



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Ética profesional del abogado

Principios generales y comentarios
al nuevo Código de Ética Profesional
del Colegio de Abogados de Chile

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO
JAVIER SALDAÑA
ÁNGELA APARISI
GONZALO LETELIER
CLAUDIO SARTEA
ALFONSO SANTIAGO
SEBASTIÁN CONTRERAS
ALEJANDRO MIRANDA
IAN HENRÍQUEZ
ARTURO PRADO
JULIO ALVEAR
ALEJANDRO GUZMÁN
DORA SIERRA
NICOLÁS GAMBOA
GUILLERMO TENORIO
PAOLO TEJADA
MARIO CORREA
RAÚL WILLIAMS

SEBASTIÁN CONTRERAS / ALEJANDRO MIRANDA
EDITORES



2013

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 24



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Ética profesional del abogado

Principios generales y comentarios
al nuevo Código de Ética
Profesional del Colegio de
Abogados de Chile

Joaquín García-Huidobro
Javier Saldaña
Ángela Aparisi
Gonzalo Letelier
Claudio Sartea
Alfonso Santiago
Sebastián Contreras
Alejandro Miranda
Ian Henríquez
Arturo Prado
Julio Alvear
Alejandro Guzmán
Dora Sierra
Nicolás Gamboa
Guillermo Tenorio
Paolo Tejada
Mario Correa
Raúl Williams

Sebastián Contreras / Alejandro Miranda
Editores

Cuadernos de Extensión Jurídica 24 (2013)
Ética profesional del abogado
Principios generales y comentarios al nuevo Código de Ética Profesional
del Colegio de Abogados de Chile

CIP - Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

Ética profesional del abogado : principios generales y comentarios al nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile / Joaquín García Huidobro ... [et al.]. ; Sebastián Contreras, Alejandro Miranda, editores. p. ; cm. (Cuadernos de extensión jurídica ; 24)

1.- Ética Jurídica – Chile. I.- García-Huidobro Correa, Joaquín, 1959- . II.- Contreras, Sebastián, ed. III.- Miranda, Alejandro, ed. IV.- ser.

CDD 23

174.3

2013

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Alejandro Romero Seguel

Comité Editorial: Alejandro Romero, Enrique Brahm, María de los Ángeles Soza, Joaquín García-Huidobro, José Ignacio Martínez, Alejandro Miranda, Sebastián Contreras.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-82-2

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 239.082

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual

© 2013 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO

*Doctor en Filosofía por la Universidad de Navarra
Profesor de Ética y Derecho Natural
Universidad de los Andes, Chile*

JAVIER SALDAÑA

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas
y Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México*

ÁNGELA APARISI

*Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia
Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad de Navarra, España*

GONZALO LETELIER

*Doctor en Derecho por la Università di Padova
Profesor de Ética y Antropología
Universidad de los Andes, Chile*

CLAUDIO SARTEA

*Doctor en Derecho por la Università di Padova
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Tor Vergata, Italia*

ALFONSO SANTIAGO

*Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Austral, Argentina*

SEBASTIÁN CONTRERAS

*Doctor en Filosofía por la Universidad de los Andes
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Universidad de los Andes, Chile*

ALEJANDRO MIRANDA

*Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Universidad de los Andes, Chile*

IAN HENRÍQUEZ

*Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes, Chile*

ARTURO PRADO

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Chile*

JULIO ALVEAR

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid
Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía Política
Universidad del Desarrollo, Chile*

ALEJANDRO GUZMÁN

*Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*

DORA SIERRA

*Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Panamericana, México*

NICOLÁS GAMBOA

*Doctor en Jurisprudencia por la Universidad del Rosario
Profesor de Derecho Procesal y Arbitral
Universidad Externado de Colombia*

GUILLERMO TENORIO

*Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana
Profesor de Teoría General del Estado y Derecho de la Comunicación
Universidad Panamericana, México*

PAOLO TEJADA

*Doctor en Teología Moral por la Universidad de Navarra
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Natural
Universidad de Piura, Perú*

MARIO CORREA

*Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia
Profesor de Derecho Romano y Ética Jurídica
Pontificia Universidad Católica de Chile*

RAÚL WILLIAMS

*Doctor en Sagrada Teología por la Universidad de Navarra
Profesor de Teología Moral
Universidad de los Andes, Chile*

PRESENTACIÓN	13
PRIMERA PARTE	
PROBLEMAS GENERALES DE LA ÉTICA JURÍDICA	
EL ABOGADO NO ES UN LOBO PARA EL HOMBRE. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA ÉTICA JURÍDICA	
<i>Joaquín García-Huidobro</i>	
I. Necesidad de un control ético.....	22
II. Papel de los códigos de ética profesional	24
III. Tareas pendientes.....	26
LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA: ASIGNATURA PENDIENTE PARA LOS ABOGADOS	
<i>Javier Saldaña Serrano</i>	
I. Planteamiento del problema.....	29
II. Diagnóstico actual de la profesión jurídica	31
III. Críticas al positivismo jurídico. Causas de abandono del positivismo jurídico.....	36
IV. Rehabilitación de la deontología jurídica.....	38
V. Características de las normas deontológicas.....	39
VI. ¿Qué es una profesión?	42
VII. Caracteres de la profesión jurídica.....	44
VIII. Necesidad en el Estado de derecho de una deontología para el profesional del derecho.....	45
IX. Características de la deontología.....	47
X. Una breve referencia a los códigos de deontología	51
XI. Conclusión.....	54
EL PRINCIPIO DE LEALTAD PROFESIONAL EN LA PRAXIS DE LA ABOGACÍA: EL CONFLICTO DE INTERESES	
<i>Ángela Aparisi Miralles</i>	
I. La lealtad profesional.....	57
II. Lealtad con el cliente: los conflictos de intereses	59
III. Definición del conflicto de intereses.....	60
IV. Tipos de conflictos de intereses.....	62

V. Criterios de valoración	65
VI. Los conflictos de intereses en las distintas tradiciones jurídicas	66
VII. Situación actual de los conflictos de intereses ...	69
VIII. Conclusión	70
 HONESTIDAD Y LEALTAD, VIRTUDES DEL ABOGADO	
<i>Gonzalo Letelier Widow</i>	
I. Presentación	73
II. Significado de los términos.....	74
III. La honestidad del abogado	76
IV. El deber de lealtad del abogado	78
 IMPARCIALIDAD Y DEONTOLOGÍA JURÍDICA	
<i>Claudio Sartea</i>	
I. Premisa terminológica.....	87
II. La imparcialidad en el proceso	89
III. La imparcialidad del juez.....	91
IV. La “parcial imparcialidad” del abogado	92
V. Imparcialidad y codificación deontológica.....	94
 LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL	
<i>Alfonso Santiago</i>	
I. Los desafíos del Poder Judicial al comienzo de un nuevo milenio	99
II. Independencia y responsabilidad judicial	103
III. Los distintos aspectos y contenidos de la responsabilidad judicial.....	106
IV. Las diferentes perspectivas y sistemas de la responsabilidad judicial	107
V. Conclusiones	109
 EL DEBER DE OBSERVANCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA LEY INJUSTA	
<i>Sebastián Contreras</i>	
I. Presentación	111
II. Planteamiento del tema	112
III. Sobre el deber (general) de observancia del derecho	113
IV. El problema de las leyes injustas	116
V. Consideraciones finales.....	119

LA COOPERACIÓN AL MAL. PRINCIPIOS GENERALES PARA LA DELIBERACIÓN MORAL EN CASOS COMPLEJOS

Alejandro Miranda Montecinos

I. Qué es la cooperación al mal.....	122
II. El alcance de la obligación de no cooperar con el mal ajeno	124
III. La distinción entre cooperación formal y cooperación material.....	125
IV. Otras clasificaciones de la cooperación al mal ..	127
V. Cooperación material y razón proporcionada para obrar.....	128
VI. Análisis de algunos casos complejos	131
VII. Conclusión.....	135

SEGUNDA PARTE

LECTURAS DIVERSAS SOBRE EL NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA

DESAFÍOS A LA ÉTICA PROFESIONAL EN FORMAS ASOCIATIVAS DE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Ian Henríquez Herrera

I. Introducción	139
II. Delimitación	139
III. La organización empresarial y la preservación del <i>ethos</i>	142
IV. La relación abogado-cliente.....	145
V. La esfera de autonomía profesional.....	147
VI. El resguardo del secreto profesional.....	148
VII. El riesgo de que el acto profesional contribuya a un fin ilícito	150
VIII. Conclusiones	151

REFLEXIONES SOBRE LA COLEGIATURA OBLIGATORIA

Arturo Prado Puga

I. Planteamiento	153
II. Panorama de la abogacía en cifras.....	154
III. Antecedentes históricos	155
IV. Referencia al proyecto de ley sobre colegios profesionales	160
V. Colegiatura obligatoria	163

LA DIGNIDAD E INDIGNIDAD DEL ABOGADO. COMENTARIOS AL ARTÍCULO PRIMERO DEL CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL	
<i>Julio Alvear Téllez</i>	169
EL PACTO LLAMADO DE CUOTA LITIS POR EL “CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL” DE 2011	
<i>Alejandro Guzmán Brito</i>	
I. Pacto de cuota litis y pacto de victoria litis	181
II. El pacto definido por el artículo 36 del “Código de Ética Profesional”	183
III. La fuente del artículo 36 CEP	184
IV. Singularidades de la definición contenida en el artículo 36 CEP	186
V. Tipología contractual a la que pertenece el pacto definido en el artículo 36 CEP	190
VI. Reglas especiales contenidas en el “Código de Ética Profesional” aplicables al pacto de cuota (victoria) litis	192
EL CÓDIGO DE ÉTICA DEL ABOGADO EN CHILE: LIBERTAD DE CONCIENCIA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA MEXICANA	
<i>Dora María Sierra</i>	
I. Introducción	199
II. La libertad de conciencia y la objeción de con- ciencia en México. Límites y alcances.....	202
III. La objeción de conciencia en la legislación mexicana	203
IV. Otros supuestos de objeción de conciencia en México.....	205
V. A modo de conclusión.....	208
REFLEXIONES SOBRE DEBERES DE LOS ÁRBITROS, EXPECTATIVAS DE LAS PARTES Y ESFUERZOS REGULATORIOS	
<i>Nicolás Gamboa Morales</i>	
I. Introducción	211
II. Selección de árbitros	211
III. Funcionamiento en la práctica. Problemas e in- tentos de soluciones.....	214
IV. Reflexiones finales.....	222

LAS RELACIONES ENTRE ABOGADOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.
UNA APROXIMACIÓN SOBRE EL DEBER ÉTICO DE LOS ABOGADOS
RESPECTO DE SUS RELACIONES CON LOS MEDIOS MASIVOS DE
COMUNICACIÓN

Guillermo Tenorio Cueto

I. Introducción	227
II. La justicia en medios de comunicación ¿es realmente justicia?.....	229
III. La necesidad social de encontrar un culpable: un deudor.....	232
IV. La responsabilidad periodística es informar, no hacer justicia	235
V. Los deberes éticos del abogado en torno a los medios de comunicación.....	237
VI. Conclusiones	240

EL EJERCICIO DEL DERECHO Y LAS ACTIVIDADES *PRO BONO*. A
PROPÓSITO DE LOS ARTÍCULOS 44 Y 45 DEL CÓDIGO DE ÉTICA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

Paolo Tejada Pinto

I. Planteamiento.....	243
II. Caracterización de los servicios profesionales <i>pro bono</i>	244
III. Los motivos de los servicios <i>pro bono</i>	246
IV. Obligatoriedad e incentivo de los servicios <i>pro bono</i>	249

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL NUEVO CÓDIGO
DE ÉTICA

Mario Correa Bascañán

255

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO: UNA MIRADA DESDE
LA TEOLOGÍA MORAL

Raúl Williams Benavente

I. La necesidad de la verdad	269
II. La exigencia del secreto.....	272
III. Un tipo de secreto: el profesional.....	274
IV. Las ofensas a la verdad	280
V. Libertad de expresión y amor a la verdad.....	283

ANEXO. CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL. COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

Título preliminar: principios y reglas generales.....	285
Sección primera: relaciones del abogado con el cliente	287
Sección segunda: conflictos de funciones e intereses	298
Sección tercera: conducta debida del abogado en sus actuaciones procesales.....	304
Sección cuarta: deberes en la relación profesional entre abogados y con terceros.....	308
Sección quinta: reglas relativas a cargos especiales...	310

PRESENTACIÓN

Durante el año 2013, en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes pudimos concretar un proyecto colectivo, pensado por años. Aquí se presenta un Cuaderno de Extensión sobre algunos problemas recurrentes en la ética profesional de los abogados. Agradecemos a los autores nacionales y extranjeros que, generosamente, se sumaron a esta iniciativa, cuya edición quedó a cargo de los profesores de Filosofía del Derecho Sebastián Contreras y Alejandro Miranda.

El resultado final se ha dividido en dos partes. La primera está dedicada a los problemas generales de la ética jurídica. En la segunda se recopilan trabajos que abordan los aspectos medulares del nuevo Código de Ética Profesional, aprobado el 18 de abril de 2011 por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, bajo la presidencia de Enrique Barros Bourie. Este cuerpo normativo está vigente desde el 1 de agosto de 2011.

Siguiendo el orden antes referido, anticipo el contenido de los aportes.

En “El abogado no es un lobo para el hombre. Sobre la necesidad de una ética jurídica”, Joaquín García-Huidobro (Universidad de los Andes, Chile) nos introduce en la cuestión de la necesidad de una regulación ética para la profesión de abogado. Según él mismo escribe, “la actividad del abogado requiere ser orientada por ciertos criterios éticos porque el arte del Derecho tiene un carácter ambiguo, es decir, puede ser empleado para bien o para mal. Dicho con otras palabras, es perfectamente posible ganar un juicio y perder la vergüenza”. De la misma manera, presenta algunas razones por las que se hace necesaria la existencia de códigos de ética.

Con “La deontología jurídica: asignatura pendiente para los abogados”, Javier Saldaña (UNAM, México) ha querido situarnos en las relaciones que existen entre Derecho y Moral. En alguna medida, este trabajo es una síntesis general de los grandes temas de la ética jurídica, y destaca, sobre todo, por hacer hincapié en el hecho de que la deontología jurídica solo puede funcionar como una ética de máximos, no de mínimos.

Desde la Universidad de Navarra, la profesora Ángela Aparisi ha querido presentarnos una reflexión sobre lo que se

conoce como “*deber de lealtad profesional*”. En su trabajo “*El principio de lealtad profesional en la praxis de la Abogacía: el conflicto de intereses*”, la catedrática de Filosofía del Derecho española quiere mostrar cómo la cuestión de la lealtad sirve como regla práctica para resolver todo tipo de conflictos de intereses, por ejemplo, entre el abogado y su cliente.

En “*Honestidad y lealtad, virtudes del abogado*”, el profesor Gonzalo Letelier, del Centro de Estudios Generales de la Universidad de los Andes, ha querido enfatizar en la manera en que los principios de lealtad y honestidad son importantes para la práctica profesional del abogado. Es de particular interés su calificación de la abogacía como una profesión liberal, orientada a ciertos bienes sociales.

Claudio Sarteau, de la Universidad Tor Vergata, Roma, ha tratado, en “*Imparcialidad y Deontología Jurídica*”, el problema de la imparcialidad. En concreto, hace hincapié en distinguir la imparcialidad de otros conceptos como la neutralidad, la indiferencia y la impersonalidad. En su opinión, “*se puede pensar en la imparcialidad como en una virtud: por lo tanto, de una forma que bien se conecta con la dimensión ética de la profesionalidad*”. Un aspecto interesante de su trabajo es el que propone que la imparcialidad debe ser evaluada sobre la base de dos criterios: su referencia a la justicia y su conexión con el bien común.

“*La responsabilidad judicial*”, de Alfonso Santiago (Universidad Austral, Argentina), versa sobre la relación entre responsabilidad y poder judicial. Según su exposición, la confianza que los ciudadanos depositan en los jueces los obliga a llevar adelante sus causas con la mayor probidad y honestidad posibles. Luego, este principio de responsabilidad judicial tiene como principal función servir de contrapeso a la independencia. El juez no es completamente independiente cuando resuelve un caso, al menos no lo es desde el punto de vista social: debe responder por sus decisiones.

El trabajo “*El deber de observancia del derecho y la obligatoriedad de la ley injusta*”, de Sebastián Contreras (Universidad de los Andes, Chile), describe la manera en que la teoría del derecho natural entiende el aforismo “*lex injusta non est lex*”. La tradición positivista ha visto en esta máxima, erróneamente, un tópico central del iusnaturalismo clásico, llegando a sostener que para los teóricos del derecho natural una norma injusta nunca debiera cumplirse. Con este trabajo, Contreras intenta mostrar que incluso podría ser obligatorio cumplir una ley contraria al orden de la justicia, en virtud de la necesidad de no causar un desorden público.

En “La cooperación al mal. Principios generales para la deliberación moral en casos complejos”, Alejandro Miranda, de la Universidad de los Andes (Chile), expone la naturaleza de la cooperación al mal desde la óptica de la tradición clásica de la ley natural. Se trata de uno de los grandes temas de la ética profesional, porque no todo comportamiento que signifique una contribución en el mal ajeno supone un mal moral de parte del agente.

“Desafíos a la ética profesional en formas asociativas de ejercicio de la abogacía”, de Ian Henríquez, de la Universidad de los Andes (Chile), abre la segunda parte de este libro. En su trabajo se ha propuesto reivindicar lo que él llama “el ethos de la profesión”. En este contexto, escribe: “los grandes estudios configuran el caso paradigmático de formas complejas de asociación para el trabajo mancomunado o colaborativo de los abogados de ejercicio liberal. Ahora bien, este nuevo contexto ofrece particularidades para el análisis ético. Con ello, no decimos que se trate ni de una nueva ética ni de una ética distinta; sino que la circunstancia que cualifica la eticidad del acto humano, en este caso del acto profesional, debe considerar en la valoración este específico contexto”.

En “Reflexiones sobre la colegiatura obligatoria”, Arturo Prado, de la Universidad de Chile, presenta una interesante contribución sobre las ventajas y aciertos que significaría la colegiatura obligatoria. La responsabilidad social que significa la profesión de abogado lleva implícita la necesidad de un órgano revisor de las conductas y decisiones profesionales.

“La dignidad e indignidad del abogado. Comentarios al artículo primero del Código de Ética profesional”, de Julio Alvear (Universidad del Desarrollo, Chile), analiza la estructura y deberes que conlleva el artículo primero del nuevo Código de Ética. En particular, escribe: “hay que volver a considerar el Código de Ética Profesional como un cuerpo enunciativo de exigencias morales, muchas de ellas jurídicas, impuestas no por razones estéticas, o puramente ‘valóricas’, sino porque definen el ser mismo de la profesión jurídica, en cuanto al oficio del abogado se refiere”.

En “El pacto llamado de cuota litis por el ‘Código de Ética Profesional’ de 2011”, Alejandro Guzmán, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile), analiza el significado y los fundamentos del llamado pacto de cuota litis. Su estudio intenta mostrar las distintas aristas que tiene esta institución. Para ello recurre a los textos de los artículos 35 y 36 de los códigos de ética de 1948 y 2011, respectivamente.

“El Código de Ética del Abogado en Chile: libertad de conciencia y objeción de conciencia. Algunas reflexiones desde la experiencia mexicana”, de Dora Sierra (Universidad Panamericana, México), propone un estudio sobre la objeción de conciencia. Buscando hacer una contribución para Chile, la autora analiza el texto del nuevo código desde la experiencia mexicana, haciendo especial énfasis en las relaciones entre libertad de conciencia y objeción de conciencia.

En el trabajo “Reflexiones sobre deberes de los árbitros, expectativas de las partes y esfuerzos regulatorios”, el abogado y árbitro internacional Nicolás Gamboa se refiere a varios problemas éticos que surgen en relación con los arbitrajes. Su dilatada trayectoria y ejercicio de la función de compromisario le permite desarrollar aspectos particulares de la ética arbitral.

“Las relaciones entre abogados y medios de comunicación. Una aproximación sobre el deber ético de los abogados respecto de sus relaciones con los medios masivos de comunicación”, de Guillermo Tenorio (Universidad Panamericana, México), desarrolla el tema de la práctica profesional del abogado y su relación con los medios de comunicación. A pesar de los problemas que pudieran darse en virtud de esa relación, Tenorio es enfático en sostener que las relaciones con dichos medios deben ser vivas, activas y dinámicas, pues sin lugar a dudas la forma que tiene un abogado de relacionarse con la realidad es digna de ser comunicada y conocida públicamente. Pese a esto, “es necesario establecer un marco conductual aceptable y razonable de esta relación con ellos. En ese sentido es de celebrar que un código de ética no deje fuera estas relaciones con los medios, pues hoy vemos que la carencia de límites llevan a nuestra anhelada justicia a ser mediatizada y no institucionalizada”.

En “El ejercicio del Derecho y las actividades pro bono. A propósito de los artículos 44 y 45 del Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile”, Paolo Tejada, de la Universidad de Piura (Perú), trata sobre la naturaleza y motivaciones de los servicios pro bono. Según él, el principal desafío es poder romper con el prejuicio de que un servicio pro bono es igual a un servicio de mala calidad.

“El secreto profesional del abogado en el nuevo Código de Ética”, de Mario Correa (Pontificia Universidad Católica de Chile), desarrolla el problema del deber de secreto. Su acercamiento es estrictamente jurídico.

En “El secreto profesional del abogado: una mirada desde la teología moral”, el presbítero, abogado y profesor de Teología Moral Raúl Williams (Universidad de los Andes, Chile) ana-

liza el problema del secreto profesional del abogado desde la perspectiva de la teología moral católica. Estudia los distintos tipos de secreto y se detiene en lo que el Magisterio de la Iglesia católica ha enseñado sobre el secreto profesional.

Los destinatarios de este Cuaderno de Extensión son todos aquellos que admiten para la abogacía la necesidad de conocer y cultivar, en forma permanente, un ethos profesional. El texto no le debería interesar a los que conciben esta profesión como un mero instrumento para conseguir objetivos, sin reparar en la licitud de los medios. Una abogacía sin ética es la explicación a una serie de conductas arrogantes en la que podemos incurrir los abogados, con el agravante de que la padecen los inocentes. La existencia de formas de ejercicio profesional abusivo nunca será causa de justificación colectiva, ni menos una razón para que triunfe el desaliento, que es el decaimiento del ánimo. Nos debería ayudar en el siempre difícil ejercicio del derecho recordar la sabia advertencia de san Gregorio Magno, cuando, examinando el sentido más profundo de la moral, aconsejaba que, “la vista de las virtudes de los antiguos reanima nuestra esperanza, la de sus caídas nos arma con una prudente humildad”.

*Alejandro Romero Seguel
Decano
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes*

Primera parte

**PROBLEMAS GENERALES DE LA
ÉTICA JURÍDICA**

EL ABOGADO NO ES UN LOBO PARA EL HOMBRE. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA ÉTICA JURÍDICA

JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO*

Doctor en Filosofía

Instituto de Filosofía. Facultad de Derecho

Universidad de los Andes, Chile

“Habéis perdido el caso, es verdad... pero seguro que habéis disfrutado de la defensa que os he hecho”. Con ese texto acompaña Honoré Daumier (1808-1879) una de sus innumerables sátiras de los abogados. En la caricatura aparece un pomposo letrado que dirige esas palabras a un perplejo y disminuido cliente. El dibujante, que trabajó un tiempo en un juzgado, conoció de cerca a los abogados y los hizo objeto de una crítica permanente. Su caso no es único: la literatura, el cine, y los comentarios sociales no dejan precisamente bien parada a esa profesión. Los niños quieren ser bomberos, deportistas o astronautas, pero sería muy difícil encontrar a un pequeño con vocación de abogado. Si uno pone en Google la expresión “chistes de abogados” se encontrará con la sorpresa de que solo en castellano hay 1.700.000 páginas disponibles. Naturalmente no he tenido tiempo ni paciencia para examinar más que un grupo de ellas. Pero si se combina la información que nos arrojan esas páginas con la que hayamos podido obtener a lo largo de nuestra vida, veremos que la gran mayoría de los chistes se relaciona con la baja catadura moral de nuestros colegas, seguidos por otro grupo que destaca su capacidad de enredar y complicar cosas que sin ellos serían mucho más sencillas.

Es más, incluso los elogios del público prestan un mal servicio a la profesión. La gente dice con orgullo que encontró un abogado que es “un perro de presa”. Quizá se trata de una simple metáfora lúdica, pero también cabe que esa expresión sea, para decirlo en términos freudianos, una “fantasía de deseo”, y que los clientes efectivamente quieran que su

* El autor agradece las observaciones de Alejandro Romero Seguel.

abogado se comporte como un perro de presa o de pelea, es decir, como alguien capaz de morder con presteza al adversario y no soltarlo hasta que se rinda¹. Como en los poseedores de esos animales, el problema se produce cuando, en algún momento de la relación, el “perro” termina mordiendo a su propio dueño. Entonces vienen las quejas por la inmoralidad de los abogados y los clamores por un mayor control ético y legal.

I. NECESIDAD DE UN CONTROL ÉTICO

Que la ley se ocupe de la práctica profesional del abogado parece perfectamente justificado, pero ¿por qué es necesario un control ético? Las respuestas a esta pregunta son variadas. La primera de ellas dice simplemente que la ética profesional no es necesaria. Es la respuesta cínica: “usted cumpla la ley, para que no lo castiguen, y no se meta en más líos”. La profesión no tendría por qué sujetarse a criterios externos ni admitir límites distintos de la eficacia para conseguir ganar dentro de los márgenes de la ley. Pretender otra cosa significaría –como decía un abogado– intentar ponernos una aureola de santidad que nos llevará más tarde a un desastre seguro en el foro. Impartir clases de ética profesional sería, en esta concepción, hacerle un flaco servicio a los futuros abogados (¿será esta la razón por la que la mayoría de las Facultades de Derecho nacionales no las ofrecen?). Desde el punto de vista psicológico, entregar unos criterios de acción que no están respaldados por la fuerza estatal sino que se entregan a la sola conciencia parecería tan solo una forma de complicarse la vida. Algo semejante pensaba un personaje de *Ricardo III*, la célebre tragedia de Shakespeare, que se quejaba de la molestia que supone para el hombre el estar dotado de conciencia:

“¡No quiero tener nada con ella; es una cosa peligrosa! Hace del hombre un coarde, no puede robar sin que le acuse, no puede jurar sin que le tape la boca, no puede yacer con la mujer de su prójimo sin que le denuncie. ¡Es un espíritu ruboroso y vergonzante que se amotina en el pecho del hombre! ¡Todo lo llena de obstáculos! Una vez me hizo restituir una bolsa de oro que hallé por casualidad. Arruina al que la conserva; está desterrada de todas las villas y ciudades como cosa peligrosa, y el que tenga intención de vivir a sus anchas, debe confiar en sí propio y prescindir de ella”².

Un segundo tipo de respuestas está compuesto por las de carácter pragmático: es necesario respetar ciertas reglas, se dice, porque la mayoría estamos de acuerdo en ellas, o porque de lo contrario la sociedad no

¹ Cf. ROMERO, A., “Los abogados y los perros”, en <http://www.ichdp.cl/los-abogados-y-los-perros> (acceso 3.12.13).

² *Ricardo III*, I, IV.

funciona. Sin embargo, las objeciones a esta postura podrían multiplicarse: ¿por qué debo hacer lo que quiere la mayoría? Obviamente no podemos responder que debemos seguir el parecer de la mayoría porque la mayoría así lo ha indicado. ¿Por qué debo adaptarme a la evolución de la sociedad? ¿Por qué debo querer que funcione la sociedad? Todos los argumentos que apelan a la necesidad de seguir los parámetros establecidos por la sociedad tienen un fondo conservador que no siempre resulta justificado de modo suficiente.

Dentro de las respuestas pragmáticas está la de quienes dicen que la ética es necesaria *para despertar confianza*, que a su vez permite atraer buenos clientes y hacer mejores negocios. Esta es la respuesta hipócrita. Según ella, lo importante es “parecer” buenos. Esta respuesta deja también muchas preguntas abiertas: ¿qué pasa, por ejemplo, si se presenta el negocio de la vida, un asunto ilícito pero que permite una existencia regalada, sin mayor esfuerzo posterior y sin posibilidad de castigo? En ese caso, las ventajas de un modo de comportamiento ético tendrían que ceder ante esa situación irresistible. Visto desde otra perspectiva, quien actúa bien solo en consideración a la opinión ajena no tiene un comportamiento propiamente moral, pues se mueve por consideraciones heterónomas. En el fondo, la respuesta cínica y la respuesta hipócrita no difieren demasiado, porque ambas se fundan en factores externos al sujeto: en un caso el castigo legal, en el otro el reproche del grupo social.

En tercer lugar hay otro tipo de respuesta, llamémosla integral: “*a usted mismo* le viene bien actuar bien, no solo a su bolsillo o a su estómago”. Desde esta perspectiva, el comportamiento ético se justifica no por los beneficios externos que traerá consigo, o por los males que evitará, sino que es, en sí mismo, algo valioso, aunque en ocasiones pueda significar un negocio no muy rentable o incluso bastante malo. No nos detenemos a fundamentar esta postura porque basta con remitir al *Gorgias* platónico, a la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, o a la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de Kant. Este último autor explica que “no basta con que lo que debe ser moralmente bueno sea *conforme a* la ley moral, sino que tiene que suceder *por* la ley moral”³. Si la acción conforme a la ley moral se funda en el temor al castigo o en el simple deseo de no desagradar a los otros se estará aun en un nivel todavía previo a la genuina moralidad, ya que se basa en motivos meramente utilitarios, es decir, hace del cumplimiento de la norma moral un simple medio para alcanzar fines ulteriores.

La actividad del abogado requiere ser orientada por ciertos criterios éticos porque el arte del Derecho tiene un carácter ambiguo, es decir, puede ser empleado para bien o para mal. Dicho con otras palabras, es del todo posible ganar un juicio y perder la vergüenza. El bien de la profesión

³ KANT, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA IV, 390.

no coincide exactamente con el bien humano. Se puede ser (al menos en cierto respecto) un buen abogado y un mal hombre. En todo caso, la respuesta hipócrita tiene una cierta superioridad sobre la del cínico, que solo se preocupa de evitar el castigo. Quien atiende a la opinión ajena y quiere parecer bueno, al menos reconoce el valor de la bondad y no es tan arrogante como para hacer caso omiso de lo que piensen los otros.

II. PAPEL DE LOS CÓDIGOS DE ÉTICA PROFESIONAL

El drama de los códigos de ética, sin embargo, reside en que como el cumplimiento de las normas éticas no es forzoso, sino que presupone la buena voluntad del agente, sus destinatarios son personas que en principio no los necesitan, pues ya están dispuestas a comportarse bien y seguirían procediendo de esa manera aunque no hubiera texto que lo mandase. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas, al menos por dos razones. La primera apunta a un hecho elemental: no basta con *querer* comportarse bien, hay que *saber* cómo hacerlo. En el campo de la ética profesional las cosas son más complicadas que en la vida diaria. Así, todos sabemos que no debemos matar, secuestrar o robarle la billetera a quien viaja a nuestro lado en el Metro, pero en el terreno de la conducta profesional las cosas son más difíciles de resolver y no siempre la respuesta adecuada está al alcance del hombre común. De este modo, podemos preguntarnos: ¿es aceptable el pacto de *quota litis*? ¿Corresponde que los abogados tomen la iniciativa y ofrezcan sus servicios a quien ha sido víctima de una supuesta negligencia médica? ¿Es lícito defender a un cruel asesino o violador? En este sentido, también para las personas que llevan una vida correcta resulta de una gran ayuda el disponer de algunos criterios que orienten la práctica profesional. La segunda razón por la que también una persona correcta requiere de la orientación que proporciona un código de ética profesional tiene que ver con la debilidad de la voluntad humana. Es verdad que, en principio, quien ya está interesado en seguir un determinado patrón de conducta no necesita que se lo recuerden, al menos si tiene la formación ética suficiente y sabe cuáles son las buenas prácticas de la profesión. Pero al sujetarse libre y públicamente a un código semejante, la persona está reconociendo que no es infalible, que su voluntad es débil, y que es necesario contar con una instancia externa (y no solo la propia conciencia) capaz de evaluar su comportamiento. Las resoluciones del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile muestran a las claras esa falibilidad humana, que afecta también a los abogados. Son casos de tal envergadura que uno se pregunta: ¿cómo un sujeto de esta calaña se ha sometido libremente a la tutela del Colegio?

Como se sabe, el control ético de los abogados está, en Chile, encargado al respectivo Colegio. Sin embargo, se produce un problema muy

interesante, porque en nuestro país la colegiación no resulta obligatoria, en virtud del principio liberal que señala que “nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación”, que ha sido entendido de manera muy estricta. De este modo, no todos los abogados chilenos están sujetos a una instancia externa que vele por la moralidad de su comportamiento profesional. Para la gran mayoría solo queda el control de la ley, que es mucho menos exigente que el del Código, y el tribunal de la propia conciencia.

Ahora bien, una cosa es que la ley no obligue a pertenecer al Colegio y otra distinta es si acaso existe una obligación moral de incorporarse al mismo. El asunto es más difícil de lo que parece a primera vista. Por cierto que nadie puede pretender que por el solo hecho de tener el título uno estaría moralmente obligado a colegiarse. Hay abogados que se dedican a la agricultura, a la crítica cinematográfica o a la sociología, y su presencia en un colegio profesional resulta más bien superflua. Sin embargo, en el caso de los abogados que ejercen la profesión, ¿no supone la afiliación al Colegio una garantía mínima respecto de los clientes, de manera que ellos tengan la seguridad de contar con una instancia que les permita denunciar las posibles irregularidades sin necesidad de involucrarse en un proceso judicial que es largo, de difícil prueba y económicamente oneroso? No parece que baste con decir: “si al cliente le interesa que su abogado esté sujeto a un control ético es deber suyo averiguarlo”. Cuando un cliente acude a un abogado, normalmente no piensa en preguntarse si su interlocutor está colegiado. Esa es una cuestión que aparecerá con posterioridad, en el caso de que surja una dificultad. Pero esa circunstancia, lejos de eximir de la necesidad de colegiarse, la hace más urgente, porque permite dar transparencia y equidad a una relación que muchas veces dista de ser simétrica. El tema requeriría un análisis más detallado, que no se puede realizar aquí.

La libertad de afiliación y la necesidad de conseguir más miembros para el Colegio no son ajenos al origen del nuevo Código de Ética para los abogados chilenos. Algunos pensaron que el texto anterior, que contenía muchas disposiciones que no parecían pertinentes para la época actual, podía constituir un factor disuasivo para que las nuevas generaciones se inscribieran en el Colegio. Un texto más moderno y flexible, en cambio, podría resultar más atractivo para ellas. Si se lo toma como único motivo para cambiar el Código quizás no sea acertado y más bien refleje cierta ingenuidad. Sin embargo, es rescatable el empeño por entregar nuevas orientaciones en un contexto histórico muy diferente al de 1948, fecha del texto anterior. En esa época había un número muy limitado de escuelas de Derecho, donde todas o la mayoría enseñaban la asignatura de ética profesional, y existían relativamente pocos abogados al tiempo que se daba un amplio conocimiento entre ellos. Hoy la situación es muy distinta. Abundan las facultades de Derecho, la asignatura de ética profesional se

enseña en muy pocas casas de estudios, y los abogados son tan numerosos que el conocimiento personal es escaso y la competencia enorme, lo que facilita la realización de conductas reñidas con la moral del abogado.

Por otra parte, conviene tener presente que en la ética profesional hay materias que no pueden cambiar (p. e., Arts. 5, 22, 25, 80, etc.) mientras que otras dependen de las circunstancias históricas y tienen un carácter contingente (p. e., Art. 59). Además, junto con normas estrictamente éticas, hay otras disposiciones que tienen que ver más bien con el decoro y prestigio de la profesión. Es el caso, por ejemplo, de la publicidad de los servicios profesionales y las modalidades que ella puede revestir. Aquí se aprecia un cambio de enfoque entre ambos códigos, ya que el de 1948 la prohibía por principio “porque menoscaba la tradicional dignidad de la profesión” (Art. 13), mientras que en el nuevo no se excluye, siempre que se cumpla con determinadas y estrictas condiciones (Art. 12).

III. TAREAS PENDIENTES

Queda por hacer el trabajo de comparar en detalle ambos textos, el de 1948 y el de 2011, haciendo ver en qué materias ha habido cambios, qué intensidad presentan los mismos en cuanto a rigor o laxitud, y en especial si cabe constatar una diferencia en la filosofía o, más específicamente, la imagen del hombre que está detrás de uno y otro cuerpo normativo.

Uno de los cambios más significativos en el contexto social de uno y otro documento está dado por el papel actual de los medios de comunicación, lo que plantea desafíos muy variados, que no todos han sido asumidos por el texto de 2011. Pensemos por ejemplo, en una práctica creciente, como es la elaboración de *rankings* de abogados por especialidad, que es un hecho que se ha tornado habitual en nuestro medio. Uno prodría pensar que esas categorizaciones proporcionan una información que puede ser útil para el público, y que permite a los potenciales clientes tomar mejores decisiones. Sin embargo, resulta ilustrativo que no existan prácticas semejantes en áreas todavía más delicadas que la defensa de las personas ante la justicia. Que sepamos, no existen *rankings* de psiquiatras o de cirujanos. ¿No será que la prensa es consciente de que la salud es un tema muy delicado y que resulta frívolo, además de un engaño al público, establecer unas clasificaciones que, para ser acertadas, implican disponer de una cantidad de información que está muy lejos de hallarse al alcance de mortal alguno? En la situación actual, el reconocimiento que alcanza un determinado estudio de abogados no depende tan solo de la competencia de quienes lo componen, sino de una amplia tarea de comunicación, donde los asesores de imagen tienen un papel tanto o más importante que los mismos abogados y procuradores. El nuevo Código

no nos da orientaciones al respecto, pero nos parece que se trata de un tema muy importante, que no debe darse por zanjado sin proceder antes a una amplia discusión.

Otro capítulo importante es el del acceso a la justicia. No nos referimos al derecho de todos los chilenos a recurrir a los tribunales, sino a una realidad muy delicada, a saber, el hecho de que no todos los abogados tienen las mismas facilidades y oportunidades de hacerse oír. Existen clasificaciones no escritas pero muy reales, como la que distingue entre abogados “con llegada” o “sin llegada”. Se trata de una fórmula un tanto críptica para el ciudadano medio, pero que esconde el hecho de que algunos abogados “llegan” a los tribunales en mejores condiciones que el resto, porque pueden acceder a conversaciones con los jueces que no siempre están a disposición de sus colegas más jóvenes o menos influyentes. En este caso tenemos abogados que no necesitan ser “perros de presa” porque les basta con desempeñar la función más sutil pero no menos peligrosa del “perro faldero”.

Este acceso privilegiado a la justicia no es patrimonio solo de ciertos abogados. El hecho de que los nombramientos de los jueces de tribunales superiores de justicia requiera el acuerdo del Senado (quizá no haya un sistema menos malo) hace que el favor e influencia de ciertos parlamentarios resulte decisivo para ascender en la carrera judicial, pero es un apoyo que puede pagarse caro en términos de la garantía de imparcialidad que debe presentar la justicia.

El nuevo Código trata algunas materias que el antiguo no consideraba. Concretamente, toma en cuenta la realidad cada vez más frecuente de que la profesión se ejerza en estudios que a veces son muy numerosos. Surge así, por ejemplo, la responsabilidad ética de los abogados socios o con poder de dirección (Art. 113) y una muy importante, el deber de asegurarse de que también los terceros a los que subcontrate o encargue determinadas prestaciones actúen según las reglas del Código (Art. 116). No basta, por tanto, con realizar el encargo y luego hacer vista gorda o no preguntar sobre la forma en que se cumple la misión encargada. Una persona honesta va mucho más allá, aunque sea difícil: que la excelencia humana supone esfuerzo no es ninguna novedad.

Especial interés tienen las normas que se dan respecto de los fiscales (Art. 119), una figura que en el esquema de la reforma procesal penal tiene un enorme poder y un control más bien escaso, por lo que el autocontrol ético desempeña un papel fundamental para la buena marcha del sistema.

En cierto sentido, un nuevo Código es solo un punto de partida, una ocasión para abrir amplios debates, porque, como toda obra humana, plantea más preguntas que respuestas. En todo caso, se trata de un esfuerzo importante, que apunta a que los abogados sean unos servidores de la justicia y no, como en las caricaturas de Daumier, unos lobos para los hombres que tienen la desgracia de caer en sus garras.

LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA: ASIGNATURA PENDIENTE PARA LOS ABOGADOS

JAVIER SALDAÑA SERRANO

Doctor en Derecho

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Nacional Autónoma de México

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En fechas relativamente recientes apareció el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile¹. En este contexto, se me ha pedido un trabajo que pudiera abordar algún aspecto del mismo, o un análisis general del referido documento. He creído conveniente presentar un escrito que delinee lo que en mi opinión son algunos de los aspectos más generales de la ética profesional del derecho en general, también llamada deontología jurídica. La razón de este ejercicio es una: en culturas jurídicas de corte continental europeo estamos aún familiarizándonos con esta disciplina y con su contenido, por eso creo indispensable al menos dibujar aquellos argumentos que tendrían que conocerse para entender mejor esta materia.

Quisiera comenzar estableciendo los parámetros teóricos de mi escrito, y estos se refieren a que cuando se habla de ética o deontología jurídica² dicha materia solo es posible entenderla a cabalidad si su explicación se inscribe en un modelo ético particular, como es el de la “virtud” o “hábito bueno”, el que, como es obvio, implica un “conocimiento personal” previo del agente moral. Estos dos argumentos (virtud y conocimiento personal) han sido incluso recogidos en la literatura. En su monumental obra *El*

¹ El texto fue aprobado en la sesión ordinaria del 4 de abril de 2011 por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, y entró en vigencia a partir del 1 de agosto de ese mismo año.

² En este trabajo usaré en forma indistinta la expresión “ética”, “moral”, y “deontología”, por más que se conozca que hay diferencias importantes entre ellas.

ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha, Cervantes pone en boca del Quijote una serie de consejos a Sancho Panza antes de que este fuese a gobernar la ínsula Barataria; estos consejos vale la pena repetirlos por la profunda carga ética que en ellos se encuentra, los cuales, aunque proviniendo de una obra no jurídica ni ética, delinean muchos aspectos relevantes para la deontología en general y específicamente para la deontología jurídica de los albores del siglo XXI³.

De los muchos consejos que son señalados hay dos que voy a destacar aquí. El primero dice así: “has de poner los ojos en quién eres, procurando conocerte a ti mismo, que es el más difícil conocimiento que puede imaginarse. Del conocerte saldrá el no hincharte como la rana que quiso igualarse con el buey...”⁴.

El segundo consejo es el siguiente: “Mira, Sancho: si tomas por medio a la virtud, y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que los tienen por príncipes y señores; porque la sangre se hereda, y la virtud se aquista (conquista), y la virtud vale por sí sólo lo que la sangre no vale”⁵.

Desde mi punto de vista, las dos ideas centrales que en cada una de las anteriores citas se encuentran recogidas bien pueden considerarse como los ejes rectores de cualquier reflexión ética o deontológica del mundo profesional; ¿cuáles son estas?, evidentemente que “conocerse a sí mismo” y “tomar a la virtud como medio y fin”. Desde aquí, parece que el modelo ético en el que mejor se puede entender la ética profesional es la ética de la “virtud” o formación del carácter, no tanto el del cumplimiento del deber por el deber mismo, y mucho menos el de un cierto consecuencialismo⁶.

³ El ejercicio de emplear obras literarias en la enseñanza de la ética o de la deontología ha sido uno de los mayormente explorados en los últimos años por buena parte de los teóricos de esta materia. Uno de los mejores trabajos que en lengua castellana explican muy bien cómo debe ser el análisis de la literatura en la enseñanza de la ética es: LÓPEZ, QUINTÁS, ALFONSO, *Cómo formarse en ética a través de la literatura. Análisis estético de obras literarias*, 2ª ed., Rialp, Madrid, 1997. En este trabajo se analizan obras importantes de la literatura universal como *El burlador de Sevilla* de Tirso de Molina, *La malquerida* de Jacinto Benavente, *El principito* de Antoine de Saint-Exupéry, *El viejo y el mar* de Ernest Hemingway, etcétera.

⁴ DE CERVANTES SAAVEDRA, MIGUEL, *El ingenioso hidalgo Don Quijote de La Mancha*, II, Fábrica de Letras, México, 2001, p. 728.

⁵ *Ídem*.

⁶ Reconociendo que existe un amplio abanico de modelos éticos propuestos para el ejercicio de la profesión jurídica, y admitiendo que desde algunas posiciones radicales se han llegado a proponer incluso reglas deontológicas específicas para cada una de las áreas del derecho, los modelos del consecuencialismo, deontologismo y ética de la virtud son los que generalmente se aceptan por buena parte de los teóricos de esta materia. Así, por ejemplo, para el ámbito judicial, cfr., FARRELL D., MARTÍN, “La ética de la función judicial”, en *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa-Tribunal Electoral-ITAM, Barcelona, 2003, pp. 147-162. Cfr. tb., KEMELMAJER DE CARDUCCI, AIDA, “Ética de los jueces. Análisis pragmático”, en *Serie Ética Judicial*, 10, SCJN, México, 2006, pp. 35-40. Cfr., tb., AMAYA, NAVARRO, AMALIA, MARÍA, “Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica”, en la serie *Temas selectos de derecho electoral*, 6, México, 2009, pp. 13-23.

Lo que pretendo decir con lo anterior es que hoy se hace imprescindible hablar de ética o deontología jurídica, sobre todo en estos tiempos, en los que resuenan con mayor intensidad las proféticas palabras de Gilles Lipovetski señaladas en su libro *El crepúsculo del deber*: “Un nombre, un ideal agrupa a los espíritus y reanima el corazón de las democracias occidentales en este final de milenio; la ética”⁷, para terminar sentenciando: el “siglo XXI será ético o no será”⁸. Hoy se hace cada vez más urgente tomarse seriamente a la ética en cada uno de los renglones de nuestra vida, especialmente en aquellos que tienen que ver de manera directa con el ejercicio de nuestra profesión.

II. DIAGNÓSTICO ACTUAL DE LA PROFESIÓN JURÍDICA

En un libro, cuyo título no deja de ser provocativo, el profesor Antonio Marina recoge una definición propuesta por Carlo Cipolla a propósito de lo que es la “estupidez”. El trabajo tiene como referente justamente este tema y se titula *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*. Dice la definición de Cipolla: “Una persona estúpida es la que causa un daño a otra persona o grupo de personas sin obtener, al mismo tiempo, un provecho para sí, o incluso obteniendo un perjuicio”⁹. Esta definición le parece a Marina insuficiente; para él, se deberían de incluir en esta a las personas que se perjudican a sí mismas, y a las que perjudican a otros, aunque saquen –dice– un beneficio¹⁰.

Dos ideas son las que es posible rescatar del título del libro y de la explicación anterior. La primera de ellas es la relativa a la “inteligencia fracasada”; la segunda es la de aceptar la idea del profesor Marina, a propósito de que una persona estúpida es quien no solo se perjudica a sí misma, sino también quien perjudica a los demás. Sobre esta última, no se insistirá más, solo se reiterará que lo más grave de la estupidez no es solo el daño que una persona se causa a sí misma cuando realiza una acción inmoral –porque es más dañino cometer una inmoralidad que sufrirla–, sino el grave perjuicio que causa a los demás.

Sobre el primer asunto, cuántas veces no hemos escuchado la idea, por desgracia ampliamente difundida en muchos sectores de nuestra sociedad acerca de que el éxito profesional, económico, político, y hasta académico, solo es alcanzado por gente “inteligente”, que ha sabido poner en práctica una serie de “ingeniosas” acciones personales, las cuales les

⁷ LIPOVETSKY, GILLES, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, 4ª ed., Anagrama, Barcelona, 1998, p. 9.

⁸ *Ídem*.

⁹ Cfr. MARINA, ANTONIO, *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, 4ª ed., Anagrama, Barcelona, 2005, pp. 11 y ss.

¹⁰ Cfr., *Ídem*.

han ahorrado tiempo y esfuerzo en alcanzar el referido éxito. En la cultura del mínimo esfuerzo –como es la cultura en la que nos desenvolvemos–, lo realmente importante para este tipo de gente es conseguir el mayor provecho y beneficio posible al menor costo y con el mínimo empeño; según estos individuos, da igual cuál sea el medio empleado para alcanzar tan anhelado éxito. Sin embargo, hay un hecho que casi siempre se presenta como indefectible: cuántas ocasiones se ha comprobado que ese tipo de “ingeniosas acciones” han sido muchas veces inmorales, deshonestas y corruptas. ¿Este tipo de personas merecen ser calificadas como profesionistas inteligentes y exitosos? ¿Es esta la clase de éxito que hemos de perseguir como modelo a imitar, máxime cuando tales acciones traen siempre aparejados graves perjuicios personales y sociales que no solo perjudican a quien las realiza, sino sobre todo a quien las sufre?

El profesor Carlos de la Isla, en uno de los mejores libros que he podido leer, titulado *De esclavitudes y libertades*, muestra clarísimamente el grave deterioro de la sociedad en sus más diferentes niveles; motivado precisamente por la inmoralidad de personas estúpidas. Esto es lo que es una sociedad sin ética para el profesor universitario: “La política convertida en lucha corrupta por la patología del poder; el sistema económico que sacrifica a las personas en el altar del dinero; la violencia que atormenta al mundo generada por la explosión de la injusticia; la demencia de las transnacionales, clubes y consorcios que ejercen las implacables masacres del mundo sin límites; la educación convertida en amaestramiento que obedece a la cruel dictadura del mercado; las mortales ofensas a la vida en las guerras por el oro de los imperios; el manejo de marionetas en los juegos determinados por los grupos de poder; las mortales agresiones al planeta de todos, habitación de todos”¹¹.

Por desgracia, la sociedad que nos ha tocado vivir ha desestimado el referente ético, por considerarlo propio de personas mojigatas o de carácter débil. Así, empeño, dedicación, entereza, paciencia, honestidad, fortaleza, rectitud de espíritu, honradez, etcétera, son vistas como virtudes de gente poco inteligente y hasta tonta. Nos lo recordaría el profesor de la Universidad de Múnich, Romano Guardini, en sus lecciones de ética al hablar de la virtud¹². ¿Será verdad que el éxito personal y profesional ha de ser alcanzado a cualquier precio? ¿Tendrá que ser aceptada la vieja idea de que el fin justifica los medios en el ámbito laboral?

¹¹ DE LA ISLA, CARLOS, *De esclavitudes y libertades. Ensayos de ética, educación y política*, Miguel Ángel Porrúa-ITAM, México, 2006, p. 7.

¹² “Ahora tenemos que hablar de algo cuyo tratamiento se enfrenta con una dificultad peculiar: de la virtud. Supongo que la palabra produce en quien la escucha la misma sensación que yo tengo al pronunciarla: como de incomodidad, como de ocasión para la burla. Es una sensación comprensible. En ella se encierra la protesta contra el orgullo moral y, en concreto, contra quien se considera instalado en el bien, éticamente superior; y también la desconfianza de que el orgullo no sea a la vez hipocresía, ya que en realidad constantemente estamos faltando a la bondad, y en este caso las faltas o no se admiten o se ocultan”. GUARDINI, ROMANO, *Ética*, B.A.C., Madrid, 1993, p. 242.

La realidad no nos ofrece muchas esperanzas para contestar negativamente a las anteriores interrogantes. La corrupción, cada vez más presente en los negocios, en la política y en los medios de comunicación; la instrumentalización de la vida e integridad física de las personas para obtener algún beneficio económico; el tráfico de influencias que generalmente va asociado al ascenso laboral; la aceptación de dinero por parte de algún juez para favorecer en su sentencia a alguna de las partes; la vileza que implica el acoso sexual; los homicidios de mujeres en todo el mundo; la guerra, la pobreza, el hambre, etcétera, son perfecta muestra del deterioro moral de nuestra civilización. De ahí que como acertadamente ha señalado D. Carlos de la Isla: “Se está haciendo universal e insistente el clamor que demanda una nueva actitud ética como la única y urgente solución a los graves problemas del mundo. En casi todos los campos de la actividad humana se está agudizando un estado de riesgo y de cercanía a los límites de tolerancia”¹³.

Sin embargo, lo más grave es que muchas de estas desgracias sociales se llevan a cabo en connivencia con profesionales del derecho; lo mismo por abogados deshonestos que por jueces corruptos; igual por ministerios públicos y fiscales cuyas actuaciones rozan en la delincuencia (cuando no definitivamente esta lo es), que por notarios a los que solo les importa enriquecerse a través de las funciones que realizan; lo mismo a profesores de universidad, que a cambio de cualquier favoritismo son capaces de regalar calificaciones y hasta títulos académicos, que a funcionarios públicos –peritos en derecho– que con su actuación demeritan el trabajo profesional y dañan a infinidad de personas. En esto las universidades que forman abogados también han tenido mucho de responsabilidad, porque la inmensa mayoría de facultades de derecho en nuestras universidades dedican poco, o ningún tiempo, a la difusión y enseñanza de la ética, ¿cuál es la razón de este desinterés?¹⁴.

No hace falta hacer un gran esfuerzo para constatar el grave desprestigio que sufre hoy la profesión jurídica y la opinión vilipendiada que tiene la sociedad en general acerca de la mala fama de los abogados. El profesor Víctor Manuel Pérez Valera, en un interesante artículo titulado “Algo que urge: ética para abogados”¹⁵, señala cómo la mala reputación de los abogados ya existía desde la época de Platón, quien en su famoso

¹³ DE LA ISLA, CARLOS, *De esclavitudes y libertades. Ensayos...*, op. cit., p. 11.

¹⁴ El profesor De la Isla se pregunta si acaso “¿No se hacen las universidades cómplices de los males existentes cuando en vez de dedicar más tiempo y más medios a la formación ética, al desarrollo de la imaginación, de la creatividad, de la invención se empeñan en reproducir teorías y actitudes que refuerzan el sistema dominante?”. *Ibidem*, p. 15. Cfr. tb., del mismo autor: *De la perplejidad a la utopía*, Coyoacan-ITAM, México, 1998, pp. 11-130. En esta parte el profesor De la Isla realiza un análisis muy completo y a la vez crítico de la relación entre “educación” y “universidad”, denunciando los graves problemas que suelen encontrarse en ese binomio.

¹⁵ PÉREZ VALERA, VÍCTOR MANUEL, *Ser más humano. Reflexiones sobre ética y derecho*, Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2005, p. 3.

diálogo *Las Leyes*, establecería: “Hay muchas cosas nobles en la vida humana, pero en la mayoría se fijan males que fatalmente los corrompen y dañan... ¿cómo puede ser el abogado de justicia otra cosa que noble? Y sin embargo, a esta profesión que se nos presenta bajo el bello nombre de arte se le asigna una mala reputación... Ahora bien, en nuestro Estado este llamado arte... no debería existir jamás”¹⁶.

Continúa diciendo el profesor Pérez Valera que siendo la abogacía una profesión tan noble, las recriminaciones contra ella son un hecho casi universal, y señala cómo después del descubrimiento de América, “los monarcas españoles, queriendo preservar a las nuevas colonias de las lacras que sufría la sociedad española, prohibieron la emigración de los abogados debido a ‘su afición a los pleitos, su pasión por la trácala y su capacidad de engullir bienes y fortunas en procesos interminables’”¹⁷.

A lo anterior se podría objetar que de Platón y de la conquista española hasta hoy, mucho tiempo ha pasado como para seguir considerando a los abogados “aves negras”, “enredapleitos”, “sanguijuelas”, etcétera.

Sin embargo, esta misma consideración sobre los abogados es la que sigue teniendo la opinión pública hoy. Lo reconoció así uno de los más importantes procesalistas italianos, Piero Calamandrei, en un libro que ya se ha hecho clásico en el ámbito de la deontología jurídica, este es *Demasiados abogados*, en el que señala que no obstante la importancia que prestan los profesionales del derecho a la sociedad y al Estado, no se puede pensar que en la práctica esta profesión esté rodeada de una gran simpatía en la opinión pública¹⁸.

Al respecto estableció el procesalista italiano: “No deben a este propósito asustarnos demasiado las concordes diatribas, en prosa y en verso, con las que el arte de todos los tiempos y de todos los países se ha recreado en acribillar la figura del abogado, sacando sabrosos tipos de abogados embrolladores... ni esa actitud de mordaz desconfianza que contra nuestra profesión ha tomado siempre el espíritu popular, que ve en el abogado el genio maléfico del mundo judicial; y que todavía hoy, cuando quiere compadecer a alguno que está a punto de arruinarse en pleitos, dice simplemente que el pobrecito ‘ha acabado en manos de los abogados’ con la misma entonación fúnebre con que hablaría de un náufrago caído prisionero de los antropófagos”¹⁹.

En los tiempos de la globalización, la situación que venimos describiendo no parece cambiar demasiado. Lejos han quedado los tiempos en que al abogado se le reconoció como una autoridad dentro de la sociedad, fundamentalmente por su altura moral, tal y como lo describe Serrano Suñer al señalar que “La profesión de abogado atraviesa, en estas horas,

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ Cfr. CALAMANDREI, PIERO, *Demasiados abogados*, Casa Poletti, México, s/f, p. 21.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 21-22.

una crisis específica en la que se agudizan todos los síntomas del cambio. A los antiguos despachos, cuyo prestigio se cimentó en virtudes y valores de alta cotización intelectual y moral, van sucediéndose oficinas gestoras de los grandes negocios, con ramificaciones internacionales, provechos financieros e incentivos políticos, del más innoble y descarado tráfico de influencia política”²⁰.

¿Cuál ha sido la causa de tan lamentable situación? ¿Cuáles han sido los motivos para que erróneamente se crea que en el ejercicio de la profesión jurídica el aspecto moral poco o nada tiene que ver, siempre y cuando consigamos el objetivo?

Para algunos autores como Víctor Manuel Pérez Valera no se debe olvidar que en las relaciones humanas pueden surgir conflictos, los cuales tienen repercusiones jurídicas en donde las pretensiones de las partes son muchas veces irreconciliables, pues es muy difícil que los sujetos involucrados lleguen a valores compartidos²¹. A esto hay que agregar que “precisamente por motivos éticos, en algunas ocasiones el abogado no puede declinar asumir causas impopulares y desagradables”²².

Otros autores, como Eugenio Trueba Urbina, destacan algunas de las prácticas contrarias a la ética que han motivado la mala fama de los abogados: “El mal uso de los procedimientos, el manejo malicioso de las leyes sin tomar en cuenta sus finalidades últimas, la poca atención que se presta a estudios fundamentales del derecho, y particularmente a su estimativa, sacrificando a la técnica y al éxito los valores de orden normativo”²³.

Sin duda, las razones expuestas son algunas de las causas del déficit ético de los abogados, pero en mi opinión hay otra más de fondo que quizá sea el origen de las demás, esta se refiere a la particular forma de enseñar, entender, interpretar y aplicar el derecho. Esta comprensión del derecho se encontraba anquilosada en un particular modelo jurídico que fue el que mayor influencia ejerció durante la primera mitad del siglo XX, me refiero al legalismo decimonónico, es decir, al positivismo normativista más radical, el cual, si bien no desestimaba la presencia de la moral en el derecho, incluso en aquel renglón relativo a la necesidad de favorecer la educación moral del futuro abogado, no tuvo nunca como prioridad este argumento. Menos le importaron temas como la personalidad o el carácter del futuro jurista, estos asuntos fueron secundarios, incluso hasta intrascendentes.

²⁰ SERRANO, SUÑER, citado por VÁZQUEZ GUERRERO, DANIEL FRANCISCO, en *Ética, deontología, y abogados*, Eiunsa, Barcelona, 1996, p. 20.

²¹ PÉREZ VALERA, VÍCTOR MANUEL, *Ser más humano. Reflexiones sobre...*, op. cit., p. 4.

²² *Ídem*.

²³ TRUEBA URBINA, EUGENIO, *Ética profesional para el ejercicio del derecho*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1997, p. 49.

La profesora Ángela Aparisi ha descrito a la perfección la situación anterior al reconocer que en la moderna visión del trabajo, el jurista fue convertido en un mero técnico cuya “herramienta” no fue otra cosa que el derecho, entendido este como un conjunto de reglas autosuficientes respecto del sistema social, en donde la dimensión ética del trabajo se encontraba muy alejada de su propio ejercicio. Tal consideración –continúa la profesora Aparisi– va conduciendo al profesional a una especie de “asepsia valorativa”, y en consecuencia a una pérdida crítica sobre el derecho. Así, la labor del jurista consistió básicamente en conocer y describir el derecho positivo vigente²⁴.

Enfatizando que esta idea fue la que se encontró en el corazón mismo del positivismo formalista, llega a señalar que “el formalismo positivista contribuyó a potenciar un modelo de profesional al que no debía interesar las consideraciones culturales, políticas o éticas... Así, el científico, que tradicionalmente había visto sometido su trabajo a tres límites –material, legal y ético–, situados estos en un plano de igualdad, pasó a relegar la dimensión ética a lo meramente subjetivo y relativo. Una consecuencia práctica de ello es que muchas profesiones han carecido, hasta hace poco tiempo, de códigos deontológicos”²⁵.

III. CRÍTICAS AL POSITIVISMO JURÍDICO. CAUSAS DE ABANDONO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Pero el modelo iuspositivista ha sido fuertemente criticado y muchas veces abandonado por esa falta de atención al argumento ético. El profesor argentino Carlos I. Massini ha podido distinguir tres causas de crisis y abandono del referido paradigma iusfilosófico: i) las de carácter ético-político²⁶; ii) las de índole jurídico-institucional, y iii) las de orden epistémico-filosófico²⁷. Las que interesa destacar aquí son las de orden

²⁴ Cfr., APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 65-66.

²⁵ *Ibidem*, pp. 68-69.

²⁶ Estas se refieren a la “reacción moral que provocaron los totalitarismos comunistas y nacionalsocialistas, con sus campos de exterminio, sus métodos inhumanos de sumisión y la exclusión sistemática de categorías enteras de personas de la condición de sujetos del derecho. A mediados del siglo XX se hizo difícil, a una buena mayoría de las personas interesadas por la problemática ética, o simplemente dotadas de una mínima sensibilidad moral, considerar como derecho, al menos en su significación central, a sistemas de normas intrínsecamente opresivos, excluyentes y aun criminales. Esta convicción generalizada alcanzó carácter institucional cuando los tribunales alemanes negaron condición jurídica a normas y resoluciones adoptadas por los organismos nazis de gobierno que implicaban graves violaciones de principios éticos en materia de justicia”. MASSINI CORREAS, CARLOS, I., *Ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 29.

²⁷ En el campo de la teoría del conocimiento y de la ciencia, resultó que el paradigma positivista, según el cual el conocimiento solo podía ser denominado “científico” cuando reunía los caracteres de: (i) meramente experimental-exacto, (ii) puramente descriptivo y,

jurídico-institucional, aunque sin duda las otras ayudan a justificar, aún más, la insistencia en la recuperación del argumento moral en el derecho, específicamente por lo que a la deontología jurídica se refiere.

Estas causas de orden jurídico-institucional apuntan al reconocimiento de un hecho como verdadero, este es, que el derecho es una disciplina eminentemente práctica, donde lo realmente significativo no es tratar de justificar lo que el derecho es, sino para lo que este sirve. Dicho así, el discurso jurídico contemporáneo no busca más concepciones unívocas del derecho, sino justificaciones de su aplicación, trasladando su tratamiento de una reflexión ontológica a la búsqueda de respuestas justas²⁸, dadas por profesionales comprometidos con el argumento ético, es decir, por juristas éticos. Así, en el derecho de hoy se exige una conjunción de elementos donde se evidencia la fuerte presencia del argumento moral: por una parte, se encuentra el contenido de justicia del derecho y, por otra, el requerimiento y compromiso con una serie de principios deontológicos por parte de los operadores jurídicos, esto es, de los profesionales del derecho.

Por lo que tiene que ver con el primero de los aspectos, y por solo señalar un par de ejemplos, habrá que decir que hoy cualquier jurista ha de realizar una necesaria labor interpretativa, y en esta uno de los más importantes argumentos es el empleo de los “principios del derecho”, los cuales –si nos atenemos a lo que Dworkin ha señalado– mantienen un contenido moral, el que juega un papel fundamental a la hora de pensar y operar con el derecho²⁹. Otro ejemplo es el de los derechos humanos, los que sin duda hoy se pueden calificar como la nueva moral en el derecho.

Ahora bien, si hoy la reflexión sobre el derecho incluye la incorporación de criterios morales, y en su ejercicio profesional debe trabajarse con tales criterios éticos, la pregunta obligada sería entonces la siguiente: ¿qué profesionista del derecho será el que mejor esté atento y observe en forma más puntual dichos criterios de justicia, el profesionista del derecho al que nada importe la ética profesional, o aquel que se encuentra comprometido con un conjunto de principios deontológicos que lo hagan ser y parecer un jurista excelente? Parece que la respuesta es obvia.

por consiguiente, libre de cualquier tipo de valoraciones, conforme al *dictum* de Max Weber, y (iii) reducido a objetos materiales cuantificables, con el consiguiente estrechamiento del ámbito de la experiencia, no pudo ya ser más defendido consistentemente en sede científica. *Ibidem*, p. 30.

²⁸ Ha mostrado Cristóbal Orrego que el oficio del jurista, operador principal de una ciencia práctica como es el derecho, consiste en discernir lo justo de lo injusto, y que es precisamente en la actividad del foro donde se comprende verdaderamente el derecho *tal como es*. Cfr., ORREGO SANCHEZ, CRISTÓBAL, *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, UNAM, México, 2005, pp. 141-153.

²⁹ Cfr., DWORKIN, RONALD., “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en *Crítica* 5, México, 1997. Cfr., tb., ALEXY, ROBERT, *Derecho y razón práctica*, 2ª ed., Fontamara, México, 1998.

IV. REHABILITACIÓN DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA

Por eso, al lado de los argumentos anteriores se encuentra como un tema esencial en la formación del buen profesionalista del derecho, del buen abogado, del buen juez, del buen notario, del buen fiscal, etcétera, el de la ética jurídica, deontología jurídica o ética profesional aplicada al derecho.

De este modo, para entender a cabalidad lo que la deontología es, un primer tema a considerar es que toda profesión, entendida como aquella actividad personal que se ejercita tanto en beneficio personal como social, supone una serie de conocimientos especializados para quien los posee. Estos saberes adquiridos a través de la capacitación deben usarse con miras al bien de la comunidad y estar supeditados o limitados a una serie de normas (escritas o consuetudinarias) que vinculan al profesionalista al menos con tres entidades: i) con la persona o institución que lo contrata confiando en su capacidad técnica y ética; ii) con el gremio de profesionistas que esperan de él una actuación diligente, y sobre todo moral para el prestigio de la misma profesión; y, iii) con la sociedad, que mantiene la esperanza de que su desempeño profesional contribuya al bien común social³⁰.

Así, puede señalarse entonces que la deontología –entendida esta en términos muy amplios– sería aquella disciplina encargada de establecer la naturaleza, fin y sobre todo los límites en los que se ha de encausar una actividad profesional. Estos límites no son otra cosa que los deberes, principios y virtudes a los que ha de sujetarse quien realiza cualquier profesión³¹.

Por su parte, el profesor Rafael Gómez Pérez define a la deontología como “el conjunto de normas, tanto morales como jurídicas, consuetudinarias o escritas, que regulan el ejercicio de una tarea profesional”³².

³⁰ Cfr. MAURO MARSICH, HUMBERTO, “Ética profesional y deontología jurídica: nociones y principios”, en CARRASCO FERNÁNDEZ, F. M. (comp.) *La abogacía práctica profesional, enseñanza y deontología*, O.G.S., Puebla, 2000, p. 121.

³¹ Una definición más amplia de lo que es la deontología profesional puede ser la empleada por Villoro Toranzo cuando cita a Carlos Lega: “Aplicada preferentemente a las profesiones intelectuales de antiguo origen histórico, la Deontología designa el conjunto de reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, en sustancia, una especie de urbanidad del profesional. Su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario, como el arte forense y el arte médico”. LEGA, CARLO, citado por VILLORO TORANZO, MIGUEL, en *Deontología jurídica*, Universidad Iberoamérica, México, 1987, p. 8.

³² GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, “Introducción a libro Ética de las profesiones jurídicas”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología, I*, UCM-AEDOS, Murcia, 2003, p. 47. Del mismo autor y en forma mucho más explícita para las diferentes profesiones jurídicas, cfr., *Deontología Jurídica*, 3ª ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, pp. 111-301.

Acertadamente, Francisco Daniel Vázquez Guerrero ha señalado que cualquier deontología establece el campo de licitud del ejercicio profesional al menos en dos ámbitos, uno interno y otro externo. El primero, “advertiría al profesional de la extralimitación de su actividad hacia lo ilícito; en tanto que el segundo límite establecería un valladar o defensa de lo profesional frente a intromisiones exteriores, cuyo origen estaría en los poderes fácticos del sistema”³³.

Finalmente, la profesora Ángela Aparisi señala que actualmente “la Deontología remite fundamentalmente al estudio de los deberes que surgen en el desempeño de profesiones que se consideran de interés público, requieren un vínculo con el cliente o paciente, se ejercen en régimen de monopolio –porque exigen estar en posesión de un título– y de forma liberal”³⁴. Estableciendo a continuación que “La Deontología se enfrenta así, desde la perspectiva de unas exigencias éticas objetivas, radicadas en la dignidad de la persona y en los fines de su profesión, con los problemas humanos”³⁵.

Referido al ámbito de la profesión jurídica, ¿qué es la deontología jurídica? Si la deontología es la aplicación al terreno de las profesiones de los criterios éticos o morales, habrá entonces que decir que la deontología jurídica es justamente la aplicación de los deberes, principios, reglas y virtudes morales aplicados al terreno del derecho. La deontología jurídica sería así aquel conjunto de reglas, principios y virtudes morales que han de regir la conducta de los profesionales del derecho. Su labor consistirá en la calificación del trabajo de todo profesional del derecho en sus aspectos de bueno y malo³⁶. La deontología jurídica, señala Villoro Toranzo, “establece reglas para que los miembros de la misma profesión la desempeñen con dignidad y elevación moral”³⁷.

V. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS

Cuando de deontología se trata, es necesario detenerse, aunque sea brevemente, en uno de los aspectos centrales de esta materia, el que por desgracia no se ha abordado tan detalladamente por la doctrina, me refiero al tema de la naturaleza y comprensión general de lo que las normas deontológicas son. Por eso, habrá que señalar algunas puntualizaciones que conviene hacer sobre las normas, reglas o principios de carácter deontológico del ámbito jurídico.

³³ VÁZQUEZ GUERRERO, DANIEL, FRANCISCO, en *Ética, deontología y...*, op. cit., p. 14.

³⁴ APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, op. cit., p. 156.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ Cfr. VÁZQUEZ GUERRERO, DANIEL FRANCISCO, en *Ética, deontología y...*, op. cit., p. 26.

³⁷ VILLORO TORANZO, MIGUEL, *Deontología jurídica...*, op. cit., p. 12.

1. LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS REFLEJAN LA VINCULACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

La primera es que la norma de deontología jurídica refleja con toda claridad la estrecha relación entre la moral y el derecho. Es decir, a través de esta se evidencia la necesaria vinculación entre el aspecto moral y el jurídico. Con lo cual, la supuesta radical separación que el positivismo jurídico formalista habría propuesto no puede seguir sosteniéndose. Al menos en el aspecto deontológico esta relación es insoslayable. Como señala Aparisi: “los distintos profesionales son, y han sido conscientes, de que toda actividad posee una dimensión personal y, por lo tanto, debe realizarse dentro de unos parámetros de moralidad cuya infracción, con independencia de la existencia de sanciones, implica una desvaloración de la misma”³⁸.

2. ¿LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS SON SIEMPRE DE CARÁCTER MORAL?

Ahora bien, una de las preguntas que deben ser aclaradas es si ¿todas las normas deontológicas mantienen un carácter estricta y exclusivamente moral? A lo que hay que decir que si bien es verdad que la mayor parte de las normas deontológicas mantienen esa estrecha vinculación, habrá otras más en las que no necesariamente se refleje esta. Así, como lo han señalado López Guzmán y Aparisi Millares, puede ser que en su desarrollo y concretización normativos las reglas deontológicas adopten características de otros sistemas normativos, por ejemplo, las de los usos sociales³⁹.

Para enfatizar la idea anterior la profesora Aparisi, siguiendo a Lega, ha sostenido que el contenido y naturaleza de las normas deontológicas no se agota en el ámbito de la ética, como tampoco es correcto afirmar que estas normas tengan un carácter exclusivamente moral⁴⁰. “Las normas deontológicas presentan, en algunos casos, claros puntos de contacto con los usos sociales, ya que surgen como pautas, prácticas o reglas de comportamiento que adquieren obligatoriedad por la presión social. El profesional, al adoptar tales pautas, conseguirá mantener el prestigio y consideración social de una profesión. Su rechazo, por el contrario, operará en el sentido contrario, como ocurre, en general, con los usos sociales”⁴¹.

³⁸ APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, op. cit., pp. 69-70.

³⁹ Cfr., LÓPEZ GUZMÁN, JOSÉ y APARISI MIRALLES, ÁNGELA, “Aproximación al concepto de deontología (D)”, en *Persona y Derecho*, 30, Pamplona, 1994, p. 170.

⁴⁰ APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, op. cit., p. 158.

⁴¹ *Ídem*.

3. ¿LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS MANTIENEN UN CARÁCTER RELIGIOSO?

Sobre este cuestionamiento es igualmente oportuno aclarar que las normas deontológicas no tienen por qué identificarse con las de carácter religioso. Esta ha sido siempre una preocupación de quienes se han dedicado al estudio profundo de la deontología jurídica: enfatizar la idea que son dos cosas distintas, las de carácter religioso y las de índole temporal. Así, por ejemplo, J. M. Martínez Val señala lo siguiente: “podemos y debemos buscar normas fundamentales de conducta fuera de cualquier dogmatismo religioso, de forma que puedan resultar aceptables y válidas para quienes procedan de diferentes creencias religiosas u opiniones religiosas”⁴².

Si bien es verdad la tesis anterior, también lo es que las normas deontológicas deben ser igualmente admitidas por quienes incluso no profesan ningún tipo de religión. De modo que estas han de ser aceptadas y obligatorias tanto para creyentes como no creyentes. “No debe confundirse el plano natural con el religioso. Las normas éticas se hallan enraizadas en la dignidad de la naturaleza humana y se deducen a partir de operaciones de la razón práctica. Son, por tanto, patrimonio común de todos los seres humanos”⁴³.

Sobre este último punto conviene de todos modos advertir que las normas deontológicas no tienen por qué estar necesariamente reñidas con algunas otras de carácter religioso. De hecho, por ejemplo, iglesias como la católica siempre han estado preocupadas por la difusión y promoción de la ética o deontología profesional, este es parte del contenido de la doctrina social, por ejemplo. De ahí que se deba reconocer “que el humanismo cristiano ha tenido una gran influencia en la configuración de los principios deontológicos de las diferentes profesiones”⁴⁴. Con lo que ningún autor serio que trate sobre deontología jurídica puede desdeñar la importante influencia religiosa, aunque son dos ámbitos distintos⁴⁵.

⁴² MARTÍNEZ VAL, JOSÉ, MARÍA, citado por VÁZQUEZ GUERRERO, DANIEL FRANCISCO, en *Ética, deontología y...*, *op. cit.*, p. 24. La profesora Aparisi ha hecho notar este dilema al que siempre se han enfrentado las normas deontológicas al señalar que por tradición se ha creído que la deontología profesional hunde sus raíces en una dimensión religiosa, pero señalar esto es un error. De ahí que “esta equivocación motiva que el profesional no creyente rechace la obligatoriedad de la norma deontológica, ya que entiende que esta no le afecta”. APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, *op. cit.*, p. 163.

⁴³ APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, *Deontología Jurídica...*, *op. cit.*, pp. 235-301. Cfr., tb., SOTOMAYOR GARZA G., JESÚS, *La abogacía*, 3ª ed., Porrúa, México, 2008, pp. 95-102.

4. ¿LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS SON SIEMPRE CONSENSUADAS?

Un riesgo del que igualmente conviene tomar distancia es el hecho de pensar que las normas de la deontología jurídica puedan ser exclusivamente consensuadas o pactadas. Es verdad que algunas de las normas deontológicas han sido producto del acuerdo al que han llegado los miembros de gremio determinado, pero existen otras más que generalmente son las que dan contenido y vigencia a las anteriores que son de carácter objetivo e inmodificable. ¿Cómo se podría admitir que la regla que establece la imparcialidad del juez sea consensuada?, ¿o que la honestidad que debe tener el abogado con su cliente sea producto del consenso? Por eso, muchas veces el contenido de este tipo de normas difiere del sentir y opinión mayoritaria. En deontología jurídica no se puede confundir la moral profesional objetiva con moral positiva⁴⁶.

De lo hasta aquí señalado se puede decir que la deontología jurídica cumple con dos objetivos bien determinados: por una parte, perfecciona al ser humano como profesionalista, al indicarle la acción concreta que debe poner en práctica; y por la otra, le dan una cierta certeza y seguridad de que el resto de sus colegas de profesión actuarán del mismo modo, es decir, se apegarán a lo establecido por dichas normas deontológicas⁴⁷. Esto plantea, en mi opinión, un problema arduamente discutido en la doctrina: el tema de los conocidos códigos deontológicos de las distintas profesiones liberales, los cuales ofrecen un modelo o un perfil del buen profesionalista a conseguir. Este aspecto lo abordaremos en la última parte del trabajo.

VI. ¿QUÉ ES UNA PROFESIÓN?

Es necesario abordar inmediatamente este interrogante, porque se encuentra en la base de toda reflexión deontológica preguntarse qué es una profesión –cualquiera que esta sea, también la jurídica–. Si le preguntamos a Max Weber la respuesta es clara; para este autor, la profesión es “la peculiar especificación, especialización y coordinación que muestran los servicios prestados por una persona, fundamento para la misma de una probabilidad duradera de subsistencia o de ganancias”⁴⁸.

Sin duda, Weber lleva parte de razón al señalar que una profesión se caracteriza por un conjunto de conocimientos especializados que el profesionalista posee, pero parece muy debatible que la misma tenga como

⁴⁶ Cfr., LÓPEZ GUZMÁN, JOSÉ y APARISI MIRALLES, ÁNGELA, “Aproximación al concepto de deontología (I)”, en *Persona y Derecho*,..., *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷ Cfr. VÁZQUEZ GUERRERO, DANIEL FRANCISCO, en *Ética, deontología y...*, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁸ WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, segunda reimpresión de la 2ª ed., de la cuarta en alemán, F.C.E., Madrid, 2002, p. 111.

fundamento el aspecto de carácter económico, o de ganancias. En el caso del ejercicio profesional del derecho, ¿la profesión jurídica es solo un instrumento individual para conseguir dinero?, ¿el ejercicio profesional del derecho ha de servir para obtener ganancias?

Contestar afirmativamente a las interrogantes anteriores no solo desnaturalizaría la profesión jurídica, o cualquier otra profesión, sino llevaría a extremos como los de solo ofrecer los servicios profesionales a quien pueda pagarlos o, en el peor de los casos, de venderse al mejor postor. Si lo importante es priorizar la ganancia en el ejercicio profesional, cualquier medio que nos condujera a ese fin sería plenamente justificado. Pero ni la historia ni la naturaleza de la profesión jurídica han tenido nunca como objetivo el lucro⁴⁹. Como lo recuerda José María Martínez Val para el caso de la abogacía, esta no fue una profesión⁵⁰, “sino una actividad social que constituía honor e influencia, pero no conllevaba remuneración o sustento habitual de la vida”⁵¹.

En un sentido diferente a lo señalado por Weber, la profesora Adela Cortina ha propuesto la siguiente definición de lo que es una profesión: Esta es “una actividad social cooperativa, cuya meta interna consiste en proporcionar a la sociedad un bien específico e indispensable para su supervivencia como sociedad humana, para lo cual se precisa el concurso de la comunidad de profesionales que como tales se identifican ante la sociedad”⁵².

En sintonía parecida a la de la profesora Cortina, Augusto Hortal ha señalado que las profesiones son aquellas “actividades ocupacionales: a) en las que de forma institucionalizada se presta *un servicio específico a la sociedad*, b) por parte de un conjunto de *personas* (los profesionales) *que se dedican a ella de forma estable, obteniendo de ellas su medio de vida*, c) formando con los otros profesionales (colegas) un *colectivo que obtiene o trata de obtener el control monopolístico* sobre el ejercicio de

⁴⁹ “Las primeras profesiones de las que tenemos noticia son esencialmente tres: sacerdote, médico, jurista. Cada una de ellas proporciona a la humanidad un bien indispensable para la vida personal y social. Por eso, quienes ejercen estas profesiones no solo tienen que seguir un peculiar aprendizaje en cada caso para ingresar en la profesión, sino que deben pronunciar un juramento por el que se comprometen a obedecer sus reglas e intentar proporcionar el bien correspondiente, más allá de su interés egoísta”. CORTINA, ADELA, *10 palabras clave en ética de las profesiones*, Eud, Navarra, 2000, p. 17.

⁵⁰ “La Abogacía, antes de ser una profesión, fue una actividad señera, señorial... la Abogacía como defensa de personas, derechos, bienes e intereses. Nació en el III milenio a. de J.C en Sumeria. Fue en defensa de una mujer gravemente acusada. Está ya en el antiquísimo Código de Manú. Según él, sabios en las leyes podrían ilustrar –sin estipendio alguno– a quien lo hubiere menester, para sostener su alegación, por sí o por otro, ante autoridades y tribunales. El Antiguo Testamento recoge idéntica tradición entre los hebreos. Y la hubo en Egipto, donde era necesario un defensor cuando llevadas las leyes a forma escrita se prohibieron las alegaciones oratorias, para que las artes suasorias del defensor, en usos retóricos y hasta patéticos y gestuales, no pudieran influir en los jueces”. MARTÍNEZ VAL, JOSÉ MARÍA, *Abogacía y Abogados*, 4ª ed., Barcelona, 1999, p. 1.

⁵¹ *Ídem*.

⁵² CORTINA, ADELA, *10 palabras clave en ética de las...*, op. cit., p. 15.

la profesión, d) y acceden a ella tras un *largo proceso de capacitación teórica* y práctica, de la cual depende la acreditación o licencia para ejercer dicha profesión”⁵³.

La propia profesora Cortina ha explicado de manera clara y acertada cuál es el sentido de una profesión, estableciendo una serie de rasgos distintivos que la identifican y que podrían ser perfectamente aplicados a la profesión jurídica. Veamos cuáles son estos.

VII. CARACTERES DE LA PROFESIÓN JURÍDICA

En primer lugar, cualquier actividad profesional cobra sentido cuando persigue unas determinadas metas, unos determinados objetivos por los que se distingue. “La actividad profesional no es solo un medio para conseguir una meta que está situada fuera de ella (el ingreso), sino una actividad que tiene un fin en sí misma”⁵⁴. Así, por ejemplo, la práctica de la medicina persigue la salud; la educación, la transmisión del conocimiento, etcétera. En el caso de la profesión jurídica, su meta es diversa; así, el abogado postulante ha de defender los derechos de su cliente; el notario dar fe pública de las transacciones que realizan los particulares o en las que participa el Estado; el fiscal o Ministerio Público realiza una buena investigación y acusación en el caso de los delitos; el profesor de derecho prepara y actualiza sus conocimientos para ofrecer una buena clase, etcétera.

En segundo lugar, cualquier profesión no es una actividad individual, sino que es ejercida por un conjunto de personas, de “colegas”, con los que se conforma una comunidad, “porque deben perseguir las mismas metas, utilizar la misma jerga, se sirven de unos métodos comunes y asumen un *ethos*, el carácter de la profesión”⁵⁵. No existen, por tanto, los médicos o los maestros aislados. Del mismo modo, el derecho también es ejercido en comunidad, la que está compuesta por todos aquellos profesionistas que despliegan sus conocimientos jurídicos en las diversas actividades jurídicas, igual un abogado que un juez, lo mismo un notario que fiscal o un profesor universitario⁵⁶.

En tercer lugar, el ejercicio de una actividad profesional dota a quien la ejerce de una “*identidad* y genera en él un cierto sentido de *pertenencia*. Junto a las identidades que cobra por pertenecer a una familia, un país o una comunidad creyente, el profesional se sabe también juez, ingeniero

⁵³ HORTAL, AUGUSTO, *Ética general de las profesiones*, 2ª ed., Descléé, Bilbao, 2004, p. 51.

⁵⁴ CORTINA, ADELA, *10 palabras clave en ética de las...*, op. cit., p. 14. Cfr., de la misma autora, “Ética para los profesionales del siglo XXI”, en *Cuadernos de la Cátedra de Ética 1*, Universidad Iberoamericana, León, 2009, p. 9.

⁵⁵ CORTINA, ADELA, *10 palabras clave en ética de...*, op. cit., p. 14.

