

Acta N° 8. Sesión ordinaria 20.11.2008¹

PABLO FUENZALIDA: Muy buenas tardes. A nombre del presidente de la comisión, Luis Ortiz, hago presentes sus excusas respecto a su inasistencia a la sesión del día de hoy. Damos inicio a la octava sesión de la Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas, en la que expondrá el coordinador del grupo sobre conducta procesal del abogado, Rodrigo Coloma, a quien dejo la palabra.

RODRIGO COLOMA: Muy buenas tardes. El Grupo *Conducta Procesal del Abogado* de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados de Chile está integrado por Jorge Bofill Gensch, Enrique Cury Urzúa, Manuel Garrido Illanes, Luis Gutiérrez Samohod, Gonzalo Insunza Figueroa, Juan Ignacio Piña Rochefort, Marcela Vega Moll, y Javier Zaldívar Peralta. Además, asistió a todas las reuniones Pablo Fuenzalida Cifuentes. En este documento se sugiere un conjunto de reglas orientadoras del comportamiento de los abogados, en cuanto representantes de los intereses de sus clientes ante los tribunales ordinarios de justicia o ante jueces especiales. La perspectiva asumida en la definición de las referidas pautas de conducta es propia de la ética profesional y presupone el respeto de la normativa jurídica vigente en lo que refiere a la delimitación de conductas admisibles, prohibidas u obligatorias de los abogados. En ese sentido, se ha cuidado de no incurrir en redundancias respecto de lo que ya ha sido ordenado por el sistema jurídico y, de manera especial, por el código penal.

En cuanto a la estructura del texto debe indicarse que, en la parte que inmediatamente sigue a la introducción (acápito I), se intentan clarificar los principios éticos que sirven de soporte a las reglas que más adelante se sugieren. Para llevar a cabo dicho cometido se ha tenido en consideración el contexto en el cual se ejerce actualmente la profesión de abogado, como también, los avances en la decantación de ciertas implicaciones asociadas a la noción de *justicia procedimental* llevada a cabo principalmente desde el campo de la filosofía moral. El documento, en esta parte, tiene un carácter meramente exploratorio, sobre todo porque de ella podrían derivarse algunas consecuencias relevantes para otros grupos de la Comisión de Ética, precisándose, por ende, una discusión amplia.

¹ Transcripción y notas adicionales por Pablo Fuenzalida de la octava 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 Alejandra Aguad, Enrique Barros, Rodrigo Coloma, Mónica Fernández, Manuel Garrido, Gonzalo Insunza, y Julián López. Se excusaron Enrique Alcalde, Álvaro Anriquez, Jorge Bofill, Sebastián Castro, Enrique Cury, Alicia Domínguez, José Tomás Errázuriz, Gianfranco Gazzana, José Antonio Guzmán, Marcelo Montero, Cristián Muga, Macarena Navarrete, Luis Ortiz (presidente), Esteban Ovalle, Juan Ignacio Piña, Adrián Schopf, Lucas Sierra, Enrique Urrutia, y Rodrigo Zegers. Al igual que en mayoría de las sesiones anteriores, se reproduce parcialmente el informe enviado con anterioridad a toda la comisión para facilitar la lectura del debate posterior a su presentación.

En el acápite II se proponen reglas orientadoras de la conducta de los abogados que actúen en litigios judiciales en representación de los intereses de un tercero. Para tales efectos, se ha recurrido a un lenguaje lo suficientemente abstracto como para dar cuenta de un universo amplio de potenciales conductas que precisan ser reguladas; pero que, a la vez, no sea tan borroso como para no llegar a provocar un impacto real en el desempeño profesional, en vista de los problemas de interpretación que pudieren generarse al juzgar comportamientos en casos concretos.

En la elaboración del documento se procuró alcanzar un adecuado nivel de participación de los integrantes del grupo para lo cual se convocó a cuatro reuniones generales, como asimismo, se llevó a cabo un proceso de análisis de reglas específicas a cargo de dos subgrupos coordinados por Marcela Vega y Rodrigo Coloma. La redacción final fue ajustada por el coordinador del grupo, para efectos de resguardar la concordancia del estilo narrativo del texto.

I. Principios que sirven de soporte a la regulación sugerida respecto de la conducta procesal del abogado.

La antigüedad de nuestro código de ética profesional ha traído consigo un preocupante divorcio entre las conductas que serían esperables conforme a la estricta aplicación de sus reglas vigentes y aquéllas que podrían derivarse de la interpretación directa de principios extraíbles de la lectura de teorías modernas y prestigiosas que gozan de reconocimiento en el campo de la ética normativa. En otras palabras, el profundo cambio de escenario que ha experimentado el ejercicio de la profesión en las últimas décadas y los importantes avances experimentados tanto en el ámbito de la ética analítica como en el de la ética normativa, llevan a que las respuestas de nuestro código de ética se presenten como incapaces para hacer frente a demandas sociales de moralidad; en especial a lo que refiere a lealtad y de responsabilidad para con el cliente, preservación de la igualdad entre las partes intervinientes en un juicio o, respeto a las reglas básicas del *fair play*, presupuestas en todo proceso de adjudicación.

El rol que actualmente corresponde desempeñar al abogado en los procesos judiciales —los que, en gran medida, parten de presupuestos distintos a los que se encontraban vigentes a la época en que se aprobaron nuestras reglas de ética profesional—, llevan a que algunas de las pautas de comportamiento del código puedan parecer al día de hoy como excesivamente rigurosas (imponiendo al abogado una forma de comportamiento que supone la renuncia a ventajas estratégicas legítimas); como asimismo, otras excesivamente permisivas (que no proveen de una coraza protectora del cliente que se encuentra en una posición asimétrica

respecto del profesional que lo representa, o bien, de la contraparte que tiene legítimo derecho a que sus alegaciones sean tomadas en cuenta por los tribunales de justicia).

El desfase recién advertido, ha llevado a este grupo a preguntarse —más allá de lo que estipula el código— acerca de los principios éticos 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 elemento interpretativo de éstas. Al respecto podría sostenerse, por ejemplo, que sería esperable que cualquier mirada desde la ética en torno a la conducta de los abogados en un proceso judicial, considerase lo que desde hace algún tiempo 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 a que 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 correctamente aplicado nos llevará 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, como mecanismos aptos² para producir respuestas acordes a las políticas públicas plasmadas en las normas jurídicas sustantivas³, 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.⁴ 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 éticas no debieran amparar 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 los intereses del primero, con lo que reglas como la recién planteada, provocarían dificultades para la ejecución de un ejercicio eficiente del encargo .

En el sistema jurídico chileno, por cierto, se ven señales de ambos modelos de proceso, lo que probablemente lleva a la Comisión de Ética Profesional del Colegio de Abogados a ser especialmente cuidadosa en el análisis del contenido de 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 los procesos debiera ser al menos compatible con la creación de un contexto para la toma de decisiones judiciales, que sea especialmente favorable a la imparcialidad de los jueces y a la disponibilidad de éstos de un buen nivel de información acerca de cada caso que deba ser resuelto.

