

Acta N° 10. Sesión ordinaria 12.03.2009¹

LUIS ORTIZ: Muy buenas tardes. Damos inicio a la décima sesión de la Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas, en la que continuaremos la discusión sobre la propuesta en materia de conflictos de interés e incompatibilidades elaborada por el grupo coordinado por Julián López, a quien dejo la palabra.

JULIÁN LÓPEZ: Muy buenas tardes. Como recordarán, en la sesión anterior hicimos una presentación de todas las reglas y recibimos algunas observaciones –principal, pero no exclusivamente- a la regla que resolvía la incompatibilidad entre el rol de auditor y el ejercicio profesional². Por lo tanto, mi intención no es hacer una nueva presentación sino ver cuáles son los puntos que les interesa discutir a ustedes y sobre los cuales tengan observaciones que podamos recoger en el grupo para mejorar la redacción de las reglas o cubrir materias que no estén reguladas suficientemente.

PABLO FUENZALIDA: Tengo un par de observaciones más bien menores o de técnica con las cuales deseo comenzar. Dentro de las reglas sobre conflictos de intereses se distingue entre conflictos por convicción personal (regla 3.3.8.) y conflicto posicional (regla 3.3.9.), pero en el caso de este segundo conflicto se establece un filtro adicional que me parece también debería contemplarse para el caso de la primera clase de conflicto. La regla dice: “*Conflicto posicional*. El abogado no debe intervenir en un asunto en el que haya de sostener tesis contrarias a las que ha sostenido públicamente en otros asuntos, si tal hecho involucra un riesgo significativo de que ello pudiere perjudicar los intereses del cliente o limitar la efectividad de su asesoría, patrocinio o representación”. La exigencia de que involucre un riesgo significativo me parece que también resulta razonable exigirlo para el caso de un conflicto por convicción personal, y no veo porqué en este último caso se debe ser más estricto que para el caso de un conflicto posicional, que muchas veces son situaciones bastante similares y de hecho esta regla en parte se basa en lo actualmente contemplado en el art. 6 del C.E.P.³.

¹ Transcripción y notas adicionales por Pablo Fuenzalida de la décima 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 Álvaro Anriquez, Antonio Bascañán, Alicia Domínguez, Cristóbal Eyzaguirre, Manuel Garrido, Julián López, Macarena Navarrete, Luis Ortiz (presidente) y Esteban Ovalle. Se excusaron Enrique Alcalde, Enrique Barros, Jorge Bofill, Sebastián Castro, Rodrigo Coloma, Enrique Cury, Mónica Fernández, Gianfranco Gazzana, José Antonio Guzmán, Marcelo Montero, Adrián Schopf, Lucas Sierra, Sergio Urrejola, Enrique Urrutia, Marcela Vega y Rodrigo Zegers.

² 2.4. *Rol de auditor*. El abogado no podrá prestar servicios legales al mismo cliente al cual la empresa en que participa, trabaja o colabora presta servicios de auditoría.

³ 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 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.

La segunda observación dice relación con un tema que resulta transversal a las demás propuestas, y así se planteó en la discusión interna del grupo, que se encuentra tratado en la regla 4.4. inciso segundo que al hablar de dispensa del conflicto define lo que se va entender por consentimiento expreso e informado: “El consentimiento expreso e informado supone un acto escrito mediante el cual el abogado explica los riesgos y desventajas de la representación en situación de conflictos de intereses, debidamente suscrito por el o los clientes cuyos intereses se encuentren afectados, y en el cual el cliente deberá manifestar que dispensa el conflicto conociendo la inhabilidad que afecta al abogado y las reglas sobre conflicto de intereses aplicables, las que deberán transcribirse íntegramente en el mismo documento”. Esta definición, por ser una materia que concierne a los demás grupos, me parece que, si vamos a discutirla, debiésemos hacerlo pensando en una definición transversal y no en una definición acotada a los conflictos de interés. Por ejemplo, en el caso de la propuesta sobre deber de confidencialidad que fue subida al sitio en calidad de consulta pública para su difusión y recepción de comentarios y observaciones a la misma, en su última redacción se tuvo en cuenta la discusión originada en el Consejo General respecto a la expresión consentimiento informado, la cual, al no estar definida, generó diversas interpretaciones que llevaron finalmente a sustituirla por la siguiente regla 3.2: “El consentimiento expreso debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita”.

Por último, una duda de carácter más sustantivo dice relación con los efectos de la dispensa. La regla 4.5. señala lo siguiente: “El consentimiento para actuar pese a la existencia de un conflicto de intereses no conlleva autorización para infringir el deber de lealtad hacia el cliente o violar el deber de secreto profesional”. En el caso del deber de confidencialidad y del secreto profesional hay una consideración mayor por el hecho de que incluso existe una sanción penal. Pero en el caso del deber de lealtad la aprehensión me surge para el caso en que un abogado tuvo un cliente y que con posterioridad de terminada la relación profesional el competidor le solicita al mismo abogado sus servicios profesionales, lo cual es comunicado y aceptado por parte del cliente anterior. El problema se genera en el caso de que, enfrentados en una controversia el ex cliente con el actual, el ex cliente sostenga una posición distinta a la que sostenía cuando este abogado lo representaba, y en cambio, el nuevo cliente del abogado y competidor del ex cliente sostiene la posición que anteriormente sostenía su competidor y ex cliente de su abogado. El problema además tiene un precedente en la jurisprudencia del Consejo, previa a la dictación del C.E.P., en la cual se calificaba de “inaceptable que un abogado ataque a un ex

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.

cliente suyo, enrostrándole imputaciones de las cuales o con ocasión de las cuales, anteriormente lo defendió”⁴. Por tanto, al menos en un caso de conflictos de intereses en representaciones sucesivas no sé si están al mismo nivel el deber de lealtad con el secreto profesional, que actualmente tiene un carácter absoluto por parte del propio C.E.P.

JULIÁN LÓPEZ: En primer lugar, en lo que se refiere a la comparación entre las reglas 3.3.8. y 3.3.9., la verdad es que la regla 3.3.8. no pretende prescindir de la exigencia que haya un riesgo significativo de perjuicio a los intereses del cliente. Por el contrario, lo que sucede es que la regla 3.3.8. asume que ese riesgo significativo ya existe, está implícito, porque se trata de un problema de convicción personal y, en consecuencia, se plantea desde luego la posibilidad de que la representación del cliente no sea todo lo efectiva que debería ser sin esa injerencia indebida. Esto es lo que torna innecesario pedir que se acredite la existencia del riesgo para que opere la regla sobre conflictos de intereses. La regla 3.3.9., en cambio, lo que pretende hacer es incorporar una exigencia adicional a la situación que allí se plantea porque, en principio, en las regulaciones comparadas se acepta que un abogado pueda sostener tesis distintas en casos diversos y que no viola la ética profesional por el solo hecho de sostener en un caso una tesis distinta de la que se sostuvo en un caso anterior. Nos parece que ese criterio es el que debería imperar también entre nosotros: no cualquier cambio de posición es una infracción a la ética. Pero hay ciertos casos en que la defensa de una determinada posición en términos públicos tiene tal grado de identificación con el abogado que ha defendido esa tesis, es decir, ha tenido tal grado de exposición, que puesto frente a la hipótesis de representar el interés adverso o la posición diversa debería reconocerse que hay un riesgo significativo de afectar el interés del cliente.

Quiero ejemplificarlo con una experiencia personal para tratar de aterrizar de qué estoy tratando de hablar. En materia procesal penal hay una discusión sobre la constitucionalidad de una norma que impide recurrir de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada en el segundo juicio oral que se realiza tras la anulación del primero⁵. Cuando un abogado cualquiera ha sostenido en forma pública pero en un medio restringido -supongamos ante algunos colegas o en un ambiente académico- su opinión de que esa norma es inconstitucional, no parece que existiera por ese solo hecho un conflicto de intereses que le impidiera luego, en el plano profesional, interponer un recurso de nulidad en esas condiciones. Pero para una persona que, como yo, ha sostenido esa posición a través de una publicación que ha sido alguna vez citada en el debate público sobre el tema, me parece que yo no podría luego, en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sostener la tesis contraria. Yo debería asumir que no voy a ser el mejor exponente del interés de mi

⁴ En Pardo, Fanny (1969), *Ética y derecho de la abogacía en Chile*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 131, acuerdo tomado en la sesión de fecha 27/04/1944.

⁵ Art. 387 inc. 2° CPP.

cliente en ese caso y que mi identificación con la tesis contraria puede, incluso, jugarle en contra.