⁵⁶ Cfr. HORTAL, AUGUSTO, *Ética general de las profesiones...*, op. cit., pp. 202-225.

o sacerdote, perteneciente por ello al grupo de quienes comparten con él esa identidad”⁵⁷. Qué duda cabe que cuando uno ingresa a la carrera y ya en el ejercicio profesional se evidencia tal sentido de pertenencia a la comunidad de abogados, es –para utilizar un lenguaje coloquial– un “amor a la camiseta” de abogados.

Así las cosas, la profesión jurídica si bien es una actividad personal que se ejercita en beneficio propio tiene por encima de esto un fuerte referente social. Dicho más claramente, el profesional del derecho nunca ha de conducirse en su ejercicio laboral buscando siempre su interés egoísta o individualista. El verdadero jurista ha de estar consciente siempre de que con su actividad le proporciona a la sociedad un bien que es indispensable para la propia supervivencia de la sociedad, y sin este la misma no podría concebirse. De ahí la relevancia del “bien común”, del “bien social”. Por eso la necesidad del compromiso con una serie de principios, reglas y virtudes que persigan el referido bien, más allá del interés personal y egoísta.

El profesionista del derecho y la deontología jurídica así entendida, “establecen reglas para que los miembros de la misma profesión la desempeñen con dignidad y elevación moral”⁵⁸, como nos lo recordó siempre el maestro Villoro Toranzo⁵⁹.

VIII. NECESIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO DE UNA DEONTOLOGÍA PARA EL PROFESIONAL DEL DERECHO

Ahora bien, ¿por qué en este nuevo Estado constitucional de derecho se enfatiza la idea de que los abogados han de conducirse éticamente? ¿Cuáles son las razones por las que en esta nueva forma de pensar el derecho y el Estado se destaca el comportamiento ético de los juristas en general?

Varias son las razones que se pueden establecer. En primer lugar, hay que reconocer que las sociedades de hoy son cada vez más demandantes y que como tales no les son indiferentes las acciones y actuaciones de sus protagonistas, especialmente de aquellos que ejercen una profesión liberal en su interior, como es la profesión jurídica.

Sobre el punto anterior, Augusto Horta, reseñando un trabajo introductorio al suplemento especial de *Hastings Center Report* dedicado a *The Public Duties of the Professions*, señalará lo que los autores del

⁵⁷ CORTINA, ADELA, *10 palabras clave en ética de...*, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁸ VILORO TORANZO, MIGUEL, *Deontología jurídica...*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁹ “(...) las deontologías profesionales (la deontología jurídica –JSS–) aparecen como un esfuerzo serio y responsable de lograr el prestigio de su profesión, no por caminos superficiales y vanos, sino por la exigencia de conducta de alto nivel moral. Un prestigio así fundado es un prestigio merecido”. *Ibidem*, p. 13.

mismo (B. Jennings, D. Callahan y S.M. Wolf) dirán a propósito de la evolución histórica reciente de la ética de las profesiones. Después de señalar que en una primera etapa (década de los treinta) el interés por la ética en el trabajo profesional se refirió principalmente al “decoro profesional y cuestiones de etiqueta”, y que en una segunda fase (años sesenta) esta tuvo como principal objetivo “los derechos de los clientes”, desde la década de los ochenta ha surgido una nueva conciencia sobre las obligaciones del profesionista con el conjunto de la sociedad y sus exigencias⁶⁰. “Cada profesión –escriben los autores– está atravesando un proceso de fermentación intelectual, de transformación social y de redefinición ética. Ya no puede contar ninguna profesión con la admiración ingenua o la confianza implícita por parte de la clientela o del público en general. El nuevo ‘contrato social’ entre la sociedad y las profesiones que se divisa va a exigir que las profesiones tomen como deber propio servir al interés público y al bien común con más seriedad de lo que lo han hecho hasta ahora”⁶¹.

A todos los actores sociales, pero especialmente a los profesionales del derecho, la sociedad de hoy les exige y reclama un determinado comportamiento, una específica forma de ser fundamentada en criterios éticos o morales que le ayuden al mantenimiento de los objetivos sociales, entre ellos, quizá el más importante, la misma cohesión social. Sin derecho no hay sociedad⁶².

Como lo ha reconocido la profesora Adela Cortina, aceptando que en el seno de las sociedades existe una diversidad de concepciones morales, cada una de las cuales propone diferentes visiones del mundo, lo que intenta este tipo de ética es tratar de llegar a acuerdos sobre los principios, reglas y virtudes básicas que han de regir el propio desarrollo social y caracterizar el ejercicio de las profesiones liberales, en este caso la jurídica, buscando con esto una cierta “moralización social” basada en principios y valores que por racionales deberían ser comúnmente compartidos⁶³. A esta propuesta de moralizar los diferentes aspectos de la vida social se le viene otorgando el nombre de “ética cívica”⁶⁴.

Una segunda razón, íntimamente ligada a la anterior, es la que tiene que ver con el hecho de reconocer, igualmente, que las propias sociedades reclaman de sus actores sociales, particularmente de sus profesionistas, un compromiso con la “excelencia profesional”, una obligación con hacer

⁶⁰ HORTAL, AUGUSTO, *Ética general de las...*, *op. cit.*, p. 227.

⁶¹ *Ibidem*, p. 128.

⁶² Por solo poner un ejemplo relativo a los jueces, se dice que los actos judiciales son sometidos al escrutinio público, con la consiguiente pérdida de confianza en ellos depositada. Cfr. VIGO, RODOLFO, “Hacia el Código de Ética Judicial del Poder Judicial de México”, en serie *Ética Judicial 1*, SCJN, México, 2004, p. 14.

⁶³ CORTINA, ADELA, *10 palabras clave en ética de...*, *op. cit.*, p. 21. Cfr., tb., de la misma autora, *Ética aplicada y democracia radical*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 165.

⁶⁴ Cfr., CORTINA, ADELA, *Ética aplicada y democracia...*, *op. cit.*, pp. 166-177.

de la mejor manera posible el trabajo cotidiano, en definitiva, demandan un “ir más allá” del puro compromiso técnico en la prestación del servicio. Por esta razón, también a la ética jurídica se les denomina “éticas de máximos”, porque impelen el mayor esfuerzo del que puede ser capaz una persona a la hora de realizar su actividad profesional. Sobre este argumento me detendré un poco más en párrafos subsiguientes.

IX. CARACTERÍSTICAS DE LA DEONTOLOGÍA

Llegados a este punto, me parece que la cabal comprensión de lo que la ética o deontología jurídica es, pasa al menos por 5 características básicas que ahora enuncio muy brevemente.

1. LA DEONTOLOGÍA Y SU RECHAZO A UNA VISIÓN JURIDICISTA

A la ética o deontología jurídica no hay que entenderla desde una visión juricista o ajustada estrictamente a lo que las normas jurídicas establecen. En rigor, la ética jurídica no se apega a lo que tradicionalmente ha venido considerándose para el derecho; en este, la amenaza de la sanción está siempre presente y en gran medida por ese temor se obedece. En cambio, en la ética se apela a la conciencia del profesional del derecho, al convencimiento por parte de este de que su función en la sociedad determina la fortaleza del entramado social. Así, por ejemplo, en el ámbito judicial se ha advertido el riesgo del juricismo que eventualmente puede correr la ética aplicada al mundo de los jueces.

Es verdad que en culturas jurídicas de corte continental europeo como las latinoamericanas se ha pensado y operado el derecho en forma aislada a disciplinas como la política, la economía, o la propia ética, pero esto es hoy ya imposible seguir sosteniendo. Hoy la ética se ha introducido a todos los rincones de lo jurídico. Sin embargo –como dice Atienza y Vigo–, “la ética tiene, de todas formas, ciertas señas de identidad que la diferencian del derecho en sentido estricto, como su mayor flexibilidad e informalidad y la apelación básicamente al convencimiento por parte de sus destinatarios. Por ello debe tenerse en cuenta que, aunque en el Código (se están refiriendo al Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial –JSS–) se empleen expresiones típicamente jurídicas (la misma de “código”, pero también “responsabilidad”, “proceso”, “tribunal”, “sanción”, etc.), se hace con un significado no enteramente coincidente con el que tienen en contextos estrictamente jurídicos”⁶⁵.

⁶⁵ ATIENZA, MANUEL y VIGO, LUIS RODOLFO, *Código Iberoamericano de Ética Judicial*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 13.

2. LA DEONTOLOGÍA ES DE MÁXIMOS NO DE MÍNIMOS

La deontología jurídica no es una ética de “mínimos”, sino de “máximos”. Aquí, podemos decir que existen dos tipos de profesionales del derecho, aquellos que se conforman con solo cumplir el servicio que prestan con las directrices que el derecho les impone, juristas que podríamos calificar como “conformistas” y hasta “mediocres”, y aquellos otros que incluso haciendo un esfuerzo hasta personal se empeñan por ir más allá de lo que las normas les marcan, entre otras cosas porque consideran la importancia de la serie de bienes que se encuentran implicados en su trabajo profesional. Por eso, este particular tipo de deontología es una ética no de “mínimos”, sino de “máximos”.

Al respecto, dice la profesora Adela Cortina: “Las éticas de la justicia o éticas de mínimos se ocupan únicamente de la dimensión universalizable del fenómeno moral, es decir, de aquellos deberes de justicia que son exigibles a cualquier ser racional y que, en definitiva, solo componen unas exigencias mínimas”⁶⁶. En cambio, la ética de máximos establece que observando la ley como obligatoria, reconoce también que debido a la relevancia de los bienes y responsabilidades implicados en la tarea jurídica, el profesional del derecho es capaz de “ir más allá” del puro cumplimiento de las normas, sabedor entonces de que los principios, reglas y virtudes que propone la deontología jurídica lo colocan en el camino de la plenitud en su labor, esto es, en el camino del perfeccionamiento o excelencia profesional. Así, este tipo de ética exige a todo jurista el mayor esfuerzo personal, la mejor disposición de ánimo, el superior empeño del que pueda ser capaz en el desarrollo de su trabajo.

Adela Cortina dirá que la ética de máximos “intenta ofrecer ideales de vida buena en el que el conjunto de bienes de que los hombres podemos gozar se presentan jerárquicamente como para producir la mayor felicidad posible”⁶⁷.

3. LA VIRTUD COMO CAMINO DE EXCELENCIA PROFESIONAL

Los juristas excelentes son aquellos que hacen suyo el argumento ético, por, entre otros medios, la asunción de ciertas virtudes humanas que los han de caracterizar como los mejores juristas posibles, no como uno más de los muchos que hay. Virtudes como la prudencia para saber deliberar sobre los asuntos en los que ha de actuar, honestidad para decir a su cliente las reales posibilidades de triunfo en su asunto, fortaleza para resistir los peligros en los que pueda verse envuelto al tomar una causa, templanza para saber controlar los múltiples instintos que como seres

⁶⁶ CORTINA, ADELA y MARTÍNEZ, EMILIO, *Ética*, 3ª ed., Akal, Madrid, 2001, p. 117.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 117-118.

humanos se tienen, empeño y dedicación para estudiar profundamente los asuntos en los que interviene, honradez para conocer cuáles son sus virtudes y defectos, y reconocer también los de sus contrincantes, humildad para no buscar vanagloria, e igualmente para cobrar lo justo en los asuntos que lleva, entereza y paciencia para saber escuchar y actuar en el momento oportuno, etcétera; virtudes todas que, sin duda, constituyen un buen camino para ser un buen jurista⁶⁸.

4. IDONEIDADES PERSONALES DEL JURISTA EXCELENTE

El buen jurista también ha de reunir una serie de idoneidades o aptitudes personales, las cuales podrían resumirse en cuatro: de carácter físico-psicológico, de orden científico, de carácter administrativo y de las de índole ético.

Las primeras tienen que enfatizar la idea de que los profesionistas del derecho son ante todo seres humanos y que esto, aunque sea obvio, es importante para la deontología jurídica, porque como personas pueden verse afectadas por males tanto físicos como psicológicos. Así, una labor excelente no puede ser bien desarrollada si el profesional padece alguna enfermedad tan grave que haga imposible cumplir con sus responsabilidades. Cuestiones como los trastornos de personalidad, las depresiones o algún mal físico, acarrearán problemas para el desarrollo óptimo de cualquier trabajo. Se exige entonces que los profesionales del derecho tengan un sano equilibrio emocional, que tengan una probada vocación conciliadora, que además traten con respeto y consideración a las personas y que también sepan escuchar con atención, guardando siempre una especial circunspección para poder razonar sus argumentos.

Las cualidades de carácter científico se refieren a la serie de conocimientos técnicos que el profesionista del derecho ha de poseer. Es claro que este profesional debe saber derecho y también cómo operarlo. Sin

⁶⁸ A solo título de ejemplo referido a la función judicial, Manuel Atienza ha señalado lo siguiente: "(...) quizás no podamos –o no tenga sentido– proponer un único modelo de juez, pero los diversos modelos tendrían que coincidir en algunas propiedades comunes pues, en otro caso, la administración de justicia no podría funcionar adecuadamente. Ahora bien, el concepto de 'buen juez' (como el de 'buen profesor') no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos. Un buen juez –me parece que en esto todos estamos de acuerdo– no es solo quien aplica el derecho vigente sin incurrir, en el ejercicio de esa actividad, en la comisión de delitos o de faltas sancionables disciplinariamente –quien no es corrupto– sino quien es capaz de ir 'más allá' del cumplimiento de las normas; y ello, no porque se exija de él –al menos, normalmente– un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez –las virtudes judiciales– no podrán plasmarse normativamente; son, justamente, rasgos de carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión si, a su vez, se tiene cierta disposición para ello". ATIENZA, MANUEL, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, Coyoacán, 2004, pp. 137-138. Cfr. BENNETT J., WILLIAM, *The Book of Virtues. A treasury of great moral stories*, Simon-Schuster, USA, 1993, *passim*. Cfr. tb., BERKOWITZ, PETER, *Virtue and Makin of Modern Liberalism*, Princeton University Press, Princeton, 2001, *passim*. Cfr., tb., HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 253.

embargo, habrá que decir que el conocimiento de esta disciplina práctica es distinta en razón de la actividad jurídica que se desarrolle. Así, el conocimiento que del derecho privado se tenga por parte de un notario, tendrá que ser mucho más profundo que el que puede tener un fiscal dedicado al derecho penal, o el grado de especialización que haya que tener el profesor de universidad sobre el proceso penal o civil, será menor si enseña filosofía del derecho que el juez o abogado postulante que tienen como áreas del derecho precisamente estas.

También, por lo que tiene que ver con las aptitudes técnicas o científicas del profesional del derecho, es importante señalar la obligación de este de capacitarse y actualizarse constantemente. Dice el primer mandamiento del abogado de Eduardo J. Couture: "I. Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado"⁶⁹.

Las idoneidades administrativas exigen del profesional del derecho una serie de aptitudes gerenciales para el correcto desempeño de su profesión. Este particular conjunto de aptitudes se reflejan fundamentalmente en poder sacar el mayor provecho posible de los recursos, tanto humanos como materiales con los que el profesionista cuenta a la hora de desarrollar su actividad. En el caso de los primeros, para saber orientar a sus colaboradores, y en el supuesto de los segundos, para optimizar al máximo tales recursos materiales⁷⁰.

Finalmente estarían las idoneidades de orden ético en las cuales se resumen todas las demás. A través de este tipo de aptitudes se pretende que el profesional del derecho goce de una cierta honorabilidad y confianza pública. Que haga suyas una serie de virtudes, como el compromiso con la justicia, que carezca de pomposidad, que no tenga tendencias autoritarias, que sea humilde, paciente, responsable, estudioso, ecuánime, íntegro, valiente, en definitiva, que tenga una buena reputación por ser coherente tanto en su vida pública como privada.

5. EL JURISTA Y EL COMPROMISO CON LA DIGNIDAD DE PERSONA

El buen jurista sabe que su trabajo tiene como referente esencial al ser humano, por eso debe asumir y hacer suyo el principio de dignidad

⁶⁹ COUTURE J., EDUARDO, "Decálogo del abogado", en OLMEDA GARCÍA, MARINA DEL PILAR, *Ética profesional en el ejercicio del derecho*, Universidad Autónoma de Baja California-Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 276.

⁷⁰ Un ejemplo de este particular tipo de idoneidades referidas a la actividad judicial la puede ofrecer el *Código de Ética del tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, específicamente en su artículo 26 denominado "Uso adecuado de los bienes y recursos" cuando señala: "El servidor público debe proteger y conservar los bienes que se le asignen. Utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento; utilizarlos exclusivamente para los fines a que estén afectos, sin que pueda emplearlos o permitir que otros lo hagan para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados".

de la persona como el principio rector de todas sus actuaciones. Ahora bien, la dignidad de la persona tiene distintas formas de expresarse, la principal, en el mundo jurídico, es el respeto incondicionado de los derechos humanos; para el caso de los abogados, no solo de su cliente o de quien asesora, sino también de su contraparte.

X. UNA BREVE REFERENCIA A LOS CÓDIGOS DE DEONTOLOGÍA

Una reflexión general sobre lo que la deontología jurídica es quedaría incompleta si no se tocara el tema, aunque sea en forma tangencial, de los Códigos de Ética. Aquí, el problema central radica en discutir sobre la conveniencia o no de contar con un código deontológico para los profesionales del derecho, en sus distintas formas de ejercicio.

Un primer comentario que convendría hacer es que mientras existe unanimidad al reconocer que los profesionales del derecho deben estar sujetos a una serie de principios o normas deontológicas en el desempeño de su ejercicio, no hay tanto consenso para aceptar un código deontológico.

Son muchos y muy variados los cuestionamientos que suelen formularse cuando de la estructuración y contenido de un código se trata⁷¹. ¿Un código de ética *per se*, haría buenos a los hombres, en este caso a los profesionistas del derecho? ¿El argumento moral que se encuentra en las normas deontológicas se agota en la elaboración de tal ordenamiento? ¿Qué naturaleza jurídica es la que corresponde al código de ética? ¿Quién o quiénes serían los que elaborarían dicho ordenamiento? ¿Cuál sería la validez de dicho código? ¿Las normas contenidas en el código deontológico serían vinculantes a nivel coercitivo o simplemente actuarían como recomendaciones a seguir?

Las respuestas para estas interrogantes son muy variadas; intentaré exponer algunas, pero antes se ha de saber que un código deontológico es una “guía de normas precisas para el profesional, que persigue facilitar y orientar el buen cumplimiento de los principios morales que impone una determinada profesión”⁷².

¿Un código hace buenos a los profesionistas?, lo primero que habrá que hacer es una distinción y una prevención. La primera es que cuando hablamos de “hacer buenos a los profesionistas del derecho”, no nos estamos refiriendo a la acción técnica desarrollada durante su desempeño profesional, por ejemplo, cuando un juez hace una sentencia de manera impecable, apegada a los cánones de la técnica jurídica. Estamos refiriéndonos a la perfección del hombre como *profesionista* y como *persona* a la hora de desarrollar su labor.

⁷¹ Algunas de las críticas pueden verse en: APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, *op. cit.*, pp. 167-168.

⁷² *Ibidem*, p. 166.

La prevención va muy ligada con lo anterior, pues hay que advertir que la existencia de un código de ética no hace buenos a los hombres. La plenitud o perfección de lo humano y su reflejo en lo profesional solo puede lograrse a través del ejercicio reiterado en el cultivo de las virtudes, “aprender haciendo y haciendo sabiendo”, había señalado Aristóteles en el cultivo de las virtudes⁷³. Un juez solo puede ser imparcial si convencido de la acción se esfuerza por no favorecer a ninguna de las partes en el proceso. Un abogado solo puede ser honesto si se abstiene de sobornar por cualquier medio a los actores del proceso, etcétera.

Señalado lo anterior, habrá que decir que en el tema de los Códigos de Ética es mejor llevar a efecto una labor de sumar más que de restar. En este punto los beneficiarios de los códigos de ética serían, por una parte, el propio protagonista, es decir, el profesional cuya labor es objeto de codificación, pues encontrándose en una situación dubitativa, como son buena parte las del razonamiento práctico, en este caso, del derecho, cuenta con la posibilidad que le ofrece un código para saber qué hacer en tal situación concreta.

Por otra parte, el propio gremio de los abogados, jueces, notarios, etcétera, resultarían igualmente beneficiados, pues tendrían la seguridad de saber que sus colegas asumirían un comportamiento moral mínimo en sus actuaciones profesionales.

Finalmente, la misma sociedad se beneficiaría con los códigos de ética, al saber que los profesionistas del derecho estarán reglados en su actuación a una serie de parámetros que no pueden ser violentados.

Ahora bien, pasando al tema de la fuerza vinculatoria de las normas que integran el código deontológico, habrá que decir que estas realizan dos funciones bien determinadas: por una parte, establecen criterios que determinan comportamientos específicos a seguir por parte del profesionista. Por la otra, promocionan y recomiendan igualmente conductas que reditúan finalmente en un beneficio personal y social⁷⁴. Sin embargo, sería un error pensar que las normas deontológicas solo actúan a nivel de buenos principios. Tales reglas encuentran también su fuerza vinculatoria en las sanciones a las que pueden hacerse acreedores los profesionistas del derecho que las violen. Aquí entra el tema de la colegiación obligatoria de los profesionales del derecho, principalmente los abogados.

⁷³ Una clara explicación sobre la forma en que el ser humano se cultiva en las virtudes, en GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, México, 2002, pp. 31-57.

⁷⁴ “Se puede mantener que su principal misión (la de los códigos de ética o deontológicos –JSS–) es la de promover y promocionar determinadas pautas de comportamiento, intentando disuadir de la realización de otras. El código posee así una función primaria en la que coincide con el derecho y la moral, consistente en promover un determinado modelo de comportamiento entre los miembros de un colectivo profesional. Este carácter promocional y positivo debe ser el que predomine en los códigos deontológicos”. APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas...*, op. cit., p. 169.

En íntima relación con lo anterior se suele preguntar ¿dónde encuentran su validez y legitimidad las normas de los códigos deontológicos? Se ha señalado anteriormente que la validez de este tipo de normas está en la fuerza moral de su contenido. Ha quedado explicado que no se refiere a la moralidad de cada profesionalista, es la moral de un grupo de profesionalistas la que debe ser observada, de modo que son los principios morales, valores o bienes de una profesión determinada los que le dan validez. En este caso validez o legitimidad material⁷⁵. Su legitimidad formal se la da el haber sido recogido y aprobado por un grupo o colegio de profesionales que lo han dado y que la sociedad les reconoce capacidad para reglar su comportamiento de acuerdo con un código moral⁷⁶.

Una última cuestión convendría plantear: ¿quiénes están autorizados para dar el código? Sin duda, quienes deben idear la estructura y contenido de los códigos de ética son los propios miembros del grupo o colegio respectivo. De modo que serán solo los notarios, abogados, jueces⁷⁷, ministerios públicos, etcétera, los que deberían dárselos, porque son ellos los que conocen los problemas que encierra el ejercicio de su profesión, los que deben estructurar su propio código.

¿Qué funciones son las que realizan los códigos de ética? En primer lugar, una tarea de compilación, esto es, que en un solo documento son reunidos los principios éticos que se encuentran dispersos en todo el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, aclaran también el significado de las conductas que regulan y de los principios que contienen. También ofrecen una cierta garantía jurídica al incorporar una serie de criterios éticos que señalan cuáles son las conductas correctas y las incorrectas.

Como dicen Atienza y Vigo⁷⁸, para el ámbito judicial los códigos de ética son un estímulo para “fortalecer la voluntad de cumplimiento de sus deberes por parte de algunos jueces no inclinados a ello”⁷⁹.

Además, los códigos consagran pautas éticas objetivas, lo que sirve para que el ciudadano pueda identificar a los buenos y malos jueces⁸⁰.

Finalmente, en ciertas sociedades, “la existencia de un Código de Ética Judicial puede legitimar el pedido a las otras profesiones jurídicas desde el ámbito judicial para que imiten el trabajo realizado y se dicten códigos análogos”⁸¹.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 180.

⁷⁶ Cfr. *Ídem*.

⁷⁷ Para un excelente análisis sobre la naturaleza de los códigos de ética judicial, cfr., ANDRUET, (H.), S., ARMANDO, *Códigos de ética judicial*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 51-83.

⁷⁸ Cfr. ATIENZA, MANUEL y VIGO, RODOLFO LUIS, *Código Iberoamericano de Ética...*, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁰ Cfr. *Ídem*.

⁸¹ *Ídem*.

Desde una perspectiva no judicial se han propuesto otras funciones de los códigos de ética. Estas se dividen en “internas” y “externas”. Las primeras serían “a) recalcan que la profesionalidad incluye la referencia a valores y no solo a la competencia técnica, y en este sentido pueden expresar una cultura de grupo; b) permiten la autorregulación profesional, incluso en lo que hace referencia a los aspectos sancionadores; c) permiten distinguir entre los mínimos de conducta que han de cumplir (o evitar) los profesionales y las aspiraciones que pueden compartir; d) pueden tener una función educativa y orientar la formación de los profesionales; e) el hecho de tener un código formulado supone disponer de una referencia que facilita que los profesionales reconozcan los problemas éticos; f) pueden facilitar la socialización de sus miembros”. En cuanto a sus funciones externas, estas serían: “a) en una sociedad más compleja expresan lo que se puede esperar de una profesión (y en qué cuestiones y por qué se puede confiar en ellas); b) expresan y delimitan las expectativas razonables que se pueden tener hacia la profesión; c) son como barómetros sociales que expresan en qué ámbitos es necesario que los profesionales estén atentos a las demandas sociales; d) ponen de manifiesto la necesidad estructural que nuestra sociedad tiene de la responsabilidad en el ejercicio de toda profesión”⁸².

XI. CONCLUSIÓN

En este rápido repaso de algunos de los principales aspectos que componen la ética o deontología jurídica, parece obvio señalar la radical importancia de esta materia. Hoy, la formación del jurista quedará incompleta sin la inclusión en su desarrollo académico y laboral de aquellos principios, reglas y virtudes jurídicas que la ética de su profesión exige.

De no entender lo anterior, la profesión jurídica seguirá padeciendo el grave deterioro y desprestigio que desde hace mucho tiempo viene sufriendo. De ahí que se haga indispensable preguntarse sobre si el paradigma en el que hemos sido educados ha sido el mejor y debería seguir siendo enseñado tal y como hasta ahora está propuesto, o debería incluir la preparación y formación de los futuros abogados en los principios y reflexiones básicas de la deontología jurídica.

De este modo se exige hoy una reflexión sobre si los profesionistas del derecho han de servir más a intereses basados solo en la eficiencia –generalmente económica–, o se ha de reconocer que esta debe someterse a postulados de ética profesional que resultan claves para comprender a cabalidad qué es y para qué sirve una profesión.

⁸² LOZANO, M., JOSEP, *Ética y empresa*, Trotta, Valladolid, 1999, pp. 147-148.

Lo anterior se ha convertido ya en un artículo de primera necesidad en el Estado de derecho, y por tanto no se debe pensar que el mismo carezca de sentido. Hoy el derecho ya es insuficiente –y probablemente siempre lo fue– para mantener un verdadero estado basado en la justicia. El retorno a la deontología nos vuelve de nuevo a lo que un buen abogado fue, a lo que un buen juez fue, a lo que un buen fiscal fue, etcétera.

Estamos tal vez ante el dilema más crucial de la profesión jurídica y de todas las humanidades: o la degradación del profesionista a simple técnico servil de intereses espurios, o la humanización de nuestro trabajo basado en el reconocimiento de la dignidad del ser humano como parte de un todo social en el que nuestros conocimientos deben estar al servicio de esta. Yo creo que el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados chilenos apunta a lo segundo.

EL PRINCIPIO DE LEALTAD PROFESIONAL EN LA *PRAXIS* DE LA ABOGACÍA: EL CONFLICTO DE INTERESES

ÁNGELA APARISI MIRALLES

Doctora en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de Navarra, España

I. LA LEALTAD PROFESIONAL

La lealtad es una virtud humana y, asimismo, un principio general de la deontología profesional. Presupone la capacidad de las personas de asumir compromisos, de responder a la palabra dada, de saber mantener, en el futuro, las promesas vertidas en el pasado. La promesa es, a un tiempo “memoria y proyecto, y viene, por tanto, a unificar pasado, presente y futuro”¹. Por ello, la lealtad remite a la permanencia y estabilidad de la voluntad a lo largo del tiempo y en los diferentes ámbitos de la vida humana: institucional, familiar, social, laboral, religioso, etc. Se relaciona con la tradicional exigencia jurídica de la *fides*, tanto frente a uno mismo como frente a los demás². Posee una estrecha conexión con el Derecho ya que, en realidad, este es esencialmente *durée*, diacronía: viene a garantizar la fidelidad de las promesas humanas, en cuanto que son relevantes para otros. De ahí la importancia del compromiso, de la buena fe y del cumplimiento de las promesas, como fundamento de gran parte de las instituciones jurídicas.

En España, el Código Deontológico de la Abogacía (CDAE) incluye la lealtad entre las virtudes profesionales. En concreto, en su Preámbulo establece que “...la honradez, probidad, rectitud, *lealtad*... son virtudes

¹ BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2002 (reimpresión de la tercera edición), p. 131.

² No obstante, para algunos, mientras que la fidelidad se refiere, más bien, a la capacidad de responder frente a uno mismo de los compromisos libremente asumidos, la lealtad remite a la actuación íntegra frente a los demás.

que deben adornar cualquier actuación del Abogado... Ellas son la causa... y la base del honor y la dignidad de la profesión”. No obstante, como ya se ha indicado, la lealtad no es solo una virtud, entendida como un hábito de la voluntad, sino también una exigencia de deber ser, en consecuencia, un principio deontológico. Se encuentra, por otro lado, estrechamente relacionado con otros principios, como los de integridad, secreto profesional y desinterés, hasta el punto de que, en ocasiones, puede resultar difícil distinguirlos.

En el ámbito de la Deontología del Abogado, la lealtad incide, especialmente, en el modo de articular las relaciones de este profesional con los destinatarios de su trabajo, con los miembros de su colectivo, con los integrantes de la administración de justicia, y con el resto de personas con las que se relaciona por motivos laborales. Actuar en contra de la lealtad profesional no consiste tanto en incumplir alguna prescripción deontológica (o legal), como en no obrar de conformidad con lo que podemos denominar “fraternidad profesional” y “reglas del juego limpio” (*fair play*)³. En este sentido, para Rawls, en el ejercicio de la Abogacía es importante tener en cuenta el deber de *fair play*. En esta línea, para este autor, ser desleal no implica:

“quebrantar alguna regla particular, incluso si la infracción es difícil de detectar (hacer trampas), como sacar ventaja de subterfugios o ambigüedades contenidas en las reglas, aprovecharse de circunstancias especiales o inesperadas que hacen imposible hacerlas cumplir, insistir en que las reglas se hagan cumplir en beneficio propio cuando deberían dejarse en suspenso y, de forma general, actuar contraviniendo la intención de una práctica. Por esta razón se habla del sentido del juego limpio: actuar limpia y equitativamente requiere más que el simple ser capaz de seguir reglas...”⁴.

Se parte de la base de que las relaciones profesionales necesitan de la estabilidad que ofrece el respeto a los compromisos asumidos y la consiguiente predecibilidad de los comportamientos. Estas actitudes favorecen el buen desempeño de la profesión, así como la efectiva consecución de los fines de la administración de justicia, al crear un marco de relaciones en el que es posible la confianza y la cooperación. Por otro lado, tales actitudes no son solo algo deontológicamente deseable, sino también socialmente útil. En esta línea señala Melé que “cualquier competidor sabe que le conviene tener suficientemente en paz (armonía) el sistema, para que no tenga que gastar fuerzas en reordenarlo continuamente”⁵.

³ Vid. RAWLS, J., *Justicia como equidad. Una reformulación*, edición de Erin Kelly, trad. Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 91-92.

⁴ Vid. RAWLS, J., *Justicia como equidad*, *op. cit.*, p. 30.

⁵ MELÉ, D., *Ética, mercado y negocios*, Pamplona, Eunsa, 1994, p. 76.

II. LEALTAD CON EL CLIENTE: LOS CONFLICTOS DE INTERESES

La relación del Abogado con su cliente tiene un carácter netamente personal. Una persona, el cliente, ante un conflicto o una situación compleja acude a un profesional, el Abogado, en el que deposita –a veces en momentos de verdadera angustia– su confianza. Recurre a él con la convicción de que este posee los conocimientos técnico-jurídicos requeridos para afrontar su problema y, además, puede confiar en su honestidad profesional. En esta relación no existe, lógicamente, igualdad entre los sujetos implicados: el profesional se encuentra en una posición de relativa superioridad frente al cliente. Este último desconoce las reglas legales y el ambiente forense. A ello se puede unir su compleja posición en el litigio, como actor, demandado o acusado. En este contexto, y como contrapartida a la confianza otorgada, surge en el Abogado una obligación de lealtad frente a los intereses que le han sido encomendados. Dicha lealtad implica fidelidad, transparencia y veracidad en las relaciones con su cliente. Ciertamente, estamos ante un tema muy amplio y complejo, que incluye aspectos muy diversos. No obstante, en este trabajo nos vamos a referir, exclusivamente, a una consecuencia básica de la exigencia de lealtad del Abogado frente a su cliente: la prohibición de representar o defender intereses en conflicto⁶.

Estamos ante una de las cuestiones más complejas de la deontología actual del Abogado. Se trata, además, de un problema de gran actualidad e importancia creciente. En este sentido, por ejemplo, el Grupo de Trabajo que se constituyó en el seno del Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (CCBE), con la finalidad de revisar el Código Deontológico actualmente vigente, afirmó, en su informe final, que “The question of conflict of interest may well be the most controversial current issue in the legal profession”⁷. La complejidad del problema quedó también en evidencia cuando dicho Grupo de Trabajo no consiguió, a nivel europeo, consensuar una normativa más específica y detallada sobre el tema. Asimismo, Geoffrey Hazard, una de las figuras más importantes en el ámbito de la ética de la Abogacía de EE.UU., ha manifestado que el conflicto de intereses es, actualmente, el principal problema de la deontología profesional del Abogado⁸.

El conflicto de intereses afecta a los principios más esenciales de la Abogacía: independencia, libertad profesional, integridad –y por consiguiente confianza del cliente–, secreto profesional, y lealtad. Por ello,

⁶ La prohibición de defender a dos partes en un mismo asunto se encuentra ya recogida en la *London Ordinance* de 1280.

⁷ *Final Report*, febrero, 1998.

⁸ En general, sobre el conflicto de intereses, vid. APARISI MIRALLES, A., LÓPEZ GUZMÁN, J., Los conflictos interprofesionales derivados del desarrollo de la Atención Farmacéutica, en LÓPEZ GUZMÁN, J. (Coord). *Aspectos éticos de la profesión farmacéutica*, Madrid, Sanidad y Ediciones SL., 2008, pp. 1-24.

resulta complejo optar por considerarlo como una exigencia derivada de un principio u otro. No obstante, en nuestra opinión, y por las razones que iremos exponiendo en este trabajo, el conflicto de intereses incide, especialmente, en la lealtad que el Abogado debe profesar a su cliente. Y ello, con independencia de que, como veremos más adelante, con frecuencia queden afectados varios principios simultáneamente.

III. DEFINICIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES

Existe un conflicto de intereses cuando un Abogado prevé que no va a ser posible asesorar, o representar, los legítimos intereses de una persona, o entidad, con lealtad e independencia, porque se han asumido responsabilidades de asesoramiento o defensa, en el momento presente o con anterioridad, hacia otros clientes con intereses contrapuestos.

El fundamento de las normas que prohíben a un Abogado representar intereses en conflicto se encuentra en la misma naturaleza de la relación existente entre este y su cliente: como ya se ha indicado, quien acude a un profesional debe tener plena seguridad en la honestidad y lealtad de su actuar. Debe estar convencido de que los intereses confiados serán objeto de una independiente y leal defensa, y de que la información suministrada será tratada con rigurosa confidencialidad. Es evidente que ello no es posible si el Abogado representa a un cliente y, al mismo tiempo, a la parte contraria; a varios clientes con distintos intereses en el asunto; si un cliente le solicita que inicie acciones contra otro cliente anterior o, incluso, si el Abogado tiene intereses personales que entran en conflicto con los de su cliente. Tal sería el caso, por ejemplo, del Abogado dueño de una propiedad que, de algún modo, se vería afectada por el resultado de un asunto que le ha sido encomendado por un cliente.

En consecuencia con lo anteriormente señalado, el conflicto de intereses no exige una situación en la que el daño *necesariamente* se vaya a producir o, incluso, que ya se haya producido. Se trata, más bien, de un estado de *riesgo* para la integridad e independencia de la actuación profesional. Por ello, este tipo de conflictos remiten a situaciones en las que concurren unas determinadas circunstancias, aunque no se hayan producido aún –o, incluso, nunca se lleguen a producir– los potenciales resultados negativos. En consecuencia, serán las circunstancias, y no los resultados, las que determinarán la existencia de un conflicto de intereses⁹. En España, el artículo 4, apartados 2 y 3 del CDAE, establece que un Abogado no debe defraudar la confianza de su cliente y, por ello, está

⁹ KASSIRER, J.P.; ANGELL, M., "Financial conflicts of interest in Biomedical Research", *New England Journal of Medicine*, núm. 329, 1993, p. 570.

obligado a no defender intereses en conflicto con los de aquel. En este sentido, el CDAE, en su artículo 13. 3 afirma que:

“... el Abogado podrá abstenerse o cesar en la intervención cuando surjan discrepancias con el cliente. Deberá hacerlo siempre que concurren circunstancias que puedan afectar a su plena libertad e independencia en la defensa o a la obligación de secreto profesional...”.

Por su parte, el Código Deontológico del CCBE señala:

“3.2.1. El Abogado no deberá ser ni el asesor, ni el representante, ni el defensor de más de un cliente en un mismo asunto si existe un conflicto entre los intereses de estos clientes o un grave riesgo¹⁰ de que sobrevenga un conflicto semejante.

3.2.2. El Abogado deberá abstenerse de ocuparse de los asuntos de todos los clientes afectados cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, cuando exista riesgo de violación del secreto profesional o en caso de que peligre la integridad de su independencia.

3.2.3. El Abogado no deberá aceptar el asunto de un nuevo cliente si existe el riesgo de violación del secreto de las informaciones dadas por un antiguo cliente o si el conocimiento de los asuntos de su antiguo cliente pueden favorecer al nuevo cliente de forma injustificada.

3.2.4. Cuando los Abogados ejerzan en grupo, los párrafos 3.2.1 a 3.2.3 serán de aplicación al grupo en su conjunto y a todos sus miembros”.

Además, en España, el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los Abogados que prestan servicios en despachos de Abogados, individuales o colectivos, establece, en su artículo 6.2, que los titulares de los despachos no podrán dar órdenes o instrucciones ni encomendar asuntos a los Abogados que vulneren las normas relativas a los conflictos de intereses o que afecten a la obligación de preservar el secreto profesional.

Por su parte, la *American Bar Association (ABA) Model Rules*, en su artículo 1.7 mantiene también la prohibición de que un Abogado represente a un cliente que tenga intereses directamente contrarios a los de otro cliente, o en circunstancias en las que la labor del Abogado se encuentre objetivamente limitada por responsabilidades asumidas por el propio Abogado frente a otro cliente, frente a una tercera persona, o frente a un interés personal del propio Abogado.

Por último, si tenemos en cuenta los perjuicios que la defensa de intereses contrapuestos puede causar a los clientes, se entiende que la conducta no esté contemplada, de manera exclusiva, en la deontología de la profesión, sino que, además, en muchos países, como por ejemplo en España, el Código Penal contenga una expresa referencia al tema. En concreto, el artículo 467 de dicho cuerpo legal establece que:

¹⁰ La cursiva es propia.

“El Abogado o Procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de esta defendida o representante en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años”.

IV. TIPOS DE CONFLICTOS DE INTERESES

Como se ha podido advertir, existen diversos tipos de conflictos de intereses, según las circunstancias que se planteen. Una posible clasificación sería la siguiente¹¹:

1. CONFLICTOS DE INTERESES COINCIDENTES EN EL TIEMPO

a) Conflicto entre los intereses personales del Abogado y los intereses del cliente. En relación con esta situación, el CDAE, en su artículo 13.4, afirma:

“El Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio Abogado”.

Como ya se ha señalado, la *ABA Model Rules* también prohíbe al Abogado intervenir cuando los intereses que le son confiados se encuentran en conflicto con los suyos propios. Sin embargo, el Código Deontológico del CCBE admite esta posibilidad, aunque advierte que deben primar los intereses del cliente sobre los del profesional. En su artículo 2.7, ya citado, bajo el título de *Intereses del cliente*, afirma:

“Sin perjuicio de las reglas legales y deontológicas, el Abogado tiene la obligación de defender lo mejor posible los intereses de su cliente, incluso en contraposición a los suyos propios...”.

b) Conflicto surgido entre los intereses de dos o más clientes, a los que el Abogado está representando en un determinado momento. Se trata de situaciones en las que inicialmente hay una unidad de intereses entre los clientes pero, *a posteriori*, surgen discrepancias (por ejemplo, entre los distintos herederos a los que inicialmente se representa). En este caso, el CDAE, en los párrafos segundo y tercero de su artículo 13.4, establece que:

¹¹ MULLERAT, R., “The service of two masters. Lawyers’ conflict on interest”, p. 11 (Ponencia pronunciada en el Congreso de la Federación Europea de Colegios de Abogados, Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 2 de octubre de 2009).

“Caso de conflicto de intereses entre dos clientes del mismo Abogado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos.

Sin embargo el Abogado podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual, debiendo mantener en tal supuesto una estricta y exquisita objetividad”.

En este último caso, la función del Abogado será muy limitada: debe constreñirse a su actuación como mediador, o a preparar y redactar documentos contractuales, pero no a asesorar a alguna de las partes en detrimento de la otra.

Además, el punto 6 afirma que:

“El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia”.

La redacción es prácticamente idéntica a la contenida en el artículo 3.2.2 del Código Deontológico del CCBE. Consideramos que, en este caso, la redacción del texto no es suficientemente clara, ya que no deja patente si, para que surja en el Abogado la obligación de abstenerse de intervenir, es suficiente el surgimiento de un conflicto entre los clientes, o si, además, se requieren requisitos adicionales –riesgo de violación del secreto profesional, o peligro de que queden afectadas la libertad e independencia del profesional–, con la dificultad que conlleva la valoración de dichos riesgos.

c) Conflictos de intereses entre un cliente, al que ya se ha aceptado asesorar o representar, y otro cliente, afectado o enfrentado al primero en un mismo asunto (por ejemplo, una víctima de un delito y su presunto agresor). Este supuesto también aparece recogido en el artículo 3.2.1 del Código Deontológico del CCBE.

Por otro lado, como ya se ha indicado, este supuesto también está contemplado en el artículo 467 del Código Penal español.

2. CONFLICTOS DE INTERESES NO COINCIDENTES EN EL TIEMPO

a) Situaciones de conflicto entre los intereses de un cliente, al que el Abogado o Despacho ya ha asesorado, o representado, en una ocasión anterior, y los de posteriores clientes que pretendieran iniciar acciones legales contra el primero. Para estas situaciones el artículo 13. 5 del CDAE establece que:

“El Abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente”.

Ya hemos señalado que el Código Deontológico del CCBE, en su artículo 3.2.3, contiene una redacción prácticamente idéntica. De nuevo, el problema se puede plantear al valorar en qué situaciones existe riesgo para el secreto profesional en relación con la información referente a un primer cliente o que, por cualquier razón, se obtenga un beneficio para el nuevo cliente.

b) Conflictos entre los intereses de un cliente y las obligaciones ya asumidas anteriormente por el Abogado frente a terceros (empresas, instituciones públicas o privadas, etc.). Se trata de situaciones, bastante frecuentes, en las que un Abogado, o incluso un Despacho, reciben una retribución permanente por ser, por ejemplo, consultores de una entidad, o por comprometerse a prestar determinados servicios. Podría ser el caso, por ejemplo, de un Despacho que asumiera la responsabilidad de representar a los asegurados de una compañía de seguros, y recibiera la solicitud de un cliente de iniciar acciones legales contra esa misma compañía. En estos casos regirían los mismos principios que en los supuestos anteriores.

En relación con los supuestos expuestos habría que tener en cuenta, además, el denominado principio de imputación. Dicho principio establece la necesaria aplicación de las normas sobre conflictos de intereses, no solo al Abogado que asesore o asuma la dirección letrada de un asunto, sino también a todos los profesionales que forman parte de su Despacho. De este modo, se entiende que, en general, cualquier conflicto atribuible a un profesional es también imputable a todos los Abogados de la firma en su conjunto o, lo que es lo mismo, cada Abogado “infecta” con sus conflictos de intereses al resto de Abogados de la firma. Para este propósito, la firma es considerada como una entidad única.

En este sentido, el artículo 13.7 del CDAE sostiene que:

“Cuando varios Abogados formen parte o colaboren en un mismo despacho, cualquiera que sea la forma asociativa utilizada, las normas expuestas serán aplicables al grupo en su conjunto, y a todos y cada uno de sus miembros”.

Como ya se ha señalado, el artículo 3.2.4 del Código del CCBE mantiene una redacción similar, aunque no idéntica:

“Cuando los Abogados ejerzan colectivamente, los párrafos 3.2.1 y 3.2.3 serán de aplicación al grupo en su conjunto y a todos sus miembros”.

Por su parte, la *ABA Model Rules*, en su punto 1.1. (*Comment 2*), sostienen que:

“Una firma de Abogados actúa esencialmente como un solo Abogado en lo referente a las normas relativas a la lealtad con el cliente”.

Ya se ha indicado que los conflictos de intereses suelen afectar, simultáneamente, a varios principios deontológicos. Así, por ejemplo, en el supuesto de que un Abogado fuera a representar a dos clientes con intereses en conflicto, los principios que estarían en juego serían el de independencia y el de lealtad. En realidad se plantearía un conflicto entre dos lealtades distintas. Sin embargo, en el caso de un conflicto de intereses entre un cliente actual y otro anterior en el tiempo, estaría en juego, además, el deber de mantener el secreto profesional frente al primer cliente¹².

V. CRITERIOS DE VALORACIÓN

La importancia de un conflicto de intereses vendrá determinada, fundamentalmente, por tres variables¹³:

- a) La primera es la probabilidad de que una situación concreta presente, en potencia, el *riesgo* de incidir negativamente en la actuación del profesional (por ejemplo, la posibilidad que exista de que, en un caso concreto, quede afectado el secreto profesional).
- b) La segunda, el perjuicio que, previsiblemente, se pueda derivar para terceros si se lleva a cabo ese acto (por ejemplo, una lesión grave a los intereses del cliente por la falta de independencia del Abogado, una agresión a la intimidad o al honor por revelación de información sujeta al secreto profesional...).
- c) Además, la valoración también deberá tener en cuenta otros factores secundarios, como el posible daño producido al prestigio del colectivo profesional y la consiguiente desconfianza generada hacia los Abogados en la sociedad. Es evidente que cuando un conflicto de intereses se materializa de forma ilícita, queda inmediatamente entredicho la honestidad del profesional afectado en el proceso. Pero

¹² Vid. HOLLANDER, CH.; SALZEDO, S., *Conflicts of interest and Chinese walls*, Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 11.

¹³ Vid. LÓPEZ GUZMÁN, J., “Aspectos económicos e ideológicos de la investigación biomédica: los conflictos de intereses”, en BALLESTEROS, J.; FERNÁNDEZ, E. (Coord.), *Biotechnología y posthumanismo*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 287.

esa no es la única manifestación negativa del problema. También el Despacho, o empresa a la que pertenece el Abogado, pueden verse dañados o cuestionados, ya que quien ha llevado a cabo la actuación ilícita es parte de ellos. Asimismo, todo el conjunto de Abogados de una sociedad queda, de alguna manera, afectado negativamente por la actuación ilícita de un profesional.

VI. LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LAS DISTINTAS TRADICIONES JURÍDICAS

Si se comparan las normas deontológicas relativas a los conflictos de intereses en las distintas tradiciones jurídicas –en el *common law* y en el *civil law*–, se advierte la existencia de significativas diferencias en el tratamiento del tema. Por ejemplo, la *ABA Model Rules* dedica veintiséis páginas a la regulación de esta materia. Sin embargo, el Código Deontológico del CCBE tan solo contiene doce líneas sobre este tema. Ello encuentra su razón de ser en las diferencias existentes en el modo de ejercer la Abogacía en los distintos sistemas jurídicos: así, por ejemplo, en Europa, los Despachos son, en general, más pequeños, y también la litigación suele ser menor. Asimismo, en la tradición jurídica europea las normas deontológicas se suelen respetar de manera más generalizada que en los sistemas de *common law*.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la regulación deontológica de los conflictos de intereses en los sistemas del *common law* (especialmente en los Estados Unidos e Inglaterra) suele ser más flexible que la del *civil law*. De hecho, en los primeros se han desarrollado mecanismos e instituciones que permiten introducir excepciones al principio general de la prohibición de defender intereses en conflicto. Entre ellos está la posibilidad de que los clientes afectados otorguen su consentimiento informado, permitiendo así al Abogado actuar en un caso concreto. También se han elaborado instrumentos específicos como, por ejemplo, las denominadas “murallas chinas” (*Chinese walls*)¹⁴.

a) Respecto de la renuncia informada del cliente, se admite en algunas jurisdicciones pertenecientes al sistema del *common law*. Como garantía de seguridad, se suele exigir que se plasme por escrito.

No obstante, conviene tener en cuenta que, en muchas ocasiones, el consentimiento expreso de los clientes en conflicto no debe ser requisito suficiente para que un Abogado esté legitimado para actuar. Tal sería el caso, por ejemplo, de que un Abogado representara, al mismo tiempo, a

¹⁴ Vid. HOLLANDER, CH.; SALZEDO, S., *Conflicts of interest and Chinese walls*, *op. cit.*

un presunto criminal y a su víctima. Otro límite puede plantearse cuando está en juego el secreto profesional.

- b) En segundo lugar, las denominadas “murallas chinas” (técnicamente llamadas sistemas de aislamiento o *screening*) son mecanismos elaborados con la finalidad de evitar el impacto negativo del principio de imputación en los grandes Despachos profesionales¹⁵. El sistema consiste, básicamente, en establecer instrumentos de autocontrol para conseguir garantizar el aislamiento de la información (mecanismos que impiden el acceso a la misma, su divulgación, etc.). Por esta vía se intenta conseguir que Abogados pertenecientes a una misma firma puedan representar, o asesorar, a dos o más clientes con intereses contrapuestos, sin poner en peligro la confidencialidad de la información.

Es evidente que en las grandes firmas de Abogados el principio de imputación puede llegar a limitar, considerablemente, el elenco de posibles e importantes clientes. También hay que tener en cuenta la creciente movilidad de los Abogados a lo largo de su trayectoria profesional. Por ejemplo, hace algunas décadas era habitual que un Abogado trabajara a lo largo de su vida en uno o como mucho dos Despachos. En la actualidad la situación ha variado: es bastante frecuente que un profesional colabore con distintas firmas. Ello, como se puede entender, complica el tema de los conflictos de intereses, ya que, teóricamente, cada nuevo Abogado que se incorpora a un Despacho traerá consigo potenciales conflictos de intereses. En el ámbito anglosajón, algunos jueces han mantenido la doctrina de que el Abogado que se integra en una firma genera conflictos de intereses a su nuevo Despacho en relación con todos y cada uno de los clientes a los que ha asesorado o representado a lo largo de su trayectoria profesional¹⁶. Las *Chinese walls*, o sistemas de *screening*, intentarían paliar el impacto tan negativo que esto supondría para los grandes Despachos.

Estamos, ciertamente, ante un tema muy polémico. Como ya se ha indicado, algunas jurisdicciones de países del *common law* han autorizado, desde hace algunas décadas, el recurso a este tipo de mecanismos. No obstante, para su admisibilidad se suelen establecer estrictos requisitos. Entre ellos podríamos mencionar los siguientes:

- Separación física entre los distintos departamentos de la firma.
- Existencia de mecanismos que garanticen la imposibilidad de contacto intelectual entre los Abogados que defienden a clientes en conflicto. Ello conllevaría, por ejemplo, la estricta prohibición de mantener conversaciones de tipo profesional entre estos Abogados.

¹⁵ Vid. MULLERAT, R., “The service of two masters. Lawyers’ conflict on interest”, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶ SELEGUE, S. M., “Ethical Walls Find Acceptance in Ninth Circuit”, *Professional Liability News*, Issue 8, March 2002.

- Incorporación al Despacho de sistemas de formación continuada para formar a los profesionales en la valoración y respeto de los principios de independencia, lealtad y secreto profesional.
- Procedimientos de control interno, y aplicación de sanciones, cuando los Abogados no respeten los requerimientos que conlleva el tipo de aislamiento establecido.
- Mecanismos de control externo sobre el cumplimiento de estos requisitos (auditorías e inspecciones llevadas a cabo por empresas ajenas al Despacho, etc.).

También se suelen incluir otras medidas complementarias: depósito de documentos relevantes en lugares cerrados, acceso restringido a determinadas dependencias de los edificios, controles de entrada a los profesionales, compromisos por escrito de mantener el deber de confidencialidad, creación de equipos de trabajo independientes, etcétera.

Por otro lado se han desarrollado diversos programas informáticos de utilidad en este tema: sistemas que automáticamente detectan la existencia de posibles conflictos de intereses en un Despacho con sedes en distintas partes del mundo, programas que detectan cualquier tipo de anomalía o desviación en este ámbito: actividades profesionales inusuales, acceso inadecuado a información confidencial, etcétera.

Sin embargo, son muchos los que entienden que, a pesar de estas garantías, mecanismos y controles, las *Chinese walls* no permiten garantizar que se vaya a respetar el principio de confidencialidad¹⁷, teniendo en cuenta, especialmente, la sofisticación actual de los sistemas informáticos. En nuestra opinión, actualmente es imposible asegurar una absoluta separación entre profesionales que se encuentran física y, sobre todo, telemáticamente, en continua conexión. En esta línea, por ejemplo, en el caso *Re a firm of solicitors (Court of Appeal, Civil division, 24 May 1991)* el juez llegó a afirmar que “en este juicio, cualquier hombre razonable con conocimiento tanto de las circunstancias del caso como del funcionamiento de las ‘murallas chinas’ entendería que siempre existe riesgo de que la información confidencial traspase dichas ‘murallas’... Dudo mucho de que realmente se pueda crear alguna vez una ‘muralla china’ que garantice de manera absoluta el total aislamiento de la información”¹⁸. Por otro lado, si los clientes llegaran a conocer que sin su consentimiento

¹⁷ Vid. SMITH, P., “Chinese walls: Maintaining client confidentiality” (www.practicallaw.com/A9489).

¹⁸ “On the facts, a reasonable man with knowledge of all the facts including the measures for a Chinese wall proposed to be taken by the firm would, notwithstanding those measures, still consider that if the firm was allowed to continue to act for the defendant there would be a risk that some of the confidential information provided by the A & A companies to the firm when it was acting for ASM might inadvertently be revealed to the firm’s team who were to act for the defendant...” (Court of Appeal, Civil Division. Parker, Staughton L.J.J. and Sir David Croom-Johnson 15, 18, 24 May 1991). Se puede consultar en: www.uniset.ca/lloyddata/19921AllER353.rtf. Asimismo, vid. MULLERAT, R., *op. cit.*, p. 26.

el Despacho asesora o representa a otros clientes en conflicto con sus intereses, es evidente que la confianza en los Abogados se deterioraría significativamente.

VII. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Ya se ha indicado que en la actualidad el conflicto de intereses es uno de los problemas más importantes y complejos de la deontología profesional del Abogado. A ello se une el hecho de que en los últimos años se percibe un significativo incremento de estas situaciones. Algunas de las razones de podrían justificar esta proliferación son las siguientes¹⁹:

- a) El creciente proceso de globalización y consiguiente incremento de las transacciones económicas internacionales.
- b) También es importante destacar la evolución, y los consiguientes cambios significativos que se han producido, desde hace algunas décadas, en el modo de ejercer la Abogacía²⁰. Encontramos tanto un aumento del número de grandes firmas de Abogados como del tamaño de estos Despachos. Hace treinta años la cantidad de Despachos de Abogados en los que trabajaban más de 100 profesionales era reducida. En la actualidad encontramos firmas para las que trabajan 1.000, 2.000, e incluso 4.000 Abogados. Como es sabido, existen Despachos que tienen sucursales en países de los cinco continentes. Es evidente que cuanto mayor es el tamaño de la firma más probabilidades existen de que se produzca un conflicto de intereses, ya que lógicamente el número de clientes del Despacho se incrementará. Ello, unido al mencionado proceso de globalización de la economía, está generando actualmente serias dificultades para detectar la existencia de conflictos de intereses. Aunque la distancia espacial entre las sedes de los Despachos disminuya la percepción de la existencia de conflictos, es evidente que el riesgo de que se produzcan es el mismo. Como ya se ha indicado, en estos casos se requiere el recurso a sofisticados sistemas informáticos para detectar la existencia de conflictos de intereses.
- c) Otro factor importante al que también se ha hecho referencia es la creciente movilidad de los Abogados a lo largo de su trayectoria profesional, con lo que ello supone la incorporación a cada Despacho de potenciales conflictos de intereses²¹.
- d) Los conflictos de intereses también se ven incrementados por la posibilidad de que los Abogados trabajen desempeñando distintos roles

¹⁹ Vid. MULLERAT, R., "The service of two masters. Lawyers' conflict on interest", *op. cit.*, pp. 12-14.

²⁰ Vid. MULLERAT, R., "The service of two masters. Lawyers' conflict on interest", *op. cit.*, p. 12.

²¹ SELEGUE, S. M., "Ethical Walls Find Acceptance in Ninth Circuit", *Professional Liability News*, Issue 8, March 2002.

o funciones (por ejemplo, cuando un profesional representa a una empresa o entidad y, simultáneamente, forma parte de su Consejo de dirección)²².

- e) Por último, la elevación del nivel cultural de los ciudadanos conlleva, a su vez, una mayor conciencia de sus derechos, con el consiguiente incremento de los litigios. Un lugar especial ocupa el creciente número de demandas por negligencia profesional. Por ejemplo, en los años 70, en los EE.UU. las reclamaciones contra Abogados eran muy inusuales. En la actualidad, más del 70% de los Abogados ha contratado un seguro de responsabilidad civil, y el 10% debe enfrentarse a demandas en este sentido²³.

VIII. CONCLUSIÓN

El oficio de Abogado tiene una larga trayectoria histórica²⁴. Nace en el contexto de las relaciones sociales, ante la necesidad de que cada uno tenga y disfrute pacíficamente de *lo suyo* (ya sean bienes o derechos). Por ello, como coinciden en afirmar sociólogos y juristas, su aportación es imprescindible para la realización de la justicia particular y, en definitiva, para la paz social.

El Abogado es el primero que debe ser consciente de la trascendencia y la repercusión social de su trabajo profesional. Tiene que valorar la importancia de las funciones a las que está llamado, y de los bienes e intereses que están en juego. La consecución efectiva de dichos bienes y derechos dependerá, fundamentalmente, del correcto ejercicio de la profesión. Por ello, todo profesional debe ser conciente y procurar adquirir un conocimiento de la razón de ser, del *porque*²⁵ de la existencia de su profesión en la sociedad, de los principios éticos y deontológicos que la inspiran, y de las exigencias personales que de ellos se derivan.

²² MULLERAT, R., "The service of two masters. Lawyers' conflict on interest", *op. cit.*, pp. 12-13.

²³ Vid. GRAVEN, M., "To the best of one's ability: a guide to effective lawyering", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Summer, 2001.

²⁴ Vid. MARTÍ MINGARRO, L., *El Abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*, Cívitas, Madrid, 2001; NAVAS, M.J., *La abogacía en el Siglo de Oro*, Ilustre Colegio de Abogados, Madrid, 1996. Ya en la República Romana, los Abogados eran bastante numerosos. Fueron especialmente reconocidos Quinto Mucio Scaevola el Viejo (170-87 a. de C.) y su homónimo Quinto Mucio Scaevola el Joven (140-82 a. de C.). Otra figura fundamental fue Marco Tulio Cicerón.

²⁵ A partir del siglo XVI la ciencia en general, y también la ciencia del derecho, tendió a sustituir la pregunta del *por qué* (del sentido o finalidad intrínseca de una profesión) por la indagación del *cómo* (cuál es el camino más rápido, y eficiente, para llegar a alcanzar el resultado deseado). Vid. ZUBIRI, X., "La nueva física", en *Naturaleza, Historia, Dios*, Editora Nacional, Madrid, 1963, pp. 103 y ss. y 228 y ss.). Bajo esta visión, cualquier profesional deja de parecerse a un sabio y se convierte, progresivamente, en un técnico. Sobre este tema, vid., con más detalle, APARISI, A., *Ética y Deontología para Juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, capítulo I.

En realidad, la deontología aspira, en última instancia, a presentar un *modelo de profesional excelente*, que asume, con responsabilidad, las aspiraciones y necesidades que la sociedad ha depositado en el colectivo de que forma parte.

En el contexto actual asistimos a un proceso de competitividad y mercantilización creciente en la práctica jurídica. Existe una tendencia al pragmatismo que inclina a asimilar el trabajo de los profesionales del derecho a la actividad que se lleva a cabo en cualquier otra empresa comercial. Precisamente, en este nuevo contexto profesional podemos ponderar mejor la importancia y la necesaria preservación de los principios y virtudes que tradicionalmente han regido en el ejercicio de la Abogacía. Entre ellos ocupa un lugar fundamental la lealtad profesional y la prohibición de asesorar o defender intereses en conflicto.

HONESTIDAD Y LEALTAD, VIRTUDES DEL ABOGADO

GONZALO LETELIER WIDOW
Doctor en Derecho
Centro de Estudios Generales
Universidad de los Andes, Chile

I. PRESENTACIÓN

Honestidad y lealtad son aspectos esenciales de la ética profesional del abogado, quizás aquellos que mejor describen las virtudes que deben caracterizar el ejercicio de la profesión¹. Sin embargo, su concreción práctica es extremadamente ambigua. Los términos son tan amplios y su significado tan genérico, que resulta difícil hacerlos operativos sin caer en casuística.

A fuerza de calificar prácticamente todos los actos estrictamente profesionales, lealtad y honestidad terminan por no designar a ninguno de ellos en particular. El abogado debe ser honesto y leal con su cliente, con el juez, con sus colegas y la contraparte; cada una de las precisiones que haya que añadir para determinar en qué consiste esta actitud respecto de cada uno de estos sujetos, identificando explícitamente qué acto es debido, lícito o prohibido respecto de cada cual, exige apelar a otros principios prácticos o deberes profesionales que, por lo general, son capaces de resolver la cuestión por sí mismos, sin aludir a estos principios generales. Honestidad y lealtad funcionan como género próximo de los deberes específicos del abogado.

Por esta razón, evitaremos explicitar aquí cada uno de los deberes concretos de lealtad u honestidad del abogado, pues su no problematicidad teórica es claro síntoma de su palmaria evidencia y, por lo tanto, de su

¹ PARMA, MARCELO FERNANDO, en su *Vademecum de Ética Jurídica*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, pp. 52 ss., las considera “virtudes cardinales” del abogado, aunque cambia el término “honestidad” por “probidad”.

carencia de interés en este contexto. Así, por ejemplo, no es problemático (ni interesante) notar que el irrestricto respeto al secreto profesional que el abogado debe a su cliente es parte esencial de la lealtad profesional; lo problemático (e interesante) es analizar las causas, la naturaleza y los límites de este deber y derecho de reserva. Pero, como atestigua la misma estructura de esta obra, ese no es problema inmediatamente relativo a la lealtad del abogado, sino un problema *sui generis* que requiere un análisis específico. La lealtad lo exige, pero no lo explica.

II. SIGNIFICADO DE LOS TÉRMINOS

“Honestidad” designa, a grandes rasgos, una cierta disposición profundamente arraigada en la persona a actuar de modo correcto o decoroso, dentro de las normas de la moral, de las buenas costumbres y de las prácticas habituales del propio contexto. Como se podrá apreciar tras unas pocas incursiones al diccionario, se trata de uno de esos conceptos elementales o primarios del lenguaje moral, que solo pueden ser definidos mediante sinónimos o palabras que contengan una carga valorativa semejante, como “decencia”, “decoro”, “probidad”, “rectitud” o “justicia”. Lo mismo sucede, en efecto, con su raíz latina *honestus* y la noción próxima *decor*, o bien con el griego *kalós*. Los ejemplos resultan interesantes porque en ambas lenguas estos términos connotan una cierta valoración racional que no es solo moral, sino también “estética”, en el sentido de que aquello que es *decor* o *kalós* es bello, bueno y noble, digno, por lo tanto, de la mayor estima, respeto e incluso de contemplación. La honestidad designa una rectitud intachable de la conducta que no se limita al mero cumplimiento de las normas, sino que, en algún sentido, lo supera. El hombre honesto es cabalmente un hombre de bien, un hombre de honor².

El término lealtad, por su parte, proviene del latín *legalitas*, pero designa mucho más que la adecuación de la conducta a la norma positiva. La *lex* a la que se refiere esta *legalitas* es más bien la ley de la *fides*. Así, en efecto, la define el Diccionario de la Real Academia: “cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien”. La fidelidad, por su parte, es definida a partir de la lealtad, en una relación circular que confirma lo que venimos diciendo sobre la radicalidad de estos conceptos: fidelidad es “lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona”.

² La RAE define el “honor” como “cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo” y, en segundo lugar, según su uso más frecuente, como “gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea”. El primero de estos significados es prácticamente equivalente al que hemos dado a la “honestidad”. Todas las definiciones están tomadas de la vigésimo segunda edición del Diccionario (2001).

El concepto de *fides*, de rancia alcornia jurídica³, designa la fe o confianza que da y merece una palabra o promesa, siendo *fidelis* aquel que se atiene irreprochablemente a ella. De modo que la lealtad designa una genérica disposición al cumplimiento de los propios deberes y compromisos movida más por valor intrínseco del propio honor que por la necesidad de saldar la eventual deuda contraída.

En ambos casos (honestidad y lealtad) se trata de disposiciones personales que orientan la conducta, más que de cualidades más o menos abstractas de la actividad profesional; es decir, se trata en primer término de virtudes y no solo de valores⁴. Pero las virtudes son cualidades del ánimo, y no simples disposiciones rutinarias. En otros términos, la virtud es en primer lugar un modo de ser, y solo secundariamente un modo de actuar: *operari sequitur esse*.

La cuestión es importante, pues significa que el deber primario del abogado es ser leal y honesto en todos los ámbitos de su vida, de modo que también lo sea su conducta en general y su conducta profesional en particular⁵. Honestidad y lealtad no son simples “valores de la profesión”, referidos solo a aquellos que se relacionan profesionalmente con el abogado, sino que son virtudes que deben informar todo su ser y su conducta. De hecho, el hombre es uno solo, por lo que, en realidad, no es moralmente incorrecto sino directamente imposible ser honesto o leal en un determinado ámbito de la vida y no serlo en los demás.

El punto arroja ciertas luces sobre el grado de exigibilidad de ambas virtudes, pues explica en parte el arriba mentado “déficit de operatividad”. El problema es que, tratándose de disposiciones subjetivas (aunque referidas a otros, como veremos dentro de poco) y extremadamente genéricas, carecen de actos exteriores específicos⁶. Son virtudes generales; tal

³ Baste por todos el clásico topos de Cicerón: “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*” (*De officiis*, I, 23).

⁴ El análisis categorial de Hilda Garrido describe la lealtad como una “conducta que refleja principalmente una cierta persistencia o perseverancia”, separándose así de quienes la consideran un “sentimiento” (*Deontología del Abogado: el profesional y su confiabilidad*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 182).

⁵ Así, por ejemplo, el *Código de Ética Profesional para Marilleros y Corredores Públicos* de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 2: “Debe actuar con irreprochable dignidad, no solo en el ejercicio de su profesión, sino también en su vida privada. Llamado a apreciar y a veces a defender los intereses de otros, ejerce un ministerio que no puede desempeñar con autoridad sino a condición de ser él mismo respetable. En suma, su conducta profesional o privada no debe jamás infringir las normas del honor y de la delicadeza que caracterizan al hombre de bien”.

⁶ Por eso, los códigos deontológicos suelen aludir al término de modo general, como una de las virtudes propias del abogado, pero obviamente no “establecen ninguna obligación específica de actuar con lealtad” (cfr. GARRIDO, H., *op. cit.*, p. 187). Vid., por ejemplo, el *Código deontológico de la abogacía española*, que en su preámbulo señala como virtudes propias del abogado “honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad”; o el *Codice Deontologico Forense* italiano, que la incluye junto con la “corrección” (*correttezza*) en su artículo 6. Lo mismo vale para el código francés y su equivalente inglés. *El Código*

como, por ejemplo, todo acto de virtud es también acto de la prudencia, así también todo acto de un abogado íntegro es acto de honestidad y de lealtad con su cliente.

Un acto deshonesto o desleal es reprobable en cuanto contrario a la moralidad propia del abogado, pero solo es jurídicamente punible, o incluso deontológicamente impugnabile, en cuanto viola los principios de justicia que rigen la actividad del abogado. Así, por ejemplo, sería una conducta desleal del abogado comentar en tono jocoso las confidencias de su cliente con sus colegas o su mujer, pero no parece haber modo de impugnar esa conducta ante las instancias colegiales (y menos aún ante los tribunales de justicia) mientras no afecte los intereses del cliente.

De modo que no parece posible hacer un compendio mínimamente orgánico y exhaustivo de las conductas concretas exigidas por estas virtudes. Nos limitaremos a indicar ejemplos cuando sea oportuno y a señalar las conductas que se les oponen de modo más directo, utilizando como referencia algunos códigos deontológicos que resultan atingentes por su cercanía cultural con el nuestro.

III. LA HONESTIDAD DEL ABOGADO

La palabra “honestidad” corresponde al nombre abstracto de la cualidad de lo “honesto”. En su uso clásico, “honesto” es aquello que tiene la razón de su valía en sí mismo y no en otra cosa distinta⁷. Por esta razón, lo honesto es también “auténtico” y sin dobleces, pues no debiéndose a otra cosa distinta de sí mismo, puede mostrarse tal como es, y si se lo oculta, no será por vergüenza, sino por discreción o pudor.

Por esta razón, el uso común del término “honesto” viene a designar sobre todo una serie de cualidades relativas a la virtud de la veracidad: es honesto, en primer lugar, aquel que no miente ni engaña en modo alguno, sino que actúa con rectitud, es decir, con una plena concordancia entre los fines objetivos propios de su actividad concreta y sus intenciones subjetivas, no necesariamente porque se identifiquen, sino porque son compatibles, en cuanto pertenecen al mismo orden de bienes sociales. Así, por ejemplo, es exigido por la honestidad profesional del abogado el comunicar de modo claro y explícito el monto de sus honorarios y cualquier otra carga incluida en la provisión de sus servicios profesionales, y es perfectamente compatible con el ejercicio honesto de la profesión que

Deontológico de los Abogados Europeos, en cambio, no la considera como principio específico, sino que la señala de paso como una cualidad propia de las relaciones con el juez y con los pares (4.3 y 5.1.2, respectivamente).

⁷ Así, por ejemplo, en la clásica división de los bienes, tomada de Aristóteles, en “honestos”, “útiles” y “deleitables”, siendo bien honesto aquel que vale por sí mismo y no por lo que produce o permite obtener (como el bien útil) ni por el placer que produce (bien deleitable).

el abogado utilice los conocimientos o habilidades adquiridos como un medio para su propio desarrollo profesional, incluyendo el uso de estas habilidades y conocimientos generales en futuros casos semejantes que pueda asumir (salvado siempre, por supuesto, el secreto profesional). La defensa del cliente y su propio crecimiento profesional se ubican en la misma línea de bienes sociales.

A la inversa, es contrario a la honestidad de modo flagrante el engaño u ocultamiento de la verdad debida al cliente o al juez, pero también lo es, y en no menor medida, el uso de los conocimientos o de la posición ventajosa obtenidos mediante un determinado patrocinio como un medio para obtener beneficios privados de cualquier índole, en cuanto estos beneficios son ajenos a los fines para los cuales le fue confiada la información y la responsabilidad correspondiente. Dado que el motivo para confiárselas era exclusivamente la tutela profesional de ciertos intereses del cliente y que, por lo tanto, la aceptación de esa confianza constituye una promesa de ceñirse a tales fines, detrás de esta actitud hay fraude o engaño.

De modo que, como se ha señalado, las exigencias del deber profesional de honestidad son los mismos que impone la virtud de la veracidad, los cuales, naturalmente, deben ser enunciados en términos negativos⁸: no es lícito mentir, engañar o defraudar, más aún cuando se trata de información confidencial en el contexto de un patrocinio personal.

El problema de determinar en qué consiste la mentira, el engaño o el fraude es complejo y supera los límites de este ensayo. Para nuestro propósito, sin embargo, puede bastar la clásica definición de mentira de Tomás de Aquino: *locutio contra mentem*⁹, en el entendido de que por *locutio* se está entendiendo no solo el expresar verbalmente algo, sino cualquier acto comunicativo en un contexto en el que sea razonable presumir que lo que se expresa es verdadero¹⁰. Se incluyen, por lo tanto (y está de más decirlo), los silencios, omisiones y ambigüedades de todo aquello que el cliente, el juez o la contraparte tengan derecho a saber en el contexto del proceso. Es el caso, por ejemplo, de la conducta señalada en el a.97 del *Código de Ética Profesional*, que prohíbe “hacer citas de sentencias, leyes u otros textos de autoridad sabiendo o debiendo saber que son inexactas”.

⁸ En términos sencillos, no es posible enunciar con precisión los deberes que se siguen de alguna virtud o valor, pues tanto los actos lícitos contenidos en esas virtudes y valores como los modos de realizarlos son virtualmente infinitos. Es mucho más sencillo, en cambio, enunciar aquellos actos que, siendo contrarios a esos principios, no son lícitos nunca y bajo ninguna circunstancia: “*bonum ex integra causa, malum vero ex quaecumque defectum*”.

⁹ II-II, q.110, a.1

¹⁰ Defienden una posición semejante a esta, dentro de la inabarcable bibliografía sobre el tema, VERMEERSCH, A., “De mendacio et necessitatibus commercii humani”, en *Gregorianum* 1 (1920), pp. 11-40 y 425-474; “De mendacio. Supplementum duarum priorum partium”, en *Gregorianum* 2 (1921), pp. 279-285 y RHONHEIMER, M. *La prospettiva della morale. Fondamenti dell'etica filosofica*, Armando, Roma, 1994, pp. 288-293

IV. EL DEBER DE LEALTAD DEL ABOGADO

A diferencia de la honestidad, la lealtad connota directamente un vínculo personal con otra persona o institución. Se trata, en efecto, de algo que es debido a otro en virtud del tipo particular de relación que se tiene con él. Es decir, la lealtad pertenece al ámbito de la justicia.

Como es sabido, toda relación jurídica está constituida por un sujeto de derecho facultado para exigir algo (la cosa justa, lo debido) a un término o sujeto de deber en virtud de un título. De modo que la determinación de lo justo concreto pasa necesariamente por la consideración de cada uno de los otros tres elementos de esta relación: el sujeto, el término y el título o, en otros términos, quién, ante quién y, sobre todo, por qué se debe algo.

El título que hace exigible la lealtad consiste en una determinada delegación de funciones cuyo fundamento último es la confianza¹¹: se es leal respecto de aquel que ha confiado una misión que le es particularmente preciada cuando la razón que le mueve a hacerlo es la confianza depositada en la competencia profesional y en la honestidad personal de alguien. Es por esto que, por ejemplo, el abogado (con razón o sin ella) suele sentirse menos vinculado por un deber de lealtad respecto de un cliente que le ha sido asignado de oficio que respecto de aquel que lo eligió.

En términos generales, el hombre leal es confiable en virtud de su honestidad¹².

La *fides* que funda la lealtad no se refiere exclusivamente a la palabra dada, sino también a lo legítimamente esperable, en cuanto dimensión necesaria de la práctica común de la profesión. Es posible depositar la confianza en alguien de muchos modos y por múltiples razones; basta que acepte esa confianza de cualquier forma para que quede vinculado por una obligación de lealtad respecto de aquel que confía en él. Por eso, no es “leal” aquel que se limita a cumplir sus promesas, sino quien se siente personalmente comprometido con una persona o una causa y, por lo tanto, jamás falla respecto de ella. Es un aspecto esencial de la virtud de la lealtad la constancia, lo cual se manifiesta

¹¹ El principio es común a toda la literatura. Particularmente claro es el *Código deontológico de la abogacía española* que en dos ocasiones (aa. 4.1 y 13.1) repite que “La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza”.

¹² Así el Preámbulo del *Código deontológico de la abogacía española*: “La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del Abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión”. Ver también, por ejemplo, CAMPILLO SÁINZ, JOSÉ, *Introducción a la ética profesional del abogado*, Porrúa, México, 2002, p. 49: “Por el deber de probidad, el abogado está obligado a ser un hombre bueno, íntegro, honrado y recto en su conciencia. Sin probidad, el abogado no tendría autoridad moral para defender y luchar por la justicia ni merecería la confianza de quienes le encargan su defensa”.

claramente en su negación, pues basta un solo acto desleal para destruirla por completo.

De este modo, el abogado tiene un deber primario y especial de lealtad respecto de aquellos dos sujetos que han depositado en él su confianza de modo directo e inmediato: respecto de la institucionalidad jurídica y la justicia, encarnadas en los diversos órganos e instituciones del Estado, en cuanto representantes de la sociedad política¹³, y respecto de su cliente, a quien representa. De modo indirecto y mediato, en cambio, debe lealtad a todos aquellos que, confiando en su decencia, no han realizado un acto explícito de autorización pero esperan razonablemente de él una conducta acorde a la dignidad de su investidura y la nobleza de su función social: principalmente al juez, a su contraparte y al gremio en general.

1. EL ABOGADO ANTE LA SOCIEDAD POLÍTICA

La abogacía es una profesión liberal. En cuanto tal, está directamente ordenada a ciertos bienes sociales que trascienden con mucho las estrictas necesidades o intereses de los particulares. Es esta la razón por la que se exige una autorización explícita (una “licencia”) para ejercerla. En su caso, ese bien social al que se ordena su actividad es la justicia.

Así lo señalaba el antiguo *Código de Ética Profesional* en su artículo 1º: “El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que la esencia de su deber profesional es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente”¹⁴. Así lo señala también, por ejemplo, el *Código deontológico de la abogacía española* en su preámbulo: la actuación del Abogado solo sirve “al ciudadano y al propio sistema del Estado de Derecho” si este posee “total libertad e independencia de conocer, formar criterio, informar y defender, sin otra servidumbre que el ideal de Justicia”.

La omisión de una alusión explícita de este principio elemental en el *Código de Ética Profesional* vigente de ningún modo debe ser interpretada como una negación o no reconocimiento del mismo.

El primer deber del abogado, por lo tanto, en virtud del cual adquiere cualquier otro, incluso con sus clientes, es un deber respecto de la sociedad política. Este deber primario y radical es, de hecho, aquel que

¹³ En el fondo, esta primera forma de lealtad no es más que el elemental deber de justicia legal. Francisco Javier de la Torre, por ejemplo, solo identifica la fidelidad al cliente como deber primario de lealtad del abogado, pero en el supuesto de una conducta integralmente recta (*Ética y deontología jurídica*, Librería-Editorial Dykinson, Madrid, 2000, p. 298).

¹⁴ Prácticamente idénticos en su contenido y articulado son las *Normas Éticas* del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, vigentes desde 1954 y el *Código de Ética Profesional* de la barra mexicana, entre otros textos vigentes. El “ancestro común” es evidente, pero no hemos podido identificarlo aún.

especifica su profesión: el abogado (como el juez) es en primer lugar un defensor y un servidor de la justicia, pues es solo esta defensa de la justicia lo que explica su facultad de participar en los procesos judiciales (y jurídicos en general) como representante de alguna de las partes. Si no fuera por esta necesidad de obtener el mayor grado de justicia que sea posible en una sociedad imperfecta, en la que nuestro conocimiento de la verdad (sobre todo la verdad relativa a lo que es debido al otro) es siempre parcial y limitado, no se explica la existencia de hombres profesionalmente consagrados a la defensa de lo que haya de justo y verdadero en las pretensiones e intereses de cada una de las partes.

En palabras del jurista padovano Francesco Gentile, la función específica del abogado en el proceso judicial, para la cual es *ad vocatus* o *parakletos*, es la conversión del conflicto en controversia¹⁵, donde lo propio del conflicto es la oposición de intereses referidos a cosas (o a personas reducidas a cosas) cuya única medida intrínseca es la fuerza con la que se los afirma. Siendo actos de la voluntad, los intereses particulares son por definición irreductibles a una medida común, por lo que el conflicto solo se resuelve mediante el triunfo de una de las partes sobre (y contra) la otra, o bien mediante la imposición forzosa de un tercero que es superior a ambos e igualmente irreductible a cualquier otro, de modo que toda respuesta posible contendrá larvado un nuevo conflicto futuro.

La controversia, en cambio, no pertenece al orden de la voluntad ni enfrenta intereses, sino que pertenece al orden de la razón, pues supone el reconocimiento de la existencia de un derecho previo que cada uno reivindica como propio: en concreto, la controversia jurídica enfrenta dos visiones o interpretaciones incompatibles de un mismo orden justo, visiones cuya única medida intrínseca es la fuerza dialéctica de las razones aducidas para sostenerla. Esto no significa afirmar ingenuamente que en el proceso se enfrentan ángeles en busca de la pura justicia, sino constatar que los intereses de los hombres, por mezquinos que sean, solo serán válidos en el proceso judicial en cuanto sean susceptibles de ser presentados como razones fundadas en aquella medida común de lo justo que es la ley.

En principio, la controversia se resuelve en el triunfo de aquellas razones que mejor se condicen con esta medida común a ambas partes, de modo que quien pierde no es la parte más débil, sino aquellos argumentos que han sido racionalmente impugnados en cuanto se ha demostrado que una tematización radical de los mismos supondría una contradicción que los reconduce, en último término, a la propia versión del orden. La medida en que esto suceda es la medida de la justicia de un sistema judicial. La gran virtud del proceso, en síntesis, es que, más allá de que la reconoz-

¹⁵ Para lo que sigue, cfr. GENTILE, FRANCESCO, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2005, sobre todo los números 47-48, 51-54.

can o no como propia, la sentencia es común a ambas partes en cuanto ambas han participado activamente en su formulación.

La función del jurista en general y del abogado en particular es la recomposición de las relaciones interpersonales que constituyen el tejido social lacerado por los conflictos; y el abogado la cumple, sobre todo, traduciendo los intereses de su cliente en razones jurídicas capaces de fundar el propio derecho y de impugnar los intereses contrarios.

La representación de los intereses del propio cliente, por lo tanto, no se opone, sino que se funda en la radical ordenación de la actividad jurídica a la mayor realización humanamente posible de la justicia. La defensa técnica de esos intereses, traduciéndolos en derechos, es precisamente lo que exige esa justicia política a la cual el abogado se debe en primer lugar. De modo que su primer deber de lealtad respecto de la sociedad, la primera obligación que le impone la fidelidad a la función social que le ha sido encomendada y a cuyo cumplimiento se ha vinculado con solemne juramento, no es un abstracto y etéreo ideal de justicia respecto del cual nada se puede prometer, porque escapa a las capacidades de un solo hombre, sino la defensa fiel y competente de los legítimos intereses de sus clientes. Y no primariamente en cuanto son justos, sino en cuanto son de su cliente. La aparente contradicción de esta afirmación con cuanto venimos afirmando nos lleva al siguiente punto.

2. LEALTAD CON EL CLIENTE Y SERVICIO A LA JUSTICIA

Como hemos dicho, la lealtad con el cliente es el modo concreto de cumplimiento de la función social propia del abogado. Es la realización material de su lealtad con el derecho y la justicia, es decir, con la sociedad. Y esta lealtad consiste, en primer término, en el cumplimiento acucioso y técnicamente adecuado de las tareas encomendadas por su cliente.

Un primer aspecto digno de atención es que el deber moral del abogado no es algo distinto ni separable de su competencia técnica: su primer deber de lealtad, que sintetiza y contiene todo otro, es hacer bien su trabajo. De hecho, el abogado que defrauda la confianza del cliente ciertamente merece una sanción y debe compensar el daño, pero no porque haya actuado moralmente mal, sino en cuanto ha violado los principios de la profesión. El problema fundamental no es que mentir o robar sean actos moralmente reprobables, sino que son radicalmente contrarios a la función encomendada, de modo análogo a un médico que no es sancionado por emborracharse, sino por incumplir su deber profesional (por estar borracho). En términos sintéticos, el abogado deshonesto o desleal es un mal abogado.

La cuestión es evidente en la relación con el cliente; menos clara en su relación con la justicia y la sociedad. Parece ser, en efecto, que aquel que logra defender eficazmente los intereses de su cliente al margen de toda

consideración moral, por ejemplo, logrando exculparlo de sus crímenes, es un buen abogado. Ciertamente esta tesis no es sostenible, pero como todo error, contiene bastante de verdad.

