y 100 del Proyecto de Código peruano.

Inicialmente el grupo consideró que por tratarse de un tema transversal en materia de regulación ética, la Comisión plenaria y los coordinadores de los distintos grupos de trabajo resultaban más acordes para efectuar un análisis acerca de una regulación ética global de los asuntos pro bono. El grupo había sido del parecer de no definir lo que debería entenderse por actividades pro bono, por cuanto dicha terminología estaría siendo usada ampliamente por los abogados, estudios, corporaciones privadas y clínicas jurídicas, pareciendo adecuado dejar al Consejo, como tribunal de ética, la determinación caso a caso de si la actividad desplegada por un abogado o estudio es considerada pro bono.

Sin embargo, el Consejo General acordó solicitar al grupo la definición de lo que debía entenderse por actividades pro bono, especialmente luego que la propuesta



trata las comunicaciones de oferta de servicios en este ámbito como un caso de solicitud permitida o de no solicitud²⁶. En cumplimiento de este mandato, luego de revisar normativa y discusiones comparadas así como la práctica existente en nuestro país de servicios profesionales pro bono, el grupo elaboró una regla que atendiera cuatro cuestiones sustanciales en el debate presente en la regulación profesional del trabajo pro bono:

A. Alcance del concepto. Cuando la ABA discutió en 1981 una regla sobre *pro bono publico* en el borrador de las actuales Reglas Modelo que reemplazaron al Código Modelo de 1969, existieron tres opciones de definición. Una primera definición era amplia, abarcaba cualquier actividad que un abogado podría realizar de carácter público, incluyendo integrar ciertos directorios de establecimientos educacionales, participar en clubes de leones o similares e incluso actos políticos. Una segunda definición las restringía a la representación de clientes en estado de necesidad, carentes de recursos. La ABA adoptó una definición intermedia que abarca otras actividades, permitiendo incluir la participación en actividades que persigan mejorar el derecho, el sistema legal o la profesión así como la asesoría legal a personas de recursos limitados o grupos u organizaciones de servicio público. La línea divisoria que la ABA intentó trazar considera como actividades pro bono aquellas actividades en las cuales el abogado participa exclusivamente atendiendo al ejercicio de su rol profesional y excluye aquellas actividades que podría ejercer en calidad de ciudadano o de miembro de la comunidad.

B. Contenido. Algunas de las reglas que sirvieron como fuente establecen formas específicas de trabajo pro bono admitidas (ej. fijan un número mínimo de horas de trabajo anuales que debe cumplir cada abogado).

C. Gratuidad. Las reglas inglesas y norteamericanas permiten el cobro reducido o ciertos pactos de honorarios que no signifiquen afectar excesivamente el patrimonio de los beneficiarios de las prestaciones de los abogados, como ciertas formas de cuota litis o las condenas en costas. El proyecto peruano, en cambio, exige gratuidad.

D. Por último, uno de los debates más arduos en curso dice relación con el carácter aspiracional u obligatorio que debe tener la regulación profesional de las actividades pro bono. Pareciera que el sentido común dijera que es de la esencia del trabajo pro bono su carácter voluntario. Sin embargo, la posición contraria descansa en la voz *publico*. El debate concretamente versa en si el trabajo pro bono obedece a la sola caridad/solidaridad de los abogados o es exigido por la función pública de los abogados en la sociedad, exigencia que se vería reforzada por contar con un monopolio o reserva legal en la representación judicial de las personas. Originalmente la regla de la ABA pretendía ser obligatoria y pareciera que la resistencia a

²⁶ Consejo General, Acta N° 1, Sesión ordinaria, 05/01/2009.



transformarla en carga derivó en la regulación de tantas formas alternativas de cumplirla, así como en una regla aspiracional. La regla inglesa es de este mismo carácter. En cambio, la regla del proyecto peruano es imperativa.