MACARENA NAVARRETE: Me preocupa esta regla por un aspecto que también vimos a nivel teórico en nuestro grupo, donde concluimos lo siguiente. Cuando uno se dedica a hacer reglas muy largas y casuísticas da la sensación a la persona que las lee -y creo que también al juzgador-, que aún cuando existe una regla tipo “bolsón” de todo lo que no está contemplado en las otras reglas, la enumeración tiende a ser taxativa. Sucede que uno dice, “los casos en los que no puedo intervenir son esos y en el resto puedo intervenir”. En realidad soy partidaria de dejar este tipo de reglas subsumidas en una regla principal que diga al abogado que no puede prestar un servicio cuando por cualquier razón no puede dar al cliente un buen servicio. Es verdad que esa regla también existe, pero creo que la proliferación de ejemplos como reglas es negativa y no positiva. Yo preferiría, por ejemplo, una opción como la que tomamos en nuestro grupo donde lo dejamos como comentarios, y además porque nuestra imaginación y lo lejos que podamos llegar con ella va a hacer inmensamente inferior que el desarrollo práctico y futuro del ejercicio de la profesión. Creo inevitable que cuando uno hace una enumeración muy larga de casos se entienda que hay otros casos excluidos. Por ejemplo, el caso que hablabas es una situación bien lamentable porque obviamente no es culpa de un abogado haber escrito una publicación explicando su posición frente a un tema. Es más, probablemente lo que todos pensamos es que consideramos bueno que existan ese tipo de publicaciones, y a su vez limitar el ejercicio futuro de la profesión. Pero se podrían dar casos de otro tipo, donde el abogado tuviera enemistad con el juez, o peor, ante un juez sexista que falle contra todas las abogados mujeres. Probablemente yo no tomaría un caso como ese porque al final no es culpa del cliente esa situación ni tengo por qué cargar en su patrimonio y resultado esta cruzada personal en la que yo pudiera estar. Creo que entrar en una enumeración propia de sobrerregulación al final perjudica y me parece mucho mejor, en vez de tener una regulación que apunte hacia lo formal en un sinnúmero de reglas, apuntar hacia lo sustancial haciendo una descripción del fondo más que de casos descritos, formales y puntuales, que al final limitarán la aplicación de la regla.

JULIÁN LÓPEZ: Sobre el tema de la casuística -y algo discutimos en la sesión anterior-, tengo una discrepancia fundamental contigo, Macarena, y la he expuesto antes. Lo que planteas es un argumento a favor de no regular, es decir, de mantener la misma situación que teníamos bajo el C.E.P. donde sencillamente se establecía a modo de principio que un abogado no debía intervenir cuando no tenía libertad moral para dirigir un asunto, pero al final del día nadie sabía qué significaba tener o no libertad moral y quedaba entregado a la decisión del abogado. Lo que se pretende aquí es establecer un conjunto de reglas que puedan ser lo más objetivas posibles para solucionar casos concretos. En nuestro grupo estábamos plenamente conscientes de que no podemos hacerlo teniendo una pretensión de

exhaustividad en el sentido de que las reglas que diseñemos cubran todos los casos y por eso se mantiene una regla general y una aclaración de que la inexistencia de una regla específica no conlleva necesariamente la inexistencia de un conflicto de intereses⁶. Pero el valor que tiene los casos específicos es que, más que ejemplos, lo que tratan de hacer es detectar situaciones que tanto en la regulación comparada como en la práctica profesional se presentan con mucha frecuencia y dar pautas lo más claras posibles acerca de qué es lo que pasa en esos casos concretos.

En lo que se refiere a la regla sobre conflictos posicional, lo que está en juego aquí no es un problema que hayamos regulado pensando en la situación del abogado ni menos en que tenga “culpa” por haber publicado algo, sino que lo hacemos pensando en el cliente. El problema es que cuando el cliente tiene, representando un interés propio, a un abogado que ha defendido públicamente una tesis contraria al interés que él necesita que sea representado, está sufriendo un desmedro en la calidad de la asesoría legal que está recibiendo, y esa es la razón que activa la regla. Pero la regla prevé también la posibilidad que eso no pase, y el abogado pueda eficientemente, en ese caso concreto, sostener una tesis distinta a la que ha defendido antes porque el argumento que no lo convence a él puede convencer al juez. Allí el riesgo no se va a presentar y la regla no se activa, pero si el riesgo existe lo que se está tratando de hacer es proteger al cliente que podría verse afectado por esa situación.

ANTONIO BASCUÑÁN: Tengo observaciones con respecto a las reglas 3.3.8. y 3.3.9., pero antes de hacer esas observaciones me gustaría formular una pregunta a Macarena y a Julián para tener claridad en relación con las consecuencias que podrían derivarse de adoptar una u otra posición en relación con esta pregunta sobre el nivel de detalle. Macarena, las reglas 3.3.2. a 3.3.10. ¿están en distinto nivel de detalle o a juicio tuyo habría que prescindir de todas esas nueve reglas y remitirlas a nivel de comentarios, y entonces la única regla que debería quedar es 3.3.1. como regla 3.3.?

MACARENA NAVARRETE: No estoy capacitada para contestar de inmediato, aunque tengo la sensación de que me hubiera gustado una regla de conflictos de interés quizás con algunos sub apartados de casos específicos, y después llevar el resto a comentarios. En general, preferiría no un sinnúmero de reglas de conflicto sino probablemente una sola -no a nivel de abstracción total porque tampoco se puede tomar solamente una posición u otra-, resolviendo los casos dudosos y dejando más para los comentarios.

⁶ 3.2. *Conflicto de intereses.* Existe un conflicto de intereses toda vez que la asesoría, defensa o representación de un cliente resulta directamente adversa a la de otro cliente o existe un riesgo sustancial de que el cumplimiento del deber de lealtad o la independencia del abogado se vea afectada por su interés personal o sus deberes hacia otro cliente actual o anterior, o hacia terceros. /La inexistencia de una regla específica que resuelva el caso no implica la inexistencia de un conflicto de intereses si en la situación de hecho planteada concurren las circunstancias previstas en el inciso anterior.

ANTONIO BASCUÑÁN: ¿Y en tu caso Julián? Porque lo que se derivaría de la observación de Macarena sería hacer una distinción entre las que van entre 3.3.2. y 3.3.10 o están todas a un mismo nivel de detalle en cuanto a 3.3.1.

JULIÁN LÓPEZ: Yo entiendo en la observación de Macarena que lo que tendría que quedar son sólo las reglas 3.1.⁷ y 3.2., porque todos los demás son casos particulares, que, a su juicio, una vez interpretados o aplicados al caso podrían generar el riesgo de que se entendiera que en los casos que no están regulados no existe un conflicto de interés. Sin embargo, yo entiendo que ese riesgo está solucionado con la redacción actual de 3.2.

ANTONIO BASCUÑÁN: Gracias por la explicación. La primera observación que tengo es a la regla 3.3.8. “No debe” se entiende como “está prohibido” pero por reglas idiomáticas. Gramaticalmente, la expresión correcta debería ser “no puede” o “debe abstenerse de”. “No debe” en términos analíticos es que queda en situación de permiso, o por lo menos en una situación de no-deber, y aquí lo que se persigue es que quede en una situación de prohibición.

En segundo lugar, tengo la impresión que la respuesta de Julián a la observación de Pablo Fuenzalida ha sido convincente. Es decir, que en la regla 3.3.8. es razonable que la regla ética entienda que allí hay un peligro abstracto y que no está dispuesto a transformarlo en peligro concreto, y que la regla 3.3.9. entiende en cambio que es un peligro concreto y tiene que concurrir esa circunstancia para que se verifique el peligro. Mi pregunta es, sin embargo, si el segundo inciso de 3.3.9. (“La inexistencia de una regla específica que resuelva el caso no implica la inexistencia de un conflicto de intereses si en la situación de hecho planteada concurren las circunstancias previstas en el inciso anterior”) no podría ser común a 3.3.8. Es decir, estaríamos ante el caso de un converso.

JULIÁN LÓPEZ: Yo creo que estaríamos ante el caso de alguien a quien no se le aplica la regla 3.3.8., porque no tiene la convicción personal.