El abogado es un servidor de la justicia. Pero el modo particular de servirla es defendiendo los intereses de su cliente. Y no en cuanto justos, sino en cuanto son de su cliente. Es su función específica, es lo que se espera que haga, es lo que se le puede exigir y es, en fin, el límite de lo que se le puede exigir. Por eso, por ejemplo, no tiene deber de informar sobre las pruebas que acusan a su cliente o que desvirtúan sus pretensiones, y nadie puede exigirle que lo haga; por el contrario, tiene el derecho y el deber de impugnar racionalmente los argumentos incriminatorios de la contraparte, incluso si son verdaderos; porque lo justo humano no consiste *simpliciter* en que cada uno reciba todo lo que merece, sino en que reciba aquello que ha podido ser conocido por todos como “suyo”, más allá de toda duda razonable. Una sentencia “justa”, en cuanto asigna a cada uno aquello que es objetivamente suyo, a la cual se ha llegado, sin embargo, mediante un proceso injusto, no es realmente justa, sino una palmaria arbitrariedad.

Como se ha venido diciendo, el modo particular de defender estos intereses es traducirlos en razones válidas ante el derecho. La lealtad con el cliente no exige, por lo tanto, que el abogado haga todo (cualquier cosa) lo necesario para que se salga con la suya, sino que presente todos los argumentos de derecho (es decir, de justicia) que sirvan para sostener esos intereses e impugne todos los argumentos de la contraparte en todo aquello que tengan de contrario al derecho. Evidentemente, los intereses defendidos no pueden ser intrínsecamente injustos (que se condene a un inocente o se usurpe algo a su legítimo dueño, por ejemplo), pero este principio queda suficientemente resguardado precisando que debe tratarse de algo que le afecte de modo personal y directo, es decir, de un interés genuinamente suyo¹⁶. En otros términos, el primer interés del cliente que debe defender el abogado es no sufrir menoscabo en el propio derecho tal como este es reconocido en la legislación.

Así, por ejemplo, si de la defensa del legítimo interés en no ser injustamente condenado (es decir, condenado por algo distinto de lo que se hizo o por algo que no ha sido probado en juicio) se sigue que un criminal resulte absuelto, la injusticia de la sentencia no podrá serle atribuida al abogado que lo defendió, sino a quienes no hayan sido capaces de demostrar su real culpabilidad. Esa exculpación, sin embargo, no debe ser considerada un triunfo del abogado; al menos no en cuanto tal, pues el fin de la defensa no era exculpar a su cliente,

¹⁶ Evidentemente, esto significa distinguir entre el interés del cliente y lo que este quiere en un caso concreto, dos cosas que suelen coincidir pero no son necesariamente lo mismo.

sino defender su derecho¹⁷. El éxito del abogado, que es primero servidor de la justicia y solo por eso defensor de su cliente, no está dado inmediatamente por el sentido favorable o no de la sentencia, sino por la medida en que todas aquellas razones genuinamente jurídicas que favorecerían a su cliente hayan sido efectivamente consideradas en el proceso. Su función propia dentro de un proceso cuyo fin es la justicia humanamente posible, es defender el derecho de una de las partes, y el modo concreto de hacerlo es traduciendo sus intereses en argumentos jurídicamente válidos.

El abogado, en síntesis, no es cómplice en busca del éxito ni socio en busca de rentabilizar el negocio¹⁸, sino *ad vocatus* llamado por la justicia.

El problema de quien defiende los intereses de su cliente a cualquier precio y de cualquier modo, por lo tanto, no está en el hecho mismo de defender a quien es culpable o no tiene derecho sobre la cuestión en disputa, sino en deformar o violar el sentido de las normas, haciendo aparecer como verdaderas razones de derecho algo que, en rigor, no es más que un (inevitable) defecto de la legislación¹⁹, o en usar medios ilícitos para torcer la opinión del tribunal a su favor²⁰.

3. LA LEALTAD CON EL CLIENTE

En la relación del abogado con su cliente se hace particularmente explícita la vinculación de la lealtad con la *fides* y, por lo mismo, la naturaleza rigurosamente personal de su fundamento²¹. En efecto, esta relación tiene su causa y está constituida por un acto de confianza.

Tiene su causa en la confianza, pues la relación profesional se constituye en el momento en el que el cliente confía sus pretensiones e intereses al abogado y le revela su propia situación personal: sus fines, las circunstancias, las dificultades que enfrenta para obtenerlos y las causas de esas dificultades. Todos aspectos estrictamente personales y no pocas veces íntimos.

¹⁷ En este punto nos apartamos de la posición de GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, *Deontología Jurídica*, Eunsa, Pamplona, 1988, p. 167, quien cita a CONNEL, FRANCISCO, *Teología para seglares*, Vol. II, *Moral pública y profesional*, El Perpetuo socorro, Madrid, 1958, p. 166, los cuales señalan sin mayores precisiones que el abogado "sin mentir y sin utilizar testigos falsos o perjurios, el abogado puede y debe utilizar todos los medios que la ley le concede, así como todos los procedimientos que su imaginación o inventiva le sugieran, para conseguir un veredicto de inocencia". Nos parece que se confunde el fin de la defensa con el efecto de una defensa exitosa.

¹⁸ Es el sentido de los artículos 74 y 76 del *Código de Ética Profesional*, que prohíben la adquisición de interés pecuniario en el litigio y la asistencia económica al cliente, respetivamente.

¹⁹ El ejemplo más sencillo y frecuente es el abuso de recursos y formalidades lícitas con intención puramente dilatoria. Cfr. por ejemplo la sentencia 14/01, Rol N° 627 del 21.01.2002 del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile.

²⁰ El *Código de Ética Profesional* incluye en sus artículos 95 y 96 un extenso catálogo de estas prácticas, cuya evidente injusticia nos exime de analizarlas en particular.

²¹ Así lo precisa también el *Código de Ética Profesional* en su a.23.

Esta relación está constituida por la confianza, pues consiste genéricamente en una representación²², en virtud de la cual el abogado hace propios los intereses de su cliente y precisamente por eso se hace capaz de re-presentarlos y defenderlos en las instancias correspondientes. Se trata de una representación en el sentido más propio del término, pues el abogado está llamado a actuar en el lugar de su cliente, como si fuera él quien está presente²³.

Dos son los aspectos que hacen particularmente grave la necesidad de esta virtud en el abogado: en primer lugar, la aludida personalidad e intimidad de aquello que le es confiado; en segundo lugar, la asimetría de su relación con el cliente, el cual generalmente carece del conocimiento necesario para comprender los actos de su abogado y, por consiguiente, le resulta extremadamente difícil evaluar su desempeño. Si se la compara con cualquier otra actividad profesional, el abuso del abogado se muestra extremadamente fácil y muy probablemente impune.

Es deber elemental de lealtad del abogado, por lo tanto, informar a su cliente sobre lo que piensa respecto del caso, sobre lo que considera (jurídicamente) posible²⁴ y sobre lo que está dispuesto a hacer o no²⁵. Una vez asumido el patrocinio, debe informarle asimismo de la evolución del asunto, así como de las resoluciones parciales, los recursos contra las mismas y las diversas alternativas de resolución o acuerdos²⁶. Como contraparte, el abogado conserva siempre el derecho de asumir o no el patrocinio solicitado²⁷ y a ejercerlo sin presiones indebidas por parte del cliente o cualquier otra instancia (el llamado “principio de independencia”). Pero si lo asume, habiendo hecho suyos esos intereses, resulta obvio que está incapacitado para defender intereses opuestos, sean suyos o de otros clientes²⁸, y deberá cesar ese patrocinio apenas estos surjan²⁹. En la eficaz síntesis del *Código de Ética Profesional*, el abogado “no deberá actuar en un asunto sino cuando tenga libertad moral para dirigirlo”³⁰.

²² La naturaleza jurídica particular de la relación entre abogado y cliente excede los límites de este ensayo. Nos limitamos a señalar que cualquiera de las figuras que se le aproximan exige una serie de precisiones y, en segundo lugar, que estas precisiones son diversas según el tipo de materia al que se refiera la relación, por lo que no parece posible reconducir todos los casos a una única figura.

²³ Es el sentido del número 4 del “decálogo” atribuido a San Alfonso María de Liguorio: “Defiende la causa de tu cliente con el mismo calor que si lo fuera tuya propia”.

²⁴ El Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, en su sentencia N° 34/02, Rol N° 728 del 13.10.2003, considera como agravante en un caso de defensa negligente el hecho de crear falsas expectativas en el cliente.

²⁵ El *Código de Ética Profesional*, mucho más explícito que la gran mayoría de sus análogos extranjeros, manda al abogado abstenerse de intervenir en asuntos que le hicieren sostener tesis contrarias a las propias convicciones en materia política o religiosa, y en aquellos asuntos en los cuales ha sostenido públicamente tesis contrarias (cfr. aa. 80 y 81, respectivamente).

²⁶ Así el a. 28 del *Código de Ética Profesional*.

²⁷ Como corrobora el a.14 del *Código de Ética Profesional*.

²⁸ Cfr. *Ibíd.*, aa. 83-85.

²⁹ *Ibíd.*, aa. 19 y 86.

³⁰ *Ibíd.*, a. 72.

La naturaleza personal y vinculante del deber de lealtad se hace particularmente evidente en estos casos de cese de servicios, pues está en el límite de lo exigible en justicia. Así, por ejemplo, parece evidente, dado el tipo de vínculo adquirido y el fin al que se ordena, que el abogado no puede dejar indefenso a su cliente. Asimismo, una vez concluida la relación profesional, tal como indica el a. 30 del *Código de Ética Profesional*, “el abogado que tomare conocimiento o recibiere noticia de un hecho, directamente en razón de un encargo profesional anterior, y de cuya ignorancia puede devenir algún perjuicio para el cliente, deberá informárselo a la brevedad posible”.

Aquello que es personal e íntimo no es la naturaleza de la relación, la cual es, por el contrario y como lo indica su nombre, rigurosamente profesional, sino su fundamento. Es decir, la relación entre el abogado y su cliente queda circunscrita a aquellos ámbitos en los que aquel ha sido explícitamente facultado para representarlo o aconsejarlo. De hecho, terminada la relación profesional, no subsiste más deber de lealtad entre ambos que el relativo a esa relación pasada. Al respecto, no tiene ya deber alguno de defender los intereses del cliente, pero sí de no atentar contra ellos.

Lo contrario de la lealtad, el comportamiento desleal, consiste siempre en una cierta violación de la confianza dada, sea porque se actúa contra los intereses del cliente o bien porque, sin actuar contra ellos, se la utiliza para fines ajenos a la relación profesional en provecho del abogado. Se trata, en ambos casos, de una traición de la confianza depositada en él.

Esto permite enunciar del modo más preciso que admite la ambigüedad del término los deberes generales de lealtad respecto del cliente. En el fondo, se trata de no violar su confianza, es decir, de usar eficazmente las atribuciones y los conocimientos adquiridos en virtud de esta relación sola y exclusivamente para los fines que le fueron encomendados dentro de esta. Tratándose de una representación, debe ser al menos razonable pensar que todos los actos realizados por el abogado pudieran haber sido ejecutados por el mismo cliente si hubiera tenido el conocimiento jurídico, las competencias técnicas y las atribuciones legales de las que goza su abogado. Todo esto, evidentemente, es difícilmente determinable y extremadamente controvertible si se lo considera en abstracto; pero se trata siempre de relaciones concretas entre personas igualmente concretas, las cuales normalmente son capaces de comprender en una medida suficiente los genuinos intereses del cliente (que, por lo demás, suelen ser bastante evidentes³¹), por una parte, y la naturaleza de los actos del abogado, por la otra. Por eso, es deber de lealtad mutua (y no solo del

³¹ Así, por ejemplo, según el fallo 85/00, Rol N° 614 del 12.11.2001 del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, procede aplicar una censura por escrito al abogado que no alega una excarcelación pudiendo hacerlo.

abogado) el informar recíprocamente sobre todo aquello que sea relevante para un adecuado desempeño profesional.

4. LA LEALTAD CON LOS JUECES Y LOS ABOGADOS

La función primaria del abogado es, como se ha venido diciendo, la de representar a su cliente en los diversos procesos en que se requiere de competencias específicas para conocer, obtener o defender el propio derecho. Por eso, la instancia paradigmática de esta función es la representación del cliente en los tribunales.

Que esta función y esta instancia sean paradigmáticas significa que realizan plenamente aquello que es más propio de la profesión. Ciertamente no son las únicas funciones o instancias, pero todas las demás pueden ser consideradas por su mayor o menor semejanza y relación con esta.

De modo análogo, los principios que rigen la relación del abogado con todos quienes se vinculan de algún modo con su actividad profesional se explican por aquellas dos relaciones primarias, con la justicia y con el cliente, en virtud de las cuales se dan todas las demás: con el juez, con la contraparte y con los colegas en general. A todos ellos se les debe esta muy genérica lealtad, que consiste sencillamente en el respeto a la confianza depositada en la propia persona, manifestada en el recto ejercicio de la profesión. En efecto, puede ser considerada desleal toda aquella conducta que viole las razonables expectativas de una conducta profesional adecuada a la justicia, a la legislación vigente y a los usos y costumbres de la profesión, para obtener ventajas indebidas.

Un intento de análisis pormenorizado de las normas y principios relativos a cada una de estas relaciones no plantea mayores dificultades teóricas y, al contrario, como sucede con lamentable frecuencia en los manuales de deontología jurídica, se deslizaría rápidamente hacia las perogrulladas.

IMPARCIALIDAD Y DEONTOLOGÍA JURÍDICA

CLAUDIO SARTEA

Doctor en Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Tor Vergata, Italia

I. PREMISA TERMINOLÓGICA

Cuando hablamos de imparcialidad entre juristas nos parece evidente el objeto de nuestros discursos. En cambio, si nos paramos a reflexionar atentamente acerca de lo que esta palabra significa, nos encontraremos delante de una cantidad de problemas que al comienzo ninguno de nosotros habría imaginado. ¿Es lo mismo decir imparcialidad y neutralidad? ¿La imparcialidad se predica de la misma forma de todos los poderes públicos, o hay diferencias entre imparcialidad administrativa, judicial y legislativa? Y si la imparcialidad se reduce a una forma –recta, argumentable, razonable– de empleo de la sabiduría jurídica, ¿coincide ella con la objetividad? ¿O quizá con la impersonalidad, o la indiferencia?

Aclarar aún solo las principales de esas cuestiones no puede constituir objeto de un modesto artículo sobre deontología jurídica e imparcialidad: al mismo tiempo, no podemos dejarlas totalmente de un lado tampoco aquí, ya que se trata de cuestiones esenciales para enfocar esos temas también en las dinámicas concretas del proceso jurisdiccional y de la actividad profesional de sus protagonistas principales, es decir, el juez y el abogado.

Con la ayuda de una autora que ha profundizado en el tema¹, asumiremos una concepción dinámica de la imparcialidad en su referencia al juicio: “Nella dinamica della giustizia l'imparzialità è collegata ad un particolare momento, cioè al giudizio, all'operazione in cui si deve dis-

¹ TRUJILLO, I., *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003.

cernere tra le pretese delle parti”². En este sentido, se puede pensar en la imparcialidad como en una virtud: por lo tanto, de una forma que bien se conecta con la dimensión ética de la profesionalidad. Como subraya esta autora remitiendo a la teoría aristotélica, “possiamo parlare in tre modi dell’imparzialità: in primo luogo, nella prospettiva dell’uomo virtuoso, l’imparzialità consiste nella capacità di ben deliberare –quella che noi abbiamo chiamato ‘imparzialità-obiettività’–; in secondo luogo l’imparzialità consiste nella capacità di deliberare bene in materia di rapporti intersoggettivi in relazione all’operazione della distribuzione, cioè la virtù di chi compie buoni giudizi di giustizia; in terzo luogo l’imparzialità consiste in una característica della legge, che fa riferimento alla sua giustizia e saggezza”³.

Aun sin profundizar en el interesante perfil de la imparcialidad del legislador (se podría afirmar en efecto que esta virtud afecte solamente al poder judicial y administrativo, olvidando así que tampoco en el nombre de la voluntad general, en la más fervorosa devoción al pensamiento de Rousseau⁴, se puede renunciar a la razonabilidad de la legislación y luchar contra toda arbitrariedad en las leyes), y concentrando nuestra atención en la vertiente jurisdiccional de esta virtud, tenemos que distinguir cuidadosamente entre *imparcialidad* y:

- *neutralidad*: se trata de dos actitudes totalmente distintas, ya que la imparcialidad supone el deber de tomar posición, de asumir una decisión al final de un procedimiento racional de ponderación de hechos y principios; mientras que la neutralidad implica, al revés, la obligación de quedar fuera de la discusión, de mantenerse ajenos a la dialéctica entre las partes; se puede en este sentido afirmar que la neutralidad es cuestión política, y la imparcialidad cuestión jurídica (sin que esto, desde luego, signifique extraneidad de la imparcialidad a la política como actividad institucional);
- *indiferencia*: al revés, la imparcialidad implica una extremada atención a las situaciones concretas, al caso en su singularidad; implica, en otras palabras, conocimiento profundo de los hechos y reflexión puntual acerca de sus características diferenciantes, en sus perfiles subjetivos y objetivos;
- *impersonalidad*: la imparcialidad tampoco se puede confundir con la impersonalidad, ya que siempre tiene que ser muy personalizada tanto la atención al caso en su singularidad como la responsabilidad que se toma quien está institucionalmente llamado a interpretar las reglas y aplicarlas.

² TRUJILLO, I., *Imparzialità*, cit., p. 5.

³ TRUJILLO, I., *Imparzialità*, cit., p. 17.

⁴ ROUSSEAU, J.-J., *El contrato social*, (1762), II, 4.

Aunque el tema es inmenso, para acabar esta rápida introducción terminológica podemos considerar dos perfiles esenciales para seguir con nuestro más limitado discurso sobre la imparcialidad en el proceso: su referencia a la justicia y su conexión con el bien común. Se podría también decir que no se trata de dos perfiles distintos, sino de dos cuestiones íntimamente conexas: la justicia *es*, sencillamente, *el bien común producido a través del proceso*; dicho de otra forma, la justicia consiste en aquella parte del bien común que las instituciones judiciales nos permiten alcanzar, y que es la explicación de su misma existencia como instituciones.

Sin embargo, es posible también distinguir: considerando por un lado la imparcialidad como el contenido de un derecho subjetivo universal (derecho humano), el derecho a una administración imparcial de la justicia (“a ciascuno spetta la stessa attenzione”⁵); mirado de otro lado, en una perspectiva colectiva, “se l’imparzialità è relativa alla considerazione della totalità degli individui interessati dalla distribuzione, si potrebbe anche dire che il ‘principio’ del bene comune è il corrispettivo dell’imparzialità dal punto di vista dei beni”⁶.

II. LA IMPARCIALIDAD EN EL PROCESO

En su delicada y difícil tarea profesional de decir lo que es justo, de decir el derecho a partir de las leyes (que distribuyen políticamente los bienes en un plan general y abstracto⁷), el juez no está solo: lo acompaña y ayuda (así: *ayuda*) el abogado, tanto el abogado público (entendiendo con esta expresión no técnica tanto el público ministerio como el abogado del Estado), como el privado. Cada uno tiene que hacer con escrúpulo profesional su tarea, desde el comienzo hasta el final: solo así el resultado podrá aspirar a realizar la justicia a la que mira. Y ¿cómo se desarrolla esta colaboración? Precisamente en el proceso. Por esto el proceso tiene tanta trascendencia, necesita reglas claras y sobre todo supone principios tan trascendentes como el de la imparcialidad del juez⁸, del derecho de defensa, del contradictorio⁹, de la publicidad de los actos, de la pluralidad de los niveles de jurisdicción, etc. Cada uno de estos principios remite a bienes esenciales en las relaciones jurídicas: bienes, en otras palabras, fundamentales para la vida social y el bien común.

⁵ TRUJILLO, I., *Imparzialità*, cit., p. 42. Se trata, de alguna forma y en sentido más extensivo, de la antigua idea del *habeas corpus*.

⁶ TRUJILLO, I., *Imparzialità*, cit., p. 45.

⁷ HERVADA, J., *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona, 2008.

⁸ TRUJILLO, I., *Imparzialità*, Giappichelli, Torino, 2003. Más reciente de la misma autora el estudio *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

⁹ Cfr. MORO, P., *L’etica del contraddittorio. Il principio costitutivo della deontologia forense*, in AA.VV., *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Giuffrè, Milano, 2008, p. 276.

Garantizar que cada uno de los protagonistas del proceso actúe con intensa *fidelidad*¹⁰ a este cometido es imprescindible para alcanzar esos objetivos, para realizar esos bienes: se trata en otras palabras de un problema de fidelidad a la identidad profesional y, por consecuente, al papel que cada uno tiene que desarrollar. Esto explica la importancia de la ética de las profesiones judiciales: que en definitiva a eso principalmente están finalizadas, a garantizar que el proceso sea lo que tiene que ser y no un ritual privado de su substancia social, de su finalidad propia, de su tarea institucional como lugar de realización pública de la justicia.

“Il diritto è essenzialmente ‘processualità’. Esso vale come valore perché fa valere. E questo suo ‘far valere’ implica, per l’appunto, la possibilità della lite, del processo e del giudizio”¹¹. El conjunto de las reglas que dirigen el proceso, entonces, llega a tomar una importancia decisiva: y no me refiero solo a las reglas legales, al derecho procesal en sentido estricto, sino también a las reglas que afectan a la conducta de los protagonistas del proceso mismo. Aquí la deontología profesional muestra su papel central, exactamente en el lugar donde “verdad y libertad coinciden”, como escribía Giuseppe Capograssi: “Qui appare perché i vecchi [los antiguos] vedevano come elemento del giudicare, il ‘rectitudinis zelus’ cioè l’*amor justitiae*, l’apertura alla verità, la volontà di realizzare quello che è giusto. Qui si potrebbe dire libertà e verità coincidono. C’era in quella vecchia scienza, con il disperato sogno di sopprimere tutto il soggettivo, di fare arrivare tutto all’obiettività, c’era questa intuizione profonda, che quando tutto è stato adempiuto per arrivare alla verità, cioè quando nella ricerca della verità non si è seguito altro che la linea sicura della logica obiettiva dell’azione e della legge e nell’ordine in cui la ricerca deve svolgersi, la decisione suprema dell’animo del giudice, aperto alla verità perché ha seguito quella pura logica, porta spontaneamente alla verità: la via della ricerca ne garantisce il risultato; la purezza dei mezzi garantisce la verità del fine”¹².

Ahora bien, y limitando nuestras consideraciones al tema de la imparcialidad en el proceso, hay que repetir que no estamos hablando solamente de uno de los protagonistas del proceso, es decir el juez. No cabe duda de que se trate del primer sujeto procesal que nos viene a la cabeza cuando hablamos de imparcialidad, ya que esta característica se podría considerar esencial en su misma función (hace parte del nivel

¹⁰ De la fidelidad como virtud imprescindible del jurista habla a menudo D’AGOSTINO, F., *Lezioni di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 2006, por ejemplo p. 73: “Fedeltà all’essere, per il giurista, non è in primo luogo fedeltà né alla legge, né al legislatore, ma *al diritto*. L’attività del giurista-interprete è propriamente ermeneutica nei limiti in cui egli presupponga l’antecedenza del diritto alla legge positiva. Ma il diritto che è antecedente alla legge è un diritto non formulato positivamente: è *agraphos nomos*, è un diritto *non scritto*, non scritto, si intenda bene, non *per accidens*, ma *di principio*”.

¹¹ OPOCHER, E., *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova, 1993, p. 307.

¹² CAPOGRASSI, G., *Giudizio processo scienza verità*, en “Rivista di diritto processuale”, 1950/I, pp. 1-22, ahora también en *Id.*, *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 53 y ss.

elemental de la filosofía del proceso –civil, penal, administrativo: aquí no hay diferencias– la necesidad estructural de la imparcialidad del sujeto llamado a decidir sobre la causa; más aún, se pide su terriedad respecto de la causa misma para habilitarle a asumir el encargo, aunque se pueda distinguir en plan teórico entre terriedad como condición estática del juez, presupuesto de su idoneidad, e imparcialidad como actitud dinámica, virtud de la actividad de juicio¹³); sin embargo, y funcionalmente a la misma posibilidad de que el juicio del juez resulte efectivamente imparcial, hace falta hablar de una *imparcialidad de los abogados*, es decir, de los sujetos que más aún en los sistemas procesales dispositivos, en los que la iniciativa de las partes resulta decisiva para empezar y sacar adelante la actividad del juicio, tienen que producir las pruebas y los elementos que formarán la base crítica de la decisión del juez y el contexto necesario de sus motivaciones.

III. LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

En primer lugar, hemos dicho, la imparcialidad es una virtud operativa del juez en su actividad de juicio. Esto es tan así, que hasta en su obra maestra, la *Ética a Nicómaco*, escribe Aristóteles para poner un ejemplo que en su parecer tenía que aclarar definitivamente un asunto: “Ir delante del juez significa ir delante de la justicia, ya que el juez viene a significar la misma justicia viviente. Y se va en busca del juez como término medio (hasta que unos llaman a los jueces ‘mediadores’), en la persuasión de que si se alcanza al término medio, se logrará el justo”¹⁴.

En el pensamiento clásico, la justicia como exigencia social y como virtud individual, y la concreta actividad de los sujetos encargados institucionalmente de administrarla, eran lo mismo: hasta el punto de que la persona del juez se convertía en la encarnación de la justicia, en la “justicia viviente”. No es muy distinta esta consideración de lo que un eximio jurista italiano del siglo veinte, Piero Calamandrei, comentaba acerca de la función del juez y de su simbolismo: “Amo la toga non per le mercurie dorate che l’adornano né per le larghe maniche che danno solennità al gesto, ma per la sua uniformità stilizzata, che simbolicamente corregge tutte le intemperanze personali, e scolorisce le disuguaglianze individuali dell’uomo sotto l’oscura divisa della funzione”¹⁵.

Función, institución: ¿de qué estamos hablando, propiamente? Escribe un filósofo político de nuestros días que “una institución es la encarna-

¹³ Cfr. TRUJILLO, I., *Imparzialità*, cit., p. 279; D’AGOSTINO, F., *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 135.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 4, 1132a, 20 (la traducción es mía).

¹⁵ CALAMANDREI, P., *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, (1959), Ponte alle Grazie, Firenze, 1989, p. 39.

ción social de un bien, es la organización operativa –unas acciones, unos procedimientos, unos agentes– cuyo funcionamiento es aquello en lo que consiste regularmente la misma presencia efectiva de un determinado bien en la sociedad. Una institución es un órgano social que es creado para convertir en una función –en un cometido asignado como propio a un agente particular– la realización de un bien, la existencia de este como un contenido estable de la vida social”¹⁶.

En mi opinión, para entender el sentido profundo de la deontología de las profesiones judiciales es imprescindible colocarse entre esas dos polaridades conceptuales: el juez –y más en general los profesionales del derecho, los así dichos “juristas”– es una persona humana, y al mismo tiempo es una institución. De alguna forma, además de ser sí mismo, es un rol, desarrolla un papel establecido. Interpreta libremente, con sus capacidades y aptitudes, un guión ya escrito: tiene que responder a expectativas colectivas muy específicas y concretas.

Estos conceptos realmente no introducen nada nuevo en la filosofía del trabajo humano: toda actividad supone esta doble vertiente, se mueve entre la dimensión intensamente personal de la acción libre y la dimensión pública y social de tareas y expectativas¹⁷. Pero en el caso de las profesiones judiciales, y con mucho más motivo en el caso de los jueces, nos encontramos delante de expectativas sociales tan fundamentales como la misma posibilidad de vivir en una sociedad justa, lo que representa, ni más ni menos, la condición de la coexistencia entre seres humanos¹⁸.

IV. LA “PARCIAL IMPARCIALIDAD” DEL ABOGADO

En segundo lugar, hemos referido la imparcialidad también a un sujeto que podría parecer tan ajeno a esta caracterización como el abogado: estamos acostumbrados a pensar en él como en la *parte* procesal por excelencia, o mejor dicho en el representante procesal de la parte; en todos casos, como en el antagonista parcial del juez imparcial. Sin embargo, si miramos más en profundidad puede ser que las cosas nos resulten distintas: de un lado, porque la imparcialidad del juez involucra y supone un principio antiguo y esencial como el *audiatur et altera pars*¹⁹, así que no tendríamos imparcialidad si las reglas procesales (en este caso, un principio esencial del contradictorio procesal) no establecieran el deber de escuchar atentamente las razones de todas las partes que se enfrentan

¹⁶ CRUZ PRADOS, A., *Filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 2009, p. 38.

¹⁷ En argumento me permito remitir entre otros a SARTEA, C., *Deontologia. Filosofia del lavoro professionale*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁸ Me refiero evidentemente al pensamiento iusfilosófico de COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia esistenziale*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹⁹ Cfr. AA.VV., *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola*, a cura di M. Manzini e F. Puppo, Giuffrè, Milano, 2008.

en el proceso mismo; en segundo lugar, porque también al defensor, al abogado como al público ministerio, le toca la responsabilidad de dirigir el proceso hasta su fin natural, es decir, hasta la mejor administración humanamente posible de la justicia²⁰. En este sentido se entienden y justifican unas reglas legales y deontológicas que se refieren a la actividad profesional del abogado, y que, como veremos a título de ejemplo dentro de poco, en la última parte de nuestras reflexiones, encuentran su disciplina también los códigos deontológicos.

Lo que pasa es que también el defensor tiene su identidad y las reglas consecuentes, y esta identidad se refiere directamente al proceso, a sus fines esenciales y a su función social. El juez es el que toma las decisiones y lleva la responsabilidad de sus consecuencias, pero en la economía de todo proceso jurisdiccional la posibilidad misma de llegar a una decisión depende del trabajo que se realiza antes y a lo largo del proceso, trabajo en el que los abogados tienen un papel principalísimo: asumirlo de manera inadecuada o insuficiente implicaría menoscabo, a veces grave, no solamente del cliente o asistido, sino de todo el sistema procesal; en definitiva, de la administración de la justicia y de su posibilidad social concreta²¹.

Por lo tanto, se puede afirmar que la decisión final del juez, así como el equilibrio y la adecuada ponderación de su razonamiento, será tanto más imparcial cuanto más cuidadoso y apto habrá sido el trabajo de todos los sujetos del proceso, y sobre todo de los defensores y representantes de parte. En este sentido, y con esos límites, podemos afirmar que también a los abogados incumbe por razones de justicia un deber de imparcialidad: su directa cooperación en la formación del juicio imparcial del juez justifica muchas de las reglas deontológicas que vinculan su actividad profesional al resultado de una mejor administración de la justicia.

Como ha escrito Ángela Aparisi, prefiriendo hablar de “principio de desinterés” y sin embargo entendiendo lo que aquí hemos presentado como imparcialidad²², “es evidente que cualquier jurista juez, fiscal, secretario judicial, abogado, etc., cuando cumple cabalmente la misión que la sociedad le ha confiado, lleva a cabo un servicio público de gran

²⁰ Esta es la razón por la que se ha hablado de “parcial imparcialidad” del abogado LA TORRE, M., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002.

²¹ Entre los intentos de unificación de la deontología jurídica en Europa, el más destacado resulta el “Código deontológico de los Abogados de la Unión Europea”, aprobado en Strasburgo en 1988 y puesto al día diez años después. Muy interesante a nuestros fines la siguiente afirmación contenida en su Preámbulo: “*La misión del Abogado*. En una sociedad fundada en el respeto a la Justicia, el Abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la ley. En un Estado de Derecho el Abogado es indispensable para la Justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente”.

²² Aunque en una acepción que subraya el desprendimiento del interés personal (no solo económico) del abogado, “frente al interés del cliente y al superior de la colectividad general” (p. 306).

trascendencia para la colectividad. El orden social justo, aquel en el que cada uno tiene lo que le corresponde, es el presupuesto de la paz social. Todos los profesionales que trabajan en la administración de justicia son, en gran medida, responsables de su consecución”²³.

V. IMPARCIALIDAD Y CODIFICACIÓN DEONTOLÓGICA

Para acabar esas consideraciones con referencia al nivel más concreto de la praxis judicial y forense, merece la pena comprobar si la imparcialidad aparece, y en caso afirmativo, en cuáles términos, en la codificación deontológica.

El Consejo General del Colegio de Abogados de Chile, como se sabe, ha aprobado en 2011 su propio Código de Ética Profesional. En conformidad a la idea que el abogado es un representante de parte²⁴, este texto como muchos otros parecidos en todo el mundo²⁵ no habla expresamente de imparcialidad entre los deberes del abogado (con alguna excepción de la que hablaremos, se prefiere en este sentido la palabra, que expresa en cambio indicaciones distintas, “independencia”): pero desde el principio impone como deber fundamental a todo abogado el de “promover, y en caso alguno afectar, la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del estado de derecho” (Art. 2). En mi opinión, así se hace evidente que en la perspectiva de quienes han redactado este código al abogado le toca un papel activo y directo en la adecuada administración de la justicia, es decir, como hemos dicho arriba, en el esfuerzo público para alcanzar el bien común de la justicia en las relaciones sociales²⁶.

Se puede también añadir, en la misma línea, que hasta el artículo 1 del código, al hablar de “honor y dignidad de la profesión” exactamente como todos sus semejantes en el mundo, no puede no referirse a la dimensión objetiva del servicio profesional, es decir, a funcionalizarse a la mejor administración de la justicia y no solamente a los intereses del cliente. Concebir al abogado simplemente como “vendedor” de conocimientos jurídicos o de experiencias prácticas, puestas a disposición de cualquier deseo o pretensión del asistido, equivaldría sin duda

²³ APARISI MIRALLES, Á. *Ética y deontología para juristas*, EUNSA, Pamplona, 2006, p. 304.

²⁴ Del cual, como hemos visto, se puede al límite hablar de “parcial imparcialidad”, como hacen por ejemplo LA TORRE, M., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, cit., y también A.C. AMATO MANGIAMELI, *Partigianeria contro imparzialità. Tra giustizia e verità*, in Ead., *Sfide di teoria giuridica*, CEDAM, Padova, 2010.

²⁵ Estoy pensando en particular en el “Codice italiano di deontologia forense”, de 1997.

²⁶ La norma paralela del código deontológico italiano se encuentra en su preámbulo: “L'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia ed indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia”.

a reducir el abogado a lo que no es, quitándole el sentido mismo de su profesionalidad.

Del otro lado, y como hemos dicho antes en plan teórico, también la cuidadosa y enérgica defensa del cliente hace parte –en la economía rigurosa del proceso judicial– de la colaboración del defensor a la realización práctica de la imparcialidad del juez: así que también reglas como las contenidas en el artículo 4 tienen que ver con la imparcialidad, exactamente en los términos en los que se ocupan de “parcialidad” (“El abogado debe asesorar y defender empeñosamente a su cliente, observando los estándares de buen servicio profesional y con estricto apego a las normas jurídicas y de ética profesional”).

De imparcialidad del defensor hablan también reglas que en apariencia tratan de otros asuntos: esto por ejemplo se puede decir por lo que se refiere al artículo 10 sobre el derecho a denunciar actuaciones contrarias a la ética profesional, ya que no tendría sentido afirmar rotundamente la indisponibilidad de las reglas deontológicas (“ninguna convención por la que se libere al abogado de responsabilidad, por más amplios que sean sus términos, puede comprender la responsabilidad por faltas a la ética profesional”), si no fuera con vistas a la protección de bienes objetivos respaldados por la deontología misma, entre cuyos sin duda en primer plano se coloca la mejor administración de la justicia, es decir, la imparcial formación del juicio en el ámbito del proceso. De la misma forma actúan también otras normas específicas, como el artículo 12 en sus letras b) y c)²⁷, o también la regla del artículo 14 sobre “aceptación o rechazo de asuntos”: “El abogado tiene la libertad para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad de expresar los motivos de su decisión. Si el nombramiento se ha efectuado de oficio, el abogado solo podrá declinarlo si no le está legalmente prohibido y expresa justificación razonable” (véase también lo que en orden a la renuncia al encargo ya aceptado dispone el siguiente artículo 19). Aunque los bienes protegidos por esta norma puedan ser muchos, sin duda entre ellos hay también el bien de la imparcialidad: de la participación del defensor en el juego procesal, y por consecuente de la formación de la decisión del juez.

Más expresamente se ocupan de imparcialidad las reglas contenidas en el título tercero del código, sobre “Deberes del abogado en la relación profesional”, especialmente por lo que afecta a la construcción de la relación de confianza con el cliente: basta con leer lo que dictan los

²⁷ Donde se prohíbe al abogado, en el contexto de la información de la clientela, de “ofrecer el empleo de medios contrarios al derecho”, y de “dar a entender que posee la capacidad de influir en la autoridad personalmente o por medio de terceros”. Me parece evidente que aquí el bien que se quiere proteger consiste en la imparcialidad del juicio, amenazada por conductas como las que se prohíben al abogado.

artículos 25²⁸ y 26²⁹. En cuanto a la dimensión patrimonial, a la luz del debate muy vivaz que acompaña en todo el mundo el “pacto de cuota litis” (Art. 36), podemos observar que la solución adoptada por el código chileno es favorable (aunque con muchas condiciones para la validez del pacto): y esta solución tiene sus dificultades en orden al tema de la imparcialidad, ya que añade un interés personal (además, estrictamente económico) a la participación del abogado a la litis, lo que puede amenazar su “imparcialidad” al menos en la vertiente de su honrada colaboración a la mejor administración de la justicia³⁰. En consecuencia de este pacto, en efecto, el abogado no solamente lucha para defender el mejor derecho de su cliente (y esto es su cometido esencial, del que depende toda su deontología), sino tiene un interés personal en el asunto, que amenaza la rectitud de su actuación (aunque no necesariamente la corrompe).

Como es conocido, muchas normas del código están dedicadas a reglamentar la confidencialidad o secreto profesional³¹, tema clásico de la ética profesional ya desde su comienzo con el juramento de Hipócrates, para los médicos. Como es evidente, se trata de un perfil de alguna forma opuesto al que aquí nos ocupa, ya que las reglas en protección de la confidencialidad intentan respaldar y afianzar la relación entre cliente y abogado. También en este caso, sin embargo, podemos observar que la mejor actuación del abogado y la mejor realización de una relación fiduciaria con el cliente se dirigen a la posibilidad misma que la defensa resulte plena y eficaz, lo que es de interés común y no solo para ventaja del cliente mismo.

Más claramente orientada a la tutela de la imparcialidad, tutela que podríamos llamar “preventiva”, es la sección segunda sobre “Conflictos de funciones e intereses”, donde con amplitud se disciplinan los casos de incompatibilidad de funciones (parlamentaria, Art. 66; jurisdiccional o de mediador, Art. 67; de desempeño actual o anterior al ejercicio de la abogadura en un organismo público: Arts. 69-71), y de conflictos de intereses. Para esos últimos rige una “regla general” para nosotros aquí muy importante: “El abogado no puede intervenir en un asunto en que su independencia o su juicio profesional pudieran verse menoscabados, por su propio interés o por motivos de amistad, parentesco, ideológicos, culturales u otros análogos. En general, no deberá actuar en un asunto cuando no tenga libertad moral para dirigirlo”³².

²⁸ “Deber de correcto servicio profesional”.

²⁹ “Compromiso con la defensa de derechos del cliente”, que de alguna manera habla de una forma de imparcialidad objetiva al establecer que “el abogado debe realizar las actuaciones y formular los argumentos dirigidos a tutelar los derechos de su cliente sin consideración a la antipatía o impopularidad que pudieren provocar en el tribunal, la contraparte o la opinión pública”.

³⁰ En términos parecidos véase también APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, cit., p. 309.

³¹ Me refiero a los artículos desde 46 hasta 64.

³² Art. 72.

Como si no bastara la claridad de esta regla general, el código añade un “criterio para definir el conflicto de intereses”: “Existe un conflicto de intereses toda vez que la intervención profesional en un asunto resulta directamente adversa a la de otro cliente; o cuando existe un riesgo sustancial de que el cumplimiento de los deberes de lealtad o independencia del abogado se vean afectados por su interés personal, o por sus deberes hacia otro cliente actual o anterior, o hacia terceros”³³. Por lo que aquí nos interesa más, merece la pena subrayar la referencia a la “lealtad”³⁴ y a la “independencia” del abogado, que como hemos visto son bienes protegidos de forma muy enérgica para favorecer cuanto más mejor la imparcialidad en su actuación de representante de una parte.

Volvemos así a encontrar el concepto que hemos intentado alumbrar anteriormente, y que ahora asume una formalización que confirma su central relevancia: es decir, que la virtud dinámica de la imparcialidad no afecta solamente a la conducta profesional del juez, por definición sujeto imparcial del proceso; sino también de alguna forma afecta a la actuación profesional de los defensores, ya que la imparcialidad de la formación del juicio y del resultado final del proceso, a la que todos deseamos íntimamente llegar, tendrá lugar a condición de que cada uno de sus protagonistas pueda y deba (también en virtud de la ley y de las reglas deontológicas) hacer hasta el final su cometido.

A título de curiosidad, y para acabar, podemos observar que precisamente en la sección del código dedicada al conflicto de intereses encontramos la primera mención expresa de la palabra “imparcialidad” en este texto: me refiero al artículo 86, donde se afirma que “el abogado podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual, cuidando especialmente en tal caso su imparcialidad”. Las siguientes menciones se encuentran en el artículo 95 (pero en referencia a “la imparcialidad del juzgador”), en el artículo 102 (otra vez con referencia a la “conducción de la investigación o en la decisión del asunto”), y finalmente en el artículo 119, donde se atribuye un específico y expreso deber de imparcialidad a “los abogados que ejercen funciones fiscalizadoras o representan el interés general de la sociedad”. Aunque, como hemos afirmado muchas veces, haya un deber de imparcialidad también en las partes y en sus representantes procesales de la que depende la misma posibilidad de que se alcance algo que tenga que ver con la justicia al final del proceso mismo, no es inútil subrayar que los abogados que ejercen funciones formalmente públicas e institucionales están especialmente tenidos a una actuación honrada e imparcial.

³³ Art. 73.

³⁴ En argumento véase la monografía MACIOCE, F., *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Giappichelli, Torino, 2005.

LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL

ALFONSO SANTIAGO

Doctor en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Austral, Argentina

I. LOS DESAFÍOS DEL PODER JUDICIAL AL COMIENZO DE UN NUEVO MILENIO

No hace mucho, alguien muy vinculado al quehacer judicial de nuestro país se atrevió a afirmar que si el siglo XIX podía ser considerado el “siglo del Poder Legislativo” y el siglo XX “el siglo del Poder Ejecutivo”, el siglo XXI sería el “siglo del Poder Judicial”¹.

Durante el siglo XIX la instalación del principio de la soberanía popular como fuente última de legitimidad de los sistemas de las democracias constitucionales y el desarrollo del racionalismo jurídico que veía en la elaboración de la ley el momento culminante de todo el mundo jurídico, contribuyeron a pensar en la primacía del Poder Legislativo como representante más genuino de la voluntad popular y de su producto principal que es la ley.

A lo largo del siglo XX, en particular a partir de la crisis de 1930, tiene lugar el fenómeno de la expansión del Estado intervencionista, regulador y de Bienestar, lo que provoca un notable crecimiento de la Administración Pública, cuya conducción y liderazgo ejerce el Poder Ejecutivo. De este modo, a lo largo de todo el siglo XX se advierte un notable crecimiento institucional del Poder Ejecutivo.

Hacia finales del siglo XX y en esta primera década del siglo XXI, pareciera que son los jueces quienes más han crecido comparativamente

¹ En una afirmación, con algunos puntos de contactos con lo que aquí se sostiene, señala Zagrebelsky que “así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX ha sido el de la justicia constitucional”, ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* (Madrid, Trotta, 2008), p. 36.

en su participación e incidencia en el proceso social y político. Los ciudadanos y las organizaciones sociales ya no solo llevan sus demandas ante los órganos con representación política directa, sino que también las encauzan por medio de los estrados tribunales. A su vez, la cultura jurídica de la posmodernidad es una cultura de derechos más que de normas generales abstractas y son los integrantes del Poder Judicial quienes están llamados a darles protección efectiva en las situaciones concretas. Por eso, se avizora proféticamente que el siglo XXI será el siglo del Poder Judicial.

Más allá de que se comparta o no esta audaz y atrevida predicción es indudable que en los últimos cincuenta años ha ido creciendo significativamente el protagonismo del Poder Judicial en el gobierno del Estado contemporáneo, tanto en nuestro país como en el resto del mundo. Se advierte una progresiva juridización y judicialización del proceso social y político. Los distintos problemas que aquejan al gobierno y a la sociedad, con mucha facilidad, se transforman en causas judiciales, cuya resolución final corresponde a los jueces.

Tras su aguda observación de la vida política norteamericana afirmaba con sorpresa Alexis de Tocqueville en su célebre obra *Democracia en América*: “No existe casi ninguna cuestión política que tarde o temprano no se convierta en una cuestión judicial”. Esa afirmación referida en su momento únicamente a la realidad norteamericana, bien hoy podría extenderse a los países donde está vigente y consolidado un sistema de democracia constitucional, ya que allí los jueces y tribunales constitucionales han aumentado de modo considerable su protagonismo institucional.

Tomando algunos ejemplos concretos de este fenómeno y solo a título ejemplificativo, podemos pasar revista a cuestiones de trascendencia que han sido resueltas por los tribunales en la primera década de este siglo XXI:

- Cuestiones políticas y electorales: la decisión de las elecciones presidenciales norteamericanas entre Bush y Gore, a fines del año 2000; la invalidación de la reforma constitucional colombiana que habilitaba la re-reelección del presidente Uribe por parte del tribunal constitucional de ese país en 2010; la destitución del presidente hondureño Zelada por parte de la Corte Suprema de ese país con motivo de su intención de violar la cláusula que imposibilitaba la reforma constitucional para habilitar su reelección presidencial;
- Cuestiones institucionales de particular trascendencia: como la invalidación de la ley que consagraba inmunidades judiciales a los altos funcionarios en Italia o los fallos dictados por la Corte Suprema argentina en materia de decretos delegados y de necesidad y urgencia;
- Cuestiones económicas: como las sentencias relativas a la constitucionalidad de las medidas de indisponibilidad y pesificación de los depósitos bancarios dispuestas por el Poder Ejecutivo argentino durante la crisis del 2001;

- Cuestiones penales: como el juzgamiento de las violaciones masivas de los derechos humanos en países como la Argentina, Sudáfrica, Chile, Uruguay y España; las relacionadas con la lucha contra la corrupción política en diversos países; la revisión judicial de los lineamientos de la política penal y carcelaria en temas como la duración de las prisiones preventivas, las condiciones de detención, la situación carcelaria, etc.;
- Cuestiones controvertidas de ética social: como la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal (Argentina), la despenalización del aborto (Colombia y México), el reconocimiento del matrimonio homosexual (Brasil), etcétera;
- Vigencia y operatividad de los derechos sociales: en materia de medio ambiente, alimentación, vivienda, actualización de haberes jubilatorios, etcétera²;
- Tutela y definición del contenido de los derechos humanos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad religiosa, la libertad sindical, el derecho a la igualdad, etcétera.

Este importante aumento relativo de la participación del Poder Judicial en el gobierno contemporáneo exige tanto su propia mejora institucional como la de los procedimientos de control, para equilibrar la ecuación constitucional que señala que “a mayor poder político, mayor responsabilidad institucional y mayor necesidad de control”³.

El Estatuto del juez iberoamericano parece haber advertido este proceso de crecientes demandas sociales y transformaciones que se dirigen hacia el Poder Judicial, cuando afirma en su Preámbulo: *“la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades”*.

² En este sentido se podrían mencionar, p. ej., los fallos recaídos en los casos “Mendoza” (Fallos 329: 2316, 2006), sobre protección del medio ambiente y saneamiento del Riachuelo; “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco)”, sobre atención a grupos indígenas en situación de indigencia extrema (CS, D. 587. XLIII, 2007) y Badaro I y II (Fallos 329: 3089, 2006 y 330: 4866, 2007); y “Quisberth Castro” (CS, 24-IV-12), sobre derecho a la vivienda de personas en situación de calle, todas estas sentencias dictadas por la Corte Suprema argentina.

³ “La responsabilidad de los gobernantes por sus actos y omisiones será mayor según sea más prominente la función de gobierno que ejerza, pues a mayor injerencia en la prosecución del bien común, debe corresponder mayor responsabilidad del funcionario ante la sociedad que lo ha investido”, Dictamen del Procurador General, en el caso Moliné O’Connor resuelto por la Corte Suprema el 1-VI-04. Por su parte, Mauro Capelletti en su trabajo “Who watches the watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility”, contiene una muy interesante cita sobre esta cuestión: “Judges exercise power. With power comes responsibility. In a rationally organized society there will be a proportion between the two. The question of judicial responsibility accordingly becomes more or less significant, depending on the power of the judge in question”, CAPELLETTI, MAURO, *Who watches the watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, en *The American Journal of comparative law*, 31, p. 4.

Mucho se ha escrito en los últimos años sobre la reforma judicial y la necesidad de mejorar la calidad institucional del Poder Judicial. Dicha mejora institucional, como la de cualquier otra organización, comprende, al menos, los siguientes aspectos:

1. establecimiento de mecanismos transparentes para la selección y designación de los magistrados judiciales;
2. difusión entre los integrantes del Poder Judicial de una cultura de servicio centrada en la internalización por parte de sus integrantes de la elevada misión que la Constitución Nacional encomienda a los jueces⁴;
3. mecanismos de información transparentes y accesibles que permitan evaluar cuanti y cualitativamente la tarea que desempeñan cada uno de los jueces que integran el Poder Judicial;
4. procedimientos rápidos y efectivos de responsabilidad, que permitan la sanción de las conductas disvaliosas y la pronta remoción de los jueces cuya actuación no esté a la altura de la alta misión que se les confía. Un eficiente sistema de premios y castigos, junto a constituir un sistema de incentivos necesario para el buen funcionamiento de toda institución, asegura la vitalidad y la capacidad de aprendizaje y superación de toda organización humana.

Sin lugar a dudas, se advierte una atención creciente a la actividad del Poder Judicial por parte de la doctrina jurídica, de los gobernantes, de los medios de comunicación y de la sociedad en general. Analizar y reflexionar sobre la responsabilidad judicial nos lleva a plantearnos indirectamente algunas preguntas claves como son: ¿Qué clase de jueces queremos en nuestra democracia constitucional? ¿Qué conducta esperamos de ellos? ¿Cuál es el perfil de juez que debe guiar y orientar el proceso de selección

⁴ “La propiedad, la vida, el honor, son bienes nominales cuando la justicia es mala. La ley, la Constitución, el gobierno, son palabras vacías, si no se reducen a hechos por la mano del juez, que en último resultado es quien los hace realidad o mentira”, Alberdi, Juan Bautista, *Las Bases*. Desarrollando aún esta misma idea, sostiene Couture: “El instante supremo del derecho no es el día de las promesas más o menos solemnes consignadas en los textos constitucionales o legales. El instante realmente dramático es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: esta es la Justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución. No puede concebirse un juez que diga sin temblor estas palabras. Detrás de ellas están no solo la ley y la Constitución, sino la historia misma con el proceso formativo de la libertad. Detrás de ellas hay guerras y luchas internas, crisis colectivas y grandes exaltaciones de pueblos. Como consecuencias de esas crisis y de esas luchas es que se redactó la Constitución y se juró solemnemente. Y esa Constitución sigue siendo tal, en tanto asegure su vigencia en fallos de jueces libres, austeros y responsables, sin distinción de causas grandes o pequeñas, oscuras o brillantes. Si la sentencia no ha sido empañada por el miedo, por el interés o por el odio, ella constituye la declaración de la vigencia de la Constitución a lo largo del tiempo, en su prueba de cada día. Porque la Constitución vive en tanto se aplica por los jueces. Cuando ellos desfallecen, ya no existe más”, COUTURE, EDUARDO JUAN, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Garantías constitucionales del proceso civil* (Depalma, 1998), p. 95.

de los magistrados? ¿Cómo se inserta la función judicial en el marco del gobierno estatal contemporáneo? ¿Cómo puede el Poder Judicial encarar su propia y continua reforma? De este modo, de la mano de la responsabilidad judicial, podemos establecer vinculaciones con buena parte de la problemática que involucra al Poder Judicial.

El tratamiento académico de todas estas cuestiones y las respuestas a estos interrogantes que plantea la realidad de nuestros días ha dado origen al Derecho Judicial, una disciplina jurídica que tiene como objeto de estudio la organización y actuación del Poder Judicial de cara a su continua mejora institucional, en estrecho contacto con otras disciplinas científicas como las ciencias de la Administración, la Comunicación y la Informática.

II. INDEPENDENCIA Y RESPONSABILIDAD JUDICIAL

La responsabilidad judicial es un contrapeso necesario de la independencia judicial que la Constitución garantiza a los jueces⁵. La independencia judicial encuentra su razón última de ser como garantía del justiciable, a quien se le asegura que las causas que él plantee serán resueltas por jueces independientes, imparciales y responsables. El Estatuto del Juez Iberoamericano señala los distintos sujetos ante los que se debe ejercitar la independencia judicial: los otros poderes y autoridades públicas (Art. 2), los medios de comunicación (Art. 3) y los superiores jerárquicos de los jueces (Art. 4), a la vez que establece la necesidad del aseguramiento de los recursos presupuestarios para el adecuado funcionamiento de la función judicial (Art. 6). Más allá de estas garantías institucionales, la independencia reposa en las convicciones y conducta personal de cada juez⁶.

La Constitución española de 1978 parece hacerse cargo de la correspondencia y equilibrio necesarios entre independencia y responsabilidad judicial cuando en su artículo 117 señala que “*la justicia emana del pueblo*

⁵ “La independencia del juez llega hasta donde llega el Derecho, y traspuesto ese límite nace la responsabilidad: los jueces se encuentran únicamente sometidos al Derecho y ello determina a la vez un claro límite a la actuación del Estado a través de los jueces como garantía para los individuos”, voto de los Dres. Agúndez, Basla, Roca y Sagués en el caso Murature resuelto por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de Argentina (29-IX-03).

⁶ En este sentido, afirma Zagrebelsky: “Los jueces del Tribunal Constitucional están rodeados de altas murallas para defender su independencia: la prohibición de desarrollar actividades relacionadas con partidos o asociaciones políticas; la incompatibilidad con cargos y empleos de cualquier género, públicos o privados; la inmunidad por las opiniones y los criterios expresados en el ejercicio de su función y la protección contra iniciativas judiciales vejatorias; la garantía del retorno al terminar el mandato al puesto de profesor o de magistrado que se ocupaba antes de asumir el cargo; el tratamiento retributivo más que adecuado para una existencia libre y digna, suya y de su familia, etcétera. Todas estas disposiciones son importantes, pero solo describen en un marco, un perímetro, dentro del cual hay un espacio vacío de controles e injerencias externas que toca al juez llenar de contenido en el ejercicio cotidiano de sus funciones”, ZAGREBELSKY, GUSTAVO, cit. (n. 1), p. 89.

y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Sin responsabilidad institucional, característica propia de la forma republicana de gobierno, o sin mecanismos que la hagan real y efectiva, la independencia se podría convertir en un privilegio corporativo ajeno por completo a esa lógica republicana ya señalada.

Tras su aguda observación de la vida y cultura norteamericana, el psiquiatra vienés Victor Frankl, sobreviviente de un campo de concentración en el que vivió durante la Segunda Guerra Mundial, sugería a los ciudadanos de ese país que, así como habían sido capaces de construir la estatua de la Libertad en la costa este, deberían construir una estatua de la Responsabilidad en la costa oeste de su dilatado territorio. Libertad y responsabilidad son dos valores que se reclaman mutuamente para un adecuado equilibrio vital, tanto a nivel personal como social. De modo análogo independencia y responsabilidad judicial se reclaman mutuamente y son las sólidas bases sobre las que se deben asentar los poderes judiciales, de cara a los desafíos que se le presentan en el nuevo milenio.

La indebida utilización de los procedimientos de responsabilidad judicial puede amenazar y dañar la independencia judicial. Por ello, con sabia intuición, el artículo 19 del Estatuto del Juez Iberoamericano señala que *“la exigencia de responsabilidad no amparará los atentados contra la independencia judicial que pretendan encubrirse bajo su formal cobertura”*. El estudio y conocimiento de las buenas experiencias sobre el adecuado funcionamiento de los procedimientos de responsabilidad judicial en el derecho comparado, puede ser muy útil de cara a obtener ese adecuado equilibrio institucional. Habrá que estar prevenidos para que en el diseño y práctica de los procedimientos de responsabilidad judicial no se afecte la independencia judicial a la vez que se evite todo riesgo de corporativismo, en el que no exista posibilidad de que órganos ajenos al Poder Judicial puedan tener algún grado de participación en la tarea de control.

Independencia y responsabilidad no son incompatibles y es posible encontrar un adecuado punto de equilibrio entre sus exigencias. Si ello se consigue, se refuerza notablemente la autoridad y el prestigio social del Poder Judicial. Para encontrar esos puntos de equilibrio es necesario ponerse en la perspectiva de las expectativas del “justiciable”, del ciudadano común hacia quien va orientado y dirigido el servicio de justicia. Él reclama y exige jueces independientes que resuelvan su caso según su leal saber y entender, superando las inevitables presiones a la que se ve expuesto todo decisor. Pero simultáneamente pide que si los magistrados judiciales han defraudado con su conducta la confianza pública en ellos depositada, sean rápida y efectivamente sancionados y/o removidos, para, de ese modo, poder seguir creyendo en sus jueces y poder aceptar sus decisiones porque gozan de legitimidad.

Se podría pensar que la independencia judicial y la responsabilidad republicana se encuentran en una irreconciliable tensión recíproca. Se cree que no es posible sostener la vigencia efectiva de ambos principios (“*we are told we cannot have it both ways*”⁷, “independencia y responsabilidad parecieran antitéticas”⁸). O se opta por un Poder Judicial independiente o por uno responsable ante la sociedad y ante los órganos de gobierno establecidos por la propia Constitución para su control.

Aquí se pretende proponer una visión diferente partiendo de la base de que ninguno de estos dos principios son fines en sí mismos, sino que son medios para un fin superior: un sistema judicial en el cual la resolución de los casos concretos se efectúe conforme a derecho (*a well functioning system of adjudication*⁹). Es decir, se debe superar la concepción meramente abstracta y semántica de ambos principios, que no nos permite delimitar con precisión sus respectivos ámbitos de funcionamiento razonable, para encarar un análisis teleológico de los mismos, que permita compatibilizarlos en miras a su fin común.

Hay confianza de la sociedad depositada en los jueces, “esperamos que decidan conforme a derecho, es decir, siguiendo un conocimiento que se considera valioso en la sociedad y con la virtud personal de no dejarse influir por gratificaciones políticas o económicas”¹⁰. Para que puedan cumplir con ese fin, para que puedan satisfacer esta expectativa de la sociedad, se les otorga independencia a los jueces. En última instancia, la independencia y las demás prerrogativas del poder judicial están previstas en beneficio de la sociedad y de los justiciables, y no de los propios jueces¹¹.

Cuando esa confianza que se deposita en los magistrados es puesta en seria crisis, es decir, cuando la independencia judicial no es utilizada acorde con el fin para el que fue otorgada, debe hacerse responsables a los magistrados. En este mismo sentido, el juez americano Joseph Story, en sus *Commentaries on the Constitution* sostuvo que “*los jueces son susceptibles de ser llevados a juicio político por cualquier violación u omisión de la alta confianza depositada en ellos*”¹².

⁷ FERREJOHN, J. y KRAMER, L., *Independent judges, dependent judiciary: Institutionalizing judicial restraint*, en *New York University Law Review*, 77, p. 962.

⁸ PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO, *Independencia y responsabilidad de los jueces*, p. 1.

⁹ FERREJOHN, J. y KRAMER, L., cit. (n. 8), p. 962.

¹⁰ PÉREZ-PERDOMO, ROGELIO, cit. (n. 9), p. 1.

¹¹ Grupo Iberoamericano de Trabajo de la Unión Internacional de Magistrados, Asunción, 2002.

¹² STORY, JOSEPH, *Commentaries on the Constitution*, Boston, 1833, vol. 3, § 1629. En Internet: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a3_1s38.html.

III. LOS DISTINTOS ASPECTOS Y CONTENIDOS DE LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL

El concepto de responsabilidad judicial es muy amplio y pueden distinguirse distintos significados.

En primer término, responsabilidad judicial significa que los jueces pueden ser juzgados por su actuación y recibir las sanciones o reconocimientos que su mala o buena conducta hayan merecido. Esto se traduce en la existencia de un sistema de premios y castigos que promueve las buenas conductas judiciales y sancione de modo efectivo el comportamiento incorrecto, preservando de ese modo la calidad institucional del Poder Judicial. Se trata en cierta medida de una faz pasiva de la responsabilidad judicial.

De modo general, podemos decir que la responsabilidad es un principio que informa todo el sistema jurídico-político por el cual los ciudadanos y gobernantes tienen el deber ético-jurídico de dar cuenta de sus actos, de modo particular cuando con su actuación se ha provocado algún daño a los bienes e intereses que tutela el ordenamiento jurídico, sean estos públicos o privados¹³.

Surgirá la responsabilidad, el deber jurídico de responder, cuando la actuación del sujeto no haya sido acorde con las exigencias éticas, jurídicas o políticas que normativamente la rigen. La responsabilidad como institución jurídica se fundamenta en el carácter libre de la persona humana, en que ella es capaz de asumir las consecuencias de sus propios actos y en el hecho de que, con su propia conducta, puede beneficiar o perjudicar tanto a otras personas singularmente consideradas como a la comunidad política en su totalidad y, en el caso de que se produzca un perjuicio, la justicia exige una debida reparación o castigo.

En una segunda acepción, podemos hablar de responsabilidad judicial como un llamado a la plena asunción del rol institucional que el Poder Judicial está llamado a cumplir en nuestros días. Del mismo modo que una persona es responsable cuando cumple con plena conciencia sus deberes y obligaciones, una institución, en nuestro caso el Poder Judicial, es responsable cuando asume y desarrolla adecuadamente la misión institucional que tiene encomendada. Se trata de una dimensión proactiva de la responsabilidad judicial.

En este sentido, el concepto de responsabilidad judicial guarda estrecha relación con el de vocación judicial. Max Weber, reflexionando sobre la vocación política, afirmaba que se puede distinguir entre profesión y vocación política¹⁴. La política se ejerce como profesión cuando se vive

¹³ El diccionario de la lengua castellana de la Real Academia Española define la responsabilidad como la "obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, cualquier pérdida, daño o perjuicio" y entre las acepciones del término responder figura la siguiente: "estar uno obligado u obligarse a satisfacer la pena correspondiente al daño causado o a la culpa cometida".

¹⁴ Cfr., WEBER, MAX, *El político y el científico* (México, Premia, 1980).

de ella y como vocación cuando se vive *para ella*. Algo análogo se podría decir de la profesión y vocación judicial. Para que la actividad judicial sea vivida vocacionalmente, con plena responsabilidad institucional, hace falta inculcar entre los que la ejercen una cultura organización orientada al servicio de la altísima misión que los jueces están llamados a cumplir en la sociedad. Solo teniendo bien claro el fin de una institución es posible su continua mejora y perfeccionamiento. Por el contrario, como bien señala Alasdair MacIntyre, el olvido o descuido del fin es lo que inicia los procesos de decadencia y corrupción institucional¹⁵.

Finalmente, en una tercera acepción, responsabilidad judicial puede ser identificada con lo que los norteamericanos denominan *accountability*, es decir, la práctica y el deber de dar cuentas a la sociedad de la propia actuación institucional. Para ello, el Poder Judicial ha de ser una institución transparente y no opaca, que informa a la sociedad de los resultados de su trabajo, de sus logros y objetivos de mejora, de la administración que hace de los recursos y bienes públicos que ella le confía. De esa manera, el Poder Judicial puede también convertirse en una *learning organization*, una institución que aprende y mejora continuamente, que permanentemente evalúa su desempeño y se propone cambios y objetivos de superación.

IV. LAS DIFERENTES PERSPECTIVAS Y SISTEMAS DE LA RESPONSABILIDAD JUDICIAL

La conducta de los jueces puede ser apreciada desde diversos ángulos, evaluada a luz de diversos sistemas normativos y parámetros, cada uno de los cuales configura un sistema de responsabilidad judicial que goza de cierta autonomía. En este apartado intentaremos recorrer y esbozar estas distintas perspectivas desde la que puede ser considerada y evaluada la actuación de los magistrados.

Podemos distinguir, al menos, los siguientes sistemas de responsabilidad judicial:

- Política
- Disciplinaria
- Civil
- Penal
- Ética
- Gerencial
- Científica
- Administrativa del Estado por actividad judicial
- Internacional del Estado por actividad judicial

¹⁵ Cfr., MACINTYRE, ALASDAIR, *Tras la virtud* (Editorial Crítica, 2004).

Cada uno de estos sistemas de responsabilidad persigue bienes jurídicos parcialmente diferentes y tienen procedimientos, principios, características, órganos de juzgamiento y efectos que los distinguen a unos de otros¹⁶. Así, la responsabilidad política es juzgada por órganos o sujetos total o parcialmente externos al propio Poder Judicial y tiende a examinar si el magistrado continúa teniendo las condiciones de idoneidad suficientes para seguir ejerciendo el cargo ante una determinada actuación que ha creado una duda razonable acerca de ello, mientras que la responsabilidad disciplinaria es interna al Poder Judicial, se concentra en las faltas que afectan su adecuado funcionamiento y solo por excepción comprende como sanción la destitución del magistrado. Por su parte, la responsabilidad ética busca juzgar la conducta del magistrado a la luz de estándares de excelencia y no tan solo de mínimos y por eso las disposiciones de los códigos de ética y las recomendaciones de las comisiones de ética judicial están guiadas por esa meta de excelencia.

El Código de Ética Profesional sancionado por el Colegio de Abogados de Chile en el 2011 establece en su artículo 68 que “el abogado no puede intervenir como patrocinante o apoderado en ningún asunto que deba resolver como juez su cónyuge, conviviente, hijo o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive. Tampoco podrá intervenir como patrocinante o apoderado si tiene una relación de íntima amistad con el juez, o si presta o ha prestado a este o a cualquiera de sus familiares antes mencionados servicios profesionales durante el año inmediatamente precedente”. Esta obligación establecida de modo explícito para los abogados, se extiende también de modo implícito hacia los jueces como un modo de asegurar el deber ético de imparcialidad, pilar sobre el que descansa toda administración de justicia. La sanción de este Código de Ética Profesional para los abogados es una muestra más de la creciente importancia que asume la dimensión ética en el ejercicio de las distintas profesiones jurídicas. Por eso, no debería llamar la atención la sanción de otros cuerpos normativos que tengan por objeto, p. ej., los distintos aspectos de la conducta judicial.

Varias de estas perspectivas de análisis de la actuación de los magistrados judiciales son ya más tradicionales: p. ej., las propias de la responsabilidad política, disciplinar, civil y penal. Otras, en cambio, como la responsabilidad ética, la del Estado por su actividad jurisdiccional, la internacional, la científica y la gerencial, son más novedosas y están en pleno proceso de formación.

No en todos los países existen todos estos sistemas de responsabilidad judicial. La responsabilidad política tiene su origen en la constitución norteamericana de 1787 y suele estar presente solamente en aquellos

¹⁶ En una obra colectiva que dirigimos hemos analizado extensa y detalladamente cada uno de estos sistemas de responsabilidad judicial: cfr., SANTIAGO, ALFONSO (Director), *La responsabilidad judicial y sus dimensiones* (Bs. As., Abaco, 2006), Tomos I y II.

países que han seguido su sistema presidencialista. En algunos sistemas, por ejemplo en Estados Unidos, no es posible el enjuiciamiento por responsabilidad civil de los jueces.

Existen relaciones que se dan entre estos sistemas. Así, en algunos países, no es posible la condena penal o civil de un magistrado, sin su previa destitución mediante los procedimientos de responsabilidad política o disciplinaria. En ocasiones la reiteración de faltas disciplinarias puede dar origen a la responsabilidad política.

V. CONCLUSIONES

El panorama que hemos brindado acerca de la responsabilidad judicial nos muestra a las claras que se trata de un tema clave para el funcionamiento del Poder Judicial de cara a los desafíos que se le plantean a comienzos del siglo XXI, cuyos principios teóricos y su efectividad práctica están en pleno proceso de reformulación. La responsabilidad judicial es como la contracara y el contrapeso de la independencia judicial en función institucional que está llamado a cumplir el Poder Judicial en el siglo que ha comenzado y en que los jueces han aumentado su relevancia y protagonismo.

Esperamos mediante estas reflexiones, que se añaden a las ya efectuadas en las investigaciones anteriores, contribuir a clarificar el panorama conceptual en esta materia y a la mejora de los sistemas de responsabilidad judicial.

EL DEBER DE OBSERVANCIA DEL DERECHO Y LA OBLIGATORIEDAD DE LA LEY INJUSTA

SEBASTIÁN CONTRERAS

Doctor en Filosofía

Facultad de Derecho

Universidad de los Andes, Chile

I. PRESENTACIÓN¹

El tema del siguiente trabajo, si bien no aparece expresamente desarrollado en el nuevo código, representa un problema central de la ética jurídica. La pregunta por el carácter obligatorio de la ley ha sido una preocupación primordial de los teóricos de la ciencia del derecho clásica y contemporánea. De alguna manera, entonces, se trata de un asunto directamente relacionado con el objetivo de este volumen colectivo sobre la ética del abogado.

Aunque, como he indicado, no hay referencias explícitas a esta materia, a lo largo del código podemos identificar numerosas referencias al deber de cumplimiento del derecho que tienen los abogados, sus clientes, y todos los que participan en algún procedimiento judicial o extrajudicial. En este sentido, me parece, lo que existe en las páginas del nuevo código de ética es el reconocimiento de un deber general de cumplimiento del derecho, por ser este la principal herramienta de que dispone la autoridad política para resolver los problemas de la vida pública. No es extraño, de este modo, que para evitar desórdenes y perjuicios sociales debamos, en algunas situaciones muy particulares, someternos a las regulaciones de una norma contraria al ideal de justicia.

1 El autor agradece los comentarios y observaciones del profesor Joaquín García-Huidobro, cuyos trabajos se han tenido a la vista para la redacción de este escrito.

II. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La discusión en torno a la fuerza obligatoria que pudiera tener una ley contraria a la recta razón ha sido uno de los asuntos más injustamente tratados por la crítica iuspositivista. Buena parte de los críticos del iusnaturalismo clásico han afirmado que las doctrinas del derecho natural niegan que las leyes injustas sean verdaderas normas jurídicas. Se apoyan, para esto, en el antiguo aforismo agustiniano de que la *lex injusta non est lex*², el que, según escriben, enseña que las normas positivas injustas no deben ser cumplidas bajo ningún respecto³.

Si bien entre los autores clásicos el citado principio representa un tópico recurrente, sobre todo al momento de evaluar la justicia o racionalidad de las normas positivas, lo cierto es que “una teoría del derecho natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la tesis de que las leyes injustas no son leyes”⁴. Aún más, expresa Finnis, no existe ninguna teoría del derecho natural en la que esa afirmación no sea más que un teorema subordinado⁵. Por ejemplo, santo Tomás no enseña de ninguna manera que se deba tratar la máxima de Agustín como un principio relevante para una investigación teórica o histórica acerca de qué es una ley o qué es legalmente obligatorio en el sistema jurídico de una sociedad particular⁶. Es cierto que el Aquinate exhortaba a los jueces a que interpretaran y aplicaran las leyes de tal forma que se evitaran los resultados injustos en los casos en que, según su saber y entender, creían que los legisladores no habían previsto las circunstancias en las cuales la aplicación estricta de la norma ocasionaría una injusticia, y si hubieran previsto tales circunstancias habrían legislado de manera diferente⁷. Sin embargo, incluso en esos supuestos, no apelaba a la proposición de que la injusticia que pudiera ser consecuencia de la aplicación estricta de la ley según sus propios términos resultara en la anulación de dichos términos desde el punto de vista legal⁸.

Lo anterior es una prueba, si no entiendo mal, de que las doctrinas del derecho natural han evitado cuidadosamente decir que una ley contraria a la justicia no sea ley. Esto por una sencilla razón: tal aserto es autocontradictorio. Es, asimismo, una dramatización de la idea tomista de que una ley injusta no es ley en sentido focal, sino solamente en un sentido

² Cf. AGUSTÍN DE HIPONA, *De Libero Arbitrio*, 1, v. 11.

³ Cf. HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 256ss.

⁴ FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 351.

⁵ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 351ss.

⁶ Cf. GEORGE, ROBERT P., *One Hundred Years of Legal Philosophy*, en *Notre Dame Law Review*, vol. 74 n. 5, 1999, pp. 1533-1549.

⁷ Cf. GEORGE, ROBERT P., *What is Law? A Century of Arguments*, en *First Things*, n. 112, 2001, pp. 23-29.

⁸ Cf. GEORGE, *One Hundred Years of Legal Philosophy*, cit., pp. 1533-1549.

derivado⁹. En consecuencia, las leyes injustas tienen fuerza para obligar en algunos casos, aunque no *per se*, sino solamente *per accidens*. Son leyes, no *simpliciter* o en un sentido paradigmático, sino solo *secundum quid* o secundariamente.

III. SOBRE EL DEBER (GENERAL) DE OBSERVANCIA DEL DERECHO

Antes de centrarme en el estudio del llamado deber general de cumplimiento del derecho quisiera hacer la siguiente precisión: aunque pueda parecer una trivialidad, prefiero hablar de “observancia” y no “obediencia” del derecho. La actitud de “obediencia” lleva implícita una forma de pasividad psicológica de parte del sujeto que cumple la obligación dispuesta por la norma. Obedecer, de este modo, significa inclinarse ante el mandato de la autoridad solamente porque se trata de la autoridad. Por el contrario, la actitud observancia, creo, no solo conlleva el cumplimiento de las disposiciones del poder del Estado porque estas tengan fuerza directiva. Conlleva, asimismo, una actitud de participación del individuo en la realización del bien público, en cuanto que este escoge libremente seguir el curso de acción propuesto por las leyes por considerarlo el más adecuado para el logro de su propio bienestar y el de los otros ciudadanos. Hecha esta consideración, paso a la revisión del problema propuesto.

El tema de la observancia del derecho se ha convertido en un tópico central de la filosofía jurídica, posiblemente en la principal preocupación de los teóricos de la ciencia del derecho contemporánea¹⁰. En su naturaleza, esta reflexión acerca del carácter obligatorio del derecho equivale a la pregunta por su autoridad para dar razones para actuar de un modo y no de otro¹¹. Tal condición se deriva de su carácter de medio necesario para procurar la coordinación de las relaciones humanas¹².

Puesto que en toda sociedad existen problemas de coordinación, es posible afirmar que el carácter autoritativo del derecho es, en el fondo, una exigencia de bien común. La falta de toma de decisiones por parte

⁹ La razón es la siguiente: “una disposición injusta es [...] homogénea con otras normas en cuanto a su fuente formal, en cuanto a su recepción por los tribunales y funcionarios de justicia y por su común aceptación”. Por consiguiente, “el ciudadano tiene el deber moral de conformarse con dicha estipulación injusta en la medida en que esto sea necesario para evitar el debilitamiento del sistema jurídico”. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 361-362.

¹⁰ Cf. BAYÓN, JUAN CARLOS, *Deber jurídico*, en GARZÓN-VALDEZ, ERNESTO y LAPORTA, FRANCISCO (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 313. De la misma forma: cf. REYNOSO, ROBERTO, *La misión del juez ante la ley injusta*, México DF, Porrúa, 2011⁵, p. 1.

¹¹ En este sentido, escribe Raz: “considerar que alguien tiene autoridad es declarar que al menos algunas de sus órdenes u otras expresiones de su punto de vista es lo que ha de hacerse como instrucción autoritativa, y por lo tanto, como razón excluyente”. RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson of London, 1975, p. 63.

¹² Cf. FINNIS, JOHN, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, en *Notre Dame Journal Law, Ethics & Public Policy*, vol. 1, 1984, p. 260.

del poder del Estado desintegra la sociedad política, y, por ello mismo, la sólida protección que este ofrece para la efectiva participación de los individuos en los bienes humanos¹³. Sin esa autoridad o carácter obligatorio, la existencia del derecho como herramienta social dejaría de tener sentido. Así, parece claro que la obligación de observancia del derecho “se presenta como una correspondencia lógica del propio existir del derecho, pues, ciertamente, un derecho que no exigiese obediencia es una contradicción lógica”¹⁴.

Como sistema de ordenación de la vida social, el derecho se presenta a sí mismo como una red sin fisuras: siempre entrega una razón excluyente para hacer lo que dice solo porque lo dice¹⁵. Esto significa que el sistema de derecho impone a cada ciudadano, sin distinción, una razón para actuar que no puede ser dejada sin efecto por otras razones. Por este motivo, no hay grados de obligatoriedad jurídica. El deber de observancia del derecho tiene una fuerza jurídica invariable¹⁶.

Según se ha expuesto hace un instante, el derecho obliga toda vez que proporciona razones para actuar de un modo X en lugar de Y. Esas razones no se basan en un juicio moral sobre su contenido. Una norma de derecho humano, para ser autoritativa (y obligatoria en conciencia), no es exigida por los preceptos morales en todos los casos. Los teóricos del derecho natural “sostienen que una norma jurídica justa válidamente promulgada como ‘está prohibido ir a más de 35 m/h por la ciudad’, no es exigida por la moral mientras no sea válidamente establecida por la autoridad jurídica”¹⁷. En este sentido, lo que hace el sistema jurídico es disponer razones para la acción, que, a pesar de que se fundan en el derecho natural, no existían sino hasta después de su determinación por parte del poder del Estado¹⁸.

Ahora bien, estar bajo la obligación de observancia del derecho puede significar, en primer lugar, que existe la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción¹⁹. Tal sentido es insuficiente, porque, a pesar de que tiene relevancia desde un punto de vista práctico-social, carece de importancia para quien se pregunta acerca de las razones por las que una

¹³ Cf. HOCEVAR, MAYDA y BELANDRIA, MARGARITA, *Justificación de la autoridad*, en *Dikaioyne*, n. 20, 2008, pp. 61-80.

¹⁴ MARTÍNEZ, NORA MARÍA, *La obediencia al derecho en la España democrática*, Madrid, Dykinson, Madrid, 2000, p. 135.

¹⁵ Cf. FINNIS, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, cit., pp. 119-120.

¹⁶ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 313.

¹⁷ FINNIS, JOHN, *On the Incoherence of Legal Positivism*, en *Notre Dame Law Review*, n. 75, 2000, p. 1609.

¹⁸ Cf. FINNIS, JOHN, *Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho*, en KRAMER, MATTHEW H. ; GRANT, CLAIRE; COLBURN, BEN y HATZISTAVROU, ANTONY (comps.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 43-44.

¹⁹ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 355ss.

ley impone un determinado curso de acción²⁰. Luego, es preciso dar otro significado a este deber general de observancia del derecho.

Junto con ese sentido empírico, “estar obligado a” puede significar que, como miembros del *totum sociale*, tenemos una obligación jurídica intrasistemática o inmanente (una obligación jurídica en sentido jurídico), es decir, que debemos cumplir el derecho porque este es socialmente necesario²¹. Si bien en este caso se entrega un cierto contenido a la obligación de cumplimiento del derecho, tampoco se resuelve el problema del significado que hemos de dar a ese deber. El verdadero sentido de esta obligación, o el que realmente interesa al teórico de la ciencia del derecho, es el que nos enseña que la expresión “estar obligado a” tiene un significado moral, según el que se nos impone un deber *prima facie* de cumplir con las disposiciones de la autoridad.

Que se trate de una obligación *prima facie* quiere decir que el deber de observancia del derecho no representa una obligación incondicional²². Aun cuando existe una presunción de que la norma positiva impone una conducta que debe ser cumplida por todos, no se desconoce que la simple prescripción de una conducta por el sistema jurídico puede ser insuficiente para que algo sea moralmente obligatorio. Así, por causa de este significado moral del deber de cumplimiento del derecho, los ciudadanos tenemos una obligación que no es invariable, sino que, en realidad, depende de la mayor o menor razonabilidad de la conducta prescrita.

Esto nos vincula directamente con el asunto de la (in)observancia de las leyes injustas. Precisamente porque se trata de normas contrarias a la razón natural, estos preceptos no imponen, en estricto rigor, una obligación moral de cumplimiento. Lo anterior no quiere decir que estas leyes no impongan ninguna obligación de observancia. En estos casos existe un deber moral secundario de cumplimiento, una suerte de obligación moral colateral, que surge, enseña santo Tomás, para evitar el escándalo y la perturbación social²³. Es decir, estamos frente a una obligación de hacer lo que la ley dice pero no porque la ley lo prescriba, sino solo para no debilitar el respeto a un derecho en general justo²⁴. “Esta obligación es, como la anterior, moral, porque depende de la necesidad para el bien común de hacer lo que el derecho dice. Sin embargo, no deriva del derecho, porque lo que el bien común exige no es su cumplimiento sino solo que se eviten las malas consecuencias de la falta de respeto a un derecho relativamente justo”²⁵.

²⁰ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 355.

²¹ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 354.

²² Cf. PEREIRA, CAROLINA, *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, La Coruña, Universidad de A Coruña, tesis de doctorado, 2007, pp. 257ss.

²³ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.

²⁴ Cf. PEREIRA, *La autoridad del derecho*, cit., pp. 275ss.

²⁵ PEREIRA, *La autoridad del derecho*, cit., p. 275.

Tal sentido de “estar obligado a”, que podremos llamar obligación jurídica en sentido moral, ordena la observancia de la ley, incluso de la ley injusta en algunos casos, porque se considera que el derecho es valioso para la convivencia humana. El eje de esta argumentación lo configura el bien común como fundamento de la tranquilidad cívica²⁶. La estrategia empleada por los teóricos del derecho natural es la que sigue: lo primero que hay que probar o constatar es la utilidad de la práctica social para favorecer el bien común. Hecho esto, debemos mostrar que todo ser humano tiene razones para estimar el bien social, es decir, el bienestar propio y el de los demás y por tanto para valorar los medios que promueven y conducen hacia su realización²⁷.

IV. EL PROBLEMA DE LAS LEYES INJUSTAS

1. CAUSAS DE LA INJUSTICIA DE LA LEY

Desde las enseñanzas de santo Tomás, los autores iusnaturalistas han reconocido que las leyes pueden ser injustas (i) por su autor, (ii) por su forma y (iii) por su finalidad. En este sentido, sea que se trate de una norma establecida por un legislador que ha ido más allá de los límites de sus potestades, o que se trate de una regla de derecho que dispone la repartición de cargas y beneficios de modo desequilibrado, o, incluso, de un precepto positivo que no busca el bienestar público, estaremos ante una ley contraria al orden de la justicia.

Ahora bien, que las leyes humanas contravengan el orden de la justicia no significa, de ningún modo, que estos preceptos no sean vinculantes bajo ningún respecto. Tiene razón Hart cuando escribe que “de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no sea una regla válida de derecho”²⁸. Por este motivo, afirmar que las leyes humanas que contradicen la ley natural no son vinculantes, “es decir, que no son leyes, es enunciar un completo sin sentido. Las leyes más perniciosas, y, por tanto, aquellas que son más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son de continuo impuestas como las leyes por los tribunales de justicia”²⁹.

Ya he indicado que frente a la presencia de una ley injusta puede existir una obligación colateral de cumplimiento. La clave de este asunto es que se trata de una obligación colateral o derivada. De esta manera, que una norma injusta siga siendo vinculante no implica sostener su bondad

²⁶ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 303.

²⁷ Cf. HOCEVAR, MAYDA, *La nueva teoría clásica del derecho natural. Un estudio del pensamiento de John Finnis*, Salamanca, Universidad de Salamanca, tesis de doctorado, 2005, pp. 25ss.

²⁸ HART, *El concepto de derecho*, cit., p. 156.

²⁹ AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H.L.A. Hart, London, 1954, p. 185.

o racionalidad, sino solamente que debe ser respetada por la necesidad del orden público. En este caso, la obligatoriedad de la norma se deriva de las exigencias del bien común y no de su racionalidad intrínseca o su correspondencia con el derecho de naturaleza. Además, pese a que no sea una regla de justicia, es posible que una norma que, por ejemplo, pretende el interés individual, contribuya a realizar los criterios de la justicia e incluso promover el bien social.

De la misma forma, una disposición que es injusta puede estar en estrecha relación con otras leyes que provienen de la misma fuente formal³⁰. “En esta situación, el incumplimiento de esta ley injusta puede conducir a un incumplimiento de otras que realizan el bien común. También aquí podemos preguntarnos si, en este caso, el buen ciudadano puede estar bajo la exigencia moral de conformarse a esa disposición. La respuesta es afirmativa, aunque no sin excepciones y además la obligación no tiene carácter jurídico en sentido estricto”³¹.

