

Acta N° 3. Sesión ordinaria 18.06.2008¹

LUIS ORTIZ: Damos inicio la sesión. Antes que nada nuestro agradecimiento darse el tiempo de concurrir a esta sesión de la comisión y cuyo objetivo, como ustedes recordarán, básicamente es informarnos de los aportes y conclusiones a los que han llegado los grupos sobre conducta procesal, deberes fiduciarios, y secreto profesional. La idea es que cada uno de los coordinadores de estos grupos nos presente sus conclusiones, a fin de intercambiar ideas al final y, al mismo tiempo, aquellas personas que no han tenido oportunidad de participar en el debate y la preparación de las conclusiones puedan dar a conocer sus planteamientos y sus ideas.

Le doy la palabra a Rodrigo Coloma, coordinador del grupo sobre conducta procesal del abogado².

RODRIGO COLOMA: Buenas tardes. El grupo conducta procesal del abogado se encuentra integrado por los abogados Jorge Bofill, Enrique Cury, Manuel Garrido, Luis Gutiérrez, Gonzalo Insunza, Juan Ignacio Piña, Marcela Vega, Javier Zaldívar y quien les habla. El grupo se reunió en cinco oportunidades y contó, además, con la presencia regular del coordinador de la Comisión de Ética, Pablo Fuenzalida.

El informe da cuenta de las discusiones que se plantearon en el curso de las reuniones y que fueron siendo sistematizadas en sucesivos borradores que se sometieron a la aprobación del grupo. La estructura del documento busca representar adecuadamente las expectativas que existen sobre el comportamiento de los abogados, en lo que dice relación a su dimensión ética. Para ello, se parte con un catastro de conductas éticamente sensibles en las que podrían incurrir los abogados en el marco de su intervención en procesos de adjudicación en los que les corresponda representar los intereses de sus clientes. La enumeración, por cierto, no es exhaustiva, pero se entiende que podría constituir una buena muestra de comportamientos respecto de los cuales, nuestro código de ética profesional debiera dar una respuesta. En ese mismo apartado se indican reglas del código de ética que serían relevantes para la construcción de una posible solución, añadiéndose un pequeño comentario acerca de la fortaleza o fragilidad de nuestra regulación.

¹ Transcripción por Pablo Fuenzalida de la tercera sesión de la Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas del Colegio de Abogados de Chile A.G. que contó con la asistencia de Luis Ortiz (presidente), Enrique Barros, Jorge Bofill, Alejandra Aguad, Álvaro Anriquez, Rodrigo Coloma, Pablo Fuenzalida, Gonzalo Insunza, Marcelo Montero, Macarena Navarrete, Esteban Ovalle y Adrián Schopf. Se excusaron debidamente Antonio Bascuñán, Enrique Cury, Enrique Alcalde, Sebastián Castro, Alicia Domínguez, José Antonio Guzmán, José Tomás Errázuriz, Cristóbal Eyzaguirre, Mónica Fernández, Julián López, Cristián Muga, Juan Ignacio Piña, Lucas Sierra, Enrique Urrutia, Marcela Vega y Rodrigo Zegers.

² Al igual que en la sesión anterior de la Comisión, los coordinadores expusieron brevemente sus conclusiones, pero para facilitar la lectura y entender a cabalidad la discusión posterior, se reproducen los informes casi en su totalidad.

A continuación, se intenta clarificar los principios éticos que podrían llegar a justificar las reglas que se espera llegar a sugerir en el informe final. Para la clarificación de dichos principios se ha tenido en consideración el contexto en el cual se ejerce actualmente la profesión de abogado y avances en la decantación de ciertas implicaciones asociadas a la noción de justicia procedimental construida desde el campo de la filosofía moral. En todo caso, la propuesta es evidentemente exploratoria lo que implicará a futuro un afinamiento de la reflexión allí realizada.

Finaliza con unas breves conclusiones y se incorpora un anexo con conductas que fueron discutidas y que finalmente fueron consideradas como acordes a la ética profesional, habida consideración de su utilidad o, al menos, compatibilidad con un modelo de litigación efectiva y moderna.

I. *Catastro de conductas éticamente sensibles e identificación de las reglas del código de ética profesional que serían relevantes para su solución.*

Para efectos de ordenación del presente listado, se ha construido una categorización que da cuenta de distintos momentos del proceso (o perspectivas para su análisis). Dentro de cada (categoría), se han considerado conductas de gravedad variable: desde algunas tipificadas en el código penal hasta otras que, asumiéndose como contrarias a la ética, no ponen en serio riesgo al proceso judicial como mecanismo apto para la distribución de cargas y beneficios. Se ha considerado, además, en algunas de estas categorías un ítem denominado como *Conductas estratégicas respecto de las cuales resulta necesario el otorgamiento de una orientación ética*, en el cual se abordan comportamientos que ameritan un estudio especial, por cuanto su legitimidad o ilegitimidad es, en principio, discutible y, a la vez, fuertemente dependiente del modelo de abogado y de proceso que se entienda que existe entre nosotros³.

Al final de cada categoría de conductas se han identificado reglas del Código de Ética Profesional o del Código Penal y se realiza un breve análisis acerca de la suficiencia o insuficiencia de ellas. En los casos del artículo 1° en que se define la Esencia del Deber Profesional⁴ y del artículo 25 en que se establecen las obligaciones para con el cliente⁵, se

³ Al hablar de orientación ética se espera que en el informe final puedan incorporarse dichas conductas ya sea en la categoría de conductas reprochables o irrelevantes desde la perspectiva ética, como a la vez, la indicación de ciertos matices que puedan dar claridad a los abogados acerca de las expectativas de comportamiento que de ellos se espera.

⁴ El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente.

⁵ Es deber del abogado para con su cliente servirlo con eficacia y empeño para que haga valer sus derechos sin temor a la antipatía del juzgador, ni a la impopularidad. No debe, empero supeditar su libertad ni su conciencia ni puede exculparse de un acto ilícito atribuyéndolo a instrucciones de su cliente.

ha considerado que tienen una aplicación transversal, por lo que no se reproducen al final de cada categoría.

A. Producción de información relevante para la toma de decisiones judicial.

En esta categoría han sido incluidas aquellas conductas de los abogados que se encaminan a la generación de pruebas que se incorporan en los procesos judiciales en los cuales les toca participar.

- Crear o alterar⁶ documento(s) a presentar en un juicio, cuyo contenido le conste al abogado que es falso y que se espera que sea(n) determinante(s) para la toma de decisiones por parte de los jueces.
- Destruir documentación que se reconoce como relevante para la solución del caso.
- Instruir a los testigos para que declaren ante un tribunal planteando una historia o fragmento de historia que le conste al abogado que es falsa.
- Alterar la prueba a analizar por parte de los peritos.
- Instruir a peritos para que aparentando un sustento científico, se alejen de los procedimientos reconocidos como fiables en su disciplina.
- Crear documentos haciéndolos pasar como de autoría de terceros —o bien emitidos por la parte representada en una fecha anterior a la real— en los que se incorpore información consistente con las creencias del abogado respecto a lo que efectivamente ocurrió.
- Intervenir documentos a presentar en un juicio mediante la incorporación, eliminación o modificación de fragmentos, siendo su nueva formulación acorde a lo que el abogado cree que efectivamente ocurrió.
- Preparar a los testigos indicándoles algunos hechos que ellos desconocían, e instándolos a presentarlos como que ellos los percibieron directamente.
- Instruir a los testigos para que nieguen ante el tribunal conocer ciertas circunstancias relevantes para el esclarecimiento de los hechos.
- Utilizar en juicio antecedentes, documentación, borradores o comunicaciones producto de negociaciones no exitosas sostenidas por los abogados de las partes, respecto de la cual había un compromiso expreso o tácito de reserva.
- Ofrecer compensaciones económicas a testigos, que vayan más allá de lo exigible por la ley y que su monto se haga depender del beneficio que pudiere representar su declaración para los intereses del cliente al que representa.
- Instruir a personas para que escuchen la declaración de un imputado con derecho a guardar silencio para que posteriormente puedan deponer sobre ello en el juicio.

⁶ Tanto para esta como para las restantes conductas en que fuere posible se considera la instigación a terceros como una hipótesis equivalente.

- Confundir o presionar al imputado respecto de los alcances de su Derecho a guardar silencio.⁷
- Contrainterrogar a un testigo o perito descalificándolo por su pertenencia a un grupo tradicionalmente discriminado.
- Instar a declarar falsamente al cliente que cuenta con el derecho a guardar silencio.

Conductas estratégicas respecto de las cuales resulta necesario el otorgamiento de una orientación ética.

- Ocultar o instar a ocultar documento cuya exhibición ha sido ordenada por resolución de un tribunal de justicia.⁸
- Instruir a la persona a la que se representa para que niegue los hechos que le son preguntados en una absolucón de posiciones.
- Hacer uso de objeciones en el curso del interrogatorio o contrainterrogatorio conducido por la contraparte, con la sola finalidad de hacer perder fluidez a una declaración que se considera perjudicial.

Se discutió, también, la conducta de *dar a conocer datos que corresponden a una prueba ilícitamente obtenida, o bien una prueba excluida*. A pesar de que se presentaba como un caso relevante, se acogió el planteamiento de Jorge Bofill en el sentido de que considerando que la problematización y respuestas construidas en torno a la prueba ilícita y a las hipótesis de prohibición de uso de la información, están en nuestro sistema jurídico en un grado de desarrollo menos evidente que en otras de las conductas señaladas en este acápite, el Grupo no abordará su tratamiento.

Código de Ética

Artículo 3°: Honradez.

El abogado debe obrar con honradez y buena fe. **No ha de aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia.**

Artículo 41°: [...]

El abogado puede entrevistar libremente a los testigos de una causa civil o penal en la que intervenga, pero no debe inducirlos por medio alguno a que se aparten de la verdad.

Código Penal

Art. 196. El que maliciosamente hiciere uso del instrumento o parte falso, será castigado como

⁷ Ejemplo: "usted tiene derecho a guardar silencio, pero el tribunal lo tendrá muy presente al dictar la sentencia".

⁸ Aun cuando no se puede esperar que un abogado tenga que poner a disposición de la contraria la evidencia que perjudique su punto de vista, hay situaciones problemáticas que requieren ser clarificadas, por ejemplo, si la información disponible para ella es de muy difícil acceso para la contraparte.

si fuere autor de la falsedad [...]

Art. 197. El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades [...]

Art. 198. El que maliciosamente hiciere uso de los instrumentos falsos a que se refiere el artículo anterior, será castigado como si fuera autor de la falsedad.

Artículo 206.- El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito [...]
Si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo [...]

Artículo 207.- El que, a sabiendas, presentare ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes a que se refiere el artículo precedente, u otros medios de prueba falsos o adulterados, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso civil o por falta, y con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito. Los abogados que incurrieren en la conducta descrita sufrirán, además, la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena.

Tratándose de un fiscal del Ministerio Público, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En todo caso, si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo.

Artículo 208.- La retractación oportuna de quien hubiere incurrido en alguna de las conductas previstas en los dos artículos precedentes constituirá circunstancia atenuante muy calificada [...]

Artículo 269 bis.- El que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeran al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa [...]

La pena prevista en el inciso precedente se aumentará en un grado si los antecedentes falsos aportados condujeran al Ministerio Público a solicitar medidas cautelares o a deducir una acusación infundada.

El abogado que incurriere en las conductas descritas en los incisos anteriores será castigado, además, con la pena de suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena. La retractación oportuna de quien [...]

Comentarios:

En términos generales, se entienden como contrarias a la ética profesional aquellas acciones encaminadas a la adulteración de pruebas o producción de pruebas, (en especial declaraciones de testigos), cuya falsedad consta al abogado. Pese a que aquello puede llegar

a constituir una importante guía de conducta, la normativa disponible resulta borrosa para aquellos casos en que el abogado ignora —incluso por su acción descuidada— cuál sería la información de la base que debiera servir como soporte en el proceso.

B. Análisis de la prueba disponible y construcción de historias en alegatos.

En esta categoría se aborda la tarea de los abogados de proveer esquemas de interpretación a la prueba disponible en el juicio, en el contexto de que representan los intereses de su cliente.

- Argumentar haciendo alusión a la pertenencia de la contraparte o de su abogado a cierto grupo o minoría tradicionalmente discriminado.⁹
- Hacer citas inexactas de sentencias y de otros textos.¹⁰
- Presentar historias que aparentemente podrían calzar con la información que ha sido generada en el juicio y que se sabe que son falsas.

Respecto de esta conducta, Rodrigo Coloma, era partidario de incorporarla en la categoría de *conductas estratégicas que requieren el otorgamiento de una orientación ética*. Fundó su posición en que en los alegatos de clausura los abogados tienen que presentar esquemas de interpretación que permitan dar sentido a la información que se generó en el curso de la audiencia de prueba. Estos esquemas de interpretación tienen que favorecer al cliente y si, *a priori*, se inhiben posibles explicaciones de lo ocurrido en la audiencia de prueba, se podría perjudicar el derecho a defensa del cliente. En situaciones como ésta, la obligación de decir la verdad se debilita por cuanto los tribunales saben que las interpretaciones del abogado son sesgadas y ellos se encuentran en condiciones de advertir la falta de plausibilidad de sus relatos (en ese sentido podría ser poco estratégica la conducta analizada, pero no opuesta a la ética). A su vez, si el abogado presentare sus esquemas de interpretación sólo como plausibles (“la información producida es compatible con que haya sucedido tal cosa”), en muchas ocasiones, podría dar lugar a un fuerte debilitamiento de los argumentos y, de esa manera, imposibilitaría alcanzar el estándar de prueba exigido legalmente, o bien, no sería suficiente para bloquear el estándar de cargo de la contraparte.

⁹ Género, edad, raza, condición social, etc.

¹⁰ Esta hipótesis se refiere fundamentalmente a un ejercicio de interpretación de textos de parte del abogado que se construye de manera de que sea difícil detectar los sesgos en la atribución de significados (por ejemplo, el texto es difícil de obtener y se acompaña al tribunal sólo la parte que le favorece); o bien se hace aparecer a un autor diciendo algo que en realidad no ha dicho y no es fácilmente detectable por jueces o abogado de la contraparte, a menos que se realice un análisis minucioso. En pocas palabras, se trata de un uso malintencionado de un argumento de autoridad.

Conductas estratégicas respecto de las cuales resulta necesario el otorgamiento de una orientación ética.

- Presentar como verdaderas historias cuya veracidad en realidad se ignora.

Código de Ética

Artículo 3°: Honradez.

El abogado debe obrar con honradez y buena fe. **No ha de aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la buena y expedita administración de justicia.**

Artículo 8°: Defensa de Acusados.

El Abogado es libre para hacerse cargo de la **defensa de un acusado**, cualquiera que sea su opinión personal sobre la culpabilidad de éste; pero habiéndola aceptado, **debe emplear en ella todos los medios lícitos.**

Artículo 9°: Acusaciones Penales.

El abogado que tenga a su cargo la acusación de un delincuente, ha de considerar que **su deber primordial es no tanto obtener su condenación como conseguir que se haga justicia.**

Artículo 32°: Descubrimiento de impostura o equivocación durante el juicio.

Cuando el abogado descubre en el juicio una equivocación que beneficie injustamente a su cliente o una impostura, deberá comunicárselo para que rectifique y renuncie al provecho que de ella pudiera obtener. En caso de que el cliente no esté conforme, puede el abogado renunciar al patrocinio.

Comentarios:

En los artículos 3° y 32° del código de ética se advierten señales de que existirían expectativas en cuanto a que los abogados no debieran elaborar argumentos que se aprovechen de defectos ocurridos en la etapa de producción de información, como tampoco, y en términos más generales, construir historias que les consten que son falsas. El tema es de suma relevancia por cuanto —aparentemente— se estaría señalando que las lealtades de los abogados debieran estar preferentemente con el colectivo social (que espera soluciones acordes a lo estipulado en el sistema jurídico) y no con el cliente, lo que, en todo caso, se presenta como compatible, al menos con una de las interpretaciones plausibles del artículo 1 del código de ética¹¹. De esta manera, la lealtad con el cliente pareciera ser instrumental, esto es, en la medida que contribuya a la obtención de un resultado justo, pero que en caso de tensión sería derrotada.