² Esto, por cierto, es un asunto contingente, pero respecto del cual es indudable que nuestro sistema jurídico ha experimentado un gran avance con el paso progresivo que ha ido produciéndose hacia la adversarialidad.

³ En su variante de justicia procedimental imperfecta, pues la justicia procedimental perfecta suele estar asociada a una visión ingenua acerca de las posibilidades de las que dispone el juez para llegar a conocer lo que efectivamente sucedió en un caso específico

⁴ Aquí, claramente, hay bastante cercanía con la concepción de la justicia procedimental pura, ya que el resultado de la negociación será considerado como correcto en la medida que se hayan resguardado suficientemente los requisitos previstos para la realización de la negociación (generalmente, asociadas a la creación de condiciones que favorezcan la simetría entre las partes). En esta perspectiva, también ha habido avances al permitirse un mayor espacio para la negociación entre partes, sobre todo en el ámbito del proceso penal.

Lo anterior lleva a cautelar que la actuación de los abogados no debiera producirse en un escenario de asimetría entre las partes en que las influencias ejercidas por uno de los abogados, 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 efectos de que éstos lleguen a adoptar decisiones favorables a sus clientes, sino simplemente que este combate *analítico* y *retórico* librado por los abogados, sea realizado en un contexto de igualdad, lo que implica que cualquier parte que construya buenos argumentos pueda resultar vencedora.

En términos ya más concretos, los principios señalados debieran favorecer —a modo de ejemplo— la creación de reglas según las cuáles el proceso de producción de información relevante para la toma de decisiones, debiera prohibir la alteración de registros o la falta de sinceridad en las respuestas de los testigos o de peritos participantes en la audiencia de prueba; ello por cuanto provocarían un desequilibrio difícilmente contrarrestable por la oponente.

A pesar de que existen tipos penales que castigan el falso testimonio, estos se presentan como insuficientes para llegar a contener la presentación de datos falsos por parte de cada una de las partes. 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 principios de universalidad y de publicidad.

Asimismo, si nos situamos a nivel de los discursos de los abogados planteados en alegatos, objeciones, escritos, etc. se puede advertir que éstos requieren poder ser contrarrestados o refutados, lo que se logrará en la medida de que se garantice suficientemente la llamada bilateralidad de la audiencia. En este sentido, los principios de justicia procedimental apuntarían a impedir que los contendientes busquen influir por separado ante el juzgador, en circunstancias en que la contraparte no pueda presentar sus contra argumentos. A contrario, los discursos no resultarían, en principio, objetables aun cuando pudiesen llegar a ser insinceros o poco plausibles, pues ellos sirven para efectos de proveer esquemas interpretativos a la información que ha sido producida en el contexto del juicio. Como mecanismos que contribuyen a la atribución de significado a las pruebas rendidas o a las normas potencialmente aplicables, todo discurso podría ser refutado por el abogado de la contraparte, o bien entendido 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 o interpretación planteada en el seno del tribunal, resulta fantástica o a contrario, es perfectamente plausible.

Por último, los principios considerados suponen no sólo la prohibición de realizar determinados comportamientos contrarios a la ética profesional, sino también un compromiso de parte del abogado a desplegar un adecuado esfuerzo para que los intereses de sus clientes puedan resultar efectivamente acogidos en sede judicial. Ello implica hacer uso de los distintos recursos disponibles que sin vulnerar la igualdad de oportunidades entre las partes, posibiliten la obtención de ganancias en el transcurso del juicio que traigan consigo la atribución de beneficios al cliente e imposición de cargas a la contraria.

II. *Catastro de reglas relativas a la conducta procesal del abogado.*

Las siguientes reglas debieran ser consideradas por los abogados en el contexto de la defensa de los intereses de sus clientes en un juicio:

Regla 1° Esmero en la litigación.

El abogado que sea requerido para intervenir profesionalmente en un litigio, debe actuar con esmero para efectos de obtener una adecuada tutela de los intereses de su cliente. Dicha obligación no traerá aparejada la responsabilidad por el logro de determinados resultados, sino únicamente la de poner al servicio de su representado todas sus competencias profesionales.

En el desempeño de sus funciones, el abogado deberá:

- a) Preparar exhaustivamente su participación en los procedimientos previstos por el sistema jurídico en cuanto a la gestión y a la solución del conflicto. Esto implica el deber de conocer de manera pormenorizada las circunstancias fácticas del caso y las normas jurídicas que puedan resultarle aplicables, como asimismo, la definición de estrategias para el adecuado resguardo de los derechos de su representado;
- b) Ejecutar de manera apropiada y oportuna todas las actuaciones que sean necesarias para la defensa de intereses del cliente, ya sea ante los tribunales de justicia u otros órganos relevantes para la resolución del conflicto;
- c) Abstenerse de delegar tareas propias de la función de abogado en personas que no se encuentren suficientemente calificadas para su correcta ejecución.

Regla 2ª Lealtad en la litigación.

El abogado siempre deberá actuar de manera leal en los procesos judiciales. El comportamiento estratégico del abogado con miras a obtener soluciones ventajosas para su cliente no podrá llegar a afectar la imparcialidad del juzgador, como tampoco, la igualdad de oportunidades entre las partes en lo que refiere a la posibilidad de presentación de argumentos y de pruebas necesarias para una adecuada defensa de sus derechos.

En razón del resguardo de la lealtad en la litigación, estará prohibido al abogado:

- a) Procurar generar condiciones que impliquen un trato preferencial con los jueces llamados actual o potencialmente a decidir la cuestión. En especial, no se admitirá al abogado intentar influir en los jueces solicitando audiencias no previstas por las reglas procesales vigentes y en las que la contraparte no tenga la posibilidad de asistir, ni contrarrestar los argumentos que en ellas fuesen esgrimidos. Del mismo modo, estará prohibido tratar de influir en el tribunal apelando a razones políticas, de amistad u otras o que no se vinculen exclusivamente con la argumentación de los hechos juzgados o del derecho aplicable.
- b) Otorgar o prometer dádivas o beneficios de cualquier tipo a funcionarios que intervengan en un proceso judicial en el que se participa, sea en forma de regalos de cualquier naturaleza y monto, sea pagando por servicios gratuitos, sea pagando en exceso servicios cuyo pago es debido.
- c) Utilizar en los juicios antecedentes, documentación, borradores o comunicaciones producto de negociaciones no exitosas sostenidas por los abogados de las partes y respecto de las cuales hubiere un compromiso de reserva.
- d) Violar los acuerdos que hayan sido adoptados con la contraparte. En este sentido, la lealtad en la litigación impide al abogado sacar ventajas aprovechándose de la indefensión de la contraria que ha confiado en el cumplimiento de un acuerdo acerca de la manera que se realizaría cierta actuación, como por ejemplo, compromisos que han buscado salvar dificultades momentáneas que afectare a una de ellas en la participación en alguna etapa del juicio.