En fin, el hecho de que también la norma injusta pueda ser llamada ley explica que en algunos casos, al menos indirectamente, puede tener algunos de sus efectos, como el obligar moralmente a su cumplimiento. Sin embargo, su carácter obligatorio se deriva de exigencias externas, como la de evitar ciertos males, y nunca incluye el deber de realizar algo moralmente malo, sino a lo más el de sufrir determinados perjuicios³². De esto hablaré a continuación.

2. LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER LA LEY INJUSTA

Santo Tomás había enseñado que “las leyes injustas [...] no obligan en el foro de la conciencia, si no es para evitar el escándalo y el desorden, por cuya causa el hombre debe ceder su propio derecho”³³. El teólogo medieval no se está refiriendo a los daños que afectan solamente al individuo que padece la injusticia. Está hablando, sobre todo, del perjuicio que se produce en la sociedad cuando las leyes no son obedecidas, por ejemplo, por causa del mal ejemplo o del desorden que se podría producir³⁴.

En este sentido, y como ha escrito George, “como violaciones de la justicia y del bien común, las leyes injustas carecen de la fuerza moral de

³⁰ Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 361-362.

³¹ WÓJCIK, KRYSYTNA, *El concepto de las leyes injustas en la teoría de John Finnis*, en ECHANO, JUAN IGNACIO (coord.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, p. 1352.

³² Cf. GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Trece tesis sobre la afirmación ‘La ley injusta no es ley’*, en ROMERO, ALEJANDRO (coord.), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 619-621.

³³ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.

³⁴ Cf. MASSINI, CARLOS y GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *Valoración e inclusión en el Derecho, la máxima “lex injusta non est lex” y la iusfilosofía contemporánea*, en CIANCIARDO, JUAN; ETCHEVERRY, JUAN BAUTISTA; GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN; MASSINI, CARLOS y ZAMBRANO, PILAR (coords.), *La irrelevancia del derecho*, México DF, Porrúa, 2011, pp. 109ss.

la ley, y comprometen en conciencia, como mucho, solo en la medida en que uno se encuentre obligado a no causar efectos secundarios negativos que, en un caso particular, podrían resultar de desafiar la ley –por ejemplo, provocar ‘escándalos y disturbios’, socavando el respeto por la ley en un sistema legal básicamente justo, o traspasando la carga de una determinada ley injusta a los hombros de conciudadanos inocentes”³⁵. En otras palabras, las leyes contrarias al orden de la justicia comprometen en conciencia, no *per se*, sino *per accidens*. Luego, son obligatorias no directamente, sino solo en un sentido derivativo, en un cierto respecto pero no en todos³⁶.

Más allá de las distinciones introducidas por santo Tomás, que reconoce tres formas de injusticia para las leyes humanas, lo cierto es que existen solo dos hipótesis en los que cabe preguntarse si una ley injusta nos impone un deber de cumplimiento. En primer lugar, tenemos el caso de las leyes que imponen la necesidad de padecer un mal. En este supuesto, por aplicación del principio moral de tolerancia, es razonable que en ciertas circunstancias, y para evitar un perjuicio social más grave, exista una obligación derivada de cumplir con la norma injusta.

En segundo lugar, existe el caso de una norma que ordena la realización positiva de un mal. El propio santo Tomás, preguntándose por la posibilidad de que tal norma sea en alguna forma obligatoria, declara que “nunca es lícito observar estas leyes”³⁷. Con esta respuesta, el filósofo de Aquino no ha hecho más que actualizar la rotunda afirmación socrática de que es mejor sufrir una injusticia que cometerla³⁸ (porque el hombre justo es el que vive bien y feliz³⁹). En este caso, cuando se ordena hacer positivamente el mal, lo obligatorio será no cumplir la ley injusta. Tampoco se habrá de cumplir cuando esta imponga el padecimiento de un mal sin que haya una razón proporcionada para soportarlo (por ejemplo, el orden público o la tranquilidad cívica).

De este modo, ante una norma contraria al orden de la justicia, el ciudadano podrá adoptar únicamente estas dos actitudes: (i) si la ley le ordena padecer un mal por causa de un bien mayor, entonces deberá cumplirla; (ii) si la ley le ordena realizar un mal, nunca deberá obedecerla, pues, como ha enseñado la tradición de la ética clásica, nunca se debe realizar el mal moral (me refiero a intentarlo directamente). Y esto por lo siguiente: esa norma carece del elemento esencial para cumplirla, su razonabilidad⁴⁰.

³⁵ GEORGE, ROBERT P., *Ley natural*, en GEORGE, ROBERT P., *Moral Pública. Debates actuales*, Santiago, IES-Chile, 2009, pp. 34-35.

³⁶ Cf. GEORGE, *Ley natural*, cit., p. 35.

³⁷ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4.

³⁸ Cf. PLATÓN, *Gorgias*, 489.

³⁹ Cf. PLATÓN, *Republica*, 354.

⁴⁰ Cf. FINNIS, JOHN, *Law and What I Truly Should Decide*, en *The American Journal of Jurisprudence*, n. 48, 2003, pp. 114ss.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Al cierre de esta exposición solo quisiera enfatizar en lo siguiente: la fórmula expresada por san Agustín de que una ley injusta no es ley no debe entenderse literalmente. Lo que ese aforismo quiere indicar es que una norma contraria a la recta razón no es ley en el mismo sentido y con la misma intensidad que una regla de justicia compatible con el derecho de naturaleza⁴¹.

Lo anterior no se entiende con independencia de una comprensión analógica del pensamiento y del lenguaje. En efecto, la palabra “derecho” se puede decir de muchas maneras, ya sea en sentido propio, o bien en un cierto sentido derivado, es decir, como expresando únicamente algún aspecto o dimensión. A esto se refiere la filosofía jurídica cuando distingue entre un caso central y unos casos periféricos para la palabra derecho (para su significado).

En este sentido, “la concepción analógica del derecho admite la necesidad y relevancia de los elementos institucionales en la definición del derecho junto con los elementos sustantivos o de justicia, y distingue gradualmente y con flexibilidad entre caso central y casos secundarios o derivados. En lo que concierne a las normas injustas, esto permite no tener que distinguir dilemáticamente entre derecho y no derecho. Tampoco circunscribe o remite a la esfera de la validez o pertenencia al sistema jurídico el problema de la ley injusta, sino que lo debate en torno a la fuerza obligatoria de dicha norma, tipificando una serie de situaciones en las que existe, siempre o plenamente condicionado, el deber de obediencia al derecho”⁴².

⁴¹ Cf. GARCÍA-HUIDOBRO, *Trece tesis sobre la afirmación 'La ley injusta no es ley'*, cit., pp. 619ss.

⁴² SEOANE, JOSÉ ANTONIO, *La doctrina clásica de la lex injusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 6, 2002, pp. 771-772.

**LA COOPERACIÓN AL MAL.
PRINCIPIOS GENERALES PARA LA DELIBERACIÓN
MORAL EN CASOS COMPLEJOS**

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS

*Doctor en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de los Andes, Chile*

Se suele pensar que una persona de buena voluntad debe abstenerse absolutamente de toda cooperación con el mal moral. Una forma de llegar a esta conclusión es a través de las siguientes premisas. En primer lugar, se advierte que uno no solo está obligado a omitir las malas acciones propias, sino también a no cooperar con las malas acciones ajenas. En segundo lugar, se piensa que si la obligación de omitir las propias acciones inmorales es absoluta, entonces también ha de serlo la de no cooperar con las del prójimo. Sin embargo, esto es un error. Y el error está en la segunda premisa antes descrita, pues la obligación de abstenerse de cooperar con el mal moral ajeno no puede ser absoluta. Esta constatación fundamental llevó a algunos autores de la tradición clásica de la ley natural a desarrollar la doctrina de la cooperación al mal, que señala los justos límites del deber de no cooperar y presenta las directrices que han de guiar el razonamiento práctico en la solución de casos que involucran colaboración o cooperación con el mal ajeno.

En este trabajo me propongo explicar la doctrina clásica sobre la cooperación al mal, de primerísima relevancia para resolver los problemas morales difíciles que se presentan en la ética profesional. Mi exposición, con todo, se moverá en el nivel de los principios generales, y no versará sobre cuestiones específicas de la ética profesional del abogado. El objetivo de estas páginas es que, teniendo claridad sobre los principios, cada cual pueda discernir sobre los casos difíciles que se le presenten en su ejercicio profesional.

Con el fin anterior a la vista, procederé del siguiente modo: en primer lugar, expondré en qué consiste la cooperación al mal; en segundo lugar,

desarrollaré el argumento para demostrar que la obligación de abstenerse de cooperar con el mal ajeno no puede ser absoluta; en tercer lugar, explicaré el sentido de la distinción entre cooperación formal y cooperación material al mal; en cuarto lugar, me referiré a otras clasificaciones de la cooperación al mal que han sido propuestas por los autores; en quinto lugar, trataré el problema de los criterios para juzgar acerca de la razón proporcionada para obrar; y, finalmente, ilustraré, por vía de algunos ejemplos, el modo como se aplican los principios generales sobre la materia.

Antes de comenzar debo hacer una prevención al lector. Los autores de la tradición clásica de la ley natural que han desarrollado el tema de la cooperación al mal son principalmente teólogos moralistas. Esto, sin embargo, no significa que la doctrina misma sea de carácter religioso. Todos los argumentos que expongo a continuación son de razón natural y pueden defenderse en la arena estrictamente filosófica. Solo al poner ejemplos asumo –y no demuestro– la malicia moral de ciertas acciones. De todos modos, si el lector discrepa de alguna de mis opciones puede reemplazar la acción del ejemplo por cualquier otra que reconozca como inmoral, y verá que la doctrina de la cooperación al mal sigue manteniendo su coherencia.

I. QUÉ ES LA COOPERACIÓN AL MAL

Se entiende por cooperación al mal la ejecución de una acción humana que facilita o posibilita la realización de una acción moralmente mala por parte de otra persona. Por ejemplo, coopera con un robo el que presta al delincuente el automóvil que usará para perpetrar la acción; coopera con un adulterio el posadero que da en arriendo la habitación en la que el acto sexual se consumará; coopera con un aborto quien prepara el instrumental (la solución salina, la cureta, etc.) que luego otro sujeto utilizará para matar al bebé. Para que se configure una situación de cooperación al mal no es necesario que el cooperador sepa que su acción será utilizada por otro para hacer el mal. No obstante, para que surja el problema moral que la doctrina de la cooperación al mal pretende resolver es, desde luego, necesario que el cooperador *prevea* –o, al menos, deba prever– que otro sujeto pondrá su acción al servicio de un mal moral. Para evaluar la moralidad de la cooperación en cuanto tal se requiere que esta sea voluntaria *qua* cooperación, mas no puede haber voluntariedad si no hay conocimiento.

Para comprender adecuadamente qué es la cooperación al mal, es preciso distinguirla de otras situaciones con las que podría confundirse. En primer lugar, se debe distinguir entre la cooperación al mal y la realización misma de una acción inmoral. Quien realiza la acción inmoral es *autor* de esa acción, y no cooperador. Así, el que mata a una persona por encargo es autor del homicidio, y no un cooperador de esta acción

(aunque pueda ser cooperador de un plan mayor, que contemplaba ese homicidio como una de sus partes). Esta misma distinción se debe aplicar también a aquellos casos en que dos o más personas realizan conjuntamente una acción inmoral. Por ejemplo, cuando un robo es perpetrado por una banda de ladrones todos ellos son *coautores* del robo. Para que haya cooperación, por tanto, es necesario que se realice una *acción distinta* de aquella que se reconoce como inmoral.

En segundo lugar, se debe distinguir entre la cooperación al mal y el escándalo. El escándalo es un acto que, por su malicia o por su apariencia de malicia, atrae a otro hacia el mal moral¹. La cooperación, en cambio, es un acto que materialmente posibilita o facilita que otro obre el mal. Se suele decir que el escándalo *da ocasión* para la mala acción ajena, mientras que la cooperación *concorre* a ella. Con esto se quiere indicar que el escándalo mueve al prójimo a realizar una mala acción que este previamente no había decidido realizar, mientras que la cooperación tiene lugar cuando la decisión ajena de obrar el mal ya se ha tomado. Pero esta explicación es inexacta, pues la cooperación también puede constituir ocasión para que un sujeto tome la decisión de obrar un mal. Por ejemplo, la acción de vender helados en una plaza puede dar ocasión para que un transeúnte elija efectuar un acto de gula que de otro modo no elegiría. Mas es claro que, en tal caso, la acción de vender helados es cooperación y no escándalo. En definitiva, lo propio del acto de escándalo parece ser su malicia o apariencia de malicia.

En tercer lugar, se debe distinguir entre la cooperación al mal y el uso del mal ajeno, o de los efectos del mal ajeno, para un buen fin. Esta distinción es válida a lo menos en aquellas situaciones en las que la mala acción ya se ha realizado o sus efectos ya se han producido. En algunos casos, ordenar a un buen fin las malas acciones de otro o los efectos de esas malas acciones puede constituir una cooperación con la realización de futuras acciones malas por parte de ese otro o de quienes se encuentran en parecidas circunstancias. Pero cuando ese no es el caso, dichas situaciones deben distinguirse de la cooperación, pues ellas ni posibilitan ni facilitan el mal ajeno. En la categoría del uso del mal ajeno para un buen fin cabe situar, por ejemplo, el caso de quien se vale del juramento del que jura por falsos dioses². Como ejemplo de uso de los efectos del mal ajeno para un buen fin se puede mencionar la utilización de vacunas contra la rubeola que han sido fabricadas a partir de líneas celulares provenientes de fetos abortados³.

¹ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 43, a. 1, c.

² Sobre esta situación, dice Tomás de Aquino: "... es lícito usar el mal para el bien, tal como lo usa Dios; sin embargo, no es lícito inducir a alguien al mal. Luego, es lícito recibir el juramento de aquel que está dispuesto a jurar por falsos dioses, pero no es lícito inducirle a que jure por falsos dioses" (TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 98, a. 4, ad 4).

³ Cf. PONTIFICAL ACADEMY FOR LIFE, *Moral Reflections on Vaccines Prepared from Cells Derived from Aborted Human Foetuses*, junio de 2005.

II. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE NO COOPERAR CON EL MAL AJENO

Como he dicho al comienzo, la obligación de abstenerse de cooperar con el mal ajeno no es absoluta. En el presente apartado desarrollaré el argumento para probar este aserto.

Al exponer el argumento tradicional para justificar la licitud de la cooperación al mal (supuesto el cumplimiento de ciertos requisitos), Alfonso María de Ligorio dice lo siguiente:

“... cuando tú realizas una acción indiferente sin mala intención, si otro abusa de ella para ejecutar su pecado, no estás obligado sino por caridad a impedir aquello; y puesto que la caridad no obliga con grave incomodo, si pones tu cooperación con justa causa, no pecas: pues entonces el pecado del otro no proviene de tu cooperación, sino de la malicia del que abusa de tu acción (*peccatum illius non provenit ex cooperatione tua, sed ex malitia ipsius qui tua actione abutitur*). Ni vale decir que tu acción, aunque sea indiferente, se vuelve mala por estar unida con la circunstancia de la mala intención del otro; pues, en efecto, tu acción no está *per se* unida con la mala voluntad del otro, sino que aquel une su mala voluntad con tu acción (*actio tua non est per se coniuncta cum mala voluntate illius, sed ille coniungit suam malam voluntatem cum actione tua*); de ahí entonces que tu acción no es causa que influye *per se* en el pecado, sino solo una ocasión de la que el otro abusa para el pecado (*tua actio non erit tunc causa per se influens in peccatum, sed tantum occasio qua ille abutitur ad peccandum*)”⁴.

Este argumento de san Alfonso da muchas luces, pero debe ser completado. En efecto, deja sin responder una cuestión fundamental, a saber: por qué, en un caso de cooperación al mal, la caridad no obliga con grave incomodo. Alguien podría objetar que si uno prevé que su acción posibilitará o facilitará el mal ajeno, entonces está obligado a abstenerse de actuar. Frente a esto se hace necesario ofrecer un argumento ulterior, que a mi juicio debe ser el siguiente: la obligación de evitar la cooperación con el mal ajeno no puede ser absoluta porque, si lo fuera, daría lugar a situaciones de imposibilidad moral, es decir, situaciones en las que el agente obraría moralmente mal tanto si realiza una acción como si la omite. Veámoslo.

Si se reflexiona sobre la complejidad del obrar humano se puede constatar que es virtualmente imposible abstenerse de toda acción que pudiera ser puesta por otro al servicio de su mal moral. Esta idea ya la vio con claridad san Agustín en la *Epístola a Publícola*: no hay ninguna acción o cosa de la que otro no pueda hacer uso para el mal⁵. Por tanto, si quisiéramos evitar toda cooperación con el mal ajeno tendríamos que abstenernos prácticamente de cualquier acción, y, en consecuencia, tam-

⁴ LIGORIO, ALFONSO MARÍA DE, *Theologia Moralis*, lib. 2, tr. 3, cap. 2, dub. 5, art. 3, n. 63 (Marietti, Torino, 1874, vol. 1, p. 253).

⁵ Cf. AGUSTÍN DE HIPONA, *Ad Publícolam*, 5.

bién de hacer muchos bienes. Pero eso no es todo: lo más importante es que tendríamos que abstenernos de realizar otras acciones a las que, en principio, estamos también obligados, por lo que quedaríamos en una situación de imposibilidad moral. Piénsese, por ejemplo, en el pago de impuestos efectuado por quienes vivimos en regímenes políticos justos pero imperfectos. Al pagar impuestos cooperamos frecuentemente con el mal, pues los recursos que se obtienen de dichos impuestos son muchas veces usados por el gobierno de turno para financiar campañas inmorales. Ahora bien, si dejáramos de pagar impuestos para evitar la cooperación, violaríamos nuestro deber de contribuir materialmente con el sustento del Estado, que es una exigencia del bien común.

Como la real imposibilidad moral debe ser descartada –porque el mal moral supone la libre voluntad de cometerlo–, los conflictos aparentes de obligaciones deben resolverse de alguna manera. La respuesta clásica a este problema es la siguiente: si ninguno de los cursos de acción implica dirigir la voluntad hacia un objeto moralmente desordenado, el agente debe resolver según un juicio de proporción. Es decir, debe determinar a qué está más obligado, pues el deber preponderante derrota y extingue al inferior, a lo menos en el caso concreto.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE COOPERACIÓN FORMAL Y COOPERACIÓN MATERIAL

Puesto que una obligación absoluta de abstenerse de cooperar con el mal ajeno no sería coherente, los autores de la tradición clásica de la ley natural precisaron la distinción entre “cooperación formal” y “cooperación material” al mal. En la expresión “cooperación formal”, la palabra “formal” está usada en su sentido filosófico: lo formal es lo esencial de una realidad. Ahora bien, lo esencial en una cooperación consiste en que varias personas aúnan sus voluntades y sus fuerzas en orden a la consecución de un fin común⁶. Por eso, se coopera formalmente con el mal ajeno cuando se comparte la mala voluntad del que realiza la acción inmoral⁷.

Por el contrario, en la cooperación material el cooperador o cooperante no comparte la intención torcida de quien se sirve de su acción para hacer el mal. El cooperador prevé que, de algún modo, posibilitará o facilitará la acción mala de otro, pero no quiere ese mal ni como fin ni como medio. El mal, en este caso, se encuentra fuera de la intención del cooperante. Lo que el agente busca es conseguir un bien o evitar un mal. Como se ve, la cooperación material es cooperación únicamente en un sentido impropio, porque el que coopera solo proporciona medios

⁶ De hecho, “cooperar” significa “obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Espasa, Madrid, 2001).

⁷ Cf. LIGORIO, ALFONSO MARÍA DE, *Theologia Moralís*, lib. 2, tr. 3, cap. 2, dub. 5, art. 3, n. 63 (Marietti, Torino, 1874, vol. 1, p. 253).

físicos que posibilitan o facilitan la realización de la acción mala de otro, pero no comparte el fin inmoral.

La importancia moral de la distinción entre cooperación formal y cooperación material se puede resumir en dos principios: (i) la cooperación formal es siempre ilícita; (ii) la cooperación material es lícita cuando el agente cuenta con una razón proporcionalmente grave para realizar la acción⁸. El fundamento de la ilicitud de la cooperación formal reside en que en ella un desorden moral se constituye en objeto de la voluntad, lo que es por definición el mal moral, que jamás es lícito hacer⁹. La prohibición de la cooperación formal puede, de este modo, ser absoluta, porque el agente tiene siempre la posibilidad de abstenerse de dirigir su voluntad hacia un objeto desordenado. En cambio, la prohibición de la cooperación material no puede ser absoluta, porque no es moralmente posible abstenerse de toda acción que podría ser usada por otro para obrar el mal.

Conforme a esta doctrina, aunque sin usar la terminología de cooperación formal y cooperación material –que todavía no había surgido–, Tomás de Aquino enseña, por ejemplo, que es lícito fabricar armas aun previendo que algunos hombres podrán hacer un mal uso de ellas¹⁰; que es lícito al sacerdote dar la comunión incluso cuando sabe, por su conocimiento privado, que quien se la pide está en pecado¹¹; y que, con el fin de remediar alguna necesidad, es lícito tanto tomar dinero en préstamo con usura como depositar dinero en manos de un usurero¹². En todos estos casos la acción posibilita el mal moral ajeno, y, sin embargo, el cooperante actúa lícitamente. ¿Por qué? Porque la cooperación es meramente material y el agente cuenta con una razón proporcionalmente grave para actuar.

Lo dicho en este apartado se puede resumir en un único gran principio –el “principio de cooperación al mal”– que reza así: “Es lícito cooperar con el mal ajeno con tal de que se cumplan simultáneamente los dos

⁸ En el pasaje citado en la nota precedente, san Alfonso sostiene que la cooperación material es lícita cuando se cumplen tres requisitos: (i) la acción es en sí misma buena o indiferente; (ii) el agente tiene causa justa para obrar; y (iii) esa causa es proporcionada. No obstante, el primer requisito exigido por san Alfonso no es un requisito de la cooperación *qua* cooperación: es un requisito general para la licitud de cualquier acción, con independencia de que sea o no cooperación. Y el segundo requisito de san Alfonso puede reducirse al tercero, pues tener una causa justa para obrar significa obrar por un buen fin, y eso está implícito en obrar por una causa proporcionada.

⁹ Para una tradición moral como el utilitarismo es lícito intentar el mal moral ajeno si este es un medio que conduce a evitar una gran cantidad de consecuencias malas. Peter Singer, por ejemplo, afirma que si un poderoso senador mantiene a nuestro país en una guerra injusta que cobra cientos de vidas cada día, y la única manera de vencer su influencia es desacreditándolo públicamente, sería lícito tentarlo a un adulterio para luego exponerlo (cf. SINGER, PETER, “Do Consequences Count? Rethinking the Doctrine of Double Effect”, *The Hastings Center Report* 10.1 (1980), pp. 42-44).

¹⁰ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 169, a. 2, ad 4.

¹¹ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, III, q. 80, a. 6.

¹² Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 78, a. 4; *De malo*, q. 13, a. 4, ad 18 y ad 19.

requisitos siguientes: (i) que la cooperación sea meramente material; y (ii) que exista una razón proporcionalmente grave para actuar.

IV. OTRAS CLASIFICACIONES DE LA COOPERACIÓN AL MAL

La cooperación al mal admite diversas clasificaciones. La más importante de todas es la ya analizada entre cooperación formal y cooperación material. En efecto, esta clasificación atiende a la *intención*, que es el elemento que confiere a los actos humanos su especie moral¹³ y que nos permite determinar cuáles son las acciones que pueden ser materia de una prohibición absoluta. A continuación expongo las otras clasificaciones tradicionales de la cooperación¹⁴.

Por razón del modo, la cooperación al mal se clasifica en *positiva* y *negativa*. Cooperación positiva es, como su nombre lo indica, aquella que se lleva a cabo mediante un acto positivo de la voluntad, que da lugar a un acto exterior. Negativa, por su parte, es la que se lleva a cabo mediante una omisión voluntaria; es decir, en ella el agente voluntariamente omite impedir un mal moral ajeno que podría impedir¹⁵.

Por razón de la eficacia, la cooperación admite dos clasificaciones. En primer lugar, se clasifica en *necesaria* y *contingente*. En segundo lugar, se clasifica en *suficiente* e *insuficiente*. Se llama necesaria a aquella cooperación sin la cual el acto inmoral ajeno no podría realizarse. Contingente, en cambio, es aquella cooperación sin la cual el acto inmoral ajeno igualmente podría realizarse. Cooperación suficiente es aquella que basta para que el prójimo pueda realizar la mala acción. Insuficiente, en fin, es aquella que no basta por sí sola para que el prójimo pueda realizar la mala acción.

Además de estas clasificaciones generales, los moralistas efectúan una división dentro de la cooperación material. La cooperación material puede ser *inmediata* o *mediata*. Tradicionalmente se llama inmediata a aquella cooperación que tiene lugar cuando el cooperador participa en la misma acción física que para el prójimo es su acto exterior inmoral. Mediata, por el contrario, es aquella en que el cooperador no participa en la misma acción física que para el prójimo es su acto exterior inmoral, sino que proporciona medios que el prójimo ordena a su mala acción. A su vez, la cooperación material mediata se divide en *próxima* y *remota*, según cuán cercanos o lejanos sean esos medios respecto de la acción mala del prójimo.

¹³ Cf. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 64, a. 7, c.

¹⁴ Cf., por todos, ZALBA, MARCELLINO, *Theologiae Moralís Summa*, t. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1952, pp. 918-919.

¹⁵ Los autores suelen afirmar que la cooperación negativa se produce cuando no se impide una acción inmoral ajena que se puede y *debe* impedir. Esto, a mi juicio, limita injustificadamente la cooperación negativa solo a casos de cooperación formal y de cooperación material desproporcionada.

La distinción entre cooperación material inmediata y mediata ha dado lugar a una discusión entre los autores. Algunos sostienen que la relevancia de esta distinción reside en que la cooperación inmediata es siempre inmoral, por lo que equivale, en la práctica, a la cooperación formal¹⁶. Otros sostienen que la cooperación inmediata, como material que es, puede justificarse por una razón proporcionada. Para estos últimos la inmediatez solo incide en el juicio sobre la razón proporcionada, en el sentido de que tal razón ha de ser mayor, *ceteris paribus*, en un caso de cooperación inmediata que en uno de cooperación mediata (porque la inmediatez suele implicar una serie de efectos malos adicionales)¹⁷.

A mi juicio, la posición correcta es la segunda. Dos sencillos contraejemplos permiten apreciar que la primera posición conduce a resultados insostenibles. Piénsese, por ejemplo, en un cajero de banco que, a punta de pistola, es obligado a extraer el dinero de la caja y a depositarlo en la bolsa del ladrón. La acción del cajero constituye cooperación inmediata, pues él participa en el mismo acto físico exterior que para el ladrón es un acto de robo. Sin embargo, es manifiesto que la acción del cajero se puede justificar, lo que no se admitiría en la primera posición. Del mismo modo, coopera inmediatamente con una mentira la secretaria que, por orden de su jefe, transcribe y luego envía por correo electrónico los mensajes con que este engaña a sus clientes. Pero, nuevamente, es claro que hay ciertas circunstancias en las que la acción de la secretaria puede justificarse, lo que refuta la primera posición¹⁸.

V. COOPERACIÓN MATERIAL Y RAZÓN PROPORCIONADA PARA OBRAR

Sería un error pensar que el solo carácter material de una cooperación al mal basta para justificarla. Como hemos visto, un acto de cooperación material se vuelve ilícito si carece de razón proporcionada. La caridad nos obliga a impedir el mal moral del prójimo, y, aunque esta obligación no es absoluta, solo puede ser derrotada por una obligación mayor, es decir, por una razón proporcionalmente grave. Esta razón proporcionada puede consistir en obtener un bien proporcionalmente importante, o, lo que viene a ser equivalente, en evitar un mal mayor.

Los moralistas de la tradición clásica de la ley natural convienen en que el juicio de proporcionalidad solo puede realizarse prudencialmente atendiendo a las circunstancias del caso concreto. No obstante, también

¹⁶ Cf., por ejemplo, ROYO MARÍN, ANTONIO, *Teología moral para seglares*, t. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2007, p. 506.

¹⁷ Cf. GRISEZ, GERMAIN, *The Way of the Lord Jesus. Vol. 3. Difficult Moral Questions*, Franciscan Press, Illinois, 1997, p. 890. El análisis de la cooperación al mal que Grisez ofrece en esta obra (pp. 871-897) es, en mi opinión, el más riguroso y completo que se ha escrito. En este trabajo sigo de cerca las ideas de Grisez.

¹⁸ Cf. GRISEZ, GERMAIN, *Difficult Moral Questions*, p. 890.

convienen en que es posible señalar algunos criterios generales válidos para todos los casos. Ya Tomás Sánchez, a principios del siglo XVII, se encarga de asentar estas ideas:

“... ninguna cantidad cierta de aquella causa [*i. e.*, causa proporcionada] se puede prescribir por una regla, sino que se debe remitir al arbitrio del prudente. Pero para que ese arbitrio sea prudente, debe atender a que se requiere una causa tanto mayor cuanto más grave es el pecado al cual aquella ayuda da ocasión, y cuanto de modo más próximo se relaciona con él, o de suyo está más determinada al mal, y cuanto más cierto es que se seguirá el pecado como efecto, y cuanto más probable es que será impedido el pecado si no se ayuda”¹⁹.

En lo sucesivo, la exposición tradicional de estos criterios generales dice lo siguiente: la causa o razón justificante –*i. e.*, los bienes que se intenta conseguir o los males que se intenta evitar– debe ser tanto mayor o más grave cuanto: (i) más grave es la mala acción ajena; (ii) más próxima es la mala acción ajena; (iii) más seguro es que se realizará la mala acción ajena; (iv) más necesaria es la acción para que la mala acción ajena tenga lugar, es decir, más seguro es que si el agente omite el acto la mala acción ajena no se producirá; (v) mayor es la obligación, en virtud del estado u oficio del agente, de impedir la mala acción ajena; y (vi) menos derecho se tiene a realizar la acción²⁰.

Aunque los criterios de esta enumeración son verdaderos, el análisis tradicional omite algunos elementos importantes. En realidad, lo que el agente debe comparar al juzgar acerca de la proporcionalidad es (i) el conjunto de efectos buenos y malos que se siguen de realizar la acción con (ii) el conjunto de efectos buenos y malos que se siguen de omitirla. A partir de esta comparación el agente debe juzgar si las razones que obran a favor de realizar la acción que constituye cooperación son superiores a las que obran a favor de omitirla. Si lo son, hay razón proporcionada para obrar. En caso contrario, no hay razón proporcionada y la acción debe omitirse. Pero esto supone considerar todos los efectos buenos y malos de las alternativas, no solo el efecto bueno que el agente intenta al actuar y el efecto malo que consiste en la mala acción del prójimo a la cual se coopera.

Germain Grisez ha mostrado que un análisis completo debe tener en cuenta todos los posibles efectos colaterales malos de la cooperación. Estos efectos colaterales malos incluyen: (i) la misma acción mala del prójimo con la cual se coopera; (ii) los efectos malos ulteriores que se siguen de esta acción; (iii) los malos efectos en el mismo cooperador (*v. gr.*, hábitos

¹⁹ SÁNCHEZ, TOMÁS, *Opus morale in praecepta Decalogi*, l. 1, c. 7, n. 12 (Horatii Cardon, Lyon, 1615).

²⁰ Cf. LIGORIO, ALFONSO MARÍA DE, *Theologia Moralis*, lib. 2, tr. 3, cap. 2, dub. 5, art. 3, n. 59 (Marietti, Torino, 1874, vol. 1, p. 253); NOLDIN, HIERONYMUS, *Summa theologiae moralis*, t. II, 32.^a ed., Rauch, Innsbruck, 1959, p. 109.

malos generados por la cooperación continua, menor aversión al mal por la familiaridad con él, ocasiones de tentación y oportunidades de nueva cooperación por el contacto permanente con quienes obran mal); (iv) los malos efectos en el prójimo que obra el mal (*v. gr.*, reafirmación en el mal al ver la cooperación de buenas personas); (v) los malos efectos sobre terceros (*v. gr.*, escándalo, menor aversión al mal al ver la cooperación de buenas personas); (vi) los malos efectos sobre las relaciones entre el cooperador y las víctimas del mal moral ajeno, que pueden percibir al cooperador como apoyando la injusticia; y (vii) los malos efectos sobre las relaciones entre el cooperador y otras personas (*v. gr.*, imposibilidad de que el cooperador ofrezca un testimonio creíble contra el mal moral, imposibilidad de que el cooperador cumpla con sus compromisos en otros aspectos)²¹.

Una vez que se han considerado todos los posibles efectos colaterales malos de la cooperación se deben examinar, en relación con ellos, los diversos factores que pueden afectar la fuerza de las razones para abstenerse de cooperar. Entre estos factores están los siguientes: (i) obligaciones que surgen de compromisos particulares; (ii) vías alternativas menos perjudiciales de conseguir el buen fin que se procura mediante la acción que constituye cooperación; (iii) carácter necesario o no necesario de la cooperación; (iv) grado de seguridad de los juicios relevantes (*v. gr.*, sobre si un determinado efecto es malo, sobre si un determinado efecto malo se va a producir, sobre si un determinado efecto malo se va a producir igualmente si uno no coopera, etc.); y (v) magnitud de los efectos malos que se siguen de la cooperación material (*v. gr.*, gravedad del mal moral ajeno, número de víctimas de una injusticia)²². Sobre este último punto Grisez escribe:

“Al evaluar la magnitud de los efectos malos, uno debe reducir aquellos relativos a bienes instrumentales (como la propiedad) a los bienes humanos básicos (como la vida, la salud y la integridad corporal) para cuya consecución los bienes instrumentales son medios. Por ejemplo, la pérdida de cincuenta dólares para una persona pobre es casi con seguridad más perjudicial que la pérdida de cinco mil para un billonario. / Cada vez que un efecto malo será perjudicial para más de una persona, cuanto mayor sea el número de aquellos que serán adversamente afectados, mayor es la razón contra cooperar y aceptar el efecto colateral malo. / Al considerar efectos malos sobre bienes sustantivos, uno debe tomar en cuenta varias medidas diferentes de magnitud. ¿Qué tan gravoso es el daño? Una persona sufre un daño más gravoso si pierde su vida que si pierde una pierna, y sufre un daño más gravoso si pierde una pierna que si pierde un dedo. ¿Qué tan duradero es el daño? La pérdida de una pierna es un daño mayor que la fractura de una pierna, que luego sanará. ¿En qué medida el daño perturbará la vida de

²¹ Cf. GRISEZ, GERMAIN, *Difficult Moral Questions*, pp. 879-882.

²² Cf. GRISEZ, GERMAIN, *Difficult Moral Questions*, pp. 882-884.

la persona? Para muchas personas, la pérdida de un brazo es más perturbadora que la pérdida de una pierna”²³.

Aunque todos estos criterios no permiten obtener un resultado matemático sobre la proporcionalidad, ellos constituyen bases objetivas para que el razonamiento prudencial pueda alcanzar un juicio con certeza moral.

VI. ANÁLISIS DE ALGUNOS CASOS COMPLEJOS

Para finalizar, mostraré de qué manera la relevancia moral de la distinción entre cooperación formal y cooperación material permite resolver problemas prácticos que podrían causar perplejidad. El análisis de los casos que siguen puede resultar útil en la deliberación sobre otros análogos.

1. TRAMITACIÓN DE CAUSAS JUDICIALES INMORALES

La distinción entre cooperación formal y cooperación material es la herramienta a la que deben acudir aquellos que enfrentan problemas de conciencia al verse obligados a tramitar causas judiciales que consideran inmorales. En esta materia es pertinente el caso chileno de los postulantes que efectúan su práctica profesional en la Corporación de Asistencia Judicial y deben tramitar causas de divorcio vincular. Desde luego, en una situación así el postulante debe comenzar por manifestar su problema de conciencia y pedir al Abogado Jefe que se le sustituyan esas causas por otras. Pero ¿qué sucede si el superior se niega? ¿Está el postulante absolutamente obligado, en toda circunstancia, a abstenerse de tramitar la causa en cuestión? La respuesta es no. Como en tal caso es claro que el postulante no comparte la mala voluntad de quienes piden el divorcio injustamente²⁴, su cooperación es puramente material. Al aceptar la tramitación, el postulante intenta no ser reprobado, y para ello a su vez intenta realizar en tiempo y forma todos los trámites requeridos (*v. gr.*, revisar una resolución, presentar un escrito, etc.). Mas ninguno de estos trámites es en sí mismo inhumano ni supone compartir la voluntad divorcista. En este sentido, la acción del postulante que realiza la práctica para obtener el título de abogado difiere sustancialmente, por ejemplo, de la del médico al que, en el curso de su internado en Obstetricia y Ginecología, se le pide que efectúe un aborto. En este caso es el mismo interno el que ejecuta

²³ GRISEZ, GERMAIN, *Difficult Moral Questions*, p. 883.

²⁴ No me referiré aquí a los casos en que es justo solicitar judicialmente el divorcio. Para esta materia remito al lector a un trabajo específico sobre el tema: ORREGO, CRISTÓBAL, “Criterios ético-jurídicos sobre la aplicabilidad de la ley de divorcio por parte de abogados y jueces: el problema de la cooperación al mal”, en ASSIMAKÓPULOS, A. y CORRAL, H. (eds.), *Matrimonio civil y divorcio. Análisis crítico y criterios para la aplicación de la Ley N° 19.947, de 2004*, Cuadernos de Extensión Jurídica 11 (2005), pp. 219-238.

la acción de matar intencionalmente al bebé, y, por eso, ni siquiera sería un cooperador formal, sino el autor de la injusticia.

2. EL VOTO POR LA LEY MENOS INJUSTA

Esta situación fue tratada por Juan Pablo II en el número 73 de su encíclica *Evangelium vitae*, a propósito de las leyes que admiten el aborto o la eutanasia. En este pasaje el Papa afirma que, como regla general, nunca es lícito participar en una campaña de opinión a favor de tales leyes, ni tampoco apoyarlas mediante el voto. Pero luego añade lo siguiente: “Un problema concreto de conciencia podría darse en los casos en que un voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, es decir, dirigida a restringir el número de abortos autorizados, como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación”²⁵. Una situación así está lejos de ser de laboratorio. En efecto, una votación parlamentaria estrecha podría conducir a que, si un grupo de parlamentarios provida se abstienen de votar, se apruebe el proyecto más permisivo, pero si votan por el más restrictivo, este último obtenga la aprobación. Para casos de este tipo el Papa propone la siguiente directriz: “En el caso expuesto, cuando no sea posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria y, puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a *limitar los daños* de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública. En efecto, obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien se realiza un intento legítimo y obligado de limitar sus aspectos inicuos”²⁶. Un poco más adelante, el Papa se refiere a otros problemas relativos a la cooperación con leyes injustas, y señala que ellos se deben resolver a la luz de la distinción clásica que estamos analizando: “Para iluminar esta difícil cuestión moral es necesario tener en cuenta los principios generales sobre la *cooperación en acciones moralmente malas*. Los cristianos, como todos los hombres de buena voluntad, están llamados, por un grave deber de conciencia, a no prestar su colaboración formal a aquellas prácticas que, aun permitidas por la legislación civil, se oponen a la Ley de Dios. En efecto, desde el punto de vista moral, nunca es lícito cooperar formalmente en el mal”²⁷. Así, los actos que pueden justificarse son solo los de cooperación material, y siempre que exista una razón proporcionalmente grave para actuar²⁸.

²⁵ JUAN PABLO II, *Evangelium vitae*, n. 73.

²⁶ JUAN PABLO II, *Evangelium vitae*, n. 73.

²⁷ JUAN PABLO II, *Evangelium vitae*, n. 74.

²⁸ Sobre el problema del voto por la ley injusta puede consultarse el interesante debate entre John Finnis y Colin Harte: HARTE, COLIN, “Problems of Principle in Voting for Unjust Legislation”, en Helen Watt (ed.), *Cooperation, Complicity and Conscience. Problems in Healthcare, Science, Law and Public Policy*, The Linacre Centre, Londres, 2005, pp. 179-208;

3. EL VOTO POR EL CANDIDATO MENOS MALO

La distinción entre cooperación formal y cooperación material también sirve para resolver el clásico problema de si es lícito votar por el candidato menos malo. Nunca es lícito votar por el candidato menos malo cuando tal acto constituye cooperación formal, es decir, cuando se vota por ese candidato precisamente con la intención de apoyar las políticas injustas que pretende promover. Pero si se vota por el candidato menos malo con la sola intención de evitar que el candidato peor asuma el cargo, entonces se trata de un acto de cooperación material, que se justificará si existe razón proporcionada. Esta enseñanza es común en los moralistas que siguen la tradición clásica de la ley natural. Así, Prümmer señala que “como tal participación no es formal, sino material, algunas veces es lícito elegir un candidato indigno. [...] es lícito elegir al malo para impedir la elección del peor”²⁹. Por su parte, Antonio Arregui y Marcelino Zalba afirman: “Evitando la cooperación formal y el escándalo, puede ser lícito alguna vez dar el voto a un indigno, v. gr., si se presenta él solo en contra de otro aún más indigno”³⁰. Y Germain Grisez agrega: “Algunas veces se debe votar por el menos malo de dos candidatos indignos. Como se explicó arriba, usualmente se debe votar por buenos candidatos, incluso si parece seguro que van a perder. Sin embargo, a veces hay tres o más candidatos, ningún candidato digno tiene posibilidad de ganar, y la competencia es estrecha entre dos candidatos indignos, uno claramente peor que el otro. Entonces, en vez de votar por un candidato digno como un mero gesto que tendrá un efecto poco significativo sobre el bien común, uno debe tratar de impedir la elección del peor de los candidatos indignos, votando por el oponente menos malo”³¹. Para que exista razón proporcionada, con todo, no basta con que el candidato sea menos malo. Hay circunstancias en las que el triunfo del menos malo podría ser más

FINNIS, JOHN, “Restricting Legalised Abortion is not Intrinsically Unjust”, en Helen Watt (ed.), *Cooperation, Complicity and Conscience*, pp. 209-245; HARTE, COLIN, “The Opening Up of a Discussion: a Response to John Finnis”, en WATT, HELEN (ed.), *Cooperation, Complicity and Conscience*, pp. 246-268; FINNIS, JOHN, “A Vote Decisive for... a More Restrictive Law”, en WATT, HELEN (ed.), *Cooperation, Complicity and Conscience*, pp. 269-295.

²⁹ PRÜMMER, DOMINICUS, *Manuale Theologiae Moralis*, t. II, 30.^a ed., Herder, Barcelona, 1958, p. 474.

³⁰ ARREGUI, ANTONIO MARÍA Y ZALBA, MARCELINO, *Compendio de teología moral*, 5.^a ed. castellana, El Mensajero del Corazón de Jesús, Bilbao, 1958, pp. 193-194.

³¹ GRISEZ, GERMAIN, *The Way of the Lord Jesus. Vol. 2. Living a Christian Life*, Franciscan Press, Illinois, 1993, p. 872. Sobre este punto es interesante tener en cuenta el *nota bene* de una carta que Joseph Ratzinger dirigió el año 2004 al Arzobispo de Washington D.C., Cardinal Theodore McCarrick: “N.B. Un católico sería culpable de cooperación formal en el mal, y por tanto indigno para presentarse a la Sagrada Comunión, si deliberadamente votara por un candidato *precisamente* por la postura permisiva del candidato respecto del aborto o la eutanasia. Cuando un católico no comparte la postura a favor del aborto o la eutanasia de un candidato, pero vota por ese candidato por otras razones, esto se considera cooperación material remota, la que puede ser permitida ante la presencia de razones proporcionadas” (*Dignidad para recibir la Sagrada Comunión. Principios Generales*).

perjudicial para el bien común. Por ejemplo, podría ser previsible que el triunfo del peor permitirá organizar una oposición más fuerte y cohesionada; o que el triunfo del menos malo terminará por ocultar el mal bajo la apariencia de bien, corrompiendo a más gente. Todos estos factores deben ser analizados al evaluar la proporcionalidad de la acción.

4. EL CASO DEL OBAMACARE

En Estados Unidos se ha planteado una discusión a propósito de la ley denominada “Obamacare”, esto es, la *Patient Protection and Affordable Care Act*, una ley promovida por Barack Obama en marzo de 2010. El Obamacare obliga a los empleadores a pagar, en beneficio de sus trabajadores, planes de salud que cubren, entre otras cosas, gastos en fármacos abortivos, esterilización y anticonceptivos. Muchas instituciones se opusieron a esta medida –en especial las instituciones católicas: universidades y hospitales católicos–. Finalmente se llegó a una solución de compromiso. Sin embargo, si el gobierno se hubiera mostrado inflexible, las instituciones en cuestión no hubieran estado obligadas a cesar en sus funciones (como algunos pretendían). Un análisis a la luz de las reglas estudiadas muestra que el pago del seguro es solo un acto de cooperación material, que, por lo mismo, no está absolutamente prohibido. Si hay una razón proporcionalmente grave, la cooperación material es lícita. Ahora bien, la persistencia de las universidades y hospitales católicos, que entregan un beneficio importante a la sociedad, es efectivamente una razón proporcionalmente grave. Por otro lado, si se reflexiona bien puede notarse que el acto de pagar los seguros no difiere esencialmente del acto de pagar impuestos, pues también en este caso el ciudadano puede saber con certeza que los fondos estarán destinados a financiar políticas que se juzgan inmorales.

5. REPARTO DE FÁRMACOS

Un caso parecido al anterior se presenta cuando la autoridad obliga a instituciones o personas a entregar o repartir ciertos fármacos. Sea cual sea el tipo de fármaco, su sola entrega material nunca será necesariamente una cooperación formal con el mal ajeno. En efecto, el que entrega el fármaco puede hacerlo siempre con la única intención de no verse expuesto a sanciones injustas (como multas o clausura del negocio). La mera entrega nunca implica de suyo compartir la voluntad del que pueda usar el fármaco para el mal. Prácticamente todos los fármacos admiten siempre un uso legítimo. Pero, aun cuando el que reparte el fármaco sepa con certeza que su destinatario lo usará para el mal, la cooperación sigue siendo puramente material. Para que tenga aquí lugar el mal moral se necesita un *novus actus interveniens* que es ejecutado por quien recibe el

fármaco y depende enteramente de su voluntad. El caso es análogo, así, al del cartero que, en el contexto de su legítimo trabajo, debe repartir las revistas pornográficas que se envían vía correos a un suscriptor.

De lo anterior no se sigue, en todo caso, que la entrega forzada de fármacos que pueden usarse para el mal sea siempre lícita. Lo único que se sigue es que, en abstracto, no está absolutamente prohibida. Ya hemos visto que, para que la cooperación material sea lícita, se debe contar con una razón proporcionalmente grave para actuar. Por eso, la magnitud del mal que se causará con el fármaco y el riesgo de dar un mal ejemplo y escandalizar podrían llevar a concluir que lo prudente es abstenerse de toda cooperación, aunque sea material, y aunque eso signifique tener que dejar de ejercer una actividad en sí misma lícita y buena.

VII. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha mostrado que la doctrina de la cooperación al mal, desarrollada por los autores de la tradición clásica de la ley natural, permite resolver de manera razonable los problemas éticos relativos a la colaboración o cooperación con las acciones moralmente malas del prójimo. La distinción clave de esta doctrina, esto es, la distinción entre cooperación formal al mal y cooperación material al mal, se fundamenta en la necesidad de ofrecer una solución coherente a casos de aparentes conflictos de obligaciones. Una reflexión atenta sobre este asunto permite concluir que no es posible prohibir de modo absoluto toda forma de cooperación con el mal ajeno, pues tal cosa conduciría a verdaderas situaciones de imposibilidad moral. Solo pueden prohibirse de modo absoluto los actos de cooperación formal, es decir, aquellos en los que se comparte la mala voluntad de quien realiza la acción inmoral. Por el contrario, los actos de cooperación meramente material son lícitos cuando el agente cuenta con una razón proporcionalmente grave para actuar.

Segunda parte

**LECTURAS DIVERSAS SOBRE EL NUEVO
CÓDIGO DE ÉTICA**

DESAFÍOS A LA ÉTICA PROFESIONAL EN FORMAS ASOCIATIVAS DE EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

*Doctor en Derecho
Instituto de Ciencias de la Familia
Universidad de los Andes, Chile*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto identificar algunos desafíos particulares que presenta a la ética del abogado el ejercicio de la profesión en formas asociativas o colectivas, y ofrecer una reflexión que oriente el modo de enfrentar tales desafíos. Hoy es más que usual que los abogados se asocien y organicen con colegas, a objeto de prestar una asesoría más integral a sus clientes, asumiendo estrategias empresariales. Este es un supuesto del que partimos, sin ocuparnos de su fundamentación; tan solo lo tomamos como una premisa. Por otra parte, sostenemos que los así llamados “grandes estudios” constituyen el caso paradigmático de este fenómeno.

Para una mejor exposición, primero delimitaremos nuestro objeto de análisis y precisaremos el método. Hecho esto, nos abocaremos al tratamiento de algunos aspectos que nos han parecido de especial importancia: la organización empresarial y la preservación del *ethos*, la relación abogado-cliente, la esfera de la autonomía profesional, el resguardo del secreto y la aplicación del principio de cooperación al mal.

II. DELIMITACIÓN

En primer término, este trabajo tiene en su mirada el ejercicio de la abogacía en formas colectivas o asociativas, que suele ser la forma en que actualmente se ejerce la profesión en su vertiente tradicional liberal. Sin

perjuicio de lo anterior, pondremos énfasis en los “grandes despachos” o “grandes estudios”, ya que en estos últimos los desafíos sobre los que trataremos pueden aparecer con mayor prevalencia y magnitud. Excluido todo sesgo narcisista o megalómano, se suele entender bajo estas expresiones formas asociativas del ejercicio de la profesión, con una dirección única, integradas por un número importante de abogados, que en nuestro medio nacional puede superar la centena. Lo más característico de estas organizaciones es que adoptan estructuras que las asimilan, digámoslo así, a “empresas de prestación de servicios jurídicos”. Asimismo, sus clientes suelen ser ya no personas naturales –aunque no se excluyen por definición–, sino más bien compañías, las más de las veces multinacionales. Estos elementos caracterizan y por ende especifican el contexto en el que analizaremos la práctica de la abogacía¹.

En segundo término, debemos precisar nuestro punto de vista respecto de la reflexión ética. Anclados en la tradición central, entendemos la ética como el arte de la vida buena². La ética ilumina sobre el acto bueno, cuya ejecución tiende a la perfección del ser humano. Por ende, la *ética del abogado* es el *arte de la buena abogacía*, ilumina sobre *el acto bueno del abogado*, que *le hace mejor abogado y tiende a su perfección como tal*. Como es evidente, este modo de comprender la ética profesional dista de una aproximación meramente proscriptiva, esto es de la sola determinación de límites que no se deben transgredir, como por ejemplo: “el abogado no puede asistir en juicio a ambas partes simultáneamente”. Por cierto que la decencia mínima exige que no lo haga, pero zanjado ese punto es indispensable que el abogado actúe del mejor modo respecto de aquella parte a la que sí habrá de asistir en juicio. Esta comprensión de la ética implica superar el dualismo “deontologismo-consecuencialismo”, que no es capaz de dar cuenta de las complejidades del acto humano³.

¹ Una descripción bastante profunda sobre las grandes firmas de abogados, aunque con un panorama un tanto sombrío, en KRONMAN, ANTHONY, *The lost lawyer. Failing ideals of the legal profession*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

² Textos fundamentales de esta tradición: ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, *Ética Eudemia*; PLATÓN: *La República*, *Eutifrón*, *Critón*, *Protágoras*, *Gorgias*; SÉNECA: *Sobre la felicidad*, *Sobre la brevedad de la vida*; SAN AGUSTÍN: *Confesiones*; SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Comentario de la Ética a Nicómaco*; DE SOTO, DOMINGO: *Del derecho y la justicia*; FRANCISCO DE VITORIA: *Relecciones de Indias*; SUÁREZ, FRANCISCO: *De las leyes*; VICO: *Ciencia nueva, Del método de estudio de nuestro tiempo*. Ya en el siglo XX: VON HILDEBRAND, DIETRICH: *Ética*; SCHELER, MAX: *Ética*; MESSNER, JOHANNES: *Ética general y aplicada*; JOSEF PIEPER: *Las virtudes fundamentales*; MARITAIN, JACQUES: *Lecciones sobre filosofía moral*; WOJTYLA, KAROL: *Persona y acción, Mi visión del hombre: hacia una nueva ética*. Para una excelente síntesis: GARCÍA-HUIDOBRO, JOAQUÍN, *El anillo de Gíges. Una introducción a la tradición central de la ética*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 2005. En lo personal, me atrevo a recomendar muy especialmente: GUARDINI, ROMANO: *Ética. Lecciones en la Universidad de Múnich*, BAC, Madrid, 1999.

³ Sobre esta tensión, véase SEN, AMARTYA, *On ethics & economics*, Blackwell Publishing, Malaysia, 2009, pp. 74 a 78; FRANCO, JAVIER, *Deontologismo y consecuencialismo. Visiones y actuaciones de economistas y juristas*, Departamento de Publicaciones Universidad Libre, Colombia, 2011.

En tercer lugar, el modo de aproximación a la ética ya descrito presupone identificar el *ethos* de la abogacía⁴. Entendemos el ejercicio de la abogacía como un oficio –el *ars juris* clásico– y tal concepción nos interesa contribuir a preservar. Dicho eso, la abogacía en los estudios no se diferencia sustancialmente del ejercicio de ella fuera de estos. Sin perjuicio de lo anterior, y conviene así dejarlo explicitado, las peculiaridades del contexto –formas empresariales de organización y gestión masiva, clientes, personas jurídicas, multinacionales, etc.–, como en todo acto humano, también especifican el análisis ético. Por ende, no hay afán alguno de crear una suerte de subsección particular de ética profesional, algo así, por ejemplo, como “ética del abogado corporativo”, sino tan solo visibilizar algunos aspectos que en esta órbita pueden ser merecedores de una atención que, hasta donde alcanza nuestro precario saber, no le ha sido procurada.

En cuarto término, el análisis ético que ahora y aquí nos importa es el de la actuación profesional de los abogados en cuanto tales, y no el que merezca la organización empresarial en su actuar de conjunto, cauce de análisis distinto, que más bien entronca con la así llamada ética empresarial⁵. No obstante esto, sí nos importa la responsabilidad profesional particular que le cabe a los directivos de estas organizaciones.

Hechas estas cuatro precisiones, permítasenos un excursus, que aunque pueda resultar lugar común, parece que viene en alguna medida forzado. Para nadie es misterio que, con mayor o menor razón, la mala fama ha acompañado al ejercicio de nuestra profesión. Del siglo XI o principios del XII un jurista sevillano musulmán, Ubn Abdun, escribió un libro llamado *Tratado de Hisba* en el que se ocupa extensamente de las magistraturas más importantes del reino especialmente del cadí o juez, con ocasión del cual dedica algunos párrafos a los abogados⁶. Según este autor:

“Tocante a los abogados, sería menester suprimirlos, pues su actividad es motivo que el dinero de las gentes se gaste en vano. El que recurre a ellos, no aspira, al emplearlos, más que a transformar un delito en acto equitativo, merced al oropel de sus alegatos y a los discursos zalameros y embusteros que pronuncian ante los jueces, disfrazando la verdad”. Y agregaba: “ningún abogado debe defender a una mujer, pues no tendría escrúpulos en ir a verla a su casa para hablarle, y lo primero que haría sería procurar obtener sus favores e intentar seducirla, induciéndola a error y prolongando el pleito para poder cortejarla por más tiempo”.

⁴ Sobre el *ethos* de la profesión de jurista, véase APARISI, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Navarra, 2006, pp. 192 a 194.

⁵ Sobre esta línea de análisis, puede verse RUSCHE, THOMAS, *Philosophische versus ökonomische Imperative einer Unternehmensethik*, Lit Verlag, Münster-Hamburg, 1992.

⁶ Debo y agradezco al profesor Carlos Salinas Aranedo esta referencia.

Sin embargo, concluía resignadamente:

“Pero si no hubiera otro remedio que mantenerlos, que sean los menos posibles y conocidos como personas de buenas costumbres, honradas, piadosas y sabias, no entregadas a la bebida ni susceptibles de cohecho, aunque tales cualidades no se suelen encontrar en ellos”.

A la distancia de nueve siglos, la descripción anterior se lee con simpatía. Pero el hecho es que el autor sevillano lo escribió con toda seriedad. El menosprecio extendido, la sorna burlesca, pueden a ratos resultar abrumadores, y hacer parecer un ensayo sobre ética como un acto de candidez suprema, cuando no supina. Como remedio, el propio Calamandrei, haciendo eco de este fenómeno, aconseja:

“No deben a este propósito asustarnos demasiado las concordantes diatribas, en prosa y en verso, con las que el arte de todos los tiempos y de todos los países se ha recreado en acribillar la figura del abogado, sacando sabrosos tipos de abogados embrolladores”⁷.

Quisiéramos aportar a que el arte de la abogacía quede al margen de tales diatribas, debido a que, según esta enseñanza multisecular:

“no se estudia ética para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos. De otra manera, sería un estudio completamente inútil”⁸.

Nuestro empeño, entonces, está dirigido de modo principal a quienes pretendan reflexionar críticamente sobre el ejercicio de la abogacía en los estudios jurídicos, a objeto de que pueda ser mejor.

Pasemos entonces al análisis particular de los desafíos ya anunciados en la introducción de este trabajo.

III. LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y LA PRESERVACIÓN DEL *ETHOS*

Todo arte tiende a un bien en tanto su fin⁹. ¿Cuál es, entonces, el fin del arte de la abogacía? Podemos conjeturar algunas respuestas, que vienen avaladas por una importante tradición. Por ejemplo, el fin de la abogacía es la justicia. Así se desprende ya de textos de Ulpiano compilados en el *Digesto*: lo propio del hombre de derecho es discernir lo justo de lo injusto (D. 1,1,10), lo lícito de lo ilícito (D.1,1,1). Alejandro Silva Bascuñán,

⁷ CALAMANDREI, PIETRO, *Demasiados abogados*, 1926, p. 10.

⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro II, trad. Julio Pallí, Gredos, Madrid, 1985, p. 160, citado así por APARISI, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 29.

⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1094a.

quien fuera presidente del Colegio de Abogados de Chile durante casi una década, sostenía:

“[l]a particularidad, la especialidad, la peculiaridad característica de la abogacía es el combate por la justicia con las armas del derecho”¹⁰.

Podrá haber quienes sostengan que el fin de la abogacía es cooperar con el Estado de Derecho, la pervivencia de la legalidad, etc. Sin pretender zanjar en esta ocasión el punto, lo que sí interesa descartar es que el fin de la abogacía sea el enriquecimiento del abogado. Si el honorario es bien habido, podrá esa ser una consecuencia, pero no es el fin de la profesión.

En este punto, vale la reflexión de Guardini:

“La profesión será la base sobre la que se desarrolle la vida futura. Traerá el sustento y determinará la posición en la estructura social. Suscitara exigencias morales decisivas y formará el carácter de la manera más enérgica. Con ello se presupone, sin embargo, que se trata realmente de la ‘profesión’, y no simplemente de un medio para ganar dinero. O sea, que a quien se hace médico lo que le importe al final sea el curar, y no los honorarios; o al filólogo le importe llevar a la juventud a una formación intelectual, y no alcanzar una posición administrativa asegurada”¹¹.

Podríamos incluir entre los ejemplos de Guardini al abogado¹². Este es un aspecto medular para el ejercicio de la abogacía, y por consiguiente vinculante a todo quien desempeñe este oficio. Sin perjuicio de ello, claridad en este punto parece ser una responsabilidad todavía mayor respecto de aquellos abogados que sirven cargos directivos en formas asociativas de ejercicio. El abogado que sirve funciones directivas en estudios debe afrontar como desafío ético una doble amenaza de reduccionismo: el reduccionismo de los fines y el reduccionismo de los medios.

1. SOBRE EL REDUCCIONISMO DE LOS FINES

Puede parecer absurdo, pero las limitaciones del lenguaje propiamente jurídico podrían jugar una mala pasada a los abogados que ejercen responsabilidades directivas, arrastrando de paso a todos sus colaboradores. Debido a que los estudios adoptan formas jurídicas preestablecidas, como por ejemplo la de sociedades en cualquiera de sus vertientes, y estas formas se clasifican en “personas jurídicas con fines de lucro”, puede pensarse inmediatamente, aunque de manera errónea, que de suyo y *per se* el fin

¹⁰ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *El abogado. Un servidor de la justicia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 148.

¹¹ GUARDINI, ROMANO, “La responsabilidad del estudiante para con la cultura”, en *Tres escritos sobre la universidad*, Eunsa, Navarra, 2012, p. 30.

¹² Por lo demás, esto guarda perfecta consonancia con el actual artículo 33 inciso 2º del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile (2011).

de la organización es el lucro. Que semánticamente la forma jurídica se clasifique, para fines de sistemática jurídica o incluso pedagógicos, como “con fines de lucro”, no significa ni con mucho que el fin de la organización –el *telos* o finalidad que cualifica su *ethos* o carácter– sea el lucro. El fin de una fábrica de zapatos es producir buenos zapatos. Cosa distinta es la legítima retribución por ello. El fin de una organización de abogados es cooperar con el discernimiento de lo justo en los asuntos en que es solicitada su asesoría, con especial énfasis en el punto de vista del cliente. Si para mejor cumplimentar lo anterior los abogados se organizan formalmente mediante una “persona jurídica con fines de lucro”, no puede significar con ello una transformación o desviación de los fines de la abogacía. Este es un aspecto de especial importancia, ya que un cambio de enfoque inicial tornaría superfluo cualquier análisis posterior sobre ética de la abogacía.

A riesgo de redundancia, pero para intentar mayor claridad en este punto tan central, que los abogados ejerzan la profesión bajo el alero de una organización “con fines de lucro” no significa, ni puede significar, que el fin del ejercicio conjunto de la abogacía sea el lucro. Ello implicaría una verdadera abdicación del arte. Por supuesto, no estamos diciendo en modo alguno que la mera organización bajo una persona jurídica con fines de lucro implique esta distorsión de los fines o esta abdicación del arte. No. Sí advertimos, en cambio, sobre el riesgo de reduccionismo en la comprensión de los fines de la abogacía que ello podría implicar. Es razonable pensar que este riesgo se incrementa conforme aumenta la distancia temporal entre quienes tomaron la decisión original de organizarse bajo una forma societaria –las más de las veces por razones meramente instrumentales, como por ejemplo beneficios o franquicias tributarias o simplificaciones contables– y las generaciones posteriores, que ignoran la razón instrumental y tanto solo se incorporan a una determinada estructura de trabajo.

2. SOBRE EL REDUCCIONISMO DE LOS MEDIOS

Nos parece que no puede desatenderse el hecho paladino que hoy por hoy asistimos, en una medida que amerita atención, a un empobrecimiento de la comprensión de la sociedad. Existe una fuerte tendencia a reducir conceptualmente toda forma de organización social a la noción de empresa. Esta simplificación reduce la complejidad del mundo a tres o cuatro categorías: mercado, producto, proveedor, cliente, etc¹³. Es la simplificación del primer planeta de El Principito: para el rey el mundo es simple. Todos los hombres son súbditos.

¹³ La Encíclica *Caritas in veritate*, de S.S. Benedicto XVI aporta grandes luces sobre este empobrecimiento en la configuración y comprensión de la sociedad en su conjunto.

Universidades, colegios, hospitales, clínicas, y también los despachos o estudios jurídicos presentan especificidades y particularidades que no pueden reconducirse a la categoría de mera empresa, salvo jibarización o reduccionismo. Cosa distinta es que algunos aspectos de su complejidad puedan ser analizados o encausados desde el punto de vista de una organización empresarial.

Este reduccionismo se incrementa si, a su vez, a la empresa se la concibe única y exclusivamente como una organización para el incremento de la riqueza. Así planteadas las cosas, la ecuación es simple: el despacho o estudio de abogados es una empresa, la empresa tiene por fin maximizar la riqueza; luego, el fin del despacho es maximizar la riqueza. Una vez más, el riesgo de la distorsión de los fines o de la abdicación del arte. Lo anterior importa un desafío de envergadura a los abogados directivos de comunidades de trabajo jurídico. Su responsabilidad ética se juega aspectos muy de fondo en este punto.

IV. LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE

Tomás de Aquino, en un bello pasaje del tratado de la justicia, da cuenta del núcleo esencial del ejercicio de la abogacía: “El hombre debe amar al prójimo como a sí mismo; pertenece al efecto de ese amor el que un abogado defienda la causa de otra persona” (STh., II, 2, 3). La relación abogado-cliente es el eje central, la viga maestra, la columna vertebral de la actividad del abogado. Ahora bien, la abogacía en el contexto de los estudios está expuesta al riesgo de una desnaturalización, si es que se traslada dicho eje hacia otro distinto, como por ejemplo el de una relación entre prestador de servicios jurídicos y consumidor de servicios jurídicos.

Llegado a este punto, me parece pertinente la analogía con un fenómeno que se advierte en el ejercicio de otra profesión liberal, cual es la de médico. En el corazón de la medicina está la relación médico-paciente, que es una relación personal y de confianza –como lo es la del abogado con su cliente–. El ejercicio de la medicina en el contexto de las grandes clínicas muestra un serio conflicto en este aspecto: lo que parece ocurrir desde hace ya algún tiempo es el desplazamiento de la relación médico-paciente hacia otra distinta: prestador de servicios médicos o sanitarios y consumidor de tales servicios. De hecho, es usual que en las clínicas haya efectivamente una oficina de atención al “cliente”, y que la celebración del contrato de prestación de servicios esté acompañada de promociones como la acumulación de puntos para canjear en viajes u otras similares. La masividad de la prestación del servicio fuerza a que se asigne desde una dirección superior un tiempo estimado para cada consulta, por ejemplo 15 minutos, y que se generen incentivos al profesional que solicite para su paciente exámenes en la misma clínica. La ficha clínica, sujeta a estricta reserva, es ingresada a un sistema computacional al que tienen acceso

compartidos una multiplicidad de personas, ninguna de las cuales ha tenido trato con el paciente¹⁴. La organización empresarial de los grandes estudios podría llegar a tornarse algo muy parecido a una clínica.

Si lo anterior es una descripción plausible de la realidad, el primer desafío que debe saber enfrentar el abogado que trabaja en grandes estudios es el de no abdicar de lo más distintivo de su profesión, cual es la relación abogado-cliente. Para continuar con la analogía propuesta, el paciente quiere ser tratado como tal, y no como mero consumidor; quiere confiar en su médico y tener la certeza de que la preocupación primordial de este es la restauración de su salud, y no la mayor rentabilidad de la empresa en la que labora. El cliente del abogado merece una respuesta a la misma confianza y la misma certeza. El principio profesional del desinterés –según el cual, el abogado debe desatender preocupaciones distintas al mejor interés del cliente en el servicio a la justicia– adquiere aquí especial relevancia.

Lo anterior, aunque parezca de Perogrullo, puede enfrentar dificultades importantes. No debe olvidarse que los clientes de los grandes estudios no suelen ser personas, sino organizaciones. Por lo demás, en la práctica puede ocurrir, y no sin frecuencia, que en su actividad cotidiana el abogado no vea caras, sino solo pantallas de computadores o papeles. Por ende, el riesgo de concebirse a sí mismo como un mero operador de técnicas jurídicas *ad hoc*, o peor aún, de productos jurídicos estándares, puede llegar a ser más alto de lo conveniente.

En ese contexto, parece recomendable, en primer lugar, volver a poner en evidencia el núcleo de la abogacía: la relación abogado-cliente, como una relación personal, de confianza, cualificada por el mejor interés del cliente. Por supuesto, lo anterior siendo indispensable, es de todas maneras insuficiente para acometer el desafío en cuestión. Es necesario, además, que el abogado no pierda de vista a lo menos dos cosas: (i) aun cuando el cliente, en términos contractuales, sea una organización (compañía, multinacional, etc.), la relación para con ella siempre es, inexorablemente, con personas de carne y hueso: para con estas tenemos también nuestros deberes de lealtad y cortesía; (ii) detrás de cada papel cuyo contenido elaboramos o desentrañamos, hay personas expectantes. Lo que el abogado haga, o deje de hacer con cada papel, impactará en el funcionamiento de la organización a la que se sirve, y por extensión a las personas que con ella se relacionan.

En el caso particular de los abogados de grandes estudios, hay una razón adicional para la búsqueda del mejor desempeño profesional posible, que, aunque ligada a la relación abogado-cliente y teniéndola

¹⁴ Para un análisis crítico de las vicisitudes de la profesión médica en el actual contexto, véase: SERANI, ALEJANDRO, “La relación profesional de la salud-paciente frente al desafío del paradigma económico-pragmático”, en CRUZ, CARLOS (editor), *Los atributos del psiquiatra moderno. Estudios en gestión y psiquiatría de enlace*, RIL, Santiago, 2004, pp. 17 a 25.

a ella como fuente, le excede. Esta dice relación con el hecho bastante manifiesto que todo lo que haga –o deje de hacer– tendrá las más de las veces un importante impacto en la misma sociedad, ya en lo inmediato, ya en lo mediato. Por cierto, si los abogados trabajamos distinguiendo lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito, siempre nuestro quehacer impacta de manera importante en la sociedad, ya que podemos contribuir a una mayor justicia, o si nos equivocamos, a una mayor injusticia. Pero desde el punto de vista meramente sociológico, para una determinada comunidad no es indiferente si se construye o no un aeropuerto o si se instala en el país una nueva empresa. Puede que el abogado solo vea papeles, pero debe tener plena conciencia que de esos papeles puede pender la calidad de vida de muchas personas. El deber de diligencia adquiere ribetes cualificados¹⁵.

En suma, por obvio que pueda parecernos, el primer deber del abogado es seguir siendo tal, y no un prestador de servicios jurídicos estándares e impersonales que intercambia en el mercado. Para acometer este desafío es imprescindible mantener en el centro del ejercicio la relación abogado-cliente. No siempre será fácil, pero es ineludible.

Para comprender adecuadamente lo anterior, parece pertinente recordar que estamos tratando sobre ética profesional, que remite necesariamente a la mayor o menor excelencia de un acto humano, cuya cualificación dependerá no solo del objeto y de las circunstancias, sino de la intención del agente. En el plano externo la actividad del agente, en este caso del abogado, puede ser exactamente la misma –por ejemplo, redacción de extractos de sociedades–, pero las circunstancias y la intención del acto pueden calificar de una mayor o menor excelencia esa misma actividad. Así, aquel abogado que lo haga con intención de servir a la sociedad y aportar al bien común por medio de su trabajo, desplegando en tal acción el mayor grado de excelencia aun técnica que le sea posible, responde de mejor manera al *ethos* de la abogacía que aquel que hace exactamente lo mismo pero como una mera operación mecánica, por la sola expectativa de justificar su remuneración.

V. LA ESFERA DE AUTONOMÍA PROFESIONAL

La inserción del abogado en una organización mayor, compleja, que ha adoptado técnicas y estrategias propias de la gestión empresarial, puede implicar desafíos referidos a la legítima e indispensable esfera de autonomía profesional¹⁶. Por lo pronto, lo usual en estos casos es que el abogado –titular de una profesión liberal– quede vinculado contractualmente con el

¹⁵ Sobre el deber de diligencia, APARISI, ÁNGELA, *Ética...*, citado, pp. 295 a 304.

¹⁶ Sobre la posición del abogado-empleado, APARISI, ÁNGELA, *Ética...*, citado, pp. 313-314.

estudio jurídico en el marco de una relación laboral, esto es, “bajo vínculo de subordinación y dependencia”, según expresión usual. Por ende, el abogado puede verse expuesto al riesgo de pensar que su responsabilidad profesional, que incluye la responsabilidad ética, queda subsumida en la de la organización en la que trabaja. Esto, a su vez, puede implicar que el abogado se conciba a sí mismo como un mero ejecutor de instrucciones recibidas: “hay que hacer el papel 1 del modo X”. Una autoconcepción tal también implicaría una abdicación del oficio. Podríamos, tentativamente, denominar a este riesgo la “proletarización de la abogacía”, en tanto pone el acento en una sobre mal entendida dependencia entre empleador y profesional liberal. Este riesgo puede todavía ser mayor en abogados jóvenes que inician su quehacer profesional en un gran estudio.

El abogado debe tener plena conciencia de que su responsabilidad profesional es personal e indelegable, y ello es así también respecto de las decisiones éticas implicadas en su quehacer. La exigencia de obediencia debida no resulta aplicable en esta esfera. Lo anterior requiere mantener un fino equilibrio entre la deferencia profesional debida entre abogados, el respeto y prudente seguimiento de la *autoritas* que puedan ostentar abogados más experimentados, y la obediencia a la *potestas* de aquel con mayor jerarquía, todo ello sin merma del núcleo radical de autonomía profesional. Si el abogado ha llegado a adquirir la convicción interna de que no puede ni debe hacer aquello que se le ha ordenado, lisa y llanamente no debe hacerlo; sin perjuicio de aquellos casos en que el discernimiento responsable le lleve a la certeza moral de que ha de hacerlo para evitar un mal mayor, o bien de que solo actuará en cooperación material al mal, pero no formal.

Teniendo en vista lo anterior, es necesario hacer notar la conveniencia de que los grandes estudios cuenten con un órgano con facultades suficientes para resolver de manera expedita estas cuestiones. De esta forma, se evitará el incentivo perverso de que la probidad ética pueda tornarse en un obstáculo para el desarrollo profesional al interior del respectivo despacho. En efecto, si el abogado que ha recibido la orden que él estima inejecutable no puede sino representarla ante el mismo que la emitió, es claro que se genera con ello a lo menos un riesgo de incomodidad o de animosidad adversa, cuando no una franca ruptura de relaciones. Por ello, debe existir un órgano con personas idóneas y con las atribuciones necesarias para zanjar estas eventuales disputas. El resguardo de la indispensable esfera de autonomía profesional también lo reclama.

VI. EL RESGUARDO DEL SECRETO PROFESIONAL

Una organización compleja, con un número tal de abogados que en ocasiones impide o dificulta que entre ellos mismos se conozcan, ofrece

a la abogacía desafíos particulares con el resguardo de la información del cliente, y por consiguiente con la extensión del secreto profesional¹⁷. Una primera pregunta pertinente es si acaso la información que recibe un abogado de un cliente del despacho queda bajo su propia y exclusiva custodia personal o puede acceder a ella todo el estudio en su conjunto. Dicho de otro modo, ¿todo abogado del estudio queda, por el hecho de ser tal –es decir, abogado del estudio– facultado o autorizado para conocer de la información proporcionada por todo cliente a cualquier abogado? La respuesta, a nuestro entender, es no. En esto parece conveniente traer a colación una vez más el núcleo de la abogacía, cual es la relación abogado-cliente, en el que el eje primordial es el mejor interés no del abogado, sino del cliente. Atendido ello, debe hacerse la siguiente distinción: toda información de clientes que ingrese al despacho queda bajo la custodia del estudio en su conjunto –deber de no filtrar–, pero es el abogado contactado por el cliente y su equipo de trabajo directo quien está facultado para conocerla –facultad de conocer–. Solo en la medida en que el mejor interés del cliente lo exija, el o los abogados ocupados directamente del asunto pueden legítimamente dar a conocer esta información a otros abogados del despacho, con el único fin de dar una asesoría más completa o integral.

Lo anterior excluye tanto la conversación trivial entre abogados sobre asuntos de clientes como el acceso a información motivado por la mera curiosidad. Nadie debe enterarse de aquello que no le incumbe. El secreto profesional es una carga, y a ratos bastante pesada, de la que todo abogado debe procurar razonable y prudentemente liberarse en la medida de lo posible. Para una adecuada comprensión de lo dicho, es de especial importancia la distinción hecha en el apartado primero, entre una ética de la buena abogacía y una ética meramente proscriptiva. No falta gravemente a la ética profesional el abogado que con ocasión de una conversación cualquiera pone al tanto a un abogado de su misma oficina sobre asuntos de un cliente del primero. Pero es una mejor práctica la prudencia en el decir: resguarda de mejor modo el secreto del cliente y libera a su colega de una carga que no tendría por qué soportar.

Mención aparte merece el uso de los sistemas computacionales que ponen a disposición de todos los abogados de una misma oficina información referida a clientes. El acceso a información de estos no debe estar motivado por la mera curiosidad. Una vez más, solo si hay un serio interés profesional, el abogado debería tomar noticia de esa información.

¹⁷ Sobre secreto profesional, GRANDE YÁÑEZ, MIGUEL, *Ética de las profesiones jurídicas*, Desclee De Brouwer, Bilbao, 2006, pp. 173 a 175.

VII. EL RIESGO DE QUE EL ACTO PROFESIONAL CONTRIBUYA A UN FIN ILÍCITO

Es tradicional la enseñanza según la cual “es ilícito a uno cooperar a hacer el mal, ya sea aconsejando, ya ayudando, ya consintiendo de cualquier modo; puesto que el que aconseja y el que ayuda es en cierto modo el autor” (STh. II, 3, resp.). En los grandes despachos, debido a las características específicas de la relación abogado-cliente ya descritas, este es un desafío de especial importancia. En efecto, la relación comercial entre empresas, como puede serlo entre el despacho y la compañía a la que asesora, no tiene la misma capacidad de alcanzar niveles de confianza que permita un conocimiento profundo del abogado sobre la persona de su cliente ni sobre las intenciones y fines de los actos de este último. Por cierto, el buen abogado podrá –y deberá– alcanzar la confianza de su cliente –en concreto, de la persona que le representa–, pero ello no altera el hecho bastante manifiesto de que la relación interpersonal tiene una textura intrínseca diversa a la relación entre dos organizaciones.

Por otra parte, al interior del propio despacho, por razones de eficiencia y de eficacia, el trabajo jurídico suele distribuirse en equipos, y si –como suele ocurrir– el asunto implica aristas de diversas áreas, puede asimismo involucrar el trabajo de varios equipos (v. gr. tributario, libre competencia, societario, etc.). Esto puede llevar, a falta de mejor expresión, a una verdadera fragmentación del acto profesional: muchos abogados trabajando sobre aspectos muy específicos cada uno, en la que ninguno aprecia la cuestión de conjunto, salvo el que hizo el primer encargo objeto de la sucesiva cadena de delegaciones parciales. Por consiguiente, puede ocurrir que un abogado, con recta intención, resulte objetivamente cooperando en la realización final de un verdadero mal.

Por ejemplo, en nuestro país ha generado escándalo e indignación un caso notorio y público sobre colusión de farmacias para el alza de precios de medicamentos. Por cierto, se trata de un caso emblemático de falta de decencia. Supongamos que en un caso así se ha solicitado asesoría a un gran despacho. El cliente, sin especificación de los fines de su acto, requiere un informe sobre el régimen sancionatorio de actos contrarios a la libre competencia y sobre el régimen de responsabilidad civil y penal vigente en el país. El despacho distribuye la carga de trabajo entre una decena de abogados, cada uno de ellos se abocará a un aspecto del informe final. El despacho entrega el memorándum respectivo y concluye con ello su asesoría. Con esa información, el cliente decide su estrategia de colusión.

Un caso así se presta para analizar diversos aspectos. En primer lugar, conviene enunciar la doctrina de la cooperación al mal, que distingue entre cooperación meramente material –concurrir al curso causal, sin adherir a la intención mala del acto– y cooperación formal, que implica adhesión al fin malo, que es querido y buscado. Ahora bien, la coope-

ración material para que sea tal, y por ende carente de reproche, exige o ignorancia excusable o falta de adhesión subjetiva explícita, y en este segundo caso causal legítima y suficiente, además, para no sustraerse del curso material del acto.

Debe recordarse, asimismo, que la responsabilidad profesional ética es personal. Dicho todo lo anterior, en un caso como el supuesto, cabe hacer una serie de distinciones. Es diversa la responsabilidad que le cabe a cada uno de los abogados intervinientes, según la naturaleza específica de su acto: sus circunstancias particulares, el grado de conocimiento, su intención, cualifican su propio acto. Por lo pronto, quien tiene el poder decisorio de aceptar o rechazar un cliente para el despacho tiene una gran responsabilidad sobre sus hombros. La máxima “conoce a tu cliente” es máxima debida en todo caso. Puede faltar a la ética profesional si es poco prolijo o descuidado en esta decisión, y a veces las presiones económicas pueden contribuir a esta falta de prolijidad. En este sentido, es conveniente que esta gran responsabilidad pueda ser asumida de conjunto por un órgano colegiado, que, sin necesidad de burocratizar ni entorpecer la toma de decisiones, dé garantías de seguridad a todo el despacho sobre la recta intención del cliente, a lo menos en los casos más complejos.

Por cierto, la sola ausencia de adhesión subjetiva al fin ilícito conocido no basta para tornar la cooperación al mal en meramente material. Excluido el caso de ignorancia excusable, si el fin es conocido debe haber razones sólidas para concurrir a ejecutar actos materiales, en sí mismo indiferentes, conducentes al fin malo. Así, por ejemplo, es distinto el nivel de responsabilidad, y por ende la calificación de su acto propio, del abogado que, pudiendo rechazarlo, decide aceptar el cliente conociendo el fin malo, y que lo hace por razones anodinas, aun cuando no adhiera al fin; de aquel que lisa y llanamente no puede rechazarlo por razones graves.

Ahora bien, el abogado que solo recibió una instrucción acotada y particular –como por ejemplo, en el supuesto que tratamos, “necesito una descripción del régimen sancionatorio de ilícitos contra la libre competencia para mañana a las 3 de la tarde”–, ignora de buena fe el fin ilícito para el que será utilizado el informe, y solo coopera materialmente. Por supuesto, la calificación del acto será diversa si el abogado, por diversas circunstancias, conoce el fin ilícito y adhiere a este.

VIII. CONCLUSIONES

Hemos partido de un supuesto: en la actualidad las formas asociativas de ejercicio de la profesión son cada vez más extendidas. Sobre la base de ese supuesto, hemos sostenido una segunda afirmación razonablemente plausible: los grandes estudios configuran el caso paradigmático de formas

complejas de asociación para el trabajo mancomunado o colaborativo de los abogados de ejercicio liberal. Ahora bien, este nuevo contexto ofrece particularidades para el análisis ético. Con ello, no decimos que se trate ni de una nueva ética ni de una ética distinta; sino que la circunstancia que cualifica la eticidad del acto humano, en este caso del acto profesional, debe considerarse en la valoración este específico contexto.

Entre los desafíos que aparecen, a juicio nuestro, de mayor envergadura, está el de preservar el *ethos* de la profesión. En este punto, la ética profesional clama por una verdadera apología del arte. El riesgo de desnaturalizar el oficio es, hasta donde alcanzamos a avizorar, no desdeñable. Quienes ejercen cargos directivos en las comunidades de trabajo jurídico tienen en este punto una especial responsabilidad.

Otros aspectos que merecen atención y reflexión dicen relación con el resguardo del secreto profesional y la eventual colaboración a fines ilícitos. Este último aspecto ha sido más bien desatendido.

Por cierto, hay otras múltiples materias que exigen una atenta mirada, como la adecuada prevención y resolución de los conflictos de intereses, o la preservación de las relaciones de deferencia profesional, ambos aspectos cuyo riesgo potencial crece exponencialmente en relación con el número de abogados que integran una organización. Estos, como otros, ameritan un estudio particular.

REFLEXIONES SOBRE LA COLEGIATURA OBLIGATORIA

ARTURO PRADO PUGA

*Doctor en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Chile*

I. PLANTEAMIENTO

La ética profesional del abogado, recogida en códigos deontológicos, como consecuencia de una acción o una omisión determinada, busca realizar y dar significado a los principios de beneficencia, de autonomía, de justicia y de buena fe imperantes en nuestra comunidad. Las conductas morales aceptables en el desarrollo de las sociedades civiles organizadas implican un reconocimiento de costumbres y usos de vida que están implícitos en la conciencia social colectiva¹, que permiten una comunicación entre las personas, con el objeto de lograr un diálogo racional en el tránsito de información y de proyectos de vida.

El sustrato ético de las conductas morales importa un reconocimiento a la incesante actividad individual, fundada en ideales de solidaridad, compromiso y trabajo bien hecho. Además, en la base de todo comportamiento ético están inmersos el ejercicio de la libertad y la conciencia. En este contexto, asumir un comportamiento moral, desde la perspectiva de un hombre de acción, debiera importar la espontaneidad de su concreción.

Los códigos deontológicos están orientados al cumplimiento de un deber. Estos deberes se derivan de un largo proceso cultural que ha llevado a constatar que un determinado *modo de ser* de nuestra profesión es valioso desde una perspectiva ética. Por cierto que, sin transgredir el principio consistente en la prohibición de derivar lo que debe ser de *algo que es*, las conductas que se reiteran prolongadamente en el tiempo, y que

¹ Cf. GUZMAN TAPÍA, JUAN, *Código de Ética Profesional del Abogado*, Santiago, 1998.

son estimadas necesarias para el mantenimiento de un comportamiento correcto que garantiza la seguridad jurídica, la paz social y la justicia, son necesarios de una regulación formal, máxime cuando se constata su ubicación en el punto intermedio entre la moral y el derecho.