ANTONIO BASCUÑÁN: O sea que 3.3.8. se entiende que es actual.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Me complica un poco el carácter imperativo de la regla 3.3.8., tal vez porque no entiendo bien qué es lo que exactamente quiere decir. ¿Qué pasa si yo tengo una convicción política o valorativa conforme a la cual creo que corresponde a la mujer tomar una decisión respecto a si aborta un feto que tiene en su vientre, dentro de un determinado plazo, y si hay un plebiscito sobre el punto, como ciudadano, no como abogado, voto en ese sentido? Pero como también soy abogado, puede suceder que mi

⁷ 3.1. Regla general. El abogado no debe intervenir en un asunto en que pudiera ver menoscabada su independencia por motivos de amistad, parentesco u otros. En suma, no deberá actuar en un asunto si no cuando tenga libertad moral para dirigirlo.

mejor lectura del sistema jurídico chileno me lleve a una conclusión contraria, en cuanto hoy día el derecho chileno no radica en la mujer el derecho a decidir el aborto sino que lo tipifica como delito. En ese caso, el derecho chileno está en conflicto con la manera como creo debiera ser el derecho, pero en tanto abogado o juez actúo no sobre la base de mis criterios valorativos sino que tengo la obligación de interpretar de buena fe el sistema jurídico chileno. Me complica el carácter imperativo de la regla en cuanto impida hacer valer un argumento jurídico de derecho positivo, no de *lege ferenda* o de jurisprudencia normativa, por la circunstancia de creer que el derecho debiera ser distinto, porque me parece que no estamos separando los planos del ser y del deber ser del derecho, y dado que son planos distintos puedo argumentar algo en tanto abogado o juez y argumentar otra cosa en tanto ciudadano que quiere un derecho afín a sus propios criterios. Por esto no estoy convencido del carácter imperativo de la norma y preferiría que al abogado se le autorizara a no tener que defender una tesis, por mucho que crea en una tesis del punto de vista dogmático, cuando está en contra de lo que cree debiera ser el derecho. Resulta complejo que se le obligue por cuanto puede haber un sinnúmero de otras circunstancias en que yo crea que el derecho debiera ser A o debiera ser B y, por tanto, me constriñe esta norma a operar en esa cancha debido al carácter crítico del sistema.

JULIÁN LÓPEZ: Estoy completamente de acuerdo con Álvaro en que el abogado puede tener perfectamente una opinión personal acerca de lo que la ley debería decir y sin embargo actúa profesionalmente cuando invoca lo que la ley dice. Creo que eso está fuera de discusión. Me parece que lo que pretenden hacer las dos reglas es establecer una diferencia entre lo que vamos a denominar “convicción” y lo que podemos denominar “posición” u “opinión”. El término “convicción” está usado aquí en el sentido de aquellas ideas que están tan esencialmente asociadas o son tan intensamente defendidas por el individuo que ponerlo en situación de representar un interés diverso generaría el riesgo de que no haya una representación efectiva de ese interés diverso. Para seguir el ejemplo del caso del aborto, me imagino que alguien que tiene la convicción personal de que el aborto debería estar autorizado legalmente, en el rol de querellante contra una persona que ha abortado en forma terapéutica, generaría allí un riesgo de que ese cliente no tenga una representación efectiva de su interés o que lo tenga incorrectamente. Me he encontrado con abogados que consideran una inmoralidad que se invoque la exclusión probatoria, y consideran que en la situación de defender a alguien no invocarían la exclusión de prueba por hallarla una tinterillada. Si estamos con ese nivel de convicción personal, que tal vez está en el límite entre lo que es profesional y lo que no lo es, lo menos que puede hacer ese abogado es entender que no puede tomar ese caso porque no va a ofrecer una representación efectiva del cliente cuyo interés requiere defender una posición que es distinta a esa convicción personal. No sé si existe un término más adecuado para expresar esta idea que el término “convicción personal”. Yo pensaba que la expresaba

adecuadamente y, si no lo hace, tendremos que revisarlo en esa línea, pero la lectura que hacía Álvaro no es la pretendida por la norma.

ANTONIO BASCUÑÁN: Antes de entrar a la discusión reciente, una última pregunta relacionada con la que formulé antes. ¿Esto significa que una convicción personal manifestada públicamente pasada no queda excluida de la regulación sino que queda en 3.3.9.? ¿O sea, los requisitos son más que la distinción temática posición vs convicción personal?

JULIÁN LÓPEZ: La convicción personal no exige una manifestación pública y exige que sea actual. En cambio, si es una convicción pasada que se ha sostenido públicamente, queda cubierta por la regla 3.3.9.

ANTONIO BASCUÑÁN: Que puede ser sobre cualquiera de los temas de 3.3.8. también. No es que temáticamente las convicciones políticas y religiosas y demás convicciones personales estén sólo reguladas por 3.3.8.

Una observación sobre 3.3.9. distinta a la discusión. Yo no sé si “posicional” sea un adjetivo admitido por las reglas de la lengua castellana. Entendemos lo que es, pero me suena a neologismo y no sé si esté admitido. Podría hablarse de “conflicto en razón de posición” o “por posición”. Y sería conveniente utilizar el mismo término en el inciso segundo, en vez de “doctrina”; hablar de “ha cambiado de posición”, porque se pueden generar problemas interpretativos si son palabras distintas.

JULIÁN LÓPEZ: La verdad es que aquí yo incurrí personalmente en varios neologismos que tienen que ver con algunas traducciones demasiado literales de la regulación comparada. Pero la segunda regla es un homenaje a la redacción actual del C.E.P. En general, donde había reglas de éste que podíamos rescatar lo hacíamos en los términos en que estaban, un poco porque la idea original era complementarlo, pero en la medida en que ha ido evolucionando obviamente se justificaría cambiar el término y poner algo más adecuado a la redacción actual.

ANTONIO BASCUÑÁN: En relación con la discusión que levantó Álvaro, tengo la impresión de que detrás está la preocupación de que 3.3.8. sea usada como una objeción de conciencia improcedente. Uno debería pensar que 3.3.8. de algún modo es una regla que protege al cliente, y no al abogado en términos de autorización para desentenderse de un desempeño profesional que por alguna razón institucional le resulta obligatorio, que fue el caso que precisamente pensaba Álvaro, que es el de un defensor público. Entonces habría que dar una vuelta a la pregunta de hasta dónde poder evitar el uso de una regla favorable al cliente como una regla favorable al propio abogado, porque hay una relación entre las dos reglas.

JULIÁN LÓPEZ: Sobre eso mismo, y para cerrarlo, comparto el mismo temor. De hecho un buen ejemplo de este tipo de problemas es el que se produjo algunos años atrás con este abogado de Valdivia que se negó a ser abogado de turno de una persona acusada de narcotráfico y que recibió -a mi modo de ver, incomprensiblemente- el apoyo del Colegio. De manera que comparto la preocupación. El tema es si ustedes tienen alguna idea acerca de cómo lograr trazar esa diferencia porque uno podría a nivel de comentario tratar de afinar un poco, pero a nivel de regla me resulta muy difícil imaginar una forma de redacción que pueda trazar esa línea divisoria.

ÁLVARO ANRIQUEZ: ¿Y por qué no calificarlo como lo hacen en 3.3.9.? Porque si esa regla está pensada en favor del cliente, lo lógico es que esta regla se gatillara cuando las convicciones personales en conflicto perjudiquen al cliente y no cuando no lo hacen.

JULIÁN LÓPEZ: Creo que así quedaríamos en el mismo punto de partida porque la regla podría también ser invocada para justificar una objeción de conciencia improcedente con ese pretexto.

MANUEL GARRIDO: Tengo una duda con respecto a esta norma porque me parece conflictiva su redacción. No capto de qué manera las convicciones políticas, religiosas o personales pueden afectar el debido ejercicio de un abogado a un cliente en la medida, primero, que dichas convicciones no sean públicas, entendiéndolo que la norma lo que pretende es favorecer o proteger al cliente o evitar que el cliente sufra perjuicio, pues al usar el verbo 'sostener' significa ejercer la labor de abogado sosteniendo la tesis contraria a las convicciones propias del abogado, en consecuencia debe entenderse que el abogado hace el trabajo en función de la tesis favorable al cliente postergando o sacrificando sus convicciones personales. Para el caso de que tienes una convicción privada personal muy fuerte y sostienes la tesis contraria, no observo de qué manera eso podría detonar un efecto contrario a los intereses del cliente. Como menciona Álvaro, si él que por el hecho de funcionar en el plano del tráfico de servicios jurídicos se ve en la necesidad de sostener la o las tesis contrarias a sus convicciones, e incluso nadie sabe de las referidas convicciones, no observo de qué manera esa convicción personal podría afectar el desarrollo del trabajo profesional, pues si el abogado *sostuvo* la tesis contraria en términos adecuados o satisfactorios. Hay un problema de conflicto entre la publicidad y el sostener, porque si yo sostengo la tesis contraria a mis convicciones y mis convicciones son privadas, no veo de qué manera puede afectar o poner en riesgo los intereses del cliente, es una especie de desdoble, un plano personal en el que se mantienen las convicciones íntimas y un plano profesional en el que se sostiene la tesis que mejor favorece los intereses del cliente. En la práctica no veo cuál es el peligro abstracto para el cliente, salvo cuando tú tomas una representación y en la práctica haces una defensa muy débil o precaria porque tienes una convicción personal pero esa sería la única forma, tiene que ser un fraude a tu propio cliente que limite el alcance de los medios de ejecución del encargo o la eficacia, pero si yo

denuncio mi convicción personal a mi cliente, le digo que su situación está amparada por el derecho y seguimos adelante, no veo cual es el riesgo. Pero el riesgo no está dado por tus convicciones sino por cómo ejecutas de manera precaria el encargo.