Regla 3ª. Compromiso con la defensa de derechos del cliente.

El abogado no se abstendrá de realizar u omitir conductas o de formular argumentos útiles para la tutela de los derechos de su cliente bajo el pretexto de que pudieren provocar la antipatía o la impopularidad del tribunal, de la contraparte o de la ciudadanía.

Regla 4ª. Producción y refutación de pruebas.

El abogado deberá explorar de manera exhaustiva todas las posibles estrategias para presentar pruebas que puedan ser útiles para la defensa de los intereses de su representado; como también, deberá ejecutar las acciones necesarias para refutar o debilitar las pruebas que llegue a presentar la contraparte.

En el contexto de la producción y refutación de pruebas estará prohibida la realización de las conductas que se indican a continuación:

- a) Producir o instar que se produzca prueba que no sea fidedigna.
- b) 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.
- c) Hacer depender el monto de la remuneración de los peritos según si las conclusiones de su informe son especialmente favorables a los intereses de su cliente.
- d) Instar al cliente a declarar falsamente en el juicio, a pesar de reconocérsele el derecho a guardar silencio.

Regla 5ª Respeto a las reglas de procedimiento.

El abogado deberá respetar las reglas procesales que se encuentren establecidas por el sistema jurídico o que válidamente hayan sido acordadas entre las partes. En vista de ello, sus actuaciones no estarán orientadas a impedir a la contraparte ejercer debidamente sus derechos conforme a lo estipulado en los procedimientos aplicables al caso concreto. En especial estará prohibido:

- a) Impedir deliberadamente o instruir a su cliente o a terceros para que dificulten el acceso de la contraparte a la información relativa al proceso destruyéndola, alterándola u ocultándola aun cuando no se encuentre incorporada en el expediente o carpeta de investigación fiscal.
- b) Burlar de cualquier modo o hacer ineficaces los mecanismos aleatorios utilizados en los procesos judiciales, sea en la distribución de causas, integración de las salas o cualquier otro.
- c) Alterar o procurar que se altere la fecha u hora de recepción de escritos.
- d) Abusar en el ejercicio de la facultad para interponer recursos o incidentes judiciales. Se entiende que ello ocurre cuando no existiere motivo plausible para que pudiesen llegar a ser acogidos por los tribunales y, en especial, cuando a través de ellos se buscare además provocar daño a la contraparte o forzarla a celebrar un acuerdo gravoso.

Regla 6ª Límites en la argumentación.

El abogado al presentar ante los tribunales de justicia sus argumentos en favor de su cliente, estará sujeto a los siguientes límites:

- a) No podrá argumentar aludiendo a ciertas características físicas, sociales, ideológicas, etc., en términos que resulten denigrantes y que serían atribuibles a la contraparte o a su abogado.
- b) No podrá hacer citas inexactas de sentencias o de otros textos relevantes para sustentar sus puntos de vista.
- c) No podrá generar rumores de cualquier clase respecto del caso o de sus intervinientes que pudieren potencialmente ser relevantes al momento de la toma de decisión por parte del tribunal.
- d) No podrá abusar de su condición de abogado haciendo afirmaciones en cuanto a que personalmente le constan ciertas circunstancias del caso.

Regla 7ª. Reconocimiento de responsabilidad y renuncia de derechos del cliente.

El abogado debe evitar allanarse a la acción contraria, admitir responsabilidad, renunciar derechos del cliente o abandonar un juicio sin contar con el previo consentimiento del cliente debidamente informado acerca de las implicaciones de su decisión.

Regla 8ª. Deber de trato igual por parte de abogados que representen intereses públicos.

El abogado que represente los intereses del Estado o la sociedad toda, no deberá hacer diferencias arbitrarias en el tratamiento que otorga a personas que se encuentren en situaciones análogas. Lo aquí expresado se refiere tanto a los individuos cuyos intereses son representados por el abogado, como también, a aquéllos que tengan la condición de contraparte.

Regla 9ª. Respeto al derecho a guardar silencio de imputados y acusados.

En el contexto de los procesos penales, estará prohibido al abogado confundir o presionar al imputado o acusado respecto de los alcances de su derecho a guardar silencio. Asimismo, el abogado no deberá burlar el derecho a guardar silencio del imputado o acusado mediante la presentación de testigos o peritos que durante la realización de la investigación tuvieron la oportunidad de conversar con el imputado, sin que este último tuviere posibilidades reales de abstenerse de hablar.

A continuación se han incorporado algunas reglas que por su carácter general debieran ser consideradas para efectos de su incorporación como reglas generales aplicables a los abogados en sus distintas esferas de actuación; como también reglas que, a nuestro entender debieran ser asumidas por otros grupos.

Reglas generales de comportamiento del abogado.

Regla A. Trato no discriminatorio.

El abogado debe promover con sus actuaciones la confianza y el respeto de la ciudadanía por la profesión legal y por el sistema de administración de justicia.

En el ejercicio de sus funciones el abogado deberá abstenerse de emitir opiniones o de ejecutar conductas que tengan por finalidad avergonzar o faltar el respeto a personas o grupos de personas. Asimismo, le estará prohibido al abogado recurrir a prácticas o utilizar argumentos que resulten discriminatorios en contra de cualquier interviniente en un juicio o negociación, en razón de su género, raza, nacionalidad, discapacidad, orientación sexual, edad, estado civil, condición social, posición política o religiosa.

Regla B. Estándar de desempeño.

El abogado deberá tener en consideración, en cuanto a los esfuerzos a desplegar en su desempeño profesional, el potencial impacto que pudiera producir al cliente un resultado favorable o adverso en las distintas actuaciones en las que le corresponda intervenir. Se requerirá de su parte una especial dedicación en aquellos casos en que estuviere en juego la vida, la libertad u otro bien especialmente valioso. Asimismo, el abogado deberá tener en consideración para la definición de las actuaciones a realizar el potencial beneficio que de ello pudiera producirse para su representado; ello lo obliga a no recomendar aquellas actuaciones en que el costo económico o de otra naturaleza apareciere como superior a sus potenciales beneficios.

Preguntas

ALEJANDRA AGUAD: Tengo una aprensión respecto a la regla 4ª letra d), donde precisaste que esta regla fue establecida para el caso en que existiere para el cliente el derecho a guardar silencio por lo que teóricamente no se aplicaría, por ejemplo, en materia civil donde frente a una absolución de posiciones le sería “lícito” al abogado instruir a su cliente para falsear o mentir y eso no sé si éticamente está dentro de lo esperado, aunque imagino lo analizaron y discutieron.