¹¹ Por cierto, podría plantearse alternativamente que las lealtades del abogado estarían preferentemente con el cliente, pues sólo a través de esta actitud —suponiendo, por ejemplo, procesos adversariales— se favorece el logro de la solución más justa y, por ende, esperada por el colectivo social.

El punto merece atención ya que varios de los cambios en los procedimientos judiciales, parecieran apuntar más bien en el sentido de que el valor justicia del resultado puede ser derrotado por valores tales como pacificación social (por ejemplo, mayores posibilidades de negociar en justicia criminal por la vía de la mediación o salidas alternativas) y se podría estar produciendo cierto desfase entre nuestro código de ética y las necesidades de un sistema jurídico que busca implementar soluciones eficientes y oportunas. Más aún, podría sostenerse que la litigación moderna supone o requiere de determinadas técnicas y destrezas que ante un primer examen parecieran reñidas con un sentido tradicional del ejercicio de la litigación. Sin embargo, un análisis adverso puede resultar dudoso, pues dichas destrezas y técnicas desplegadas por partes contrarias y ante un órgano adjudicador que cumple a cabalidad con las expectativas de imparcialidad, favorecen la obtención de un resultado socialmente más adecuado a la hora de distribuirse cargas y/o beneficios para las partes.

C. Aplicación de reglas procedimentales.

En esta categoría se abordan reglas que sirven a efectos de proveer de cierta celeridad al proceso, como también igualdad de armas entre las partes intervinientes.

- Intentar sobornar a jueces o funcionarios judiciales para que dicten resoluciones que favorezca los intereses de su cliente o, en general, le generen una posición ventajosa.
- Representar simultáneamente intereses contrapuestos o incompatibles que pudiesen generar conflictos en el uso de estrategias, defensas y en general asimetrías entre los diferentes intereses representados.¹²
- Crear condiciones (audiencias privadas, conversaciones de terceros, etc.) que buscan influir en los jueces, sin que la contraparte tenga noticia, ni la posibilidad de contrarrestar argumentos¹³.
- Alterar el expediente o los registros de las actuaciones judiciales o de investigación.
- Alterar las copias de la contraparte.
- Ocultar expedientes, carpetas o antecedentes de investigaciones.
- Obstruir la obtención de copias a los abogados de la contraparte.
- Antedatar timbre del tribunal o cambiar hora de entrega de un escrito.
- Pagar a miembros del tribunal por la realización de servicios que debieran ser gratuitos, o bien pagar excesivamente.

¹² Esta conducta también es analizada por el Grupo que analiza los conflictos de intereses a los que se puede ver expuesto el abogado.

¹³ Frente a esta clase de conductas los procedimientos vigentes no garantizan igualdad entre las partes. Por ejemplo, no existe la obligación de notificar a la contraria de que solicitó una audiencia con el juez, para que pueda asistir, así como de dejar constancia en el expediente sobre la realización de la audiencia y de su contenido.

- Dar regalos —incluso de poca monta— a funcionarios públicos o judiciales que participen actualmente en un litigio en que el abogado participe, o que en el futuro pudiera participar.
- Hacer un uso injustificado de la discrecionalidad atribuida —en ocasiones— a abogados que representan intereses del Estado, en cuanto a no ofrecer el mismo tratamiento a personas que se encuentran en situaciones similares.¹⁴
- No respetar acuerdos con el abogado de la contraparte.

Conductas estratégicas respecto de las cuales resulta necesario el otorgamiento de una orientación ética.

- Interponer recursos o incidentes con fines puramente dilatorios.
- Realizar acciones tendientes a evitar las consecuencias de la aplicación mecanismos aleatorios utilizados en los procedimientos, como es el caso de la distribución de causas, integración de salas, etc.¹⁵
- Hacer uso de recursos y formalidades legales innecesarias, recurrir a gestiones puramente dilatorias que entorpezcan injustamente el normal desarrollo del procedimiento y causar perjuicios innecesarios.¹⁶

Código de Ética

Artículo 4°: Cohecho.

El abogado que en el ejercicio de su profesión cohecha a un empleado o funcionario público, falta gravemente al honor y a la ética profesionales. El abogado que se entera de un hecho de esta naturaleza, realizado por un colega, está facultado para denunciarlo a quien corresponda.

Artículo 5°: Abusos de Procedimiento.

El abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión puramente dilatoria que entorpezca injustamente el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios innecesarios.

Artículo 22°: Influencias personales sobre el juzgador.

Es deber del abogado no tratar de ejercer influencia sobre un juzgador, apelando a vinculaciones políticas o de amistad, o recurriendo a cualquier otro medio que no sea el convencer con razonamientos. Es falta grave intentar o hacer alegaciones al juzgador fuera del tribunal sobre un litigio pendiente.

Artículo 40°: Fraternidad y respeto entre abogados.

Entre los abogados debe haber fraternidad que enaltezca la profesión, respetándose recíprocamente sin dejarse influir por la animadversión de las partes. Se abstendrán cuidadosamente de expresiones

¹⁴ Este caso puede darse, por ejemplo, en fiscales del Ministerio Público respecto a sus decisiones relativas a la procedencia del juicio abreviado, principio de oportunidad, etc.

¹⁵ Aquí se precisa distinguir razones: evitar lentitud o promoverla; lograr la participación de jueces que son ideológicamente afines a la causa o bien que históricamente han fallado de cierta manera, etc.)

¹⁶ Esta conducta es una reconstrucción de lo que se pretende prohibir en el artículo 5° del código de ética y que se ha estimado muy imprecisa, ameritando un análisis especial.



malévolas o injuriosas y de aludir a antecedentes personales, ideológicos, políticos o de otra naturaleza, de sus colegas.

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. No faltará, por apremio del cliente, a su concepto de la decencia y del honor.

Código Penal

Artículo 250.- El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones [...]

Art. 250 bis. En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los artículos 248 ó 248 bis que mediare en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

Art. 232. El abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinare a la vez a la parte contraria en el mismo negocio, sufrirá las penas de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Comentarios:

El código de ética fortalece la idea de un *fair play* que implica que los abogados no deben intentar alterar la posición imparcial esperada de los jueces y funcionarios. Asimismo, no acepta el abuso de las dilaciones y, en general, entorpecimientos que retarden las respuestas oportunas de los tribunales. A pesar de ello, muchas de las conductas indicadas — exceptuando, por cierto, las más graves— parecieran ser de uso relativamente frecuente en el ejercicio de la litigación y sin demasiada conciencia de parte de los operadores o abogados de que sus acciones pudieran ser reñidas a la ética. Tal vez la respuesta, a esta falta de eficacia pudiese provenir de la existencia de un sistema judicial que con frecuencia no da respuestas suficientemente oportunas y valorativamente razonables.

El cambio de escenario que se está experimentando a propósito de las reformas procesales que están siendo introducidas puede traer consigo algunos cambios interesantes al respecto, por hacerse cargo éste indirectamente de ciertas maniobras hasta hace poco problemáticas (por ejemplo, por su uso con miras a retardar de sobremanera las decisiones), perjudicando con ello muchas veces a la parte más débil o, sencillamente, la parte cuyos intereses requieren una tutela pronta. Muchas de las conductas dilatorias tienden a desaparecer con la intermediación y la oralidad en la medida que haya un sistema de administración de justicia con recursos y con gestores calificados en el que además se adviertan roles

claramente definidos. Basta como ejemplo la comparación del nuevo sistema procesal penal versus el "sistema" de tribunales de familia, en el primero los actores difícilmente pueden dilatar, pues cualquier maniobra queda en evidencia en forma instantánea y es rechazada de plano; por el contrario, en el nuevo sistema de tribunales de familia, en el que la falta de recursos, planificación y adecuada administración, convierte hasta las conductas más ordinarias y legítimas como dilatorias.

D. Responsabilidad y calidad de los servicios prestados.

En esta categoría se abordan ciertas conductas esperadas de los abogados en lo que respecta a sus obligaciones para con el cliente en el marco de la tramitación de un juicio.

- Falta de diligencia en la tramitación de la causa, como ocurriría si:
 - Por inacción se vencen plazos o prescriben acciones.
 - No se presenta a alegar la causa, etc.
- Deficiente estudio del litigio que redunde en desconocimiento de las normas aplicables o de las peculiaridades del caso.
- Trato discriminatorio o irrespetuoso con algunos de los intervinientes del juicio, haciendo mención al género, edad, condición social, orientación sexual, etc.
- Delegación en procuradores de funciones para las cuales éstos no se encuentran suficientemente preparados.
- No proveer oportunamente de información relevante para el cliente en cuanto al estado de avance del juicio, no obstante que ello no redunde necesariamente en un deterioro de sus intereses.¹⁷

Código de Ética

Artículo 24: Puntualidad.

Es deber del abogado ser puntual con los Tribunales y sus colegas, con sus clientes y las partes contrarias.

Artículo 28°: Responsabilidad relativa a la conducción del asunto.

El abogado debe adelantarse a reconocer la responsabilidad que le resulte por su negligencia, error inexcusable o dolo, allanándose a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados al cliente.

Artículo 26°: Aseveraciones sobre el buen éxito del asunto. Transacciones.

No debe el abogado asegurar a su cliente que su asunto tendrá buen éxito, ya que influyen en la decisión de un caso numerosas circunstancias imprevisibles; sino sólo opinar según su criterio

¹⁷ Este punto tiene que ver en un requerimiento de participación y de tranquilidad de parte del cliente con respecto a su caso. Podría traslaparse con las problemáticas tratadas en otros grupos que tratan especialmente de las relaciones del abogado con el cliente.

sobre el derecho que le asiste. **Debe siempre favorecer una justa transacción.**

Comentarios:

Los artículos 1 y 25 del código de ética dan señales claras en cuanto a que existen expectativas de que los abogados asuman sus funciones con especial diligencia, pues ello incide en la defensa o fracaso en la tutela de derechos que le ha sido encomendada. Sería interesante elaborar estándares más precisos acerca de la conducta esperada de los abogados, pues muchas veces la asimetría de información en la que se encuentra el cliente dificulta un adecuado control del ejercicio profesional.

E. Razones para asumir o abandonar la representación de un cliente.¹⁸

En la presente categoría se trata ciertos límites éticos a la acción de los abogados en cuanto a la promoción de acciones judiciales, como también, a la continuación de la defensa del juicio en ocasiones en que esta resulta discutible por sobrevenir circunstancias que lo tornan problemático.

- Instar a iniciar un juicio que se prevé que tiene escasas posibilidades de éxito.
- Presentar una evaluación inexacta o tendenciosa de las posibilidades de éxito con el objeto de inducir al cliente a litigar.
- Asumir la defensa de un juicio que se sabe que tendrá escasas posibilidades de éxito, sin haberlo representado de manera clara al cliente.
- Abandonar la defensa de un juicio al advertirse que difícilmente se obtendrá una sentencia favorable.¹⁹

Conductas estratégicas respecto de las cuales resulta necesario el otorgamiento de una orientación ética.

- Utilizar el juicio como herramienta de presión para la obtención de beneficios diferentes a los directamente demandados.

Código de Ética

Artículo 6°: Aceptación o rechazo de Asuntos.

El abogado tiene la libertad para aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, sin necesidad de expresar los motivos de su resolución, salvo en el caso de nombramiento de

¹⁸ Esta categoría se podría traslapar de manera importante con las problemáticas abordadas por otros grupos.

¹⁹ Por supuesto que hay razones para renunciar al patrocinio. Entre estas podrían evaluarse algunas tales como: cliente inubicable, cliente que no proporciona información indispensable con la mínima antelación requerida para preparar su defensa, cliente que no proporciona medios de prueba o no los hace llegar al abogado con una antelación mínima para preparar su defensa, cliente que no proporciona provisión de fondos para gastos en que se deba incurrir en su defensa ni reembolsa gastos, discrepancias graves entre el abogado y el cliente acerca de la conducción del asunto, etc.

oficio, en que la declinación debe ser justificada. Al resolver, debe prescindir de su interés personal y cuidar de que no influyan en su ánimo el monto pecuniario, ni el poder o la fortuna del adversario. **No aceptará un asunto en que haya de sostener tesis contrarias a sus convicciones, inclusive las políticas o religiosas, con mayor razón si antes las ha defendido; y cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de plantearlo o desarrollarlo, o en caso de que pudiera ver menoscabada su independencia por motivos de amistad, parentesco u otros. En suma, no deberá hacerse cargo de un asunto si no cuando tenga libertad moral para dirigirlo.**

Artículo 30° Renuncia al patrocinio.

Una vez aceptado el patrocinio de un asunto, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia, o implique incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente hacia el abogado o haga necesaria la intervención exclusiva de profesional especializado.

Comentarios:

En el código se advierten señales importantes en cuanto a la independencia con la que cuenta el abogado para asumir o rechazar la representación de un caso. Asimismo, pone énfasis en que una vez aceptada la representación del cliente no puede renunciar a ella, sino cuando existan razones fuertes para debilitar el vínculo de lealtad que se genera entre ambos.

II. *Principios orientadores de las soluciones que debieran proponerse para enfrentar las conductas identificadas como sensibles en materia ética.*

La antigüedad del código de ética profesional plantea dificultades en cuanto a su consistencia con las expectativas que se ciernen sobre los abogados, en cuanto a lo que desde el mundo de la ética se estima que debiera ser su comportamiento. Así, ante el profundo cambio de escenario que se ha experimentado en el ejercicio de la profesión en las últimas décadas, las respuestas de nuestro código de ética se presentan, en ocasiones como insuficientes ante las demandas sociales de lealtad y de responsabilidad para con el cliente, de preservación de la igualdad entre las partes o, sencillamente, de respeto a las reglas del *fair play*. En esa misma línea, se advierte que el rol que le está tocando desempeñar al abogado en procesos judiciales —muy distintos a aquéllos que se encontraban vigentes a la época en que se dictó nuestro código— llevan a que algunas de sus reglas puedan parecer excesivas, imponiendo al abogado una forma de comportamiento que supone la renuncia a ventajas estratégicas que sería inconsistente con los roles que se espera que desempeñen, por ejemplo, en juicios penales o laborales.

El desfase recién advertido, ha llevado a este grupo a preguntarse acerca de los principios éticos —más allá de lo que estipula el código— que debieran determinar la conducta de los abogados en el contexto de un proceso judicial. La identificación de tales principios pudiera

ser útil a efectos de sustentar una reforma de las reglas que nos rigen o bien servir como elementos interpretativos de éstas.

En términos generales, sería esperable que cualquier mirada desde la ética en torno a la conducta de los abogados en un proceso judicial, debiera considerar una perspectiva desde lo que se ha venido en denominar como justicia procedimental.

El autor probablemente más influyente en este sentido, ha sido John Rawls quien ha identificado tres categorías relevantes para asumir un análisis ético de los procedimientos: se trata de las nociones de justicia procedimental imperfecta, perfecta y pura. La primera de ellas se da cuando la observancia del procedimiento calificado como correcto constituye una condición necesaria, pero no suficiente para alcanzar el resultado justo. Es decir, el “buen” procedimiento tiene un fuerte valor instrumental en cuanto su utilización contribuye a alcanzar un determinado resultado que se concibe como correcto, pero no lo asegura.

Hay otros casos en los que también disponemos de un criterio autónomo para establecer el resultado justo y adicionalmente contamos con un procedimiento que de manera inevitable nos lleva a este resultado. Se trata de la justicia procedimental perfecta. Es decir, en un caso de justicia procedimental perfecta, existe un criterio que define lo justo que antecede al procedimiento: la observancia del procedimiento certifica la consecución de un resultado justo.

En cambio, en la justicia procedimental pura, la corrección o justicia del resultado depende únicamente del hecho de que se hayan empleado procedimientos justos. La característica relevante de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para establecer el resultado justo debe ser observado efectivamente. Lo que distingue a la justicia procedimental pura de las otras formas de justicia es que no existe un criterio de justicia independiente: lo justo es definido por el resultado del procedimiento.