JULIÁN LÓPEZ: Precisamente lo que trata de impedir la regla es que exista el riesgo de ese fraude, es decir, que en la representación leal de los intereses del cliente el abogado esté interferido por una convicción que le impida desplegar en toda su magnitud la representación de ese interés. Y el segundo aspecto tiene que ver con la eficacia de la representación, es decir, en qué medida la representación de un interés por alguien que lo rechaza íntimamente puede cumplir eficientemente con la función del abogado. Hay una mirada que es desde la confianza en el adecuado ejercicio profesional y una mirada que es externa, que tiene que ver con la eficacia de alguien que tiene una posición diversa sostenga públicamente otra en ejercicios de persuasión donde siempre es importante quién es el que detenta la idea que se expone.

ESTEBAN OVALLE: No sé si lo discutieron en la sesión pasada, pero creo que lo que está expuesto en el 3.3.8. es una manifestación natural de la regla general establecida en el 3.3.1.⁸, de la que entiendo que lo que se ha pretendido es prohibir al abogado colocarse en situaciones abstractas de riesgo y particularmente prohibir al abogado colocarse en todos los casos en que su juicio profesional “pueda verse” afectado, y no sólo en aquellos casos en que “se vea” afectado. Si eso ya se ha discutido, no tengo mucho que decir. De lo contrario, me parece que dichas disposiciones podrían ameritar cierto debate, porque prohibir al abogado que ejerza la profesión en todos los casos en que su juicio profesional podría verse afectado por causas abstractas, no solo jurídicas sino políticas o religiosas, configura una prohibición que en su extremo podría constituir una prohibición casi absoluta. Me parece, entonces, consecuente la manifestación del 3.3.8. porque está en directa relación con la regla general del 3.3.1. Sin embargo, creo que deberíamos analizar si la prohibición de que se trata debiera radicarse en el plano abstracto (como lo proponen las normas indicadas) o bien llevarlas a un plano más concreto, esto es, limitar la restricción ética en análisis en el sentido de prohibir únicamente a los abogados colocarse en situaciones concretas de riesgo en que su juicio profesional “se vea” efectivamente afectado, sin ampliar la limitación a todos aquellos casos en que hipotéticamente podría serlo. De lo contrario, el abogado podría faltar a su deber ético al aceptar un encargo que contraría alguna idea o convicción previa, a pesar que en dicho caso su diligencia y el interés del cliente no se vea afectado. El deber ético del abogado debiera consistir no en si el encargo profesional va en contra de alguna idea previa del abogado, sino que, además, si

⁸ 3.3.1. *Regla general.* El abogado no debe intervenir en un asunto cuando su juicio profesional pueda verse afectado por sus propios intereses, por motivos de amistad, parentesco, ideológicos, culturales u otros análogos.

dicha contradicción afecta el interés del cliente. Por estas razones, me parece correcto el sentido del numeral 3.3.9 y no así los del 3.3.1 y 3.3.8.

MACARENA NAVARRETE: Contestando lo que preguntaba antes Antonio, podría sacarse la regla 3.3.8. junto con las reglas 3.3.3., 3.3.4. y 3.3.6. Creo que la regla 3.3.8. se basa sobre una idea que no necesariamente es real. Se basa sobre la idea de que un abogado no va a ser capaz de defender o ejercer profesionalmente con igual celo y efectividad cuando es contrario a sus convicciones personales, y creo que al menos en algunos casos es falso. Me preocupa una regla general o taxativa en esos casos. Pienso, y siguiendo el ejemplo de Álvaro y Manuel, que si finalmente se incorpora esta regla, por lo menos deberíamos agregar si tal hecho involucra un riesgo significativo de que ello pudiere perjudicar los intereses del cliente o limitar la efectividad de su asesoría, patrocinio o representación, como en la regla 3.3.9. Porque la regla 3.3.8. no distingue y tampoco señala cuál es el nivel de convicción. Es decir, frente a cada cliente ¿uno se a va tener que preguntar si tiene una convicción sobre este punto y cuál es el nivel de convicción? En mi caso, si tuviera que defender a un violador de derechos humanos es probable que se me hiciera cuesta arriba, pero si tuviera que defender un violador de una norma de la ley de mercado de valores no sé si me complicaría tanto en realidad, incluso si creyera que esa norma tiene algún sentido. Quizás en el área de la consultoría considero algunos límites en lo que hay que hacer, pero quizás hay algo que yo no haría para mí misma pero que sí haría para un cliente y me parece muy delicado prohibirlo porque la forma en que nuestra sociedad se organiza es de un modo tal que a los ciudadanos no se les permite hacer muchas cosas por su propia cuenta y tienen que recurrir a los abogados. Entonces, más encima ponerles este requisito que tienen que ser representados por otro, junto con disminuir la cantidad de esos otros efectivos e inteligentes que lo pueden asesorar y que sean cada vez menos los disponibles, es un problema respecto a los recursos que tiene esa persona para allegarse de la asesoría que va a tener e incluso el precio que va a pagar.

JULIÁN LÓPEZ: La 3.3.8. tiene que ver con una palabra que está pasada de moda y que es la idea de “principios”. Yo entiendo que cuando uno representa un interés que está en contra de sus principios uno debe estar inhabilitado para representar ese interés. Y creo que una regla de conflicto de intereses que establezca eso protege a los clientes, por una parte, y también permite un ejercicio más adecuado de la profesión de abogado, por otra, particularmente de los abogados que, por ejemplo, están en relaciones de dependencia. Por ejemplo, yo creo firmemente en la legitimidad de las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo. Si yo estoy en una oficina donde me pretenden imponer la necesidad de discutir el derecho a tuición de mi contraparte porque el cuidado personal de niños por parejas del mismo sexo es perjudicial e ilegítimo, yo tendría un problema de principios, y creo que no puedo tomar ese caso. No lo puedo tomar porque si lo tomo no voy a ser capaz, por una parte, de darle una protección adecuada al interés del cliente -que tal vez

institucionalmente puede hacer mucho sentido y encontrar mucho eco, judicialmente- y por otra porque no voy a estar en una situación de libertad moral para decidir qué caso puedo llevar. Yo creo que puedo representarle a mi empleador, en ese caso, que tengo un conflicto de interés. Eso es lo que trata de hacer esta norma. Tal vez en escenarios institucionales como los que se ha hablado antes también tenga sentido una norma de este tipo porque estamos hablando a nivel de principios.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Me parece que hay un problema de fondo porque cuando actúo como abogado estoy haciendo un juicio descriptivo, no estoy preguntando que pienso yo o es bueno para mí. Estoy dando una respuesta a algo que es en alguna medida ajeno a mí, como es el derecho, a una determinada situación y no veo por qué el hecho de que mi convicción personal sea distinta a la respuesta que el sistema jurídico da a esa pregunta me inhiba *prima facie* para poder defender esa tesis. Entiendo que si esa convicción es tan íntima que simplemente no pueda argumentar lo contrario me debería inhibir en defensa del cliente porque lo haría mal. Pero, entonces, debería calificarse como en 3.3.9. Siento que el abogado describe algo que le es ajeno y por tanto perfectamente mi capacidad descriptiva de un paisaje no tiene por qué verse vulnerada porque yo encuentre bonito o feo el paisaje, estoy limitándome a describir las montañas, los ríos, el mar, y puedo ser muy eficiente al hacerla, sin perjuicio de que estéticamente la encuentre fea.