Por otra parte, se me presentan algunas dudas respecto al sentido de determinadas reglas porque no me queda claro su alcance de la sola lectura por lo que me interesa conocer qué tenían en mente al redactarlas. La misma regla 4ª letra b) habla de “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”. ¿En qué sentido podría ofrecerse compensaciones a testigos que vayan más allá de lo exigido por la ley? La otra regla que no me queda clara es la regla 6ª letra c), respecto a los límites en la argumentación, señala que “No podrá generar rumores de cualquier clase respecto del caso o de sus intervinientes que pudieren potencialmente ser relevantes al momento de la toma de decisión por parte del tribunal”. No me queda clara cuál es la hipótesis o supuesto de hecho sobre el cual se estableció la regla. Por último, tampoco me queda clara la regla 8ª sobre trato igual por parte de abogados que representen intereses públicos.

RODRIGO COLOMA: Respecto de la regla 4ª letra d), es una regla que de la simple lectura aparece como *bastante fea* y difícil de sostener, sobre todo ante auditorios distintos de los abogados. ¿Qué es lo que hay tras esa regla? Yo diría que está la idea de que nosotros los abogados tenemos una manera especial en que debe interpretársenos, una manera en que debe leerse nuestros discursos. ¿A qué voy con eso? Perdonen si aparentemente me aparto de lo que estamos discutiendo con el siguiente ejemplo: Cuando nosotros leemos el titular del diario El Mercurio lo leemos de manera distinta al titular de The Clinic. Si nosotros los leyéramos de la misma manera, este último sería absurdo o aburrido, pero no lo hacemos así pues sabemos que el lenguaje cumple una función diferente. Entonces, volviendo a la regla, hay tras ella una cierta concepción del lenguaje de los abogados que se aparta un poco de lo que suele llamarse la función descriptiva o informativa del lenguaje. Es decir, los abogados cuando participamos en un litigio de alguna manera estamos representando un papel, entre otras cosas, porque nuestra misión es construir el mejor de los mundos posibles para nuestro representado. Si nosotros exigiésemos un deber de sinceridad a los abogados sería catastrófico porque el abogado debe hacer los planteamientos compatibles con las normas jurídicas y con las normas de

ética que más favorezcan los intereses de su representado, aún a costa de que no se les crea mucho. En el fondo no hay un deber de sinceridad del abogado. Ahora bien, una cosa distinta es que yo le diga a una persona que ha sido llamada a un tribunal, “si le pregunta de esto, absténgase, hágase el leso o francamente diga que no”. El problema parece especialmente acuciante en aquellos en que el cliente es llamado a confesar deudas o absolver posiciones. Tratemos de despejar un poco: Hay situaciones en que claramente el abogado está actuando de manera tramposa, no obstante que al cliente se le ha dado la posibilidad de abstenerse de hablar, esto es, él ya cuenta con una coraza que le provee el mismo sistema jurídico que le permite cautelar suficientemente sus intereses, intimidación, etc. Entonces, si no obstante existir esa posibilidad el cliente me dice que no va a hablar y yo le digo que lo haga pero mintiéndole al tribunal, y esa es una situación claramente contraria a la ética.

El segundo caso, en cambio, es más problemático y seguramente requiere revisar la regla. Siendo bien honesto en el grupo tampoco ha sido un aspecto sobre el que hayamos debatido profusamente, ha existido discusión pero en este aspecto ha sido más superficial. ¿Qué podría haber tras esta idea de que podría no ser contraria a la ética decirle al cliente que no reconozca aquello que se le está preguntando? Lo que podría haber tras esto tiene que ver con un juicio de legitimidad que pudiera existir de poner a una persona en la situación de tener que generar ella misma prueba en su contra. Es cierto que si nosotros estamos hablando desde la perspectiva moral a uno seguramente le podría ser exigible, sobre todo si nos ponemos en un plano kantiano, reconocer aun cuando yo sea la única fuente de información posible. Pero en el contexto de un proceso judicial puede ser que las reglas aplicables sean diferentes en cuanto a que la lectura que va a ser el intérprete de la negativa de la persona a reconocer la deuda va a partir del supuesto de que en realidad ella no está en una situación fuerte de tener que decir la verdad. Ahora, estoy de acuerdo con que hay que darle más vueltas a este tema, pero más o menos esa sería la distinción que existe detrás de la regla: el lenguaje de los abogados supone que en ese contexto podría no ser exigible este deber de sinceridad del cliente y si el cliente me pregunta a mí yo le puedo decir “usted tiene este abanico de posibilidades”.

JULIÁN LÓPEZ: A mí lo que me llama la atención de esta parte de la propuesta es que tiene una lógica inversa a la lógica que yo conozco de las reglas de ética profesional norteamericanas. En Estados Unidos se considera que el compromiso del abogado con la verdad en sede penal está sujeta a un control ético menos estricto que en materia civil precisamente por los valores que están en juego en materia penal. Lo que se considera más grave es que se pueda faltar a la verdad en una causa civil porque en ella lo que está en juego son valores patrimoniales y en consecuencia no hay ninguna justificación desde el punto de vista ético para que el cliente falte a la verdad. En cambio en materia penal como lo que está en juego es la libertad o la vida se considera que el grado de presión que tiene el

cliente sobre las consecuencias de una declaración autoincriminatoria es tan alto que el estándar ético se relaja un poco. Y aquí la lógica está invertida.

Me da la impresión que lo que está detrás de esto es la ausencia de tratamiento un tema que yo echo de menos en la propuesta con un carácter más general: cuál es el deber de honradez que debe satisfacer o cumplir el abogado frente a los tribunales, que me parece es uno de los pilares de la regulación del trabajo del abogado litigante. Estoy de acuerdo en que no hay que confundir honradez con sinceridad, ya que entiendo que esto último dice relación con los argumentos jurídicos que uno hace valer y de los cuales no tiene necesariamente que estar convencido, porque el argumento que no convence al abogado podría convencer al juez y entonces faltaría a su deber profesional si no lo hiciera valer. Pero cuando nos metemos en temas de hecho la situación es mucho mas compleja porque se entiende que el cliente puede faltar a la verdad y que el abogado no estará autorizado para revelar que el cliente ha faltado a la verdad, pero autorizar al abogado implícitamente para que tome una posición activa e inste a faltar a la verdad a su cliente en una causa civil, me parece que no es aceptable. Incluso si uno lo mira desde el punto de vista del tipo de obligación jurídica que tiene ese cliente, ese cliente está prestando una declaración bajo juramento, cosa que no hace el cliente en sede penal, de manera que si yo insto al cliente a faltar a la verdad en una causa civil lo estoy instando a cometer un delito, pero en cambio si lo insto a hacerlo en una causa penal no lo estoy instando a cometer un delito porque nadie podría decir que es un delito faltar a la verdad por un imputado en una sede en la cual ni siquiera se presta juramento. Por eso me parece que la lógica está invertida y debiese ser objeto de revisión. En general yo entiendo que ni en casos civiles ni en casos penales el abogado está autorizado para instar al cliente a declarar falsamente.