En este contexto, el Derecho debe amparar la obligatoriedad de colegiatura de quienes realizan una actividad que tiene por objeto satisfacer necesidades sociales trascendentes para su progreso y para la previsibilidad de los comportamientos humanos.

La actividad de los abogados, posible de ejercer, en sus orígenes, por el otorgamiento del título profesional de parte del Estado², debe enmarcarse dentro de una ética social que cimiente la confianza de los ciudadanos que encomiendan la defensa de sus intereses, en orden a que las situaciones que nacen bajo su imperio serán correctamente desarrolladas. Ello en el supuesto que se cumplan y ejecuten estándares mínimos de compromiso con los valores que constitucionalmente se estiman obligatorios para la legitimidad de su correcto ejercicio.

Se pretende que el abogado, en tanto operador del sistema jurídico, y cooperador de la justicia que ampara una ética social, como depositario de la confianza pública estimada valiosa para articular la defensa judicial de las personas, actúe precisamente en función de los fines que propenden a la concreción de aquellos principios.

Para esta función de interés social y de los ciudadanos, que se multiplica y crece anualmente, la incorporación a un Colegio profesional parece fundamental. Veamos, para comenzar, qué nos revelan las cifras.

II. PANORAMA DE LA ABOGACÍA EN CIFRAS

En la práctica, según un interesante estudio³, entre 1757 y 1839 la Universidad de San Felipe entregó 526 títulos de Cánones y Leyes. En 1945 había en Chile 943 abogados; en 1970, 4.306 y en el 2000 esta cifra se incrementó a 11.400 abogados. El 2001 juraron 1.222 abogados; el 2002, 1333, y el 2003, 1244.

A partir de una cantidad reducida de cinco facultades de Derecho, con un plan de estudios y metodología relativamente análogos, hemos oscilado hacia un crecimiento explosivo de centros universitarios. En 1990 estos alcanzaban a 22 y en la actualidad ascienden a 53, muchos de ellos mantienen la enseñanza en horarios diurnos y vespertinos. Tal es así que

² Vease RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, "Responsabilidad Civil del Abogado", en VV.AA, *Nuevas tendencias de la Responsabilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

³ GAZMURI DE LA MAZA, ÍNIGO, "Los abogados en Chile: Desde el Estado al Mercado", disponible en: <http://www.fundacionfuego.udp.cl>. Corresponde a un resumen de la tesis del autor para optar al grado de *Master of the Science of Law* en la Stanford University Law School. Consultado el 22 de noviembre de 2013.

mientras en 1973 había 3.544 matriculados en la carrera de Derecho, en 1998 esta cifra se elevó a 18.469 estudiantes.

Así como en 1992 juraron 369 abogados el 2012 esta cifra se eleva a 2.731 abogados provenientes de 45 universidades, donde el mayor número lo aportan la Pontificia Universidad Católica de Chile (267) y la Universidad de Chile (252). Más abajo en esta escala se sitúan la Universidad de Tarapacá (54), la Universidad de Ciencias de la Informática (23), la Universidad Los Leones (2) y la Marítima de Chile (1). Según el Ministerio de Educación (www.mifuturo.cl), en el 2012 existían 37.165 estudiantes de Derecho en el país, de los cuales 8.165 cursaban primer año, existiendo 18.422 mujeres y 18.743 hombres.

Igualmente, el Ministerio informa que en el 2011 se titularon 2.435 egresados del sistema, de los cuales 1.100 eran mujeres y 1.335 hombres, con una duración formal de la carrera de 10,5 semestres, pero que en realidad se traducía en 17,5 semestres.

En la actualidad existen 13.850 colegiados inscritos, de los cuales 59,20% ingresa al Colegio de Abogados A.G. sin costo de matrícula, con un promedio de afiliación de cuatrocientos abogados por año⁴.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. CONTROL DE LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO ANTES DE 1980⁵

Antes de la Constitución de 1980, la forma de organización que existió tradicionalmente en Chile por más de cincuenta años consistía en la afiliación obligatoria al Colegio de la Orden⁶.

⁴ Cuadro de inscripciones y juramentos, actualizado al 28/10/2013. Colegio Región Metropolitana:

	2013	2012	2011	2010	2009
Reg. 2	319	143	171	271	368
C/Pago	66				
S/Pago	253				
Reg. 3	109	236	276	211	206
TOTAL	428	379	447	482	574
% S/Costo	59,11%				
Juramentos	2.278	2.731	2.529	2.377	2.861
% Inscripción	18,79%	13,88%	17,67%	20,28%	20,06%

⁵ Véase: “Antecedentes Históricos”, en Boletín N° 6562-07 sobre “Colegios Profesionales”. Disponible en www.senado.cl (consulta el 21 de noviembre de 2013).

⁶ Véase por todos: RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO, “Los Colegios Profesionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 59, pp. 185-ss. Y del mismo autor: “Disolución de Colegios Profesionales”, en *El Mercurio*, 15 de diciembre de 1995. De la misma forma: ARGANDOÑA, MANUEL DANIEL,

A pesar que los antecedentes del primer gremio de abogados se remontan en nuestro país a 1862, en 1915 se funda el primer Instituto de Abogados de Santiago, como corporación de derecho privado, a pesar de lo cual, *“sus esfuerzos demostraron las grandes ventajas que reportaba la unión de los que ejercen una misma profesión e hicieron sentir, a la vez, la necesidad de dar vida legal a la Corporación a fin de que todos los abogados formaran parte de ella por ministerio de la ley y estuvieran también sujetos a la disciplina de la orden”*⁷.

Dicha aspiración y afiliación obligada al Colegio de la Orden quedó plasmada en el Decreto Ley N° 406 de 19 de marzo de 1925 que estableció nuestro primer Colegio de Abogados. El citado Decreto estableció como requisito para poder ejercer la profesión la inscripción en un registro especial correspondiente al distrito jurisdiccional de su residencia. De manera que solo los abogados que se encontraban inscritos en dicho registro podrían ejercer ante los tribunales del país. Este Decreto fue reemplazado el año 1928 por la Ley N° 4.409 que conformó nuestra normativa orgánica y que sirvió de modelo al resto de los colegios profesionales en Chile creados a partir de este modelo, el Colegio Médico y luego el Colegio de Dentistas de Chile, ambos en 1948, el de Enfermeras en 1953, a los que se agregan el de Ingenieros, Arquitectos, Profesores entre otros, más de veinte colegios universitarios existentes al año 1980.

Lo interesante es que ya en un primer momento la Exposición de Motivos de la ley justifica esta obligatoriedad por las peculiaridades que caracterizan el ejercicio de la abogacía y su función social: *“Se ha sostenido que “Ninguna profesión tan delicada y pocas tan nobles como la del abogado, ya que de su correcto o abusivo ejercicio dependen el estado civil de las personas, la tranquilidad u honor de las familias, la estabilidad de las fortunas, la conservación y legítima transferencia de la propiedad inmueble, el respeto y cumplimiento de las convenciones y la posibilidad de solucionarlas por medios fáciles y expeditos”*⁸. Lejos de buscar privilegios y prerrogativas, el Colegio de la época velaba por corregir cualquier acto desdoroso para la profesión.

A pesar de que la Ley N° 4.409 es de 8 de septiembre de 1928 y establecía un procedimiento sancionatorio⁹, no es sino hasta 1948, que

“Algunas consideraciones sobre los Colegios Profesionales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 27, 1980, pp. 174-ss.

⁷ DÁVILA IZQUIERDO, ÓSCAR, “El Colegio de Abogados de Chile”, Santiago, 1956.

⁸ GARCÍA CABEZAS, MARIO, “El Colegio de Abogados”, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1959, p. 35.

⁹ Los artículos 16 y 18 de la Ley N° 4.409 establecían cuales son las sanciones que se pueden aplicar a los abogados infractores del Código de Ética Profesional:

“Artículo 16.- Sin perjuicio de las facultades que corresponden a los Tribunales de Justicia, el Consejo podrá corregir de oficio o a petición de parte, en la forma que se indica en los artículos 22 y 24, todo acto desdoroso para la profesión, abusivo en su ejercicio o incompatible con la dignidad y cultura de los debates judiciales, pudiendo, al efecto, hacer uso de las medidas siguientes: Amonestación; Censura; y Suspensión del abogado por un plazo que

en uso de la facultad concedida por el artículo 15 de esa normativa, se aprueba el Código de Ética Profesional que rigió para todos los abogados y Consejos Provinciales a partir de 1949, siendo modificado en 1960, 1961 y 1967.

En uso de sus potestades de derecho público en lo relativo al ejercicio de sus facultades disciplinarias y de vigilancia del ejercicio profesional, hasta 1980 el Colegio conoció y resolvió innumerables reclamaciones, destacando, en general, el riguroso pero ecuánime criterio sostenido por el Consejo General durante toda su existencia, según el cual cualquier acto del abogado que se opusiera a su carácter de “*colaborador de la justicia*”, aunque no fuera contrario a derecho, colisionaba con el fin general de la abogacía (Art. 1° del CEP) y, por lo tanto, podía ser considerada como una falta a la ética profesional y sancionada por la jurisdicción disciplinaria que podía llegar, en circunstancias calificadas, hasta la cancelación del título profesional.

Por último, destacamos el control preventivo de los actos de la profesión que en una primera etapa la ley le encomendó a la Corte Suprema de Justicia, la que formando una comisión compuesta entre otros por el Presidente del Colegio de la época comprobaba los requisitos del postulante a abogado con un examen público con “*el objeto de cerciorarse de su competencia*”¹⁰.

En síntesis, hasta 1966 el Colegio conoció 4.280 reclamaciones, rechazó 1.896 denuncias, 769 acogidas y 1.615 archivadas por desistimiento y abandono, o por arreglo obtenido a satisfacción de las partes¹¹, lo que demuestra la existencia de una férrea jurisdicción disciplinaria y preventiva y el inestimable servicio que rindió al país.

Aparte de esas funciones y de llevar un registro de los abogados y efectuar el control disciplinario de estos, disponía de un arancel profesional para tarificar el precio por el cobro de los servicios, sin que,

no exceda de seis meses, dando cuenta de ella a la Corte Suprema y a la respectiva Corte de Apelaciones.

Para acordar la suspensión se requiere la concurrencia de los dos tercios de los miembros del Consejo. Si es acordada por un Consejo Provincial, el abogado podrá, dentro del plazo de quince días, reclamar ante el Consejo General, que resolverá oyendo al interesado, previo informe del Consejo respectivo. Mientras se resuelva la reclamación quedarán suspendidos los efectos de la medida adoptada.

Artículo 18.- Podrá, asimismo, el Consejo General, acordar con el voto de los dos tercios de sus miembros, la cancelación del título, siempre que motivos graves lo aconsejen. Todo acuerdo del Consejo que cancele el título, será apelable dentro de diez días, ante la Corte Suprema, que conocerá del recurso en Tribunal Pleno y requerirá para ser confirmada el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Tribunal. Declarada la cancelación, el abogado será eliminado del Registro de la Orden”.

¹⁰ Decreto N° 1.450 de 15 de abril de 1935, que contiene el reglamento de la Ley N° 4.408 de 8 de septiembre de 1928, acerca del ejercicio de la profesión.

¹¹ PARDO VALENCIA, FANNY, *Ética y Derecho de la Abogacía en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 6. Es importante destacar que de las reclamaciones acogidas, en 629 casos aplicó medidas disciplinarias, 163 amonestaciones, 185 censuras, 270 suspensiones y 11 cancelaciones de títulos.

desde luego, existiera un límite para ajustar monto por encima de este mínimo, lo que quedaba sujeto, naturalmente, al acuerdo entre el abogado y su cliente.¹²

Por último, el Colegio de Abogados¹³ mantuvo a su cargo un Servicio de Asistencia Judicial, encargado de prestar asesoría jurídica gratuita y de la defensa de oficio a quienes carecían de medios económicos suficientes para pagar a un abogado de libre elección, labor que desarrolló con gran esmero con alumnos que hacían su práctica profesional en consultorios jurídicos a lo largo de todo el país en los Consejos Provinciales.

2. CONTROL DE LA ÉTICA PROFESIONAL DEL ABOGADO DESPUÉS DE 1980

Con la llegada del gobierno militar¹⁴, el régimen se hizo eco de la desconfianza que provocaban, en general, las organizaciones civiles de afiliación obligatoria, como sindicatos¹⁵ y colegios profesionales.

Si bien en una primera etapa se logró el reconocimiento de los colegios profesionales y se estableció la colegiatura obligatoria para el ejercicio de una profesión universitaria (Acta Constitucional N° 3, D.L. N° 1.552 de 1976), posteriormente la Constitución promulgada en 1980 deroga la colegiación obligatoria para el ejercicio de las profesiones que requieren de titulación universitaria, fundado en el principio constitucional de la libertad de asociación (Art. 19 N° 15 CP).

¹² Nótese que la Comisión de Defensa de la Competencia de la Unión Europea consideró que la práctica de fijar honorarios va en contra del principio de Libertad de Competencia que rige en la Unión. Por esta razón, obligó a los Colegios de Profesionales a sustituir las "Normas de Honorarios Mínimos" por unos criterios que solamente orientan el monto de los honorarios.

¹³ Véase por todos la completa recopilación de ESTÉVEZ GAZMURI, CARLOS, *Manual del Abogado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958.

¹⁴ El proyecto sobre Colegios profesionales (Boletín N° 6562-07) destaca las normas tendientes a disminuir e incluso eliminar las facultades de los Colegios profesionales, o a suprimirlos. Estas son: D.L. N° 349, de 1973, que prorrogó el período de duración de los organismos directivos de los Colegios Profesionales, privándoles de la posibilidad de elegir nuevas directivas y otorgándole al gobierno la facultad de nombrar reemplazantes. D.L. N° 1953, de 1977, y la Resolución N° 873, de Transportes, de 14 de septiembre de 1978, permitieron a cualquiera, sin necesidad de adherirse a colegio o asociación alguna, ejercer la actividad de corredor de propiedades y taxista, respectivamente; D.L. N° 2516, de 1979, privó del carácter obligatorio a los aranceles de honorarios acordados por los Colegios e hizo innecesario contar con la colegiatura para el desempeño de cargos públicos; D.L. N° 2756, de 1979, definió a los sindicatos de trabajadores independientes como aquellos que agrupan a trabajadores que no dependen de empleador alguno, permitiendo se creasen, como ocurrió efectivamente, los "Sindicatos de Abogados"; D.L. N° 2757, de 1979, modificado por el D.L. N° 3163, de 1980, estableció a las "asociaciones gremiales" como organizaciones "que reúnen personas naturales, jurídicas o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes".

¹⁵ Constitución de 1980, artículo 19: "La Constitución asegura a todas las personas: N° 19.- El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria".

Cabe destacar que se trató siempre de un aspecto muy discutido y que estuvo presente tanto en el Proyecto de la Comisión Ortúzar¹⁶ como en el Proyecto del Consejo de Estado¹⁷. Sin embargo, no existe constancia de la razón para haberla modificado en el texto constitucional, y que en la práctica resultó inconciliable con la intención de proteger los grupos intermedios que la misma Constitución proclama¹⁸.

Es más, revisadas las actas de las sesiones del Consejo de Estado no se registra ninguna discusión, ni tampoco argumento, en virtud del cual se hubiese amparado la exclusión de la colegiatura obligatoria en el texto constitucional definitivo emanado de esa instancia. Sin embargo, las Actas de la sesión N° 62, de 9 de enero de 1979 consignan que el Comisionado señor Ortúzar, haciendo referencia al número 14 del artículo 19, asigna una justificación a su inciso tercero dejando constancia expresa de que “nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación salvo el caso de los colegios profesionales”.

El D.L. N° 3.621 de 1981 dismanteló los colegios profesionales, transformándolos en meras asociaciones gremiales. Además, permitió la organización paralela de otras entidades, sin contemplar las peculiaridades que caracterizan el ejercicio de una actividad universitaria de esta naturaleza. En efecto, dispuso en su artículo 3: *“Deróganse todas las disposiciones legales que facultan a los Colegios Profesionales para conocer y resolver los conflictos que se promuevan entre profesionales, o entre estos y sus clientes, como consecuencia del ejercicio de la profesión, como asimismo aquellas que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional”*¹⁹.

En cuanto al control disciplinario, el mismo decreto permitió perseguir la responsabilidad ética de los abogados mediante juicios sumarios seguidos ante los tribunales civiles. Pasado el tiempo se comprobó la inoperancia de esta normativa²⁰.

Lo concreto es que hoy las facultades disciplinarias del Consejo General del Colegio se limitan exclusivamente a los abogados colegiados y que la

¹⁶ Véase Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 211, celebrada el 13 de mayo de 1976, <http://actas.minsegpres.gob.cl/>, consultado el 22 de noviembre de 2013.

¹⁷ Actas del Consejo de Estado del Proyecto de Nueva Constitución Política, en www.bcn.cl. Acta de la sesión N° 62, de 9 de enero de 1979 (asociación salvo el caso de los colegios profesionales).

¹⁸ Cf. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO, ob. cit., pp. 190, 196-197. De la misma forma: Cf. ANDRADE RIVAS, EDUARDO, “Comentarios sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las Asociaciones Gremiales”, Comunicación a las Jornadas de Derecho Público Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1999, pp. 109-139.

¹⁹ El D.F.L. N° 630, de 1981 dispuso un Registro Público de Profesionales que llevaría el Ministerio de Justicia a través del Registro Civil.

²⁰ El artículo 4° del D.L. N° 3.621 dispone que: Toda persona que fuere afectada por un acto desdoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión, podrá recurrir a los Tribunales de Justicia en demanda de la aplicación de las sanciones que actualmente contemplan para estos actos la Ley Orgánica del Colegio respectivo o las normas de ética vigentes.

Secretaría del Colegio debe rechazar reclamos interpuestos contra abogados no colegiados. En la práctica esto se constituye en un desincentivo a la colegiatura, ya que los abogados tienden a evitar someterse a un control ético eficaz²¹.

Más aún, existe una cantidad importante de personas que a pesar de sentirse afectadas por la actuación de sus abogados, no ejercen las facultades legales por falta de recursos económicos, o bien, para no tener que lidiar con nuevos letrados que los representen en juicios éticos seguidos contra sus anteriores abogados.

A pesar de este panorama, y de la existencia de una afiliación voluntaria, muchos abogados, ejerciendo individual o colectivamente como estudio profesional, en una cifra que bordea entre el 20 al 30 por ciento, se colegian y se someten a la jurisdicción disciplinaria de sus pares, eligiendo democrática y periódicamente a su mesa directiva.

El hecho de pertenecer al Colegio, con el consiguiente control ético, debiera convertirse en un antecedente que agrega valor para el abogado frente a sus pares, clientes y a la comunidad que lo rodea.

La reforma a la Constitución aprobada por la Ley N° 20.050 de 2005, dio un paso adelante en el rol de los Colegios, al reconocer la tuición ética de estas asociaciones sobre sus miembros, lo que se mantiene bajo el alero del derecho de asociación creando un régimen de doble instancia apelable ante la Corte de Apelaciones, ejerciendo de esta forma su control disciplinario y su potestad sancionatoria²².

Finalmente, es necesario decir que el nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile se aprobó en la Sesión Ordinaria del 4 de abril de 2011, entrando en vigencia el 1 de agosto de 2011.

IV. REFERENCIA AL PROYECTO DE LEY SOBRE COLEGIOS PROFESIONALES

El Proyecto de Ley contenido en el Boletín N° 6562-07, sobre Colegios Profesionales, se origina en virtud del Mensaje del Ejecutivo N° 518-357 de 5 de junio de 2009. Entró a la Cámara de Diputados a primer trámite constitucional el 10 de enero de 2009.

²¹ De ahí que en el Boletín N° 1969-07 del Congreso se presentó un proyecto de ley (honorable diputado Gutemberg Martínez) que "Establece la obligación de todas las asociaciones gremiales de contar con un Código de ética que regule la conducta de sus asociados".

²² Ley N° 20.050 D.O. 26.08.2005, art. 19 N° 16 *"Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y N° 10 letra d) que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley"*.

Cabe destacar que no ha sido el único. Anteriormente, a principios de 1993, los diputados Aldo Cornejo y Juan Carlos Latorre presentaron otro (Boletín N° 987-07), actualmente archivado, el que tuvo por objeto “*restituir a las entidades que agrupan a los diferentes profesionales y técnicos su relevancia dentro del quehacer nacional, como también volverlas a dotar de las facultades necesarias para velar por el regular y correcto de las distintas profesiones y técnicas y corregir las infracciones a la ética profesional. Al efecto, se propone el establecimiento de Tribunales de Ética, a nivel nacional y regional, constituidos por los propios Colegios de Profesionales y de Técnicos. Para ello “contempla la creación de un Registro Nacional de Profesionales y de Técnicos de la Enseñanza Superior, como también un Registro Nacional de los Colegios Profesionales y Técnicos que se constituyan en el país, a cargo del Ministerio de Justicia”.*

Por último, “*se establecen normas sobre el ejercicio en Chile de los profesionales extranjeros, como también sobre el ejercicio colectivo de las profesiones y sobre la transferencia de tecnología, aspectos hasta ahora no suficientemente regulados”.*

Sin embargo, este Proyecto fue archivado²³. En lo que se refiere al Proyecto vigente a partir de 2009, este se ha mantenido en aquel trámite legislativo inicial y para rematar con fecha 20 de enero de 2010 le fue retirada la suma urgencia.

Este proyecto se fundamenta jurídicamente en la reforma constitucional de 2005²⁴ que, pese a no establecer la colegiatura obligatoria, reforzó las ideas fundamentales de:

- a) que los colegios profesionales tienen la tuición ética de sus afiliados.
- b) que respecto de los profesionales no asociados, la ley debe crear tribunales especiales encargados de aplicar sanciones.

Según se indica, los principales objetivos de este proyecto en trámite son:

- a. Crear a un Registro Público de Profesionales, a cargo del Registro Civil e Identificación.

“Del actual registro voluntario de profesionales, se transita a un reforzamiento del mismo, estableciendo que la inscripción es una condición habilitante para el ejercicio legal de las profesiones. Así, se permitirá a la ciudadanía contar con una herramienta eficaz para tener certeza acerca de si el profesional que tiene al

²³ Mediante el Proyecto contenido en el Boletín N° 4890-07, actualmente archivado, se establece que: “En todo organismo colegiado, las citaciones a sesiones ordinarias o extraordinarias serán de responsabilidad del presidente, pudiendo convocarlas el secretario por orden del presidente, salvo que los estatutos expresamente señalen a otra persona con esta responsabilidad”.

²⁴ Véase, especialmente: FUENZALIDA CIFUENTES, PABLO, “Notas sobre la jurisdicción ética de los Colegios Profesionales”, en *Revista de Derecho*, vol. XX, 2007, pp. 131-146.

frente, efectivamente reúne dicha calidad. Del mismo modo, podrá informarse de su formación universitaria y, si es extranjero, si cuenta con la habilitación legal correspondiente”.

- b. Reconocer personalidad jurídica de derecho público a los Colegios Profesionales.

“Con todo, coherente con las nuevas potestades que expresamente le otorga el constituyente a estas entidades colegiales, se refuerza su carácter; reservándose la denominación de colegio, exclusivamente a las agrupaciones de profesionales constituidas como personas de derecho público conforme a la ley, para distinguirlas de otras asociaciones que no revistan tal carácter”.

- c. Crear un Registro Público de Profesionales, a cargo del Ministerio de Justicia²⁵.

- d. Se mantiene la colegiatura voluntaria y se exige colegiatura única.

“El proyecto de ley es armónico con la normativa constitucional que regula el derecho de asociación y la libertad de contratación, prevista en los numerales 15 y 16 del artículo 19 de la Constitución, en cuanto ninguna ley o disposición de autoridad pública puede exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en estos. El proyecto, en sus disposiciones, conserva la libertad de afiliación a los Colegios, es decir, no se contempla la colegiatura obligatoria. Además, con el ánimo de fortalecer a cada colegio, se establece que no se podrá estar afiliado a más de un colegio profesional de la misma orden”.

- e. Reconoce funciones y atribuciones de los Colegios Profesionales.

“(…) tendrán, respecto de sus afiliados, las obligaciones y atribuciones que definan sus estatutos”. Sin perjuicio de ello, el proyecto establece una serie de funciones y atribuciones que los Colegios tendrán por el solo ministerio de la ley. Además la de emitir recomendaciones sobre buenas prácticas para sus afiliados y vigilar su cumplimiento. Reconoce además las potestades disciplinarias y correccionales a los Colegios respecto de sus afiliados.

- f. Establecer Tribunales Especiales de Ética.

Se propone crear tribunales propios de los Colegios para sus afiliados y tribunales especiales para que controlen el comportamiento ético de los profesionales no colegiados, para que no existan profesionales fuera de la jurisdicción ética. El

²⁵ En Perú, siendo el trámite de la colegiatura obligatorio para la habilitación, existe un Proyecto de Ley que establece la obligatoriedad de la inscripción registral de los estatutos de cada colegio profesional, así como los acuerdos de sus órganos sociales, nombramientos de directivos, entre otros puntos, ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp).

procedimiento ante los tribunales de ética de los colegios profesionales y ante los tribunales especiales de ética profesional se regirá por las mismas normas.

- g. Fijar un estándar ético común para cada profesión establecidos en los códigos respectivos.

“La iniciativa establece un procedimiento regido por un principio de participación ciudadana para su elaboración. Además, deben ser aprobados mediante decreto supremo por la autoridad. De esta manera, se otorga a los Códigos de Ética un reconocimiento público, que permite hacer oponible sus normas a todos los profesionales regidos por ellos, permitiendo a su vez al público en general, determinar los estándares éticos vigentes que pueden esperar de la conducta de los profesionales a los que han acudido para recibir sus servicios correspondientes”.

V. COLEGIATURA OBLIGATORIA

1. ANTECEDENTES²⁶

La abogacía es una profesión universitaria reconocida por la ley. Su ejercicio práctico importa que la Corte Suprema de Justicia certifique a la comunidad nacional que el investido posee las competencias necesarias para cumplir sus funciones. Es indispensable que, ante lo que podríamos denominar fe pública, respecto de la necesidad de cumplimiento de un deber, exista una entidad organizada con potestades suficientes que se encargue de velar para que el interés público sea protegido.

La plétora de egresados de derecho que juran todos los meses (4.746 entre 2012 y hasta septiembre de 2013) sobrepasa con creces las demandas del país y para nadie es un misterio que el fin de la carrera supone para muchos el comienzo de la cesantía²⁷.

A nadie escapa tampoco que la explosión desmedida de centros de enseñanza de derecho, más preocupadas por aumentar los ingresos que suponen las nuevas promociones de estudiantes, que por profundizar en los valores éticos o en su formación, repercute en el nivel de algunos profesionales tanto en universidades públicas como privadas, que comienzan a ejercer sin contar con las habilidades necesarias.

²⁶ Véase los trabajos del abogado hispano chileno y ex-Decano del Colegio de Abogados de Málaga, SÁNCHEZ STEWART, Dr. NIELSON, “Colegiación obligatoria y potestad disciplinaria” (Marbella, 2002) y “Seguridad Jurídica y Colegiación Obligatoria” (Marbella, 2010) consultado en internet el 22 de noviembre de 2013 <http://sanchez-stewart.com/publicaciones/icalucena/>. Véase asimismo: LONDOÑO JARAMILLO, LUZ HELENA, *La Colegiatura Obligatoria de los Abogados*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Bogotá, 1980.

²⁷ En España se decidió que el acceso al ejercicio profesional como abogado de acuerdo con las directrices de la Unión Europea que obligan un formación específica una vez alcanzado el grado de Licenciado en Derecho reforzado con un examen de Estado. Véase: Ley N° 34/2006, vigente el 31 de octubre de 2011.

Parece normal que, entonces, en este caso y en beneficio de toda la colectividad se restrinja excepcionalmente, como ha venido sucediendo en otros países²⁸, la libertad de asociación, disponiendo la unión obligatoria de todos aquellos que ejercen una misma profesión integrados en un Colegio que ajuste y ordene la conducta de sus asociados por estándares dictados por sus pares elegidos democráticamente.

Existen opiniones muy autorizadas como las de los Profesores Ríos Álvarez, Silva Bascuñán y Evans de la Cuadra (Vid: Lautaro Ríos Álvarez, “Los Colegios Profesionales”, *Revista de Derecho Público*, vol. 1996, N° 59, pp. 185-ss.) que han llegado a la misma conclusión.

Podrían esbozarse algunos principios jurídicos que serían contrarios a la negativa de afiliación colegial. En primer lugar, estaríamos en presencia de una verdadera anarquía. Dejar en manos de una autorregulación o autogobierno cuestiones tan básicas como la necesidad de responder por sus propios actos frente a determinadas cargas públicas, resulta un hecho que escapa al control institucional de actividades que se constituyen en uno de los fundamentos de la concreción del principio de seguridad jurídica. En efecto, antes de la realización de justicia, expresada mediante la jurisprudencia, existe un amplio espectro de indeterminación dogmática que debe estar encausada por personas capaces de guiar sus actos, espontánea o coercitivamente, de modo tal que sus convicciones, preferencias o inclinaciones reñidas con la ética no interferirán en la presentación de las posturas fácticas y normativas que se presentan frente a los temas de relevancia jurídica.

En segundo lugar, estimamos que atentaría contra el derecho a una defensa idónea y competente. Sabemos que el derecho a defensa no solo importa la asistencia de un letrado, sino que también esa intervención debe cumplir con unos estándares mínimos ajustados a la ética profesional. Pues bien, los ciudadanos defendidos por abogados no colegiados estarían en una situación de desventaja en relación con la manifestación cierta de control de la necesaria imparcialidad e independencia de juicio frente a las propias convicciones, preferencias e inclinaciones, muchas reñidas con la ética, que recae sobre los abogados colegiados.

²⁸ ARAGÜÉS ESTRAGUÉS, MIGUEL ÁNGEL, “Informe sobre la viabilidad de una colegiatura obligatoria de los abogados en Colombia”, Bogotá, 2011. Consultado en la red de internet el 22 de noviembre de 2013: “En la inmensa mayoría de los países donde el Estado de Derecho impera y la democracia es una realidad habitual, asentada y cotidiana, la colegiación obligatoria de los abogados es la norma. España, Francia, Italia, Alemania, Portugal, Dinamarca, Suecia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Noruega, Finlandia, Islandia, Grecia, Irlanda, Gran Bretaña, por citar en Europa los países en los que la Institución ya está asentada y sin perjuicio de que todos los países que se han incorporado a la Unión Europea procedentes de la antigua Europa del Este estén también en dicha línea y consolidando sus Colegios. Estados Unidos y Canadá son un ejemplo en América del Norte. Argentina, Ecuador, Perú, Costa Rica, Brasil, Venezuela, Uruguay, Paraguay, lo son en América Latina”. La excepción de países que carecen de colegiatura obligatoria serían, entre otros, Colombia y Chile.

En tercer lugar, y relacionado con lo anterior, se estaría afectando el principio de igualdad ante la ley en todos aquellos casos de ciudadanos a los que se les designa, por parte del Estado, a un determinado abogado no colegiado para acudir a la defensa de sus intereses, principio que no se ve afectado cuando el profesional es elegido libre y espontáneamente por el cliente.

2. REFORMA A LA CARTA FUNDAMENTAL

Para restituir las atribuciones que tenía el Colegio, a diferencia de la propuesta del Proyecto de Ley (Boletín N° 6562-07 sobre Colegios Profesionales), somos de la idea que habría que modificar los numerales 15 y 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental para establecer la exigencia del requisito de la colegiatura obligatoria para el ejercicio de la profesión de abogado y el control disciplinario que deriva de su desempeño, asignando el título profesional de abogado únicamente a los que se dedican habitualmente a las funciones inherentes a ella, sin perjuicio de su habilitación como Licenciado en Derecho extendida por la Universidad.

Cabe señalar que el año 1992 se presentó en el Congreso un Proyecto de Reforma Constitucional²⁹ que modificaba los N°s 15 y 16 del artículo 19 de la Constitución, precisamente en relación con los Colegios Profesionales, el que también no tuvo mayor éxito en su tramitación.

Hay quienes estiman que una colegiatura obligatoria atentaría contra el principio constitucional de libertad de asociación³⁰, y en contra del “Pacto de San José de Costa Rica”³¹ que expresamente consagra (Art. 16 N° 1), reafirma y garantiza esta libertad.

A nuestro juicio, estos aspectos a modo de reproche ceden en beneficio de la indiscutida tutela que merecen unas actividades profesionales ejercidas en el marco de un monopolio con finalidades públicas específicas y orientadas a satisfacer necesidades de la comunidad (derecho de defensa y asistencia letrada). En este contexto, pareciera lógico garantizar

²⁹ Cf. Boletín N° 747-7, moción de los honorables senadores Sres. Díaz, Hormazábal, Páez, Ruiz de Giorgio y Ruiz-Esquide.

³⁰ Las comunidades europeas han declarado que la colegiación obligatoria no es contraria al principio de libre circulación de personas siempre y cuando las mismas exigencias sean obligatorias a los nacionales del mismo Estado.

³¹ Pacto de San José, Costa Rica, Convención americana sobre derechos humanos, aprobado por Decreto Supremo N° 873, de 5 de enero de 1991. En el artículo 16 se establece: Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

un estándar de calidad, idoneidad, responsabilidad y con capacidad de regulación, control y sanción.

Por lo demás, en países que reconocen y tutelan eficazmente el derecho de libre asociación de los *individuos*, como en España, Francia, Italia y Alemania, la colegiación obligatoria³² se encuentra establecida para el ejercicio de determinadas *profesiones titulares*. Nada obsta y parece perfectamente compatible la existencia de este último estatuto con la coexistencia de dicha garantía.

3. VENTAJAS QUE REPRESENTA VOLVER AL SISTEMA ANTERIOR RECUPERANDO LA VIGENCIA DE LA COLEGIATURA OBLIGATORIA

A mi juicio, y por las razones expuestas, el objetivo central de la afiliación al Colegio y la regulación del ejercicio de la profesión de abogado no es solamente recobrar la tutela deontológica o la potestad disciplinaria, sino buscar, además, las ventajas gremiales que provee la unidad y que solo se conquistan y aprecian con esta colegiación integral, como un medio de apoyo, más que de simple y puro control.

Entre otros beneficios están los seguros de vida, de cobertura de la responsabilidad civil, las becas para hijos de abogados fallecidos, asistencia a cursos de capacitación y actualización de conocimientos e innovación continuos, las certificaciones de especialidades³³ y obviamente la confraternidad, ya que la soledad es siempre mala consejera.

Por otra parte, la manera más eficaz de alcanzar la defensa de nuestros intereses comunes y prerrogativas como gremio, procurando la unión y solidaridad de todos, en una profesión que casi siempre es de enfrentamiento continuo, es por esta forma única de colegialidad.

Lo anterior no obsta, por cierto, a que existan asociaciones unidas o coligadas a esta entidad que agrupe a los abogados en torno a determinadas áreas de interés autónomo (laboral, seguros, marcas y patentes) y que se benefician de la organización que les facilita el Colegio para facilitar su funcionamiento.

Pero lo primero es asumir el reto de reivindicar la colegiatura obligatoria mediante una ley, sea que se establezca una colegiatura única

³² Por ejemplo, el artículo 22 N° 1 de la Constitución Española reconoce “el derecho de asociación”, pero el artículo 36 señala que “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

³³ Como acertadamente enseña Aragüés Estragués: “Una cosa es que el abogado se especialice de hecho e incluso que se le conozca en el hablar común como penalista, civilista, laboralista, etc., y otra que un abogado pueda seguir siéndolo de verdad si pierde la visión actualizada del conjunto del Derecho. Quien ha ejercido la abogacía sabe lo interrelacionadas que están las distintas materias y que un tratamiento excesivamente estanco solo redundaría en perjuicio del cliente”.

nacional o una que regule un Colegio por cada Región³⁴, con mecanismos democráticos de representación.

Tengo la convicción que con ello se apunta a la dignificación de la profesión y se empalma con la aspiración de consolidar nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, robusteciendo así el “derecho de asociación” manifestado por medio de la organización de colegios profesionales en resguardo efectivo y necesario del interés general de la sociedad.

³⁴ España cuenta con 83 Colegios de Abogados con competencia territorial propia cada uno de ellos. Portugal, en cambio, cuenta con un único Colegio Nacional de Abogados.

**LA DIGNIDAD E INDIGNIDAD DEL ABOGADO.
COMENTARIOS AL ARTÍCULO PRIMERO DEL
CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL**

JULIO ALVEAR TÉLÉZ

Doctor en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo, Chile

Superficialmente considerado, se diría que el artículo 1° del Código de Ética Profesional sirve de poco. La fórmula que utiliza contiene conceptos tan genéricos, términos de textura abierta tan imprecisos, que su valor orientativo podría aproximarse a la nada. Afirmar que *“el abogado debe cuidar el honor y dignidad de la profesión”*, apela a una prenocción de “honor”, “dignidad” y “profesión” difícil de asir.

Y, sin embargo, a poco que se profundice el problema se cae en la cuenta de la sabia decisión de formular este principio en los términos en que figuran.

La profesión de abogado es primariamente un oficio. La define, desde antiguo, no el sujeto habilitado para ejercerla, sino la naturaleza y finalidad de la actividad implicada en ella. Las profesiones jurídicas tienen fines supremos inamovibles, pues satisfacen una necesidad social inextinguible en el tiempo. En toda civilización ha sido ineludible contar con el oficio de estatuir y restituir el orden de justicia en las relaciones humanas.

Aún en los malos tiempos, en los que por influencia de la Revolución Francesa, Europa, y por su influjo Hispanoamérica, abandonaron por exigencia ideológica el *ars iuris* para suplantarlo por el paradigma de la exégesis de la ley, aun en esos tiempos de positivismo vulgar pervivió el oficio de ajustar las relaciones sociales atendiendo a criterios de justicia material¹.

¹ Sobre dicha pervivencia, GROSSI, PAOLO, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 67-93.

Hoy, en la era de la descodificación, en el periodo de “vuelta a las fuentes”, debe destacarse, con especial fuerza, la relevancia del oficio del abogado, componedor de la “razón común” que hasta hace poco atribuíamos únicamente a la norma. Un exigente *ars advocati* se espera del litigante: debe persuadir no solo al juez sino también, y muchas veces, a la opinión pública. Las causas se ganan o pierden no solo en los estrados. La “razón común” debe ser expuesta también a los ciudadanos. Análoga exigencia se dirige, a su manera, al abogado corporativo, al árbitro, o al negociador. Los negocios se cierran no solo en los pasillos de las grandes corporaciones.

De ahí que el *ars advocati* deba mantenerse fiel a su finalidad². Como la *lex artis* del médico, se trata de un ideal normativo tan consustancial a la sociedad, que su vacío o perversión no es sustituible. Si por un absurdo dejaran de existir, habría que nuevamente duplicar el *ars advocati* para estatuir y restituir el orden de justicia en las relaciones humanas. Lo reconoce implícitamente el artículo 45.2 del Código:

“Es contraria a la ética profesional la instrumentalización por parte del abogado de esta forma de prestar sus servicios profesionales hacia fines ajenos a la promoción del acceso a la justicia, la representación legal efectiva o la consolidación del Estado de Derecho”.

Lo anterior permite vislumbrar la dignidad de la profesión de abogado. Y por contraste, discernir las conductas que más claramente pervierten el oficio. En este sentido, un Código de Ética Profesional procura, con mayor o menor esmero según las circunstancias, traducir en normas y deberes específicos las conductas en que esa dignidad se expresa o se afecta.

En nuestro país, varios son los problemas que enfrenta el oficio del abogado en cuando a la lucha por cumplir el rol que le cabe en la sociedad. De todos ellos da cuenta el actual código ético del gremio. Explicitamos los que parecen ser los principales:

1. LA PASIÓN CREMATÍSTICA

Es la perversión que consiste en colocar todos los recursos del *ars advocati* en función de la obtención de utilidades, como si el problema de la justicia no fuese el centro de la práctica del derecho.

Son muchas las normas del Código que pretenden cohibir esta tendencia crematística. En primer lugar, el artículo 33.2 que no considera la utilidad dineraria como criterio definidor del oficio de abogado:

² Sobre el punto, BARBIERI, JAVIER, *Ars Advocati*, en PUY, FRANCISCO y PORTELA, JORGE (Comps.), *La argumentación de los operadores jurídicos*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005, pp. 209-233, y más ampliamente, HERRERA, DANIEL, *La argumentación del jurista como ars iuris*, en *Ibid.*, pp. 9-36.

“El provecho o retribución nunca deben constituir el móvil determinante de los actos profesionales”.

No es que ambos extremos sean incompatibles. Lo que sucede es que la realización del oficio no dice relación necesaria con la utilidad dineraria. Uno se puede practicar sin la otra. Más aún, si la obtención de utilidad puede condicionar legítimamente la aceptación libre de un compromiso profesional, no condiciona, sin embargo, la naturaleza de los deberes que de este compromiso nacen. Tales deberes dimanen de la naturaleza misma del oficio de abogado, que trascienden los criterios más o menos objetivos de fijación de honorarios.

De ahí que las reglas deontológicas de estimación de estos últimos no se rijan solo por la justicia conmutativa, sino también por la moderación y la caridad (aunque hoy no se utilice esta palabra), según se desprende del artículo 33.1:

“El abogado negociará y convendrá los honorarios profesionales con el cliente libre y lealmente. En consecuencia, se prohíbe al abogado abusar de su posición de privilegio en desmedro del cliente, así como obtener un provecho indebido a partir de la situación o estado de vulnerabilidad en que este pueda encontrarse”.

De aquí nace la obligación estatuida en el artículo 44 acerca de los servicios profesionales probono “en la medida de las posibilidades” de cada profesional. Se entiende que son posibilidades morales, no puramente materiales:

“Es responsabilidad del abogado, en la medida de sus posibilidades, prestar servicios gratuitos en favor de la comunidad y asistir a quienes no pueden hacerse de asistencia letrada por sus medios.

Se entiende que pueden ser ofrecidas y ejecutadas probono las siguientes actividades:

- a) la prestación de servicios profesionales a personas de escasos recursos;*
- b) la prestación de servicios profesionales a organizaciones sin fines de lucro;*
- c) la participación en actividades que persigan mejorar el sistema jurídico vigente, incluyendo la profesión”.*

En lo demás, las reglas sobre la oportunidad, el modo y la forma de fijar los honorarios y los gastos, y las normas sobre el uso y administración de los bienes recibidos del cliente, se orientan según los conocidos principios de justicia conmutativa, transparencia de la información, dignidad del oficio y diligencia profesional (Arts. 34 a 41, 45).

En complemento con el diseño anterior, otras normas del Código prescinden, por vía de remoción, de la tendencia crematística, a fin de delimitar positivamente los deberes esenciales o accidentales del oficio de abogado y su responsabilidad:

- a) Artículo 13.1. *“Está prohibido al abogado recurrir a la sollicitación para formar su clientela. Se entiende por sollicitación toda comunicación de un abogado relativa a uno o más asuntos específicos, dirigida a un destinatario determinado, por sí o por medio de terceros, y cuyo sentido sea procurar la contratación de sus servicios profesionales”.*
- b) Artículo 22. *“Antes de aceptar un asunto, el abogado debe analizar si la asesoría o representación supone un riesgo serio de trasgredir sus deberes profesionales respecto de un cliente, en cuyo caso deberá rechazar el encargo. Asimismo debe renunciar al encargo profesional cuando por cualquier causa sobreviniente surgiera ese riesgo”.*
- c) Artículo 25. *“Es deber del abogado servir a su cliente con eficacia y empeño para hacer valer sus intereses o derechos. Por eso, el abogado no debe asumir encargos que exceden sus conocimientos y capacidades profesionales”.*
- d) Artículo 24. *“Ningún abogado puede recomendar a un cliente otro abogado si no tiene antecedentes confiables respecto a la idoneidad y capacidad profesional del abogado recomendado. Falta a la ética profesional el abogado que recomienda o refiere otro abogado en forma onerosa”.*
- e) Artículo 19. *“Una vez aceptado un encargo, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia, o por incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente hacia el abogado, o si se hace necesaria la intervención exclusiva de un profesional especializado. También podrá renunciar si el cliente incurre en actos ilegales o incorrectos”.*
- f) Artículo 31. *“El abogado debe reconocer prontamente su negligencia en la gestión del asunto encomendado y realizar todas las acciones que sean útiles para evitar perjuicios al cliente”.*

La pasión crematística que el Código ensaya domesticar tiene dos orígenes, uno teórico y otro práctico. Desde el punto de vista de la conducta práctica, esta pasión, bajo la forma de *avaricia*, *codicia* o avidez por el dinero, ha sido siempre una de las grandes tentaciones del ser humano. La solución no se encuentra en un código ético, sino en la reforma moral interna, como ya en su época hacía ver Aristóteles³. Un código puede cohibir las malas tendencias, pero no mejorar interiormente, salvo en lo accidental.

³ La virtud, como hábito interior bueno, es lo que hace bueno al hombre y a sus acciones. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 1106 a 14-15.

Es que el bien moral, y con él la deontología de las profesiones jurídicas, tiene que ver con hacernos mejores personas, y no solo mejores abogados y técnicos. La pregunta por la ética profesional es la pregunta por el cómo nos perfeccionamos humanamente a partir de la práctica de la justicia. La clave de bóveda de todo este edificio moral se encuentra en dicha virtud, la que no es solo un desafío individual, sino una verdadera exigencia social y civilizadora. Exigencia radical, pues brota de la elección profunda que el hombre y la sociedad hacen respecto de cuál es el objeto principal de sus amores⁴.

No hay que olvidar que la ética profesional coadyuva a formar convicciones y voluntades, pero, en definitiva, todo ello pende, como una esfera en una bandeja de metal, de lo que el profesional del derecho elija. Para quien opte por ejercer la profesión de abogado primordialmente para ganar dinero, desde un punto de vista psicológico un Código de Ética Profesional le resbalará por la piel. Intelectiva y sensitivamente podrá encontrarlo “bonito”, como quien encuentra belleza en una obra de arte, pero es una belleza extrínseca, que no comanda sus decisiones interiores respecto de su propio futuro.

Por el contrario, para quien haya decidido ejercer la profesión de abogado sirviendo un ideal de justicia, a partir de una experiencia de injusticia, o de una vivencia de la necesidad de aquella⁵, un Código de Ética Profesional no es sino un *alter ego* de sus propias respuestas.

Al fin y al cabo, como dice Aristóteles, no conocemos la ética “*para saber qué es la virtud, sino para aprender a hacernos virtuosos y buenos; de otra manera sería un estudio completamente inútil*”⁶.

Es cierto que el equilibrio es difícil entre los dos extremos: el imperativo moral de amor a la justicia y el beneficio profesional. Pero todo este camino no tiene mucho sentido si el profesional jurídico, sea abogado, juez o asesor de derecho, tiene más pasión por el dinero que por la *justicia*. Entonces, la dualidad material entre Ética y Derecho es inevitable, y la primera se vuelve inservible. Nadie necesita un curso de ética para que le justifiquen que los conflictos de interés son ilícitos. Lo sabemos. Las razones filosóficas más profundas de su ilicitud nos son incluso conaturales a nivel intuitivo.

Superando este plano de la conducta práctica, si se mira la perversión crematística desde el punto de vista teórico, se denota tras ella una suerte de anemia intelectual, fruto del ambiente de relativismo, escepticismo y

⁴ La propia etimología del término “Ética” apunta a este “modo de ser” (*ethos*) que la persona adquiere por medio de sus actos humanos expresivos de sus hábitos (virtudes).

⁵ Pieper recoge el acceso a la justicia a partir de nuestra experiencia de la injusticia: “*La más grande y repetida forma de miseria a que están expuestos los seres humanos consiste en la injusticia, más que en la desgracia*”. PIEPER, JOSEF, “*Las Virtudes Fundamentales*”, Rialp, Madrid, 1980, p. 86.

⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 2, 1103 b 27-29.

subjetivismo que invade la formación moral del abogado en las Facultades de Derecho, y luego, en la práctica profesional.

Dicho ambiente transmuta lo “ético” en valórico. Se renuncia, por olvido, ignorancia o dejación, a considerar el carácter auténticamente *científico-filosófico* de la ética, que es el sello que caracteriza las reflexiones morales acerca del fundamento de nuestro actuar. La ética profesional pierde, de este modo, su dimensión de “inteligencia” moral, y pasa a ser considerada una simple estimación estética, sin importancia determinante en la vida diaria.

Un Código de Deontología Jurídica, como el Código de Ética Profesional, deja de ser leído como continente de principios y deberes (positivos, pero también naturales), expresivos del ser del abogado, y pasa a considerarse como un cuerpo doctrinario facultativo, hecho para quienes quieran comportarse estéticamente bien. Con lo que se reduce la deontología profesional a una ciencia descriptiva⁷, no propiamente intelectual-normativa⁸.

Hay que huir de esta consideración de la moral profesional como un puro hablar estético, un mero parafraseo de “valores”⁹, que no puede llegar más allá del conjunto movable de opiniones aceptadas o toleradas sobre el actuar socialmente deseado, susceptible de permanentes operaciones cosméticas para “quedar bien”.

Curiosa paradoja: la ética está de moda, siempre que la practiquen los otros. Exigimos preparación intelectual y solidez de argumentación para el *ars advocati*, como reserva técnica de litigación o asesoría corporativa, pero no lo exigimos para ordenarla a su finalidad última, cual es la realización de la justicia.

Hay que volver a considerar el Código de Ética Profesional como un cuerpo enunciativo de exigencias morales, muchas de ellas jurídicas, impuestas no por razones estéticas, o puramente “valóricas”, sino porque definen el ser mismo de la profesión jurídica, en cuanto al oficio del abogado se refiere.

⁷ El “descriptivismo” ético de corte sociológico fue inaugurado por A. Comte en el siglo XIX, y popularizado posteriormente por DURKHEIM, E. y LEVI-BRUHL, L. El empirismo encontró, por su parte, diversos cultores sobre todo en el mundo anglosajón, y cuenta con una gama enorme de autores de distinto signo (emotivistas, lógico-lingüísticos, utilitaristas, etc.), por lo que su ubicación común dentro del mismo género no deja de ser convencional. A partir de Moore y su célebre *Principia Ethica*, fueron influyentes: Ayer, Stevenson, Hare, Austin, Toulmin, Urmson, Warnock, Russell, entre otros.

⁸ Dice a este respecto Santo Tomás que la Ética “*es una ciencia (filosófica) práctica, porque no se detiene en la contemplación de la verdad, sino que aplica ese saber a las acciones humanas*”. TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *De Virtutibus in communi*, q. 1, a.6, ad. 1. ¿Y para qué lo hace? Para “*dirigir los actos libres hacia el bien perfecto o fin último de la persona*”. TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomacum Expositio*, I, 1, 2-3.

⁹ A partir de la separación que Max Scheler hizo entre “ser” y “valor” se popularizó el discurso moral fundado en este último término, de marcado contenido apriorístico y fenomenológico. Sobre este punto, SCHELER, M., “Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik” (traducción al español de RODRÍGUEZ SANZ, HILARIO, con el título de “*Ética*”), *Revista de Occidente*, Buenos Aires, 1948.

2. LA REDUCCIÓN DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA A DEBERES DE *NO HACER*, CON PRETERICIÓN DEL BIEN MORAL PRIMARIO AL QUE LA ABOGACÍA SE DIRIGE

Enfrentamos aquí el segundo problema: la creencia de que la ética profesional del abogado solo se reduce a evitar conductas *lesivas*, y no también a promover las conductas *perfectivas* del propio oficio.

Los errores, como los virus, contagian. El normativismo legalista que en el plano de la ciencia jurídica convirtió la enseñanza del derecho en cultivo de la gramática de la ley, tuvo su paralelo en el moralismo normativista que, de modo similar, concibió la formación ética como un referir de deberes con sus respectivas fuentes normativas consagradas. El problema es que la ética profesional en sus aspectos más hondos no es susceptible de ser reducida a un código de deberes de no hacer, expresados de manera positiva o directamente negativa.

La profesión jurídica involucrada en los oficios del abogado, del juez, del asesor legal, constituye, como vimos, accidentalmente una labor *lucrativa*. Sustancialmente es un *servicio*, un servicio de *persona a persona*, y de *caso a caso*, mediante el cual el poseedor de la ciencia jurídica o el técnico del derecho colabora (en el caso del juez determina autoritativamente) con la necesidad de delimitar lo *justo* (lo debido a cada cual) en una relación social concreta a partir de los títulos que se encuentran involucrados en ella.

Sabemos que el bien moral al que la profesión jurídica sirve es la justicia. El problema es que su voz suena a nuestro entendimiento de manera demasiado genérica. La justicia de la que hablamos, como lo dijera una vez Hervada, no es la de los poetas, de los cantantes, o de las declaraciones de derechos humanos, sino la justicia concreta de las relaciones entre los hombres de carne y hueso que disputan a distintos niveles acerca de lo que es *tuyo* y *mío*.

El Código Civil, por ejemplo, es un conjunto de disposiciones legales que, entre otros aspectos, estructuran los marcos de la justicia conmutativa en el ámbito de la transferencia de bienes¹⁰. La legislación tributaria está compuesta por mandatos estatales que imponen deberes de justicia legal, en la medida en que cumplan los criterios de proporcionalidad constitucionales, entre otros requisitos. Desde este ángulo, el Derecho civil, el derecho tributario, o las otras ramas del derecho, según su naturaleza y grado, fundan títulos de justicia, que luego se concretan a partir de relaciones jurídicas particularizadas.

Con dicha orientación propositiva es que se debe mirar el ordenamiento jurídico. En este sentido, la deontología jurídica impera primordialmente

¹⁰ Una actualizada exposición en IBÁÑEZ SANTA MARÍA, GONZALO, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada cual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 103-272.

el deber de atender a la justicia a partir del ordenamiento jurídico. No la justicia poética, sino la justicia de los títulos concretos. Un cuerpo ético no gira únicamente en torno a la abstención de conductas lesivas. Es también tarea esencial en la especie señalar la orientación positiva hacia la justicia concreta en la actividad profesional.

Es lo que se hace en el título preliminar del actual Código de Ética. Los principios y reglas generales ahí establecidos orientan el ejercicio de la profesión hacia la realización de bienes positivos, acorde con la dignidad y el honor del oficio, teniendo como telón de fondo el bien de la justicia. Entre los principios y reglas es obligado mencionar la promoción de la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del Estado de Derecho (artículo 2), la lealtad con el cliente y el respeto por su autonomía (artículo 3), el empeño, buen servicio y calificación profesional (artículo 4), la honradez, integridad y buena fe (artículo 5), la independencia profesional (artículo 6), la responsabilidad por terceros (artículo 9) y el derecho a denunciar actuaciones contrarias a la ética (artículo 10).

3. LA DEFLACIÓN DE LA MORAL PROFESIONAL JURÍDICA A LO QUE TIENE DE *COMÚN* CON LA ÉTICA DE LAS DEMÁS PROFESIONES, CON LO QUE PIERDE, EN SUS PRINCIPIOS, SU ESTRUCTURA Y SU ESPECIFICIDAD

Es patente que un abogado debe ser honesto. Pero para la representación de este tipo de deberes basta la ética común. No necesitamos una ética profesional. Porque mientras la razón formal de los deberes específicos del profesional jurídico sea el bien de honestidad común a todas las profesiones, no requerimos una ética de la profesión específicamente jurídica.

Una ética específicamente jurídica que sirva para el buen desempeño de la profesión del abogado litigante, del corporativo, del juez, debe explicitar el bien moral próximo al que por su propia naturaleza tienden esos oficios: la determinación de lo justo concreto en sus diversas categorías.

Hay así una ética del juez, del litigante, del abogado corporativo, del asesor legislativo, del negociador, etc., no solo en lo referente al bien moral común de la honestidad, sino en la especificidad en la que cada uno de estos profesionales debe realizar su papel desde la perspectiva de la justicia. Esto se entendió bastante bien en el pasado. La profesión jurídica era un *honor*. La sociedad incluso consideró nobles a los profesionales que, con ciertos requisitos de ciencia y virtud, ejercían sus actividades jurídicas, como “*noblesse de robe*” de la Francia del Antiguo Régimen.

Se hace por ello necesario formular una ética profesional específicamente jurídica. Es la tarea llevada a cabo por el Código de Ética del Abogado, según se delinea en todas sus secciones: sección primera (relaciones del

abogado con el cliente, artículos 12 a 64), sección segunda (conflictos de funciones e intereses, artículos 65 a 92), sección tercera (conducta debida del abogado en sus actuaciones procesales, artículos 93 a 105), sección cuarta (deberes en la relación profesional entre abogados con terceros, artículos 106 a 116), sección quinta (reglas relativas a cargos especiales, artículos 117 a 120, donde se especifican deberes especiales para los abogados auditores, abogados directores de sociedad, abogados que representan intereses generales y abogados árbitros).

Se echa de menos, sin embargo, una atención explícita al papel esencial de la justicia, y con ella de la prudencia, en la orientación última de la práctica jurídica. Sin duda que estas virtudes están presentes en la formulación de los deberes impuestos al abogado a lo largo del Código. Pero la referencia explícita a nivel de fundamento y finalidad última de la actividad profesional es relevante para comprender el sentido unitario de todo aquel elenco de deberes particulares. La *iuris prudentia* en su significado más hondo supone que todo quehacer en el Derecho –sea obra de la ciencia, del arte o de la técnica jurídicas– esté regido por estas dos virtudes que perfeccionan sucesivamente el entendimiento y la voluntad.

La *Justicia* nos inclina a *querer*, más allá de todos los obstáculos que se interponen en nuestro camino, dar a cada cual lo suyo. Y la *prudencia* nos permite *saber* qué tenemos que dar a cada cual en su momento preciso, a partir de la ciencia jurídica, que se adquiere en las Escuelas de Derecho, en los estudios particulares, y en la experiencia profesional.

La ética profesional jurídica debe indicar el bien humano que el ejercicio del Derecho tiende a realizar, y ha de manifestar las razones de por qué el bien moral de la justicia debe no solo ser conocido sino amado en sus aspectos generales, en sus elementos específicos, y en las realidades singulares de cada caso¹¹.

En este sentido, el conocimiento actualizado de la clásica distinción entre justicia legal, justicia distributiva y justicia conmutativa, y su aplicación a las distintas zonas del derecho, permitiría manifestar dichas razones, y en un sentido muy concreto. Se puede pensar, por ejemplo, en cuánto ganaría en claridad el deber de cuidar el Estado de Derecho (artículo 2), formulado desde la perspectiva de la justicia legal.

4. EL PROBLEMA DEL LAICISMO

Hasta qué punto es posible una ética puramente laica es una discusión antigua de todos conocida. De hecho, la ética laica, como móvil imperativo de la conducta moral, ha subsistido durante los siglos XIX y XX porque ha secularizado los motivos del obrar de la teología moral cristiana, man-

¹¹ Sobre la utilidad del criterio fundante de la justicia, PEINADOR, ANTONIO, *Moral profesional*, BAC, Madrid, 1962, pp. 247-250.

teniendo, en mayor o menor medida, su contenido, particularmente en lo que respecta a la moral individual, familiar y social. Solo a partir de la década de los sesenta, particularmente con la simbología de mayo de 1968, es que la avanzada del laicismo rompe con ese patrimonio, hasta los extremos hoy vistos en Occidente de cara a la moral familiar y sexual¹².

En realidad, en el plano de la fundamentación moral, no se conocen reflexiones filosóficas más acordes con el corazón del hombre y su lugar en el orden del universo que las pertenecientes a la filosofía griega y cristiana. Sobre todo esta última, da razón de por qué la moralidad no es objeto de opinión sino de ciencia, y de ciencia que fundamenta la entidad del bien moral, su raíz metafísica y antropológica, y el tipo de imperio que ejerce en el hombre mediante la realidad de razón que los antiguos denominaron “ley natural” (concebida como norma objetiva del actuar moral) y “conciencia” (concebida como norma subjetiva de nuestra conducta ética).

Se acepte o no esta postura *procrisiana*, hay que admitir que el laicismo es hoy un problema. La multiculturalidad de las sociedades contemporáneas hace imposible ponerse de acuerdo en fundamentos éticos comunes. Solo podemos acordar deberes específicos para cada especie de conducta. En lo demás, se pide neutralidad.

Pero la neutralidad no existe. Lo que el laicismo llama neutralidad es, en realidad, una doctrina definida en el orden histórico: el agnosticismo del Estado y del espacio público respecto del Dios cristiano. Lo que desde el punto de vista jurídico ha supuesto la exclusión del fenómeno religioso respecto del ordenamiento jurídico.

Más concretamente, el laicismo contemporáneo (la denominada “laicidad”, en Francia o Italia) pretende que cada vez que el ordenamiento jurídico tenga la necesidad de regular cuestiones éticas (eutanasia, cambio de sexo, aborto, etc.) se estatuya, fuera de toda influencia religiosa heterónoma, la “libre-autodeterminación”, la soberanía absoluta de cada individuo sobre su cuerpo y su libertad personal. Se trata de la reivindicación de una “libertad negativa” como principio y fin del Derecho, término con el que se designa la facultad de ejercer la propia libertad sin reglas¹³.

Un Código de Ética Profesional, en general, no toma partido por estas cuestiones. Salvo cuando desciende, por ejemplo, a materias propias de la llamada “objeción de conciencia”, que no es el caso de nuestra normativa.

Pero, sin duda alguna, hay que poner en guardia, y vuelvo a insistir en ello, sobre la falsa neutralidad que se atribuye la ética laicista, que, en definitiva, inhibe la discusión racional y la posterior posibilidad crítica respecto de la doctrina que envuelve la libertad negativa. Recuérdesese

¹² Un análisis de la dependencia de la moral laica respecto de la cristiana, y su posterior abandono, LIPOVETSKY, GILLES, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, Anagrama, Barcelona, 2005, 5ª Ed., pp. 10-24.

¹³ CASTELLANO, DANILO, *Orden ético y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 39-45.

que la ética no es un mero describir lo que en la sociedad sucede o no sucede respecto de los sentimientos morales de cada cual. La ética se remonta necesariamente a los fundamentos filosóficos acerca de quién sea el hombre, cuál es su fin, y cómo se debe obrar moralmente. Y la ética jurídica especifica la deontología de ese obrar en el campo del derecho.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El artículo 1 del Código de Ética Profesional, en la medida en que resalta el honor y la dignidad del oficio del abogado, expresa, si se le entiende comprensivamente, tanto la deontología de la justicia como la inducción genérica de su práctica, así como su proyección concreta en el diario vivir laboral. Para ello ha debido remover tres grandes problemáticas: la pasión crematística que afecta la teoría y la práctica de la profesión, la tendencia a reducir la ética profesional a meros deberes de no hacer, y la devaluación de la moral profesional a lo que tiene de común con la ética de las demás profesiones. Pendiente queda el peligro de la ética fundada en el laicismo, que bajo el velo de la neutralidad, pretende dejar indemne la doctrina de la “libertad negativa”, esquivando su discusión, particularmente en el ámbito de la ética jurídica.

**EL PACTO LLAMADO DE CUOTA LITIS
POR EL “CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL”
DE 2011***

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Doctor en Derecho

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

I. PACTO DE CUOTA LITIS Y PACTO DE VICTORIA LITIS

a) Se denomina “pacto de cuota litis” al convenio entre un abogado y su cliente, destinado a establecer que el honorario por la gestión encomendada al primero haya de ser una parte o cuota del resultado económico efectivamente conseguido merced al éxito en esa gestión. Si, por ejemplo, una persona, que considera estar legitimada contra otra para cobrarle cierta indemnización, y su abogado acuerdan que el patrocinio y la representación de este en el correspondiente juicio serán remunerados con el 40% de la indemnización que se obtenga, tal es un pacto de cuota litis. Es de la naturaleza de tal pacto que los costos o gastos de la gestión –del juicio en el ejemplo– sean asumidos por el abogado; sin perjuicio, por cierto, de que accidentalmente pueda pactarse que los asuma el cliente, o ambos en proporciones determinadas.

Si el abogado no obtiene éxito en la gestión –como si la sentencia del juicio de indemnización del ejemplo es absolutoria para el demandado–, no puede exigir el pago de honorario alguno al cliente y debe soportar el costo de aquella (salvo acuerdo diverso sobre este punto). Si obtiene éxito, su cliente debe pagarle la cuota o parte acordada –en el ejemplo, el 40% de la indemnización efectivamente conseguida–, aunque los costos o gastos causados por el desarrollo de la gestión deban ser soportados

* Este trabajo se inserta en el proyecto Anillo SOC 1111: “Estudios histórico-dogmáticos de Derecho patrimonial privado”, patrocinado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica.

por el abogado, salvo pacto expreso en sentido diverso¹. Su legalidad y aun moralidad están fuera de discusión en Chile².

¹ En Chile la literatura sobre este pacto es escasísima; véase: ANRÍQUEZ DÍAZ, SAMUEL, *El contrato de iguala a cuota litis* (memoria de licenciatura, Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, Universidad de Chile, Valparaíso, Imprenta Victoria, s. d. [pero 1915]).

² Hacia la época de Accursius (c. 1182-1263), había habido una disensión de doctores acerca de la validez del pacto de cuota litis (así llamado ya en esa misma época). Uno de los textos que dieron lugar a la disensión fue Dig. 2,14,53 (Ulp., 4 *opin.*): “*Sumptus quidem prorogare litiganti honestum est; pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis restituitur, sed pars dimidia eius, quod ex ea lite datum erit, non licet*” (“Es ciertamente honesto [= lícito] prorrogar [= el pago de] el emolumento [sc. ganancia en el juicio] al litigante [al procurador del juicio]; mas no es lícito pactar que no se restituya [por el procurador], con intereses permitidos, la cantidad gastada por ese concepto, sino la mitad de lo que se hubiera dado por ese litigio”). El texto –que pudo haber sido resumido y deformado en época postclásica– parece, por un lado, afirmar la licitud de una próroga de tiempo otorgada por la parte demandante a su procurador judicial (o a su cognitor) para que le transfiriera el emolumento obtenido por él a raíz de la condena obtenida contra la parte demandada; y, por otro, la ilicitud de pactar que el procurador (o el cognitor) no restituyera el emolumento obtenido con tal condena al demandante, a menos que la no restitución pactada no alcanzara a superar la mitad de ese emolumento. La *Glossa* de Accursius [*Glossa Digesti Veteris*, glss. “*sumptus*”, “*litiganti*” y “*datum*” a Dig. 2,14,53 (Venetiis, B. de Tortis, 1487, reimpresión facsimilar en *Corpus Glosatorum Juris Civilis*, VII, Agustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1968), fol. 45] hace notar que, según ese texto (y otros que cita), no es lícito pactar cuota litis (“[...] *nota hic quod non licet pacisci de quota litis* [...]”). Se pregunta por la solución en caso de pactarse la mitad, o la tercera parte o cualquier otra cuota; e insiste en que el pacto no vale, aunque –recuerda– Martinus Gosia (ss. XII/XIII, uno de los cuatro discípulos de Irnerio, el primer glosador) hubiera dicho que el pacto valía en el caso de pactarse la mitad. Iohannes Bassianus (s. XIII, escolar de Bulgarus, otro de los discípulos de Irnerio), en cambio –también lo recuerda Accursius–, pensaba que el pacto valía en todo caso. Véase también: HUGOLINUS, *Dissensiones dominorum*, §§ 22-23 (edición de Gustav Hänel, 1834, reimpresión Aalen, Scientia, 1964, pp. 267-268), en donde se presentan otros aspectos de las disensiones entre doctores en torno al pacto de cuota litis. En el Derecho visigodo, el pacto de cuota litis estaba prohibido por Fuero Juzgo II,3,7; y en el castellano-indiano, por la partida III, tít. 6º, ley 14ª; Fuero Real lib. I, tít. 9º, ley 5ª; Ordenanzas Reales de Castilla tít. 19º, ley 9ª; y Novís. Recopil. lib. V, tít. 22º, leyes 21ª y 22ª. Hoy, por regla general, en la América hispana, excepto en México, y en los Estados Unidos el pacto de cuota litis es lícito. Lo contrario era, también generalmente, en Europa. De hecho, el numeral 3.3.1 del *Código Deontológico de la Abogacía Europea*, emanado por el Consejo de la Abogacía Europea, el 28 de octubre de 1988, aun vigente, todavía prohíbe el pacto de cuota litis. Lo propio acaecía en los países miembros, como en Italia, el artículo 2233 inciso 3º de cuyo *Codice Civile* impedía el pacto [sobre lo cual véase: MUSSATI, ALBERTO, “Patto di quota lite”, en *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, UTET, 1965), XII, pp. 727-730; DE STEFANO, GIUSEPPE, “Patto di quota lite”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1982), XXXII, pp. 521-526]; pero esa norma ha sido modificada en 2006 de modo de haber dejado abierta la posibilidad de pactar la cuota litis; o en España, donde el artículo 44.3 del Real decreto Nº 658, de 22 de junio de 2001, que aprueba el *Estatuto General de la Abogacía*, prohíbe el pacto de cuota litis, aunque se lo ha impugnado por intentar en contra de la libre competencia y esta alegación ha sido a veces aceptada por los tribunales. En Francia, el artículo 10 de la Ley Nº 71-1130, de 31 de diciembre de 1971, modificado por la Ley Nº 91-647, de 10 julio de 1991, prohíbe establecer honorarios con cargo al “resultado judicial”, si tal modalidad es la única adoptada para remunerar al abogado; lo cual significa que la cuota litis es lícita si es complementaria de otra forma de remuneración. La jurisprudencia, en contra del texto legal, entendió que este régimen es válido para toda clase de gestiones, aunque no sean judiciales. En Alemania el pacto de cuota litis es ilícito. Un panorama de este pacto, con la discusión acerca de su licitud, en: RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, JOAQUÍN, *El pacto de cuota litis en la deontología de los abogados*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 25 (enero de 2008), pp. 80-110.

b) El nombre de “pacto de victoria litis” se aplica al convenio entre un abogado y su cliente por el cual se establece que el honorario pactado por la gestión que este ha encomendado a aquel se deberá solo si el abogado consigue éxito en ella. En cuanto a los costos y gastos de la gestión, pertenece a la naturaleza de este pacto que los asuma el abogado sin repetición contra el cliente; pero se puede pactar algo diverso, como que los asuma el cliente o ambos en alguna proporción determinada.

c) El acuerdo de que un honorario quede supeditado al éxito logrado por la gestión del abogado, vale decir, el pacto de victoria litis, se opone al pacto de honorarios “a todo evento”, de modo que aquellos se deban tanto en el caso en que se obtenga éxito, como en aquel en que no se lo obtenga. El pacto de cuota litis también se opone al pacto de honorarios “a todo evento”, porque si en un asunto regido por el primero el abogado no obtiene nada, su honorario, que es una cuota o parte de eso, resulta ser nada también, de guisa que honorario no hay. En este sentido, por la naturaleza de las cosas, el pacto de cuota litis implica uno de victoria litis sin necesidad de expresarlo.

Pero la inversa no es verdadera. El pacto de victoria litis no implica un pacto de cuota litis, porque el honorario de aquel puede ser fijado con total independencia del valor del emolumento que se consiga con la gestión encomendada. Si, en el ejemplo anterior, de alguien que cree estar legitimada para conseguir una indemnización de otro, el interesado pacta con el abogado a quien encomienda la atención del pertinente proceso, que remunerará sus servicios con la transferencia de cierto predio, pero solo si consigue éxito en el juicio, se tiene ahí un pacto de victoria litis sin pacto de cuota litis.

d) Pero, pese a estas posibilidades de combinar ambos pactos, preciso es mantener puros los conceptos. Lo propio del pacto de cuota litis es que la remuneración del abogado consista en una parte del emolumento conseguido con la gestión encomendada a aquel, a la cual tiene derecho no importa si dicho emolumento sea alto o bajo, mientras no sea igual a cero. Lo propio del pacto de victoria litis, en cambio, es que el derecho al honorario quede supeditado al éxito económico conseguido en la gestión, sea alto o bajo, sin que tenga por qué consistir en una parte del respectivo emolumento.

II. EL PACTO DEFINIDO POR EL ARTÍCULO 36 DEL “CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL”

El artículo 36 del *Código de Ética Profesional* (= CEP) de 2011 define un contrato al cual impone la denominación de “pacto de cuota-litis”. Dice: “*Se entiende por pacto de cuota litis el acuerdo en cuya virtud el*

abogado asume la representación del cliente en un asunto con cargo a una retribución que solo corresponde si se tiene éxito en el asunto”.

a) Como se ve, lo esencial del pacto definido por el artículo 36 CEP es que el abogado haya de recibir una retribución solo si tiene éxito en el asunto encomendado. Para este artículo, habría pacto de cuota litis cuando, por ejemplo, el interesado en conseguir una indemnización convenga con el abogado que defenderá su causa una remuneración consistente en la dación de un predio si tiene éxito en la acción, vale decir, si consigue una sentencia condenatoria.

b) La precedente descripción muestra que el pacto definido por el inciso 1° del artículo 36 CEP no es el pacto de cuota litis auténtico, tal como quedó conceptualizado en el cap. I a), sino el pacto de victoria litis ahí mismo estudiado [I, b)]. Eso, no obstante que la disposición impuso el nombre de “pacto de cuota litis” a lo que definió. Lo cual obliga a distinguir entre un pacto de cuota litis impropio, consistente en un pacto de victoria litis, que es lo definido; y un pacto de cuota litis propio, que no está definido en ese artículo ni en ningún otro del *Código*.

c) Lo que sí puede darse es que las partes celebren un pacto de cuota litis impropio o pacto de victoria litis y que el honorario que establezcan, solo para el caso de éxito del abogado, consista en una parte o cuota del resultado económico de la gestión. Si tal se acordare, eso sería un pacto que encuentra plena cabida en la definición del artículo 36 inciso 1° CEP, en cuanto supedita la retribución al éxito, porque nada de él prejuzga acerca de la forma que deba asumir la retribución y, en especial, no prohíbe que consista en una cuota o parte del emolumento económico obtenido por la gestión.

III. LA FUENTE DEL ARTÍCULO 36 CEP

a) El artículo 35 del *Código de Ética Profesional* de 1948, al cual el vigente de 2011 sustituyó, no definía el pacto de cuota litis y se limitaba a mencionar su nombre: *“El pacto de cuota litis no es reprobable en principio. En tanto no lo prohiban las disposiciones locales, es admisible cuando el abogado lo celebra y escritura antes de prestar sus servicios profesionales sobre bases justas [...]”*; pero suponía el concepto tradicional, porque en las reglas a que esa disposición lo sometía se empleaba dos veces la palabra “participación”. Su regla 1ª, en efecto, decía: *“La participación del abogado nunca será mayor que la del cliente”*; y la regla 2ª, que preservaba el derecho del abogado de resolver (aunque decía “rescindir”) el pacto y la facultad del cliente para retirarle el asunto y confiarlo a otros profesionales, añadía: *“En ambos casos el abogado tendrá derecho a cobrar*

una cantidad proporcionada por sus servicios y con la participación originalmente convenida, siempre que sobrevengan beneficios económicos a consecuencia de su actividad profesional [...]”.

Ahora bien, la “participación” de que hablaban estas dos normas, ¿era “participación” en qué? Si suponemos que el artículo 35 CEP 1948 tenía en su mente al auténtico pacto de cuota litis, la respuesta a aquella pregunta es evidente: las reglas 1ª y 2ª de ese artículo se referían a la participación del abogado en el resultado económico del litigio. Si evitamos esta suposición, en cambio, la palabra “participación” presente en las dos reglas se queda sin referencia inteligible.

b) El artículo 36 CEP 2011 fue redactado sobre la plantilla del antiguo artículo 35 CEP 1948; pero su inciso primero fue mudado completamente a la forma antes transcrita, en orden a definir el contrato de cuota litis de una manera muy distinta a la tradicional. Pero se conservó el sentido y, sobre todo, a veces, la letra de las reglas que contenía la disposición antigua en las reglas de la nueva. De esta forma, la regla b) del artículo 36 CEP 2011 expresa: *“La participación del abogado nunca será mayor que la del cliente o, tratándose de dos o más clientes, a la suma que a estos les corresponda en conjunto”*; la regla c) dice: *“Se aplicará a la distribución de los gastos y las costas la participación del abogado y del cliente acordada en el pacto; a falta de acuerdo los gastos y costas serán de cargo del abogado”*; y la regla d) prescribe: *“En el evento que el abogado renuncie al mandato judicial, perderá todo derecho a exigir honorarios, salvo que dicha renuncia obedezca a una causa sobreviniente justificada; en este caso el abogado tendrá derecho a cobrar una cantidad razonable por sus servicios y por los gastos incurridos, atendida la participación originalmente convenida [...]”*. El simple cotejo muestra que la regla b) de 2011 se basó en la regla 1ª de 1948; y que la regla d) de 2011 en la regla 2ª de 1948. Pero el uso del sustantivo “participación” en 1948 estaba justificado, como vimos, porque el *Código* de ese año suponía el concepto tradicional de pacto de cuota litis, consistente en una participación del abogado en el resultado del litigio; mientras que el uso de ese sustantivo ya no se explica en la presuposición del *Código* de 2011, en cuyo concepto de pacto de cuota litis la idea de “participación” no entra. La única explicación es histórica, a saber, que en 2011 se tuvo a la vista el modelo de 1948 sin revisarlo en cuanto al uso de la palabra “participación”³; y de esta manera vino a resultar que el artículo 36 CEP 2011 regula un pacto

³ No solo no se revisó la corrección de emplear la palabra “participación”, sino que, por inercia, se acudió a ella en la regla c), que no tiene correspondencia en el *Código* de 1948: en ella se establece que los gastos y costas deben distribuirse entre el cliente y su abogado según la participación que corresponda a cada uno según el pacto, en circunstancias de que en el pacto definido en el propio artículo 36 no necesariamente hay participaciones.

de victoria litis, al que llama, empero, de cuota litis, y que esa regulación no es aplicable sino que indirectamente al verdadero pacto de cuota litis, en cuanto en uno de victoria litis se pacte un honorario referido a cierta parte o cuota del emolumento económico que se consiga con la gestión encomendada al abogado.

IV. SINGULARIDADES DE LA DEFINICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 36 CEP

Examinemos ahora algunos rasgos importantes del pacto definido y regulado en el artículo 36 CEP.

a) La denominación de “pacto” dada a la figura del artículo 36, que viene de tal denominación tradicionalmente atribuida a la cuota litis, se explica por tratarse de cierta convención añadida a un contrato de prestación del servicio de gestión profesional por un abogado a su cliente. El pacto supone, pues, una más amplia convención a la que accede en función de establecer alguna modalidad especial, que en el caso atañe al precio del contrato principal, que es la remuneración del abogado, denominada “honorario”. En el contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, lo normal es que estos se remuneren en dinero, pero no necesariamente. En cualquier caso, la consistencia y el monto del honorario queda entregada a la libre determinación y estimación de las partes, como lo establece el artículo 33 CEP⁴. Ahora bien, las partes pueden acordar que el honorario se devengue solo si el abogado obtiene éxito en la gestión encomendada; y ese acuerdo toma el nombre de “pacto de victoria litis”; por ejemplo, si las partes convienen en fijar un honorario de 100, para el caso en que el abogado obtenga éxito en el asunto a él confiado. También pueden acordar las partes que el honorario consista en una parte o cuota del resultado económico efectivamente obtenido en la gestión encomendada al abogado; y ese acuerdo toma el nombre de “pacto de cuota litis”⁵. Si, por ejemplo, se trata de reivindicar un fundo, y se conviene en que el abogado recibirá un tercio del fundo recuperado, como pago de honorarios, he ahí un tal pacto.

⁴ Artículo 33 CEP: “*Honorarios profesionales. El abogado negociará y convendrá los honorarios profesionales con el cliente libre y lealmente*”. Parte de la “lealtad” exigida por esta norma es la consecuencia que acto seguido ella misma prohíba “*al abogado abusar de su posición de privilegio en desmedro del cliente, así como obtener un provecho indebido a partir de la situación o estado de vulnerabilidad en que este pueda encontrarse*”. También en tema de honorarios, el artículo 34 CEP dice: “*Forma y oportunidad para convenir los honorarios. Encargado un asunto profesional, el abogado procurará acordar los honorarios a la brevedad posible. A su vez, una vez acordado el monto y modalidad de pago de los honorarios, el abogado procurará hacer constar dicho acuerdo por escrito de manera clara y precisa, dentro de un tiempo prudencial*”. Véase, además, la nota 10.

⁵ Literalmente: cuota “de la *lis*” (lid).

El artículo 36 CEP define el pacto de victoria litis, pero lo denomina de cuota litis; en cuanto al verdadero pacto de cuota litis, como este, según lo visto, puede ser una especie del primero, también puede quedar subsumido en la regulación del mismo dada por el artículo 36.

b) Sin embargo, la definición del artículo 36 inciso 1° CEP no mienta un pacto, entendido como convención accesoria a una principal, destinada a regular el punto concerniente al honorario, sino una convención completa, propiamente un contrato: el de prestación de servicios profesionales de abogado, que antiguamente se llamada “contrato de iguala”⁶. Los elementos de la figura definida en el artículo 36 CEP son, en efecto: *i*) el acuerdo de que un abogado asuma la representación del cliente en un asunto; y *ii*) el acuerdo de que el abogado tenga una retribución que solo ha de corresponderle si tiene éxito en la gestión del asunto encomendado. La mención de ambos elementos en la definición del artículo 36 muestra que este define un contrato y no un mero convenio accesorio, que solo concierne a una de sus obligaciones.

c) No se entiende que constituya un pacto de cuota (victoria) litis el acuerdo por el cual un abogado haya de recibir cierta remuneración a todo evento y adicionalmente un premio si obtiene éxito en su gestión⁷. Así lo dice expresamente el *Código*⁸. De esto concluimos que el pacto de cuota (victoria) litis del artículo 36 CEP exige que la aleatoriedad de la remuneración del abogado sea total o de toda ella; si en parte es a todo evento, vale decir, en el de éxito y en el de fracaso; y en parte para el evento de éxito, el contrato no es de cuota (victoria) litis, sino normal; así que ni siquiera el premio cae en la regulación del artículo 36 CEP, lo que no deja de ser peligroso para el cliente⁹.

⁶ Creo percibir, si no yerro, que esta denominación ha tendido a caer en desuso. Ella era la que se imponía al contrato de prestación de servicios profesionales de abogado hasta, tal vez, mediados del siglo XX; y es de antigua proveniencia. Al respecto véase: MAINO SCHIAVETTI, RENATO, *El contrato de iguala* (memoria de licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, Talleres Gráficos “Artuffo”, 1939).

⁷ En el lenguaje jurídico italiano se da el nombre de “palmario” a esta figura de premio. Sobre él, véase: PEZZANO, GIANCARLO, s. v. “onorario”, h) “palmario”, en *Enciclopedia del Diritto* (Milano, Giuffrè, 1980), XXX, pp. 197-198. La palabra viene del latín “palmarium” que designa el premio (la palma) de la victoria y que en Dig, 50,13,1,12 (Ulp, 8 *de omn. trib.*) aparece empleada en un rescripto de Severo y Caracalla, que se transcribe ahí, para denominar precisamente un honorario de abogados que se pactó para el caso de victoria en el litigio.

⁸ Artículo 36 inciso 1°, segmento 2° CEP: “[...] *A efectos de esta regla, no se entenderá que se ha pactado cuota litis si el abogado recibe por sus servicios una remuneración a todo evento y, además, se conviene un premio por éxito en el asunto*”.

⁹ Como en particular, por ejemplo, no se aplica la regla b) según la cual la participación (entiéndase: la remuneración sometida al evento de éxito) del abogado nunca será mayor que la del cliente o, tratándose de dos o más clientes, a la suma que a estos les corresponda en conjunto. Bien pudiere acaecer que se pacte una remuneración a todo evento y un premio cuyo monto exceda el 50% del resultado económico del asunto, que lo hace mayor que el beneficio económico destinado al cliente. Lo cual parece contrario a la equidad que trata de mantener la regla.

d) En el contrato de victoria (cuota) litis, la remuneración del abogado queda entregada a las reglas generales válidas para un normal contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, vale decir, se determina de común acuerdo entre aquel y el cliente y, a falta de acuerdo, por resolución judicial¹⁰. Pero es esencial que se convenga en que la remuneración que sea haya de ser pagada al abogado tan solo en el evento de obtener éxito en la gestión encomendada.

e) Si el asunto encomendado al abogado es resuelto favorablemente a su cliente, aquel puede cobrar a este el honorario pactado, de acuerdo con las reglas generales. Pero en caso contrario, vale decir, si dicho asunto es resuelto de manera desfavorable al cliente, el abogado no puede cobrarle el honorario. Ello está en la definición misma del pacto en el artículo 36 inciso 1° CEP: “*acuerdo en cuya virtud el abogado asume la representación del cliente en un asunto con cargo a una retribución que solo corresponde si se tiene éxito en el asunto*”. Y lo reitera la letra f) del mismo artículo: “*Si el asunto es resuelto en forma negativa a las pretensiones del cliente, el abogado no cobrará honorarios [...]*”.