Desde una perspectiva propia de la justicia procedimental, los procesos judiciales podrán ser vistos, por ejemplo, como mecanismos aptos para producir respuestas acordes a las políticas públicas plasmadas en las normas jurídicas sustantivas, o bien, como mecanismos orientados a la solución de controversias entre partes que no sean capaces de gestionarlas directamente de manera eficiente, aun cuando el resultado al que se llegue sea incompatible con lo estipulado por ciertas normas de derecho sustantivo. Las preferencias que se tengan por uno u otro modelo de proceso determinarán el comportamiento esperado de los abogados. Podríamos, desde ya, aventurar que si hay una opción por lograr resultados acordes a lo que estipulan las reglas de derecho sustantivo, las normas de ética no debieran amparar especialmente ciertas conductas estratégicas de los abogados que podrían llevar a beneficiar injustamente a una parte por sobre la otra. Un ejemplo claro en nuestro código lo vemos en el artículo 32 en que se señala que “(c)uando el abogado descubre en el juicio una equivocación que beneficie injustamente a su cliente o una impostura, deberá comunicárselo para que rectifique y renuncie al provecho que de ella pudiera obtener [...]”

En cambio, si se privilegia la resolución de conflictos, se debiera tender a fortalecer la lealtad entre cliente y abogado con miras a que este último se transforme en un portavoz y defensor a ultranza de sus expectativas.

En el sistema jurídico chileno, por cierto, se ven señales de ambos modelos de proceso, lo que debiera llevar a un análisis especialmente cuidadoso en cuanto a las reglas éticas que debieran imponerse sobre quienes ejercen la profesión de abogado. Sin perjuicio que se trata de un tema que requerirá de un análisis profundo por parte de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados de Chile y, probablemente de todos quienes damos forma a lo que ha sido llamado como la *cultura jurídica interna*, es posible adelantar que la actuación de los abogados en el proceso debiera ser compatible con un proceso de toma de decisiones imparciales y suficientemente informado por parte de los jueces.

Lo anterior lleva a cautelar que la actuación de los abogados no debiera producirse en un marco de asimetría en que las influencias ejercidas por uno de ellos, no puedan ser suficientemente contrarrestadas por el abogado de la contraparte. Esto, por cierto, no implica que las habilidades de un abogado dejen de ser relevantes para influir sobre los jueces para que éstos adopten decisiones favorables a sus clientes, sino simplemente que este combate *analítico y retórico* librado por los abogados, sea realizado en un escenario de igualdad en que potencialmente cualquier parte que tenga argumentos plausibles pueda resultar vencedora.

En términos ya más concretos, y teniendo en vista las categorías definidas en el apartado II de este documento, podría explorarse la utilización de reglas según las cuáles el proceso de producción de información relevante para la toma de decisiones, debiera cautelar que ninguno de los contendientes altere registros o inste a la falta de sinceridad en la fase de producción de los discursos de testigos o de peritos, por cuanto ello provocaría un desequilibrio difícilmente contrarrestable por la oponente.

A pesar de que existan tipos penales que castigan el falso testimonio estos se presentan como insuficientes para llegar a contener la presentación de datos mendaces por parte de cada una de las partes que se alejen de lo que realmente sucedió. Acciones de esa naturaleza otorgan ventajas injustas a una de las partes y se presentan como incompatibles con principios básicos éticos que gozan de aceptación en teorías sobre moralidad ampliamente reconocidas, como es el caso de los principio de universalidad y de publicidad.

Si, en cambio, nos situamos en lo que respecta a la construcción de discursos de los abogados, se puede advertir que éstos son contrarrestables o falsables en la medida de que exista la llamada bilateralidad de la audiencia y por tanto, no resultan objetables aun cuando pudiesen llegar a ser insinceros o poco plausibles. Esto por cuanto, los discursos que sirven para proveer esquemas interpretativos a la información que ha sido producida en el contexto del juicio, resultan refutables por el abogado de la contraparte, o bien

entendidos como escasamente convincentes por los propios jueces; ello en vista de que la audiencia ante la cual los abogados plantean sus argumentos se encuentra en condiciones de determinar si la historia planteada en el seno del tribunal, resulta fantástica o a contrario, es perfectamente plausible.

III. Conclusiones

El análisis llevado a cabo por el Grupo Conducta Procesal del Abogado arroja las siguientes conclusiones preliminares:

- a) El código de ética actualmente vigente, si bien es cierto provee de directrices importantes para determinar las conductas aceptables e inaceptables para los abogados que intervienen en representación de una parte en un proceso de adjudicación, no parece dar cabal cuenta del escenario actual de la profesión.
- b) Para efectos de dar adecuadas respuestas a las múltiples interrogantes que se advierten respecto de la conducta esperada de parte de los abogados, parece útil debatir y tomar postura desde una perspectiva ética que vaya más allá de lo estipulado en el código de ética. Ello implicará, por ejemplo, clarificar algunos de los presupuestos presentes en los nuevos procedimientos instaurados en nuestro sistema jurídico, como asimismo, indagar distintas respuestas provistas por teorías de ética normativa sobre las que actualmente se debate.
- c) Es posible identificar diferentes categorías de conductas que admitirían una determinada regulación a partir de la identificación de ciertas reglas generales que cautelen la justicia de los procedimientos. Así, por ejemplo, es interesante distinguir entre grupos de conductas orientadas a la producción de pruebas, de aquellas que se encaminan a la producción de discursos interpretativos, o bien de responsabilidad en el cumplimiento de tareas propias de los abogados.
- d) Se precisa que para efectos de resguardar la coherencia de lo que plantee este grupo, se tenga en consideración las conclusiones arribadas por otros grupos que tratan de temas que dan cuenta de las relaciones y límites a las lealtades que deben existir entre abogado y cliente, como es el caso del secreto profesional que inhibe a los abogados de dar a conocer información cuya revelación podría favorecer la toma de decisiones con un soporte empírico más fiable, pero que alteraría seriamente los vínculos de confianza entre ambos; o bien, de los deberes fiduciarios que imponen una serie de exigencias a los abogados en el desempeño de su cometido.

Apéndice: Conductas que fueron calificadas como legítimas por el grupo.

- Instruir a los testigos para que declaren en forma controlada y eviten extenderse a circunstancias que perjudiquen su teoría del caso.

- Excluir del análisis pericial alguna información relevante y, a la vez perjudicial para los intereses de la persona que se representa.
- Ir dando señales a los testigos durante el interrogatorio para que clarifiquen determinados puntos, sin que ello les nazca espontáneamente.²⁰
- Presentar testigos respecto de los cuales no se ha corroborado que pretenden declarar de manera honesta.
- Presentar testigos que se encuentran en una situación de dependencia económica o afectiva con la parte que los presenta o la contraparte, que haga difícil que sean honestos.
- Descontextualizar la información disponible para efectos de construir una historia coherente que favorecería al cliente.
- Hacer una interpretación sesgada de sentencias o textos de dogmática.
- Utilizar como soporte fáctico de los alegatos, algunas declaraciones o fragmentos de éstas que se sabe fueron producto de un *lapsus* o equivocación en que incurrieron testigos o peritos.
- No denunciar conductas contrarias a la ética profesional de jueces o abogado de la contraparte.²¹
- Perseverar en la defensa de un caso en que el abogado advierte que se ha sido engañado por su representado.

Preguntas

LUIS ORTIZ: Muchas gracias Rodrigo por tu exposición. En pos de favorecer el debate, quizás nos pudieras dar una pauta de aquellos casos más importantes que sirvieron de base a la discusión, o sea, aquellos casos vinculados con problemas de carácter procesal y la conducta del abogado que tuvieron en mente como cuestiones básicas.

RODRIGO COLOMA: Por ejemplo, cuando nosotros estamos hablando de producción de información relevante para la toma de decisión judicial, es decir, la etapa probatoria, hay conductas que son muy groseras, muy toscas (por ejemplo, crear o alterar documentos para presentarlos en juicio), y que obviamente nosotros decimos que las posibilidades de control respecto de ese tipo de insumo por parte de la contraparte es mínima. En el fondo, ahí se está haciendo trampa, al igual que cuando presentan documentos falsos, o cuando presentan testigos falsos.

²⁰ La acción diligente del abogado de la contraparte se considera como suficiente como para nivelar posibles desequilibrios provocados por esta conducta. Esta observación es aplicable para las conductas siguientes.

²¹ Se consideró que la denuncia correspondía a una facultad y no a una obligación.

Ahora, hay situaciones que son mucho más limítrofes. El caso de los testigos yo creo que es bastante indicativo, porque hay matices que pueden provocar una gran diferencia. Claro, instar a los testigos para que presenten una historia que a ellos no les consta, nosotros lo calificamos como una conducta reprochable desde la perspectiva ética. Sabemos que existe un control de parte del abogado de la contraria pero ese control es insuficiente porque de alguna manera hay un anclaje en el discurso del testigo que nosotros no podemos remover. Si él dice “sí, yo vi eso”, no tenemos más que someternos a esa declaración falaz, a menos que tengamos pruebas de que él no estaba en ese lugar. Aquí claramente hay un reproche ético fuerte, no estamos haciendo un juego limpio. Pero respecto de los mismos testigos nos preguntamos qué pasa con toda la coordinación que existe entre el abogado y el testigo. Si uno lee el Código de Ética, sin perjuicio de que habla de que se pueden mantener conversaciones entre abogado y testigo, no hay señales muy claras que legitimen, por ejemplo, las entrevistas entre ambos²². Hay sistemas en los cuales uno podría pensar en que incluso el abogado faltaría a la ética si es que no examina previamente al testigo y constata bien lo que sabe. Dentro de ese examen que puede hacer el abogado con el testigo hay cuestiones que son mucho más delicadas y mucho más finas, porque, por ejemplo, cuando nosotros estamos interactuando con el testigo perfectamente puede haber piezas de su discurso que realmente las tiene en blanco y el abogado, incluso bien intencionadamente, le puede dar ese salvavidas y explicar “no, lo que pasó aquí fue esto”. Pero claro, yo de alguna manera con ese tipo de intervenciones puedo llegar a alterar lo que es la memoria del testigo. Es muy sutil: cuando yo recibo ese fragmento, esa pieza que me falta, el testigo incluso puede llegar a creer que esto en realidad fue una observación que él hizo. Entonces, hay una cuestión muy fina y delicada respecto a lo cual nosotros a lo mejor tenemos que dar algún tipo de respuesta y por supuesto ahí tiene que haber ciertas orientaciones.

En cambio, algunas conductas que probablemente desde la perspectiva de la cultura jurídica externa, de los observadores de lo que nosotros hacemos, pudiesen ser discutibles, nosotros las hemos calificado como legítimas. La primera de las conductas en el anexo que nosotros acompañamos dice “Instruir a los testigos para que declaren en forma controlada y eviten extenderse a circunstancias que perjudiquen su teoría del caso”. Ahora, en estricto rigor, uno si tuviese una concepción del abogado como servidor de la justicia, con una lealtad muy fuerte a lo que es implementación de políticas públicas a través de la aplicación de las reglas del Estado, una conducta así podría ser altamente problemática. Ahora, en cambio, si nosotros pensamos que el abogado tiene una lealtad eminentemente hacia el cliente, este tipo de conductas parecen perfectamente plausibles. Si nosotros analizamos nuestro modelo, pareciera que esta efectivamente es una conducta que está dentro de lo esperable y es útil que el Colegio de alguna manera, como modelador de conductas, también pudiese dar señales. “Mire, aquí hay tipos de comportamientos que no tienen nada malo de

²² Art. 41 inc. 2º: El abogado puede entrevistar libremente a los testigos de una causa civil o penal en la que intervenga, pero no debe inducirlos por medio alguno a que se aparten de la verdad.

hacerlos”, y de esa manera también estamos nivelando el tipo de relación que se produce, por ejemplo, entre abogado y clientes, entre abogados y testigos.

JORGE BOFILL: Para complementar un poco lo que acaba de explicar Rodrigo, y que tiene que ver con la discusión que tuvimos para emitir este informe en definitiva, lo anterior se asocia con los modelos de litigación y con el concepto procesal que subyace en la ley. En nuestros códigos de procedimiento más antiguos todavía vigentes (paradigmáticamente el Código de Procedimiento Civil) uno probablemente se va a encontrar con normas legales que no necesariamente apuntan en la dirección que se contiene en el informe. Pero también es más o menos evidente que todas las últimas leyes procesales que se han promulgado, estoy pensando en materia laboral, en materia de familia y obviamente en materia penal, apuntan a una litigación que subentiende que el juicio es un modelo adversarial y que en ese modelo adversarial son las partes las que de alguna manera están llevando la carga de aportar información (y no un modelo inquisitivo en el sentido de que hay un juez que está investigando o recabando información), y en ese modelo de litigación lo que acaba de explicar Rodrigo es esencial. Esto tiene que ver con un viejo paradigma de la litigación norteamericana, no solo en temas penales, que es una frase que acuñó un conocido tratadista que se llama Wigmore, hace ya muchos años, y que decía que no hay mejor arma o arma más poderosa para encontrar la verdad que el conainterrogatorio. Al final del día, en lo que se piensa es en un juicio oral con un contradictorio fuerte en el cual se contrarresta esto de la declaración controlada del testigo por la vía del conainterrogatorio, y, por lo tanto, no hay que temer en esto de la declaración controlada ni asimilarla a una posible declaración falsa, sino que simplemente de una declaración que está apuntando en la línea de la teoría del caso, como dijo Rodrigo, del abogado que presenta a declarar al testigo. Hay que entenderlo en ese contexto, y por lo tanto cuando estamos hablando de este modelo de litigación estamos pensando, de *lege lata*, allí donde hay modelo adversarial y, naturalmente de *lege ferenda*, allí donde seguimos pensando en modelos más inquisitivos.

ALEJANDRA AGUAD: Yo tengo una pregunta que dice relación básicamente con el grado de diligencia con que debiera juzgarse la conducta de un abogado, por ejemplo, que omite indagar más allá para verificar si la información que le proporciona el cliente es verídica, o si es que tiene alguna duda respecto incluso de los instrumentos o la prueba que el mismo cliente le ofrece como presentación al abogado. Porque aquí yo veo básicamente un catastro de conductas más bien activas, que suponen un intervenir, y en cambio, lo que planteó sería al revés, una omisión del abogado que frente a una eventual sospecha o incluso por negligencia no verifica que la información que le proporciona el cliente es verídica.

RODRIGO COLOMA: Efectivamente, y eso sigue teniendo relación con el modelo de procedimiento en el cual nosotros estamos pensando. A ver, para contextualizar voy a decir algún par de cosas obvias. El abogado es un representante del cliente y es un representante

sesgado, y todo el mundo lo sabe. Los jueces interpretan los discursos de los abogados desde la perspectiva que el abogado es sesgado. Por tanto, todos sabemos las reglas del juego que estamos jugando. En esa perspectiva el abogado no tiene, a nuestro parecer *prima facie*, un rol paternalista respecto de los intereses que está cautelando; eso es responsabilidad de la contraparte. Ahora, ¿cuándo nosotros le ponemos límites al accionar del abogado? Cuando esa otra contraparte carece de herramientas para poder nivelar la asimetría que significa que yo estoy dándole información y el otro en realidad no la pudo observar. Entonces, en esos casos cuando claramente están desnivelados los poderes de las partes, sí es preciso intervenir y es un tema relevante ético. Ahora, ¿cuál sería la justificación para hacer esa distinción entre las conductas más activas que tú llamas y las conductas más omisivas? En el caso de las conductas omisivas, si uno analiza el documento el foco de atención está centrado básicamente en nivelar los desequilibrios que se producen entre los saberes del abogado y el cliente. El cliente realmente no tiene un medio efectivo para poder detectar si su abogado es diligente o no, por lo tanto ahí uno le puede imponer ciertos deberes al abogado. En otras palabras, tú no puedes abusar de tu posición dominante.

En cambio, cuando yo no soy especialmente celoso en lo que es el filtro de la información que voy a presentar en el juicio, estoy dando pie para que intervenga la contraparte y llame la atención sobre las falencias de mi caso. Entonces, diríamos que básicamente hay un problema de efectividad de la labor del abogado. Por supuesto, la efectividad y la ética a veces tienen algunos lazos, pero no es un lazo tan fuerte que nosotros debiéramos cautelar desde afuera. Es decir, si el cliente me proporciona datos sobre un testigo, yo, en principio, tengo que hacer fe de que ese testigo es razonablemente honorable. Ahora, obviamente si yo detecto en la entrevista que sostengo con él que la calidad de su información realmente es muy débil, yo no lo voy a presentar pero por una cuestión de efectividad de la labor que estoy llevando a cabo. El abogado, en definitiva, nunca sabe si el cliente le está diciendo la verdad o no. Uno construye, uno se hace una representación de qué es lo que sucedió, y a partir de eso uno dice, “yo voy a actuar *como si* fuera cierto lo que me está diciendo”. Obviamente tampoco hay que ser ingenuo porque si es una versión que no tiene pies ni cabeza, mi participación va a ser muy poco eficiente. Pero en ese caso el paternalismo ético se debilita y se debilita porque la otra parte tiene herramientas para nivelarlo. Otra cosa es que el abogado sea negligente en el levantamiento de información, que tendríamos que resguardarlo por vía de sus deberes respecto del cliente.