MÓNICA FERNÁNDEZ: Eso echaba yo de menos porque se puede aceptar que en una causa criminal si el cliente faltase a la verdad y como abogado lo sé, no tenga el deber de develar esa situación, pero otra cosa distinta desde el punto de vista ético es que yo inste a esa persona a faltar a la verdad y eso me parece que no es aceptable ni en sede civil o criminal viéndolo desde el punto de vista del abogado y no de la persona afectada.

ENRIQUE BARROS: Distinto es que el imputado no tenga que incriminarse a que esté autorizado para afirmar hechos falsos. Frente a un caso criminal no tiene que dar cuenta de hechos que lo incriminen, lo que es bastante universal, pero distinta es la pregunta acerca de si es legítimo que el abogado le diga “¿Por qué no mejor dices que estabas en tal lugar”, lo que hace imposible la participación en el hecho criminal. Hay una diferencia bien sustancial entre las dos cosas. En materia civil, no cabe duda que el Código de Procedimiento Civil señala ciertos efectos de la confesión, pero no establece el deber de que la confesión sea verdadera, por ende la pregunta que se sigue del punto de vista del ordenamiento positivo es si el juramento al cual está sujeto el absolvente ¿lo hace sujeto de una persecución criminal en el caso de que no diga la verdad al hacer confesión en materia

civil? ¿Es equivalente al del falso testimonio de un testigo? Esas dos preguntas que me gustaría aclararlas del punto de vista del derecho material antes de seguir, porque hacen directa relación con los deberes procesales del abogado.

MANUEL GARRIDO: Yo creo que definitivamente hay un problema en la redacción que, como denota Julián, es inversa, pero parte de los problemas está en la utilización del verbo instar. Yo creo que por la experiencia que todos tenemos uno por lo general no insta al cliente a realizar determinadas vías de conducta sino que le expone qué tipo de conductas y opciones tiene junto a sus consecuencias. Finalmente es el cliente el que toma la decisión. Si por el contrario nosotros tomamos la decisión entramos en un plano bastante más complejo. Pero creo que ni con un cliente sometido a un juicio criminal ni con respecto a un cliente sometido a una situación civil uno sea el llamado ha instarlo a que no confiese la deuda o el delito, sino que sólo a presentarle las opciones. Por consiguiente yo creo que aquí quizás lo que induce a error es la forma de redacción por la utilización del verbo instar porque en verdad uno no es un instigador de los clientes, uno está al servicio del cliente para darle un servicio profesional que es básicamente de asesoría.

JULIÁN LÓPEZ: Yo estoy totalmente de acuerdo con lo señalado por Manuel en que el abogado no puede instar a faltar a la verdad pero hay que advertir que esa opinión no es unánime. El principio de no autoincriminación normalmente se ha entendido o ha sido consagrado de dos maneras distintas. En la tradición de los sistemas adversariales se expresa en el derecho al silencio: la persona es protegida en conformidad a este principio reconociéndosele el derecho a no hablar pero, si decide hacerlo, se le toma juramento y si falta a la verdad comete un delito. En la tradición del sistema inquisitivo en cambio, al sujeto no se le permite quedarse callado porque se quiere que diga algo y en consecuencia la forma en que se lo protege es eximiéndolo del deber de prestar juramento. Muchos autores consideran que el hecho que no deba prestar juramento implica que se reconoce al imputado un “derecho a mentir” y, si esto es así, la verdad es que la tensión sobre el abogado que defiende a ese cliente desde el punto de vista ético es enorme. Porque si yo reconozco el derecho a mentir y considero que una buena mentira podría ser eficaz para su defensa parecería que una conducta profesionalmente celosa del abogado dentro del marco de la legalidad es ayudarlo a construir una buena mentira. Entonces, aun cuando estoy de acuerdo con lo que Manuel dice, hay otros que piensan que instar al cliente a mentir en un sistema que no reconoce el derecho al silencio es una función del abogado. Y yo creo que esa es la fuente de la forma en la cual se ha redactado la regla propuesta en cuanto prohíbe “[i]nstar al cliente a declarar falsamente en el juicio, *a pesar de reconocérsele el derecho a guardar silencio*”, lo que da a entender que si no se le reconoce, se le puede instar a mentir. El problema que tenemos es que nuestro sistema lo que hizo fue “no optar” en materia de consagración del principio de no autoincriminación, no decidió por una u otra alternativa,

sino que sumó ambas: el imputado tiene derecho a quedarse callado pero, si habla, tiene también derecho a no prestar juramento.

Los sistemas que reconocen un derecho al silencio normalmente se plantean el conflicto ético cuando es el cliente el que insiste en faltar a la verdad. No conozco que alguien proponga como éticamente correcto instar a faltar a la verdad a su cliente –por cierto en una causa civil, nunca, y en las causas penales, a pesar del principio de autoincriminación, tampoco-, pero sí conozco la posición que tiene al respecto Monroe Freedman, que en uno de sus artículos más polémicos, describe lo que el llama el “trilema del perjurio”⁵. El “trilema” del perjurio supone la situación en que el cliente insiste ante el abogado en no ampararse en el derecho al silencio y decir una mentira. Entonces la pregunta allí es ¿qué es lo exigible al abogado? En general las reglas de ética norteamericanas dicen que el abogado no puede amparar esa conducta. Pero Monroe Freedman tiene una posición distinta al respecto en cuanto supone que en estas circunstancias el abogado se enfrenta a tres deberes éticos que no puede satisfacer simultáneamente: no puede respetar al mismo tiempo el deber de honradez ante el tribunal, el deber de secreto profesional y el deber de actuación leal y celosa y queda, entonces, obligado a sacrificar uno. Si le dice a su cliente que no declare, pero está convencido que declarar le convendría, entonces el abogado está faltando a su deber de lealtad y celo; si no acepta esta posibilidad y permite que declare, está faltando a su deber de honradez ante el tribunal; y si no acepta esa posibilidad y denuncia a su cliente o renuncia a su defensa, está faltando a su deber de secreto profesional porque, explícita o implícitamente, le está revelando al tribunal que su cliente va a faltar a la verdad; Freedman sostiene que no hay otra alternativa que sacrificar uno de estos tres deberes y que, en estas circunstancias, el que debe ser sacrificado es el deber de honradez ante el tribunal, lo que genera un hipótesis en la que sí podría el abogado aceptar que el cliente se presente y declare falsamente. Pero incluso, en este caso, se exige al abogado que trate por todos los medios de disuadir a su cliente de faltar a la verdad.

En la norma propuesta, yo veo una aceptación demasiado amplia de la idea que instar a declarar falsamente a un cliente pueda ser tolerado bajo ciertas circunstancias. Lo que estamos discutiendo no es tanto lo que la regla no dice como lo que no dice, o más bien lo que dice *a contrario sensu*, porque la regla condiciona la falta ética a que no se le reconozca al cliente su derecho a guardar silencio y se lo inste a declarar falsamente en juicio. Creo que instar a declarar falsamente al cliente debiera ser una regla prohibitiva absoluta, bajo ninguna condicionante y en todo tipo de procedimiento.