Ahora bien, en la argumentación que entregó Julián me pareció entender que nos alejamos de una finalidad exclusiva de la regla en cuanto haber estado concebida para proteger al cliente, y también estaría pensada en el abogado que considera aberrante defender una tesis que le resulta muy contraria a sus convicciones íntimas, lo que a mi personalmente no me incomoda siendo legítima la objeción de conciencia aunque habría que calificarla.

JULIÁN LÓPEZ: La idea de que nosotros estableciéramos una regla sólo cuando perjudique al cliente es una regla exactamente opuesta a la idea que se esconde bajo la regulación de los conflictos de interés. La regulación de los conflictos de interés lo que pretende es evitar que se produzca una situación en la que existe el riesgo de que se perjudique al cliente, y como ese riesgo existe en el caso concreto, la regla lo inhabilita para actuar, y le dice al abogado que no puede meterse porque si lo hace hay un riesgo. En el caso de la convicción personal el riesgo es evidente. Si yo soy llamado en este caso para sostener que mi contraparte no puede tener la tuición de sus hijos porque tiene una relación con una persona del mismo sexo, mi tentación como abogado va a ser tratar de convencer a mi cliente de que hay mejores argumentos que ese, y puedo estar renunciando a hacer valer un argumento muy efectivo en defensa del interés de mi cliente, en el contexto en que se desarrolla el litigio, sencillamente porque me siento incómodo con la regla. Esa incomodidad con el argumento o la tesis que sería muy efectiva, es precisamente lo que explica que no pueda participar en ese caso. Ahora, frente a una regla sobre conflicto de intereses siempre se puede argumentar que no es necesario que exista porque uno no va a

actuar en perjuicio del cliente. Todas las objeciones a las reglas sobre conflictos suelen fundarse en que son conflictos aparentes afirmándose, por ejemplo, que aun cuando yo tenga al frente a mi cónyuge voy a actuar con absoluta imparcialidad. Sin embargo, la idea de conflicto de interés no admite esa justificación: se trata de inhabilitarlo porque es su cónyuge, independientemente de lo imparcial que él pudiera ser puesto en el caso. Hay un problema no sólo de honestidad subjetiva sino también objetiva.

ESTEBAN OVALLE: Entiendo el sentido de las reglas destinadas a evitar que los conflictos de interés se provoquen, pero también creo que es inevitable que dichos conflictos existan. Si el propósito de estas normas fuese garantizar que nunca se produzcan los conflictos de interés equivaldría a rigidizar la movilidad social y en este caso el desarrollo de la profesión de abogado. Considero que, junto con evitar que los conflictos de interés surjan, la mejor manera de enfrentarlos es mediante el establecimiento de reglas para resolverlos de buena manera. En este sentido, los conflictos de interés pueden regularse mediante tres tipos de normas: las que pretenden evitar que se produzcan, las que persiguen resolverlos de buena manera (una vez producidos) y las que persiguen sancionar una mala resolución de un conflicto. Creo que la manera de convivir con estos conflictos es con una mezcla de estos tres tipos de normas, con énfasis en las segundas. Lo común en la vida es que los conflictos de interés existan y las normas entonces tienen que perseguir resolverlos bien pero no necesariamente evitar que existan. Mi percepción acerca de estas normas en cuestión es que tienden un poco a lo primero y que pueden ser excesivas, en términos tales que si se llega a su aplicación estricta podría afectarse el ejercicio de la profesión de una manera muy sustantiva. En ese sentido estoy completamente de acuerdo con lo que dice Álvaro. Muchas veces los abogados defendemos causas aplicando correctamente el derecho y sin perjuicio del interés del cliente, a pesar de que el cumplimiento del encargo contraría alguna convicción íntima, manifestada o no, en especial cuando no lo ha sido. Creo que lo importante es si el conflicto perjudica o no los intereses del cliente, más que si contraría alguna postura del abogado.

JULIÁN LÓPEZ: Necesito aclarar un punto que es muy importante. Ninguna de las reglas sobre conflictos de interés está destinada a “evitar que surja” un conflicto de interés. Todo lo contrario. Las reglas sobre conflictos de intereses buscan *detectar situaciones* donde existe un conflicto de interés y evitar que se actúe pese a la existencia del conflicto. Son reglas de descalificación frente a una situación de hecho donde el conflicto de interés ya existe. Es evidente que el conflicto de interés va a existir siempre y no es una materia normativa evitar que surjan conflictos de interés. Todas las reglas sobre conflictos de interés producen el efecto de restringir el ejercicio profesional, y en consecuencia no hay otra manera de resolver el conflicto que no sea inhabilitar al abogado o exigir el consentimiento para que pueda actuar. Pero la idea de perjuicio al interés del cliente, responde a una violación no de una regla sobre conflictos de interés sino de una regla

sustantiva. Si yo estoy en situación de representar a dos clientes y por defender el interés de uno perjudico al otro lo que yo violo es un deber de lealtad. Y si le cuento el secreto de uno a otro, estoy violando el secreto profesional. Las reglas sobre conflictos de interés operan justo antes de que esto suceda. Cuando el abogado todavía no ha violado ninguna norma de carácter sustantivo. Por eso es una regla preventiva y si no aceptamos eso como un criterio general podemos discutir por años esta regulación y no vamos a avanzar, porque este tipo de reglas no tiene otra justificación.

ALICIA DOMÍNGUEZ: Solamente para corroborar lo de Julián, algo concerniente a la dispensa: no nos ahoguemos en un vaso de agua porque exista el conflicto; luego está la posibilidad de pedir la autorización expresa del cliente. Lo que se exige al abogado es que sea lo suficientemente leal para decirle al cliente en la situación en que se encuentra. Si no obstante ello al cliente le da lo mismo cómo piense el abogado, porque deposita su confianza en él, adelante, está dispensado. No es un tema grave que impida que el abogado actúe.

ESTEBAN OVALLE: Probablemente la solución, más que prohibir, es imponerle al abogado el deber de informar al cliente que puede haber diversos elementos dentro de sus convicciones y actuaciones pasadas que eventualmente podrían perjudicarlo.

MANUEL GARRIDO: Yo insisto en que el verbo *sostener* es un obstáculo desde el punto de vista de la redacción. En la práctica lo que se quiere es que el abogado no intervenga en asuntos en los cuales sus convicciones pudieran menoscabar su representación legal o su servicio profesional. En consecuencia si *sostiene* la tesis contraria a sus convicciones no existe riesgo que justifique protección y menos una anticipación de la protección en función de un peligro abstracto.

En segundo lugar, creo que es una regla a la que hay que dar un segundo análisis porque desde la perspectiva del riesgo abstracto o de adelantar la protección, también se puede resultar en la práctica en un fenómeno anómalo a propósito de un control ético a posteriori. Por ejemplo, una persona me solicita que la represente y lo hago adecuadamente, cumplo con todas las formalidades, uso todo el énfasis que habitualmente uso en todos los asuntos, y tiempo después, descubre que tengo convicciones personales distintas a las tesis sostenidas, en cuyo caso interpone un reclamo profesional porque no le comuniqué mis convicciones personales, mismas que nunca he hecho públicas, pero de una u otra forma las termina conociendo, de todo lo anterior resulta que habría incurrido en una falta ética a pesar de que desarrollé mi labor profesional con la mayor honestidad, sin fraude, pues sostuve incluso las tesis contrarias a mis convicciones personales y me pone en una posición de cuestionamiento ético imposible de subsanar, pues efectivamente tengo convicciones personales que están en conflicto con las tesis sostenidas, pero como es una norma que trata un riesgo representado en un peligro abstracto debería ser sancionado, lo

cual me parece inaceptable. Yo creo que los abogados somos sumamente buenos actores a propósito de sostener tesis distintas. Hay un riesgo a propósito de la reclamación indiscriminada y debe eliminarse el verbo sostener me parece esencial, pues es una contradicción considerar peligroso que quien **sostiene** una tesis contraria a sus convicciones pueda poner en una situación de peligro que justifique protección. El peligro reside en la hipótesis de quien frente a un encargo profesional tiene reservas y no está dispuesto a sacrificar su interés personal (representado por sus convicciones) y por ello no consideraría sostener o utilizar una o más tesis que puedan servir de fundamento para el caso de su cliente, por ser contrarias a sus convicciones. En síntesis debería estar redactado en términos tales que quienes no estén dispuestos a sostener tesis contrarias a sus convicciones personales, debe haber un descubrimiento hacia el cliente, que permita la excusa o disculpa del cliente debidamente informado hacia el abogado en función de la acertada valoración de los riesgos en el resultado del encargo.