La regla propuesta por el grupo es una regla intermedia, que no se restringe a la prestación de servicios legales a personas de escasos recursos, considerando como actividad pro bono la asesoría a organizaciones que cumplen funciones sociales relevantes en el trabajo con personas de escasos recursos, y reconociendo la labor de ciertos abogados comprometidos con el desarrollo del derecho y de la profesión legal²⁷. Respecto al contenido, la regla no entra en detalles excesivos por parecer suficiente con los postulados anteriormente señalados. Respecto a la gratuidad, la regla permite que el abogado o su estudio puedan cobrar en forma sustancialmente reducida a sus honorarios de mercado, lo cual incluso está reconocido en el actual art. 34 del C.E.P.²⁸ o cobrar sólo un contra resultado por una demanda de indemnización cuantiosa, para lo cual tendría que aplicarse lo dispuesto para el pacto de cuota litis²⁹. Finalmente, si bien la regla es de carácter aspiracional, no obligatoria, establece expresamente dos conductas éticamente sancionables por el Colegio en cuanto a los deberes que todo abogado mantiene hacia su cliente y en cuanto a la instrumentalización que pueda hacer un abogado de una actividad pro bono por la vía de expresar tres bienes o fines que subyacen a los numerales 1 a 3. La regla resulta clara en cuanto a consagrar como conductas indebidas dentro de este tipo de actividades aquellas que traduzcan la gratuidad en una suerte de relajo justificado por parte del abogado respecto a los deberes que lo obligan con este tipo de clientes así

²⁷ La regla al adoptar una fórmula intermedia se hace cargo de una de las críticas que se ha realizado al Código de Ética Profesional, el cual “no enfatiza suficientemente los compromisos que debe tener la profesión con la sociedad chilena, particularmente en aquellos que se refiere a la mejora del derecho. Es cierto que el Colegio ha exhibido en estos últimos años un compromiso claro con la reforma judicial y la mejora de la judicatura. Sin embargo, los abogados chilenos a veces individualmente no parecen saberse comprometidos con el estado de derecho, con los valores republicanos, con el sistema democrático y con la protección de los derechos humanos. Por supuesto no pensamos en una visión uniforme de estas materias, que por definición son controvertidas. Lo que puede resultar empobrecedor para la profesión es que parezca que los abogados no estén comprometidos claramente con estos ideales. Del mismo modo, el compromiso social de los abogados no puede limitarse a una disposición que con un cierto arcaísmo obliga a la defensa obligatoria de los menos aventajados. Sabemos que esta norma viene siendo una mera expresión retórica. Desde que existen las Corporaciones de Asistencia Judicial el turno de defensa no opera y muchos profesionales después de titulados nunca en su vida son requeridos para sumir tal defensa a la que son conminados en forma obligatoria por el Código de Ética. Para subsanar esta falta de compromiso y no transformar la profesión en una tarea asistencial obligatoria, podrían otorgarse más incentivos en el Colegio a aquellos abogados que no siendo parte de las Corporaciones Judiciales o las Clínicas Jurídicas quieran realizar trabajo jurídico ‘pro bono’ en beneficio de los menos aventajados”. Ruiz-Tagle Vial, Pablo (1998), “Una nueva autorregulación profesional”, *Revista del Abogado*, junio, N° 13.

²⁸ Art. 34° VI: Bases para estimación de honorarios. Sin perjuicio de lo que dispongan los aranceles de la profesión, para la estimación del monto de los honorarios, el abogado debe fundamentalmente atender lo siguiente: La capacidad económica del cliente, teniendo presente que la pobreza obliga a cobrar menos y aún a no cobrar nada.

²⁹ Art. 35 CEP.



como reprochar la instrumentalización por parte del abogado de esta prestación de sus servicios hacia fines ajenos a la misma. Es decir, el sustrato común a esta clase de actividades se encuentra en el ofrecimiento de servicios legales gratuitos o a menor costo y con estándares de atención profesional idénticos a los exigidos cuando presta servicios remunerados.

En resumen, bajo la regla 3.1 se establece la posibilidad para el abogado de atender asuntos de modo gratuito o con una disminución substancial de sus honorarios profesionales. El denominador común de la actividad pro bono se encuentra en los casos contemplados en (i), (ii) y (iii), los cuales señalan que la promoción del acceso a la justicia a los sectores más desprotegidos, la adecuada y justa representación legal y la concreción efectiva del Estado de Derecho, son los principios conforme a los cuales el abogado debe actuar en el marco de esta actividad. Finalmente, la regla 3.2 establece el deber de prestar servicios profesionales de calidad equivalente a aquellos remunerados y sanciona la instrumentalización que puede hacerse de esta actividad con miras a la satisfacción de fines diversos de aquellos que la inspiran conforme a la regla 3.1 (i), (ii) y (iii).