ENRIQUE BARROS: Lo incorrecto, en mi opinión, es la calificación que se señala respecto del deber. Porque dice que instar a declarar falsamente en juicio es siempre ilícito,

⁵ Freedman, Monroe (1994) “The Perjury Trilemma”, en *Understanding Lawyers Ethics*, Mathew Bender, pp. 109-122.

a pesar de reconocérsele el derecho a guardar silencio. El abogado puede instar lícitamente al cliente que guarde silencio, cuando tiene derecho a guardarlo. En mi opinión, con eso la regla que da completa y mantiene suficiente generalidad.

RODRIGO COLOMA: Vamos a replantearla porque efectivamente se han dado buenos argumentos para hacerlo. Solo para cerrar, creo que como grupo vamos a tener que hacernos cargo de ciertas situaciones que seguirían siendo borrosas porque, en estricto rigor, por un tema de contexto puede haber circunstancias en las cuales si a mí el cliente me dice “me están citando a declarar, ¿qué hago?”, y yo le presento alternativas. La alternativa A es que usted reconozca que debe, entonces con eso podrá iniciarse un procedimiento de determinadas características en contra suya; la alternativa B es decir que no debe y en ese caso usted estaría faltando a la verdad. Pero siempre la posición del abogado tiene un efecto de guía de conducta. El cliente no le va a preguntar a un abogado como si fuera una máquina que le diga cuales son las alternativas posibles. Es decir, hay una lectura de la manera en que se lo planteo el abogado que va ser relevante para el curso a seguir por el cliente. Ahí seguramente tendremos que plantearnos si este deber de no instar al cliente a declarar falsamente de alguna manera tendría la contracara de estar diciendo que se trata de instar al cliente a decir la verdad, o si este punto lo dejaremos en el limbo. Probablemente tras esta formulación también había ciertas dudas respecto a los procedimientos que se satisficieran sencillamente con un reconocimiento del tipo si/no y que eso implica un *fast track* o hacer el camino que le toca a todo el mundo.

JULIÁN LÓPEZ: ¿Por qué habríamos de tener alguna duda de que es una falta ética recomendarle a un cliente que le dice a su abogado “sí, debo” que le diga luego al tribunal, bajo juramento: “no debo”? Creo que en ese caso hay una contradicción tan palmaria entre el hecho y la recomendación del abogado que no cabe duda alguna. Desde el punto de vista ético –y no desde el punto de vista de los criterios legales, para no entrar en lo que planteaba Enrique en cuanto a la discusión posible acerca de si eso es un delito o no- parecería que ante un hecho así de plano y brutal, éticamente no sería aceptable que un abogado le diera como consejo profesional al cliente faltar a la verdad. Si mantenemos la idea de que los abogados hacemos alguna colaboración a la administración de justicia, es evidente que si todos los abogados actuáramos bajo la regla de que las deudas que el cliente reconoce y está consciente no pueden ser negadas en tribunales, tendríamos un sistema más honesto que operando bajo la regla contraria y no veo ningún valor en que se autorice al abogado en darle la recomendación de mentir. Entonces, no veo el conflicto ético en esto.

RODRIGO COLOMA: Probablemente porque la pregunta en último término no es una pregunta jurídica sino que una pregunta moral. Entonces, si yo como abogado puedo traspararle toda mi lectura moral de la vida o no a través de esa respuesta, porque soy abogado y no moralista. Yo creo que un poco por ahí estaba la duda, pero lo importante es que nos han entregado una serie de elementos bastante interesantes para ir puliendo la regla

que, como partí diciendo, se ve muy fea, y si comencé señalando lo anterior es porque seguramente tenemos que afinar el razonamiento.

Había algunas cosas pendientes que planteó Alejandra. En la misma regla 4ª letra b), respecto a “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”. Básicamente aquí son dos cosas. Obviamente para el testigo es costoso declarar en juicio, entonces no pareciera ser contrario a la ética que el tiempo que representa para el testigo ir a declarar de alguna manera resultara compensado. Por supuesto, no se trata de transformar en un negocio esto sino que de alguna manera que sea el cliente quien se haga cargo de todo eso, en forma acotada. Lo otro en el fondo es lo más brutal, es decir, solicitar que se declare en términos especialmente favorables lo que se compensará cuantiosamente. Quizás la redacción pueda ser un poco elíptica en cuanto a dar una idea fuerte de que un abogado no puede comprar las declaraciones.

En la regla 6ª letra c), “No podrá generar rumores de cualquier clase respecto del caso o de sus intervinientes que pudieren potencialmente ser relevantes al momento de la toma de decisión por parte del tribunal”, en el fondo es tratar de influir por fuera en la decisión hablando mal del otro y por vías que a lo mejor son poco usuales o indirectas, pero la idea es perseguir que la discusión se realice en las audiencias que corresponden ante tribunales y no se pueda hacer trampa generando adhesiones, incluso tiene que ver con el manejo de los medios de comunicación.

Respecto a la regla 8ª, (“El abogado que represente los intereses del Estado o la sociedad toda, no deberá hacer diferencias arbitrarias en el tratamiento que otorga a personas que se encuentren en situaciones análogas”), en el fondo tiene que ver con el uso de ciertos mecanismos selectivos que pudieran resultar discriminatorios. Ante la misma situación quien ejerce acciones públicas se muestre extremadamente duro en algunos casos y blando en otros dependiendo de la persona que tiene al frente. La idea es aplicar la misma regla a todas las personas que se encuentren en la misma situación dado que de hecho ellos tienen algún nivel de discrecionalidad en cuanto a donde poner los dardos para abordar cierta situación. Por ejemplo, se mencionó el caso de una actriz que realizó una conducta bastante delicada desde la perspectiva penal y sale con una resolución bastante conveniente por ser un personaje público y obviamente los fiscales tratan de escapar de problemas de presión mediática.

MANUEL GARRIDO: Lo que ocurre habitualmente en materia penal con los fiscales que han adquirido un protagonismo muy relevante donde existen reglas y donde debieran existir criterios de estandarización no los hay. Entonces ante soluciones como la suspensión condicional en un caso sumamente corriente y de aplicación habitual como es el manejo en

estado de ebriedad, vas donde el mismo fiscal, 1.2 o 1.5 en una alcoholemia y no hay suspensión condicional para ti. Llega una actriz famosa con consumo de drogas, sobre 1.5, y procede la suspensión condicional. Ocurre en definitiva que, si bien es una autoridad que debe actuar sin arbitrariedad con una regla constitucional al respecto, si está en su condición de abogado ejerciendo de manera arbitraria en este tipo de situaciones del día a día y además puede producir asimetrías a propósito de las simpatías que se van generando con unos u otros donde se comienzan a generar ciertos grupos más favorecidos, por lo que la regla persigue instar a quienes detentan algún tipo de potestad en su condición de abogados a que actúan de manera simétrica, igualitaria y no discriminatoria. Ese es el sentido perseguido.