LUIS ORTIZ: Oyendo las observaciones que se han hecho me parece que esta norma subjetiviza en alto grado la solución concreta de un conflicto de interés, porque en el fondo aquí hay un conflicto de interés del abogado consigo mismo. Es éste quien se enfrenta a un asunto que se le confía y que dice relación con materias que exigen la defensa de ciertas ideas, políticas, religiosas, morales o de otra índole y que personalmente no comparte. La idea que está en la norma es que uno no debería aceptar esa defensa porque habría una contradicción entre lo que debe decir y sus propias convicciones. Pareciera sin embargo, que estamos de acuerdo en que la norma no está dirigida a defender esta coherencia moral o intelectual del propio abogado sino, más bien, al peligro que indirectamente puede surgir en este caso de una deficiencia en la calidad de la defensa. Esta idea parte del presupuesto de que quien no cree en lo que está defendiendo puede hacerlo peor que otro abogado que cree en la veracidad de la tesis que sustenta. Esto es discutible sin embargo, porque las personas que mejor pueden defender una tesis son aquéllas que más han estudiado el tema y conocen uno a uno los argumentos que se han debatido, lo que permite plantear los puntos de vista que defiende –al margen de su convicción, con un gran poder de persuasión.

Estoy de acuerdo en principio con la norma pero me resulta complicada su aplicación práctica. Así como en el conflicto posicional, si el abogado ha cambiado seriamente de posición filosófica o jurídica respecto de un determinado problema, y explica porqué lo ha hecho, su comportamiento queda liberado o dispensado, el abogado que cree, cuando le entregan un asunto en el cual debe defender una tesis contraria a sus ideas que lo puede hacer mejor que otros y a buen nivel, tampoco debería ser sancionado. La aplicación de la norma resulta difícil ya que, en último término, en su aplicación práctica bastaría para tener que excluir la sanción que el abogado sostuviere lo anterior. Pareciera una disposición que a nivel de aplicabilidad deontológica tal vez sea poco eficiente.

MACARENA NAVARRETE: Creo que habría que decir “convicciones más profundas”, porque ¿qué es una convicción? ¿Es lo mismo que una creencia, un pensamiento, una inclinación? Yo creo que en las áreas que nos desarrollamos todos nosotros existen innumerables discusiones y puntos de cómo debe interpretarse la ley, y sobre casi todos ellos normalmente cuando uno ejerce la profesión piensa que hay uno más correcto que otro. ¿Significa acaso que voy a tener un listado de todos mis pensamientos respecto de cada una de las discusiones y no voy a poder defender los otros? No estoy tratando de atacar la norma por el solo hecho de que no debiera existir, sino porque si la dejamos sería bueno aclararla, de lo contrario se tornará inoperativa. Con esta regla tal cual está propuesta habrían dos alternativas: o violarla o callar para siempre pero nunca decir lo que uno piensa.

ANTONIO BASCUÑÁN: Lo primero es que la respuesta que dio antes Julián en relación con la naturaleza de las reglas sobre conflictos de intereses me releva de la cuestión de insistir precisamente en que esta regla sólo tiene sentido como adelantamiento de la protección y que la analogía de los conflictos de intereses de la vida a la situación de los conflictos de intereses del abogado no prospera, porque en este caso el abogado es un representante fiduciario, y los conflictos de intereses en la vida se dan entre personas que no tienen recíprocamente deberes fiduciarios. Aquí lo que tenemos es una situación previa a un conflicto de interés respecto de una persona que tiene representación fiduciaria respecto a los intereses que van a entrar en conflicto.

Me parece convincente la defensa que ha realizado Julián respecto a diferenciar 3.3.8. de 3.3.9. y quizás la razón de la discusión esté en la dificultad de caracterizar el tipo de convicción de que se trata, como señalaba Macarena. Quizás el término “personalísima” o “íntima” pueda servir mejor para restringir esa clase de convicciones. Pero que el argumento de Julián se refiere a que por más que el abogado sepa hacer la distinción entre describir y evaluar y por más que el abogado confíe en sus destrezas retóricas o estratégicas, cuando hay una convicción personalísima involucrada que se va a ver afectada por el desempeño de su mandato, porque él va a tener que identificarse, porque eso es sostener una tesis y por eso creo es una palabra bien empleada, la idea es que en el desempeño del mandato el abogado tenga que identificarse como defensor de una tesis, y si identificarse como defensor de una tesis le implica una contradicción en un nivel profundo de su identidad personal está poniendo en juego variables que difícilmente puede controlar. El abogado tiene que tener suficiente entereza como para darse cuenta que hasta el inconsciente lo puede inhibir y en ese caso creo que la observación es precisa: el abogado que está en esa situación tiene un deber de *disclosure*, tiene que hacer la advertencia al cliente, esperar dispensa y eso lo redime.

En lo que respecta al deber de pedir dispensa, son todos asuntos que en violación de secreto y en conflictos de intereses repercuten en el grupo de deberes fiduciarios. Este grupo es el

encargado de hacer la regla de todos los deberes de información que tiene que hacer el abogado con su cliente cuando se encuentra en situaciones de esta naturaleza.

JULIÁN LÓPEZ: Me parece que las posiciones están claras. No sé si hay alguna duda acerca de fondo de la regulación. Tiendo a pensar que ninguno de nosotros avalaría una regla que dijera: “El abogado puede intervenir en asuntos donde deba sostener tesis contrarias a sus convicciones políticas o religiosas”. Yo entiendo que ésa no es la idea que está detrás de la discusión que hemos tenido sino la idea de cómo evitar que esta norma se preste a una interpretación que pueda poner en tela de juicio conductas legítimas del abogado en la profesión, por ejemplo, la de defender convicciones jurídicas que no son convicciones personalísimas. Yo puedo tener un concepto de alevosía y defender otro en un caso penal porque es la tesis más favorable a mi representado y eso no está cubierto por 3.3.8. Tal vez la idea de personalísima nos podría ayudar. Y la segunda necesidad es la de evitar que la regla pueda justificar una objeción de conciencia improcedente. Son dos elementos que creo podrían ser llevados a comentarios para explicitar la regla. No sé si a ustedes les parece si por esa vía podríamos solucionar las discusiones generadas por estas dos reglas.

ESTEBAN OVALLE: Creo que el problema no se soluciona a nivel de comentarios, pues se trata de un problema filosófico, consistente en si estas disposiciones estarán en un nivel abstracto o bien en un nivel concreto. Veo que actualmente este tipo de prohibiciones están en un nivel abstracto. Sin embargo, sería partidario de algo más concreto, en el sentido de imponer al abogado el deber de abstenerse sólo en aquellos casos en que un juicio previo del abogado cause perjuicio al cliente.

ANTONIO BASCUÑÁN: Un alcance a Esteban: la aclaración de que hay una tercera alternativa entre abstenerse y violar la regla, que es poner la convicción personalísima en conocimiento del cliente y esperar a que el cliente a la luz de la información que tiene formule la dispensa.

ESTEBAN OVALLE: Entonces eso significa que más que prohibir la participación de los abogados en estos casos, se le impone el deber de exponer la situación al cliente y que éste resuelva si quiere seguir con el abogado o no, que es una cuestión a mi juicio distinta. Si es así, yo no tengo problema.

JULIÁN LÓPEZ: Todas las reglas sobre conflictos de intereses, exceptuadas aquellas que se consideran conflictos no dispensables, suponen eso. Una manera de entender las reglas de conflictos de intereses es entender que son reglas que exigen obtener el consentimiento del cliente antes de poder actuar. El tema del perjuicio no es algo que podamos incorporar porque rompe absolutamente con la lógica de la regulación de los conflictos de intereses. Si se exige perjuicio, se abandona el campo de las reglas sobre conflictos de intereses para ingresar en el campo de reglas de ética profesional de carácter sustantivo.

ESTEBAN OVALLE: A mi juicio una manera de resolver los conflictos de interés, no necesariamente significa perjudicar a algunas de las partes o intereses involucrados, sino que exige una solución que precisamente no perjudique a ninguno de los intereses comprometidos, pero creo que ello es otro tipo de discusión. Mi posición es concretizar estas reglas en el sentido que ya mencioné.