MACARENA NAVARRETE: Yo tengo una duda que en realidad no es para el grupo sino que para el resto de los miembros de la comisión. Me da la sensación que lo que a ustedes se les encargó fue analizar la conducta procesal del abogado en un procedimiento judicial. No sé si conducta procesal sea una expresión que en realidad tenga sentido respecto de conductas en la labor de la asesoría, pero hay una cierta conducta que no sé si llamar

procesal o de comportamiento con el cliente y hacia los abogados con que se negocia en procedimientos que realmente no son judiciales o contenciosos y que me pregunto si algún grupo va a abordar porque creo es un tema importante.

RODRIGO COLOMA: Como señalé nuestro foco tenía que ver con la intervención del abogado ante un personaje que está dotado de la potestad para determinar si hubo o no violación de reglas, y puede ser un tribunal ordinario, especial o árbitro. No nos pusimos en los otros supuestos; en el fondo, ese era el rayado de la cancha de este grupo.

PABLO FUENZALIDA: Salvo este grupo, los demás grupos han tenido como perspectiva en la identificación de conductas a ser reguladas no el punto de vista del litigante, que es lo que hace el Código de Ética Profesional, sino la concepción de la profesión en casi todas sus dimensiones y formas de ejercicio actuales. No es que exista un grupo que analice la conducta del abogado corporativo, por decirlo de alguna manera, sino que, por ejemplo, en conflictos de intereses han abordado la situación del conflicto de interés con el abogado que asesora a distintos clientes; lo mismo en materia de secreto profesional, que es el grupo en que tú participas; y también en deberes fiduciarios y formación de clientela. Entonces, la perspectiva de ampliar la imagen del abogado en cuanto sujeto regulado al abogado que interviene en un sinnúmero de actividades está presente en el trabajo los grupos, pero lo está en forma transversal. Quizás en este grupo esto no se percibe, porque debido a la sensibilidad primordial que tiene el aspecto judicial se acotó al rol del abogado que interviene en un proceso de adjudicación, pero también con una visión más amplia que la tradicional, porque desde la primera sesión también se consideró la actuación del abogado en procedimientos administrativos o respecto de abogados que actúan bajo roles institucionales en el proceso, como sucede con el Ministerio Público o la Fiscalía Nacional Económica, donde también hay conductas exigibles distintas o quizás algunas que lo son de la misma manera. En otras palabras, este grupo trabajó desde una perspectiva del litigante, pero que a la vez es amplia.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Vinculado a la pregunta anterior, quisiera preguntar qué sucede con el abogado que ejerce ante el Servicio de Impuestos Internos, la Superintendencia de Valores y Seguros, la Bolsa de Valores, ante entidades gubernamentales, la Dirección del Trabajo, etc. ¿Queda para algún grupo ese tema?

MARCELA NAVARRETE: Es que quizás, Álvaro, incluso esos temas son mucho más parecidos al tema adjudicación, y creo se pueden hacer paralelos bastante claros. En cambio, me pregunto, por ejemplo, quién aborda que cuando yo negocie contigo en forma privada, no te entregue información falsa. Me refiero a ese tipo de conductas. Tiendo a pensar que debe existir una conducta mínima de comportamiento profesional que uno debiera seguir respecto de sus clientes, no en situaciones de procedimiento judicial, incluyendo también lo relativo al trato con los colegas.

RODRIGO COLOMA: Lo que pasa es que nosotros siempre teníamos a la vista el paradigma o el modelo de un juicio ante los tribunales, pero teniendo en consideración algún tipo de cuestiones específicas que se podían hacer dentro del marco de esos procedimientos y que no fuera necesariamente ante el juez. Por ejemplo, el rol del fiscal del Ministerio Público o también teniendo a la vista, por ejemplo, un procedimiento de reclamación ante algún servicio público. Pero este otro tipo de materias nosotros no las abordamos.

MARCELO MONTERO: Quisiera hacer una pregunta respecto al tema de la litigación, por ejemplo, con fines de extorsión, lo cual no necesariamente va a ser constitutivo de delito. Me estoy refiriendo a situaciones tales como una empresa que se está abriendo a la bolsa, por nombrar un caso reciente, y poco antes le notifican una demanda por X millones con tal de generar una negociación ficticia. Una demanda temeraria. Ese tipo de situaciones que en principio no están sancionadas (por la legislación penal desde luego no, y por la legislación civil no sé si corresponderá una indemnización de perjuicios), desde el punto de vista ético ¿podrá ser esto objeto de un pronunciamiento?

Segundo, quisiera preguntar por el tema de la industria del litigio, de incitar en forma masiva a litigar cuando a veces no existen muchos fundamentos, que es el problema típico de las acciones de clase ¿Hay alguien que esté trabajando eso?

RODRIGO COLOMA: Lo primero nosotros lo abordamos, y es una de las conductas en que precisamente necesitamos una orientación ética. Dice: “Utilizar el juicio como herramienta de presión para la obtención de beneficios diferentes a los directamente demandados”. El segundo caso, nosotros no estamos seguros si está dentro de nuestro ámbito de competencia por lo tanto no lo hemos abordado directamente. De hecho hicimos un barrido de algunas conductas que en algún momento pusimos sobre la mesa y que nos pareció que en realidad tenían que ver más con la relación con el cliente y con lo tratado por otros grupos.

PABLO FUENZALIDA: Quisiera responder las dos preguntas anteriores (de Macarena y Marcelo). Respecto a la segunda, el tema de la incitación a litigar ha sido tratado y se expuso en la sesión anterior por el grupo que coordina Cristián Muga que trata sobre formación de clientela. Expresamente se abordó lo de las acciones de clase, por lo tanto eso lo está trabajando ese grupo. Respecto a lo primero, hay ciertos temas que son transversales (por ejemplo, el concepto de cliente, el tema del consentimiento informado, lo relativo al deber de lealtad), que por ser transversales los hemos ido centralizado y creando un grupo con todos los coordinadores de la comisión, para tener una visión lo más genérica posible, recogiendo las inquietudes de todos los participantes de la comisión y así tener alguna fórmula para avanzar en esos temas. De hecho, posterior a esta sesión, y comenzando el próximo mes vamos a tener una primera reunión de trabajo para definir el tema del

concepto de cliente, cuáles son las concepciones que hay sobre el abogado y la relación abogado/cliente. Esa fue la forma de canalizar las inquietudes que fueron surgiendo, porque de lo contrario no íbamos a poder avanzar si las entrampábamos en un solo grupo. Evidentemente hay cosas que siempre se nos van a quedar de lado y es bueno que surjan de estas sesiones.

JORGE BOFILL: De hecho, creo que una vez que estén aprobados todos los informes, habrá que revisar dónde hay eventuales vacíos y utilizar esos mismos informes como una herramienta básica para explorar otras conductas que se pueden haber quedado afuera. Sería muy pretencioso suponer que nuestras discusiones agotaron todos los temas que uno pueda imaginar, y por ejemplo, todo lo que se está discutiendo acá está entre los bordes de los distintos grupos y en ninguna parte. Y hay muchas cosas que nosotros analizamos o que nosotros no analizamos y que probablemente surgen como conductas. Lo que pasa es que esta es, se me ocurre, la primera vez que a nivel de Colegio de Abogados estamos tratando de extraer casos concretos a partir de reglas del código, y esto es un proceso que va a continuar. Entonces, yo no estaría tan preocupado de esto sino más bien de pensar cuál es el próximo paso. Porque tú tienes toda la razón y aquí uno se empieza a encontrar con fenómenos que son nuevos. Las acciones de clases son algo que está recién naciendo en Chile y pretender que vayamos a tener respuestas claras inmediatamente sería el peor error. Lo que hay que hacer es discutirlo.

LUIS ORTIZ: Yo creo que el informe es una muestra de que se está haciendo una exploración muy vasta por cuanto hay tantos procedimientos no formalizados en los cuales no existe esta relación adversarial de que se hablaba, en la cual la conducta procesal puede ser perfectamente antiética. Hay un punto que me preocupa y que me gustaría preguntarles: pareciera que la concepción del abogado que ustedes han privilegiado en cierto modo, dejando de lado la concepción antigua del abogado defensor de la justicia y que debe velar como un juez porque ella se imponga, es más bien, como por lo demás lo dice el propio código en el artículo 1º, proteger celosamente y con empeño a su cliente, naturalmente con los límites de no faltar a la verdad..., en fin²³. Pero ahí existen ciertos límites en esta actividad proactiva que puede tener el abogado, especialmente en lo que se refiere a la acumulación de prueba, que hacen necesario y aconsejable fijar cuáles son esos límites.

Yo creo que no hay ningún abogado que presente testigos que no conozca y que los testigos lleguen incontaminados y cuando se les pregunta por el juez “A usted ¿quien lo trae?” diga “No sé, me citaron”. Eso no existe, ese testigo no existe, probablemente muchos años atrás pudo haber llegado un testigo tan químicamente puro. Hoy día el testigo habla con la parte, sabe quién lo presenta, habla con el abogado y este le señala que la contraparte le va a hacer

²³ Art. 1º: “Esencia del Deber Profesional. El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente”.

tales y tales preguntas porque seguramente lo van a intentar tachar desde el punto de vista de su falta de imparcialidad eventual, por lo que debe estar preparado para eso. Y eso es un deber que tiene que hacer el abogado, pero a la vez hay una intromisión también en el mundo conceptual y el escenario de los hechos que tiene que atacar el testigo. De repente el testigo le está contando a uno lo que piensa decir informándole como abogado y de repente dice cosas que a uno como abogado le gustaría decir “esa parte mejor no la diga porque en realidad eso corre por cuenta de la parte contraria y va a desmejorar la posición de su amigo que lo trae como testigo”. Estoy de acuerdo en que abramos el concepto del abogado de esta manera, vinculado estrechamente con su cliente, pero con ciertos límites que, aún cuando son difíciles de precisar, por lo menos decirlos en calidad de principios generales.

RODRIGO COLOMA: Eso es precisamente lo que está abordado en este capítulo exploratorio y que habla de los principios que nos permitirían extraer las reglas. Siempre la construcción de categorías tiene el riesgo de dejar muchas cosas fuera pero nos sirven para entendernos, finalmente. Uno puede entender el proceso como un mecanismo orientado a la aplicación de las normas a casos concretos. Es decir, el proceso va a ser exitoso en la medida en que la sanción prevista en el Código Penal se aplique efectivamente a quien ha matado a otro. Eso un poco es *el sueño del pibe*. Esperamos en el fondo un proceso que nos facilite llegar a esa meta. Pero, claro tenemos nosotros restricciones muy fuertes, no podemos dejar los temas abiertos, como sí puede hacerse en los temas científicos. La ciencia puede contentarse con respuestas provisionales, el derecho no. La ciencia es incluso una cosa más anecdótica. Por ejemplo, nosotros vivimos felices de la vida pensando que Graham Bell inventó el teléfono, pero hace un par de años el Congreso de Estados Unidos hizo una investigación y dijo que eso no era así, sino que fue un inmigrante italiano quien lo había descubierto. Pero no hay ningún drama, salvo el deterioro de la gloria de Meucci que le fue privada por este otro personaje, pero no pasa nada más. Pero acá nosotros no podemos dejar las cosas abiertas. Entonces, claro estamos dispuestos a renunciar a esa precisión, estamos dispuestos al error con tal de poder dar respuestas oportunas.

Ahora, ese modelo donde en el fondo nosotros queremos a toda costa aplicar las normas, probablemente tiene una imagen preliminar del abogado como un fuerte colaborador de la justicia. Esa concepción igual tiene sus complejidades, sobretodo si nosotros diferenciamos metas a corto plazo, a mediano plazo y a largo plazo. Porque a corto plazo lo más efectivo es que el abogado diga, “mire, en realidad el cliente me dijo esto otro”, pero ahí matamos un tipo de relación estrecha entre cliente y abogado que en los grandes números debiera posibilitar que las decisiones fueran mejores. Entonces, incluso en este modelo que privilegia la aplicación de las normas jurídicas y de implementación de políticas públicas se está dispuesto a renunciar a esos espacios de sinceridad o de verdad del abogado, se admite que el abogado no tiene por qué ser sincero mientras litiga. Ahora, esto se muestra mucho más fuerte y aparentemente hacia eso está apuntando nuestro sistema (digo aparentemente

porque no ha habido una discusión profunda), se está tomando muy en serio la idea del proceso como mecanismo de resolución de conflictos, pero mecanismo de resolución de conflictos que no está necesariamente vinculado a la aplicación de las normas jurídicas. En el proceso penal, aunque no tengamos un *plea bargaining*, pero sí tenemos posibilidades de acuerdos reparatorios que en el fondo es un reconocimiento de que aquí las normas no se aplican, o con el principio de oportunidad y un montón de otras reglas. Nosotros tenemos que operar bajo un supuesto de abogado y eso nosotros lo hemos estado empezando a discutir. Yo creo que es un tema muy complejo y nuestras respuestas finalmente van a ser provisionales y se producen ciertos equilibrios, porque si uno tiene en mente el proceso penal, laboral o de familia y por otro lado el proceso civil, los modelos de abogado son muy diferentes. Un caso puntual: qué pasa con la intervención del abogado respecto a su cliente cuando le dice: “me han citado a confesar, ¿tengo que declarar lo que efectivamente me consta o no?” Bueno, nuestra respuesta inicial ante ese dilema miraba a que si en ese proceso admite la posibilidad de que esa persona se abstenga de dar su declaración, instar a que mienta claramente sería una conducta reprochable. Es decir, yo como acusado tengo derecho a guardar silencio y si mi abogado me dice que no lo ejerza sino que hable y diga esta versión, ahí uno dice hay una conducta reprochable. Pero tenemos otros casos en que esa posibilidad de guardar silencio no existe, y entonces qué hacemos ahí. Y ese es el tipo de cosas que tenemos que estar discutiendo y que a lo mejor este gran tema de principios generales de ética nos pueda dar algunas luces. Porque yo creo que pasamos claramente de una ética un poco más para la galería, para quedar bien con el público, a una ética que realmente nos provea de buenas soluciones al desempeño de nuestra profesión.

JORGE BOFILL: Quisiera hacer una observación a lo que planteas porque, en el fondo, deberíamos estar todos de acuerdo, o supongo que podríamos estar todos de acuerdo, que mentir en juicio es algo éticamente reprochable. Pero la pregunta que surge ahí es ¿pero cuál es el límite con la teoría del caso? ¿Hasta dónde estoy obligado a decir la verdad y dónde empieza mi derecho a plantear las verdades parcialmente? Yo creo que esa es una pregunta que todavía no tiene respuesta. Por ahora, nosotros, me parece Rodrigo, que en lo que estábamos de acuerdo es que la primera regla dice que es antiético mentir en juicio. Yo creo recordar que ese era el punto de partida de la discusión. Pero nos encontramos con problemas como la absolución de posiciones en el juicio civil donde uno dice si es justo que a mí me pongan frente al pelotón de fusilamiento y no tengo ni siquiera derecho a intervenir con preguntas engañosas, por ejemplo. La nuestra es una profesión práctica, por lo que sobretodo en las condiciones en que las absoluciones de posiciones se llevan a efecto con jueces que no le prestan ninguna atención a la diligencia y por lo tanto al final del día uno está ahí sin poder hacer nada. ¿Le va a dar alguna instrucción previamente al cliente? ¿Y dónde la instrucción empieza a cruzar el límite? Hay otras materias, y esto tiene que ver con nuestra falta de jurisprudencia, donde las preguntas ni siquiera tienen una respuesta a nivel legal. Yo entiendo que nuestra tarea a nivel ético es supererogatoria de la ley,

nosotros no estamos vinculados exclusivamente a criterios legales, pero en materia de falso testimonio, por ejemplo, existe jurisprudencia que dice que no constituye delito el mentir a propósito de las preguntas de tacha o respecto a la individualización de testigos, lo cual, en un modelo adversarial, es ridículo porque tiene que ver con la credibilidad del testigo. Entonces, ¿por qué no va a ser falso que en una declaración falsa yo mienta acerca de mis características personales? Hay muchas preguntas donde simplemente nuestro sistema jurídico, por no hablar de nuestro sistema ético, no provee ninguna respuesta clara.