Sin embargo, a continuación esa misma norma de la letra f) añade algo perturbador: “[...] *a menos que se haya estipulado expresamente algo diferente*”, dando a entender, por ende, que en el pacto definido por el artículo 36 CEP se puede establecer que el abogado reciba su honorario, aunque el asunto que gestionó sea resuelto desfavorablemente para el cliente. Pero esto no puede ser así, porque, de serlo, quedaría conformada una antinomia entre la definición del inciso 1° del artículo 36 CEP y la letra f) de ese artículo. En el inciso 1°, que no se pueda cobrar honorarios en caso de fracaso en la gestión está puesto en la definición misma del pacto ahí considerado; así que no puede acordarse lo contrario. El pacto quedaría concebido de esta manera absurda: “Las partes acuerdan que el honorario antes fijado solo se deberá si el

¹⁰ El artículo 5 del Decreto-Ley N° 3.621, del Ministerio de Justicia (D.O. de 7 de febrero de 1981), que: *Fija normas sobre Colegios Profesionales*, derogó “*toda norma que faculte a los Colegios Profesionales para dictar aranceles de honorarios para sus asociados*” y dejó sin efecto los aranceles de honorarios “*que actualmente se encontraren vigentes*”. También sometió la contravención al propio artículo 5 a las disposiciones del Decreto Ley N° 211, de 1973, sobre libre competencia [cuyo texto refundido aparece en el Decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (D.O. de 7 de marzo de 2005)]. El inciso final del citado artículo 5 entrega la determinación de los honorarios profesionales a la “*estipulación expresa o acuerdo entre las partes*”; en defecto de estipulación o acuerdo, los honorarios deben ser regulados por el juez en conformidad con el procedimiento sumario. Fue en consonancia con este nuevo régimen que el artículo 33 CEP dispuso: “*Honorarios profesionales. El abogado negociará y convendrá los honorarios profesionales con el cliente libre y lealmente*”.

abogado tiene éxito en el asunto encomendado. Las partes acuerdan, además, que dicho honorario se deberá al abogado aunque no tenga éxito en el asunto encomendado” (¡!).

La idea de una posible antinomia proviene de que la letra f) del artículo 36 CEP 2011 se basó en la regla 3ª del artículo 35 CEP 1948, que rezaba de la siguiente manera: “*Si el asunto es resuelto en forma negativa, el abogado no debe cobrar honorarios [...] a menos que se haya estipulado expresamente a su favor ese derecho*”. Pero esta norma había sido dada para un auténtico pacto de cuota litis. Ahora bien, en tal figura, si el abogado no obtiene éxito a favor del cliente en el asunto encomendado, en principio el honorario de cuota litis pactado no se debe, pero las partes pueden acordar que sí se deba en ese caso. El Código de 1948, por ende, no incurrió en ninguna contradicción cuando estableció la posibilidad de que las partes pudieran acordar que, pese al fracaso, el abogado tuviera derecho a exigir el pago del honorario de cuota litis convenido. Mas, cuando el contenido de la regla 3ª fue hecho regir para el pacto organizado en el artículo 36 CEP 2011, entonces emergió la contradicción explicada precedentemente.

¿Cómo arreglar este desaguizado? Cuando tenemos presente que la regla de la letra f), sin los recortes que antes le impusimos, reza así: “*Si el asunto es resuelto en forma negativa a las pretensiones del cliente, el abogado no cobrará honorarios ni gasto alguno, y soportará las costas del juicio, a menos que se haya estipulado expresamente algo diferente*”, podemos interpretar que la cláusula “*a menos que se haya estipulado expresamente algo diferente*” únicamente se refiere a los gastos y las costas del juicio y no al honorario, de manera que, por regla general, cuando el asunto sea resuelto en forma negativa el abogado no pueda cobrar gastos y deba soportar las costas del juicio, a menos que las partes hayan acordado expresamente otra cosa. Por consiguiente, ellas podrían convenir en que fuera el cliente quien soportara los gastos y las costas, o que fueran soportados por partes iguales entre aquel y su abogado, o en otra proporción. La dicha cláusula, pues, no autoriza a pactar que el abogado pueda cobrar honorarios, porque pertenece a la esencia del pacto de cuota (victoria) litis que aquel no deba exigirlos cuando el asunto que gestionó sea resuelto en forma negativa para su cliente. Lo propio vale en el caso en que al pacto se victoria litis se asocie un pacto auténtico de cuota litis, vale decir, en que el primero absorba al segundo, si se convino en que el honorario consistente en una cuota del resultado económico del asunto se debiera solo si se consigue éxito en su gestión.

En cambio, si se pacta honorarios de cuota litis sin supeditar la obligación de pagarlos a que resulte exitosa la gestión, se puede convenir en que se deba honorario aunque resulte fracasada.

V. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL A LA QUE PERTENECE EL PACTO DEFINIDO EN EL ARTÍCULO 36 CEP

El pacto de cuota (victoria) litis regulado en el artículo 36 CEP ofrece los siguientes caracteres:

a) Es solemne. La regla de la letra a) de aquel artículo ordena que el pacto deba constar por escrito. Es suficiente, por lo tanto, que sea reducido a escritura privada firmada por ambas partes. No es necesario que concurren testigos a ella, ni que las firmas de las partes sean autorizadas por un notario; menos aún que sea vertido en escritura pública. Por Derecho civil, sin embargo, el pacto es consensual¹¹.

b) Es obligacionalmente bilateral (artículo 1439 CC), porque ambas partes se obligan recíprocamente: el abogado a gestionar determinado asunto; y el cliente a remunerarlo por ello.

c) Es oneroso porque tiene por objeto la utilidad de ambas partes gravándose cada una en beneficio de la otra, en los términos del artículo 1440 CC; o porque, en otros términos, la prestación del servicio profesional de abogado se hace por un precio, denominado honorario, y no gratuitamente¹².

d) Es aleatorio (artículo 1441 CC), porque el honorario por la prestación del servicio profesional a que se obliga el abogado está sometido a la contingencia incierta de obtener éxito en la gestión del asunto encomendado o de fracasar en ella y, por ende, de perder el trabajo profesional

¹¹ Algunos autores parecen configurar el pacto de cuota litis como real; así: MEZA BARROS, RAMÓN, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, tomo I, sección I: *Los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), núm. 155: "Está permitido a abogados y procuradores el pacto de cuota litis, esto es, aquel en que el cliente cede una parte alícuota de sus derechos litigiosos, en pago de la defensa y servicios que aquellos se obligan a prestarle", aunque la frase es ambigua. Pero el pacto no tiene ese carácter, de modo que se perfecciona por el mero acuerdo que crea la obligación de pagar en el plazo establecido, según los términos acordados. Lo cual, por cierto, no implica que las partes no lo puedan celebrar como si fuese real, sí, por ejemplo, en el momento de perfeccionarse el contrato de servicios profesionales de abogado, el cliente da algo al abogado a título de honorario; pero eso siempre será un adelanto, y después, al conocerse el resultado de la gestión, se hará necesario ajustar el honorario al que deba ser según el grado de éxito. Tampoco es que la cuota litis deba consistir necesariamente en una cesión de derechos, aunque pueda adoptar esta modalidad. Si el abogado consigue una indemnización de 1.000 para su cliente y este, en cumplimiento de la cuota litis pactada de 20% de lo que se consiga, le paga 200, eso no es una cesión de derechos, sino un pago normal. Claro es que el cliente también puede hacer cesión al abogado, del 20% de los derechos establecidos por la sentencia que fijó definitivamente la indemnización y convertirlo en acreedor por esa suma, del obligado a pagar la indemnización.

¹² Véase al respecto: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *De las donaciones entre vivos*. Conceptos y tipos (Santiago, LexisNexis, 2005), pp. 41-48.

aplicado en dicha gestión en la contingencia de fracaso o de lucrar el honorario, en la de éxito.

e) En relación con la principalidad o accesoriedad de la convención eso depende de cómo se la considere. Cuando se atiende al mero convenio de deberse el honorario solo en caso de éxito, es claro que resulta accesorio del contrato principal de prestación de servicios profesionales de abogado, y es una modalidad de este contrato, consistente en vincular la procedencia del honorario al éxito o al fracaso de la gestión¹³. Pero cuando se atiende a lo que establece el inciso 1º del artículo 36 CEP, en orden a definir la totalidad de un contrato que consiste en el acuerdo por cuya virtud el abogado asume la representación del cliente en un asunto con cargo a una retribución que solo corresponde si se tiene éxito en el asunto, entonces estamos en presencia de una figura principal, que subsiste por sí misma sin necesidad de otra convención (Art. 1442 CC).

f) Es nominado, aunque no haya sido normativamente singularizado en las leyes, porque la prestación de servicios profesionales de abogado está aludida por los artículos 2118 CC (el cual, sin decir que tal prestación constituya un mandato, la sujeta a sus reglas) y 2012 CC (el que sujeta los servicios regidos por el artículo 2118 CC –vale decir, también los prestados por abogados– a las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales en cuanto no contradigan las del mandato).

Si ahora atendemos a la regulación contenida en *Código de Ética Profesional*, la nominación del contrato de que hablamos es relativamente más sólida. Cierto es que aquel cuerpo no es una ley de la República ni tiene el valor general de las leyes de esta; pero obliga a los miembros de la asociación gremial que lo emitió¹⁴, y es como si se dijera una *lex privata* para ellos. En tales circunstancias, la convención de que hablamos es nominada entre los mismos.

¹³ El artículo 1442 CC, en cuanto define al contrato accesorio, reduce esta categoría a las cauciones, porque de aquel dice ser el que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Pero la accesoriedad puede entenderse en otro sentido, más amplio, como el carácter de los actos que no pueden subsistir sin otro. Tal es el sentido que se desprende, por oposición, del concepto de principalidad que ofrece el mismo artículo 1442 CC, como el carácter del contrato que subsiste por sí solo sin necesidad de otra convención. Obsérvese que el propio *Código* a veces emplea la accesoriedad sin referencia alguna a las cauciones, sino en el sentido más amplio que hemos anotado; tal acaece, por ejemplo, en el § 12 del título 22º del libro IV, rubricado: *De otros pactos accesorios al contrato de venta*.

¹⁴ Los *Estatutos del Colegio de Abogados AG*, en su artículo 4º, expresan: “Serán obligaciones de los colegiados/ [...]; b) [...] cumplir los Estatutos de la Orden y los Reglamentos que dictare el Consejo General [...]”. Cfr. el artículo 553 CC, en donde la expresión “estatutos” no debe ser entendida en el sentido restringido de los estatutos constitutivos, sino en el más amplio, de cualquier reglamentación emanada de la corporación. Por cierto, el acatamiento establecido en esta disposición cubre al *Código de Ética Profesional*, que es un reglamento del Consejo General del Colegio.

g) El contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, incluida su forma de cuota (victoria) litis, es de tracto sucesivo por lo que al desenvolvimiento de la prestación de hacer del abogado atañe.

b) También pertenece a la categoría de los contratos de libre discusión, sin que, empero, quede descartada la posibilidad de que pudiere adquirir el carácter de un contrato de adhesión, como si un estudio de abogados especializado en determinados asuntos de demanda masiva, atiende clientes bajo la fórmula de un contrato de prestación de servicios profesionales acordado por vía de adhesión.

VI. REGLAS ESPECIALES CONTENIDAS EN EL “CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL” APLICABLES AL PACTO DE CUOTA (VICTORIA) LITIS

El artículo 36 CEP contiene algunas reglas aplicables al pacto de cuota (victoria) litis, que pasamos a estudiar en lo que sigue.

1. La regla b) de ese artículo establece: “*La participación del abogado nunca será mayor que la del cliente o, tratándose de dos o más clientes, a la suma que a estos les corresponda en conjunto*”. El tenor literal de esta regla, en cuanto emplea el sustantivo “participación”, ya ha sido objeto de estudio previo¹⁵. En el pacto definido por el inciso 1° del artículo 36 no hay lugar a “participaciones”, como sí la hay en el auténtico pacto de cuota litis, donde el abogado “participa”, a título de remuneración, en el emolumento del asunto que se le encargó gestionar profesionalmente. Pero como el contrato definido por el artículo 36 CEP se caracteriza nada más que por el hecho de fijarse un honorario que solo se deberá pagar si el abogado obtiene éxito en su gestión, y ese honorario no necesariamente ha de consistir en una participación en el emolumento económico del asunto, he ahí que el uso de la palabra “participación” a su respecto resulte impropio. Esto, empero, no significa que la regla sea inaplicable al contrato definido por el inciso 1° del artículo 36; y es posible adaptarla a la organización conceptual de ese contrato.

Independientemente de toda otra consideración, propuesto el honorario de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, siempre será posible comparar su cuantía con la del emolumento del asunto encomendado al abogado, con tal que sea susceptible de evaluación pecuniaria¹⁶. Ahora bien, desde el punto de vista de un *Código*

¹⁵ Véase, más arriba, III b).

¹⁶ Porque, en caso contrario, no hay cómo establecer la comparación. Si, por ejemplo, alguien encarga su reconocimiento como hijo de tal persona a un abogado, se obliga a pagarle 1.000 y queda establecido que el abogado podrá cobrar ese honorario solo si consigue el

de *Ética Profesional* no es aceptable que el honorario resulte mayor que el emolumento del cliente. Es esto lo que prescribía la regla 1ª del artículo 35 CEP 1948 para el verdadero pacto de cuota litis: “*La participación del abogado nunca será mayor que la del cliente*”; lo cual se consigue cuando vaya establecido que el monto del honorario no deba exceder al 50% del monto del emolumento¹⁷; así que si el emolumento esperado es de 100, la cuota litis –participación en la litis– máxima del abogado, asciende a 50.

La regla conserva aplicación al pacto de victoria litis definido por el artículo 36 CEP aunque en él no haya “participaciones”. Pero se las puede construir, atendido lo que antes se dijo de ser siempre posible comparar el monto de honorario con el monto del emolumento obtenido en una gestión; y entonces la regla hay que interpretarla en el sentido de que la proyección del honorario sobre el emolumento no debe representar en este una parte mayor que la reservada al cliente; lo cual, en otras palabras, significa que el honorario no debe superar al 50% del emolumento. Así se mantiene en el pacto de victoria litis el sentido de la regla escrita para el verdadero pacto de cuota litis.

Puede acaecer que el abogado preste sus servicios conjuntamente a dos o más clientes, en un asunto que les sea común. La regla añade entonces que, “*tratándose de dos o más clientes*”, la participación del abogado nunca será mayor “*a la suma que a estos les corresponda en conjunto*”. Si, por ejemplo, tres pretenden una indemnización de 900 y contratan a un abogado para que entable el proceso conducente, con un honorario si gana el juicio, y lo gana, el honorario máximo que puede pedirles es de 450.

2. La regla c) del artículo 36 CEP expresa: “*Se aplicará a la distribución de los gastos y las costas la participación del abogado y del cliente acordada en el pacto; a falta de acuerdo los gastos y costas serán de cargo del abogado*”. La disposición –que no existía en el *Código* de 1948– habla nuevamente de “participación”, por inercia proveniente de la regla b). De donde que resulte inaplicable al pacto de victoria litis definido en el inciso 1º de ese artículo, en el cual no entra el concepto de participación. Aplicado, en cambio, al auténtico pacto de cuota litis sí que funciona, porque la norma entonces dice que, en lo concerniente a los gastos demandados por la gestión que se encomendó al abogado, y a las costas procesales y personales causadas a la contraparte y recibi-

reconocimiento, no hay manera de aplicar la regla b) al caso, porque el reconocimiento de un hijo no es algo susceptible de evaluación pecuniaria. Por lo demás, véase el artículo 130 COT, que trata de los negocios que versan sobre materias que no están sujetas a una determinada apreciación pecuniaria.

¹⁷ El criterio de la *dimidia pars* proviene de Dig. 2,14,53; al respecto, véase la nota 2.

das de esta, ellos deben ser repartidos o distribuidos entre el abogado y su cliente –vale decir, deben ser soportados los gastos y percibidas las costas por ellos– según la misma participación de cada cual en el emolumento conseguido, acordada en el pacto. Si se convino en que la remuneración del abogado sería el 20% de la indemnización, por ejemplo, que obtenga para su cliente, ello quiere decir que el gasto y las costas hay que distribuirlas en 80% para el cliente y en 20% para el abogado.

Como quedó advertido, el tenor literal de la regla no puede aplicarse cuando el caso esté regido por el pacto descrito en el artículo 36 CEP, debido a la ausencia de “participaciones” en él. Pero nuevamente estas pueden ser construidas, determinando la proyección del honorario en el emolumento conseguido. Si, por ejemplo, la indemnización que se encargó conseguir judicialmente a un abogado fue de 1.000 y el honorario, para el caso de victoria, fue de dar un predio que vale 200, eso quiere decir que el honorario equivale al 20% del emolumento; así que las “participaciones” son de 80% para el cliente y 20% para el abogado; y que la distribución de los gastos y de las costas debe hacerse según esos porcentajes.

Ahora bien, conviene releer la regla c) del artículo 36 CEP: “*Se aplicará a la distribución de los gastos y las costas la participación del abogado y del cliente acordada en el pacto; a falta de acuerdo los gastos y costas serán de cargo del abogado*”. Ella se remonta a la participación “acordada en el pacto” y se sitúa en el caso de que “no haya acuerdo”. Se pregunta: ¿Que no haya acuerdo en qué? La respuesta es que no haya acuerdo acerca de la participación del abogado en el resultado económico de la gestión de que se trate. Pero si nosotros referimos esta regla al auténtico pacto de cuota litis, pensando en el cual seguramente se la redactó, falta de acuerdo acerca de las participaciones no puede dejar de haber, porque entonces quiere decir que pacto de cuota litis no hubo. Y si lo referimos al pacto de victoria litis, en el cual sí puede no haber acuerdo sobre participaciones, quiere decir que para este la única regla válida es la última: “*a falta de acuerdo los gastos y costas serán de cargo del abogado*”. De esta manera concluimos que la primera parte de la regla es siempre únicamente aplicable al verdadero pacto de cuota litis; y que la última es siempre únicamente aplicable al pacto de victoria litis definido por el artículo 36 CEP. Así que, en él, los gastos y costas son de cargo del abogado.

3. La regla d) del artículo 36 CEP manifiesta: “*En el evento que el abogado renuncie al mandato judicial, perderá todo derecho a exigir honorarios, salvo que dicha renuncia obedezca a una causa sobreviniente justificada; en este caso el abogado tendrá derecho a cobrar una cantidad razonable por sus servicios y por los gastos incurridos, atendida*

la participación originalmente convenida, siempre que sobrevengan beneficios económicos atribuibles a la actividad profesional desplegada”.

a) El texto, en realidad, contiene dos normas. Una es la regla general: si el abogado sujeto a un pacto de cuota (victoria) litis definido por el artículo 36 inciso 1º CEP, renuncia al mandato judicial que se le otorgó, entonces pierde su derecho de exigir el honorario pactado. La regla resulta apropiada: en el contrato quedó establecido un honorario, que el abogado ha de percibir solo si consigue éxito en juicio que se le encomendó. Ahora bien, si el abogado renunció al mandato judicial en función de abandonar su gestión, entonces falló el evento previsto para que los honorarios se devengaran y que aquel haya de tener éxito en su gestión ahora se convierte en algo imposible.

b) Sigue una regla especial: no se debe aplicar la anterior general, cuando la renuncia del abogado se funde en una causa sobreviniente justificada¹⁸.

La aplicación de esta excepción se bifurca hacia dos casos: *i*) si de la actividad profesional del abogado en la gestión, anterior a la renuncia, no sobrevienen beneficios económicos atribuibles a esa actividad, entonces, pese a la justificación de la renuncia, el abogado no tiene derecho a honorario alguno; *ii*) si, en cambio, de su actividad profesional en la gestión, anterior a la renuncia, sobrevienen beneficios económicos atribuibles a esa actividad, entonces el abogado tiene derecho a cobrar una cantidad razonable por sus servicios y por los gastos incurridos, y la norma añade que todo aquello debe ser: *“atendida la participación originalmente convenida”*.

c) Esta parte de la norma proviene de la regla 2ª del artículo 35 CEP 1948, como se ve en el siguiente cotejo:

¹⁸ Por tal debe entenderse todo hecho posterior al perfeccionamiento del contrato de prestación de servicios profesionales que, por mandato del *Código*, imponga al abogado la obligación de renunciar a proseguir en la prestación de tales servicios. Véanse los artículos 19: *“Una vez aceptado un encargo, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia, o por incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente hacia el abogado, o si se hace necesaria la intervención exclusiva de un profesional especializado. También podrá renunciar si el cliente incurre en actos ilegales o incorrectos”*; 22: *“Antes de aceptar un asunto, el abogado debe analizar si la asesoría o representación supone un riesgo serio de trasgredir sus deberes profesionales respecto de un cliente, en cuyo caso deberá rechazar el encargo. Asimismo debe renunciar al encargo profesional cuando por cualquier causa sobreviniente surgiera ese riesgo”*; 86: *“Si durante la prestación de los servicios profesionales surge un conflicto con los intereses de otro cliente, el abogado deberá comunicarlo a los clientes y cesar inmediatamente en la prestación de esos servicios a todos ellos”*; y 87: *“El abogado a quien afecte alguna de las reglas sobre conflictos de funciones o de intereses debe abstenerse de intervenir en el asunto./ [Inciso 2º] Si el conflicto sobreviene una vez iniciada la actuación profesional, el abogado deberá cesar inmediatamente sus servicios”*.

Artículo 35, regla 2ª CEP 1948

“[...] En ambos casos el abogado tendrá derecho a cobrar una cantidad proporcionada por sus servicios y con la participación originalmente convenida [...]”

Artículo 36, regla d) CEP 2011

“[...] en este caso el abogado tendrá derecho a cobrar una cantidad razonable por sus servicios y por los gastos incurridos, atendida la participación originalmente convenida [...]”

Nuevamente debe observarse que la norma de 1948 se refería a un auténtico pacto de cuota litis, según el cual el abogado “participa” en el monto económico del asunto que se le confió; pero que en el pacto regulado por el artículo 36 CEP no hay, al menos necesariamente, participación del abogado en ese monto. Ahora bien, para no dejar inaplicable esta parte de la norma, interpretaremos que la frase “*atendida la participación originalmente convenida*” obliga a atender al monto del honorario originalmente pactado en su relación con el emolumento obtenido.

d) Advirtamos que para saber si el abogado tiene derecho de cobrar honorarios y costos o carece de él, necesario es esperar al fin del juicio, pues solo entonces se puede saber si hay beneficios económicos atribuibles a la actividad profesional desplegada por el renunciado abogado; y por ello la norma usa, muy propiamente, el verbo “sobrevenir” con relación a los beneficios económicos; se entiende que pueden o no sobrevenir después del momento de la renuncia.

e) En fin, es digno de ser notado que la norma entera está montada sobre la base de estar ligados el abogado y su cliente por un mandato judicial; o sea, supone que la gestión encomendada al primero es la atención de un juicio. Pero puede acaecer que no sea así y que la gestión encargada, aún teniendo efectos económicos de ser positiva, carece de litigiosidad, al menos inmediata. Supóngase que lo encargado es obtener la devolución administrativa del monto de cierto tributo que se estima indebidamente pagado: por más que el interesado otorgue un mandato con poder al abogado, él no es necesariamente judicial.

Opinamos, pues, que la regla d) del artículo 36 CEP deba ser aplicada por analogía a toda gestión, judicial o no, que se encargue a un abogado.

4. a) Puede ocurrir que la gestión encomendada, especialmente si se trata de un juicio, termine por desistimiento, renuncia, transacción o porque el cliente pone término anticipado al encargo. Estas terminaciones anormales de la gestión puede llegar a hacer desaparecer el emolumento económico que inicialmente se esperaba conseguir o, al menos, a disminuirlo. En el caso del contrato descrito por el artículo 36 CEP, si el emolumento desaparece, técnicamente decae el derecho del abogado al honorario, porque este no consiguió éxito en la gestión, que es el evento al que se sujeta el honorario según la definición ahí contenida. En el caso de un auténtico pacto de cuota litis acaece lo mismo, porque el honorario se calcula sobre la base de una cuota del emolumento, el cual no existió. Si, en cambio, tal emolumento solo se redujo en relación con el tenido en vista al momento del contrato, el abogado ve disminuido su honorario en el caso de un pacto auténtico de cuota litis, porque disminuyó la base de cálculo de la cuota; y cuando del pacto definido por el artículo 36 CEP se trata puede discutirse si desaparece el honorario pactado para el caso el éxito, si es que lo obtenido, aunque menor a lo esperado, se considera un fracaso, a alegar, lo cual tal vez tenderá el cliente.

Se agrega que estas terminaciones anormales pueden provenir de la acción unilateral del cliente, en contra de la voluntad del abogado y hasta constituir un medio para intentar burlar sus honorarios.

b) Con el objetivo de evitar esta eventual burla y desde luego la discusión, en el caso del pacto definido por el artículo 36 CEP, en orden a si una disminución del emolumento constituye o no un fracaso, dicho artículo impone una regla e), cuyo tenor es este: “*Salvo acuerdo escrito en contrario, si las pretensiones litigiosas se ven anuladas o reducidas por desistimiento, renuncia o transacción, o porque el cliente pone término anticipado al encargo, el abogado tendrá derecho a liquidar y exigir el pago de los honorarios proporcionales a los servicios prestados*”. La regla proviene del segmento 3º de la regla 2ª CEP 1948, que decía: “*Cuando las pretensiones litigiosas resulten anuladas por desistimiento o renuncia del cliente o reducidas por transacción, el abogado tendrá derecho a liquidar y exigir el pago de los honorarios correspondiente a los servicios prestados*”. Una diferencia importante radica en que la norma de 1948 hablaba de “*los honorarios correspondiente a los servicios prestados*”, mientras que la de 2011 habla de “*los honorarios proporcionales a los servicios prestados*”. Parece que la primera se refería a los honorarios que correspondería de acuerdo con las reglas generales sobre honorarios dadas por el *Aranquel* que sobre la materia solían dar los Colegios de Abogados. Tales aranceles hoy no existen. Por ello la norma de 2011 optó por mantener el honorario originalmente pactado, pero en la proporción que corresponda a los servicios efectivamente prestados. La segunda diferencia es que la regla de 2011 permite un pacto en contrario a sí misma, lo que no estaba previsto expresamente en la de 1948.

c) En síntesis, pues, según la regla e) de 2011, si la gestión encomendada al abogado termina por desistimiento, renuncia o transacción, o porque el cliente pone término anticipado al encargo, y ello determina que el emolumento económico efectivamente conseguido sea menor al esperado al momento de celebrarse el contrato de honorarios, o que no llegue a existir (que es lo que la regla expresa con recurso al verbo “anulado”), el abogado tiene derecho a exigir honorarios, pero reducidos hasta hacerlos proporcionales a los servicios que alcanzó a prestar. Si el monto del honorario establecido al inicio lo fue para caso de éxito en la gestión, ese monto debe servir para calcular a partir de él el monto proporcionalmente debido del nuevo honorario. Si el pacto era a cuota litis y hubo nada más que disminución del emolumento, la cuota se aplica a este; si hubo desaparecimiento de todo emolumento, no queda más que hacer un cálculo estimativo y prudencial de los honorarios proporcionados al servicio alcanzado a prestar.

Las partes, por escrito, pueden acordar algo contrario a la regla; lo cual significa que pueden acordar: *i*) que no haya de haber ningún honorario; o *ii*) que haya de mantenerse íntegro el honorario originalmente pactado; o incluso *iii*) que haya un honorario cuyo monto indican.

En fin, aunque la regla supone que la terminación anormal afecte a una situación litigiosa, porque habla precisamente de “*pretensiones litigiosas*”, debemos extender la regla a toda clase de gestiones, litigiosas o no y judiciales o no.

5. La última regla contenida en el artículo 36 CEP aparece en su letra f) y reza así: “*Si el asunto es resuelto en forma negativa a las pretensiones del cliente, el abogado no cobrará honorarios ni gasto alguno, y soportará las costas del juicio, a menos que se haya estipulado expresamente algo diferente*”. Pero de ella ya hemos tratado antes¹⁹, pues no se trata de una regla contingente y afecta a la estructura misma del contrato.

¹⁹ Véase, más arriba, IV. f).

**EL CÓDIGO DE ÉTICA DEL ABOGADO EN CHILE:
LIBERTAD DE CONCIENCIA Y OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA. ALGUNAS REFLEXIONES
DESDE LA EXPERIENCIA MEXICANA**

DORA MARÍA SIERRA

Doctora en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad Panamericana, México

I. INTRODUCCIÓN

Consideramos que la observancia de los principios deontológicos en el ejercicio profesional es aún más importante en aquellas profesiones cuya repercusión social es mayor, como la abogacía.

Si bien esos principios orientan las reglas de los distintos Códigos Deontológicos, es claro que su validez no depende de que se encuentre estipulado en dichos ordenamientos, sino que se deriva de su racionalidad intrínseca.

Pero tampoco podemos ignorar que hoy no encontramos uniformidad en la cosmovisión moral de las sociedades contemporáneas, lo que se refleja en algunas leyes que regulan temas especialmente polémicos.

Ante el problema que representa para algunos profesionales el cumplimiento de ciertas leyes o mandamientos de autoridad legítima contrarias a sus convicciones morales, la objeción de conciencia viene a constituir un mecanismo eficaz para resolver este tipo de dilemas entre deber moral y deber legal, y también como un medio pacífico para minimizar los conflictos sociales derivados de la aprobación de este tipo de leyes, sin afectar el principio de autoridad y el estado de derecho.

Celebramos por ello, que el nuevo Código de Ética aprobado por el Consejo General del Colegio de Abogados en abril de 2011 reconozca la libertad de conciencia del abogado al señalar el deber del correcto servicio profesional advirtiendo, sin embargo, que el cumplimiento de este deber “no afectará su independencia ni comprometerá su conciencia” (Art. 25) *[el énfasis es nuestro]*.

Asimismo, al referirse a la renuncia del encargo profesional, estipula que “una vez aceptado un encargo, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia” (Art. 19) *[el énfasis es nuestro]*.

Es verdad que es novedad que los Códigos de Ética de los Abogados, Médicos, etc., reconozcan la libertad de conciencia; pero si consideramos que hoy, por el principio de progresividad de los derechos humanos, la libertad de conciencia protege la llamada objeción de conciencia, entonces sí que resulta una positiva novedad.

Como todos los derechos humanos, la objeción de conciencia no es un derecho absoluto, por lo que es importante encuadrar adecuadamente su ámbito de protección. Pretendemos en las siguientes líneas exponer algunas ideas generales al respecto, que puedan ser de utilidad en la labor de interpretación del nuevo Código de Ética chileno por lo que se refiere a la libertad de conciencia.

Consideramos que puede interesar la experiencia mexicana, la que, aunque incipiente, va asentándose en el ordenamiento jurídico. Si bien la regulación por ley ordinaria de la Objeción de Conciencia por ahora se limita al ámbito sanitario, ello no implica que no se aplique en otros ámbitos, por estar debidamente protegida tanto por la Constitución como por los tratados internacionales de derechos humanos, los que gozan de supremacía constitucional.

Siguiendo a diversos autores, consideramos a la Objeción de Conciencia como una manifestación de la libertad de conciencia por medio de la cual una persona se niega a obedecer una ley o mandato legítimo de autoridad competente que le obliga, bajo pena, sanción, privación de un beneficio o algún perjuicio en su esfera jurídica, a realizar una conducta que contraviene los dictados de su conciencia o le prohíbe realizar una conducta que su conciencia le impele realizar¹.

¹ Existe amplia literatura jurídica reciente sobre el tema de la Objeción de Conciencia tanto en el ámbito hispanoamericano como en otros ámbitos y tradiciones jurídicas. En México es más bien escasa esta literatura. A continuación citamos algunas de las obras más conocidas: ADAME GODDARD, JORGE, “La objeción de conciencia en México”, *Derecho Fundamental de Libertad religiosa*, México, Serie: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Derechos Humanos, s.f., número 1, pp. 7-15. ESCRIBA IVARS, JAVIER, “La objeción de conciencia”, *Ars Juris*, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México, 1993, N° 10, pp. 95-121. GONZÁLEZ SHMALL, RAÚL. *Derecho eclesiástico mexicano, un marco para la libertad religiosa*, México, Porrúa, 1997, 311 pp. PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO, “La libertad religiosa en la legislación mexicana de 1992”, VVAA. *La Libertad Religiosa. Memorias del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, México, D.F. Serie E Varios, 1996, núm. 71, pp. 107-124.-, “Ley y conciencia”, ponencia presentada en el simposio internacional *La objeción de conciencia en México y en el mundo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM en México, D.F., 9 y 10 de julio de 1997. SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS, “La objeción de conciencia ante la justicia constitucional en México”, ponencia presentada en el simposio internacional *La objeción de conciencia en México y en el mundo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México” 9 y 10 de julio de 1997.

A pesar de no ser un fenómeno nuevo en la historia, en el pasado siglo XX la Objeción de Conciencia se extendió de manera notable sobre todo en Europa, a raíz de la negativa de un buen número de jóvenes a prestar el servicio militar obligatorio por razones de conciencia, en sociedades altamente militarizadas y en el marco de las peores conflagraciones bélicas de todos los tiempos.

Como fenómeno jurídico, la Objeción de Conciencia se ha extendido a nivel mundial a otros supuestos ajenos al ámbito militar como consecuencia –entre otras causas– de un Estado Legislativo de Derecho que ha incrementado notablemente la producción legislativa y por ende la creciente penetración del Estado en la vida de las personas y la sociedad.

Aunado a ello también ha influido el pluralismo ideológico y religioso que, junto con el fenómeno de la globalización, caracterizan las sociedades modernas de principios del tercer milenio.

Los sistemas jurídicos contemporáneos por lo general han respondido a este fenómeno proporcionando una concreta protección jurídica a la Objeción de Conciencia partiendo de su consideración como un derecho humano derivado de la libertad de conciencia, con los límites y alcances señalados por el derecho internacional de los derechos humanos, y que básicamente se reducen a la protección del orden, seguridad y salud públicos así como el respeto de los derechos de terceros, a la luz de una interpretación taxativa de estos límites, para evitar que se conviertan en excusa para hacer nugatoria la protección de la libertad de conciencia.

Es decir, no es suficiente que una conducta esté prescrita o prohibida por una ley para que ello justifique la restricción de la Objeción de Conciencia por razones de Orden Público como antaño se pensaba, sino que es preciso analizar el contenido de dicha disposición legal y los bienes jurídicos en juego para determinar si procede o no la Objeción de Conciencia.

Hoy algunas leyes prevén en el propio texto legal la posibilidad de alegar Objeción de Conciencia como veremos más adelante.

Sin embargo, estrictamente hablando, no se precisa la autorización legal para invocar una Objeción de Conciencia, ya que se trata, como hemos dicho, de una derivación del derecho humano de libertad de conciencia, el que está protegido por los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por la gran mayoría de los países².

Nos proponemos en el presente trabajo analizar el estatuto jurídico de la Objeción de Conciencia en México, cuáles son los supuestos más frecuentes y los límites y alcances de la misma.

Para lograr este propósito y por tratarse de una manifestación del derecho de libertad de conciencia, nos parece oportuno recordar como

² Cfr. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA ONU (Art. 18) y la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA (Art. 12).

punto de partida que el ámbito protegido por la libertad de conciencia se concibe en dos sentidos³:

EN UN SENTIDO NEGATIVO

Como una inmunidad de coacción respecto de los actos de elección de la propia religión, o cosmovisión de la vida para el caso de los ateos. Protege a las personas contra toda intromisión abusiva en su fuero interno proscribiendo aquellos medios ilícitos de persuasión como son el hipnotismo, el lavado de cerebro, la violencia moral y todas aquellas técnicas tendientes a violentar la libertad de elección en materia religiosa o la cosmovisión de la vida.

EN UN SENTIDO POSITIVO

La libertad de conciencia permite ajustar el comportamiento personal a la propia conciencia moral, aun cuando contravenga alguna disposición legal o mandamiento de autoridad legítima, lo que es propiamente la Objeción de Conciencia.

En suma, podemos afirmar que el objeto propio de la libertad de conciencia consiste en que –dentro de los justos límites– a nadie se le obligue a actuar en contra de su conciencia ni se le impida actuar según ella.

II. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN MÉXICO. LÍMITES Y ALCANCES

Aun cuando en la Constitución mexicana no existe un precepto expreso que proteja la libertad de conciencia como tal, podemos inferir que se encuentra implícitamente protegida en el artículo 24 que garantiza la libertad religiosa si, según la normativa actual, interpretamos este precepto de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por México que consagran el derecho de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia considerándolos como un solo derecho al participar de una misma raíz, aun cuando cada una tenga su propio ámbito de protección⁴.

Si concebimos la libertad de conciencia en su dimensión negativa podemos afirmar que en la legislación mexicana se encuentra debidamente protegida al disponer que:

³ Cfr. DE FUENMAYOR, AMADEO. *La libertad religiosa*, Pamplona, EUNSA. 1974.

⁴ A partir de la reforma constitucional de 2011, los derechos humanos protegidos por los tratados internacionales suscritos por México son parte del derecho interno y gozan de rango constitucional.

“El Estado mexicano garantiza a favor del individuo los siguientes derechos y libertades en materia religiosa:

- a.1) Tener o adoptar la creencia religiosa que más le agrade, y practicar en forma individual o colectiva los actos de culto o ritos de su preferencia.
- a.2) No profesar creencias religiosas, abstenerse de practicar actos y ritos religiosos y no pertenecer a una asociación religiosa.
- a.3) No ser objeto de discriminación, coacción u hostilidad por causa de sus creencias religiosas, ni ser obligado a declarar sobre las mismas” (artículo 2º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, reglamentaria del artículo 130 constitucional).

No sucede lo mismo respecto de la dimensión positiva de la libertad de conciencia, debido a que la legislación mexicana no garantiza de manera general el derecho de ajustar el comportamiento personal a la propia conciencia moral en aquellos casos en que exista una disposición legal que, aun cuando en sí misma no contravenga directamente a la libertad religiosa, suponga un conflicto de conciencia para ciertas personas, obligándolas –bajo penalización, sanción, privación de un beneficio o algún perjuicio en su esfera jurídica– a realizar una conducta contraria a su conciencia o prohibiéndoles realizar una conducta que su conciencia les exija, lo que es propiamente el derecho de objeción de conciencia.

Lo anterior se debe a que la misma Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, también conocida como “Ley de Cultos”, cierra la puerta a la posibilidad de alegar objeciones de conciencia al establecer que:

“Las convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes” (Art. 1º, párrafo 2 de la Ley de Cultos).

De esta disposición de la Ley de Cultos, no podemos concluir que se requiere la autorización de la Objeción de Conciencia por vía legislativa en cada supuesto, debido a que por encima de una ley ordinaria se encuentra la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

III. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En los últimos años la legislación mexicana ha reconocido expresamente el derecho de Objeción de Conciencia en ciertos supuestos, por ahora todos ellos relacionados con el ámbito sanitario, como veremos a continuación.

1. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA

Con esta denominación nos referimos a la Objeción de Conciencia que abarca de manera general procedimientos y actividades realizadas por profesionales de la salud.

Este supuesto ha sido regulado a nivel local por reforma a la ley estatal de salud del Estado de Jalisco del 7 de octubre de 2004, en la que se reconoce el derecho de objeción de conciencia al personal del sistema estatal de salud para “excusarse de participar en todos aquellos programas, actividades, prácticas, tratamientos, métodos o investigaciones que contravengan su libertad de conciencia con base en sus valores, principios éticos o creencias religiosas... siempre y cuando no implique poner en riesgo la salud o la vida de un paciente” (Art. 18, ter).

2. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL ABORTO

a) Ley de Salud del Distrito Federal

De manera paralela a la despenalización progresiva del aborto en diversos supuestos en el Distrito Federal, también se ha reconocido el derecho de Objeción de Conciencia al personal que interviene en dichos procedimientos. En un primer momento (2004) se reconoció el derecho de Objeción de Conciencia para todo el personal de salud al no hacer distinción alguna, pero posteriormente (2009) la posibilidad de objetar se restringió solo a los médicos.

En efecto, el 27 de enero de 2004 se aprobó una reforma a la ley de salud del Distrito Federal por la que permitía la Objeción de Conciencia a “quienes corresponda practicar la interrupción del embarazo debiendo remitir a la paciente con un médico no objetor, siempre que no sea urgente la interrupción del embarazo para salvaguardar la salud o la vida de la mujer y obligando a las instituciones de salud a contar con personal no objetor de manera permanente” (Art. 16, bis 7).

Posteriormente el 26 de agosto de 2009 se expidió una nueva Ley de Salud para el Distrito Federal en la que a pesar de que se vuelve a reconocer el derecho de Objeción de Conciencia a practicar un aborto, este derecho se restringe solo a los médicos, excluyendo inexplicablemente a las enfermeras y demás trabajadores de la salud (Art. 59)⁵.

b) Norma oficial mexicana 046

A nivel federal, el 27 de febrero de 2009 la Secretaría de Salud aprobó reformas a Norma Oficial NOM-046-SSA2-2005 que señala los criterios

⁵ Estatuto de Gobierno del Distrito Federal. Consultado el 27 de enero de 2011 en el sitio Web: <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/60.htm?s=>>.

para la prevención y atención de la violencia familiar y sexual contra las mujeres y en la cual reconoce el derecho de Objeción de Conciencia de médicos y enfermeras para la práctica del aborto en los casos de violación (numeral 6.4.2.7)⁶.

c) Objeción de conciencia a la ortotanasia

Regulada en la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal promulgada en enero de 2008, en la que se reconoce el derecho de Objeción de Conciencia al personal de salud para que se permita abstenerse de intervenir en la atención de pacientes terminales en los términos de la ley referida (Art. 42)⁷.

Según la definición establecida por dicha ley, la *ortotanasia* significa “muerte correcta”. “Distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/o procedimientos médicos obstinados” (Art. 3º. Fracción XIII). En definitiva la *ortotanasia* se distingue claramente de la *eutanasia*.

IV. OTROS SUPUESTOS DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN MÉXICO

Además de los supuestos previstos en la legislación, existen otros supuestos de Objeción de Conciencia en México, los que, aun cuando no estén contemplados en la ley, gozan de un cierto grado de reconocimiento jurídico como veremos a continuación:

1. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA AL CULTO A LOS SÍMBOLOS PATRIOS EN EL ÁMBITO DE LAS ESCUELAS PÚBLICAS

Este supuesto se refiere al rechazo por parte de alumnos menores de edad y de profesores Testigos de Jehová a participar en las ceremonias de honores a la bandera que se realizan por disposición legal en todas las escuelas de educación básica y media del país.

Aun cuando no es un caso reciente, su interés deriva de que hasta el momento es el primer y único caso de Objeción de Conciencia en México sobre el que se ha pronunciado tanto la Suprema Corte de Justicia como los tribunales federales en materia de amparo y las Comisiones Estatales y Nacional de Derechos Humanos.

⁶ CATÁLOGO DE NORMAS OFICIALES MEXICANAS. Consultado el 21 de enero de 2011 en el sitio *Web*: <www.economia-noms.gob.mx>

⁷ Publicada en la Gaceta Oficial el 7 de enero de 2008. Consultada el 27 de enero de 2011 en el sitio *Web*: <http://www.delegacionbenitojuarez.gob.mx/content/2/module/pages/op/displaypage/page_id/55/format/>

Las resoluciones de las diversas instancias no han reconocido expresamente el derecho de Objeción de Conciencia en este supuesto, ya que la ley del escudo, la bandera y el himno nacionales no contempla la posibilidad de alegar objeciones de conciencia.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha emitido diversas recomendaciones dirigidas a las autoridades educativas para ser tolerantes en este tema, habiendo disminuido el número de expulsiones de niños Testigos de Jehová por este motivo⁸.

Respecto de los profesores Testigos de Jehová, ni los tribunales de amparo ni las Comisiones de Derechos Humanos reconocen su derecho a la objeción de conciencia en este caso, distinguiendo claramente entre la posición de los menores de edad y los profesores Testigos de Jehová.

2. OBJECIÓN DE CONCIENCIA A LAS TRANSFUSIONES SANGUÍNEAS

Este supuesto también se presenta por parte de los miembros de la Congregación de los Testigos de Jehová suscitando un acalorado debate en el seno de la comunidad médica.

Si bien no ha habido un reconocimiento explícito por parte de la legislación correspondiente, la actitud por parte de las autoridades de salud ha evolucionado hacia un mayor respeto a la conciencia de los pacientes, sobre todo tratándose de mayores de edad, en pleno uso de sus facultades, mediando un consentimiento informado libre, personalísimo y actual y siempre que no traiga como consecuencia directa la muerte del paciente, como puede apreciarse de los criterios emitidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)⁹.

3. OBJECIÓN DE CONCIENCIA POR PARTE DE SERVIDORES PÚBLICOS RESPECTO DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL SOBRE EL MATRIMONIO ENTRE HOMOSEXUALES Y OTROS

A raíz de las reformas al Código Civil del Distrito Federal aprobadas recientemente, en las que se reconoce el matrimonio entre homosexuales, el cambio de sexo genérico, el divorcio sin causales, se suscitó un acalorado debate planteando la posibilidad de que los servidores públicos pudieran alegar Objeción de Conciencia. Al respecto se presentó

⁸ Entre otras podemos citar las Recomendaciones 1 y 2/2002 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

⁹ TENA TAMAYO, CARLOS, *et al.*, "La transfusión sanguínea y los derechos del paciente", en *Revista de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED)*, México, abril-junio 2005, Vol. 10, núm. 2, pp. 20-26 y MURILLO-GODÍNEZ, GUILLERMO, "Las transfusiones de sangre y los Testigos de Jehová. Aspectos ético-médico-legales aún no resueltos", en *Medicina Interna de México*, Volumen 26, núm. 4, julio-agosto 2010, pp 390 a 396.

una iniciativa de reformas al código civil por el Diputado Fidel Suárez Vivanco del Partido Revolucionario Institucional (PRI) para reconocer la Objeción de Conciencia en estos supuestos, misma que a la fecha no ha sido aprobada, pero que refleja en cierta forma el sentir de un amplio sector de la población¹⁰.

4. OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR

El servicio militar en México no ha suscitado un rechazo generalizado por parte de la población como ha sucedido en otros países debido a diversas razones que por motivos de espacio no podemos explicar ahora. Sin embargo, resulta interesante que en fechas recientes el senador José Luis García Zavildea (PRD) haya presentado en el Senado de la República una iniciativa de reforma constitucional por la que propone permitir la Objeción de Conciencia al servicio militar¹¹.

Nos parece que esta iniciativa da cuenta, por un lado, del rechazo a la creciente presencia del ejército en las calles para el combate al crimen organizado y, por el otro, el mayor conocimiento de la figura de la Objeción de Conciencia.

5. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA

La preocupación por brindar una mayor tutela a la Objeción de Conciencia como ha quedado demostrado en los apartados anteriores, también se ha manifestado en la iniciativa de reforma constitucional presentada el 9 de mayo de 2007 por el senador José Alejandro Zapata Perogordo (PAN), para modificar el artículo 24 de la Constitución Política sobre libertad religiosa y tutelar expresamente la Objeción de Conciencia¹².

La iniciativa propone reformar el actual artículo 24 de la Constitución para quedar como sigue:

“Toda persona es libre para profesar la religión o creencia de su elección y para manifestarla en público o en privado solo o en comunidad con otros, incluyendo la práctica de las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, la enseñanza o difusión de sus creencias, y la observancia de los correspondientes preceptos morales, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. La libertad de religión o creencia implica la libertad de comportarse obedeciendo los mandatos de la propia conciencia. Cuando alguien se vea imposibilitado para

¹⁰ Consultado el 5 de enero de 2011 en el sitio *Web*: <<http://sociedadunida.org/index.php/salasdeprensa/92-conferencia-de-prensa-objecion-de-conciencia>>.

¹¹ Consultado el 26 de enero de 2011 en el sitio *Web*: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=16820&Itemid=80>.

¹² Consultado el 7 de enero de 2011 en el sitio *Web*: <<http://www.pan.senado.gob.mx/detalleiniciativa.php?id=26-55>>.

cumplir una obligación legal por causa de un imperativo moral sincero, grave e ineludible, tendrá derecho a ser eximido de esa obligación legal, en los términos establecidos por la ley, siempre que dicha exención no redunde en detrimento de los derechos fundamentales de otros o de un interés jurídico superior.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna. Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de estos se sujetarán a la Ley Reglamentaria”.

Por la información de que disponemos, esta propuesta se ha quedado atorada en el proceso legislativo y a juzgar por las declaraciones de cierto legislador de otro partido, no parece que por ahora logre la mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes en cada cámara y de la mayoría de las legislaturas estatales que se requieren para la aprobación de reformas a la Constitución, al menos en la presente legislatura que termina su período en 2012¹³.

En efecto, el senador de la oposición Pablo Gómez (PRD) menciona un estudio que al respecto hicieron los asesores de su partido en el que se advierte que “además del peligro que implica llevar a la Carta Magna la libertad para la práctica de dicha enseñanza, es una amenaza contra el Estado laico”¹⁴.

Igualmente afirma el estudio que “en los términos en que está redactada la iniciativa, prácticamente cualquier ciudadano, bajo cualquier circunstancia podría violentar el Estado de derecho en cuestiones a su conveniencia, tan solo con esgrimir “el imperativo moral sincero”¹⁵.

Por último se alerta “sobre el riesgo de posibilitar manifestaciones religiosas de las distintas sectas, para que *con moral sincera* opinen y participen en el ámbito político. Es igualmente discutible proponer *la observancia de los correspondientes preceptos morales*, ya que puede dar pie a que se condene y acalle desde la jerarquía religiosa a los creyentes”¹⁶.

Los señalamientos anteriores nos ilustran un poco sobre el debate que actualmente se está llevando a cabo en México sobre el tema de la Objeción de Conciencia.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por tratarse de una derivación de la libertad de conciencia protegida tanto por la Constitución como por los tratados internacionales de derechos humanos, consideramos que no es indispensable la regulación por

¹³ Declaraciones del senador Pablo Gómez (PRD), periódico *La Jornada*, domingo 6 de diciembre de 2009, p. 3.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ *Ídem*.

ley de la Objeción de Conciencia en cada supuesto, aun cuando resulta positivo por motivos de seguridad jurídica. Sin embargo, podría pensarse que si no está contemplado en la ley secundaria, no procede la Objeción de Conciencia, lo que es un error, ya que la ley simplemente sirve para brindar una mejor tutela a este derecho humano. Para el legislador, el derecho de Objeción de Conciencia supone la obligación de respetarla y no hacerla nugatoria excediéndose en los límites que de manera taxativa prescriben los propios tratados internacionales de derechos humanos, o imponiendo restricciones del todo injustificadas e inequitativas por ejemplo en el caso del aborto en el Distrito Federal, que solo la reconoce a los médicos, más no a las enfermeras y demás personal sanitario.

Consideramos que el reconocimiento y tutela del derecho de Objeción de Conciencia constituye un mecanismo muy útil para la solución de conflictos por vías pacíficas, y por los valores de tolerancia y respeto que promueve en nuestra sociedad.

En consecuencia, sostenemos que no es necesario que la Constitución proteja expresamente el derecho de Objeción de Conciencia, por tratarse de una derivación o concreción del derecho de libertad de conciencia, la que se encuentra adecuadamente protegida tanto por la Constitución (Arts. 24 y 29) como por los tratados internacionales, que como hemos dicho, gozan de supremacía constitucional en nuestro país.

Lo que sí vemos indispensable, con el fin de armonizar la legislación secundaria con la Constitución y los tratados internacionales, es la reforma a la Ley de Cultos para derogar el párrafo segundo del artículo 1° que prescribe que “Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas en las leyes”¹⁷.

¹⁷ Cfr. SIERRA MADERO, DORA MARÍA, “*Religious freedom, conscientious objection and the secular state. A comparative and mexican law perspective*”, VII Congreso Mundial de Derecho Constitucional *Repensando las fronteras del derecho Constitucional*, Atenas, Grecia, 2007, Asociación Internacional de Derecho Constitucional visible en ebookbrowse.com/paper-by-prof-dora-maria-sierra-madero-pdf-d53711424-; “La objeción en las democracias constitucionales de una sociedad globalizada y multicultural”, *ARS IURIS*, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia de la Universidad Panamericana, Volumen 38, 2007, pp. 265-287; “La objeción de conciencia en el derecho norteamericano, una referencia para México”, en *Diez años de vigencia de la nueva ley de cultos en México*, Javier Saldaña (coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003 pp. 61 a 89; “La objeción en las democracias constitucionales de una sociedad globalizada y multicultural”, *ARS IURIS*, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia de la Universidad Panamericana, Volumen 38, 2007, pp. 265-287; “La objeción de conciencia en el derecho norteamericano, una referencia para México”, en *Diez años de vigencia de la nueva ley de cultos en México*, Javier Saldaña (coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003 pp. 61 a 89.

REFLEXIONES SOBRE DEBERES DE LOS ÁRBITROS, EXPECTATIVAS DE LAS PARTES Y ESFUERZOS REGULATORIOS

NICOLÁS GAMBOA MORALES

Doctor en Jurisprudencia

Facultad de Derecho

Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de las II Jornadas Internacionales de Derecho Procesal y Probatorio, y atendiendo la amable invitación del Director de esta área de la Universidad del Rosario, he considerado relevante presentar algunas reflexiones sobre el papel previo y concomitante con un trámite arbitral que debe exigirse y se espera de los árbitros a cargo de la respectiva controversia, así como sobre los intentos para armonizar y racionalizar el tratamiento de los interrogantes y problemas asociados con este tópico.

Ello por cuanto, de una parte, las pregonadas virtudes del arbitraje consistentes en la especialización y la neutralidad de los árbitros, imponen analizar si efectivamente se hallan presentes tales características y, en particular, la segunda de ellas, y, por otra parte, si los esfuerzos hacia la búsqueda de soluciones constituyen marco suficiente para tratar y resolver los obstáculos que surjan al inicio o durante el trámite de las diligencias arbitrales.

II. SELECCIÓN DE ÁRBITROS

Con carácter virtualmente unánime y, en particular, en el ámbito del arbitraje internacional, la regla, tratándose de tribunales colegiados, es que cada parte tiene la potestad de nombrar un árbitro y entre los nombrados, o con el concurso de un tercero (generalmente una institución arbitral),

se designa el tercer miembro del tribunal, que sirve como presidente del mismo¹, en muchas ocasiones con ciertas prerrogativas².

Colombia, valga la precisión, ha sido ajena a este mecanismo y, en efecto, con fundamento en las regulaciones sobre arbitraje que se consignaron en los artículos 663 a 664 del Código de Procedimiento Civil (CPC)³, reproducidos en el Título III del Libro Sexto del Código de Comercio (C Cio)⁴, se estimó, doctrinaria y jurisprudencialmente, que no era factible la designación de árbitros de manera individual, sino que ello debía ocurrir por mutuo acuerdo habida consideración de ser el arbitraje un proceso. Como expresa el profesor Julio Benetti:

“[C]onforme a la legislación contenida en dicho Código [de Comercio], podían convenirse varias formas para la designación de los árbitros, a saber: el nombramiento directo y de común acuerdo por las partes; la delegación en un tercero, el cual nombraba la totalidad del tribunal; o el sistema mixto, según el cual las partes estipulaban que designarían conjuntamente parte del tribunal, y el resto el tercero a quienes ellas de común acuerdo también le hubieren confiado esta misión”⁵. (Énfasis añadido).

Esta tendencia, a su turno, ha sido constante en el ámbito del arbitraje nacional. De hecho, los artículos 7 y 8 del Proyecto de Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional establecen, en lo pertinente, y con referencia al campo local:

“*Artículo 7º.* Árbitros. Las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar. (...)”

Artículo 8º. Designación de los árbitros. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. (...)”⁶.

¹ Cf., p. ej., las anotaciones que sobre el particular aparecen en Eliseo Castineira y Markus Petsche, *The Language of the Arbitration: Reflections on the Selection of Arbitrators and Procedural Efficiency*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 17, N° 1, 2006.

² Por ejemplo, el artículo 31 (1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), establece:

“Cuando el tribunal arbitral esté compuesto por más de un árbitro, el laudo se dictará por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del tribunal dictará el laudo él solo”.

³ Decretos 1400 y 2019 de 1970.

⁴ Decreto 410 de 1971.

A la fecha, y básicamente a partir del Decreto 2279 de 1989, se hallan derogadas las disposiciones sobre arbitraje del estatuto procesal (y del estatuto mercantil).

⁵ BENETTI SALGAR, JULIO J., *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2009, p. 267.

⁶ Esta práctica tiene como efecto suprimir la concepción del presidente del tribunal arbitral como el tercero por excelencia y, por supuesto, no da margen para que se le otorguen prerrogativas del tipo consagrado en el artículo 31 (1) del Reglamento CCI antes citado. Adicionalmente, al tenor de la normatividad vigente en Colombia (reproducida en el proyecto sobre la materia), en la audiencia de instalación de los tribunales arbitrales, los miembros de

Dicho lo anterior, y sin que el mecanismo empleado en Colombia traiga consigo, necesariamente, la superación de los interrogantes sobre los deberes de los árbitros y las expectativas que sobre ellos tienen las partes, estimo que es más fácil apreciar unos y otras desde la óptica de la facultad de aquellas de designar autónomamente un árbitro.

Sea lo primero precisar que no hay tal designación de “mi árbitro” y que, por consiguiente, es fundamental tener un adecuado entendimiento del alcance de la prerrogativa de seleccionar un árbitro y del rol asignado y esperado del mismo, pues de lo contrario puede presentarse un choque de expectativas, que solo redundaría en el debilitamiento de la institución arbitral.

Cada parte solamente tiene el derecho de postular un individuo independiente e imparcial, quien, asociado a otros dos individuos, asimismo independientes e imparciales, integrarán un tribunal arbitral. Correlativamente, la persona postulada no tiene obligación o compromiso de ninguna clase hacia su postulante, diferente de contribuir al libre y autónomo funcionamiento del panel arbitral. No hay ninguna relación del tipo mandante-mandatario o similar. Como máximo, el árbitro postulado por una parte debe poner empeño en que el tribunal en pleno tenga un adecuado entendimiento de la posición del postulante, sin que ello implique inclinarse hacia la misma.

A.A. de Fina, conocida autoridad en el campo arbitral señala:

“[L]a presencia en el tribunal de un miembro designado por la parte que entienda los antecedentes generales de tal parte puede contribuir significativamente a asegurar, en cuanto sea factible, justicia, equidad y un resultado de tal tipo.

El árbitro designado por una parte no puede ser abogado o mandatario de tal parte, pero puede y debe cumplir un papel positivo y útil. Sin embargo, tal rol es extremadamente delicado y exigente. El menor exceso o impropiedad puede dar margen, en el mejor de los casos, a la pérdida de confianza o credibilidad por parte de los otros miembros del tribunal o, en el peor de los casos, a la remoción del árbitro”⁷.

Al margen de lo anterior, a mi juicio, y como aspecto práctico, considero que una buena demostración de la independencia e imparcialidad de los miembros del tribunal propuestos por las partes es que el presidente del tribunal, acabadamente independiente e imparcial en este sistema, no perciba cuál es la parte que postuló a sus colegas.

este eligen al presidente, sin que haya ninguna regla que privilegie a determinado miembro del panel para oficiar como presidente.

⁷ DE FINA, A.A., *The Party Appointed Arbitrator in International Arbitration – Role and Selection*, Arbitration International, London Court of International Arbitration, Vol. 15, N° 4, 1999, p. 382. (T. del A.).

III. FUNCIONAMIENTO EN LA PRÁCTICA. PROBLEMAS E INTENTOS DE SOLUCIONES

No cabe duda que teóricamente nadie cuestionaría la necesidad de designar árbitros independientes e imparciales⁸. La antigua visión de ciertas instituciones hacia la falta de neutralidad de los árbitros nombrados por las partes, ha perdido vigencia, y con mayor fuerza en el campo internacional⁹.

No obstante, en la práctica se presentan múltiples circunstancias y problemas que han llevado a evaluaciones y búsqueda de soluciones, tanto con el propósito de resolver situaciones puntuales como –con mayor proyección– con miras a fortalecer el funcionamiento y la acogida del arbitraje.

El campo de las recusaciones y cuestionamientos a los árbitros ha tenido incremento significativo en época reciente. Si bien en ocasiones las recusaciones obedecen a interrogantes válidos, en no pocas oportunidades provienen de partes insatisfechas con el curso del arbitraje o de apoderados proclives a dilaciones y maniobras tendientes a obstaculizar el trámite arbitral y, desde luego, la expedición de las correspondientes decisiones.

Así, entonces, con el fin de buscar certeza y claridad sobre derechos, expectativas y deberes en la interacción árbitros-partes y propender por el desarrollo ordenado de los arbitrajes, la International Bar Association (IBA) adoptó en mayo de 2004 las “Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional” (“Directrices de la IBA”), explicando en su Introducción:

“Los problemas relativos a los conflictos de intereses suponen un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional. Con frecuencia los árbitros tienen dudas sobre qué hechos o circunstancias deben ser puestos de manifiesto, de modo que cada árbitro puede decidir de una forma diferente ante los mismos hechos y circunstancias. El desarrollo del comercio internacional y la manera cómo este se lleva a cabo hoy, incluidos los vínculos cada vez más complejos que se vienen creando entre los grupos de sociedades y los grandes bufetes de abogados internacionales, han incrementado el número de hechos o circunstancias que el

⁸ PIERRE TERCIER, antiguo Presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI, expresa: “La independencia... sigue siendo esencial, en cuanto es inherente a dispensar justicia, función que el arbitraje claramente intenta llevar a cabo. De hecho, la independencia es aún más importante en el arbitraje, por cuanto los árbitros disponen de total autonomía y sus determinaciones generalmente carecen de revisión judicial”. (PIERRE TERCIER, *Foreword*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2007, p. 5). (T. del A.).

⁹ Cf., p. ej., “The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”, adoptado en marzo de 2004 por la American Arbitration Association (AAA) y por su brazo internacional, el International Centre for Dispute Resolution (ICDR). A nivel local, debe señalarse que el Capítulo IV del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, contiene una detallada regulación de los deberes de conducta aplicables, entre otros, a los árbitros adscritos al Centro.

árbitro debe revelar y ha generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver. Las partes reticentes al arbitraje encuentran en la recusación de árbitros un medio para demorar los arbitrajes o privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Cuando el árbitro da a conocer cualesquiera hechos o circunstancias, no importa lo insignificante o lo grave de la cuestión, con demasiada frecuencia conduce a que se planteen objeciones, recusaciones y se origine la renuncia o sustitución de un árbitro.

Por consiguiente, tanto las partes como los árbitros, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales se enfrentan a decisiones complejas sobre qué hechos o circunstancias han de ponerse de manifiesto y qué criterios aplicar. Además, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales deben tomar decisiones difíciles cuando se enfrentan a objeciones o recusaciones de un árbitro planteadas después de que este haya dado a conocer ciertos hechos o circunstancias. Hay una tensión entre el derecho que tienen las partes a que se den a conocer hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un proceso con las garantías debidas, por una parte, y el derecho de las partes a elegir el árbitro libremente, por otra. Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, estas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje internacional no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros¹⁰.

Para desarrollar los propósitos antes referidos, las Directrices de la IBA establecen en su primera parte una serie de postulados generales sobre independencia e imparcialidad y sobre la obligación de revelación de hechos y circunstancias y, en una segunda parte, como aspecto práctico y sin que tengan carácter exhaustivo, presentan una serie de situaciones que pueden conducir o no a la presencia de conflicto de intereses.

Tales situaciones se agrupan en (i) un “listado rojo”, que relaciona aquellas donde *“una persona prudente cualquiera y con conocimiento de los hechos principales, va a considerar que existe un conflicto de intereses”*; ¹¹ (ii) un “listado naranja”, que alude a situaciones que pueden generar dudas acerca de la independencia o imparcialidad de los árbitros, pero donde *“se entiende que las partes aceptan al árbitro si habiendo este revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no hacen uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido*

¹⁰ Directrices de la IBA, Introducción, Numerales 1 y 2.

¹¹ *Ibid.*, Segunda Parte, Numeral 2.

El “listado rojo”, a su turno, se divide en “Listado Rojo No Renunciable”, que incluye situaciones que surgen de la elemental consideración de que nadie puede ser juez y parte y, por ende, generan ineludibles conflictos de intereses y el “Listado Rojo Renunciable”, que incluye situaciones serias, pero cuyos inherentes conflictos de intereses son allanables por manifestación específica de las partes.

para tal efecto”¹²; y (iii) un “listado verde”, que comprende “*situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses*”¹³.

Escapa al alcance de esta presentación el análisis pormenorizado de las Directrices de la IBA y de sus resultados¹⁴. No obstante, un balance de sus casi ocho (8) años de promulgación muestra carácter positivo, particularmente, y desde mi óptica, asociado con su difusión, escasa al principio, pero ahora en ascenso¹⁵. Como aspecto controversial puede ponerse de presente que, al margen de no contener (ni poder contener) un listado exhaustivo de situaciones controversiales (en mayor o menor grado)¹⁶, las Directrices de la IBA lucen más encaminadas a guiar y resolver la problemática derivada de la presencia de grandes firmas de abogados en el ámbito del arbitraje internacional.

El Club Español de Arbitraje, a su turno, ha expedido dos importantes y útiles documentos: “Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros del Club Español de Arbitraje” y “Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje”, y anota en la Presentación del segundo:

“La fortaleza del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias reside en su capacidad para generar decisiones que las partes consideren como imparciales. Esta percepción de imparcialidad deriva en gran medida de la llevanza correcta del procedimiento arbitral. En este sentido, un laudo tiene mayores posibilidades de ser cumplido voluntariamente si la parte perdedora reconoce que los árbitros

¹² *Ibid.*, Segunda Parte, Numeral 3.

¹³ *Ibid.*, Segunda Parte, Numeral 6.

¹⁴ Para una evaluación al efecto, cf. OTTO L.O. DE WITT WIJNEN, *The IBA Guidelines of Conflicts of Interest on International Arbitration Three Years On*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2007.

El señor de WITT WIJNEN, quien presidió el Grupo de Trabajo encargado de la elaboración de las Directrices de la IBA, aunque admite su sesgo, es optimista en torno a la utilidad y permanencia de este documento y pone de presente que su empleo como punto de referencia ha venido en ascenso, si bien reconoce que ciertas instituciones arbitrales han cuestionado su utilidad.

¹⁵ Amén del inglés, su idioma original, las Directrices de la IBA se encuentran disponibles en español, italiano, japonés, mandarín, polaco, portugués y ruso y pueden ser consultadas en www.ibanet.org

¹⁶ El propio señor de WITT WIJNEN reconoce lo anterior y cita como ejemplo de ello la siguiente situación e interrogantes:

“Hace algunos meses, tenía una conferencia preparatoria en un arbitraje internacional. Súbitamente, a uno de los árbitros se le presentó la imposibilidad de volar debido a una huelga en su aerolínea nacional. Logramos posponer la audiencia hasta el día siguiente, cuando el árbitro logró llegar al sitio de reunión. ¿Cómo? Llamó a la parte que lo había designado, que era de su misma nacionalidad y tenía el mismo problema. Esta, entretanto, había contratado un vuelo privado y le ofreció a ‘su’ árbitro un lugar en el mismo –sin costo, en cuanto es de mi conocimiento–. Preguntas: ¿Tenía el árbitro el derecho de llamar a la parte que lo había designado? ¿Le era posible a tal parte ofrecerle un espacio en el vuelo? ¿Debería haberlo aceptado el árbitro?” (OTTO L.O. DE WITT WIJNEN, *op. cit.*, p. 107). (T. del A.).

condujeron el procedimiento en forma firme y neutral. De ahí el conocido adagio de que, en arbitraje, un procedimiento es tan bueno como lo son sus árbitros¹⁷.

Otro esfuerzo digno de mención, no porque haya tenido aplicación en nuestro medio, sino porque a mi juicio refleja el reconocimiento de principios de obvia relevancia en el campo arbitral, está constituido por la decisión del Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (ICAS, en su abreviatura inglesa)¹⁸, publicada en octubre de 2006, donde notando el gran incremento de apoderados miembros del Consejo de Arbitraje Deportivo (CAS)¹⁹, puso de presente la apariencia de desequilibrio en casos ventilados ante el CAS cuando una de las partes era representada por un apoderado miembro de este y la otra por uno no perteneciente al Consejo. En consecuencia, el ICAS expresó el deseo de que la representación de partes ante el CAS no fuera ejercida por miembros activos de este o por colegas de sus firmas y añadió la recomendación de que los miembros del CAS designados como árbitros no actuaran como apoderados en otros casos durante el periodo del arbitraje²⁰.

Uno de los pasos más significativos hacia la búsqueda de claridad en el área de interacción árbitros-partes-apoderados está constituida por la decisión de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) de publicar extractos de las decisiones motivadas sobre recusaciones y

¹⁷ El Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje, Presentación, p. 3. Tanto este documento, como “Las Recomendaciones Relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros del Club Español de Arbitraje” pueden ser consultados en www.clubarbitraje.com

¹⁸ International Council of Arbitration for Sport.

¹⁹ Court of Arbitration for Sport (o Tribunal Arbitral du Sport), entidad basada en Lausana, Suiza.

²⁰ Esta recomendación que en cierto momento fue puesta en práctica en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, no tiene, en lo más mínimo, sentido meramente teórico:

La CAS estableció un tribunal arbitral encaminado a revisar la descalificación impuesta por la Agencia Norteamericana Anti-Dopaje (*US Anti-Doping Agency*) al ciclista Floyd Landis por el uso de cierta sustancia durante el Tour de France de 2006. El tribunal arbitral, integrado por David Rivkin, designado por la Agencia, Jan Paulsson, designado por Landis y David Williams, presidente, confirmó la sanción.

Landis, entonces, promovió una acción de nulidad del laudo ante una corte federal en California, sobre la base de que el tribunal había sido afectado por conflictos de interés, aduciendo que los árbitros provenían de un círculo limitado que, con frecuencia, rotaba funciones entre juzgadores y apoderados.

La moción del señor Landis anotaba “estos árbitros están cambiando sombreros permanentemente, árbitro un día, litigante el siguiente”, e ilustraba cómo el árbitro Rivkin presidía un tribunal CAS en una acción contra unos esquiadores austriacos donde el árbitro Paulsson representaba al Comité Olímpico Internacional, y cómo el mismo árbitro Rivkin representaba una filial de Occidental Petroleum en un caso donde el árbitro Williams servía como tal.

El caso promovido por Landis fue finalmente conciliado, *without prejudice*, en diciembre de 2008.

La reseña anterior ha tenido como base el trabajo del profesor WILLIAM W. PARK, *Rectitude in International Arbitration*, Arbitration International, London Court of International Arbitration, Vol. 27, N° 3, 2011. Para mayor detalle sobre este caso y su acción resultante, cf. www.tas-cas.org.

objeciones a los árbitros, adoptada a raíz de la propuesta presentada al respecto en mayo de 2006²¹.

Esta determinación de la LCIA, contraria a la práctica de otras instituciones como la CCI y el ICDR²², donde las decisiones sobre recusaciones u objeciones son comunicadas sin expresión de los motivos, no fue, ni ha estado, exenta de debate y controversia²³. No obstante, en últimas, prevaleció la consideración de los proponentes de la publicación en cuanto a que el bagaje y orientación de la LCIA en esta materia era oportunidad de excelencia para contribuir a la necesidad de la comunidad arbitral de contar con mayor y mejor entendimiento de los parámetros y alcance de la independencia e imparcialidad requeridas de los árbitros.

Las que siguen²⁴ son muestras aleatorias de la línea de pensamiento establecida por la LCIA sobre ciertos temas generales al resolver recusaciones y objeciones²⁵.

²¹ Cf. GEOFF NICHOLAS y CONSTANTINE PARTASIDES, *LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish*, Arbitration International, London Court of International Arbitration, Vol. 23, N° 1, 2007.

El celebrado Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos también suministra los razonamientos de sus decisiones sobre recusaciones y cuestionamientos a los árbitros.

²² Lo anterior no significa, desde luego, la inexistencia de parámetros y posiciones de estas instituciones sobre este sensible tema. Por ejemplo, Anne Marie Whitesell, ex-Secretaria General de la Corte de Arbitraje de la CCI, publicó un trabajo titulado *Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators* (ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2007), donde hace una acabada presentación del tema, incluyendo múltiples ejemplos de situaciones y políticas de decisión relevantes.

²³ En el trabajo antes citado, la señora Whitesell explica los motivos para que la Corte de Arbitraje de la CCI se abstenga de suministrar razones en sus decisiones sobre cuestionamientos a los árbitros:

"Hay... claras ventajas prácticas en la expedición de las decisiones finales de la Corte sin indicar razones. Cuando las partes elijen resolver sus diferencias a través del arbitraje CCI optan por un sistema de resolución de controversias especialmente designado para atender las necesidades de los negocios internacionales. Es necesario, pues, crear condiciones que conduzcan a un resultado eficiente y apropiado. Cuando las recusaciones se presentan en mala fe o con propósitos dilatorios, el suministro de razones es susceptible de incentivar un ataque a las decisiones de la Corte, sea a través de un nuevo cuestionamiento ante la CCI o ante un tribunal estatal. En un caso CCI se plantearon catorce recusaciones por parte de un demandado que parecía estar en búsqueda constante de oportunidades para dilatar el trámite arbitral. El anterior no es, en forma alguna, un caso único. Si la Corte diera las razones de sus decisiones, ello bien podría incentivar maniobras dilatorias de este tipo a través de intentos de encontrar fallas u omisiones en los raciocinios de la Corte". (ANNE MARIE WHITESELL, *op. cit.*, p. 39). (T. del A.).

²⁴ El texto exacto de los extractos referidos a continuación puede ser consultado en *LCIA Arbitrator Challenge Digests*, Arbitration International, London Court of International Arbitration, Vol. 27, N° 3, 2011.

²⁵ Es preciso puntualizar que las recusaciones y objeciones no son resueltas por la LCIA en pleno, sino por su Presidente o Vicepresidente y, con mucho mayor frecuencia, por un panel de tres (3) o cinco (5) miembros designados por dichos Presidente o Vicepresidente.

1. NACIONALIDAD

La nacionalidad de los árbitros nos es una mera formalidad y un árbitro puede llegar a ser considerado “*nacional de hecho*” en circunstancias donde las conexiones son tales que no puede asegurarse neutralidad. En el caso N° 8086, se examinó el punto a raíz de un cuestionamiento hecho por una parte norteamericana sobre la base de que los vínculos del árbitro con el Reino Unido eran tales que debía ser considerado como ciudadano británico *de hecho* y, por ende, removido, máxime cuando no había revelado la circunstancia en mención²⁶. El panel de la LCIA desechó la recusación sin, a mi juicio, desechar la importancia de la diferencia de nacionalidad, pero argumentando que las relaciones del árbitro con el Reino Unido eran muy balanceadas y primordialmente se referían a sus actividades en un banco japonés, añadiendo que el árbitro había obtenido su acreditación legal en los Estados Unidos no en Gran Bretaña, y que en una ocasión se había afiliado con una firma norteamericana, no con una británica.

En otra decisión (N° 9155) la LCIA puntualizó que la nacionalidad de los apoderados de las partes no era motivo para cuestionar árbitros de la misma nacionalidad, así se tratara de un árbitro único.

2. RELACIONES PERSONALES Y PROFESIONALES

El tema de las relaciones entre árbitros y apoderados es, sin duda, uno de los más empleados para cuestionar la independencia e imparcialidad de los primeros²⁷. No obstante, el punto no puede ser tratado de

²⁶ Al margen de lo decidido en este caso, debo destacar la vital importancia del deber de revelación, en ocasiones ignorado.

Sobre este particular, llamo la atención sobre el interesante caso reportado por el doctor Fabricio Mantilla en el Grupo de Información sobre temas arbitrales, correspondiente a la decisión de la Corte de Apelaciones de París de septiembre 9, 2010, donde se anuló un laudo proferido en julio 2 de ese año, sobre la base de que uno de los árbitros (profesor Nicolás Molfessis) no había revelado suficientemente el alcance de su relación con la firma de abogados que representó a una de las partes.

A ello debe agregarse la nota del diario francés *Le canard enchainé* del pasado 29 de febrero, donde se menciona la referencia al caso publicada en una importante revista jurídica bajo el título *Arbitrage et conflits d'interet*, donde se cuestiona la decisión de la Corte de Apelaciones de París. El problema, sin embargo, y como lo revela el periódico, era que tanto la revista jurídica como el autor del artículo donde se hacía la vigorosa defensa del profesor Molfessis, tenían estrechos y previos vínculos con este.

²⁷ Como ejemplo de clarísimo conflicto, en el *Wall Street Journal* de febrero 14, 1990, y a raíz de la investigación adelantada por la parte perdedora (condenada al pago de US\$ 92 millones), se reveló que en dos noches diferentes una cámara de video había registrado a un árbitro entrando y saliendo de la suite del hotel de una de las abogadas de su caso. La abogada explicó que en la primera ocasión el árbitro había permanecido con ella porque se había sentido enferma y aquel estaba preocupado por su salud. En la segunda, la abogada dijo que el árbitro estaba esperando un maletín extraviado, que solo fue encontrado tarde en la noche, cuando ya no había habitaciones disponibles, por lo que la abogada le ofreció compartir la suya.

manera inflexible, sino, por el contrario, atendiendo las circunstancias específicas de la relación invocada. Así, en el caso N° 97/X27 se desechó la recusación de un árbitro único designado por la LCIA sobre la base de haber rendido un testimonio técnico hace cerca de diez (10) años a solicitud de los apoderados del demandante. El panel a cargo consideró que la naturaleza y época de la relación que había existido, desde luego respecto de otro caso, no podía dar lugar a dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

Similar raciocinio y conclusión tuvo lugar en el Caso N° 81132, donde se basó la recusación de un árbitro en el hecho de haber colaborado con la firma representante del demandante en asuntos menores ocurridos entre dos (2) y cinco (5) años antes y, además, de pertenecer a una asociación profesional financiada, en parte, por la firma en cuestión, a cuyo respecto se destacó que la asociación profesional estaba dedicada a un área legal en la que era especialista el árbitro y que, además, era apoyada económicamente por otras firmas y no únicamente por la que representaba al demandante²⁸.

Por el contrario, en el caso N° 81160, que involucraba una disputa sobre seguros que tenía como sede Londres, se mantuvo la recusación del árbitro designado por la parte demandada, un *barrister*²⁹, que tenía significativas y corrientes relaciones con el apoderado de tal parte. El panel

²⁸ En el ámbito del arbitraje de inversión es llamativa la decisión pronunciada por el Presidente del Banco Mundial en mayo 20, 2011, en el caso *Universal Compression International Holdings, S.L.U. vs. República Bolivariana de Venezuela*, en torno a la petición de descalificación de un árbitro sobre la base de que había actuado en tres arbitrajes de inversión contra Argentina como *co-counsel* del apoderado de la sociedad demandante y que un asociado de la firma representante del demandante había sido empleado de la firma de la que el árbitro era socio, trabajando bajo la supervisión de este.

La descalificación fue rechazada señalando que el árbitro no actuaba en la actualidad, ni había actuado desde octubre 2009 como *co-counsel* en un arbitraje de inversión, por lo que no existía una relación presente con el apoderado del demandante que pudiera conducir a falta de independencia o imparcialidad. En cuanto a la relación con el abogado asociado se concluyó que, fuera de ser *junior*, el asociado era uno de los varios abogados integrantes del equipo del árbitro, por lo que se hacía difícil avizorar que se hubiera afectado la independencia e imparcialidad del árbitro.

²⁹ Sobre este tema expresa Lord Steyn, practicante y experto inglés en arbitraje:

“Una clara característica del sistema legal inglés es la división de la profesión legal en dos ramas. Por una parte, hay en Inglaterra firmas de abogados organizadas en forma muy similar a la de las firmas en Europa y en otros lugares. Con relación a tales firmas, los socios y los asociados tienen una evidente relación que los coloca dentro del marco de la sección 24 (1) (a) [de la ley inglesa de arbitraje de 1996, que señala como motivo de remoción de un árbitro las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad]. Por otro lado, las cámaras de *barristers* en Inglaterra están organizadas sobre una base sustancialmente distinta, que está profundamente arraigada en la cultura legal inglesa. Cada *barrister* en una serie de cámaras ejerce en su propio nombre y tiene sus propios clientes. Si bien puede haber cierta comunidad de gastos, los *barristers* no tienen interés financiero sobre los casos de sus colegas. No comparten utilidades u honorarios y cada *barrister* es auxiliado separadamente por uno o más dependientes, teniendo computadores y facilidades de comunicación separadas. Un *barrister* es esencialmente independiente de los otros miembros de sus cámaras. No obstante, durante muchos años ha existido cierto sentido

a cargo del asunto puntualizó que se trataba de un arbitraje internacional y que, por tanto, no era de recibo el argumento de que las tradiciones y normas culturales del mercado de seguros en Londres y de la práctica legal en esta área no daban margen para establecer una duda razonable sobre la independencia o imparcialidad del árbitro.

3. CONDUCTA DE LOS ÁRBITROS DURANTE EL TRÁMITE ARBITRAL

Esta área es, a mi juicio, una de las que mayor cuidado requiere por parte de los miembros de un tribunal arbitral, quienes, al margen de cualquier relación con los abogados de las partes, deben tener clara conciencia del rol que están desempeñando al officiar como árbitros y, asimismo, hacérselo entender a partes y apoderados.

En múltiples ocasiones los ataques basados en la conducta de los miembros del tribunal arbitral no son cosa diferente que esfuerzos promovidos por partes insatisfechas o por abogados afectos a maniobras dilatorias³⁰. No obstante, hay ciertos casos que ameritan mayor análisis.

En el caso N° 0252 se removió al árbitro designado por el demandante por cuanto transcurrido un mes de la audiencia de mérito había recibido una llamada del abogado de esa parte inquiriendo sobre el progreso y resultado del laudo, a lo que el árbitro había respondido que sería parcialmente favorable al demandante. El panel de la LCIA puso de presente que el árbitro en cuestión debería haber declinado responder la pregunta y, por el contrario, señalarle al abogado que debería dirigirla al presidente del tribunal, con copia a la otra parte y que, además, debería haberle informado de inmediato a sus colegas sobre el contacto hecho con él.

En el caso N° 1303, la LCIA estudió la recusación del demandante contra el árbitro único y consideró que no había mérito para atenderla. No obstante, en vista del intemperante lenguaje y comentarios empleados por el árbitro en su respuesta a la recusación, se consideró que se habían creado circunstancias que generaban dudas sobre la imparcialidad del árbitro, razón por la que debía ser retirado del caso.

corporativo en tanto y cuanto las cámaras se involucran en actividades promocionales que sirven para promoverlas como entidad".

(LORD STEYN, *England: The Independence and/or Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2007, p. 97). (T. del A.).

³⁰ El suscrito tuvo conocimiento de la recusación formulada por una parte en etapa avanzada del proceso contra el árbitro designado por ella misma, sobre la base de que carecía de suficientes conocimientos y había declinado la asistencia profesional que le había sido ofrecida por tal parte.
La recusación fue rechazada.

IV. REFLEXIONES FINALES

Todo lo antes expuesto refleja, a mi entender, la preocupación por asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros, y con ello la expedición de pronunciamientos ajustados a derecho y no encaminados al favorecimiento de una u otra parte, o a soluciones intermedias que busquen satisfacer parcialmente los intereses de cada una de ellas.

Podrán existir toda clase de pautas, precedentes y regulaciones. Sin embargo, todo ello pierde utilidad si no existe conciencia plena que de los árbitros ni se puede esperar, ni están comprometidos a convertirse en abogados adicionales, ahora a nivel del tribunal, de la parte que los ha designado. A este respecto debe repetirse, una y otra vez, que, de un lado, las partes tienen que abandonar la idea de que al seleccionar un árbitro han asegurado un voto en favor de su posición y, de otro, que los designados tienen que prescindir de cualquier asomo de idea de que a raíz de su nombramiento están comprometidos a inclinarse en favor de la parte que los ha nombrado.

De ninguna manera cabe considerar como redundantes o inútiles los esfuerzos a que se ha hecho mención anteriormente, ni los intentos para unificar criterios y obtener certeza en el análisis de las situaciones que se presentan en la integración de tribunales arbitrales y en el curso del trámite de los procesos. No obstante, desde mi punto de vista, el tema se contrae al claro entendimiento de la ética asociada con la misión encomendada al árbitro³¹. El eminente experto en arbitraje, Gerald Aksen, reconocido en múltiples lugares del mundo como árbitro de primera línea, trae una sencilla pero no por ello menos ilustrativa lección sobre las reglas que deben observarse frente a una posible nominación como árbitro:

Primero, los interesados, salvo circunstancias extraordinarias, deben llevar a cabo la entrevista con el candidato en su propia oficina, es decir, no caben convocatorias a las instalaciones de la parte interesada. Segundo, la delegación a cargo de la entrevista debe estar liderada por un abogado externo contratado por la parte, valga decir, no debe haber margen para encontrarse exclusivamente y como tales, con funcionarios

³¹ Este entendimiento se extiende, por supuesto, a la cabal comprensión de la naturaleza *intuitu personae* que trae la designación como árbitro, de suerte tal que bajo ninguna circunstancia es permisible ni aceptable la participación de otras personas en la sustancia de las diligencias arbitrales, estando confinado el papel de terceros, específicamente los secretarios de tribunales arbitrales, al desempeño, sin que ello tenga la más mínima connotación peyorativa, de labores meramente administrativas o de apoyo, y en ningún caso deliberativas.