MANUEL GARRIDO: Quiero hacer una observación con respecto al tema de la dispensa, en términos técnicos aparece como una solución muy eficiente, a propósito de las convicciones personales, sin embargo creo que es sólo aparente, pues desde la perspectiva de la libertad individual estimo que tiene una objeción, y es que un profesional no está obligado a hacer públicas sus convicciones personalísimas. Por ello, no comparto el criterio propuesto. Creo que es legítimo tanto vivir haciendo públicas todas sus cosas personales como también mantener la privacidad de las mismas, como una manifestación de la libertad individual si se desea, por ello creo firmemente que la gente tiene derecho a la privacidad y entre ellos los abogados también, y a la privacidad de sus convicciones personalísimas. Creo que si no son públicas es porque no las ha querido hacer públicas y una norma de esta naturaleza no puede obligar a un descubrimiento forzado. Una norma de esta entidad obliga a no prestar un servicio profesional solicitado y aceptado y que puedo prestar adecuada y honestamente, pese a las convicciones religiosas, políticas u otras, las que no empecen ni el empeño ni el desempeño profesional, por un supuesto peligro, ello a pesar de no haberlas hecho públicas. Y a propósito de eso, creo que no merece adelantamiento de la protección porque no existe riesgo de fraude en absoluto. O sea, porque no le quiero contar mis convicciones personalísimas y que no necesariamente afectan y no quiero hacer mención a las tesis de los actos fallidos de Freud a las cuales Antonio hacía referencia, y esto sucede todos los días. Todos los abogados representan intereses ajenos de manera sumamente eficaz, el problema es que aquí hay una confusión entre el plano de lo privado y lo público. Insisto, a una persona se le puede perjudicar o puede haber un riesgo abstracto de perjudicarla en la medida en que esa convicción personal se haga pública e importe un conflicto ante la opinión. Por otra parte, una norma de esta naturaleza, tiene un eventual alcance discriminatorio en razón de las convicciones religiosas, políticas o personales del abogado.

JULIÁN LÓPEZ: Es difícil entendernos porque evidentemente van a haber algunos que tengan más convicciones personalísimas que otros y entiendan en forma distinta qué es una convicción personalísima. Yo entiendo por tal aquella en la que uno no se sentiría cómodo de representar un interés contrario. Creo que si puedes operar de la manera que planteas y decir que puedes hacer una labor eficiente sin perjuicio de tal convicción, es porque no estás ante una convicción personalísima. Al menos ese es un criterio que me permite identificar cuándo lo es, en mi caso. Entonces, que se pueda llevar la labor del abogado al extremo que diga que no hay ninguna convicción que tenga ese grado de identificación con

la identidad de la persona y por lo tanto la regla no se justifica, puede que tenga que ver con un diferente concepto de cuál es el nivel o grado de identificación que ciertas ideas adquieren para la identidad personal de cada uno.

ESTEBAN OVALLE: Una pequeña cosa respecto del deber de informar. Entiendo que el capítulo de deberes fiduciarios debe incluir el deber general de informar al cliente cada vez que exista algo que sea relevante de ser informado, pero ello es sin perjuicio que a propósito de estas materias, donde se regulan los conflictos de interés, también se incluya tal deber, si esa va a ser la decisión de consensuar esta materia, como tercera alternativa.

JULIÁN LÓPEZ: La técnica que ocupamos fue otra, estableciendo lo que señalas al final, en la regla 4.4.⁹

ÁLVARO ANRIQUEZ: La explicación sobre qué entendías por ‘convicción’ podría hacerse a nivel de comentarios y así resolver este tema, por cuanto se trata de algo tan íntimo que impide contar con objetividad en la representación de un cliente, con lo cual hace todo sentido la regla. Pero es un hecho que en esta comisión ha surgido discrepancia respecto a cómo entender esas palabras, por lo tanto un comentario en esa línea cerraría el círculo.

ANTONIO BASCUÑÁN: No sé si el criterio que planteó Julián sea operativo, porque planteando un criterio de esa naturaleza nunca se va a dar el caso que ha ocupado como caso problemático a la comisión toda la tarde, que es el caso del abogado que está dispuesto a llevar el caso pese a tener una discrepancia entre la tesis que tiene que sostener y su convicción personal. Un criterio de esa naturaleza elimina el caso que nos ha tenido ocupados como problemático y la regla se transforma en una objeción de conciencia. O sea, solamente cuando tenga un deber institucional o laboral de tomar un caso y no quiera tomarlo va a ser operativa la regla, pero en los casos en que quiera tomarlo la regla no va a ser operativa. Lo que nos ocupa es que el abogado quiera tomar el caso y la ética le dice, un momento, a pesar de que quiera usted tomarlo por las razones que sean no puede hacerlo, porque está poniendo en juego el interés de la defensa empeñosa de su representado.

JULIÁN LÓPEZ: Probablemente me expresé en forma incorrecta. Estoy completamente de acuerdo en que no puede haber una regla que dependa del reconocimiento personal de la situación porque dejaría de ser una regla de conducta. Lo que estamos tratando de hacer es establecer reglas de conducta que puedan ser controladas externamente. Al plantear que no hay convicción personalísima si el abogado puede actuar eficientemente pese a ella no estaba tratando de proponer un criterio de reconocimiento válido para la operatividad de la

⁹ 4.4. *Dispensa del conflicto.* No obstante la existencia de un conflicto de intereses, el abogado puede intervenir en el asunto si parece posible hacerlo sin infringir los deberes de lealtad y confidencialidad hacia los clientes involucrados y todos ellos otorgan su consentimiento expreso e informado.

regla, sino de manifestar mi escepticismo acerca de que un abogado pueda entender que no hay ningún nivel de ideas o de principios que sea tan intrínseca a él que le impida llevar un caso contrario. El reconocimiento de la situación que activa la regla obviamente tiene que ser externo porque si no, no vale la pena tener la regla.

Estamos llegando a la hora de término y tengo algunas preocupaciones. La primera preocupación es que hay dos observaciones de Pablo que no alcanzamos a analizar, que tienen que ver con la definición de consentimiento informado y expreso y otra con los efectos de la dispensa. Mi segunda preocupación es que al interior de mi grupo de trabajo hay una disidencia respecto a la regla sobre inhabilidad de la función de director y de abogado en ejercicio de la profesión, y que está representada por Cristóbal que está aquí presente y que me comprometí a exponer¹⁰. Dado que quedan sólo diez minutos sugeriría que el propio Cristóbal la exponga.

CRISTÓBAL EYZAGUIRRE: La norma como quedó en la propuesta comprende tanto sociedades anónimas abiertas como cerradas y de ese punto de vista cualquiera de los abogados que representan clientes extranjeros y conocen cómo funciona la inversión extranjera, sabe que normalmente los estudios con sus abogados crean la sociedad y se integran a los directorios respectivos, lo que sucede hace muchos años. Localmente es bastante natural que aquellos que deciden organizarse, no como una sociedad o empresa individual de responsabilidad limitada, también requieran que sus abogados de alguna forma integren los directorios respectivos, que son prácticamente directorios de papel, de una sociedad anónima cerrada. Entonces, por un lado, no tendría mucho sentido establecer una inhabilidad que comprenda ese tipo de sociedades.

En segundo lugar, la pregunta que corresponde formular en las sociedades anónimas abiertas es del siguiente tenor: ¿queremos una norma que impida necesariamente al cliente que sus abogados ocupen puestos del directorio, siendo estos últimos quienes más conocen a su cliente y que le generan mayor confianza? ¿O buscamos una solución que de alguna forma atienda a este problema sin establecer una prohibición absoluta? Respecto a las abiertas –donde reconozco que el tema es bastante más discutible y ha sido objeto de discusión en la prensa– también da la impresión de que una norma absoluta que impida a un accionista a que eventualmente le solicite a su asesor de confianza, que es su abogado, que lo represente en el directorio, al final, y sin perjuicio que uno está atendiendo situaciones de conflicto que se pueden dar y tratando de evitar que se produzcan en cualquier evento, estamos privando a terceros como son los clientes, que eventualmente hagan uso de una herramienta que resulta muy útil desde su punto de vista. Me da la impresión que en la medida que esté claro que cuando nos encontremos en una situación de

¹⁰ 2.3. *Rol de director de una sociedad anónima.* El rol de director de una sociedad anónima es incompatible con el rol de abogado de la compañía o del accionista que lo designó como tal.

conflicto en relación con el deber de secreto que tiene el abogado y su deber para con la sociedad en su condición de director, el accionista controlador u otro accionista que lo haya nombrado en esa posición entienda que en caso que producirse esa situación el abogado va a tener que sacrificar su obligación de secreto porque hay una norma legal que le impone una obligación para con la sociedad, ese entendimiento se manifieste con un documento escrito que le haga llegar el abogado informando que eventualmente podrían darse situaciones donde pueda generarse este conflicto, el cliente esté consciente de eso y lo releve de guardar secreto. Una segunda alternativa es establecer que el accionista al nombrar a un abogado como director de una sociedad anónima abierta está entendiendo y asume a su vez que existe primacía de la norma que establece el deber de lealtad del director con la sociedad y que ante ese conflicto el abogado tiene que privilegiar este último deber por sobre el secreto profesional.