Hay otras donde probablemente la respuesta a la pregunta de don Luis vendría planteada no necesariamente por razones éticas, sí por razones estratégicas. Un manual de litigación anglosajón siempre le va a decir que anticipe debilidades. Por lo tanto, cuando lleve a declarar un testigo que sabe algo que es perjudicial para la historia de su cliente, no lo deje oculto porque si el otro lo llega a encontrar va a desprestigiar su declaración. Por lo tanto ni siquiera por razones éticas sino que por razones estratégicas la recomendación sería que si el testigo sabe algo que le hace mal usted, vea de que manera lo introduce haciéndole menos daño para que usted sea el que lo haga y no su contraparte. Yo creo que aquí hay muchas preguntas que vamos a tener que pensarlas y que lo esencial es ponernos de acuerdo en el modelo para partir de ahí a construir reglas.

ENRIQUE BARROS: Una breve observación. En verdad nuestro código de ética es una especie de sección de las bienaventuranzas, porque parte de la base de un mundo aspiracional, de un mundo ético en sentido positivo que probablemente no es el más propio para un código de ética que tiene que ser un instrumento operativo para abogados de carne y hueso. Abogados santos puede haber y naturalmente sería espléndido si hubiera muchos, pero lo que tenemos que hacer es más bien regular la conducta de abogados comunes y corrientes. En ese sentido lo más razonable, y algo de eso vi en el documento de ustedes que va en esa muy buena dirección, es que un código de ética más bien tiene que ver con prohibiciones que con aspiraciones. En otras palabras, qué es lo que no es aceptable. Y en la medida en que se lograra que los principios sean operables en reglas que definieran lo que no es aceptable en las distintas materias, vamos a llegar a caminos muchísimo más fértiles que imaginarnos mundo ideales, incluso respecto a la autopercepción de la profesión, como se ve en materia de publicidad.

LUIS ORTIZ: En realidad este es un tema bien importante y creo que todavía hay tareas por hacer como decía Jorge, a pesar de que ha sido un avance muy grande y desde luego los felicitamos a Rodrigo y a su grupo. Le voy ofrecer la palabra a Álvaro para que desarrolle las conclusiones respecto al grupo de secreto profesional.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Buenas tardes. Voy a separar la exposición en la metodología que usamos y luego las conclusiones que alcanzamos.

El grupo se reunió en cuatro oportunidades. En la primera sesión asistieron los miembros del grupo, señores: Macarena Navarrete (MN), Raúl Tavolari, Cristóbal Eyzaguirre, Adrián Shopf (AS), Julián López (JL) y el coordinador del Grupo, Alvaro Anriquez (AA). También asistió con derecho a voz el coordinador de la Comisión señor Pablo Fuenzalida (PF). En esta sesión, se trataron los siguientes temas y alcanzaron los siguientes acuerdos:

- (a) AA realizó una breve presentación relativa al Secreto Profesional (SP), abordando el objetivo final de la encomienda que se nos ha hecho, y sugiriendo una metodología para lograr ese objetivo;
- (b) Se alcanzaron los siguientes acuerdos preliminares en relación con el SP:
 - (b.2) *Prima facie*, parece posible cumplir el objetivo de producir regulación sobre SP por la vía de complementar (en oposición a reemplazar o modificar) las normas actualmente vigentes sobre la materia en nuestro Código de Ética;
 - (b.2) AA, en su calidad de coordinador del Grupo se comprometió a producir y distribuir entre todos los miembros del Grupo un primer inventario de situaciones en que la institución del SP desempeñe un rol relevante, agrupadas esas situaciones bajo alguna propuesta sistemática, por ejemplo, situaciones que tienden a definir quiénes son los protegidos con la institución (e.g., clientes, ex clientes, pre clientes, qué entendemos por clientes, cuando hay varios clientes); quiénes son los obligados por la institución; cuál es el estándar de cuidado exigido a los obligados; excepciones al deber de Secreto Profesional; cuán fuerte es el amparo que otorga el Secreto Profesional, etc.;
 - (b.4) Todos los miembros del Grupo revisarán el inventario de casos distribuido por AA y lo alimentarán/ sofisticarán/ corregirán con nuevas situaciones en las que el Secreto Profesional sea relevante, en lo posible, respetando la aproximación sistemática seguida en el inventario de casos;

(c) Independencia Profesional (IP). Originalmente este grupo contemplaba como tema lo relativo a la independencia profesional. Luego de diversas discusiones en el seno del grupo se estimó que la IP es tema transversal, por lo que se levantó el punto en la reunión de coordinadores, a fin de asegurar que se tratamiento fuera transversal.

A la segunda sesión asistieron los miembros del grupo señores: MN, AS y AA. También asistió con derecho a voz el coordinador de la Comisión, PF. En esta sesión, se revisó la primera parte del documento de levantamiento de casos problemáticos y respuestas preliminares producido con antelación por AA. La tercera sesión asistieron los miembros del grupo señores: MN, AS, JIP, MG y AA. También asistió con derecho a voz el coordinador de la Comisión, PF. En esta sesión, se revisó los dos primeros tercios del documento de levantamiento de casos problemáticos y respuestas preliminares producido con antelación por AA. JL se excusó de seguir participando en nuestro Grupo de Trabajo,

en atención a las diversas encomiendas profesionales del Colegio con las que se encuentra actualmente comprometido. La cuarta sesión asistieron los miembros del grupo señores: MN, AS, JIP, MG y AA. También asistió con derecho a voz el coordinador de la Comisión, PF. En esta sesión, se revisó la parte fina del documento de levantamiento de casos problemáticos y respuestas preliminares producido con antelación por AA. AA, en su calidad de coordinador, distribuyó un nuevo documento, intentando recoger los comentarios vertidos por todos los miembros del Grupo y dando un plazo a los miembros a fin de que emitieran sus comentarios o complementaran el documento.

Levantamiento de Casos (Problemáticos y No Problemáticos) que Suscita la Institución de Secreto Profesional (“SP”). Respuestas Preliminares (“RP”)

Introducción.

(a) Fundamento de la Institución del SP:

El ejercicio de la abogacía consiste principalmente en: (i) informar al cliente lo que el derecho le exige en una determinada situación; (ii) decirle qué debe hacer para pasar de su actual situación a otra deseada o para evitar caer en una no deseada; o (iii) hacer valer los derechos o pretensiones de los que goza respecto de una determinada situación.

Para que el abogado pueda realizar cualquiera de esas actividades, es menester que conozca a cabalidad la situación de hecho en la que su cliente se encuentra, persigue alcanzar o evitar. En efecto, no es posible precisar lo que el Derecho exige, permite o garantiza a una persona en una situación dada si no se conoce esa situación.

Constituye, por lo tanto, una exigencia de interés público el asegurar las condiciones que promuevan que el cliente dé acceso o divulgue al abogado la situación objeto de la encomienda profesional. La institución del SP se inscribe en ese esfuerzo: garantizar a los clientes que las revelaciones que le hagan a sus abogados permanecerán en un secreto prácticamente absoluto.

Esta justificación se encuentra, por lo demás, explicitada en el texto del artículo 10 de nuestro actual Código de Ética.

(b) Criterios de trabajo:

(b.1) La importancia de la institución del SP nos lleva en principio a extender su cobertura en casos dudosos y a hacerla prevalecer en caso de conflicto con otros intereses o instituciones jurídicas.

(b.2) Existe normalmente una situación de asimetría en la información a favor del abogado en la relación profesional que tiene con su cliente. Lo anterior nos lleva también a

resolver los casos dudosos en el sentido de ampliar la cobertura de la información amparada por el SP.

- (b.3) Nuestro propósito es generar reglas lo más claras posibles, tanto para los clientes como para los abogados. La idea es que produzcamos reglas cuyo entendimiento (al menos, uno preliminar) no requiera invertir demasiado tiempo o esfuerzo.
- (b.4) Nos proponemos elaborar reglas relativas a la institución de SP que se encuentren organizadas sistemáticamente a partir de ciertos principios comunes, así como aplicar esos principios a la institución del SP de acuerdo a una determinada jerarquía de los mismos, de manera que de la inteligencia de los principios subyacentes y de su interrelación puedan resolverse armoniosamente situaciones no expresamente descritas en las reglas.

(c) Leyes que tratan la institución de SP y disposiciones del Código de Ética del Colegio:

Código de Ética Profesional

Art. 10 Secreto Profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aún después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.

Art. 11. Alcance de la obligación de guardar el secreto. La obligación de guardar el secreto profesional abarca las confidencias hechas por terceros al abogado, en razón de su ministerio, y las que sean consecuencias de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto cubre también las confidencias de los colegas. El abogado, sin consentimiento previo del confidente, no puede aceptar ningún asunto relativo a un secreto que se le confió por motivo de su profesión, ni utilizarlo en su propio beneficio.

Art. 12. Extinción de la obligación de guardar el secreto profesional. El abogado que es objeto de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado, puede revelar el secreto profesional que el acusador o terceros le hubieren confiado, si mira directamente a su defensa. Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional. El abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.

Leyes

Código de Procedimiento Civil, art. 360 N° 1: “No serán obligados a declarar los...abogados...sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio”.

Código de Procedimiento Penal, art. 201 N° 2°: “No están obligados a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado... tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto”.

Acta N° 3. Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas

Código Procesal Penal, art. 303: “Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado...tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto. Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado”.

Ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado, art. 61: “Los profesionales y funcionarios que se desempeñen en el Consejo, cualquiera sea la naturaleza de su designación o contratación, estarán obligados a mantener reserva sobre los trámites, documentos, diligencias e instrucciones relacionados con los procesos o asuntos en que intervenga el Servicio, siéndoles aplicables las disposiciones del artículo 247 del Código Penal”.

Código Penal

Art. 231: “El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

Art. 247: “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”.

Art. 269 bis inc. final: Estarán exentas de las penas que establece este artículo las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 de este Código y el artículo 302 del Código Procesal Penal (exime de responsabilidad penal del delito de obstrucción de justicia a las personas obligadas a guardar secreto profesional).

Levantamiento de Casos y RP

A. Casos relacionados con la Forma Como el Abogado Obtuvo la Información Amparada por Secreto Profesional (Carácter Oculto de la Información)

1. El abogado toma conocimiento de los hechos de una manera que no se encuentra causalmente conectada con la encomienda profesional del cliente (i.e., el abogado habría accedido a la información aun sin haber habido encomienda profesional). **RP:** La información no debe quedar amparada. En esta categoría se incluye:
 - 1.1 Los hechos que son de público conocimiento. Debe, sin embargo, acotarse aquello que es de público conocimiento desde el punto de vista del grado de certeza respecto de su veracidad (por lo que, en principio, queda amparado por el SP cualquier grado de certeza, mayor o menor, distinto de aquél que es de público conocimiento); y

- 1.2 En general, los hechos que sin ser de público conocimiento llegan a conocimiento del abogado por obra de terceros, siempre y cuando dicho conocimiento no se encuentre causalmente conectado con la encomienda profesional. Aplica la misma prevención indicada en 1.1.
2. El abogado toma conocimiento de los hechos de cualquier manera que se encuentre causalmente conectada con la encomienda profesional (i.e., de no haber habido encomienda profesional, el abogado no habría accedido a la información). **RP:** Queda en principio amparada por el SP. En esta categoría se incluye:
- 2.1 Información suministrada por el cliente, expresa o tácitamente.
- 2.2 Información que no le fue comunicada por el cliente sino que fue recabada (actitud activa) o recibida (actitud pasiva) por el abogado.
- 2.3 La circunstancia de que el cliente no haya prevenido al abogado que la información suministrada (en el caso de 2.1) u obtenida o recibida (en el caso de 2.2) quedaba cubierta por el SP no es relevante para determinar la cobertura del SP, por lo que **RP:** quedaría amparada.
- 2.4 El SP ampara la información entregada por un cliente a un abogado en el contexto de cualquier asesoría legal, en los términos más amplios posibles. Lo anterior incluye, pero no está limitado a la información entregada en el contexto: (i) de una defensa o actuación en sede jurisdiccional, tanto judicial como arbitral, administrativa o constitucional, (ii) de la asesoría del abogado dirigida a la celebración, modificación o terminación de cualquier contrato; (iii) de efectuar cualquier planificación de conducta; (iv) de la asesoría del abogado para dilucidar la respuesta que provee el sistema jurídico a cualquier situación y (v) de una mediación.
3. La relación de causalidad a que se hace referencia en los puntos anteriores es una relación de causalidad directa.
4. Casos complejos
- 4.1 Abogado va en el metro / taxi / bus y no puede dejar de escuchar una conversación de terceros relativa a una encomienda profesional. El abogado habría escuchado la conversación aunque no hubiera habido encomienda profesional pero retiene o le hace sentido la información solamente en virtud de la encomienda profesional. **RP,** amparada por el SP, pues habría conexión causal

directa. También quedaría amparada la información que el abogado puede recabar o deducir a partir de la información recibida de esa manera (o a partir de esa información más la que poseía en virtud de la encomienda profesional).

4.2 Abogado recibe información causalmente conectada con el encargo profesional, pero impertinente al mismo. Por ejemplo, la visita que hace un abogado a casa de su cliente para efectos de discutir una demanda laboral que está iniciando contra su anterior empleador, le permite imponerse que el cliente está iniciando obras nuevas que perjudicarán a su vecino (ejemplo tomado de E. Novoa)²⁴; **RP**: la pertinencia de la información es irrelevante para determinar la cobertura del SP.

5. Filtro Adicional: Para quedar amparada por el SP, la información, además de causalmente conectada con la encomienda profesional, debe haber sido suministrada, recibida o obtenida *en razón* de la encomienda profesional. Esta tesis la apoyan los miembros Macarena Navarrete (MN), Juan Ignacio Piña (JIP) y Adrián Schopf (AS). Discrepan de la misma Manuel Garrido (MG) y Alvaro Anriquez (AA).

Que la información haya sido adquirida *en razón* de la encomienda profesional exige un vínculo funcional entre la información y la encomienda profesional, es decir, el SP debe amparar solamente la información “que ha sido puesta en conocimiento del profesional para que pueda desempeñar en la mejor forma su cometido.”²⁵

Se opone a la información adquirida *en razón* de la encomienda profesional, además de la que no se encuentra causalmente conectada con la encomienda profesional, aquella otra que, existiendo causalidad, se encuentre relacionada con la encomienda profesional de una manera no funcional sino meramente accidental. “El cliente, en este caso, no le comunica [al abogado] ningún secreto ni pretende darle facilidades para que se imponga de alguno, porque para su desempeño no hay necesidad de ello”²⁶. La información obtenida *con ocasión* de la encomienda profesional mas no *en razón* de ella, no quedaría, para quienes promueven esta distinción, amparada por el SP.

Argumentos a favor de proteger con SP solamente la información adquirida *en razón* de la encomienda profesional: (i) se ajusta mejor al texto del Código de Ética del

²⁴ El ejemplo ha sido tomado parcialmente de Novoa M. Eduardo (1944) “Obligación Jurídica de Secreto Profesional”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, pp. 85 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 88.

²⁶ *Ibidem*, p. 88.

Colegio²⁷; (ii) filtra un criterio que pueda terminar siendo abusivo: el de la causalidad desnuda.

Argumentos en contra (AA): Respecto del argumento de texto, cabe señalar (i.a) que el ejercicio de esta Comisión no se limita, *a priori*, a un ejercicio de exégesis dogmática sino que puede sugerir modificaciones o precisiones al Código; y (i.b) no es una conclusión necesaria que la expresión *en razón* utilizada por el Código excluya la información obtenida *con ocasión* de la encomienda profesional. Lo anterior, pues es sabido que la palabra razón puede usarse tanto para aludir a un motivo explicatorio²⁸ como a uno justificatorio. Al menos en teoría, puede sostenerse que el artículo 12 está usando la expresión en comento en el primer sentido y, por lo tanto, alude precisamente a un criterio de causalidad para determinar la cobertura del SP.