RODRIGO COLOMA: Otro caso que se puede dar es con las superintendencias, esto es, lo que se conoce como la captura del controlador. El abogado que sabe que en el futuro probablemente va a tener que pedir trabajo a uno de los supervisados por el órgano controlador, tenderá a tratarlo con mayor bondad que a otros que no están dentro de sus potenciales empleadores. Este es otro de los fines que persigue esta regla.

JULIÁN LÓPEZ: Tengo una pregunta general en relación a la propuesta. Me da la impresión que lo que ustedes han hecho ha sido definir reglas y luego dar ejemplos de casos concretos que reflejarían infracciones a esa regla. ¿Esa es la idea de la enumeración? Tengo la duda porque en algunas partes se utilizan expresiones como “en especial”, “en los casos siguientes”, pero en otros no se dice nada. Si el sentido de la enumeración es ejemplificar, la verdad es que no tengo discrepancia con la mayor parte de las reglas, pero tengo la duda de hasta qué punto las reglas que estamos diseñando para todos los temas van a poder seguir este esquema, porque tengo la sensación de que en los demás grupos se ha estado trabajando con reglas más generales y menos concretas, y me parecería un poco irónico que, al final del día, cuando queremos redactar un código de ética que deje de aplicarse solamente a los abogados litigantes termináramos con una reglamentación mucho más desarrollada en materia de abogados litigantes y más primaria respecto de abogados que no son litigantes. Porque en muchas de las reglas que se plantean uno podría preguntarse por qué están dirigidas solamente a los abogados litigantes. Por ejemplo, leo la regla 1ª letra a), “Preparar exhaustivamente su participación en los procedimientos previstos por el sistema jurídico en cuanto a la gestión y a la solución del conflicto. Esto implica el deber de conocer de manera pormenorizada las circunstancias fácticas del caso y las normas jurídicas que puedan resultarle aplicables, como asimismo, la definición de estrategias para el adecuado resguardo de los derechos de su representado”, ¿Por qué no hay una regla similar para un abogado que va a redactar un contrato? Probablemente esto va a tener que ser trabajado buscando una redacción común a ambos casos.

Pero desde el punto de vista de lo que me parece a mí esencial en esta materia quiero insistir en lo del deber de honradez como contrapeso de un deber de lealtad hacia el cliente.

Definir ese límite creo que es el rol fundamental de esta reglamentación. Perdón que insista con el análisis en materia penal pero, por ejemplo, en el sistema norteamericano, en relación con el deber de honradez, los autores aceptan con cierta generalidad que si bien constituye una falta ética faltar a la verdad o instar a ello a través de las declaraciones del cliente o de testigos, es absolutamente correcto desde el punto de vista ético que el abogado aproveche y desarrolle todas las inferencias falsas que puedan ir en beneficio de su cliente. La construcción de la idea de un debate contradictorio en un procedimiento penal supone que el abogado defensor testee la fuerza del caso de la acusación permitiendo que el tribunal incorpore todas las inferencias falsas que puedan surgir de evidencias verdaderas. El ejemplo típico de este caso es el del testigo que vio una situación que el abogado sabe que es real porque el cliente se lo dijo, pero al cual el abogado cuestiona en el contrainterrogatorio formulándole preguntas para demostrar que usa lentes y ve mal a esa distancia, generando así la inferencia falsa de que el testigo no vio lo que vio. Eso es esencial para el sistema adversarial. Precisamente el abogado no tiene que decirle al cliente que falte a la verdad porque puede elaborar una teoría del caso que incluya la versión alternativa como una inferencia. El cliente no se sienta y dice “esto fue una legítima defensa”, pero el abogado está legitimado en un sistema adversarial para presentar toda la prueba verdadera que pueda llevar al tribunal a inferir que este es un caso de legítima defensa. El valor está en que, si esa inferencia es posible, no puede aceptarse que la prueba de cargo tenga la fuerza suficiente para determinar una condena. Esa definición acá no está, y entonces pareciera que uno se queda entre la opción de instar al cliente a faltar a la verdad o a que confiese, y ese no es un dilema auténtico en un sistema adversarial. El derecho de defensa supone que precisamente uno demuestra que el caso de la fiscalía es débil porque no logra probarlo más allá de una duda razonable, la que se construye a partir de cualquier inferencia que pueda ser adoptada sobre la base de pruebas legítimas.

ENRIQUE BARROS: Respecto de lo que decía Julián, solo dos observaciones. El método que hemos elegido es tratar los temas cada uno por separado de tal manera que vamos tomando acuerdos que son escalonados. Por ejemplo, en materia de secreto profesional estamos muy avanzados y prontamente la propuesta revisada por el Consejo estará disponible en el sitio web para recibir observaciones y con posterioridad su aprobación por el Consejo. Y así sucesivamente los temas se irán tratando cuando estén maduros lo cual supone que al final, naturalmente cuando lleguemos al momento de repensar en su conjunto un código de ética, vamos a tener que hacer un estatuto que resulte coherente y orgánico, donde vendrá una labor de sistematización que en la medida de lo posible responda a una técnica uniforme. No me preocuparía demasiado de seguir asimetrías metódicas. Lo más probable es que estas reglas las incorporemos como reglas corporativas y revisando problemas de derecho transitorio.

Respecto a la segunda observación, vuelvo a insistir en un aspecto importante que me parece hemos pasado por alto. La pregunta sobre cuál es el sistema procesal vigente no es indiferente al momento de definir los deberes profesionales, porque no son los mismos en los distintos sistemas y no podemos establecer reglas disonantes con el sistema procesal. Por eso, la pregunta por la lógica de las reglas procesales no es impertinente sino completamente dependiente. Si el sistema es concebido como adversarial, la conducta ética va a ser distinta que en el procedimiento inquisitivo donde se espera por definición que cualquier mecanismo proveniente del propio imputado debe estar ordenado hacia la obtención de la verdad. En materia civil ocurre exactamente lo mismo, pues el proceso civil chileno está estructurado sobre supuestos que permiten una posición estratégica mucho más fuerte que la autorizada por el sistema anglosajón. Porque la pregunta es si uno a través de estas reglas pretende influir en el sistema procesal. De hecho, no cabe ninguna duda que si las reglas resultan compatibles sólo con un determinado sistema procesal que no puede darse por vigente en Chile, vamos a formular una pretensión que probablemente sea excesiva. En materia civil en Chile, tradicionalmente se ha entendido que las partes pueden tener una posición estratégica y nosotros podríamos acercarnos a un modelo procesal en que se exija la regla de candor que tienen los norteamericanos. Las evidencias tienen que ser puestas a disposición y hay un deber de hacerlo, pero se ha entendido que ese no es el principio en el sistema chileno. Eso podría llevar a plantear asimetrías de la situación normativa de quien se encuentra afiliado a este Colegio de quien no lo está.