Sobre este particular anota Constantine Partasides:

“Es axiomático decir que la misión de un árbitro es *'intuitu personae'*. La escogencia del árbitro por una parte es, esencialmente, personal. Al aceptar el nombramiento, el árbitro necesariamente acepta el deber de no delegar el encargo conferido”.

(CONSTANTINE PARTASIDES, *The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration*, Arbitration International, London Court of International Arbitration, Vol. 18, N° 2, 2002, p. 147). (T. del A.).

de esta. Tercero, la entrevista no debe realizarse alrededor de un almuerzo o cualquier otro acto de hospitalidad, independiente de quien asuma su costo, y, en ningún caso, debe exceder de treinta (30) minutos. Cuarto, la entrevista de ser tal, que permita tomar notas de la misma, las cuales, si llegare a ser el caso, podrían llegar a ser reveladas a la parte contraria. Finalmente, en caso de ser designado, el árbitro deberá poder informarle al colega designado por la otra parte sobre el hecho y el alcance de su conversación con la parte nominadora³².

Es evidente el sentido práctico de las anteriores recomendaciones y, además, su consistencia con el postulado general de que siendo el arbitraje mecanismo de solución de controversias de notable aceptación en el ámbito comercial (nacional o internacional), es deber impostergable de los árbitros, en aras de la propia vigencia y continuidad de la institución, evitar cualquier conducta que pueda ir en detrimento de ella.

Este deber tiene, en esencia, contenido ético, aspecto que, reitero, debe y tiene que ser el rector en todo lo atinente al tema de esta presentación y al ejercicio de la altísima misión encomendada a los árbitros, la que, por demás, debe ser cumplida bajo el espíritu de las magníficas expresiones que cito a continuación, la primera proveniente del Magistrado inglés, Sir Matthew Hale (1609-1676) –que transcribo en inglés no por vanidad sino en guarda de su fidelidad– y la segunda de la inmortal pluma de Cervantes en *El Quijote*.

Expresó el primero:

“That in the administration of justice, I am entrusted for God, the King and Country; and therefore.

That it be done uprightly, deliberately, resolutely.

That I rest not upon my own understanding or strength, but implore and rest upon the direction and strength of God.

That in the execution of justice, I carefully set aside my own passions, and not give way to them however provoked.

That I be wholly intent upon the business I am about, remitting all other cares and thoughts as unseasonable and interruptions.

That I suffer not myself to be prepossessed with any judgment at all, till the whole business and both parties be heard.

That I never engaged myself in the beginning of any cause, but reserve myself unprejudiced till the whole be heard.

³² Para mayor expansión e ilustración sobre este tema y sobre los fundamentos de una conducta restrictiva y reservada por parte del posible candidato a la nominación como árbitro, cf., con ventaja, AKSEN, GERALD, *The Tribunal's Appointment*, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Lawrence W. Newman y Richard D. Hill, Eds., Huntington, NY, Juris Publishing, Inc., 2004.

That in business capital, though my nature prompts me to pity, yet to consider that there is also pity due to the country.

That I be not too rigid in matters purely conscientious, where all the harm is diversity of judgment.

That I be no biased with compassion to the poor, or favour to the rich in point of justice.

That popular or court applause or distaste, have no influence into any thing I do in point of distribution of justice.

Not to be solicitous what men will say or think, so long as I keep myself exactly according to the rule of justice.

If in criminals it be a measuring cast, to incline to mercy and acquittal.

In criminals that consist merely in words when no more harm ensues, moderation is no injustice.

In criminals of blood, if the fact be evident, severity in justice.

To abhor all private solicitations of whatever kind soever and by whomsoever in matters depending”³³.

Y le enseñaba Don Quijote a Sancho:

“Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos.

Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico.

Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico, como por entre los sollozos e importunidades del pobre.

Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo.

Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.

Cuanto te sucediere juzgar algún pleito de tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso.

No te ciegue la pasión propia en la causa ajena, que los yerros que en ella hicieres, las más veces, serán sin remedio; y si lo tuvieren, será a costa de tu crédito, y aún de tu hacienda”³⁴.

Estas sabias reflexiones, significativamente iguales en su fondo, son a mi juicio más que elocuentes para ilustrar y conducir el tema de este escrito, valga decir los deberes de los árbitros y las expectativas de las partes, con miras no solo a la conservación y fortalecimiento de la instancia arbitral, sino, con mayor énfasis, con el propósito de buscar el siempre anhelado imperio de la ley, aspiración fundamental de cualquier conglomerado

³³ *Sir Matthew Hale's Resolution*, Arbitration International, London Court of International Arbitration, Vol. 27, N° 3, 2011, p. 281.

³⁴ Parte del “Capítulo XLII: De los consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes de que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas”.

social que persiga la convivencia pacífica y la resolución ecuánime y civilizada de las controversias que en ella tengan lugar.

Cuando estaba a punto de concluir este ensayo ocurrió el lamentable fallecimiento del doctor Fernando Hinestrosa, paradigma del jurista y del maestro, orgullo de Colombia, y ejemplo para todos, a quien profesé y de quien recibí especial afecto.

Quisiera, entonces, que estas líneas sirvan como modesto homenaje a su admirable e imborrable memoria.

LAS RELACIONES ENTRE ABOGADOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN. UNA APROXIMACIÓN SOBRE EL DEBER ÉTICO DE LOS ABOGADOS RESPECTO DE SUS RELACIONES CON LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN

GUILLERMO TENORIO CUETO

Doctor en Derecho

Facultad de Derecho. Escuela de Comunicación

Universidad Panamericana, México

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo cobra sentido a partir de la generosa invitación que me ha hecho la Universidad de los Andes por medio de su Facultad de Derecho para escribir sobre una preocupación constante de aquellos que nos dedicamos al ejercicio de la profesión de abogacía: las relaciones entre los abogados, la justicia, el ejercicio profesional y los medios masivos de comunicación.

Desde que los medios masivos de comunicación adquirieron una presencia importante como transformadores del espacio público¹ la ten-

¹ Este concepto de lo público es utilizado en referencia con una racionalidad interpretadora y valoradora. Para Habermas es la "interpretación racional del Estado" Cfr. HABERMAS, JURGEN, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gili, Barcelona, 1994. Por su parte Hanna Arendt refiere que el espacio público debe entenderse en una doble vertiente, por un lado el mundo en cuanto nos es común y en un segundo momento el lugar donde se discuten los asuntos públicos. Cfr. ARENDT, HANNAH, *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1993. Pero estas posiciones de valoración tienen detractores por ejemplo Vincent Price refiere que "el público era principalmente una creación política o ideológica sin un referente sociológico claro; proporcionó un nuevo sistema implícito de autoridad en el que el gobierno y sus críticos tenían que pedir el juicio de la opinión pública para asegurarse sus respectivos objetivos", Cfr. PRICE, VINCENT, *Opinión Pública*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 26. De igual manera esta supuesta igualdad moderna entraña en sí misma una falacia conceptual al no entender que la igualdad se da en la distinción y de ello los modelos de espacio público que se señalan en este trabajo no pueden evadirse. Tanto el modelo de espacio público burgués, propuesto por Habermas, como el llamado espacio público helénico, propuesto por Arendt, involucran distinciones. Habermas no lo refiere de manera explícita, aunque lo reconoce en posteriores revisiones a su trabajo luego del contraste con las críticas que recibe. Los

tación de acudir a ellos para tratar de incidir en la opinión pública sobre un tema público particular o bien para denunciar hechos que alteran la vida ciudadana ha sido una constante. Las posibilidades de difusión y penetración en el “gran público” se vuelven un eje motor de dicha tentación y nuestra profesión no queda exenta de ello.

Cuando el Estado secuestra para sí el monopolio de lo jurídico y la ley se vuelve en el gran artilugio de la modernidad para que aquel comunique su voluntad y el ejercicio de su racionalidad, la “justicia” se vuelve un instrumento del poder, del querer del poder que incide directamente en el ya referido espacio público. La ley se convierte en un asunto de interés público y la interpretación de la misma no espera menos. La legislación y la justicia entran a la dinámica de lo público, siendo que en nuestros días buena parte de lo público se vuelve opinable.

Más que nunca en la historia, el protagonismo que asumen los medios de comunicación en la generación de opinión pública es contundente. Algún dueño de una televisora muy importante en México llegó a afirmar que “todo lo que no pasa por la televisión no existe” y en ocasiones el afán de posicionar un tema en la agenda política o incidir en un asunto de interés público por un caso, se vuelve un eje de trabajo de algunos de nuestros colegas de profesión.

Todo lo anterior no significa una imposibilidad material de relacionarse con los medios de comunicación, por el contrario, las relaciones con dichos medios desde nuestra profesión deben ser vivas, activas y dinámicas, pues sin lugar a dudas la forma que tiene un abogado de relacionarse con la realidad es digna de ser comunicada y conocida públicamente. Pero es necesario establecer un marco conductual aceptable y razonable de esta relación con ellos. En ese sentido es de celebrar que un Código de Ética no deje fuera estas relaciones con los medios, pues al día de hoy vemos que la carencia de límites llevan a nuestra anhelada justicia a ser mediatizada y no institucionalizada.

Las relaciones con dichos medios pueden darse de cuatro maneras diversas: la primera tiene que ver con la veracidad y moderación de la información, ello se expande no solo a la información vinculada con el caso que estamos tratando y el que hacemos partícipe a lo público, sino también en cuanto a la información de vanagloria que el mismo profesionista pueda verter a los medios.

La segunda manera de relacionarse versa sobre la confidencialidad. Parecería contradictoria con la primera manera, pero en realidad es complementaria. Es claro que el ejercicio de la profesión nos plantea un deber de sigilo respecto de determinada información según los casos que

dos modelos reconocen la incapacidad de tener un espacio de discusión racional fuera de la paridad y dicha paridad la dan diferentes circunstancias vitales que propician el entendimiento en un diálogo racional. Arendt refiere la paridad en la libertad, mientras que Habermas en el conocimiento.

conducimos, algo que desde muchos años se conoce como el secreto profesional. No es menor que esta segunda manera implique una prohibición para todo abogado.

La tercera manera de relacionarse con los medios tendrá que ver con un derecho humano de importante relevancia para el desarrollo de las libertades informativas que es el derecho de rectificación. Hemos referido que la veracidad informativa es un asidero para la labor del abogado en sus relaciones con los medios y por ello la rectificación de la información que pueda dañar a su cliente se vuelve una misión determinante del quehacer jurídico.

La cuarta manera no es menos importante pero sí muy compleja, pues involucra a terceros vinculados con el abogado. En ese sentido será un deber vigilar y conminar a sus colaboradores a vivir estas cuatro maneras evitando la filtración de la información de los asuntos tratados por él.

El presente trabajo pretenderá mostrar que las maneras de relacionarse con los medios masivos de comunicación en realidad son una consecuencia de entender que la justicia no es mediatizable y que los fines de la justicia no se encuentran en la transformación del hecho noticioso en producto comercial. En ese sentido, la primera parte del presente responderá a la pregunta si la justicia o los ámbitos que rodean a la justicia son mediatizables.

Una vez realizado lo anterior plantearemos el asunto de cómo los medios de comunicación buscan secuestrar las formas jurídicas realizando un patético ejercicio de algo que llaman justicia, articulando posiciones que en realidad no postulan justicia sino ganar auditorio. En un tercer momento retomaremos las cuatro maneras en las que los abogados buscan relacionarse con los medios, para que en la contrastación sea muy evidente el planteamiento ético que se formula.

II. LA JUSTICIA EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN ¿ES REALMENTE JUSTICIA?

La construcción de noticias, al seno de los medios, en ocasiones se encuentra cargada de valoraciones sobre los hechos informativos. Así, por ejemplo, encontramos a un comunicador presentando una nota sobre un acto de corrupción de un funcionario público e inmediatamente después una entrevista presencial o telefónica con dicho funcionario, donde el comunicador juega un papel de ente acusador, donde la prueba contra el funcionario son las pruebas que presentan los medios (videos, grabaciones, documentos o testimoniales) y donde generalmente el comunicador termina haciendo un juicio de valor sobre el conjunto de dicha construcción noticiosa.

Este tipo de actos que realizan los medios masivos son generalmente muy atractivos para el auditorio por la forma en la que el comunicador

valora el espacio público y sobre todo por la forma en la que, de manera expedita, se tiene a un culpable de lo que ocurre en el entorno social. En ese sentido el término *sentencia mediática* se acuña para referir el acto del comunicador encaminado a la satisfacción de un reclamo social de esclarecimiento expedito de determinados hechos.

Ahora bien, la pregunta que da título al presente apartado nos refiere si ese tipo de actos llamados *sentencias mediáticas* en realidad son actos de justicia o no. Al respecto podríamos partir de la clásica definición de justicia que la entiende como el *dar a cada quien lo que le corresponde o dar a cada quien lo suyo*. Siguiendo el contenido de dicha definición cabría preguntarnos si la naturaleza propia de los medios de comunicación y en concreto de los comunicadores que trabajan para ellos, corresponde ha este hábito o si bien este es reservado únicamente a los jueces.

Para dar respuesta a esta pregunta podríamos iniciar diciendo que la justicia es “*una disposición de la voluntad*”² y en ese sentido todo ser humano estaría en posibilidad de ser justo en la medida que sus actos se encaminen ordinariamente a ese acto. Pero el tema se complica cuando atendemos a la labor propia del comunicador que trabaja en medios masivos y nos preguntamos si su labor es la realización habitual de actos justos o su labor es informar³. El comunicador, como se dice líneas arriba, no está exento de la justicia y, por ello, en el desempeño de su labor realizará un acto de justicia cuando se dedica a su labor específica, un acto de justicia en el que se entiende por débito a la información veraz, objetiva⁴ y oportuna que tiene que transmitir y en el que se entiende por acreedor al auditorio en particular.

En ese sentido el quehacer del comunicador agota su acto de justicia al cumplir con la labor que le es encomendada a diario. Ahora bien, qué sucederá si dentro de esa transmisión informativa el comunicador presenta una llamada *sentencia mediática* asumiendo una labor no propia de su quehacer cotidiano, ¿será igualmente un acto de justicia? Al respecto podemos referir que “*la justicia no se refiere a toda relación o trato razonables entre una persona y otra, sino solo a aquellas relaciones y tratos que son necesarios o adecuados para evitar un mal*”⁵, es decir, que el comunicador en el acto de justicia debido evita el mal informando, pero si la información es subjetiva, carente de verdad o tendenciosa y poco

² Cfr. HERVADA, JAVIER “*Introducción al Derecho Natural*”, Minos, México 1999, p. 33.

³ Cfr. DESANTES-GUANTER, JOSÉ MARÍA, “*Derecho a la información*”, Coso, España 2004, p. 60. Al respecto el autor refiere “(...) el informador es el que por deber, satisface el derecho a la información en su facultad de recepción...No se diferencian por el derecho a investigar y difundir sino por el deber de investigar la realidad y difundirla tal como es convertida en palabra o en cualquier forma de expresión (...) Del derecho a la información somos titulares todos, pero el deber de informar solamente corresponde a quienes pueden desempeñarlo con toda probidad porque se apoya en una sólida formación (...)”.

⁴ *Ibid.*, pp. 64 y 65.

⁵ Cfr. FINNIS, JOHN, “*Ley natural y derechos naturales*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 192.

oportuna, el comunicador no realiza un acto de justicia, por el contrario, lo que realiza es un acto de injusticia con su acreedor: el auditorio.

Trayendo a cuenta el ejemplo que poníamos en líneas anteriores sobre el comunicador que “sentencia” a un funcionario público por un posible acto de corrupción, la justicia del acto del comunicador es informar al receptor sobre un posible acto de corrupción. Por el contrario, un acto carente de justicia del informador sería señalar al funcionario como corrupto antes de que, quienes tienen en sus manos la labor de aplicar justicia, lo declaren como un acto de corrupción. Un acto justo del comunicador sería informar sobre la sentencia de un juez que declara corrupto al funcionario, pues en ese momento colma su labor y es justo con el auditorio.

Ahora bien, este actuar de los medios pretende asemejarse al actuar de un juez, donde existe una sentencia que se construye a partir de las distintas pruebas y posiciones que presentan las partes para la valoración del juzgador, siendo la sentencia el acto por el cual el juez determina la posición que existe entre las partes en conflicto⁶. Por su parte las llamadas *sentencias mediáticas* se construyen a partir de pruebas que presenta el mismo medio y de la valoración que hace el comunicador respecto de dichas pruebas. El efecto en una y otra es de carácter público, siendo que en la primera las consecuencias son de índole jurídica y, en la segunda, las consecuencias generalmente son de índole social, en la primera la afectación impacta en el patrimonio o en la libertad y las segundas impactan en la fama, la reputación y el honor de las personas sentenciadas.

Como consecuencia de lo descrito en el párrafo anterior y en consonancia con este apartado vale la pena preguntarnos si esa sentencia emitida es un acto de justicia, pues habrá quienes sostengan que en última instancia podría llegar a serlo siempre y cuando la asociación entre los hombres de una determinada sociedad lo permita⁷. Al respecto es pertinente decir que dicho acto de los comunicadores al emitir una llamada “*sentencia mediática*” no es un acto de justicia. No lo es, en primer lugar porque no atiende a la naturaleza propia de la labor informativa, pero tampoco lo es en función de la naturaleza del acto. La sentencia emitida por un juez realiza una igualación entre las partes en conflicto⁸, la sentencia emitida por un comunicador no lo realiza, es más, en muchas ocasiones genera situaciones de total desigualdad en función del impacto y resonancia social que dichas valoraciones tienen. Mientras que en la sentencia judi-

⁶ Cfr. CASTAÑEDA, DANIEL, “*Filosofía de la jurisprudencia*”, Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2007, p. 105. Refiere el autor que: “se percibe que el prudente o juez es alguien que se dedica a averiguar cuales son las relaciones que guardan unos elementos del cosmos con otros, y cuando lo sabe, entonces declara (*ius dicere*) cual es la posición correcta entre unos y otros de acuerdo con la relación que hay entre ellos. Hasta ahí su labor”.

⁷ Cfr. RAWLS, JOHN, “*Teoría de la justicia*”, FCE, España, 1993, p. 21. Cabe recordar que el autor refiere que “el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y los deberes fundamentales...”.

⁸ Cfr. CASTAÑEDA, “*Filosofía de la ...*”, *op.cit.*, p. 105.

cial deberán estar reflejadas las cuatro etapas que conducen a un juez a tomar una decisión (intención, deliberación, decisión y ejecución)⁹, en la llamada sentencia mediática la decisión puede estar fijada en términos económicos (*rating*) o en términos políticos económicos (beneficio del dueño del medio).

De igual manera es importante observar que la emisión de la sentencia en uno y otro caso está sustentada por diversos elementos. Para la emisión de la sentencia judicial, el juez forma su criterio luego de oír a las partes, luego de recibir las pruebas que sustentan el dicho de cada uno, mientras que en las sentencias de los comunicadores la regla general es que quien recabe las pruebas sean los mismos medios, quien construyan la argumentación sean los mismos medios, quien valore dichas pruebas sean los mismos medios, lo que nos conduce inmediatamente a pensar en un acto carente de justicia, donde el “enjuiciado” tiene poco por hacer.

De manera paralela a lo anterior cabría retomar la idea de que la labor propia del informador es precisamente informar, colmar la recepción de la información. Si entendemos que los principios fundamentales básicos de la información estriban en la objetividad y veracidad de la misma, habría que preguntarnos entonces qué hace un comunicador ofreciendo al receptor información cargada de subjetividad, información sesgada en función de los beneficios al medio de comunicación, información no del todo veraz o información poco oportuna.

Con las líneas anteriores parece esclarecerse al menos que en realidad la noción de justicia no se colma con el actuar de los comunicadores en la emisión de las llamadas sentencias mediáticas. La pregunta obligada ahora sería encaminada a esclarecer si las sentencias mediáticas no colman la noción de justicia, como logran la apariencia de la misma. Eso se resolverá en el siguiente apartado.

III. LA NECESIDAD SOCIAL DE ENCONTRAR UN CULPABLE: UN DEUDOR

En el presente trabajo hemos venido refiriendo una noción de justicia que nos sirve para esclarecer si el actuar de los comunicadores al emitir una de las llamadas sentencias mediáticas realizan o no un verdadero acto de justicia. Hemos concluido en el apartado precedente que no es un acto de justicia, pero al finalizar hemos dejado abierta la pregunta del porqué impactan socialmente como si se trataran de auténticos actos de justicia.

⁹ Cfr. CASTAÑEDA, DANIEL, “*Filosofía de la decisión judicial*”, en *Ars Iuris* N° 38, 2007, pp. 30 y ss. Estas cuatro etapas referidas y explicadas por el autor en torno a la decisión judicial, sitúan a la actividad judicial como referente a la aplicación de actos de justicia. Ellas nos hacen suponer una actividad encaminada a la aplicación de un acto justo por parte del juzgador. En su exposición el autor describe cada una de estas etapas, las cuales solo serán referenciales para el presente trabajo sin entrar a explicar cada una de ellas.

Pongamos nuevamente el caso del funcionario público que es mencionado por un comunicador como culpable de un acto de corrupción (porque así lo señala la nota y la valoración del comunicador) aun cuando este no ha sido sentenciado así por un tribunal judicial.

En este caso la construcción que se hace de la nota se encuentra encaminada a informar sobre un acto de corrupción y a identificar a un posible culpable. El auditorio recibe la nota y al culpable sin discriminación de que lo sea o no, y la recibe así porque así la presenta el medio de comunicación.

Como hemos referido en el apartado precedente ante un hecho como el referido, la sociedad asume una conducta de acreedor a la que le es debido algo: encontrar al culpable del hecho narrado. En ese sentido el medio asume un papel de juzgador pero también de representante social, es decir, se encarna en juez y parte¹⁰ respecto del hecho referido, pero eso el auditorio no lo capta. El auditorio asume la *sentencia* sin percibir la aberración del hecho y acepta la condena que se hace de la persona sin tener en cuenta que el medio, por el comunicador, está alterando el orden social establecido y que se encuentra realizando un acto de injusticia.

En el ejemplo referido, el sujeto es acusado por el medio, es expuesto públicamente por el medio con las pruebas que el mismo medio recaudó y es sentenciado por el medio. Lo paradójico del asunto es que el efecto de esa *sentencia* impactará más que el efecto de una sentencia judicial que refiera al sujeto en cuestión como inocente.

En el auditorio, la deuda¹¹ que tiene el sujeto inculcado por el medio es una deuda que ahora tiene el inculcado mediático con la sociedad y que debe cubrirse; nada mejor que erigir al medio de comunicación como un “justicia” que de manera inmediata señala un hecho y encuentra a un culpable. Claro está que ello denota nuevamente la injusticia del hecho de que los medios masivos asuman una labor correspondiente únicamente a los jueces. Lo cierto es que a pesar de ello el auditorio observa al medio como su aliado, como su voz, refleja lo que gran parte del auditorio quisiera decir por lo que ello valida, de cara a la sociedad, su actuación¹², aunque la misma sea injusta.

¹⁰ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, “*La ciencia de la justicia*”, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 299 y 300. En este caso el autor pone de relieve la injusticia que reviste ser juez y parte y señala que “confiar contra la voluntad de una parte de los interesados la solución a la parte contraria, implica peligros patentes, que consisten en que la probabilidad de que el repartidor interesado pase de ser parte al ser parcial y que se asegure una parte leonina.

¹¹ Entendemos el término deuda como lo debido a alguien en esa relación de *dar a cada quien lo suyo*. Lo suyo, como refiere Hervada “solo puede ser una cosa externa... pues el acto de justicia se basa en que la titularidad, la posesión o el uso y disfrute de una cosa pueden ser interferidos o están en poder de otra persona distinta de aquel a quien corresponde”. Cfr. HERVADA JAVIER, “*Introducción crítica al derecho natural*”, o. p. 40.

¹² Cfr. WINOCUR, ROSARIO, “*Ciudadanos mediáticos*”, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 188. Ya que hemos traído a cuenta a este trabajo un caso de corrupción de algún funcionario ventilado en medios, la autora señala que “la presencia de autoridades en el programa, para rendir cuentas o responder denuncias o quejas de los ciudadanos, particularmente sobre corrupción, abuso

El asumirse como acreedor de algo que le es debido sitúa a cada individuo que conforma el auditorio en un reclamo de justicia, el que siguiendo las instituciones que nos hemos dado y atendiendo a la naturaleza de la labor social que desempeñan correspondería a los jueces, pero atendiendo al descrédito de las instituciones judiciales, a la lentitud de los procesos y a la poca publicidad que se da en la emisión de las sentencias judiciales, todo parece indicar que el reclamo de justicia le es pedido a los medios de comunicación, los cuales lo satisfacen mediante sus comunicadores con las llamadas *sentencias mediáticas*.

Todo parece indicar que no importa si el sujeto enjuiciado mediáticamente es culpable o no, el auditorio tiene a su culpable y los medios tienen *rating*. En ese sentido todo parecería indicar que se vuelve una relación *ganar-ganar*. Nada más falso que ello, pues los medios, con ese actuar, presentan más una suerte de justicia primitiva de *que no importa quien me la hace sino quien me la paga*, impactando y destruyendo sin consideración a la poca legitimidad que le queda a las instituciones sociales. Esto se agrava tratándose de *sentencias mediáticas* transmitidas por televisión¹³.

No deja de ser significativo este pretendido nuevo rol que han tomado los medios masivos de comunicación secuestrando una labor tan importante como la de juzgar. Es sabido que los efectos jurídicos aún se encuentran en manos del Estado, pero los efectos sociales que produce una *sentencia mediática* son devastadores. En ese sentido encontramos personas cuyo honor, buena fama, privacidad ha sido destruida por las valoraciones carentes de justicia de este agente social llamado medios de comunicación. Hoy, cuando escribo estas líneas, se ha condenado mediáticamente a un chico que realizó un cortometraje que al parecer ha sido plagiado de otro. La noticia en la gran mayoría de los medios consultados ha sido ya con un claro señalamiento de culpabilidad, y aunque la evidencia es notoria la labor informativa no debe transgredir la labor judicial.

de autoridad, mala atención o ineficiencia de los servidores públicos, respalda fuertemente la palabra del conductor. Este aparece como aliado de los ciudadanos en la lucha contra la corrupción (...)"

¹³ Esto cobra interés mayor cuando se trata de un medio como la televisión, en el que la llamada sentencia mediática tiene un peso significativo, pues "la autoridad es la visión misma, es la autoridad de la imagen. No importa que la imagen pueda engañar aún más que las palabras (...) Lo esencial es que el ojo cree en lo que ve; y por tanto la autoridad cognitiva en la que más se cree es lo que se ve". Cfr. SARTORI, GIOVANNI, "*Homo Videns*", Taurus, México, 2000, p. 72. El tema visual que apuntala Sartori no es un tema casual o moderno. Antropológicamente el tema de la visión como fuente del conocimiento primario es algo muy estudiado. "La evolución mental se inicia con los procesos de razonamiento visual. Incluso, la construcción del lenguaje sonoro, tiene su origen en el traslado de imágenes visuales a estructuras auditivas". Al respecto Cfr. HERNÁNDEZ, JUAN ABELARDO, "*Visión, conocimiento y posesión*", en TENORIO CUETO, GUILLERMO, "*Humanismo jurídico*", Porrúa-Universidad Panamericana, México, 2006, p. 132. Aunque no es motivo del presente trabajo cabe resaltar que las sentencias mediáticas emitidas por la televisión son las que ordinariamente tienen mayor impacto en el auditorio.

A pesar de ello la posición de la sociedad como acreedora de algo debido seguirá posicionando al medio como el mandatario ideal para hacer el reclamo y al enjuiciado en medios como el deudo que el auditorio quiere en la hoguera. A continuación analizaremos si los medios incumplen su responsabilidad social con esta pretensión y actuación o si en aras de la protección a la libertad de expresión y el derecho de la información están posibilitados y tienen obligación de hacerlo.

IV. LA RESPONSABILIDAD PERIODÍSTICA ES INFORMAR, NO HACER JUSTICIA

Cerramos el apartado anterior refiriendo la posibilidad de que alguien pueda entender que limitar la labor periodística impidiendo lo que hemos llamado *sentencias mediáticas* pudiera convertirse en una violación a la libertad de expresión. Esta idea encuentra resonancia cada vez que se habla de la labor periodística, pretendiendo imponer alguna restricción o límite.

Al respecto podemos señalar que la restricción a los comunicadores que tienen como labor informar no significaría una violación a su libertad de expresión. Es claro que ella es más extensa que la libertad informativa, mientras que aquella “hace posible el intercambio de ideas, opiniones, y la difusión y recepción de noticias”¹⁴, volviendo no exigible la veracidad en su contenido, la libertad informativa tendrá como signo distintivo dicha veracidad¹⁵.

¹⁴ Cfr. AZURMENDI, ANA, “*La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la influencia del Tribunal Europeo de Derechos del hombre*”, en TENORIO CUETO, GUILLERMO, “*La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*”, Porrúa-Universidad Panamericana, México 2007, p. 29.

¹⁵ Así lo entiende el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 107/88 al referirse a esta distinción entre libertad de expresión y libertad informativa. Señala que “La distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del artículo 20.1 d) de la Constitución, y, por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquella, el límite interno de veracidad que es aplicable a esta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa”. Cfr. STC 107/88 publicada en el BOE N° 152.

En ese entendido, es carente de sentido pensar que la exigencia a los comunicadores sobre información objetiva¹⁶ y veraz¹⁷, exenta de toda carga subjetiva y tendenciosa, atenta contra su derecho a la información en su facultad de difusores¹⁸. Es más, debe pensarse que dicha exigencia es lo debido a la sociedad revistiendo en ese momento el hecho justo del cual hablábamos en los apartados anteriores. La justicia mediática está en función de que los informadores informen. Lo debido a la sociedad es la información y el deudor principal es el informador.

La información transmitida por los comunicadores en su carácter de objetividad es su responsabilidad máxima, cualquier efecto contrario a ello los haría responsables del incumplimiento de su labor. En el caso que hemos venido refiriendo con anterioridad sobre el comunicador que sentencia mediáticamente al funcionario, verdad y objetividad se imponen, la labor del comunicador será informar sobre el hecho e inclusive presentar las declaraciones y pruebas que completan ese hecho, pero no deberá posicionarse sobre el mismo con un juicio de valor, es más, la entrevista al funcionario será exigida al comunicador pero en ningún momento se le exigirá la humillación, el escarnio y menos la *sentencia mediática*.

Ahora bien, si hemos referido que la libertad informativa se colma en parte con la difusión de información veraz y objetiva ¿dónde quedaría la crítica, la opinión, el debate, los puntos de vista y todos aquellos elementos que nutren la labor periodística y la vida democrática y plural de una sociedad? La respuesta es sencilla, simplemente hay que distinguir lo distinto. Así, si estamos en presencia de un informativo será exclusivamente informativo, si estamos en presencia de un programa de discusión el margen de información disminuye y aumenta el de opinión, si estamos frente a un editorial, lo mismo, si estamos ante una caricatura no hay información es una apreciación. El juego entre la disminución de la libertad de expresión y el incremento de la libertad de información debe primar para hacer efectivo un ejercicio pleno de ambas libertades para ambas partes del proceso comunicativo (difusor y receptor). El proceso permitirá salvaguardar la responsabilidad de los comunicadores y permitir la objetividad de la información sin menoscabo de la libertad de expresión.

¹⁶ Entendiendo por objetividad “al relato de los acontecimientos, considerado, o que se querría que así fuera, como perfectamente conforme con la realidad de los hechos: fiel, preciso, exacto, verdadero. Mediante esta referencia a la objetividad se desea una información justa, completa, imparcial, equilibrada, neutra, honesta, que no sea modificada por la opinión o preferencias del informador ni del medio para el que trabaja...” *Cfr.* DERIEUX, EMANUEL, “*Cuestiones ético jurídicas de la información*”, EUNSA, Navarra, 1983, p. 136.

¹⁷ *Cfr.* ROBLES, GUADALUPE, “*Derecho de la información y comunicación pública*”, Universidad de Occidente, México, 2004, p. 52.

¹⁸ Solo para precisar cabe hacer mención que el derecho a la información tiene tres dimensiones. Por un lado la facultad de recibir, por el otro la facultad de investigar y el tercero es la facultad de difundir. Al respecto *Cfr.* ESCOBAR DE LA SERNA, LUIS, “*Manual de Derecho de la información*”, Dykinson, Madrid, 1997, p. 55.

Lo anterior permitirá el establecimiento, sobre todo en medios audiovisuales, de una catalogación de contenidos de cara al auditorio evitando caer en la tentación de que los informativos queden a merced de las valoraciones de los comunicadores. La tarea del informativo es de vital importancia para la vida democrática de un país en cuanto a la información objetiva, veraz y oportuna, por lo que su desnaturalización solo contribuye a la no información.

Dicha responsabilidad solo puede exigirse cuando de antemano se establecen mecanismos que impidan su transgresión. Con ello no pretendemos que la responsabilidad de los medios y los comunicadores se sancione desde la óptica de la censura previa, situación rebasada por todos los sistemas democráticos; por el contrario, se pretende señalar que con un debido orden que puede venir desde una ley hasta un compromiso deontológico de los medios masivos, la producción de las llamadas *sentencias mediáticas* se extinga¹⁹.

V. LOS DEBERES ÉTICOS DEL ABOGADO EN TORNO A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

1. LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN

Una vez establecidas las bases de que la justicia no debe ser mediatizada y que los medios masivos de comunicación cumplen con una función social específica y ceñida a una labor concreta cobra sentido hablar de las cuatro maneras diferentes en que los abogados deberían relacionarse con dichos medios para no ser ellos los generadores de la información que permita la elaboración de las llamadas *sentencias mediáticas*.

El primer deber ético se encontrará ceñido a la veracidad y moderación de la información, ello se expande no solo a la información vinculada con el caso que estamos tratando y el que hacemos partícipe a lo público, sino también en cuanto a la información de vanagloria que el mismo profesionalista pueda verter a los medios.

Si bien es cierto los medios de comunicación asumen como característica principal de la información la verdad²⁰ de la misma, es necesario recordar que desde mediados del siglo XX buena parte de los tribunales

¹⁹ “El Derecho, por tanto, se encuentra en plena búsqueda de aquellos modos de protección que, salvaguardando los legítimos requerimientos de una prensa libre, impliquen una tutela más efectiva de la persona frente a esta nueva fuente de poder, que no se encuentra en manos del Estado... sino de los particulares o de corporaciones privadas”. Cfr: TOLLER, FERNANDO, “*Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*”, La Ley, Argentina, 1999, p. 1.

²⁰ Cfr. DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA, “*Derecho a la información*”, COSO, 2004, Valencia, p. 198.

han entendido que en realidad hablamos de “veracidad”²¹ de la información, la que tiene un significado muy distinto en cuanto a la elaboración de la nota informativa.

El deber ético del que estamos hablando incide directamente en ello. La transmisión de una información falaz no habilitará al medio a investigar sobre la verdad de la misma, siendo que dicha información podrá ser difundida sin reparo alguno trayendo como consecuencia un daño probable respecto de quién se esté filtrando la información. Con ello actualizaríamos el derecho de réplica y convertiríamos de inmediato un asunto tratado en tribunales en un tema de tratamiento mediático, donde los medios serían los únicos que ganarían.

Los factores que pueden conducir a violentar este deber ético se ciñen a: a) Protagonismo del abogado que conduzca el asunto; b) Presión a las autoridades que conocen el asunto; c) Incidencia en el público para posicionar una preferencia anímica hacia una de las partes en conflicto. En el primero encontramos una clara muestra de poca moderación respecto del tratamiento que le damos a los asuntos que conducimos como abogados, pero sobre todo exaltamos una clara muestra de irresponsabilidad al filtrar una información que no corresponde atender “a lo público”. En el segundo y tercer caso se plantean como estrategia por parte de algunos estudios o despachos de abogados para tratar de conseguir una determinada presión social respecto del asunto. En estos dos casos hay una franca deliberación para posicionar el tema en medios y para que el asunto, una vez mediatizado, genere tal presión en las autoridades que lleve a un fallo en tal o cual sentido. En los tres los únicos que ganan son los medios y la única que pierde es la justicia institucional.

A principios del siglo XX en México existían los jurados populares y narra Demetrio Sodi cómo algunos abogados filtraban la información a los medios para que por la presión social se inclinara a este jurado popular a fallar en uno u otro sentido respecto del indiciado²². Decimos que en los tres factores descritos el único que gana son los medios, pues ellos lucrarán con el “circo mediático” morboso y “sentimentaloide” que efectúen respecto del caso. La justicia perderá, pues si las instituciones son susceptibles a la presión social y no a dilucidar el dar a cada quien lo que le corresponde a partir del caso que se presenta, entonces no estaremos hablando más que de un remedo de justicia.

2. SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD

La segunda manera de relacionarse versa sobre la confidencialidad. Parecería contradictoria con la vista anteriormente, pero en realidad es

²¹ Cfr. FAÚNDEZ LEDEZMA, HÉCTOR, “*Los límites a la libertad de expresión*”, IJ-UNAM, México, 2006, pp. 60 y ss

²² SODI, DEMETRIO, “*Los jurados populares*”, Porrúa, México, 1997.

complementaria. Es claro que el ejercicio de la profesión nos plantea un deber de sigilo respecto de determinada información según los casos que conducimos, algo que desde muchos años se conoce como el secreto profesional. No es menor que esta segunda manera implique una prohibición para todo abogado.

La confidencialidad de la información como deber ético es un freno, un límite a las relaciones que puedan tener los abogados con los medios masivos de comunicación. En ocasiones en el trabajo que realizan los medios se plantea el derecho a la información como un absoluto buscando o aduciendo que toda información es pública y que por tanto los medios deben saber o conocer de todo para informar al auditorio. Nada más falso que ello. Como cualquier derecho, el de información también es susceptible de limitaciones²³ y en el caso que nos ocupa la limitación se encuentra dada por ese secreto profesional que ampara un tipo de información de naturaleza confidencial.

La confidencialidad supone la exclusión del conocimiento por parte de los demás. Esta confidencialidad no solo se manifiesta en el ámbito de los abogados practicantes, sino que se manifiesta en todos aquellos operadores jurídicos que inciden o que participan en las diversas aristas de una problemática jurídica. En ese sentido se actualizará el deber de confidencialidad en los aplicadores de la justicia, en los estudios o despachos y en general en todas aquellas personas que directa o indirectamente participen del asunto en cuestión.

Para efectos de la confidencialidad en cuanto a los procesos jurídicos vale la pena recordar que en algunos países ha dejado de ser un deber ético para convertirse en un deber jurídico con un caudal de protección sobre los datos personales de todos y cada uno de aquellos que intervienen en el proceso. Al respecto vale la pena recordar la polémica generada en México sobre la difusión de una audiencia pública en un documental sobre la justicia mexicana denominado “Presunto culpable”²⁴.

Esta confidencialidad como deber ético debe transmitirse a sus colaboradores que pueden ser la principal fuente de filtración de información a los medios. La presión de dichos medios por obtener información no debe sobreponerse al deber de confidencialidad. No hay razón lícita alguna para violentar este deber ético.

²³ ESCOBAR DE LA SERNA, “Manual de ...” *op. cit.*, p. 55.

²⁴ Sobre el particular véase TENORIO CUETO, GUILLERMO A. “La protección de datos personales y el derecho a la información pública” en LA JUDICATURA Revista Jurídica del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora. PJES número 3. En dicho artículo se analiza a partir de dicho documental la relación que existe entre la información obtenida en una audiencia pública y su difusión masiva.

3. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

La tercera manera de relacionarse con los medios tendrá que ver con un derecho humano de importante relevancia para el desarrollo de las libertades informativas que es el derecho de rectificación. Hemos referido que la veracidad informativa es un asidero para la labor del abogado en sus relaciones con los medios y por ello la rectificación de la información que pueda dañar a su cliente se vuelve una misión determinante del quehacer jurídico.

Algunos pudieran pensar que el derecho de rectificación nos llevaría a mediatizar la información. En realidad este deber ético nos conduce a vivir la veracidad de la información respecto de nuestro representado. La rectificación ordena y orienta la información en un cauce adecuado que, habiendo cambiado de sentido por imprecisa o falaz, es puesta en el canal adecuado en cumplimiento de nuestro deber ético de rectificación.

Desafortunadamente el derecho de rectificación ha vivido un camino tormentoso de cara a los medios de comunicación, pues no en todos los lugares tiene una especial cabida de manera proporcional que la información falaz, ni tampoco obedece a una proporcionalidad respecto de las diversas fuentes informativas. En ese sentido, el derecho de rectificación en la prensa escrita siempre quedará resumida a una carta de rectificación olvidada junto a las esquelas o a la llamada “nota roja” a diferencia de la información falaz o inexacta que pudo haber sido materia de la página principal de dicho diario. En materia de radio o televisión podrá estar sujeta a un comentario por parte del presentador, pero no equivale a los minutos de análisis de la información que no es verdadera.

VI. CONCLUSIONES

Los deberes éticos del abogado respecto de sus relaciones con los medios de comunicación cobran sentido entendiendo los efectos de trasladar la justicia institucional a la justicia mediática.

La labor de los medios de comunicación y su razón de existencia no se encuentra en un secuestro de la justicia, ni en una actividad de corte “judicial”, sino en su naturaleza específica que es comunicar e informar.

La perversión de la labor informativa y comunicativa de los medios masivos de comunicación puede alentar a los abogados a buscar finalidades concretas para potenciar intereses particulares que atentan en definitiva contra sus deberes éticos en el ejercicio de su profesión y en ocasiones contra su representado.

Los deberes éticos del abogado respecto de sus relaciones con los medios de comunicación se entienden a partir de su deber de veracidad de la información, su deber de confidencialidad transmisible a

sus colaboradores y personas que inciden o participan en el asunto en cuestión y su deber de rectificación respecto de la información falaz que atente contra su representado.

El derecho a la información como un derecho absoluto es una falacia de los medios masivos de comunicación para presionar desde diversos ámbitos al abogado para la revelación de información que atentaría contra el secreto profesional.

**EL EJERCICIO DEL DERECHO Y LAS ACTIVIDADES
PRO BONO. A PROPÓSITO DE LOS ARTÍCULOS 44
Y 45 DEL CÓDIGO DE ÉTICA DEL COLEGIO DE
ABOGADOS DE CHILE**

PAOLO TEJADA PINTO
Doctor en Teología Moral
Facultad de Derecho
Universidad de Piura, Perú

I. PLANTEAMIENTO

La defensa judicial y el asesoramiento legal es un servicio que requiere una cualificación profesional de carácter técnico. Además, para los profesionales del derecho es su medio de subsistencia legítimo, es más, es quizá una de las profesiones más nobles que existe. Por estas dos razones es lógico y a nadie sorprende que estos servicios sean remunerados, bajo una lógica de pura justicia conmutativa.

Pero como en todos los servicios y productos una buena defensa o asesoramiento es costoso, ya que las tarifas de los abogados están sometidas a las mismas reglas del mercado. Los servicios serán más costosos dependiendo de la cualificación y prestigio del abogado, de la complejidad del asunto, de la cuantía en discusión, etc. Siendo un servicio retribuido, es imposible que no haya un sector de la población que no pueda acceder a servicios jurídicos de calidad. Sin embargo, los servicios legales no son un servicio cualquiera, sino que se distinguen por satisfacer derechos humanos básicos y porque son necesarios para promover organizaciones y actividades claves para la sociedad.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental ampliamente reconocido. Todo ciudadano tiene derecho de acudir al órgano jurisdiccional para la defensa de sus intereses¹. Este derecho se completa con el dere-

¹ CONSTITUCIÓN CHILENA. *Artículo 19*, La Constitución asegura a todas las personas, inciso 3°, la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida... La ley

cho de todo ciudadano a defenderse cuando es encausado o acusado de un delito. Son finalmente las dos caras de la misma moneda en cuanto derechos correspondientes a la Administración de justicia.

Tratándose de un servicio sujeto a las reglas del comercio y siendo dos derechos humanos complementarios que deben ser necesariamente garantizados, muchas constituciones y textos legales han creado diversas figuras que pretenden compensar la pobreza en la administración de justicia: tales son la defensa de oficio al pobre y el beneficio de litigar sin pagar las tasas judiciales: más conocido como “beneficio de pobreza”².

La defensa y asesoramiento de instituciones con fines sociales no tiene la urgencia de los derechos fundamentales personales señalados arriba, pero están vinculados con la actividad de instituciones que trabajan para la defensa de estos.

II. CARACTERIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES *PRO BONO*

Esta cualidad especial de cumplir con exigencias de derechos humanos o de promover determinados sectores y actividades hace que se haya institucionalizado y difundido el asesoramiento y la defensa gratuita entre los estudios de abogados. El asesoramiento y la defensa gratuita de los menos favorecidos o de instituciones es también conocido con nombre latino de prestación *ad honorem*, es decir, un servicio por el que no se exige retribución económica alguna, sino que es realizado por el mero honor de servir. Cuando se trata de asesorar a instituciones defensoras de interés social toman el nombre latino más específico de *pro bono publico*, ya que se hacen por el bien de la sociedad entera, sin retribución alguna.

La expresión *ad honorem* hace simplemente alusión a la gratuidad del servicio, mientras que el término *pro bono publico* refiere que el servicio

arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

² CONSTITUCIÓN PERUANA: *Artículo 139*: Son principios y derechos de la función jurisdiccional, inciso 16: El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala:

Constitución Italiana: *Artículo 24*: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”

CONSTITUCIÓN EUROPEA. *Artículo II-107*: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

no tiene un beneficiario individual, sino a toda la colectividad. En todo caso se trata de una prestación profesional gratuita, concretamente un patrocinio gratuito hacia sujetos que no pueden defenderse por el alto costo de la asesoría o de las tasas judiciales.

Entre las muchas que podemos escoger asumiremos aquí la definición que da la *Guía para la implementación de programas pro bono en las firmas de abogados de Latinoamérica*: “El concepto de servicios legales *pro bono* incluye los servicios legales gratuitos que se prestan a los pobres o a las organizaciones no gubernamentales que los asisten. También, suelen considerarse como servicios legales *pro bono* los servicios legales gratuitos que se prestan en temas de interés público, si es que de otra forma dichos intereses no pueden ser representados”³.

Entre las modalidades de este tipo de servicios gratuitos puede distinguirse el asesoramiento *pro bono* de actividades de interés público, y el patrocinio *de oficio* en defensa de una causa particular. Esta distinción no impide apreciar su íntima relación, más allá del hecho de ser ambas actividades solidarias o caritativas. La actividad *pro bono* persigue como objetivo no solo la tutela de la víctima, sino que también busca la eliminación de “actos, procedimientos y comportamientos de carácter general destinados a evitar que otros puedan sufrir análogas consecuencias y de reavivar los valores fundamentales de igualdad, libertad y dignidad personales garantizadas por la Constitución”⁴.

No basta que el servicio sea gratuito para ser calificado como *pro bono*, aunque en efecto se trata de una característica necesaria. No son *pro bono* servicios por los cuales se reciba una contraprestación no dineraria de cualquier tipo. Además de ser gratuito el servicio *pro bono* debe consistir en asesoría legal. Otro tipo de actividades siendo propias del ámbito jurídico quedan excluidas como las tareas de investigación y enseñanza, por no ser de asesoría o patrocinio. La finalidad es también definitiva: debe hacerse por filantropía. El puro hecho de que sea gratuito es solo el aspecto material de la motivación solidaria que la origina. No sería *pro bono* la actividad gratuita que se hace por motivos de parentesco o amistad⁵. La amistad o el parentesco son relaciones cerradas y excluyentes por principio, mientras que la solidaridad que origina el *pro bono* está abierta e incluye en ella por definición a extraños.

Una de las virtudes más relevantes que hace del *pro bono* una actividad merecedora de incentivo es la variedad de agentes sociales que integra, especialmente cuando alcanza niveles más altos de formalización. En

³ New York City Bar, Vance Center, *Guía para la implementación de programas pro bono en las firmas de abogados de Latinoamérica*, p. 9. Disponible en <http://cejil.org/guia-pro-bono>

⁴ Ideario de la fundación italiana “Avvocati per niente” dedicada a promover la actividad *pro bono* entre los abogados: <http://www.avvocatiperniente.org/>

⁵ Cfr. *Guía para la implementación de programas pro bono en las firmas de abogados de Latinoamérica*, p. 9

ella participan de modo eminente los estudios jurídicos, pero participan también los Colegios de Abogados, Fundaciones y ONG destinadas a su organización y difusión, por ejemplo la *Fundación Pro Bono* en Chile o el *Cyrus R. Vance Center for International Justice* en USA o *Avvocati per niente* en Italia. Asimismo cada vez se insiste más en la necesidad de promover las actividades *pro bono* desde las Facultades de Derecho con la creación de clínicas o consultorios jurídicos gratuitos.

El patrocinio gratuito solidario no es reciente sino que lo encontramos ya en la obra de *De beneficiis* de Séneca y en las Partidas del Rey Alfonso el Sabio⁶. En la actualidad los rasgos esenciales de la defensa *ad honorem* se mantienen, sin embargo han aparecido nuevas formas de asesoría gratuita dirigidas a la defensa de intereses generales especialmente sensibles, como la defensa del patrimonio cultural, del medio ambiente, la no discriminación y los derechos humanos en general. Asimismo, los beneficiarios del servicio *pro bono* han dejado de ser simplemente los pobres y ahora se cuentan entre ellos a sectores sociales desprotegidos o discriminados como mujeres, niños, inmigrantes, discapacitados.

En este panorama la actividad *pro bono* no se encuentra concentrada en el derecho penal y en el derecho de familia como tradicionalmente se ha pensado, sino también en el área laboral, tributaria, corporativa (asesoramiento a microempresarios) o registral (saneamiento de títulos de propiedad de personas de escasos recursos)⁷.

III. LOS MOTIVOS DE LOS SERVICIOS *PRO BONO*

¿Cómo se explica la actividad *pro bono* en el mundo del intercambio comercial objeto típico del derecho? Sin duda se trata de una manifestación de *caridad* que está fuera de la lógica más elemental del mercado y del intercambio justo. Es un ejemplo diáfano de cómo se puede trascender las exigencias de estricta justicia para alcanzar cuotas más elevadas de humanidad y solidaridad.

Tradicionalmente se han pensado la caridad y a la justicia como virtudes complementarias orientadas en la misma línea de preocupación por el bien del prójimo. La justicia es el primer escalón, presupuesto objetivo, mínimo de la escalera ilimitada que es la caridad; es el “*medium necesario del amor*”⁸. Por eso la caridad quedaría desvirtuada si supusiese una

⁶ “E si por aventura fuese tan cuytada persona que non oviessse de lo pagar debe el juez mandar que se lo faga por amor de Dios el abogado es tenido delo fezer”. Partida III, VI, 50, 5.

⁷ Cfr. *Guía para la implementación de programas pro bono en las firmas de abogados de Latinoamérica*, p. 9.

⁸ D'AGOSTINO, FRANCESCO, *Giustizia e amore*, en Id. *Corso breve di filosofia del diritto*, Giapichelli, Torino 2011, p. 158.

injusticia por nimia que esta sea. El servicio *pro bono* es el corolario del ejercicio profesional de abogado realizado con competencia y honestidad.

Para comprender la naturaleza del patrocinio y asesoramiento *pro bono* es preciso conocer el rol de la caridad como una categoría de las relaciones interpersonales posibles de establecer en el ámbito general de la coexistencialidad humana. Para Sergio Cotta la caridad guarda un enorme paralelismo con el derecho. Ambas son formas de coexistencia humana del tipo integrativo-inclusiva, aunque pertenezcan a planos diversos: la caridad es una forma de coexistencia en el plano interpersonal, mientras que el derecho pertenece al plano asociativo. Ambas son formas integrativo-inclusivas, pues permanecen naturalmente abiertas a todos los individuos. El derecho es el vínculo asociativo de coexistencia más genérico que existe e incluye a todas las personas con la finalidad de la coexistencia pacífica. A otro nivel la caridad es también un vínculo abierto en el que se está dispuesto a amar a cualquiera sin hacer acepción de personas. Vivir la caridad es descubrir en el otro, en cualquiera otro su prójimo⁹.

La caridad se parece al derecho en el sentido de que es universal, pero se diferencia de él en que no hay reciprocidad, “se presenta desarmada” frente al resto, ya que no puede exigir nada de su contraparte¹⁰. El abogado que decide hacer trabajo solidario *pro bono* está dispuesto a no recibir no solo prestación dineraria a cambio, sino también el agradecimiento y reconocimiento del que ayuda. Ha de tener también la voluntad de aceptar todo tipo de causas nobles de su especialidad sin preferir necesariamente aquellas de mayor notoriedad.

La caridad o solidaridad que implica el servicio *pro bono* orientada a los sectores menos favorecidos se realiza en el modelo ofrecido por Cotta por la medicación de un tercero, Dios en el caso de la caridad cristiana; o, en términos naturales, por un “sentido de participación en el Todo”¹¹, del abogado que percibe con especial intensidad su función clave dentro de la comunidad en la que vive.

La motivación solidaria de este tipo de servicios no excluye necesariamente la consideración de parte de los estudios jurídicos y abogados de otras ventajas que puede proporcionar esta actividad. La defensa de oficio, cuando es el Estado el que paga al abogado, deja de ser propiamente gratuita para el abogado. Aunque la defensa de oficio implique menores ingresos que la defensa de un cliente común, la motivación del abogado no podría ser calificada como estrictamente solidaria.

Las actividades comerciales de intercambio de bienes y servicios de todo tipo entre las que se cuenta, con sus peculiaridades, la profesión de abogado, y que se desarrollan según las reglas elementales de la justicia,

⁹ Cfr. COTTA, SERGIO, *El derecho en la existencia humana*, Eunsa, Pamplona 1987, pp. 105-130.

¹⁰ *Ibidem*, p. 125.

¹¹ *Ibidem*.

deben interiorizar la necesidad de trascender, en la medida de sus posibilidades, hacia la lógica de la gratuidad, no por simple compasión, que muchas veces puede estar fundada en sentimientos tan intensos como fugaces, sino en la convicción de que es la única forma de conseguir un orden social justo, basado en relaciones auténticamente humanas. Es necesario comprender que, si se practica sin la caridad, la justicia pura nunca será suficiente y probablemente terminará provocando descontento, resentimiento y finalmente resquebrajando los cimientos sociales: “la ‘ciudad del hombre’ no se promueve solo con relaciones de derechos y deberes, sino antes y más aún, con relaciones de gratuidad, de misericordia y de comunión”¹².

A este convencimiento responde la importancia que cada vez más se da a la responsabilidad social de las empresas, motivada eventualmente más que en el sentimiento altruista en la comprobación de que no es posible que estas se realicen exitosamente al largo plazo en un contexto de desigualdad¹³.

La actividad *pro bono* realizada con rectitud de intención y con los estándares de calidad que los estudios de abogados mantienen con sus grandes clientes, tiene también la ventaja de elevar el prestigio en primer lugar de la profesión porque se aleja del modelo del abogado ávido de dinero. Además garantizando el acceso universal a la justicia aumenta la confianza en la Administración y por tanto en la democracia. En este sentido, el preámbulo de la Declaración de Trabajo *Pro Bono* para el Continente Americano señala: “Considerando que la falta de acceso a la justicia y de asistencia legal socava la confianza del público en las instituciones gubernamentales, en la justicia y en la democracia”¹⁴.

Una de las ventajas que debe ser considerada por las firmas de abogados para destinar horas de trabajo gratuitas a los menos favorecidos se centra en el prestigio que hoy tiene esta actividad. Sin duda la actividad *pro bono* es un elemento de posicionamiento en la oferta jurídica, especialmente si se trata de la atención de casos de mucha difusión mediática. Por otra parte, si tiene como clientes empresas especialmente atentas a la responsabilidad social, la actividad *pro bono* de una firma de abogados será una razón más para contar con sus servicios jurídicos. Adicionalmente, la actividad *pro bono* es la ocasión para que un estudio jurídico pueda establecer vínculos con otros estudios de abogados na-

¹² BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, n. 6.

¹³ Cfr. Mesa redonda: ...*Y se hizo la luz...* una solución al problema del acceso a la justicia: la Declaración de trabajo *pro bono* para el continente americano y su implementación, en Themis, Revista de Derecho n. 54 Respuesta de Martín Zapiola Guerrico a la pregunta n. 7, p. 354.

¹⁴ Declaración para el trabajo *pro bono* para el continente americano, cuarto Considerando.

cionales y extranjeros; y así ser parte de redes de cooperación como la formada por el *Vance Center*¹⁵.

Otro aspecto importante del *pro bono* es la capacidad que tiene para reclutar abogados de alta calidad moral. Aunque no será nunca posible penetrar en las intenciones más profundas del obrar humano es muy probable que los profesionales jurídicos interesados en la prestación de servicios solidarios presentarán también otro tipo de cualidades virtuosas especialmente valiosas para cualquier empresa. Los gestores de recursos humanos insisten cada vez más en la importancia de que junto con la competencia técnica, los integrantes de una empresa muestren también virtudes humanas clave como la solidaridad para no limitarse al trabajo estrictamente necesario. Para un estudio será importante contar no solo con buenos abogados, sino también abogados buenos.

Todas estas ventajas que pueden estar presentes junto a la motivación humanitaria en la decisión de los estudios de abogados de prestar servicios *pro bono* no desvirtúan esta actividad siempre y cuando esta se haga con competencia profesional y la dedicación adecuada. En todo caso, el pobre siempre preferirá la presencia de esta actividad aunque sea mezclada con motivaciones de otro orden, a su inexistencia y por tanto a la imposibilidad de acceder a servicios profesionales de calidad.

Se ha dicho también que las prestaciones *pro bono* representan la ocasión ideal para que los abogados jóvenes adquieran experiencia y en general para que entre la juventud se difunda más el valor del voluntariado. Ciertamente un abogado joven puede aprender mucho en un asunto *pro bono*, pero hay que tener cuidado con presuponer la idea de que podría equivocarse o aprender de los errores sin menor dificultad moral si el servicio es *pro bono*. Esta idea iría contra el principio según el cual el servicio *pro bono* debe tener la misma calidad que el retribuido. La actividad *pro bono* no puede servir de práctica profesional o de lugar de ensayo para los abogados jóvenes; por esta razón es preferible que sean los abogados mayores los que se dediquen a la actividad *pro bono*¹⁶.

IV. OBLIGATORIEDAD E INCENTIVO DE LOS SERVICIOS *PRO BONO*

Según lo visto hasta ahora, las ventajas de la prestación *pro bono* son patentes, sin embargo, no existe la misma certeza y consenso respecto de su obligatoriedad moral o jurídica. Para justificar no solo la conveniencia

¹⁵ El *pro bono* puede ser también una buena forma de estrechar vínculos con las firmas de los Estados Unidos. Un claro ejemplo de lo anterior es el Global Pro Bono Clearinghouse, un proyecto que coordina el Cyrus R. Vance Center for International Center y en el cual firmas de Nueva York han colaborado con firmas latinoamericanas en diversos proyectos *pro bono*. "Guía *pro bono* para Latinoamérica"

¹⁶ Cfr. Mesa redonda: ... *Y se hizo la luz...* respuesta de Crider a la pregunta N° 6, p. 353.

sino también la obligatoriedad de esta actividad podemos identificar dos grandes exigencias radicadas en su propia naturaleza, una que mira al beneficiario del servicio y otra al benefactor.

Por lo que respecta al beneficiario el servicio *pro bono* encuentra su exigibilidad en la esencia y función social de la profesión de abogado¹⁷. La función social consiste en hacer realidad las exigencias fundamentales del derecho de defensa y de acceso a la justicia. La defensa cualificada en un proceso es un derecho humano inaplazable, por tanto debe estar garantizado en un Estado de derecho. Podría parecer que es estatal la obligación del servicio *pro bono*¹⁸ y que los estudios de abogados tienen un papel supletorio, pero los primeros obligados a satisfacerlo serían de los particulares por el principio de subsidiariedad. Esta prioridad, que podría parecer obvia en la medida que es difícil imaginar a un Estado prestador de servicios jurídicos, viene dada por la convicción de que son los particulares los depositarios originarios de cubrir las diversas funciones esenciales en toda comunidad. Solo si estos no se encuentran en posibilidades de realizarlas o en medida insuficiente, el Estado podría intervenir pero procurándolo siempre por los particulares, cubriendo los servicios *pro bono* para los más desfavorecidos mediante un pago a los denominados abogados *de oficio*.

Llegados a este punto podemos afirmar que la obligación propiamente dicha del servicio *pro bono* corresponde naturalmente a la sociedad en general, mientras que para el abogado particular y los estudios jurídicos sería una obligación moral sujeta a determinadas condiciones relativas a su capacidad de asumir el costo económico que supone la dedicación de algunas de horas de trabajo sin retribución alguna. La fuerza de dicha obligación deberá ser valorada en conciencia teniendo en cuenta la situación económica: no tendrá la misma obligación un abogado joven de cuya actividad profesional depende el sustento de su familia¹⁹, que un gran estudio de abogados afianzado que podría compensar con facilidad el lucro cesante del *pro bono*. En estos casos parecen razonables los mecanismos de compensación social entre los clientes del abogado por el que algunos clientes pudientes subvencionarían libremente el coste de las

¹⁷ La *Declaración de trabajo pro bono para el continente americano* expresa así esta idea: “Los abogados tienen la responsabilidad de prestar servicios legales *pro bono*. Esta responsabilidad se deriva de la función de la profesión en la sociedad, y de su compromiso implícito con un sistema legal justo y equitativo”. En el mismo sentido el artículo 4º de las *Normas Éticas del Abogado en la Provincia de Buenos Aires*: “Deber inherente a la esencia de la profesión, defender gratuitamente a los pobres”.

¹⁸ En el segundo Considerando de la Declaración de Trabajo Pro bono se lee lo siguiente: “CONSIDERANDO que los recursos estatales y los de las entidades no gubernamentales son insuficientes para atender las necesidades legales básicas de personas pobres, en situación de vulnerabilidad social, o marginadas, las que con frecuencia quedan sin solución”.

¹⁹ Para aceptar la prestación de servicios *pro bono* siempre deberá respetarse el principio de no afectación de derechos de terceros, como la familia del abogado, quienes podrían verse afectados por la reducción de sus ingresos.

horas *pro bono* sabiendo que este remanente sirve para el financiamiento de causas para los más desfavorecidos o de interés social. Esta práctica extendida entre los profesionales médicos²⁰ podría implementarse en los servicios jurídicos mediante la aplicación de un tarifario diferenciado según las posibilidades económicas del cliente y sería una vertiente más de la responsabilidad social de las empresas.

Existe entonces la obligación moral de prestar servicios *pro bono*, pero dependiendo de si se está en la capacidad técnica de hacerlo por tratarse de un tema de la especialidad, y en la capacidad económica si no se tienen apremiantes necesidades económicas que lleven a preferir casos retribuidos. Sin embargo, es necesario mencionar que es difícil sostener que existe la obligación de prestar este tipo de servicios profesionales en algún caso concreto. Con la misma o aun mayor libertad que se acepta o rechaza un encargo remunerado, se puede negar a realizar uno gratuito. Por esta razón, nadie, por muy pobre o necesitado que sea puede exigir los servicios gratuitos de un abogado o una firma. Existe obligación de ayudar, pero no de defender a alguien en particular.

Desde el lado de los beneficios del que lo presta, el servicio *pro bono* resulta quizá aun más significativo por el enriquecimiento espiritual y personal que puede suponer para el abogado. La falta de retribución económica puede ser compensada mediante el aprendizaje del abogado de la realidad social menos favorecida en la que desempeña su actividad. Particularmente gráfica de esta ganancia recíproca es la comparación de César Luna Victoria de que “el *pro bono* no es una carretera de una sola vía, donde desde la universidad o desde el Derecho llevamos facilidades legales a sectores que no pueden pagar un buen servicio, sino como una carretera de doble vía. Es un curso de inmersión social tan importante para la formación de abogado como lo puede ser el curso de ética o Constitucional”²¹.

Además del contacto con los pobres y sus necesidades más básicas, con el trabajo *pro bono* el abogado tiene la oportunidad de practicar la caridad (tanto la virtud cristiana como su forma natural de altruismo), que es el hábito más elevado que un hombre pueda forjar. El *pro bono* es pues una de las actividades más elevadas, desde el punto de vista moral, que un hombre pueda practicar, es la que más lo realiza como persona, la que más lo perfecciona. Como bien señala Sergio Cotta, “la Caridad nos lleva al mismo origen del hombre: en efecto, nos recuerda la común necesidad de recíproca comprensión, y la tensión universal para llenarla, no por esta o la otra razón u oportunidad, sino solo porque

²⁰ Cfr. *Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú*. Artículo 26. Los honorarios profesionales del médico serán fijados por este, tomando en consideración la situación económica del paciente.

²¹ BOZA, BEATRIZ, *Misión del Abogado. Ética y Responsabilidad profesional del abogado*, Lima 2009, p. 51.

así se realiza plenamente el hombre, de conformidad con el infinito que habita en él”²².

Más allá de la filantropía, esta sería quizá una de las razones para justificar la práctica del trabajo *pro bono*: el bien que el propio abogado hace a sí mismo con su realización. Como toda persona, el abogado tiene obligación de formarse también moralmente y experimentar aquella vieja verdad que, aunque en ocasiones suene un poco desgastada, mantiene toda su vigencia: servir es lo que más perfecciona al hombre y por tanto de las acciones que más satisfacción pueden darle. La urgencia de subrayar este aspecto del *pro bono* se hace todavía más perentoria en sociedades donde por un trasfondo individualista predomina la visión pragmatista de ejercicio de la profesión. Superar el individualismo en el ámbito de los servicios jurídicos debe pasar por recuperar la idea de que la responsabilidad social afecta a todos²³.

Una cuestión distinta es la discusión sobre la conveniencia de instituir las prestaciones *pro bono* como un deber jurídico impuesto por el Estado a los Colegios Profesionales y ejecutable mediante la mecanismos de coerción, como multas o sanciones de diverso tipo. Frente a las voces entusiastas que proponen el *pro bono* como obligatorio, se ha señalado también las desventajas de una exigencia de esta naturaleza. La más difundida tiene que ver con la esencia de esta actividad: si se hace obligatoria dejaría de ser *pro bono* y se convertiría en una obligación más impuesta por el Estado, frente a esto muchos abogados intentarían sustraerse. Además se correría el riesgo de contar con servicios prestados sin ningún interés más allá del mero cumplimiento formal y por tanto sin la competencia profesional debida²⁴.

El servicio *pro bono* parece pertenecer al ámbito de la bueno moralmente que se puede promover pero no obligar jurídicamente. La realización forzosa del bien es un ámbito muy reducido circunscrito a aquellas acciones que sean el origen de bienes fundamentales para la coexistencia pacífica: los impuestos, la obligación de respetar los derechos humanos, etcétera.

El servicio debe ser bien prestado aunque no se cobre ninguna contraprestación por él. El hecho de que no se retribuya no autoriza de ninguna manera a disminuir la calidad del servicio. Al respecto la Guía para la implementación de programas *pro bono* en las firmas de abogados de Latinoamérica señala: “Es importante que la firma señale expresamente en su manual que los servicios *pro bono* se prestan bajo los mismos estándares de calidad y oportunidad que los servicios que se prestan a los clientes comerciales. Aunque parece evidente, los abogados

²² COTTA, SERGIO, *El derecho en la existencia humana*, Eunsa, Pamplona 1987, p. 127.

²³ Cfr. BOZA, BEATRIZ, *Misión del Abogado. Ética y Responsabilidad profesional del abogado*, Lima 2009, p. 56.

²⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 54.

de la firma tienen que tener conocimiento cierto de que el trabajo *pro bono*, por ser tal, no tiene niveles de exigencia menores a los del trabajo comercial. Este recordatorio es especialmente importante en los periodos en que, debido a una excesiva carga de trabajo, los abogados pueden descuidar temporalmente sus asuntos *pro bono*, perjudicando así, a veces irremediabilmente, los intereses del cliente *pro bono*". La misma exigencia es puesta de manifiesto por la doctrina especializada en Deontología jurídica: "El cliente ha de ser tratado con la misma consideración que si pagase. Lo más 'comprensible' (pero también lo menos digno) es tratar a los clientes pobres con cierto sentido de postergación. Tendrán que soportarlo todo, sin poder exigir nada, ya que no pagan. Si esta actitud fuera corriente, implicaría una pobre concepción del trabajo de abogado y una idea raquítica de la justicia"²⁵.

La necesidad de que el trabajo *pro bono* sea realizado con competencia implica también que no sea visto como un lugar de entrenamiento para los abogados que recién empiezan, convirtiéndose en una escuela de aprendizaje con la metodología de la prueba-error. Esta idea se asoma en algunas reflexiones según las cuales "el trabajo *pro bono* proporciona para lo asociados buenas experiencias de entrenamiento y puede a menudo ser más desafiador que mucho de lo que hace un asociado de menor antigüedad en una firma"²⁶. Por el contrario, la naturaleza misma de los servicios *pro bono* hace que exista si se quiere una mayor obligación de garantizar un servicio de calidad, ya que la gratuidad radica precisamente en no bajar el estándar en comparación del servicio remunerado.

El compromiso por el servicio *pro bono* corre el riesgo de la ineficacia si el pacto ético no establece un mínimo de horas de dedicación. Esta es la intención de la *Declaración de Trabajo Pro Bono para el Continente Americano* impulsada por el *Vance Center* suscrita por diversos estudios de abogados de los más diversos países que se comprometen a dedicar al menos 20 horas semanales a esta actividad.

Al interior de los estudios de abogados el fomento de la dedicación al *pro bono* pasa por su consideración positiva en la evaluación de los abogados para su promoción en el escalafón del estudio. También ha sido una buena experiencia el establecimiento de premios y reconocimientos a los abogados y a los estudios que más horas *pro bono* han dedicado.

Mediante diversos incentivos legales y de concientización ha crecido enormemente la cultura *pro bono* en la empresa privada. Hoy no existe ninguna empresa seria que no tenga dispuesto un departamento con un presupuesto propio para las actividades de responsabilidad social. Contar con esta experiencia puede ser de enorme ayuda para impulsar la cultura

²⁵ GÓMEZ PÉREZ, RAFAEL, *Deontología Jurídica*, Eunsa, Pamplona 1991, p. 195.

²⁶ VERMEULEN, JOAN, *¿Qué consideran las conserjerías jurídicas de los Estados Unidos como ventajas de hacer el trabajo pro bono?*, disponible en www.probono.cl

pro bono también en la profesión legal, con la finalidad puesta no solo en su aumento en términos cuantitativos de dedicación de horas, sino en hacer del *pro bono* sinónimo de calidad y prestigio entre los estudios de abogados.

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL NUEVO CÓDIGO DE ÉTICA

MARIO CORREA BASCUÑÁN

Doctor en Derecho

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile

Una de las materias más relevantes de la ética profesional de los abogados es la que dice relación con el secreto profesional, derecho-deber que es uno de los pilares fundamentales del ejercicio de la profesión, en resguardo del debido proceso a que toda persona tiene derecho. Por esa razón, procederemos a analizar esta institución.

En primer lugar, ¿qué es un secreto? Si consultamos el diccionario de la Real Academia Española nos dirá que se trata de una cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta; o, en una segunda acepción, reserva, sigilo; y en una tercera, conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio. Es el dominio de un hecho, conocido por unas pocas personas y desconocido del resto de la sociedad, existiendo la necesidad o conveniencia de que permanezca así. En suma, es el conocimiento de un hecho que, por su índole, por compromiso o por discreción, debe callarse.

El secreto admite una clasificación: Secreto natural, es el que, conocido por cualquier vía, no puede ser revelado sin causar perjuicio o disgusto a otra persona. Debe guardarse por ley natural, porque nuestra propia naturaleza humana nos manda hacer el bien y evitar el mal, de manera que no podemos causar daño a otro injustificadamente ni tenemos derecho a decir todo lo que sabemos, aunque sea cierto. Secreto prometido, es aquello que, luego de serle revelado a alguien, este promete no darlo a conocer; y debe guardarse, aunque por su naturaleza no fuera obligatorio. Y secreto confiado, es aquel en que, antes de revelarse, se exige promesa de no darlo a conocer; y es la promesa la razón de ser de la confidencia,

que puede ser meramente confidencial o profesional. Estos dos últimos obligan, por lealtad a la promesa.

Por lo anterior, secreto profesional, es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión. Este es de orden público; y afecta al bien común. Los clientes que necesitan de los servicios del profesional deben tener la seguridad de poder acudir a ellos sin el menor peligro de que sus cosas trasciendan a los demás, con daño de la fama o de los legítimos intereses; de ahí la necesidad del secreto¹.

En el caso de la profesión de abogado, la discreción es de su misma esencia, ya que su secreto contribuye al bien común de la sociedad, que necesita satisfacer el orden público, la defensa de quien tiene que enfrentar un litigio y el decoro de la profesión. Además, porque es necesaria para asegurar la intervención del abogado en la defensa de las partes, fundamental para el “debido proceso”; también porque asegura que las personas contraten abogados idóneos para su protección, por una parte; y por la otra, porque garantiza a los abogados la libertad y seguridad para atender los asuntos de sus clientes; y finalmente, por la necesidad de amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas, en cuanto al respeto y al mantenimiento de la lealtad.

El antecedente histórico más antiguo lo encontramos en *Digesto XXII*, 5, 25, referido a Los Testigos, en que Arcadio, también llamado Carisio, en su libro *De los testigos*, libro único, previene que los patronos no presten testimonio en la causa en que prestaron su patrocinio.

Se ha discutido si se trata de un llamado a no revelar lo que su cliente le ha dado a conocer; o si se trata de una causal de tacha, debido al interés que puede tener ese *patronus* en el éxito de su cliente.

Respecto de nuestro Derecho, encontramos antecedentes en el Código de las Siete Partidas, de Alfonso X. Específicamente respecto de los abogados, en la Partida Tercera, Título 6, Ley 9, dispone: “*Guisada cosa es, e derecha, que los Abogados a quien dizen los omes las poridades de sus pleytos, que las guarden e que non las descubran a la otra parte, nin fagan engaño, en ninguna manera que ser pueda, por que la otra parte, que en ellos se fia, e cuyos Abogados son, pierdan su pleyto, o se les empeore. Ca pues que el recibio el pleito de la vna parte en su fe, e en su verdad, non se deve meter por consejero, nin por desengañador de la otra. E qualquier que contra esto fiziere, desde le fuere prouado, mandamos, que dende adelante sea dado por ome de mala fama, e que nunca pueda ser Abogado, nin consejero en ningún pleyto. E demás desto, que el Judgador del logar le pueda poner pena por ende, segun entendiere*”

¹ PEINADOR NAVARRO, ANTONIO, *Tratado de Moral Profesional*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1962, p. 116.

*que la merece, por qual fuere el pleito de que fue Abogado, e el yerro que fizo en el maliciosamente. Otrosí dezimos, que si la parte que lo fizo su Abogado, menoscabare alguna cosa de su derecho por tal engaño, como sobredicho es, o fue dada sentencia contra el; que sea reuocada, e que no le empezca, e que torne el pleyto en aquel estado, en que era ante que fuesse fecho, si fuere aueriguado*².

Con posterioridad a la legislación de las Partidas, encontramos nuevas normas en favor del secreto profesional en la Novísima Recopilación, en Libro V, Título XXII, Ley 12: “Mandamos, que si algunos Abogados descubrieren los secretos de su parte á la parte contraria, ó á otro en su favor, o si se hallare ayudar ó aconsejar á ámbas las partes contrarias en el mismo negocio, ó si no quisiere jurar lo contenido en la ley tercera de este título, que demas de las penas sobre esto en Derecho establecidas, por ese mismo hecho sean privados, y desde agora los privamos del dicho oficio de Abogacía; y si despues usaren de él, y ayudaren en qualesquier causas, que pierdan y hayan perdido la mitad de sus bienes, los cuales aplicamos para la nuestra Cámara y Fisco (Ley 17. tit. 16. lib. .2. R.)”³.

Este secreto profesional del abogado tiene como materia el secreto mismo. Lo secreto es un concepto objetivo: hechos conocidos de algunos y secretos para otros; pero puede tener mucho de subjetivo, dependiendo de la motivación del que confía el secreto, que puede incluso no ser el patrocinado. Puede consistir en determinados hechos, documentos y circunstancias que le ha hecho saber su cliente; y comprende todo lo que el abogado ha podido ver, entender, comprender e inferir con ocasión del ejercicio de la profesión e incluso fuera del ejercicio de la profesión, es decir, el secreto natural, el confiado y el prometido.

Así lo establece el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados, que tiene fuerza de ley y que se aplica a todos los abogados, estén o no colegiados, en sus artículos 10, 11 y 12. En estas disposiciones se establece que el secreto profesional es un derecho y un deber del abogado. Derecho ante los jueces, porque estos no pueden obligarlo a revelar el secreto; y deber frente a su cliente, que perdura en lo absoluto, aun después que haya dejado de prestarle servicios. Solo puede revelarlo cuando es indispensable para su propia defensa en juicio. Este derecho al secreto comprende tanto la inmunidad personal, porque los códigos de Procedimiento Civil y Procesal Penal lo relevan de su obligación de declarar en juicio; como la inmunidad de la oficina profesional, que lo libera de exhibir documentos, objetos y papeles que puedan servir para una investigación, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: “Toda persona que tenga

² *Las Siete Partidas del muy noble Rey Don Alfonso El Sabio*, Glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, Madrid, 1843, Tomo II, p. 98.

³ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Madrid, 1805, Tomo II, p. 457.

objetos o papeles que puedan servir para la investigación será obligada a exhibirlos y entregarlos. Si la persona que los tenga o bajo cuya custodia o autoridad estén, rehúsa la exhibición, podrá ser apremiada del mismo modo que el testigo que se niega a prestar declaración, salvo que fuere de aquellas a quienes la ley autoriza para negarse a declarar como testigo”. Similar disposición encontramos en el artículo 220 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 303 del mismo cuerpo legal.

Vale la pena reproducir estos artículos del Código Antiguo:

Artículo 10º: Secreto Profesional.

Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aún después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas.

Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.

Artículo 11º: Alcance de la obligación de guardar el secreto.

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

Artículo 12º: Extinción de la obligación de guardar el secreto profesional.

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

Este Código tiene fuerza de ley y está vigente, respecto de todos los abogados de la república, porque fue dictado por el Consejo General del Colegio de Abogados, en virtud de la delegación que le hizo la Ley Orgánica del mismo Colegio, Ley N° 4.909; y porque, al terminar la colegiación obligatoria y transformarse a los colegios profesionales en asociaciones gremiales, mediante el Decreto-Ley N° 3.621 de 1981, se le

dieron facultades al Presidente de la República para dictar o modificar, dentro del término de seis meses, las normas que reglamentaban el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional; y este optó por no ejercerlas.

El Consejo General del Colegio de Abogados, en el 2011, con vigencia desde el 1 de agosto de ese año, dictó un nuevo Código de Ética Profesional, aplicable a todos sus miembros, es decir, a los abogados colegiados.

Como es la tónica de este nuevo Código, fruto del trabajo de varias comisiones, formadas por más de un centenar de abogados; y del trabajo del propio Consejo, desarrolla y pone al día las normas del antiguo Código, de acuerdo con la realidad del ejercicio profesional de nuestros días.

Probablemente la diferencia más notable entre ambos códigos en esta materia estriba en la posibilidad que contempla el nuevo, de que el abogado revele en ciertas situaciones el secreto profesional.

En efecto, en el código antiguo la obligación de guardar el secreto no contempla más excepciones que las del inciso segundo del artículo 12, cuando es objeto de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado, en que puede revelar el secreto profesional que el acusador o terceros le hubieren confiado, si mira directamente a su defensa; y cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, ya que el abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.

La jurisprudencia del Consejo del Colegio sobre esta materia es absoluta, en el sentido que hemos señalado.

El Código nuevo es mucho más extenso sobre este tema; y contempla situaciones en que el abogado puede revelar el secreto.

En efecto, en el artículo 7º se refiere al “deber de confidencia”, haciendo aparentemente sinónimos los términos confidencialidad y secreto profesional. Señala que el abogado debe estricta confidencialidad a su cliente y que en cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara; y precisa que la confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión.

Sin embargo, pareciera que realmente los conceptos de confidencialidad y secreto no son sinónimos en el nuevo Código, debido a que se los trata en párrafos diversos dentro del Título IV de la Sección Primera, relativa a las Relaciones del Abogado con el Cliente. Aparentemente, al deber del abogado de guardar la información se lo llama confidencialidad; y al derecho a no revelarla frente a los tribunales u otras autoridades, secreto profesional.

Por otra parte, el artículo 42 se refiere al uso que puede hacer un abogado respecto de la información que posee de los asuntos del cliente, expresando que solo puede utilizarla en interés del cliente, salvo que la ley o el mismo Código lo obliguen o autoricen a darle otro destino; y

estableciendo que salvo autorización expresa del cliente le está prohibido usar información confidencial para provecho propio o de un tercero. Esta norma, al menos en uno de sus puntos, ya se encontraba en el artículo 11 del Código antiguo, en cuanto el abogado no puede utilizar en su propio beneficio el secreto, sin consentimiento previo del confidente, que puede o no ser el cliente.

Posteriormente, dedica a este derecho-deber del abogado las reglas del Título IV de la Sección Primera del Código.

El referido Título IV, en primer lugar, en su artículo 46, se refiere a los deberes que comprende esta obligación de confidencialidad: a) Abstenerse de revelar información cubierta por su deber de confidencialidad, así como entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia; b) Adoptar medidas razonables para que las condiciones en que las recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cauteleen el carácter confidencial de la información; y c) Adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él.

En términos generales, este artículo detalla el artículo 10 del antiguo Código, en forma bastante más extensa y precisa. Se puede sostener, además, que le impone un deber de custodia de la información que agrava su responsabilidad respecto de la norma antigua. Llama la atención, por otra parte, que en la letra b) se pone en la hipótesis de revelación de información, lo que es novedoso, como analizaremos más adelante. También es notable que se le exige “adoptar medidas razonables”, respecto de los deberes consignados en las letras b) y c). Esto es que debe hacer todo lo posible; pero que si a pesar de ello trasciende lo conocido confidencialmente, no le es imputable. Pienso que responde, en consecuencia, de culpa leve, siéndole imputable el no adoptar las medidas que habría tomado un buen padre de familia para evitar la trascendencia de la confidencia.

Otro tema importante sobre la materia es el de la duración de este deber de confidencialidad. Desde luego, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 47, es un deber que dura para siempre, no extinguiéndose por el término de la relación profesional, la muerte del cliente o el transcurso del tiempo; pero se puede iniciar esta obligación aun antes de que comience la relación profesional con el cliente, pues el artículo 20 incluye las materias del Título Cuarto de la Sección Primera entre las que obligan respecto del cliente potencial, entendiendo por tal a la persona natural o jurídica que consulta al abogado acerca de cierto asunto, expresándole seriamente su interés por obtener sus servicios profesionales.

En otro orden de cosas, en el artículo 48 se establece que el abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa fun-

ción, no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado. Podría pensarse que se trata de una excepción a la obligación de guardar secreto.

En realidad, esta no es una excepción a la obligación de guardar secreto, porque verdaderamente la situación que se plantea en este artículo no es de secreto profesional, sino de cumplimiento de obligaciones inherentes a la respectiva función pública; pero da mayor claridad sobre un aspecto que pudiere ser controvertido.

El artículo 49 establece la prioridad del deber de confidencialidad respecto de cualquier otro deber fiduciario. Se trata de una prioridad absoluta, según consta en la historia fidedigna del establecimiento de esta norma.

Esta norma hay que analizarla en relación con el artículo 22 del mismo Código, por cuanto en ella se establece que el abogado, antes de aceptar un encargo, debe analizar si al hacerlo puede transgredir sus deberes fiduciarios respecto de un cliente actual o pasado; e incluso, una vez aceptado, si por causa sobreviniente aparece ese riesgo. Por otra parte, en el artículo 85, en el Título de conflictos con el interés de otro cliente, se refiere al conflicto de interés con un cliente anterior, estableciendo que no puede intervenir en un asunto a favor de los intereses de un cliente si son directamente adversos a los de otro cliente anterior del mismo abogado o de su estudio profesional, especialmente si existe el riesgo de infringir el deber de confidencialidad respecto de ese cliente anterior, sobre todo si confiere al nuevo cliente una ventaja indebida. Esto, además, incluye al cliente potencial, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 20, que hace extensivos ciertos deberes respecto de los clientes actuales a los clientes potenciales, entre ellos, los contenidos en el referido Título IV de la Sección Primera. Todo ello, a menos que el cliente potencial lo autorice a revelar la información al cliente anterior, o que el abogado renuncie a la relación con este cliente anterior y siempre y cuando, en esta hipótesis, se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 19 del Código.