Hay un segundo argumento, ahora de carácter sustantivo, para rechazar el segundo filtro sugerido, a saber: introduce incertidumbre en la determinación de lo que queda cubierto o no por el SP²⁹, poniendo, por lo tanto, en peligro la consecución de la finalidad de la institución, esto es, permitir la práctica de la abogacía por la vía de asegurar una de las condiciones que la hacen posible: el conocimiento cabal de los hechos relevantes por el abogado.

Finalmente, dado que el cliente no está en condiciones de determinar *a priori* qué información de la que dispone es relevante para la encomienda profesional y cuál no, resulta lógico promover la apertura de la intimidad del cliente al abogado para que éste pueda “tomar” aquello que necesita para su desempeño profesional. Esta apertura de la intimidad se vería cohibida de excluirse del amparo del SP lo impertinente al encargo. En esta línea, la apertura de la intimidad, aunque impertinente, ha sido hecha *en razón* (en sentido estricto) de la encomienda profesional y por lo tanto esa categoría incluiría completa la información obtenida *con ocasión* de la encomienda profesional.

Rechazar el filtro propuesto en este número supone consecuencia con nuestro supuesto de trabajo consistente en resolver los casos dudosos a favor de ampliar la cobertura del SP, en razón de la importancia del interés protegido por medio del SP y de la asimetría cliente – abogado a favor del último (ver introducción).

²⁷ El artículo 12 del Código de Ética establece en su primera parte que “la obligación de guardar el secreto profesional abarca las confidencias hechas... al abogado, en razón de su ministerio...”

²⁸ Lo que J. Raz denomina “razón explicativa”.

²⁹ En la práctica, resulta complejo distinguir cuándo información causalmente conectada con la encomienda profesional corresponde a información adquirida *en razón* (en sentido estricto) de la misma y no solamente *con ocasión* de ésta.

B. Casos relacionados con la Necesidad de que la Información Amparada por el SP Revista el Carácter de Sensible

6. La información causalmente conectada con la encomienda profesional debe, además, tener el carácter de sensible, vale decir, el cliente debe querer que esa información se mantenga oculta. A falta de indicación expresa o tácita por parte del cliente del carácter sensible de cierta información, la determinación de si esa información reúne o no ese carácter se efectuará sobre la base de lo que razonablemente ese cliente consideraría sensible habida cuenta de sus características personales que fueran conocidas del abogado (o que debieran haber sido conocidas, considerando el deber de cuidado exigible al abogado).

C. Casos relacionados con las Personas que Están Obligadas por el SP y en Beneficio de las cuales Se Establece el SP

7. El SP obliga al abogado en tanto desempeña su rol de abogado. Preliminarmente (se trata de un tema transversal), la activación del rol de abogado se produce cuando alguien requiere los servicios de una persona (i) en razón de que esa persona cuenta con el título de abogado; y (ii) para cualquier fin en que sea razonablemente relevante tener un conocimiento científico del Derecho vigente (i.e., aquel conocimiento que se presume deben poseer quienes han obtenido ese título). Lo anterior incluye, a modo de ejemplo, los servicios consistentes en (a) informar qué exige, permite, garantiza o prohíbe el Derecho a una persona en una determinada situación; (b) informar cómo una persona puede, a partir de una determinada situación jurídica, crear o evitar otra situación jurídica; (c) hacer valer los derechos, posiciones o pretensiones de una persona, ya sea frente a un tribunal de cualquier tipo, como frente a la Administración, o a cualquiera otra parte.
8. El SP es un derecho que tiene el cliente potencial, actual o pasado del abogado sometido a la obligación de SP. En principio (se trata de un tema transversal), entendemos por cliente al acreedor de la obligación del abogado emanada del contrato de servicios profesionales de abogacía. Cabe destacar que ese acreedor puede ser tanto su contraparte en dicho contrato como puede también ser un tercero en cuyo favor se celebró dicho contrato (estipulación a favor de tercero).³⁰

³⁰ El contrato de servicios profesionales de abogacía calificará como un mandato si en él el cliente encarga al abogado la gestión de uno o más negocios; de arrendamiento de servicios inmateriales regido preferencialmente por las normas del mandato, cuando no contenga dicho encargo; o de contrato innominado cuando no haya encargo ni remuneración.

AS propone definir como cliente al titular del interés cuya protección se ha confiado al abogado. AA piensa que el titular del interés cuya protección se ha confiado al abogado corresponde precisamente al acreedor de la obligación del abogado surgida de su contrato de prestación de servicios profesionales de abogacía, vale decir, la propuesta del párrafo anterior y la de AS son dos formas de decir lo mismo, sólo que la primera es más completa pues explicita el origen de la encomienda al que alude la segunda y sugiere por tanto un rastro más claro para identificar al cliente. El interés cuya protección se ha confiado al abogado puede no coincidir con el interés principal en cuestión desde un punto de vista sustantivo (ni siquiera con el interés principal de quienes aparecen a primera vista como una misma parte). La propuesta de AS, aunque correcta, puede inducir a error en lo que toca a la determinación de quién es el cliente si se presenta separada de su origen contractual (pues tiende a considerar el interés objetivamente principal como aquél cuya tutela se ha confiado al abogado).

Finalmente, pueden darse encomiendas profesionales a abogados en que el cliente no ha confiado propiamente hablado la protección de un interés a su abogado (e.g., informes en derecho).

El SP obliga al abogado respecto de información entregada por cualquier persona en el contexto de llegar a ser su cliente, aunque en definitiva no haya llegado a serlo.

9. SP obliga a los abogados respecto de personas que fueron sus clientes, en cualquier tiempo pasado, incluso aquéllos que dejaron de serlo por fallecimiento.
10. SP obliga a quienes recibieron la información siendo abogados aunque después hayan dejado de serlo (por privación del título o por abandono de la profesión).
11. SP no obliga a los herederos del abogado.
12. SP no existe respecto de quienes no son clientes potenciales, actuales o anteriores del abogado. Lo anterior, sin perjuicio de que pueda existir una obligación de reserva del abogado respecto de terceros distinta a la del SP, especialmente cuando se haya asumido expresa o tácitamente esa obligación de reserva respecto de un tercero no cliente (ojo, acá puede haber un tema de conflicto de intereses) o en razón de haberla conocido, también bajo reserva, de otro abogado (reserva por deferencia profesional). Puede ser relevante considerar que aunque en estos casos exista obligación de reserva no se trata de casos de SP, en razón de determinar el grado de protección (menor) de estas obligaciones respecto del SP y de cómo juegan esas obligaciones de reserva con la obligación de información y celo profesional del abogado para con su cliente.

MN considera que el SP no es un derecho que mira solamente al interés del cliente y prueba de ello es que, a diferencia de muchas otras instituciones jurídicas, subsiste incluso después de su fallecimiento. Su naturaleza de propender al interés general justificaría la existencia de un SP entre abogados.

13. El SP beneficia al cliente y no a sus representantes, aunque hayan sido estos últimos quienes hayan confiado la información amparada por el SP.

D. Casos Relacionados con la Renuncia del Cliente al Beneficio del SP

14. El cliente puede liberar al abogado del SP mediante la renuncia a ese privilegio. La renuncia puede ser expresa o tácita. Si la renuncia es limitada, el amparo del SP permanece para lo no renunciado.
15. Criterios para determinar si hubo renuncia tácita del cliente al SP. Esta situación es distinta a la determinación de si la información es o no sensible. Estamos hablando en este punto sobre información amparada por el SP, vale decir, información que tiene la naturaleza de sensible. El contexto de renuncia tácita surge cuando el carácter confidencial de la información amparada con SP entra en tensión con las ventajas que acarrearía su divulgación. Vale decir, la determinación de si una determinada información es sensible se hace evaluando aisladamente esa información y la subjetividad del cliente conocida por el abogado. El caso de renuncia tácita consiste en comparar la relevancia que tiene para el cliente (y desde su subjetividad) la confidencialidad de la información bajo SP en oposición con la relevancia, generalmente sobreviniente, que puede tener, también para el cliente (y desde su subjetividad) su divulgación. **RP:** lo relevante es determinar si ese cliente, atendidas sus características individuales conocidas o que debía conocer (ejerciendo el deber de cuidado exigido) el abogado, hubiera querido razonablemente mantener confidencial la información amparada por el SP en el contexto en que se dio su divulgación, no si objetivamente considerada reviste relevancia mantenerla confidencial.
16. La renuncia tácita no produce el efecto de liberar de la obligación de SP al abogado en todos aquellos casos en que era razonablemente posible consultar al cliente y por lo tanto obtener una renuncia expresa del SP.
17. Presunciones de renuncia: Se entiende que hay renuncia tácita al SP cuando el cliente encarga al abogado confeccionar o requerir cualquier instrumento público (escritura pública, demanda, contestación de demanda), respecto de la información que es necesario u objetivamente conveniente incluir en esos documentos. Lo anterior con la prevención indicada en 1.1 precedente, cuando resulte aplicable. AA considera que lo

anterior tiene una prevención adicional, originada en la circunstancia de que a pesar de tratarse de documentos públicos (i.e., cualquiera puede acceder a ellos), lo normal es que sea un grupo reducido quien conozca esos documentos. La divulgación fuera de ese grupo, para AA, debiera quedar amparada por el SP. Otros casos en que se mantiene el SP (i) cuando el cliente manifiesta expresamente que ciertas materias necesarias o convenientes para el documento deben sin embargo seguir manteniéndose en reserva; y (ii) documentos públicos pero de contenido secreto (e.g., testamentos cerrados).

18. Si el cliente está integrado por varias personas, entonces el SP no puede ser divulgado sino con el consentimiento de todas las personas que conforman ese cliente.
19. Si el SP fue confiado en el contexto de servicios legales a varios clientes, entonces hay una situación de conflicto de intereses previo a un eventual problema de secreto profesional. En este escenario, la renuncia al SP corresponde a cada cliente. Una misma información puede revestir el carácter de SP para varios clientes. En este último caso, no puede ser revelado sino con el consentimiento de todos esos clientes.
20. La renuncia expresa o tácita del cliente al amparo del SP no debe adolecer de uno o más de los vicios del consentimiento regulados en nuestro Código Civil. Más aun, la renuncia al SP no debe producir efecto si el cliente no sabía ni estaba, considerando sus características particulares y ejerciendo el abogado el cuidado que corresponde a un buen profesional, en condiciones de saber (i) que efectuaba tal renuncia; o (ii) de la importancia o consecuencias del hecho oculto y su difusión. Por lo anterior, en muchos escenarios, especialmente considerando clientes no sofisticados, la renuncia al SP solamente producirá efecto cuando el abogado informe al cliente de la circunstancia de la renuncia y sus consecuencias. Qué pasa con el contenido de sentencias recaídas en causas defendidas por un abogado u oficios reservados emitidos por el SII. En principio, calificarían como casos comprendidos en este número: información pública pero de acceso restringido. ¿puede hacerse uso del precedente en un caso futuro sin consentimiento del cliente? La respuesta es sí puede, en tanto el acceso a esa información para el nuevo caso no se encuentre causalmente conectado con la primera encomienda profesional. Lo mismo para el oficio del SII.
21. Que la divulgación de la información amparada por el SP produzca en el hecho consecuencias negativas para el cliente no es relevante para determinar si la renuncia al SP produce o no efecto, en la medida que dichas consecuencias no fueron ni eran susceptibles de ser conocidas (ejerciendo cuidado leve) por el cliente o el abogado al

momento de la renuncia. En consecuencia, habrá o no violación al SP de acuerdo a los criterios fijados en el número anterior.

22. La renuncia expresa o tácita al SP puede ser revocada por el cliente. La revocación no debe producir efecto retroactivo.

E. Casos Relacionados con el Estándar de Cuidado Exigido a los Obligados por el SP

23. El abogado responde de culpa leve en la mantención del SP, considerando la Lex Artis. Esto significa, entre otras cosas, que el abogado es responsable de la infracción al SP efectuada indirectamente a través de los dichos del personal de su oficina, papeles, emails, faxes, anotaciones en pizarras, en la medida que pueda probarse culpa leve (lex artis).

La obligación de guardar SP es, por lo tanto, una obligación de medios.

JIP sostiene que no corresponde establecer una gradación de la culpa a propósito de esta materia.

F. Casos Relacionados con el Tiempo Durante el Cual Rige la Obligación de SP e Inmunidad de su Soporte Físico o Electrónico

24. El SP no debe estar limitado en el tiempo.
25. El SP genera inmunidad respecto del soporte físico o electrónico aun después del fallecimiento del abogado. Lo anterior, significa que podría evitarse que un juez o fiscal ordene exitosamente revisar los computadores de un abogado en busca de información de clientes aun después de su muerte. No se resuelva lo que pasa respecto de quienes heredan los computadores. Pareciera que éstos serían los dueños de los computadores y por lo tanto poder libremente acceder y disponer a la información incluida en los mismos. Una posible solución a lo anterior es que en Deberes Profesionales se promueva que los computadores con información de clientes no se encuentren mezclados con información personal y que la propiedad de los mismos, así como de los soportes físicos que contengan documentos de clientes, pertenezcan a la persona jurídica a través de la cual ese abogado, junto a otros, organizó su Estudio de Abogados.

G. Casos Relacionados con la Violación del SP

26. *Prima facie*, viola el SP quien lo comunica a otra persona o hace de él una utilización distinta a la encomienda para la cual el SP le fue confiado o en relación con la cual el SP, recabado.
27. No viola el SP quien lo comunica al interior de su firma de abogados a otros abogados que trabajen en el Estudio o a personal no abogado que labore en ese Estudio. Lo anterior con las siguientes prevenciones: (i) el SP se extiende a cualquier otro abogado que en virtud de pertenecer a la misma firma de abogados (en calidad de socio, colaborador, sujeto a contrato de honorarios o como empleado) tome conocimiento del SP; (ii) el abogado viola la obligación de SP si lo comunica a otros abogados de su Firma o Estudio, en caso que tal divulgación no sea necesaria o conveniente para una adecuada asesoría legal, incluyendo la identificación de eventuales conflictos de intereses (varios miembros de la comisión están en contra de lo indicado en este numeral y consideran que la divulgación intra-estudio de información amparada por el SP, aun cuando sea innecesaria o indiferente, no constituye una infracción al SP, salvo el caso indicado en el numeral siguiente); y (iii) el abogado viola la obligación de SP si lo comunica a otros abogados de su Firma o Estudio, incluso cuando tal divulgación es necesaria o conveniente para una adecuada asesoría legal, en caso que el cliente le haya requerido mantener el SP respecto de los demás o algunos de los miembros de su Estudio.
28. Constituye una violación al SP la divulgación expresa o tácita del mismo, vale decir, cuando la información confidencial es susceptible de ser deducida de las expresiones o actitudes del abogado.
29. Viola el SP quien lo utiliza en perjuicio de los intereses de su cliente. Este punto suscita discusión. Se plantea la posibilidad de limitar la violación del SP a su divulgación, no a un uso distinto de la divulgación.
30. Viola el SP quien sin perjudicar los intereses de su cliente, los utiliza para fines distintos de la encomienda profesional en cuyo contexto el SP fue obtenido o confiado. Este punto suscita discusión. Se plantea la posibilidad de limitar la violación del SP a su divulgación, no a un uso distinto de la divulgación.
31. La divulgación del contenido jurídico o académico de una información sujeta a SP no constituye una violación del SP en tanto sea hecha de tal modo que no sea posible vincularla al cliente de que se trate.