JULIÁN LÓPEZ: Yo diría que la respuesta del grupo a esa pregunta a través de la generación de la regla de incompatibilidad es que no hay ningún inconveniente en que un abogado pueda ser director de una sociedad anónima y representar los intereses de su cliente a través de ese rol, pero si elige ese rol y si el cliente elige tenerlo como director, lo que la regla le impone es que tenga otros abogados corporativos para representar los intereses de la compañía. Esta regla, como dije en la sesión anterior, es una regla más estricta que las que hemos tenido a la vista en el derecho comparado, particularmente en las reglas inglesas de los *solicitors* y las Reglas Modelo de la ABA, donde en general lo que se advierte -a nivel de comentarios porque no son propiamente reglas- es que hay que mantener atención a los casos en que el conflicto surja y se entiende allí que hay posposición del surgimiento del conflicto al momento en que la representación del interés de la sociedad se torna incompatible con la representación del interés del cliente. La decisión del grupo fue sencillamente tomar la decisión más drástica que consiste en generar una incompatibilidad. Si bien se discutió en el grupo la alternativa de una autorización o dispensa de la obligación de secreto profesional de las confidencias que el cliente ha hecho al abogado con la idea de privilegiar el rol en el directorio de la sociedad por sobre el rol de servicio profesional que se le presta al cliente, ella no fue aceptada. A mí, en particular, no me parece que esta última solución sea aceptable. Yo entiendo que el secreto profesional es dispensable una vez que la confidencia se ha hecho -no sé si los integrantes de ese grupo me acompañan en esta idea- pero entiendo que se puede autorizar la revelación del secreto una vez que el secreto existe, y se ha hecho la confidencia, pero no antes. Yo entiendo que no puede haber una exención general de revelar todos los secretos profesionales que en el curso de la relación profesional surjan. Por lo tanto como visión de grupo la idea es proponer esta regla de inhabilidad aunque vamos a incorporar en el texto definitivo esta disidencia de Cristóbal y quedará sometida a la discusión posterior en el Consejo.

LUIS ORTIZ: Hay algunas sociedades anónimas, especialmente cerradas, en las cuales puede encontrarse el cien por ciento de las acciones en control de una sola persona pero que para los efectos jurídicos está dividida en un holding extranjero y en otra sociedad. Yo no veo conflictos de interés ahí porque hay una identidad completa entre el accionista A o el accionista B y los intereses de la compañía, que son lo mismos porque son un solo todo. La norma tal como está redactada sin escapatoria podría traer como conclusión que se les pudiera sancionar no obstante estar defendiendo intereses absolutamente identificados y en la misma línea.

ESTEBAN OVALLE: A mi me parece que esa incompatibilidad no es buena para la sociedad ni para los abogados ni para las propias sociedades anónimas, y comparto plenamente lo señalado por Cristóbal. Hay mucha experiencia y valor que aportan los abogados de las compañías en el caso que además son directores o participan en su administración. Nuevamente, me parece que las normas deben orientarse a resolver un eventual conflicto de interés y no evitar que se produzcan. Me parece que esta norma busca evitar que un conflicto de interés llegue a existir más que a resolver positivamente un conflicto de interés. El valor de los abogados que conocen las empresas y llevan sus asuntos, generan confianzas y su aporte a esas compañías es invaluable cuando además cooperan en su dirección. Por supuesto que el abogado director no está exento de enfrentarse a un conflicto de interés, pero ante ello el abogado deberá resolverlo de buena manera y eventualmente será necesario regular cómo se resuelve ese conflicto, pero no intentar evitarlo. En este sentido, la vida jurídica, la vida del mundo de los abogados como la de otros mundos, están repletas de conflictos que revelan que esos mundos avanzan y la manera correcta de crecer es resolver esos conflictos y no intentando que no se produzcan.

MANUEL GARRIDO: Me parece que la discusión de si es anónima o cerrada parece plausible en ciertos casos al menos, pero me da la impresión que la norma es bastante clara porque habla de rol de director y rol de abogado, y no trata de un abogado no pueda ser director porque tendría que ser abogado, sino que tiene que cesar sus servicios como abogado al accionista o a la sociedad para evitar el conflicto, pero basta con que ejerza su rol como director. No comparto que el secreto profesional pueda dispensarse anticipadamente, pero además desde el momento en que empiezas a ejercer el rol comienza a regir la incompatibilidad. Por ende, todas las confianzas de mi cliente hacia el pasado, no tienen nada que ver con el devenir futuro con mi rol de director en la sociedad en la medida en que mis actos rigen hacia adelante.

MACARENA NAVARRETE: Por lo menos tendrían que haber accionistas minoritarios para que exista conflicto. No veo el conflicto de quiénes con quiénes sino existe alguien que pudiera salir perjudicado.

ALICIA DOMÍNGUEZ: El tema que plantea Esteban es si existe un tercero que pueda entregar dispensa o no. Cuando es posible que el tercero interesado o eventualmente perjudicado con el conflicto pueda dar dispensa, entonces hemos optado porque se pueda dar. En el caso de los conflictos de roles, capítulo distinto al de los conflictos de interés, es prácticamente imposible obtener la dispensa del interesado. Apunto lo que señala Macarena, en el sentido de cuándo debiera haber o no una incompatibilidad en este caso. Más allá de abiertas o cerradas, creo que el tema radica en la existencia o no de minoritarios. En definitiva, cuando deje de haber esta comunidad única de intereses. Cuando hay una única voluntad y un único interés, pareciera que no hay tal conflicto de interés, pero cuando hay posibles interesados, como los minoritarios, entonces sí surge la dificultad y a la vez la posibilidad de que alguien pueda dar la dispensa. Cuando la sociedad es abierta, es la sociedad entera la resguardada, por lo tanto prácticamente ahí la incompatibilidad es absoluta. Pero en la cerrada, debiéramos distinguir si existe este tercero minoritario. Nosotros también habíamos hablado en el grupo de otro conflicto en cuanto no era lo mismo ser abogado del accionista y luego director, que ser director y luego abogado de la compañía en la cual se es director.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Me parece importante que se tenga a la vista lo que sucede en otro tipo de sociedades y no acotar la situación a las anónimas, porque en sociedades, por ejemplo, contractuales mineras o por acciones, perfectamente pueden tener más de un accionista e incluso la situación de las sociedades de responsabilidad limitada donde tenemos un mandato por lo que también hay una relación fiduciaria. Sugeriría pensar en extender la regla a casos de similar tenor porque veo que existe la misma razón en otros cuerpos normativos.

MANUEL GARRIDO: Me da la impresión de que hasta el momento todos hemos hablado del conflicto de interés que pueda presentar el abogado en su condición de director en la medida en que representa intereses del accionista que lo ha designado, pero la norma también se refiere y pretende evitar el conflicto del interés del propio abogado en su condición de tal y en su condición de director. Me refiero a que el criterio del abogado a propósito de su consejo profesional con la compañía respecto de su condición de director estuviera tamizado por un pequeño interés personal.

JULIÁN LÓPEZ: Sólo quiero señalar que el tema de las sociedades anónimas cerradas donde se produce la situación que ha descrito Cristóbal y también nuestro Presidente de la comisión, es algo que no discutimos en el grupo y es algo que deberíamos hacer en esta segunda parte porque no fue una situación que estuviera en nuestra mente cuando redactamos la regla. Creo, por tanto, que no me corresponde dar una respuesta mientras no lo hayamos planteado, al igual que la situación de otras sociedades distintas a las anónimas.

ANTONIO BASCUÑÁN: ¿Hay alguna reflexión del grupo sobre la identidad de la situación entre ser director y abogado de la compañía, por una parte, y ser director y abogado del accionista, por otra? ¿Lo ven como un conflicto equivalente o que es diverso?

JULIÁN LÓPEZ: Diverso.

ANTONIO BASCUÑÁN: ¿Y eso queda razonablemente regulado con una misma regla para las dos situaciones?

JULIÁN LÓPEZ: Nos pareció que sí.

LUIS ORTIZ: Antes de dar por terminada la sesión, como no se alcanzaron a discutir la gran mayor parte de las reglas les propongo abrir un plazo para recibir observaciones por escrito. Muchas gracias por su asistencia.