RODRIGO COLOMA: Primero en cuanto a la forma de escribir las reglas, hay una parte más abstracta y otra más concreta. Por utilizar otra terminología, la primera parte de la regla tiene una formulación más de principio y la segunda más de regla. Este enfoque trata de dar orientaciones que permitan resolver cualquier situación dudosa en la primer parte en cuanto a señalar cuál es el modelo de abogado que queremos forjar ciertos límites. Pero como probablemente la regulación resulte muy abstracta y una de las críticas que se formulaba respecto del C.E.P. era la falta de precisión, se trata de amarrar a los colegiados en la segunda parte con ciertas conductas es que tenemos reglas mucho más acotadas y concretas. Esa es la relación. Las excepciones no son exhaustivas en cuanto a colmar lo que se dice arriba. Hay algunas excepciones, obviamente.

En cuanto a la especificidad, creo que Enrique Barros ha contestado en parte esa observación. El problema que se suscita es que obviamente hay muchos soportes de lo que aquí está planteado que en último término serían extensibles a otras situaciones a las cuales se puede enfrentar el abogado. Si uno lee el C.E.P. no dice cómo debes litigar, solo da grandes lineamientos de cual debe ser el comportamiento del abogado. Nosotros concluimos que el C.E.P. fue pensado en este tipo de abogado pero no es tan directo como pueden ser las reglas aquí señaladas. E indudablemente se producen situaciones como la señalada en la regla primera. De hecho la regla general de trato no discriminatorio en el

comienzo estaba en e contexto de un juicio pero se vio que en realidad aquí se requería una regla general.

Respecto al tema de la honradez, por supuesto que no hay un consenso absoluto en el grupo. Me atrevería a plantear que lo que nosotros estamos sugiriendo con esto es que existe un deber de honradez más bien fuerte, con excepción de la regla 4ª letra d), en cuanto a lo que es generación de información: en el fondo, la información de base y el soporte tiene un deber de honradez fuerte. Porque las posibilidades que tiene la contraparte de demostrar que ese es un mal soporte son débiles. Si alguien declara como testigo y señala que vio a tal persona en la sesión del Colegio de Abogados, lo coloca en una situación delicada y llegar a falsar eso es difícil y por eso estamos diciendo que hay que jugar limpio. Donde sí se permite el juego estratégico y construir de alguna manera historias que no necesariamente reflejen lo que sucede es una situación similar al que planteas. La interpretación, la lectura, las inferencias que yo puedo hacer a partir de la información producida en la audiencia tienen límites mucho más laxos que los que existen en cuanto a la generación de información, porque en definitiva si construyo una historia fantástica el mismo comportamiento estratégico me pondrá un límite porque esa historia fantástica no convencerá a los tribunales. Al construir argumentos a partir de lo que ha sido dicho hay bastante flexibilidad, sin que haya un deber de sinceridad. Pero, cuando se trata de producir la información ahí si existe un deber de honradez y por eso no se puede instar a los testigos que declaren falsamente, ni pagar, generar documentos falsos, etc. Si en los alegatos el abogado tiene historias explicativas de lo que sucedió que tú sabes que no son efectivas ahí precisamente va a ser el mismo límite que impone el deber de cautelar los intereses del cliente lo que hará que no convenga tomar ese camino.

Por último, respecto a la distinción de los procedimientos es una cuestión bastante clave. Estoy muy de acuerdo y tiene que ver con lo que partí en cuanto a una visión razonablemente optimista acerca de la función que pueden desempeñar los procedimientos en aras a llegar a buenas decisiones, pero eso es una cuestión contingente. Si uno ve en general el proceso adversarial, uno tiende a decir que tiene que protegerlo porque hay un combate regulado de ideas y debemos permitir comportamientos estratégicos con ciertos límites, y la función será más de espectador. Pero si estamos hablando de un procedimiento respecto del cual se discrepa de su legitimidad entonces se me cae todo. Probablemente tendremos que hacer distinciones. Todas estas reglas resultan derrotadas ante procedimientos que son injustos. Si estamos en un escenario en que hay una desigualdad brutal entre las partes no voy a exigirle a la parte que esta en una posición asimétrica un comportamiento tan cuidadoso como el de no alterar la fecha de presentación del escrito, si el mismo plazo conferido resulta injusta. En el grupo le hemos hecho el quite a este punto pensando que vamos hacia un mundo en que los procedimientos van a ser estandarizados y más justos, pero es un presupuesto que se puede caer en cualquier momento.

JULIÁN LÓPEZ: Una última cosa que me gustaría sugerir es un tratamiento más completo del tema del “alegato de pasillo”. La solución que se propone es la prohibición de “intentar influir en los jueces solicitando audiencias no previstas por las reglas procesales vigentes y en las que la contraparte no tenga la posibilidad de asistir, ni contrarrestar los argumentos que en ellas fuesen esgrimidos” (regla 2ª letra a). A mí esa regla me resulta insuficiente y no la compartiría como solución porque, por ejemplo, un abogado que le pide audiencia a un juez para hacerle ver la urgencia de una medida precautoria estaría incurriendo en una conducta sancionada por esta norma. Hay que encontrar una solución para el problema de los alegatos de pasillo que no impida a los abogados, en las situaciones en que realmente necesitan tener una audiencia con un juez para explicarle una situación de emergencia-, que puedan hacerlo. La regla puede ir desde negar absolutamente esa posibilidad o autorizarla previa información a la contraparte, hasta negarla con excepciones, pero creo que debe existir una solución más integral. No se si el grupo la discutió y adoptó una solución o más bien es una regulación laxa del problema.

RODRIGO COLOMA: Efectivamente lo tratamos y teníamos una regla similar a lo que tú planteabas con una prohibición del alegato de pasillo pero la posibilidad de que esta regla fuese derrotada en situaciones de emergencia. Lo que fue planteado en esa oportunidad fue que existirían mecanismos para efectos de sortear las injusticias que se pudieran generar por la imposibilidad de haber tratado directamente con el juez. Este sería por ejemplo el caso de recurrir al ministro visitador, o interponer un recurso de queja; sin embargo, a lo mejor es insuficiente, lo que hemos sugerido sobre todo cuando estamos hablando de cuestiones tan urgentes. Pero contrariamente a lo que planteas esta regla fue vista como fuerte. Esa era la lectura que le dimos de evitar alegatos de pasillo a todo evento.

ENRIQUE BARROS: Yo les propongo lo siguiente. Que el grupo edite las reglas y las hagan circular para una nueva sesión plenaria en la cual se pueda discutir el tema antes de cerrarlo y presentarlo al Consejo. Damos por terminada la sesión.