H. Casos en que Puede Justificarse la Violación del SP

32. Respecto de todo aquello que no califique como delito penal, el abogado no puede nunca revelar información amparada con SP.
33. Respecto de delitos penales consumados, el abogado no puede nunca revelar información amparada con SP, ni siquiera cuando al cliente le ha cabido participación en los mismos. Así, el abogado no puede infringir el SP aun cuando su mantención conlleve la condena de un inocente, impida el derecho a un juicio justo de otra persona o, más en general, vulnere de cualquier manera los derechos de personas. ¿no debieran haber excepciones a esta regla?
34. Respecto de delitos penales en ejecución, el abogado está autorizado (pero no se encuentra bajo un deber) para revelar la información amparada por el SP, siempre y cuando se trate de casos de legítima defensa respecto del cliente, tanto personal, de sus parientes o de terceros, cuando concurren las exigencias legales (agresión ilegítima del cliente y racionalidad del medio empleado para repelerla) y respecto de este último requisito, solamente en la medida que no exista otra manera (distinta a la divulgación de la información amparada por el SP) de evitar o terminar los efectos del delito en ejecución.
35. Se plantea la posibilidad de que respecto de delitos penales en ejecución, el abogado esté autorizado (pero no se encuentre bajo un deber) para revelar la información amparada por el SP, incluso cuando no se trate de casos de legítima defensa respecto del cliente, siempre que la divulgación o uso de la información amparada permita evitar, disminuir o terminar los efectos del delito en ejecución y siempre que no exista otro medio menos gravoso para impedirlo (criterio de *ultima ratio*). Se plantea el caso de si esta autorización de divulgación sin agresión ilegítima debiera proceder para todo tipo de delitos o solamente para aquéllos que protegen los bienes jurídicos de mayor relevancia (vida, integridad física, libertad sí, pero propiedad no, por ejemplo). ¿Qué pasa con el cliente que revela una estrategia que a juicio del abogado tributarista califica como fraude tributario?
36. ¿Qué pasa con los actos preparatorios de comisión de delito, vale decir, de gérmenes de delitos futuros que son informados bajo SP al abogado? ¿Puede el abogado verse liberado de su obligación de SP cuando la divulgación o uso permita impedir o disminuir los efectos de un delito todavía no en ejecución y no exista otro medio para hacerlo? En principio, la respuesta parece ser negativa. Tal vez una excepción a lo anterior serían aquellos delitos en que se sancionan estados preparatorios.
37. Dado su rango constitucional (en carácter de penumbra en los artículos 19 N°3 y N° 6) y en carácter de principio (i.e., aplicación no binaria sino considerando su peso en

la situación concreta), el abogado no puede infringir el SP so pretexto de actuar en cumplimiento de un deber legal o autoridad, incluso de la obligación de pesquisar un posible crimen o delito o la participación que a alguna persona le ha cabido en el mismo.

I. Divulgación de la Información sometida a SP frente a Requerimiento de Autoridad.

38. El abogado no debe revelar la información sometida a SP cuando sea requerido por autoridad judicial o administrativa para hacerlo, sino después de haber ejercido todos los recursos e instancias judiciales razonablemente a su disposición para evitar tal divulgación y haber fracasado en ese ejercicio.

J. Abuso del SP por el Cliente

39. El abuso del SP no queda amparado por el SP, pero corresponde al abogado probar ese abuso. Se entiende que hay abuso cuando el cliente entrega información al abogado no con el objetivo de permitirle al segundo hacer valer sus derechos sino para generarle al segundo un conflicto de interés que le impida representar a la contraparte o de otra manera obtener un beneficio distinto al servicio profesional solicitado. El grupo tiende a sugerir no establecer expresamente la excepción por tratarse de escenarios poco posibles y resueltos por aplicación de reglas generales.

K. Carga de la Prueba

40. El cliente debe probar que el conocimiento de los hechos supuestamente amparados con el SP se encuentra causalmente conectado con la encomienda profesional y debe probar también el hecho de la divulgación (artículo 1698 del Código Civil). Probado lo anterior, corresponde al abogado probar que el hecho no es sensible (presunción a favor de mayor cobertura) y por lo tanto no está protegido por el SP o estándolo, medió renuncia o por alguna otra causa se extinguió la obligación de SP (1698). Habiéndose probado renuncia, el cliente debe probar que hubo revocación.

Preguntas

LUIS ORTIZ: Gracias, Álvaro. Ofrezco la palabra sobre este tema que es bien apasionante.

ENRIQUE BARROS: La única observación sería que aquí en el Colegio hay un arsenal de casos y se están liberando los últimos años que estaban en los expedientes, comenzando a ser posible estudiarlos. Incluso, se está desarrollando un taller de memoria dirigido por

Antonio Bascuñán V., Julián López y Lucas Sierra. Por lo que vamos a tener mucha información disponible sobre jurisprudencia del Consejo en esa materia.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Muchas gracias por la observación porque la verdad es que el grupo en donde no profundizó fue en lo pertinente a la normativa, tanto legal y ética, sobre el secreto profesional, por lo que junto con hacer un mea culpa sobre la materia, de todas formas *prima facie* no estamos tan alejados de lo que actualmente el código de ética dispone, salvo algunas excepciones y probables vacíos.

LUIS ORTIZ: Hay una cuestión bien interesante frente a la disposición que regula el secreto profesional en el código actual que señala que en relación al cliente el secreto que debe mantener el abogado es absoluto e incluso se mantiene aún cuando termina la relación profesional³¹. Esta expresión absoluta creo que está superada por los hechos e incluso en el derecho comparado hay muchas situaciones en las cuales el abogado podría dar a conocer el secreto profesional que se le ha confiado sin entrar en responsabilidades. Por ejemplo, en España hay algunas disposiciones que autorizan al abogado cuando la única manera de exculpar su responsabilidad en un juicio que se formula en su contra, se le está imputando, por ejemplo, un hecho doloso, es dar a conocer la verdad de lo ocurrido, pero que se le ha confiado merced al secreto profesional. Tiene derecho a hacerlo previa consulta con el Decano del Colegio de Abogados (equivalente al Presidente nuestro)³². La literatura que uno ha leído también considera la situación de que la única manera de salvar a un inocente en un proceso es decirle al tribunal aquello que se le ha confiado a uno bajo secreto profesional, lo que es complicado. Uno está amparado por el secreto profesional pero resulta que de la revelación de ese hecho depende que a un sujeto no lo condenen, por ejemplo, a presidio perpetuo porque no es el asesino.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Este fue uno de los temas que abordamos, porque aquí en el fondo hay un conflicto de antinomias y de bienes jurídicos de gran valor a cada lado de la mesa, y hay que hacer una suerte de balance o de pesar cuál en ese caso específico tiene una mayor relevancia y decidir hacia ese lado. Yo creo que es bastante artificial pensar que el secreto profesional es absoluto y que va a prevalecer en todos los casos. Probablemente no hay

³¹ Art. 10º: “Secreto Profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aún después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello”.

³² Código Deontológico de la Abogacía Española (2002) Artículo 5 N° 8: “El secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía. En los casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del mismo”.

ninguna institución en el derecho que tenga esa magnitud y más bien aquí hay que pensar en enfrentar principios a la manera de Ronald Dworkin y ver en el caso concreto cómo se soluciona.

LUIS ORTIZ: Lamento que por el tiempo tener que dar por terminado el debate. Dejo la palabra ahora a Marcelo Montero para que exponga las conclusiones del grupo sobre deberes fiduciarios.

MARCELO MONTERO: Voy a ser breve. En el grupo han participado Enrique Alcalde, Álvaro Anriquez, Sebastián Castro, José Antonio Guzmán, Esteban Ovalle, Rodrigo Zegers, y quien les habla. También contó con la participación de Pablo Fuenzalida. El grupo sesionó en tres oportunidades.

1. Contexto.-

El ejercicio de la abogacía ha experimentado transformaciones significativas en los últimos 30 años en nuestro país. Esas transformaciones -que no se explicitan aquí- han provocado una crisis de identidad en la profesión de la cual los abogados tienen una vaga conciencia. Ello se explica en parte por la ausencia de un examen crítico del estado actual de la profesión por parte de las universidades, centros de estudios y organismos gremiales ligados a la abogacía. No contamos con investigaciones cuidadosas, detalladas ni, por lo mismo, con una labor de seguimiento de la evolución que la abogacía ha desarrollado en los últimos años. Desde una concepción liberal de la abogacía se ha transitado progresivamente hacia un *ethos* más próximo al mundo de los negocios. De hecho, hoy contamos con un mercado de servicios legales cuyas reglas de funcionamiento entran en tensión con las que orientaban el comportamiento de los abogados un par de décadas atrás.

En este contexto, la ética profesional parece estar claramente atrasada en relación con los tiempos que corren. El Código de Ética Profesional de 1948 que, como es sabido, más que reglas contiene estándares generales destinados a guiar la conducta de los abogados, amerita ser revisado y actualizado. El Consejo del Colegio de Abogados de Chile A.G. así lo ha entendido y ha emprendido la tarea de pasar revista a ese conjunto de estándares éticos para evaluar cuán operativos resultan para solucionar los problemas deontológicos que el abogado del siglo XXI debe encarar.

Nuestro grupo ha debido revisar un conjunto de temas que se han agrupado bajo la denominación genérica de “deberes fiduciarios”. Se trata de una serie de obligaciones éticas vinculadas a la confianza que los clientes depositan en el abogado que contratan para que los asista en la defensa de sus intereses. De esta relación de confianza surgen para el abogado la obligación de lealtad para con el cliente, el deber de informarlo adecuada y oportunamente, la obligación de rendirle cuentas por los dineros que le administra y el deber de establecer honorarios razonables. Los deberes fiduciarios del abogado, sin

embargo, son de contornos difusos y presentan eso que en alguna literatura se denomina “textura abierta”. A esta dificultad semántica, cabe añadir que la determinación de los deberes fiduciarios del abogado supone algún tipo de pronunciamiento previo acerca de los ideales y valores que la profesión aspira a promover. En medio de una crisis de identidad esos ideales y valores se relativizan, pues -como en toda crisis- la cultura de la profesión legal se tensiona y fragmenta, en un complejo regateo entre tradición e innovación.

Para sortear las dos dificultades enunciadas, nuestro encargo se ha limitado exclusivamente a los deberes fiduciarios relativos a deberes de información y esencialmente aquellos de contenido patrimonial, esto es, a la obligación de establecer honorarios razonables y al deber de rendir cuentas por la administración de los dineros del cliente. Hemos avanzado hasta ahora únicamente con la primera de esas obligaciones, y de ese avance preliminar se informa en lo que sigue.

2. El deber de fijar honorarios razonables.

a) Fijación de honorarios:

Una idea en la que existe consenso en nuestro grupo de trabajo tiene que ver con la necesidad de dejar de hablar de “estimación razonable del honorario”. Hoy existe un mercado de servicios legales competitivo y, en ese escenario, el monto de los honorarios debiera dejarse, como en toda industria no regulada, a la ley de la oferta y la demanda. Desde esta perspectiva, la norma del artículo 34 del Código de Ética Profesional es inadecuada y debiera ser derogada³³. El precepto referido alude a las bases para la estimación de honorarios³⁴, mencionando algunos criterios para ese cometido. Sin embargo, la cuantía de un honorario no es en sí mismo un tema ético. Sí lo es, en cambio, la manera en que el abogado y el cliente acuerdan el honorario. Es en ese proceso en donde la ética profesional está llamada a cumplir un rol relevante.

En consecuencia, nos parece que el objetivo y los énfasis debieran ponerse en evitar que se cometan abusos en el proceso de fijación de honorarios profesionales. Ello supone, desde luego, el establecimiento de un alto estándar de claridad, honestidad y transparencia en la información que sobre la materia transmite el abogado a su cliente. Son actos abusivos destinados a elevar el monto de los honorarios, entre otros ejemplos de hecho imaginables,

³³ El artículo 33 también debiera ser modificado, en cuanto dice: “El provecho o retribución nunca debe constituir el móvil determinante de los actos profesionales”. Se trata de un supuesto que es claramente falso. Respecto de la primera parte del precepto aludido, relativa a los fines de la profesión, parece no ser ésta la mejor ubicación (no tiene que ver con el tema “honorarios”) y, además, tales fines -servir a la justicia y colaborar en su administración- hoy son claramente discutibles.

³⁴ El precepto sólo tiene sentido en un régimen de aranceles, facultad expresamente derogada por el art. 5° del Decreto Ley 3.621 (D.O. 07/02/1981), el cual, en cambio, estableció como principio la libre estipulación o acuerdo expreso entre las partes, y excepcionalmente ante la falta de lo anterior, la posibilidad de que los honorarios sean regulados judicialmente en procedimiento sumario.

exagerar la importancia de los asuntos que se encargan, tomar ventaja del estado de necesidad o de desventaja en que pueda encontrarse el cliente (tal como estar privado de libertad, o estar psicológicamente deprimido, o poseer un nivel bajo de cultura y entendimiento).

En suma, se propone establecer la regla de la libertad contractual para fijar el monto de los honorarios, limitada exclusivamente por los casos de abuso debidamente comprobados. La idea predominante, con todo, es dejar que el tribunal de ética determine si hubo o no abuso en una situación determinada, más que listar o tipificar situaciones abusivas.

b) Formalidades y ajustes:

En principio, parece prudente que el abogado haga constar el pacto por escrito y antes de que inicie la prestación de servicios profesionales, si ello es posible. También parece prudente a algunos integrantes del grupo que exista la posibilidad de revisar el pacto acordado si, con posterioridad a su celebración, éste se volviera excesivamente gravoso para el abogado o el profesional hubiere estimado sus honorarios con información incompleta.

c) Modalidades de honorarios:

No se han encontrado, en principio, objeciones éticas a ninguna modalidad de pacto de honorarios, asumiendo suficiente información y transparencia por ambas partes del convenio. Así, los pactos de honorarios por suma fija, por hora, por suma mensual, cuota litis, por porcentajes de ahorro o recupero de dineros, pagos en especie, por nombrar los más frecuentes, parecen éticamente razonables.

d) Honorarios por intermediación:

La intermediación de servicios legales es en sí misma una actividad lícita que, incluso, no dice estricta relación con el ejercicio de la abogacía (cualquier persona puede intermediar). El grupo estima que no hay problemas éticos involucrados en cobrar por referir clientes a otro abogado (aunque eso sea lo único que se haga), pues ello puede calificar como un acuerdo estratégico, o como un servicio de confianza que se presta al cliente que solicita la recomendación (cuyo costo se traspasa al abogado recomendado). Quién hace la recomendación, por lo demás, arriesga parcialmente su reputación frente a su cliente.

Con todo, existen dudas acerca de si el cliente debiera estar en conocimiento de que el abogado recomendado pagará un honorario al abogado que hace la recomendación. Las opiniones están divididas.

El grupo sí condena éticamente el que un abogado contratado bajo subordinación y dependencia en alguna institución que necesite subcontratar servicios legales, cobre una

comisión a la firma de abogados que se adjudica, en definitiva, el contrato. Se estima que hay una infracción del deber de lealtad para con su empleador, además de traicionar eventualmente las reglas de un proceso de licitación.

e) Honorarios de árbitros:

Esta es una materia en la que no hemos entrado todavía en detalle, pero hay cierto consenso en que, bajo ciertas circunstancias, los honorarios de los árbitros pueden ser abusivos por la posición dominante en que éste se encuentra respecto de las partes litigantes.

Preguntas

LUIS ORTIZ: Muchas gracias Marcelo. Ofrezco la palabra.

MARCELO MONTERO: Antes de entrar en la discusión, quería contarles hacia donde continuará nuestro trabajo con posterioridad. Lo primero sería lo relativo a la rendición de cuentas, que no es extraordinariamente difícil, porque de alguna manera eso está regulado en el mandato en materia civil, y, lo segundo, lo concerniente a la administración de dineros de clientes. La verdad es que en el derecho comparado hay soluciones que en nuestro país no parecen muy prácticas, por ejemplo establecer cuentas corrientes diferenciadas o dos cuentas, una de los clientes y otra del estudio. Eso es difícil de implementar en Chile, por lo que habrá que buscar algún método que sea operativo en nuestro medio³⁵.

³⁵ N. del T.: Cabe tener presente que el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, en diciembre de 2006, promulgó el siguiente acuerdo general sobre la materia: "1.- Manejo de fondos: Los abogados que en el ejercicio de su profesión tengan que administrar fondos ajenos en su carácter de partidores, albaceas, administradores pro-indiviso, liquidadores, síndicos, curadores, etc., o en cualquier otro que implique la obligación de rendir cuentas de ellos, deberán abrir en una institución de crédito una cuenta corriente a nombre de la sucesión, liquidación, sindicatura o curatela, con la facultad de girar sobre ellos mientras dure el desempeño de su mandato. El Consejo General en los reclamos que se presenten, considerará como una falta grave la omisión, por parte del abogado, de esta obligación. Se ha resuelto además, que este acuerdo general es obligatorio para todos los abogados que se encuentren en la situación a que él se refiere, sin excepciones ni distinciones de ningún género; que la apertura de la cuenta especial debe ser hecha motu proprio por el abogado, sin necesidad de requerimiento alguno y sin poder alegar ignorancia del acuerdo general; que el acuerdo general debe cumplirse, aunque los clientes o interesados soliciten o eximan al abogado de esta obligación.

2.- Rendición de cuentas: Numerosos acuerdos del Consejo General han establecido sostenidamente que es deber elemental del abogado que recibe dineros de su cliente o maneja dineros ajenos, rendir cuenta detallada de su inversión en cualquier momento en que le sea solicitada.

3.- Retención de dineros: Asimismo, diversos acuerdos han calificado como falta grave y desdorosa para la profesión, la retención indebida de que el abogado haga de dineros de sus clientes. Esa retención constituye también un acto lesivo para la dignidad de la profesión, si se efectúa para hacerse pago de los honorarios adeudados o garantizarlos, sin autorización expresa del cliente o una resolución judicial que lo faculte. La resistencia a comparecer ante el Consejo; a informar sobre la retención de fondos y a consignar los fondos retenidos constituye agravante de la retención indebida de dineros. La restitución de las sumas indebidamente retenidas por el abogado no hace desaparecer la infracción a la ética profesional, ni priva al Consejo General

ENRIQUE BARROS: Dos cosas bien breves. Una, tengo la impresión que básicamente el tema de ustedes es similar a la parte general de la teoría de los contratos porque tiene que ver con deberes de información entre partes que son calificadas y legos. La relación entre abogados y clientes esencialmente es una relación entre un especialista y un lego, o sea, en ese sentido hay deberes de información que naturalmente se imponen al especialista respecto del lego incluso en una etapa precontractual al momento de negociación. Después también existe un problema de lealtad. Yo creo que hay problemas de deberes de lealtad del abogado que son básicamente casi asimilables a los deberes que tienen los gestores de patrimonios ajenos respecto de estos, por ejemplo, no aprovecharse de oportunidades de negocios que son del cliente que se las apropia el abogado, cosas de ese tipo que aquí también se ven bastante en cosas chicas pero de todas formas resultan verdaderas rapiñas.

Respecto al tema de honorarios, haría una recomendación respecto a los árbitros. Iniciándome en la profesión me enfrenté a una situación en que me curé de espanto con un árbitro que cuando ya tenía el auto de prueba dictado, fijó unos honorarios que son completamente irresistibles porque ninguna de las partes puede decirle que es un abusador sin perder el pleito. Debiera en esta materia existir una regla de *default*. Yo creo que los honorarios de la tabla de honorarios del Centro de Arbitrajes son razonables. No se puede hacer una referencia exacta a eso, evidentemente, pero recomendaría hacer una referencia en el Código a una regla de *default*. Pienso que si un árbitro no ha propuesto antes los honorarios, tiene que cobrar eso y no hay opción. Y así quizás debiéramos ponerlo porque se presta para abusos muy grandes, y de abuso por parte de la persona que menos puede esperarse un abuso como es un árbitro.

ESTEBAN OVALLE: Respecto a los honorarios, nosotros hacíamos el análisis que, en general, en estas materias el cliente está más o menos en igualdad contractual de modo que opera la libertad contractual y no debiera estar muy regulado, salvo un gran deber de información. En cambio, respecto a los árbitros, ahí sí se produce una disparidad no sólo en el caso en que el procedimiento ya ha comenzado y resulta ilusorio pretender cambiar de árbitro, sino que incluso al principio, porque por distintas razones una vez que se ha nombrado un árbitro es muy difícil sino imposible controvertir esa designación. Entonces oponerse a los honorarios de los árbitros es algo francamente impensable. Y si bien según la experiencia normalmente los árbitros son personas que suelen responder a la altura de su designación, hay pocas veces en que esto no sucede y los honorarios son realmente inconmensurables. También nos ha pasado más de una vez que incluso sometidos a los honorarios de la Cámara de Comercio, no los cumplen y no hay nada que hacer. Y esa es una materia en que no hay mucha defensa por parte de los abogados y de las partes.

de la facultad de ejercer sus potestades para corregirla. Esta devolución puede considerarse como circunstancia atenuante al sancionar esa infracción”.

Otro tema relevante decía relación con las daciones en pago que ocurrían normalmente en provincias, donde existe mucho abuso.

RODRIGO COLOMA: Respecto a las dudas que planteaba Marcelo de si realmente es relevante la labor que están llevando a cabo, yo creo que un indicador de cómo andamos —aun cuando, podría parecer poco serio— tiene que ver con los chistes acerca de los abogados. La verdad es que los abogados tenemos muchas cosas de las cuales podrían reírse pero se ríen de algo que es común a todos, que es el afán de ganar mucho dinero. Probablemente hay algo allí en la posición que desempeñan los abogados que requiere de una regulación muy fuerte sin violar la posibilidad de libertad contractual pero que resguarde a la parte que se encuentra en desequilibrio por todas las razones que se han mencionado, por lo que yo los instaría a seguir trabajando firme para darle transparencia al mercado.

GONZALO INSUNZA: Yo apoyo lo que se ha dicho porque si uno lee la Revista del Abogado, la mayoría de las sanciones dicen relación con los honorarios, sobre cómo los abogados se quedan burdamente con los honorarios que les cobran a los clientes y es vergonzoso. Deben ser el 60% o 70% de los fallos que se ha publicado.

ENRIQUE BARROS: Como dato anecdótico, la mayoría no salen publicados porque resulta que antes de salir publicados se conmina al abogado que los devuelva so pena de salir publicado. La labor de mediación que hace el Consejo es muchísima mayor que la que termina en el ejercicio de la función punitiva doméstica.

MANUEL GARRIDO: Con respecto a lo que ustedes vieron Marcelo, me parece que por la experiencia va exactamente en el sentido contrario, salvo el caso inicial que manifestaste a propósito de la industria de la intermediación que supongo que te refieres al caso de aquellos comerciantes que establecen un sistema más o menos objetivo de licitación o adjudicación de casos. Pero ocurre que la transferencia a través de intermediación de casos en la cual no hay comunicación transparente hacia el cliente de que está ocurriendo un negocio por debajo, en mi opinión contamina la relación. Mi experiencia indica absolutamente lo contrario y he visto cosas absolutamente abominables de gente que está dispuesta a vender a cualquier precio la lealtad que tiene el cliente con él y la confianza en términos tales que te indican que tú habiendo planteado honorarios los subas para poder llevar ellos una parte más alta.

En mi opinión hay dos elementos que son fundamentales: 1) la comunicación al cliente de que está pasando esto (la asimetría en la información para tomar la decisión es muy importante, porque en el fondo el cliente está confiando en alguien que está defiriendo un caso básicamente porque cree que ese abogado está dándole la mejor recomendación posible en función de su caso y no en función de su beneficio personal) y los honorarios personales de ese abogado (lo que es una cuestión aparte que él tendrá que resolver de una

manera acorde con el servicio que está prestando); y 2) siempre tiene que haber trabajo de por medio, salvo que la intermediación esté valorada objetivamente.

Porque, en caso contrario, se produce la situación inversa: estoy dispuesto a quedar cautivo de alguien que me está defiriendo casos y quedo cautivo a propósito de no revelarle la situación que tengo con el otro abogado en función de que vivo de ello. En consecuencia, la experiencia para aquellos que somos más bien pequeños y a los cuales nos defieren muchos casos es que nos toca ver que normalmente aquellos que no piden una comisión son los que son más transparentes con sus clientes y, por el contrario, ver las cosas más absurdas y abominables desde el otro punto de vista, produciéndose situaciones lamentables al respecto.

Un último comentario con respecto a lo que trató Álvaro. Tengo una visión del secreto profesional sumamente definida pero no solamente en función del deber sino que por ser parte intrínseca de la profesión, que la dignifica, y que es una isla que va quedando en muy pocas profesiones y que más allá del amparo ético o del ámbito ético, es algo que el Colegio tiene que defender a ultranza, porque la tendencia mundial es precisamente tratar de intervenir todos estos bolsones en los cuales todavía hay una suerte de autonomía, por la vía administrativa o por la vía legal, pero que en definitiva es un privilegio que tenemos, y es un privilegio histórico del cual gozamos los abogados que nos permite desarrollar nuestra profesión de una manera autónoma como ocurre a los ministros de culto, a los periodistas y a los médicos. Por lo que más allá de la cuestión ética es algo por lo cual el Colegio debiera luchar con gran dignidad.

MARCELO MONTERO: Creemos que tienes razón porque vimos lo que estabas planteando. Aquí los análisis pueden ser enormes. Supongamos que todos los que estamos aquí trabajamos juntos pero no somos socios, es un régimen de comunidad de techo y, en consecuencia, en un régimen de comunidad de techo nos referimos casos. Son situaciones en que uno es más experto pero el otro abogado trajo al cliente así que se reparten los honorarios por la mitad aunque uno no haga nada. Insisto, no tenemos relación societaria, estamos en régimen de comunidad de techo. Entonces, la pregunta que nos plantea es: los límites y muros de una oficina ¿hacen la diferencia en comparación a si el encargo llegó desde otra oficina? Al final, nos dimos cuenta de que es una situación bien incontrolable porque por último le puedo decir al cliente que le recomiendo varios abogados con los que tengo una alianza estratégica y cumplo con informarle. Pero la pregunta es si cobraré o no, y si le cobro, ¿tiene él derecho a saber cuánto me llevo yo? En rigor, no. Lo que tiene derecho el cliente es saber cuánto le van a cobrar y él decidirá si ese honorario está dispuesto a pagarlo o no. En general, esta discusión parece que se rige por las normas del mercado.

Otro tema que va ligado al anterior dice relación con trabajar gratis con el solo objeto de ganarme un cliente y su confianza y después tratar de que me sigan llegando más asuntos y ese cliente deje a los abogados con que frecuentemente solía trabajar. ¿Es contrario a la ética? Parece que no, que es una estrategia. A algunos les repugna. Hablamos de un mercado en que no hay monopolios, que todavía está bastante fragmentado. Son temas que por ahora resultan difíciles de regular.

ESTEBAN OVALLE: Nosotros coincidimos en algunas de las cosas que dice Manuel. Finalmente, se llegó a la conclusión de que la intermediación en sí misma no es reprochable desde un punto de vista ético, sea esta remunerada o no, y también llegamos a la conclusión que lo más deseable es que habiendo intermediación, especialmente si esta es remunerada, estuviese informada. Pero llegamos a otra discusión, que es más interesante, que tiene que ver con lo aspiracional o no que tienen que ser las normas de ética, y no obstante que la mayoría coincidíamos que lo óptimo es que siendo remunerada la intermediación esto fuera informado, ¿valía la pena imponer ese deber cuando coincidíamos los que estábamos ahí que esa norma no se iba a cumplir en el 90% de los casos? ¿Para qué dictar normas que cuando nos las cumplen con ese alto porcentaje suelen ser malas o aparecen como malas? Y esa es una discusión que está latente.

LUIS ORTIZ: Yo soy un poco anticuado en este aspecto y debo confesar que esto de la intermediación profesional me causa una suerte de malestar. Y es que además culturalmente si empezamos los abogados ha aceptarlo como norma puede esto terminar en situaciones críticas. Pongo un ejemplo: el fiscal de un banco que empieza a entregar las cobranzas a quien le entrega una comisión más alta y no a quien sea más eficiente para el banco, o el abogado jefe de una empresa de licitaciones y que hace todo lo posible con el objeto de que lleve la licitación uno de los oponentes que le va a dar una participación. En cambio, sí estimo posibles y lícitos aquellos casos en que hay información. Situaciones del tipo, “usted me consulta a mí, yo le puedo aconsejar a fulano de tal que es mi socio, o sino es mi socio voy a colaborar con él, y voy a participar de un honorario de tanto porciento”. Si el tipo efectivamente hace un trabajo con él y publicita al cliente exactamente las condiciones, me parece lícito. Pero de otra manera me parece un acto de comercio, no un acto de ejercicio profesional, fuera del ámbito propio de la dignidad del abogado, y personalmente, lo rechazo.

ESTEBAN OVALLE: Hay otra consideración respecto a lo que señala don Luis. Se pensó que también tiene cierto valor cuando quien intermedia un caso generalmente asume la responsabilidad por el mismo. Normalmente sucede así, y no es por defender la intermediación. Normalmente la intermediación ocurre mucho más que lo que nosotros creemos, y se presenta cuando le llega a un abogado una cosa que no la puede tomar y la deriva a otro gratis, y eso es perfectamente válido. El punto es cuando recibe una remuneración por esto y no obstante en que todos coincidieron que eso debiera ser

publicitado al cliente, qué se hace ante el probable hecho en que no se hace de manera informada. Y en eso estamos atrapados.

MANUEL GARRIDO: Yo vuelvo a insistir en el tema relativo a la lealtad y la información. Con respecto al caso que ustedes plantean de las comunidades de techo, la verdad es que todas las comunidades de techo en Chile tratan de parecer sociedades. En la práctica tú tienes una apariencia, y es similar a seguir las normas a propósito de las sociedades. Los nombres de las sociedades tienen una función de publicidad de cuál es el tipo de organización que tienes. Lo mismo ocurre con las oficinas. Cuando uno entra a una oficina asumes que hay una suerte de consorcio. En consecuencia, por lo menos puedes presumir que ahí va a haber una suerte de pago. Pero en los otros casos en que llega una persona a consultarte a tu oficina, que eres independiente y le dices que el mejor penalista es este, pero en verdad no es el mejor penalista para su caso sino el que más te va a pagar a ti. Porque la experiencia indica que la gente hoy día está en algunos casos, dado los niveles de competencia y la falta de transparencia en el mercado de los abogados, haciendo más un negocio que preferir los intereses de los clientes. Yo creo que ahí hay un tema de lealtad muy relevante.

ALEJANDRA AGUAD: Una cosa muy breve para complementar. A mi lo que me preocupa es que adicionalmente en esos casos entra a jugar un elemento que puede distorsionar el precio como resultado natural del juego del mercado, y es que normalmente el abogado referido cuando tiene que calcular sus honorarios no solamente considera el servicio que tiene que prestar sino que la comisión que tiene que pagar. Finalmente el pago de esa comisión sale del bolsillo del cliente y eso distorsiona el propio mercado que queremos proteger por esta misma idea de que no se regule, al afirmar que queda suficientemente protegido el pacto de honorarios entregándolo al libre juego de la oferta y la demanda, lo que a mí me parece razonable, pero en la medida que los factores que están en juego sean conocidos por el oferente y por el demandante. Porque uno define los servicios cuando hace una propuesta de trabajo y probablemente si ese cliente está cotizando en el mercado va a definir que estos mismos servicios con el abogado A le cuestan cien y con el abogado B, doscientos. En la medida en que sean los mismos servicios y sean conocidos por el cliente, él tendrá que decidir si está dispuesto a pagar o no. Pero además si tú le incorporas un elemento que distorsiona el precio, le estás incorporando un elemento que el cliente desconoce y es que en esto va una 'cometa' o una comisión a otro abogado.

ENRIQUE BARROS: Hay ciertas situaciones que merecen quizás un mayor detalle. Por ejemplo, cuando existen áreas de mayor especialización que requieren de subcontratación. Resulta que el cliente contrata con el estudio, sea la forma de organización que tenga, pero a su vez resulta que el estudio subcontrata. Si la responsabilidad frente al cliente la está asumiendo el estudio, que exista un margen por esa responsabilidad es una cosa sensata.

GONZALO INSUNZA: Lo que repugna es que la decisión que va a tomar el cliente la toma de la mano de su abogado asesor personal. Eso es lo complicado. El abogado que asesora al cliente es el que el dice vamos donde este otro abogado y es muy difícil que ese cliente no respete la decisión o la oferta que su abogado le propone. Es como el médico que le dice que se opere con otro médico.

LUIS ORTIZ: El tiempo se nos ha venido encima. Antes de terminar entendemos que se aprueban los informes de los grupos, sin perjuicio de las observaciones recibidas y de todos los aportes que se hagan en lo sucesivo, con el objeto de presentarlos ante el Consejo.

ASÍ SE ACORDÓ.

LUIS ORTIZ: Agradecemos su asistencia y se da por levantada la sesión.