Pero en los artículos 50 a 52 plantea hipótesis de revelación consentida por el cliente que no se contemplaban en el antiguo Código, que no admitía excepciones, salvo las anteriormente consignadas.

Así es como en el artículo 50 se establece que no falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente. Y en los artículos siguientes describe lo que se considera consentimiento expreso y presunto. En el artículo 51 señala que el consentimiento expreso debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita; y en el artículo 52 se refiere al consentimiento presunto, estableciendo que se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado a ese cliente, a menos que este haya dispuesto algo diferente. En este caso deben

producirse copulativamente dos situaciones: imposibilidad de obtener el consentimiento expreso del cliente y la impostergabilidad de la decisión de revelar la información confidencial.

Por otra parte, en el artículo 61, en la eventualidad de que al abogado se le informe por terceros de que ha sido relevado de su obligación, exige que el abogado se cerciore personalmente de ello; y en caso contrario, permanece la obligación de conservar el secreto.

Finalmente, en los artículos 110 y 111, en relación con los deberes entre abogados y con terceros, se señala, por una parte, la obligación del abogado de respetar las confidencias que le haga otro abogado, cuando se ha obligado a ello. Pero aunque no se haya obligado, no puede utilizarlas en juicio cuando hayan sido obtenidas del abogado de la contraparte en el curso de la negociación de avenimientos, conciliaciones y transacciones frustradas, a menos que la conducta procesal de la contraparte justifique transgredir este deber, que entiende recíproco entre abogados. Por otra parte, se autoriza a compartir, exclusivamente con el cliente en cuya consideración le fue revelada una información, la que se haya obtenido del abogado de la contraparte.

En consecuencia, de todo lo antes expresado, puede sostenerse que el “dueño” del secreto es el cliente, lo que contradice a parte de la doctrina sobre este punto.

René Garreaud⁴, al respecto, sostiene que “cuando la obligación del secreto existe, nadie puede relevar al depositario de ese secreto”.

Parece lógico que sea así, por cuanto la obligación de conservar el secreto es de orden público y cuando se infringe no se afecta solo a quien confió el secreto.

Otra parte de la doctrina, en cambio, sostiene que si el cliente releva al abogado de guardar el secreto, ya no hay tal secreto y que, en consecuencia, en ese caso, deja de existir la obligación de confidencialidad.

Por último, otra parte de la doctrina nos dice que la dispensa del cliente impide que este le exija guardar el secreto; pero no lo libera frente a la sociedad; por lo que el abogado debe apreciar cuándo puede revelar el secreto, sin afectar al bien común.

El nuevo código ha introducido una doctrina coincidente en parte con esta última posición, estableciendo la disponibilidad del secreto por parte del cliente; pero con ciertos límites. Por una parte, en el artículo 53 se mantiene la disposición del artículo 12 del código antiguo, en orden a la obligación de revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen. Por otra, en el artículo 54 establece una serie de situaciones en que se puede revelar el secreto, en que es potestativo para el abogado hacerlo: a) para evitar un serio

⁴ GARREAUD, RENÉ, “Traité Théorique et pratique du Droit Penal français”, París, 1935, en *El Secreto Profesional del Abogado*, CARRERA BASCUÑÁN, HELENA, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 97.

peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas; b) para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva; c) para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad; d) para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente; e) para cobrar los honorarios que le son debidos; f) para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos del párrafo 4 de ese título; o g) en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional. Y en el artículo 55 se exige que esa revelación sea necesaria para el logro del fin que la justifica; y que no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente.

Como puede apreciarse, en primer lugar se gradúa la actitud del abogado frente al secreto, dependiendo de la gravedad de la materia que conoce confidencialmente, pues si se trata de que se vaya a cometer un crimen, debe revelarse el secreto; en cambio, si se trata de un simple delito, cesa tal obligación, para transformarse en una potestad, que el abogado debe considerar si la utiliza o no. No obstante, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 57, si la revelación puede perjudicar la defensa del cliente en cualquier etapa de un procedimiento penal, el abogado debe adoptar previamente medidas razonables encaminadas a evitar ese perjuicio. Y si no dispone de esas medidas, no está obligado a hacer revelaciones, con lo que, en la práctica, la disposición imperativa del artículo 53 se transforma en facultativa.

Interesante de mencionar es la norma del artículo 58, que permite advertir al cliente que revelará información con el objeto de evitar la comisión de crímenes y delitos; o el cobro de honorarios en juicio. No utiliza la palabra juicio; pero si no se tratara de la advertencia de recurrir a un procedimiento judicial, no tendría sentido. Pienso que la finalidad de esta norma es persuadir al cliente para que no cometa esos crímenes y delitos; o para que pague los honorarios sin necesidad de llegar al juicio.

Autoriza también a revelar el secreto para la consulta entre abogados, cosa de común ocurrencia entre estos profesionales; y que parte de la base de que ambos, ya que se trata de considerar acerca de la ética profesional, están obligados a mantener la confidencialidad. Esto está también contemplado en el artículo 11 del código antiguo.

Mantiene la dispensa de la obligación de guardar el secreto que contempla el antiguo código cuando es necesario para la defensa del abogado, frente a una acusación de parte del cliente; pero le hace exigencias que no estaban anteriormente contempladas: la gravedad de la imputación; y, como hemos dicho, se exige que esa revelación sea necesaria para el logro del fin que la justifica; y que no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente.

Se agrega la posibilidad de revelar las confidencias para los efectos de cobrar los honorarios; pero previene especialmente la exigencia mencionada acerca de la necesidad para el logro del fin que la justifica; y de que no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente. Anteriormente ha habido jurisprudencia del Consejo del Colegio, en orden a no poder el abogado utilizar lo conocido con motivo de la atención profesional a un cliente para cobrar honorarios. También, a este respecto, el artículo 57 contempla la necesidad de proporcionalidad entre la revelación del secreto que se hace y el mal que se puede hacer con tal revelación, habiendo especial prevención respecto de las acciones tendientes a cobrar honorarios.

Cabe también resaltar la expresa mención a la posibilidad de exponer los asuntos profesionales cubiertos con la obligación de secreto, para favorecer el desarrollo de la cultura jurídica, siempre que adopte medidas para resguardar la identificación del cliente y del caso concreto.

Respecto del otro concepto del artículo 7° del Código nuevo, antes mencionado, el deber del abogado de no revelar el secreto en juicio, contemplado en el artículo 10 del código antiguo, se confirma y detalla de mejor manera en el nuevo, al establecer, en primer lugar, la obligación del abogado de interpretar la ley de modo favorable a la confidencialidad, para eximirse del deber de informar o declarar. Además, le entrega al abogado la prerrogativa de calificar qué cosas que son de su conocimiento constituyen secreto profesional, sin necesidad de justificarlo, para no comprometer el secreto. Por último, le impone el deber de impugnar las decisiones de autoridad que lo obliguen a declarar sobre materias cubiertas por el secreto profesional.

No obstante, se agrega en el artículo 63 la autorización ética para declarar y revelar información confidencial, cuando citado a declarar como testigo, advierte que su servicio profesional ha sido utilizado por su cliente para cometer un crimen, simple delito o hecho grave que se le imputa; o si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado formalizado pueda ser erróneamente condenado por crimen o simple delito. Esta última es novedad respecto del código antiguo y de la jurisprudencia del Consejo del Colegio de Abogados a su respecto.

También es particularmente relevante analizar el alcance del secreto profesional, teniendo en consideración que el secreto profesional del abogado ampara a todo abogado en ejercicio, independientemente de si es o no patrocinante o apoderado de la persona que le ha hecho confidencias o le ha entregado antecedentes, pues comienza en el momento en que se plantea el asunto y no termina jamás, ya que la primera decisión del abogado es si atiende o no el asunto, a la luz de los antecedentes que se le proporcionan, los que obviamente están cubiertos por el secreto y no podría ser de otra manera.

A este respecto, el artículo 64 del código nuevo señala que las reglas sobre esta materia se extienden en iguales términos a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar o exhibir documentos u otros soportes físicos, electrónicos o de cualquier naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad, lo que incluye a la información producida por el abogado con carácter confidencial, ya se encuentre en su poder o en el de su cliente.

Cabe hacer notar sobre esta materia que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Por otra parte, cabe destacar que la garantía del N° 4 del mismo artículo 19 protege el derecho a la intimidad, expresado como el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, pues las confidencias del cliente se encuentran dentro de esta protección constitucional.

Tradicionalmente, la doctrina ha entendido como parte del secreto profesional la inviolabilidad del bufete del abogado y todos los documentos que en él se encuentran, salvo que el abogado tenga un grado de participación en un delito.

El jurista argentino Rafael Bielsa, en su obra *La Abogacía*, sostiene que no puede la justicia hacer pesquisas en el gabinete del abogado ni buscar en él la correspondencia entre el abogado y su cliente; ni buscar documentos o elementos relativos a un crimen o delito, pues afectaría la inviolabilidad del secreto profesional y del principio de defensa, así como la inviolabilidad de la correspondencia garantizada en la constitución⁵.

Hace poco tiempo, una ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago, constituida como ministra en visita extraordinaria al juzgado que substanciaba una causa criminal contra un sacerdote, sorprendió a Chile entero al disponer y dirigir el allanamiento a la casa y a la oficina profesional del abogado que lo defendía en una causa canónica que se seguía contra él, en busca de copia del expediente substanciado por la Iglesia, que concluyó con una categórica condena y una ejemplarizadora sanción.

Podría parecer solo un exceso de celo de parte de la ministra; pero el asunto es mucho más grave, pues en realidad constituye un verdadero torpedo a la línea de flotación de la profesión de abogado, que tiene como uno de sus pilares el secreto profesional, que abarca lo que el abogado sabe, su despacho, sus documentos y todo lo necesario para la defensa de su representado en una causa civil o criminal, o para la defensa de los intereses de su cliente corporativo.

⁵ BIELSA, RAFAEL, *La Abogacía*, Buenos Aires, 1945, N° 48, p. 192, en *El Secreto Profesional del Abogado*, CARRERA BASCUÑÁN, HELENA, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 62.

A mi juicio, la señora ministro se ha excedido en sus atribuciones, vulnerando diversas disposiciones legales y afectando claramente el derecho a defensa.

Por último, cabe destacar que la violación del secreto profesional constituye delito, sancionado en el Código Penal, en los artículos 231 y 247, a saber:

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

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

Pienso que los jueces que vulneran la oficina de un abogado y recaban documentación confidencial relativa a los asuntos que patrocinan, también incurrirán en delito de violación de secreto y deberán ser sancionados.

Insistamos finalmente a este respecto en que el secreto profesional constituye una institución básica para el correcto ejercicio de la profesión, en beneficio de los patrocinados, que no podrían contar con la adecuada asesoría ni con el debido proceso, si no es debidamente resguardado por los abogados y respetado por las autoridades, especialmente las judiciales.

Finalmente, digamos que hemos estado indagando en la jurisprudencia reciente de los tribunales de ética del Colegio de Abogados y, desde la dictación del nuevo Código, no se ha resuelto ninguna denuncia por faltas al deber de guardar el secreto profesional. Lo único que hemos encontrado es un caso en que una abogada actuó como único profesional para obtener una transacción en un asunto de familia; y posteriormente, apareció como demandante contra una de las partes, en favor de la otra. Evidentemente la abogada sancionada conoció materias cubiertas por el secreto profesional en perjuicio de la parte demandada. No obstante, el tribunal enfocó el asunto desde el punto de vista de un manifiesto conflicto de intereses, absteniéndose de un pronunciamiento acerca de la violación de secreto profesional en el caso.

Esto nos abre una serie de situaciones en que existe una tenue línea entre el secreto profesional y el conflicto de intereses, materia también extensamente tratada en el nuevo Código. Sin embargo, hay situaciones no resueltas en este cuerpo normativo, ni en las normas sobre confi-

dencialidad y secreto profesional ni en las que dicen relación con los conflictos de intereses.

Así, por ejemplo, en el caso de los abogados internos de compañías. En estas suele haber un fiscal, que es una especie de gerente en materias jurídicas, el que suele tener facultades de representación de la empresa. A su respecto surge la duda de si está, en su doble carácter de abogado, por una parte; y trabajador y empleado de la compañía, por la otra, sujeto a este derecho-deber de secreto profesional, acerca de las materias que conozca en el ejercicio de su cargo de fiscal. En el mismo orden de cosas, si la documentación de ese abogado, en sus calidades de empleado y abogado-fiscal, cae dentro de la que pudiere estar exenta de obtener de su exhibición en juicio. Pensamos que, en la medida que esa documentación que obra en su poder esté referida a temas propios de su actividad profesional de abogado, está cubierta por el secreto profesional, inviolable por tanto y protegida respecto de la labor inquisitiva de jueces y fiscales. En cambio, la que dice relación con los aspectos corporativos de la compañía, que obran en conocimiento de las personas que en ella tienen su mismo nivel, como por ejemplo otros clientes, esta no se encuentra cubierta por el secreto y puede ser obligado a declarar a su respecto.

Similar duda se nos presenta en el caso de que un accionista designe a su abogado como director de una compañía y, en su calidad de abogado de esa persona, conozca información sensible para la compañía. En su calidad de director, debe velar por el éxito de la empresa; y en su calidad de abogado del accionista debe guardar la confidencia. ¿Puede este abogado-director inhibirse de revelar información sensible para dicha compañía, por el hecho de haberla obtenido como abogado del accionista, aunque sea de extrema importancia para la compañía? Pensamos que en este caso prima el deber de confidencialidad y que no puede revelar la información. Ahora bien, ¿qué pasa en la situación opuesta, en que en su calidad de director de la compañía conoce información especialmente relevante para su cliente? ¿Puede revelarla a su cliente, aunque cause perjuicio a la compañía? Creemos que en este caso, por razones éticas y como consecuencia de la obligación de reserva que se impone expresamente para los directores en la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto estos se deben primero a la sociedad y no al interés particular de algún accionista, no puede informar a su cliente. Es decir, que hay que distinguir en cada caso la fuente desde la que obtuvo la información confidencial y guardar la reserva de esa confidencia; pero no se puede negar que es una situación compleja y no definida en los Códigos de Ética Profesional.

Otra situación compleja y no definida es el caso del abogado que lo es de un cliente persona natural y además de las compañías de propiedad de ese cliente, en que además participan otras personas. No es fácil delimitar el deber de guardar la confidencia conocida como consecuencia de la asesoría al cliente del deber de conservar la confidencia de información

reservada conocida como consecuencia de la asesoría a las compañías. Esto tampoco está resuelto y probablemente deberemos esperar a que el tribunal de ética del Colegio de Abogados se pronuncie frente a casos concretos para sacar las debidas conclusiones.

Como puede apreciarse, el secreto profesional es un tema de la mayor relevancia para el ejercicio de la profesión, para la subsistencia del debido proceso; para que la sociedad, necesitada de asistencia profesional, pueda confiar en los abogados; y para el mismo bien común de la sociedad. La jurisprudencia del Colegio de Abogados así como el estudio de las comisiones redactoras del nuevo Código y las resoluciones del Consejo del Colegio a su respecto, han ido desarrollando este concepto y sus alcances; y adecuándolo además a las nuevas realidades del ejercicio profesional. Es evidente que ha habido en general un gran avance, aunque aún quedan materias discutibles y otras que aún no han sido objeto de un estudio más detenido. El desarrollo jurisprudencial, con toda seguridad, nos dará nuevas luces sobre la materia.

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO: UNA MIRADA DESDE LA TEOLOGÍA MORAL

RAÚL WILLIAMS BENAVENTE
Doctor en Sagrada Teología
Departamento de Teología
Universidad de los Andes, Chile

I. LA NECESIDAD DE LA VERDAD

La necesidad de la verdad es una exigencia constitutiva al hombre. Dicho requerimiento alcanza su plenitud y fuerza obligante cuando se visualiza mediante una dimensión teológico-moral, como Dios ha querido revelarlo particularmente en el Decálogo. En efecto, el octavo Mandamiento –*No levantar falso testimonio ni mentir*– “prohíbe falsear la verdad en las relaciones con el prójimo. (...) Las ofensas a la verdad expresan mediante palabras o acciones, un rechazo a comprometerse con la rectitud moral”¹. La salvaguarda de la verdad es una exigencia de la racionalidad humana y de la vida en sociedad. La verdad es el objeto propio de la inteligencia y el fundamento de la relación con los demás. El desconocimiento de la verdad lleva al error o a la ignorancia. Pero la verdad no es solo el objeto y el fin de la reflexión humana, sino también una realidad central de la Revelación. Jesucristo es la *Verdad*². El que lo sigue “*conocerá la verdad y la verdad le hará libre*”³.

La vocación cristiana a la verdad es explicitada, todavía más, cuando Jesucristo enseña: “*Sea vuestro sí, sí; sea vuestro no, no*”⁴. Es preciso decir siempre la verdad y vivir en ella. “La verdad como rectitud de la acción y de la palabra humana, tiene por nombre veracidad, sinceridad o franqueza. La verdad o veracidad es la virtud que consiste en mostrarse

¹ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2464.

² *Jn* 1, 14.

³ *Ibidem*, 8, 32.

⁴ *Mt* 5, 37.

veraz en los propios actos y en decir la verdad en sus palabras, evitando la duplicidad, la simulación y la hipocresía⁵. La veracidad se despliega conjuntamente en tres facetas personales: la *sinceridad con uno mismo*, que lleva a reconocer la verdad sobre la propia conducta, externa o interna, en intenciones, pensamientos, afectos, etc., sin cerrar los ojos a la propia realidad, ni enredarse en justificaciones; la *sinceridad con los demás*, que permite la confianza recíproca; la *sinceridad con Dios*, que lo ve y lo sabe todo.

El mayor atentado contra la verdad es la *mentira*. “Mentir es hablar u obrar contra la verdad para inducir a error⁶ o “decir algo falso con intención de engañar⁷. Para San Agustín, el elemento esencial de la mentira es la voluntad de engañar⁸; para Santo Tomás, es la afirmación voluntaria y consciente de lo que se considera falso. Entre ambas aseveraciones no hay contradicción, ya que la voluntad de engañar se contiene implícitamente en la voluntad de afirmar lo falso⁹.

El análisis de la mentira se ha explicitado más a lo largo del tiempo. Sobre ella se han pronunciado diversos teólogos. La variedad de planteamientos viene solicitada por las demandas de lo que frecuentemente ocurre en el accionar del hombre. En efecto, en determinadas situaciones se afirman cosas falsas o se engaña a otros, y en ambas acciones no se detecta mentira alguna, porque en ellas la *verdad* no está en discusión. Es el caso de algunos juegos o deportes (por ej. el póquer, la magia, el tiro de un penal, etc.); la ficción en la literatura, cine, teatro; la identidad falsa de los agentes de servicios secretos; la acción militar que usa información falsa para engañar al enemigo, etc. Al respecto, determinados planteamientos morales resultan más explicativos para dilucidar en estas situaciones la existencia o no de la mentira. Y así, para que se dé este pecado se exige la presencia de una *afirmación deliberadamente falsa* dentro de un *contexto comunicativo concreto*. En dicho contexto, una aserción falsa o una acción engañosa es considerada mentira cuando se espera razonablemente que se manifieste la verdad, tal como lo exige la virtud de la veracidad¹⁰; requerimiento que no se da en los ejemplos señalados.

La exigencia de verdad explica que la prohibición de mentir sea un absoluto moral, que rechaza cometer un acto intrínsecamente malo. Esta conceptualización subsiste con independencia de las intenciones posteriores al momento de mentir. Así es tradicional distinguir tres clases de mentiras: la *jocosa*, cuando se hace una broma; la *oficiosa* o por interés,

⁵ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2468.

⁶ *Ibidem*, n. 2483.

⁷ *Ibidem*, n. 2508.

⁸ Cfr. S. AGUSTÍN, *De Mendacio*, 4, 5: NBA 7/2, 319.

⁹ S. TOMÁS, *Suma Teológica*, II-II, q. 110, a. 1; II-II, q. 110, a. 1, ad 3; II-II, q. 109, a. 3, ad 1 y q. 114, a. 2, ad 1.

¹⁰ Cfr. RHONHEIMER, M. *La perspectiva de la moral*, Ed. Rialp, Madrid, 2000, pp. 361-368.

cuando se realiza para obtener un beneficio propio o para evitar a sí mismo, a otro o incluso al engañado un inconveniente; y la *dañosa*, cuando se pretende perjudicar a alguien. La así llamada *mentira piadosa* se asimila a la *oficiosa*.

Habitualmente la *mentira jocosa* no es pecado, cuando queda explícito el contenido y la finalidad humorística de lo que se manifiesta. La *mentira oficiosa* y *dañosa* pueden ser pecados mortales cuando se lesiona gravemente la caridad o la justicia, o cuando se perjudica la fama del prójimo. “La gravedad de la mentira se mide según la naturaleza de la verdad que deforma, según las circunstancias, las intenciones del que la comete, y los daños padecidos por los que resultan perjudicados”¹¹. Suele ser frecuente que el hablar con ligereza o locuacidad pueda llevar a la mentira en apreciaciones inexactas e injustas o en exageraciones, a veces calumniosas.

Los males que trae consigo la mentira son evidentes. “Por ser una violación de la virtud de la *veracidad*, es una verdadera violencia hecha a los demás. Atenta contra ellos en su capacidad de conocer, que es la condición de todo juicio y de toda decisión. Contiene en germen la división de los espíritus y todos los males que esta suscita. La mentira es funesta para toda la sociedad: socava la confianza entre los hombres y rompe el tejido de las relaciones sociales”¹². Además, la mentira fomenta la vanidad y la soberbia, de las cuales tiene su origen; hace perder al mentiroso la reputación y la fama; lesiona la caridad en el trato con los demás; permite faltar a la justicia cuando con ella se perjudica a otro, etc. Los nefastos efectos de la mentira ayudan a comprender que así como la verdad es propia de Dios, la mentira lo es del demonio.

Los moralistas suelen admitir que, en torno al octavo Mandamiento, deben conjugarse dos principios importantes: la necesidad de *decir siempre la verdad* y la *defensa de la propia intimidad* en la mantención de un secreto, en el no hacer público algo personal o en el evitar un compromiso imprevisto e inoportuno. Es lícito, por consiguiente, ocultar la verdad cuando se pregunta por mera curiosidad, de manera injusta o no se tiene la competencia para conocerla. En estos casos, ocultar la verdad no es deformar la realidad, sino manifestarla hasta donde sea estrictamente necesaria. La fundamentación doctrinal de este comportamiento se denomina *restricción latamente mental*, como ocurre cuando se dice que fulanito no está para el que le llama por teléfono o le busca sorpresivamente.

Cualquier conocedor de los usos sociales entiende que esa respuesta tiene un sentido diverso por la restricción mental. Es como si se le dijera: ¡en este momento no está para usted! Nadie tiene ninguna obligación

¹¹ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2484.

¹² *Ibidem*, n. 2486; cfr. S. TOMÁS, *op. cit.*, II-II, q. 109, a. 3, ad 1.

moral de estar siempre a disposición de cualquiera que lo llame o lo busque, sin aviso previo. Quizás en términos prácticos la mejor respuesta sería la que afirme: ¡en este instante está ocupado! La defensa de la propia intimidad no puede traducirse en una permanente falta de disponibilidad y de servicio a los demás, ni en la consagración moral del egoísmo, sino en la protección justificada de deberes y obligaciones más importantes que en ese instante corresponde hacer.

En cambio, la denominada *restricción puramente mental* tiene lugar cuando la expresión usada hace imposible descubrir el sentido verdadero, y en ese caso, no es lícita. Puede ocurrir, por ejemplo, cuando alguien para parecer culto o viajado, cuenta que ha estado en Moscú, pensando por dentro que ha visto una fotografía de la Plaza Roja. Se trata de una sofisticada y complicada mentira, que desdice de la sencillez y naturalidad del que la profiere.

II. LA EXIGENCIA DEL SECRETO

Hay situaciones en donde la obligación de decir la verdad se conjuga con la obligación de mantenerla escondida. Secreto es lo que cuidadosamente se conserva reservado y oculto. Así como la mentira se opone a la *veracidad* por defecto, la violación del secreto se opone a ella por exceso. El que viola un secreto no miente, dice la verdad; pero la dice indebidamente, extendiéndola más allá de los límites en los que debería permanecer. El secreto puede referirse a la cosa misma que debe permanecer oculta o a la obligación subjetiva de no revelarla a nadie, contraída por el que ha llegado a conocerla justa o injustamente. Constituye un deber moral que obliga a guardar toda clase de secretos. Una obligatoriedad que admite grados diversos y hasta excepciones en casos especiales y obligatorios.

El fundamento del secreto radica en que hay ciertas formas de *incomunicabilidad* que se desprenden del concepto mismo de persona; es decir, de un ser que tiene una "existencia incomunicable"¹³. En la persona hay interioridad, inmanencia, un dentro, originado por las operaciones de sus facultades espirituales. Hay incluso una historia de la propia alma, que solo conoce el propio sujeto y que puede comunicarla a los demás mediante el lenguaje o la conducta exterior. Esta *incomunicabilidad* de la persona debe ser conjugada con su naturaleza social, en comunión con otros, que hace que sea un ser, a la vez, esencialmente *comunicable*. En el hombre se enlazan así armónicamente tanto la comunicación con los demás como la debida reserva de la propia intimidad. Cada persona guarda celosamente facetas personales que evita que sean conocidas y

¹³ S. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I, q. 29, a. 3, ad 4.

que no deben comunicarse. Es propiamente lo que el *secreto* custodia: el conocimiento de una verdad que debe mantenerse oculta frente a terceros, tutelando así la privacidad natural de la persona, la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del dueño del secreto.

“El derecho a la comunicación de la verdad no es incondicional. Todos deben conformar su vida al precepto evangélico del amor fraterno. Este exige, en las situaciones concretas, estimar si conviene o no revelar la verdad al que la pide”¹⁴. Además del secreto que brota de la intimidad de la persona, también el orden social lo requiere. Hay temas que no pueden estar en conocimiento y al arbitrio de todos, como en el secreto profesional y en el secreto de Estado.

La obligación inmediata de guardar los secretos brota de diversas exigencias: unas veces procede de la confianza depositada (secreto *confiado*), por lo que se debe guardar lo conocido en razón de la virtud humana de la honradez. Suele tener cabida cuando el secreto se hace con expresa o tácita condición previa de no comunicarlo. Dicho compromiso viene a reforzar la obligación natural de guardarlo que ya existía por la naturaleza misma de la cosa confiada. La injusticia cometida al violarlo afecta directamente al perjudicado, e indirectamente al bien común, ya que si fuera lícito divulgar los secretos, nadie se confiaría a los demás, resultando gravemente afectada la vida del hombre en sociedad.

Otras veces, la guarda del secreto proviene de una promesa hecha —expresa o tácita— de no desvelarlo ante nadie (secreto *prometido*). La obligatoriedad de su cumplimiento es todavía mayor que en el secreto confiado y el natural. Cuando el secreto prometido se comunica a un médico, abogado, etc., se designa como secreto *profesional* y cuando le compete a un hombre público (por ej. un ministro) se llama secreto de *Estado*. Al sacerdote, como director espiritual le corresponde el secreto de *conciencia* y como confesor, el secreto de *confesión*.

En ocasiones, la obligación de guardar el secreto viene dada por la naturaleza misma de lo conocido (secreto *natural*), como en tantas cuestiones en las que se juega la buena fama del prójimo, de modo que si se comunicaran se provocaría un escándalo. Obliga por justicia estricta, gravemente en materia grave y levemente en materia leve. Así peca más o menos gravemente el que revela los defectos ocultos del prójimo; el que propaga noticias que deberían permanecer ocultas, etc. “La caridad y el respeto de la verdad deben dictar la respuesta a toda petición de información o de comunicación. El bien y la seguridad del prójimo, el respeto de la vida privada, el bien común, son razones suficientes para callar lo que no debe ser conocido, o para usar un lenguaje discreto. El deber de evitar el escándalo obliga con frecuencia a una estricta discre-

¹⁴ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2488.

ción. Nadie está obligado a revelar una verdad a quien no tiene derecho a conocerla”¹⁵.

III. UN TIPO DE SECRETO: EL PROFESIONAL

La obligación de custodiar el secreto profesional rige para muchos trabajos y actividades del hombre. Con más facilidad se podrá vivir el secreto profesional cuando se ha arraigado la guarda de secretos en los diversos ámbitos que lo exigen en las relaciones humanas. La guarda del secreto profesional procede de deberes de estricta justicia, pues se ha confiado la verdad o se ha llegado a su conocimiento por el cumplimiento de la profesión. Tal es el caso del secreto profesional de los médicos, los policías, los juristas, etc. Particularmente se hará mención a la obligación que recae sobre los abogados, tal como lo establece el respectivo Código de Ética Profesional en Chile. En él se señalan 15 disposiciones relativas al secreto distribuidas en cuatro apartados diversos. Así, en el Título preliminar (Art. 7) se enuncia el deber de confidencialidad como principio general; en el artículo 42 se establece el deber de uso de información del cliente prohibiendo su aprovechamiento en beneficio del abogado o de terceros sin consentimiento del cliente; en los artículos 46 a 64 se recoge la relación de confidencialidad del abogado con su cliente y, por último, en los artículos 110 y 111 se reglamentan los deberes de confidencialidad entre los abogados de las contrapartes.

El Código de Ética Profesional distingue claramente entre el deber de confidencialidad y los deberes relativos al uso de información confidencial; diferencia la confidencialidad hacia el cliente y la debida al abogado de la contraparte, como también entre el *deber* ético de confidencialidad y el *derecho* legal al secreto profesional. “La ética profesional impone al abogado un deber de confidencialidad para con su cliente y un deber de hacer valer el reconocimiento legal de su deber ético de confidencialidad como un derecho (en rigor, una exención) frente a eventuales deberes de declarar o informar. El ejercicio de este derecho legal no es facultativo para el abogado, pues la exención es consecuencia del reconocimiento legal de la preponderancia del deber de confidencialidad del abogado respecto de los deberes de declarar o informar en colisión”¹⁶.

En una visión pragmatista y proporcionalista suele plantearse que el fundamento del secreto profesional o del deber de confidencialidad sería el interés *individual* del cliente; el interés *corporativo* de la profesión de abogado; el interés *colectivo* del adecuado desempeño institucional del abogado dentro del sistema jurídico y de la administración de justicia.

¹⁵ *Ibidem*, n. 2489.

¹⁶ BASCUÑÁN, A., “Deber de confidencialidad y el secreto profesional del abogado”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N. 15, 2011, p. 226.

Todavía más: el interés *corporativo* sería el fundamento del deber de confidencialidad del abogado incluso contra la voluntad o el interés del cliente. El interés colectivo exigiría diferenciar entre el deber ético de confidencialidad y la institución del secreto profesional¹⁷.

El realce del *interés* del cliente y del *interés* colectivo, corporativo o general como fundamentos últimos del deber de confidencialidad y del secreto profesional resultan argumentos atendibles, pero moralmente insuficientes para explicar la fuerza obligante que ellos tienen para las conciencias de las partes involucradas. El concepto de *interés* tiene, de suyo, una connotación subjetiva, que no exige de una necesaria bipolaridad moral: no necesariamente el deber de confidencialidad puede recaer sobre un *bien*, sino también sobre un mal, generando una maliciosa complicidad entre las personas involucradas. La excesiva privatización consensual entre las partes no garantiza la bondad objetiva de lo pactado. De ahí que desde la perspectiva moral se acentúe el fundamento del deber de confidencialidad y del secreto profesional en la verdad, la caridad, la justicia, el bien común; en definitiva, en el *bien humano* que resguarda, que no es negociable. Cuando se reemplaza el concepto de *bien particular* por *interés individual* o de *bien común* por *interés general*, las consecuencias morales negativas que se pueden derivar son insospechadas, como ocurriría en la planificación pactada de un pecado o un atentado de las mayorías contra las minorías. El deber de confidencialidad y el secreto profesional no son absolutos que puedan avasallar arbitrariamente los contenidos morales.

Bajo un acertado enfoque moral, el Código de Ética asume el deber de confidencialidad como el principio general exigido para el ejercicio profesional del jurista: “El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión, en los términos establecidos por las reglas del Título IV de la Sección Primera de este Código”¹⁸.

De acuerdo con lo establecido en dicho acápite los contenidos de los deberes de confidencialidad para con el cliente son: “a) *Prohibición de revelación*. El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia;

¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 221-263.

¹⁸ COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE, Consejo General, *Código de Ética Profesional*, 2011, art. 7; cfr. CARRARA, H., *El secreto profesional del abogado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963; ARROYO, A., *El secreto profesional del abogado y del notario*, Universidad Autónoma de México, 1980.

b) *Deberes de cuidado*. El abogado debe adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cauteleen el carácter confidencial de esa información; c) *Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores*. El abogado debe adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él¹⁹, incluso de modo indefinido. La confidencialidad “no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo”²⁰.

El resguardo del deber de confidencialidad es éticamente exigente. Todo lo amparado por él no puede manifestarse ni siquiera al juez o al superior que lo solicite. El Código de Ética Profesional así lo reconoce: “Si un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional. En observancia de este deber, el abogado actuará de conformidad con las siguientes reglas: a) *Interpretación de la ley favorable a la confidencialidad*. El abogado debe interpretar las disposiciones constitucionales y legales que lo eximen del deber de informar o declarar del modo que mejor garantice el cumplimiento de su deber de confidencialidad; b) *Prerrogativa de calificación*. El abogado debe limitarse a expresar que los hechos están amparados por el secreto profesional y abstenerse de fundamentar esa calificación si esa justificación pudiere comprometer ese secreto; c) *Deber de impugnar*. En general, el abogado debe realizar las actuaciones razonables dirigidas a impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar sobre materias que son objeto de secreto profesional”²¹. Por consiguiente, “no falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar sobre materias sujetas a confidencialidad con fundamento en su derecho al secreto profesional”²².

La extensión de este deber amplía el secreto profesional a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial. “Las reglas de este párrafo se extienden en iguales términos a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar, entregar o exhibir documentos u otros soportes físicos, electrónicos o de cualquiera naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad. La regla se extiende a la información producida por el abogado con carácter confidencial, sea que se encuentre en su poder o en el de su cliente”²³. La confidencialidad tiene, además, una específica supremacía:

¹⁹ COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE, Consejo General, *op. cit.*, 2011, art. 46.

²⁰ *Ibidem*, art. 47.

²¹ *Ibidem*, art. 60.

²² *Ibidem*, art. 62.

²³ *Ibidem*, art. 64.

“El deber de confidencialidad para con un cliente prevalece sobre cualquier deber fiduciario para con otro cliente”²⁴.

La violación del secreto profesional es más grave que la del simplemente confiado a una persona particular; la del secreto de Estado es mucho más grave que la del secreto profesional. Finalmente, los más graves de todos son los que afectan a la conciencia confiada al sacerdote en el desempeño de su ministerio, ya sea como director espiritual en las confidencias que se le hacen (secreto de *conciencia*), ya como confesor (secreto de *confesión*, bajo sigilo sacramental). Este último no admite excepción ni parvedad de materia; es un secreto estrictísimo²⁵, que el sacerdote no puede quebrantar en ningún caso, aunque tenga que sufrir por causa del mismo una vil calumnia o incluso la muerte, o aunque pudiera evitar con ello un daño grave al mundo entero. La revelación del sigilo sacramental trae consigo una dura pena canónica: la excomunión, que solo el Papa puede levantar²⁶. San Juan Nepomuceno fue un mártir del sigilo de la Confesión y por ello un defensor eximio del respeto a la buena fama del prójimo.

La obligación de guardar el secreto profesional responde a la naturaleza de la verdad ocultada, pero también a la defensa de la caridad y de la justicia cuando existe el compromiso tácito de no revelar lo que se comunicó confidencialmente. Esta obligación es grave o leve, dependiendo de la materia de que se trate y del modo en que se ha obtenido el conocimiento de ella. Es pecado mortal cuando se daña gravemente la fama del prójimo o se sigue un mal para el interesado o para un tercero. Sería el caso, por ejemplo, del médico que hace innecesariamente pública la enfermedad de SIDA o de esquizofrenia de un enfermo, ocasionándole un daño social importante²⁷; o el que utiliza el secreto profesional en beneficio propio o de tercera persona contra la voluntad razonable del interesado (el abogado que, conociendo por su oficio el estado ruinoso de una empresa, avisa a uno de los acreedores para que tome determinadas cautelas). El que quebranta un secreto jurado peca contra las virtudes de la justicia y la religión.

Solo cabe la revelación de lo resguardado por el secreto profesional del jurista cuando hay consentimiento del interesado. “No falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente”²⁸. Para ello, “el consentimiento *expreso* debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita. La autorización del cliente no obliga al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad. El abogado informado por terceros

²⁴ *Ibidem*, art. 49.

²⁵ Cfr. *Código de Derecho Canónico*, can. 983.

²⁶ Cfr. *Ibidem*, can. 1388.

²⁷ MONGE, M. A., *Ética, Salud, Enfermedad*, Colección Mundo Cristiano, Madrid, 1991, n. 232.

²⁸ Colegio de Abogados de Chile, Consejo General, *op. cit.*, 2011, art. 50.

de haber sido relevado por su cliente debe cerciorarse, en forma previa a la revelación, de que esa liberación es efectiva. En cualquier momento el cliente puede revocar su consentimiento”²⁹.

Por su parte, el consentimiento *presunto* procede cuando “se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado a ese cliente, a menos que este haya dispuesto algo diferente. En caso de duda, el abogado debe confidencialidad”³⁰. Hay sí una precisa obligación de cerciorarse de la relevación del derecho al secreto profesional. “El abogado que ha sido informado por terceros de que ha sido relevado por su cliente del secreto profesional debe comprobarlo personalmente, en observancia del artículo 51. Si fuere necesario, el abogado debe solicitar a la autoridad que realice las actuaciones que le permitan comunicarse con el cliente. El abogado que no ha podido cerciorarse se encuentra bajo secreto profesional”³¹.

En definitiva, “los secretos profesionales –que obligan, por ejemplo, a políticos, militares, médicos, juristas– o las confidencias hechas bajo secreto deben ser guardados, salvo los casos excepcionales en los que el no revelarlos podría causar al que los ha confiado, al que los ha recibido o a un tercero daños muy graves y evitables únicamente mediante la divulgación de la verdad. Las informaciones privadas perjudiciales al prójimo, aunque no hayan sido confiadas bajo secreto, no deben ser divulgadas sin una razón grave y proporcionada”³². La aplicación de estos principios exige una conciencia delicada y moralmente bien formada, en la que siempre se conjuguen el amor a la verdad, la caridad con los demás y la defensa del bien común. En muchas ocasiones lo más juicioso para acertar en este tipo de materias excepcionales y complejas es pedir consejo a alguien prudente y experimentado o consultar la bibliografía oportuna³³.

Hay diversos modos de violar el secreto: sonsacándolo injustamente por medio de preguntas capciosas o empleando fraude, dolo, amenaza, violencia, etc.; comunicándolo indebidamente a otros, cualesquiera sean los procedimientos utilizados; usándolo en beneficio propio o ajeno contra la voluntad razonable del dueño del secreto. Dichas situaciones suelen presentarse, más frecuentemente, en el ámbito económico o comercial y en el campo de la investigación, cuando al dejar la empresa o institución en que se trabajaba se aprovecha de lo que se supo confidencialmente en ella, para beneficio propio o ajeno, en desmedro de la actividad profesional anterior; el que averigua por medios injustos (soborno, violencia, etc.) un invento científico, un secreto de fabricación, etc.; el que abre y lee cartas

²⁹ *Ibidem*, art. 51.

³⁰ *Ibidem*, art. 52.

³¹ *Ibidem*, art. 61.

³² *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2491.

³³ Cfr. WILLIAMS, R., *Las Razones de Dios*, Centro de Estudios Cultura Cristiana, Santiago, 2012.

ajenas selladas y guardadas sin consentimiento, al menos razonablemente presunto, del remitente o del destinatario, etcétera.

Sin embargo, las autoridades legítimas pueden y deben investigar en el desempeño de sus funciones, empleando medios justos (preguntas pertinentes), los secretos cuyo conocimiento sean necesarios para el bien común. En bienes del mismo orden, el bien común prevalece sobre el bien particular de cualquier persona. Por consiguiente, “no es lícito recibir secreto alguno contrario al *bien común*”³⁴. Dígase lo mismo de los padres por el bien de sus hijos o de toda la familia. Igualmente es lícito, por justa causa (para evitar un daño injusto que amenaza a sí mismo o al bien común o a un tercero inocente), averiguar secretos ajenos mediante procedimientos debidos.

Como se observa, el secreto profesional no es un absoluto moral. Su obligatoriedad no está fundada en sí mismo, sino en función de los bienes o virtudes que resguarda. Así, hay ocasiones en que se *puede* revelar el secreto y en otras en que se *debe* hacerlo. Es lícito revelar un secreto cuando se sigue un daño grave, injusto e irreparable a una tercera persona inocente, como por ejemplo dar a conocer a la novia antes del matrimonio una grave enfermedad contagiosa que padece el novio; o para evitar un grave daño al mismo que confió el secreto, porque en este caso no se le hace ninguna injuria sino un flagrante favor. Cuando hay colisión de derechos naturales se supone que nadie quiere obligarse con perjuicios graves, sobre todo si el que confió el secreto lo hizo precisamente para atar con él a su confidente, porque entonces se constituye en injusto agresor y la promesa arrancada no tiene en ese momento valor alguno.

Así lo señala el Código de Ética jurídica: “El abogado *puede* revelar información sujeta a confidencialidad: a) para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas; b) para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena afflictiva; c) para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad; d) para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente; e) para cobrar los honorarios que le son debidos; f) para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos del párrafo 4 de este título; g) en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional”³⁵.

En muchos asuntos hay un *deber* de manifestar el secreto por el bien común de la sociedad, como en casos de corrupción pública o de graves delitos. “El abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen”³⁶. Igualmente habría

³⁴ S. TOMÁS, *op. cit.*, II-II, q. 68, a. 1, ad 3.

³⁵ COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE, Consejo General, *op. cit.*, 2011, art. 54.

³⁶ *Ibidem*, art. 53.

obligación de denunciar, en atención al bien común, lo que se le oponga, aunque se conociera su contenido por secreto prometido, confiado o profesional. Lo mismo ocurre para evitar un daño propio muy grave, a no ser que sea mayor el que amenace a otra persona o al bien común (por ej., el soldado prisionero no puede jamás revelar los secretos de su patria, aunque tenga que sufrir la propia muerte).

Es moralmente correcto revelar verdades confidenciales cuando “citado a declarar como testigo, el abogado está facultado para revelar información sujeta a confidencialidad, sin cumplir con los resguardos referidos en el artículo 60, en los siguientes casos: a) si tiene razones fundadas para considerar que el servicio profesional por él prestado fue utilizado por el cliente para realizar un hecho que se le imputa a ese cliente como crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; o b) si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito. Por último, cesa la obligación de mantener el secreto cuando ha habido divulgación pública del hecho”³⁷.

Así, por ejemplo, el abogado que sabe por su oficio que el acusado es el verdadero autor del crimen, no está obligado ya a guardar el secreto cuando el propio reo lo confiesa ante el juez y llega a ser una noticia de dominio público. Además, hay deber de revelar información cuando un abogado desempeña una función pública. “El abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa función no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado”³⁸.

Por último, la confidencialidad entre colegas debe ser siempre consentida (con el abogado de la otra parte) y no se presume (Art. 110). El artículo 111 establece una limitación al deber de confidencialidad para con el abogado de la contraparte. Aun bajo confidencialidad expresamente asumida, el abogado puede compartir la información confidencial solo con el cliente en cuya consideración esa información le fue revelada.

IV. LAS OFENSAS A LA VERDAD

No solo se falta a la verdad con la mentira y la violación del secreto, sino también con las consecuencias que, en muchos casos, se derivan de dichas acciones: una serie de pecados contra la verdad, la caridad y la justicia debidas a las personas. Es el caso de la difamación, la calumnia, el juicio temerario, la sospecha, la maledicencia, el falso testimonio y el

³⁷ *Ibidem*, art. 63.

³⁸ *Ibidem*, art. 48.

perjurio. “El respeto a la reputación de las personas prohíbe toda actitud y toda palabra susceptibles de causarles un daño injusto”³⁹. El derecho al honor y a la buena fama, tanto propio como ajeno, es un bien valioso y de gran importancia para la vida personal, familiar y social. Se atenta contra la fama del prójimo por la *difamación*. Habitualmente se realiza mediante la *detracción* o *maledicencia*, que consiste en revelar pecados o defectos realmente existentes en el prójimo, sin una razón proporcionalmente grave. Se llama *murmuración* cuando se hace a espaldas del acusado. Es lo que se denomina coloquialmente en Chile *pelambre*, tan frecuente en las conversaciones cotidianas, deslizado con una frase, un comentario, una broma, una ironía... Hay que evitarlo siempre, hablando bien de los demás. Por su parte, la *calumnia* es una difamación, todavía más grave: consiste en atribuir al prójimo pecados o defectos falsos. La calumnia encierra una malicia doble: contra la veracidad y contra la justicia; tanto más grave será cuanto mayor sea la materia de la calumnia y la amplitud de su difusión.

Hay que evitar la *cooperación* personal en estos pecados. Cooperan a la difamación, aunque en distinto grado, el que oye con gusto al difamador y se goza en lo que dice; el superior que no impide la murmuración sobre el súbdito; el que desagradándole el pecado de detracción, sin embargo, por temor, negligencia o vergüenza, no corrige o rechaza al difamador o al calumniador; y el que propala a la ligera insinuaciones contra la fama de un tercero. ¡Que no sea verdad que el mundo se divide en dos y una parte se encarga de criticar a la otra!

Atenta también contra el octavo Mandamiento el *juicio temerario*. Tiene cabida cuando, sin suficiente fundamento, se admite como verdadera una supuesta culpa moral del prójimo. Suele ocurrir cuando se juzga que alguien ha obrado mal, sin que conste así. Este juicio puede ser subjetivo o interior y también externo o público. El ejemplo más frecuente sucede cuando se pierde algo y se afirma: ¡Fulanito me lo robó! Más bien, habría que preguntar: ¿dónde lo habré dejado? Distinta es la *sospecha temeraria*, que recae sobre una persona o un acontecimiento, no disponiendo de los elementos necesarios para garantizar un juicio seguro. Es legítimo, en ocasiones, sospechar prudentemente de alguien o de algo, sin concluir en la correspondiente culpabilidad. El motivo para hacerlo es indagar para alcanzar la certeza debida o para rectificar un juicio apresurado y erróneo.

Por su parte, el *falso testimonio* consiste en afirmar públicamente, ante un tribunal, una falsedad a favor o en contra de alguien. “Una afirmación contraria a la verdad posee una gravedad particular cuando se hace públicamente. Ante un tribunal viene a ser un falso testimonio (cfr. Pr 19, 9). Cuando es pronunciada bajo juramento se trata de *perjurio*”⁴⁰.

³⁹ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2477.

⁴⁰ *Ibidem*, n. 2476.

Hay que estar precavido para no declarar ante un tribunal cuando no se tenga certeza moral de lo que se afirma, y haya solo el afán de apoyar la causa de un amigo o de un familiar. Al respecto, es oportuno recordar la sentencia que se atribuye a Aristóteles: ¡Soy muy amigo de Platón, pero más amigo de la verdad! La amistad nunca puede traicionar la verdad.

Las acciones en que se actúa con mentira y de la que se derivan males para el prójimo son particularmente graves. La mentira suele lesionar la justicia, especialmente cuando se ha cometido el pecado de calumnia. En estos casos, no basta con arrepentirse, ni con confesarse, ni con pedir perdón, se requiere *reparar* el mal causado. En muchas situaciones la reparación puede hacerse personalmente, y, en otras, de manera pública, ya sea de palabra o por escrito. Esta reparación obliga en conciencia. Se ha de devolver la fama perdida. Si del daño cometido se han seguido perjuicios materiales, la restitución debe hacerse también en términos económicos.

“Toda falta cometida contra la justicia y la verdad entraña el deber de reparación, aunque su autor haya sido perdonado. Cuando es imposible reparar un daño públicamente, es preciso hacerlo en secreto; si el que ha sufrido un perjuicio no puede ser indemnizado directamente, es preciso darle satisfacción moralmente, en nombre de la caridad. Este deber de reparación se refiere también a las faltas cometidas contra la reputación del prójimo. Esta reparación, moral y a veces material, debe apreciarse según la medida del daño causado. Obliga en conciencia”⁴¹. La manera de realizar la reparación requiere muchas veces del consejo prudencial oportuno.

Por último, atenta contra la verdad “toda palabra o actitud que, por halago, adulación o complacencia, alienta y confirma a otro en la malicia de sus actos y en la perversidad de su conducta. La *adulación* es una falta grave si se hace cómplice de vicios o pecados graves. El deseo de prestar un servicio o la amistad no justifica un doblez del lenguaje. La adulación es un pecado venial cuando solo desea hacerse grato, evitar un mal, remediar una necesidad u obtener ventajas legítimas”⁴². No hay mejor manera de relacionarse con los demás que viviendo la sencillez, la veracidad y la transparencia, evitando la crítica y la alabanza falsa e interesada. No solo hay que decir lo que se piensa, sino también hay que pensar lo que se dice, de modo que se diga siempre la verdad sin divorciarla nunca de la *caridad*.

⁴¹ *Ibidem*, n. 2487.

⁴² *Ibidem*, n. 2480.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y AMOR A LA VERDAD

Un ámbito en el que el octavo Mandamiento suele verse frecuentemente quebrantado es el propio de los medios de comunicación y de las redes sociales. En no pocas ocasiones, la violación del secreto es un ingrediente más de la contaminación difamatoria pública. Los medios de comunicación han incrementado el interés y el derecho por investigar la verdad y comunicarla sin restricciones. La importancia de estos medios es tal que influyen hasta llegar a dirigir la vida social, económica y política de los países. Se han convertido, de hecho, en un auténtico poder. “Para el recto uso de estos medios es absolutamente necesario que todos los que los utilizan conozcan las normas de orden moral en este campo y las lleven fielmente a la práctica”⁴³. La moralidad del ejercicio periodístico exige que se atenga siempre a la verdad, al servicio del bien común y al progreso de toda la sociedad humana.

El derecho de información requiere que “la comunicación sea objetivamente verdadera e íntegra, salvadas la justicia y la caridad; además, en cuanto al modo, ha de ser honesta y conveniente, es decir, debe respetar delicadamente las leyes morales del hombre y los legítimos derechos y la dignidad del hombre, tanto en la búsqueda de la noticia como en su divulgación”⁴⁴. Los profesionales de la opinión pública tienen la obligación, al difundir la información, “de servir a la verdad y no ofender la caridad. Han de esforzarse por respetar (...) la naturaleza de los hechos y los límites del juicio crítico respecto de las personas. Deben evitar ceder a la difamación”⁴⁵.

La exigencia de considerar el orden moral objetivo e igual para todos no excluye el que los medios de comunicación traten la realidad del mal, en sus diversos ámbitos. Puede incluso servir para conocer y descubrir mejor al ser humano y sacar de allí la experiencia oportuna, tanto personal como jurídica y social. Sin embargo, hay que evitar el riesgo de que esta divulgación produzca mayor mal que bien a las personas y a las costumbres. El sentido de los medios de comunicación es informar, pero a la vez formar y divulgar una recta opinión pública. “Los medios de comunicación social –en particular, los *mass media*– pueden engendrar cierta pasividad en los usuarios, haciendo de estos consumidores poco vigilantes de mensajes o de espectáculos. Los usuarios deben imponerse moderación y disciplina respecto de los *mass media*. Han de formarse una conciencia clara y recta para resistir más fácilmente las influencias menos honestas”⁴⁶.

⁴³ Concilio Vaticano II, Decreto *Inter mirifica*, n. 4.

⁴⁴ *Ibidem*, n. 5.

⁴⁵ *Catecismo de la Iglesia Católica*, n. 2497.

⁴⁶ *Ibidem*, n. 2496.

Los beneficiarios deben aspirar a ser personas de criterio para el uso apropiado de estos medios. Debe preservarse la dignidad del hombre de la manipulación de su *intimidad* espiritual, afectiva, corporal, familiar, vital, etc. El *pudor* es una manifestación del celo con que la *verdad* personal debe custodiarse de la exposición, manipulación y abuso. Esta exigencia conlleva una adecuada elección de publicaciones, cadenas televisivas, programas de radio o televisión, páginas de Internet. El uso prudente y seguro de la *web* exige, en muchos casos, disponer de un buen *filtro*. Toda persona tiene el derecho y el deber de defender la calidad moral de la propia vida y la de los más cercanos frente a esta irrupción desquiciada. Análogamente, es prudente que se coloquen cercos eléctricos en las casas particulares para defenderlas de asaltos y atentados contra la intimidad del hogar. ¡Cuánto más defensa requiere la salud espiritual y moral de la propia vida, frente a la invasión inmoral de determinados medios de comunicación! En ocasiones, sería aconsejable no contribuir económicamente con las empresas que solo persigan el lucro en la utilización de esos medios, particularmente financiando programas moralmente inconvenientes o atentatorios contra la fama de los demás.

La formación ética requerida para los profesionales de la información debe ser exigente. “Un sector que toca tan de cerca la información y formación del hombre y de la opinión pública es lógico que tenga exigencias muy apremiantes de carácter ético (...). La búsqueda de la verdad indeclinable exige un esfuerzo constante, exige situarse en el adecuado nivel de conocimiento y de selección crítica (...). Cada hombre lleva consigo sus propias ideas, sus preferencias y hasta sus prejuicios. Pero el responsable de la comunicación no puede excusarse en lo que suele llamarse la *imposible objetividad*. Si es difícil una objetividad completa y total, no lo es la lucha por dar con la verdad, la actitud de ser incorruptibles ante la verdad. Con la sola guía de una recta conciencia ética y sin claudicaciones por motivos de falso prestigio, de interés personal, político, económico o de grupo”⁴⁷, se puede alcanzar la debida ética de la información. La inseparable unidad entre la verdad y la caridad es la garantía para la conquista de una vida profesional, social, comunicacional y cultural acorde con la dignidad irrepetible de la persona humana.

⁴⁷ JUAN PABLO II, *Ser incorruptibles ante la verdad*, 2-XI-1982; cfr. IRIBARREN, J., *La ética de la información*, BAC, Madrid, 1982.

ANEXO*

**CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL
COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE**

Texto aprobado en Sesión Ordinaria del 4 de abril de 2011, con vigencia a partir del 1 de agosto de 2011.

TÍTULO PRELIMINAR: PRINCIPIOS Y REGLAS GENERALES

Artículo 1°. Honor y dignidad de la profesión. El abogado debe cuidar el honor y dignidad de la profesión.

Artículo 2°. Cuidado de las instituciones. Las actuaciones del abogado deben promover, y en caso alguno afectar, la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del estado de derecho.

Artículo 3°. Lealtad con el cliente y respeto por su autonomía. El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio. En el cumplimiento de este deber el abogado debe respetar la autonomía y dignidad de su cliente. El deber de lealtad del abogado no tiene otros límites que el respeto a la ley y a las reglas de este Código.

* Agradecemos a la Sra. Olga Feliú, Presidenta del Colegio de Abogados, por autorizarnos a publicar el texto del Código de Ética como anexo de este trabajo.

Artículo 4º. Empeño y calificación profesional. El abogado debe asesorar y defender empeñosamente a su cliente, observando los estándares de buen servicio profesional y con estricto apego a las normas jurídicas y de ética profesional.

Artículo 5º. Honradez. El abogado debe obrar con honradez, integridad y buena fe y no ha de aconsejarle a su cliente actos fraudulentos.

Artículo 6º. Independencia. El abogado debe preservar su independencia a efectos de dar a sus clientes una asesoría y consejo imparciales y prestar una debida representación de sus intereses.

El abogado debe evitar que su independencia se pueda ver afectada por conflictos de interés.

Artículo 7º. Confidencialidad y secreto profesional. El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión, en los términos establecidos por las reglas del Título IV de la Sección Primera de este Código.

Artículo 8º. Actuaciones que encubren a quienes no están autorizados para ejercer la abogacía. El abogado no ha de permitir que se usen sus servicios profesionales o su nombre para facilitar o hacer posible el ejercicio de la profesión por quienes no estén legalmente autorizados para ejercerla. Falta a la ética profesional el abogado que firma escritos de los que no sea personalmente responsable o que presta su intervención sólo para cumplir en apariencia con las exigencias legales.

Artículo 9º. Responsabilidad por terceros. El abogado debe cuidar que la conducta de aquellos terceros que colaboran directamente con él en la prestación de servicios sea compatible con las reglas y principios de este Código.

Artículo 10. Derecho a denunciar actuaciones contrarias a la ética profesional. El derecho del cliente a reclamar en contra de las faltas a la ética profesional es irrenunciable. Ninguna convención por la que se libere al abogado de responsabilidad, por más amplios que sean sus términos, puede comprender la responsabilidad por faltas a la ética profesional.

El abogado que se entera de una trasgresión por otro abogado a cualquiera de las normas de este Código está facultado para denunciarlo ante quien corresponda.

Artículo 11. Alcance y cumplimiento de este Código. Las normas de este Código se aplican cualquiera sea la especialidad del abogado.

Las referencias que este Código hace a los abogados se extienden por igual a los estudios de abogados, aunque ninguna referencia específica sea hecha respecto de estos últimos, a menos que expresamente se señale lo contrario o que la regla por su naturaleza resulte aplicable sólo a los abogados como personas naturales.

Al incorporarse al Colegio de Abogados de Chile, el abogado deberá hacer promesa solemne de cumplir fielmente este Código.

SECCIÓN PRIMERA: RELACIONES DEL ABOGADO CON EL CLIENTE

TÍTULO I: FORMACIÓN DE CLIENTELA

Artículo 12. Información sobre servicios profesionales. Para formar su clientela el abogado podrá informar honesta y verazmente sobre sus servicios profesionales. En particular, al abogado está prohibido: a) prometer resultados que no dependan exclusivamente de su desempeño profesional; b) ofrecer el empleo de medios contrarios al derecho; c) dar a entender que posee la capacidad de influir en la autoridad personalmente o por medio de terceros; d) revelar información protegida por el deber de confidencialidad; e) informar la identidad de sus clientes sin contar con su autorización; o; f) valerse de comparaciones con otros abogados o estudios sobre bases indemostrables.

Artículo 13. Prohibición de la solicitud. Está prohibido al abogado recurrir a la solicitud para formar su clientela. Se entiende por solicitud toda comunicación de un abogado relativa a uno o más asuntos específicos, dirigida a un destinatario determinado, por sí o por medio de terceros, y cuyo sentido sea procurar la contratación de sus servicios profesionales.

No constituyen solicitud las siguientes comunicaciones: a) la dirigida a personas con quienes el abogado tenga relaciones de parentesco o amistad; b) la dirigida a un cliente o a quien fue cliente personal del abogado; c) la dirigida a otro abogado o estudio; d) la dirigida a un órgano del Estado; e) la realizada en el marco de actividades pro bono.

Siempre está prohibida una comunicación dirigida a obtener un encargo profesional si media engaño, hostigamiento o aprovechamiento abusivo de la situación o estado de vulnerabilidad de los destinatarios.

TÍTULO II: CONSTITUCIÓN Y TÉRMINO DE LA RELACIÓN PROFESIONAL

Artículo 14. Aceptación o rechazo de asuntos. El abogado tiene la libertad para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad

de expresar los motivos de su decisión. Si el nombramiento se ha efectuado de oficio, el abogado sólo podrá declinarlo si no le está legalmente prohibido y expresa justificación razonable.

Artículo 15. Cliente. A efectos de este Código se entiende por cliente la persona natural o jurídica que ha establecido una relación profesional con un abogado para la prestación de servicios profesionales. Son servicios profesionales del abogado el consejo y la asesoría jurídica, así como la representación y patrocinio, y en general, el resguardo de los intereses del cliente.

No es cliente quien remunera los servicios profesionales que benefician a un tercero. Sin embargo, el abogado, con el consentimiento informado de su cliente, puede mantener también informado al tercero que remunera sus servicios respecto del desarrollo del asunto.

Artículo 16. Cliente persona jurídica. No son clientes los directores, gerentes, representantes, empleados, accionistas u otras autoridades o miembros de una persona jurídica con la que el abogado tiene una relación profesional. Sin embargo, los deberes profesionales del abogado para con la persona jurídica podrán cumplirse por intermedio de quienes la administran o representan, de acuerdo con las reglas generales.

El abogado puede prestar servicios a los socios, accionistas, empleados y, en general, cualesquiera miembros de la persona jurídica que es su cliente, en asuntos a cuyo respecto no exista conflicto de intereses conforme a las reglas de la Sección Segunda de este Código.

En principio, el hecho de que un grupo empresarial sea cliente de un abogado no impide a éste representar intereses adversos a los de sus filiales y coligadas, a menos que las circunstancias indiquen que ellas también son su cliente, haya un acuerdo expreso en tal sentido o exista el riesgo de que la representación por el abogado de cualquiera de los dos clientes se vea sustancialmente limitada.

Artículo 17. Inicio de la relación profesional. La calidad de cliente se adquiere al inicio de la relación profesional. Se entiende que comienza la relación profesional cuando una persona natural o jurídica manifiesta a un abogado su intención sería de que ese abogado le proporcione servicios profesionales, y el abogado consiente expresa o tácitamente en prestar sus servicios. Se entenderá aceptación tácita si el abogado omite manifestar su voluntad al respecto dentro de un tiempo prudencial, sabiendo o debiendo saber que esa persona razonablemente confía en que ese abogado le prestará sus servicios.

También comienza la relación profesional cuando una autoridad legalmente competente designa al abogado para que proporcione sus servicios profesionales a una o más personas determinadas; si el encargo es excusable de acuerdo con la ley o con este Código, se entenderá que la relación profesional comienza desde que la excusa le es rechazada.

Artículo 18. Terminación de la relación profesional. La relación profesional termina cuando: a) finalizan los servicios profesionales para los cuales el abogado fue contratado; b) llega a ser imposible continuar prestando los servicios para los cuales el abogado fue contratado; c) el abogado renuncia al encargo, cumpliendo con los deberes y cargas establecidos en las leyes y en este Código; o d) el cliente pone término a los servicios profesionales.

Artículo 19. Renuncia al encargo profesional. Una vez aceptado un encargo, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia, o por incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente hacia el abogado, o si se hace necesaria la intervención exclusiva de un profesional especializado. También podrá renunciar si el cliente incurre en actos ilegales o incorrectos. El abogado que renuncia debe continuar cuidando de los asuntos del cliente por un tiempo razonable, que es el necesario para que éste pueda obtener nueva asesoría o representación profesional. El abogado debe tomar las medidas necesarias para evitar la indefensión del cliente.

Artículo 20. Cliente potencial. Se extienden al cliente potencial los deberes del abogado para con su cliente establecidos en los artículos 22, 27, 42 y 43, así como el Título IV de esta sección. Es cliente potencial la persona natural o jurídica que consulta al abogado acerca de cierto asunto. Se entiende por consulta la solicitud del cliente potencial expresando seriamente al abogado su interés por obtener sus servicios profesionales.

TÍTULO III: DEBERES DEL ABOGADO EN LA RELACIÓN PROFESIONAL

§ 1. *Deberes fiduciarios generales*

Artículo 21. Deberes fundamentales del abogado. El abogado debe observar en sus relaciones con los clientes los principios y reglas referidos en el Título Preliminar de este Código.

Artículo 22. Criterio de prevención. Antes de aceptar un asunto, el abogado debe analizar si la asesoría o representación supone un riesgo serio de trasgredir sus deberes profesionales respecto de un cliente, en cuyo caso deberá rechazar el encargo. Asimismo debe renunciar al encargo profesional cuando por cualquier causa sobreviniente surgiera ese riesgo.

Artículo 23. Relación personal del abogado con el cliente. Las relaciones del abogado con su cliente deben ser personales desde su origen. En consecuencia, el abogado no ha de aceptar el patrocinio de clientes

por medio de agentes, excepto cuando se trate de instituciones altruistas para ayudar a quienes no pueden procurarse servicios profesionales por su cuenta.

Artículo 24. Recomendación de servicios profesionales. Ningún abogado puede recomendar a un cliente otro abogado si no tiene antecedentes confiables respecto a la idoneidad y capacidad profesional del abogado recomendado. Falta a la ética profesional el abogado que recomienda o refiere otro abogado en forma onerosa.

Artículo 25. Deber de correcto servicio profesional. Es deber del abogado servir a su cliente con eficacia y empeño para hacer valer sus intereses o derechos. Por eso, el abogado no debe asumir encargos que exceden sus conocimientos y capacidades profesionales.

El deber del abogado de servir al cliente no afectará su independencia ni comprometerá su conciencia.

El abogado no puede exculparse de un acto ilícito atribuyéndolo a instrucciones de su cliente.

Artículo 26. Compromiso con la defensa de derechos del cliente. El abogado debe realizar las actuaciones y formular los argumentos dirigidos a tutelar los derechos de su cliente sin consideración a la antipatía o impopularidad que pudieren provocar en el tribunal, la contraparte o la opinión pública.

Artículo 27. Aseveraciones sobre el buen éxito del asunto. El abogado no asegurará a su cliente que su asunto tendrá buen éxito; pero sí le está permitido opinar sobre el derecho que asiste al cliente.

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

El abogado debe mantener informado al cliente, en forma veraz, completa y oportuna del estado del encargo profesional encomendado, y, de manera especial, de todo asunto importante que surja en su desarrollo. Falta a la ética profesional el abogado que oculta o retrasa información al cliente o le hace declaraciones falsas o incompletas acerca del estado de las gestiones que tiene a su cargo. El abogado debe responder prontamente a las solicitudes razonables de información del cliente.

Artículo 29. Deber de observar las instrucciones del cliente. El abogado debe actuar conforme con las instrucciones recibidas por el cliente, cuidando que éste haya sido informado de conformidad con el Artículo precedente. Si las instrucciones fueren a su juicio perjudiciales para los intereses del cliente o si las estimare contrarias a la ética, el abogado

debe representárselo y, según el caso, podrá poner término a su relación con el cliente.

Artículo 30. Conocimiento por el abogado de hechos relevantes una vez concluida la relación con el cliente. El abogado que tomare conocimiento o recibiere noticia de un hecho, directamente en razón de un encargo profesional anterior, y de cuya ignorancia puede devenir algún perjuicio para el cliente, deberá informárselo a la brevedad posible; salvo que el tiempo transcurrido desde terminado el encargo, el carácter público del hecho referido u otra circunstancia similar justifique al abogado no informarlo.

Artículo 31. Responsabilidad del abogado por sus actuaciones erróneas. El abogado debe reconocer prontamente su negligencia en la gestión del asunto encomendado y realizar todas las acciones que sean útiles para evitar perjuicios al cliente.

Artículo 32. Conducta incorrecta del cliente. El abogado ha de velar por que su cliente actúe correctamente, tanto respecto a magistrados y funcionarios, como de la contraparte, sus abogados y terceros que intervengan en el asunto.

§ 2. *Deberes de contenido patrimonial*

Artículo 33. Honorarios profesionales. El abogado negociará y venderá los honorarios profesionales con el cliente libre y lealmente. En consecuencia, se prohíbe al abogado abusar de su posición de privilegio en desmedro del cliente, así como obtener un provecho indebido a partir de la situación o estado de vulnerabilidad en que éste pueda encontrarse.

El provecho o retribución nunca deben constituir el móvil determinante de los actos profesionales.

Artículo 34. Forma y oportunidad para convenir los honorarios. Encargado un asunto profesional, el abogado procurará acordar los honorarios a la brevedad posible. A su vez, una vez acordado el monto y modalidad de pago de los honorarios, el abogado procurará hacer constar dicho acuerdo por escrito de manera clara y precisa, dentro de un tiempo prudencial.

Artículo 35. Estimación de gastos. También efectuará el abogado una estimación razonable de los gastos en que el cliente habrá de incurrir.

Si los gastos necesarios para el desarrollo del encargo superaren su estimación inicial, el abogado no podrá incurrir en ellos sin autorización del cliente.

Artículo 36. Pacto de cuota litis. Se entiende por pacto de cuota litis el acuerdo en cuya virtud el abogado asume la representación del cliente en un asunto con cargo a una retribución que sólo corresponde si se tiene éxito en el asunto. A efectos de esta regla, no se entenderá que se ha pactado cuota litis si el abogado recibe por sus servicios una remuneración a todo evento y, además, se conviene un premio por éxito en el asunto.

El pacto de cuota litis se regirá por las siguientes reglas:

- a) constará por escrito;
- b) la participación del abogado nunca será mayor que la del cliente o, tratándose de dos o más clientes, a la suma que a estos les corresponda en conjunto;
- c) se aplicará a la distribución de los gastos y las costas la participación del abogado y del cliente acordada en el pacto; a falta de acuerdo los gastos y costas serán de cargo del abogado;
- d) en el evento que el abogado renuncie al mandato judicial, perderá todo derecho a exigir honorarios, salvo que dicha renuncia obedezca a una causa sobreviniente justificada; en este caso el abogado tendrá derecho a cobrar una cantidad razonable por sus servicios y por los gastos incurridos, atendida la participación originalmente convenida, siempre que sobrevengan beneficios económicos atribuibles a la actividad profesional desplegada;
- e) salvo acuerdo escrito en contrario, si las pretensiones litigiosas se ven anuladas o reducidas por desistimiento, renuncia o transacción, o porque el cliente pone término anticipado al encargo, el abogado tendrá derecho a liquidar y exigir el pago de los honorarios proporcionales a los servicios prestados;
- f) si el asunto es resuelto en forma negativa a las pretensiones del cliente, el abogado no cobrará honorarios ni gasto alguno, y soportará las costas del juicio, a menos que se haya estipulado expresamente algo diferente.

Artículo 37. Distribución de honorarios. Está permitida la distribución de honorarios basada en la colaboración para la prestación de los servicios o en la responsabilidad profesional asumida por los abogados.

Artículo 38. Controversia con los clientes acerca de los honorarios. El abogado debe evitar toda controversia con el cliente acerca de sus honorarios, hasta donde esto sea compatible con su dignidad profesional y con su derecho a recibir adecuada retribución por sus servicios. En caso de verse obligado a demandar al cliente, es preferible que se haga representar por un colega.

Artículo 39. Administración de bienes recibidos del cliente. Los bienes que el abogado reciba del cliente con ocasión de la prestación de sus

servicios profesionales deben ser administrados y conservados con la debida diligencia y cuidado.

En cualquier caso, en la administración de los bienes recibidos del cliente, el abogado debe atenerse estrictamente a las instrucciones recibidas; si no hubiere recibido instrucciones específicas, actuará de la manera que razonablemente se avenga a la naturaleza del encargo.

Artículo 40. Uso de fondos recibidos del cliente. El abogado debe siempre hacer uso de los fondos recibidos del cliente exclusivamente para los fines y propósitos de su representación.

Artículo 41. Rendición de cuentas. La correcta administración de los bienes recibidos del cliente o recibidos para el cliente exige al abogado una rendición de cuentas documentada acerca del monto, uso y ubicación material de dichos bienes.

El abogado dará pronto aviso a su cliente de los bienes y dineros que reciba para él; y los pondrá de inmediato a su disposición. Falta a la ética profesional el abogado que disponga de fondos recibidos para su cliente.

No podrá el abogado retener los bienes y dineros recibidos del cliente o recibidos para el cliente, con el fin de hacerse pago de honorarios adeudados o para garantizarlos, a menos que exista acuerdo o autorización expresa del cliente o resolución judicial que lo autorice.

Artículo 42. Uso de la información relativa a los asuntos del cliente. El abogado debe usar la información relativa a asuntos del cliente exclusivamente en interés de ese cliente, salvo los casos en que la ley o este Código lo obligan o facultan a darle otro destino. Sin el consentimiento expreso del cliente está prohibido al abogado usar información confidencial para obtener un provecho para sí o para un tercero.

Artículo 43. Administración de documentos. Los documentos que han sido entregados al abogado o que éste haya producido para el ejercicio del encargo profesional pertenecen al cliente, de modo que deben estar a su disposición si éste desea obtener copias o recuperarlos. Al término de la representación, los documentos deberán ser restituidos al cliente, salvo acuerdo en contrario. Queda prohibido al abogado retener dichos documentos, con el fin de hacerse del pago de honorarios adeudados, para garantizarlos o por cualquier otro motivo, salvo que se trate de (i) documentos de uso exclusivamente interno del abogado o de su estudio, o (ii) de informes u opiniones preparados por el abogado o a sus expensas, que no han sido remunerados por el cliente y siempre que el encargo profesional se haya limitado única y exclusivamente a la preparación de dicho informe u opinión. Con todo, no procederá este derecho si los intereses del cliente pudieran verse expuestos a un perjuicio inminente

e irreversible si dichos documentos no son prontamente entregados al cliente o a su otro abogado.

En caso que los documentos permanezcan en poder del abogado, éste deberá conservarlos durante un tiempo prudencial, luego del cual podrá destruirlos, después de haber advertido al cliente, o en su defecto de haber hecho esfuerzos razonables por advertirlo.

§ 3. *Servicios profesionales pro bono*

Artículo 44. Actividades pro bono. Es responsabilidad del abogado, en la medida de sus posibilidades, prestar servicios gratuitos en favor de la comunidad y asistir a quienes no pueden hacerse de asistencia letrada por sus medios. Se entiende que pueden ser ofrecidas y ejecutadas pro bono las siguientes actividades: a) la prestación de servicios profesionales a personas de escasos recursos; b) la prestación de servicios profesionales a organizaciones sin fines de lucro; c) la participación en actividades que persigan mejorar el sistema jurídico vigente, incluyendo la profesión.

Artículo 45. Deber de diligencia profesional. La prestación pro bono del servicio profesional no exime del deber de diligencia del abogado, ni atenúa sus exigencias.

Es contraria a la ética profesional la instrumentalización por parte del abogado de esta forma de prestar sus servicios profesionales hacia fines ajenos a la promoción del acceso a la justicia, la representación legal efectiva o la consolidación del estado de derecho.

TÍTULO IV: DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

§ 1. *Deber de confidencialidad para con el cliente*

Artículo 46. Deberes que comprende el deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad comprende:

- a) *Prohibición de revelación.* El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia.
- b) *Deberes de cuidado.* El abogado debe adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cautelen el carácter confidencial de esa información; y
- c) *Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores.* El abogado debe adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él.

Artículo 47. Duración indefinida. El deber de confidencialidad no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo.

Artículo 48. Deber de revelar información por abogado que desempeña una función pública. El abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa función no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado.

Artículo 49. Prioridad del deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad para con un cliente prevalece sobre cualquier deber fiduciario para con otro cliente.

§ 2. *Revelación consentida por el cliente*

Artículo 50. Consentimiento del cliente. No falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente.

Artículo 51. Consentimiento expreso. El consentimiento expreso debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita. La autorización del cliente no obliga al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad. El abogado informado por terceros de haber sido relevado por su cliente debe cerciorarse, en forma previa a la revelación, de que esa liberación es efectiva. En cualquier momento el cliente puede revocar su consentimiento.

Artículo 52. Consentimiento presunto. Se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado a ese cliente, a menos que éste haya dispuesto algo diferente. En caso de duda, el abogado debe confidencialidad.

§ 3. *Revelación no consentida por el cliente*

Artículo 53. Deber de revelar. El abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen.

Artículo 54. Facultad de revelar. El abogado puede revelar información sujeta a confidencialidad:

- a) para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas;

- b) para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva;
- c) para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad;
- d) para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente;
- e) para cobrar los honorarios que le son debidos;
- f) para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos del párrafo 4 de este título; o
- g) en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional.

Artículo 55. Necesidad. Los artículos precedentes sólo autorizan al abogado a efectuar la revelación que sea necesaria para el logro del fin que la justifica, a condición, además, de que el abogado no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente. Esta exigencia es particularmente estricta cuando se trata de la revelación que se efectúa para cobrar honorarios.

Artículo 56. Proporcionalidad. Si el hecho que el abogado intenta impedir o la imputación de la que se defiende no son atribuibles al cliente, el abogado sólo se encuentra autorizado a revelar información sujeta a confidencialidad cuando el mal que con ello evita es sustancialmente mayor que el que causa. Esta exigencia es siempre aplicable a la revelación efectuada para cobrar honorarios.

Artículo 57. Consideración debida a la defensa en juicio penal. Si la revelación ordenada o autorizada por los artículos 53 y 54 (a) y (b) puede perjudicar la defensa del cliente en cualquier etapa de un procedimiento penal, el abogado debe adoptar previamente medidas razonables encaminadas a evitar ese perjuicio. El abogado que no dispone de medidas para evitar ese perjuicio no está obligado a hacer revelaciones. Si la defensa penal del cliente está a cargo de otro abogado, la revelación puede ser efectuada a este último.

Artículo 58. Advertencia al cliente. No falta a la ética profesional el abogado que advierte a su cliente que revelará información para lograr mediante esa advertencia alguno de los fines previstos en los artículos 53 y 54, a condición que la advertencia persiga el mismo fin que justificaría la revelación.

Artículo 59. Divulgación en interés general o profesional. No falta a la ética profesional el abogado que expone un caso en que haya intervenido, si con ello favorece el desarrollo de la cultura jurídica o la formación

profesional, siempre que adopte las medidas que eviten la identificación del cliente y del caso concreto.

§ 4. *Consideración debida al secreto profesional*

Artículo 60. Deber de cautelar el secreto profesional. Si un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional.

En observancia de este deber, el abogado actuará de conformidad con las siguientes reglas:

- a) *Interpretación de la ley favorable a la confidencialidad.* El abogado debe interpretar las disposiciones constitucionales y legales que lo eximen del deber de informar o declarar del modo que mejor garantice el cumplimiento de su deber de confidencialidad.
- b) *Prerrogativa de calificación.* El abogado debe limitarse a expresar que los hechos están amparados por el secreto profesional y abstenerse de fundamentar esa calificación si esa justificación pudiere comprometer ese secreto.
- c) *Deber de impugnar.* En general, el abogado debe realizar las actuaciones razonables dirigidas a impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar sobre materias que son objeto de secreto profesional.

Artículo 61. Obligación de cerciorarse de la relevación del derecho al secreto profesional. El abogado que ha sido informado por terceros de que ha sido relevado por su cliente del secreto profesional debe comprobarlo personalmente, en observancia del artículo 51. Si fuere necesario, el abogado debe solicitar a la autoridad que realice las actuaciones que le permitan comunicarse con el cliente. El abogado que no ha podido cerciorarse se encuentra bajo secreto profesional.

Artículo 62. Licitud ética de la negativa a declarar. No falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar sobre materias sujetas a confidencialidad con fundamento en su derecho al secreto profesional.

Artículo 63. Autorización ética para declarar. Citado a declarar como testigo, el abogado está facultado para revelar información sujeta a confidencialidad, sin cumplir con los resguardos referidos en el artículo 60, en los siguientes casos:

- a) si tiene razones fundadas para considerar que el servicio profesional por él prestado fue utilizado por el cliente para realizar un hecho que

- se le imputa a ese cliente como crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; o
- b) si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

Artículo 64. Extensión del derecho al secreto profesional a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial. Las reglas de este párrafo se extienden en iguales términos a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar, entregar o exhibir documentos u otros soportes físicos, electrónicos o de cualquiera naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad. La regla se extiende a la información producida por el abogado con carácter confidencial, sea que se encuentre en su poder o en el de su cliente.

SECCIÓN SEGUNDA: CONFLICTOS DE FUNCIONES E INTERESES

TÍTULO I: CONFLICTOS DE FUNCIONES

Artículo 65. Principio general. El abogado no podrá ejercer otras profesiones o actividades, directamente ni por intermedio o en asociación con terceros, que limiten su independencia, resulten incompatibles con el ejercicio de la abogacía, o le impidan el cumplimiento adecuado de las reglas de ética profesional.

Artículo 66. Función parlamentaria. El cargo parlamentario es incompatible con el ejercicio de la profesión de abogado. En consecuencia, el abogado que ejerza el cargo de parlamentario no podrá asumir el patrocinio ni la representación de intereses ante los tribunales de justicia, aun en caso de recaer la causa en una materia de interés público. Tampoco podrá intervenir como asesor o representante de intereses de un cliente en materias no litigiosas, ni desempeñarse como árbitro. El abogado parlamentario sólo podrá participar como socio o colaborador de un estudio de abogados en forma pasiva. En tal caso, deberá abstenerse de participar en la discusión o aprobación parlamentaria de toda materia que pueda tener un efecto directo en los intereses de un cliente del estudio de abogados al que pertenece.

Artículo 67. Abogado que ejerce o ha ejercido funciones jurisdiccionales o de mediador. El abogado que desempeñe funciones jurisdiccionales no puede intervenir en un asunto del cual conoció en su carácter oficial;

tampoco podrá intervenir a favor de una de las partes el abogado que ha actuado previamente como mediador en el mismo asunto.

El abogado que haya intervenido profesionalmente en un asunto o que participe, trabaje o colabore en un estudio que intervino en ese asunto, no puede conocer del mismo en calidad de árbitro o mediador, a menos que cuente con el consentimiento expreso e informado de todas las partes. El abogado que desempeñe funciones jurisdiccionales no puede patrocinar ni representar intereses en ningún asunto judicial que estuviere o pudiere eventualmente quedar sometido a la jurisdicción de dicho tribunal mientras ejerza tal función y hasta por dos años después de haber cesado en ella.

El abogado integrante no podrá intervenir como abogado, directamente ni por intermedio o en asociación con terceros, en ningún asunto o materia que deba ser analizado, informado o resuelto por el tribunal que integre. Tampoco podrá juzgar aquellos asuntos que se relacionen, directa o indirectamente, con intereses de sus clientes o de clientes del estudio de abogados en el que participe.

Artículo 68. Relaciones con el juez. El abogado no puede intervenir como patrocinante o apoderado en ningún asunto que deba resolver como juez su cónyuge, conviviente, hijo o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive.

Tampoco podrá intervenir como patrocinante o apoderado si tiene una relación de íntima amistad con el juez, o si presta o ha prestado a éste o a cualquiera de sus familiares antes mencionados servicios profesionales durante el año inmediatamente precedente.

Artículo 69. Abogado que se desempeña en un organismo público.

El abogado que, desempeñándose en un organismo público, no esté impedido de ejercer libremente la profesión, no podrá en esta última calidad intervenir en ningún asunto que se refiera a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por él o por el organismo público al cual pertenezca.

Artículo 70. Abogado que se retira de un organismo público. El abogado que se retire de un organismo público no podrá intervenir en asunto alguno del cual conoció en el ejercicio de sus funciones. Tampoco podrá patrocinar ni representar en juicio intereses coincidentes o contrapuestos con el mismo organismo público, por el lapso de un año con posterioridad a su retiro.

Para este efecto, se entenderá como 'organismo público' el respectivo órgano o servicio de la Administración del Estado o de la Fiscalía Regional del Ministerio Público en cuyo ámbito de competencia el abogado haya ejercido sus funciones y los que dependan directamente de aquel.

Artículo 71. Abogado que se incorpora a un organismo público. El abogado que se incorpore a un organismo público no podrá intervenir en ningún asunto en el cual haya asesorado o representado intereses de clientes.

TÍTULO II: CONFLICTOS DE INTERESES

Artículo 72. Regla general. El abogado no puede intervenir en un asunto en que su independencia o su juicio profesional pudieran verse menoscabados, por su propio interés o por motivos de amistad, parentesco, ideológicos, culturales u otros análogos. En general, no deberá actuar en un asunto sino cuando tenga libertad moral para dirigirlo.

Artículo 73. Criterios para definir el conflicto de intereses. Existe un conflicto de intereses toda vez que la intervención profesional en un asunto resulta directamente adversa a la de otro cliente; o cuando existe un riesgo sustancial de que el cumplimiento de los deberes de lealtad o independencia del abogado se vean afectados por su interés personal, o por sus deberes hacia otro cliente actual o anterior, o hacia terceros.

Si concurren las circunstancias previstas en el inciso anterior, puede darse por establecido un conflicto de interés aunque las disposiciones de los artículos siguientes no contengan una regla específica que resuelva el caso.

TÍTULO III: CONFLICTOS CON EL INTERÉS O CONVICCIONES PERSONALES DEL ABOGADO

Artículo 74. Adquisición de interés pecuniario en el litigio. El abogado no puede adquirir interés pecuniario de ninguna clase, sea éste coincidente o adverso con el de su cliente, en el asunto en que actúa o haya actuado como patrocinante o apoderado, salvo lo acordado en materia de honorarios.

Artículo 75. Adquisición de bienes en el litigio. El abogado no puede adquirir directa o indirectamente bienes en los remates judiciales, licitaciones, subastas, ni aprovechar oportunidades de negocio, que sobrevengan como consecuencia de los litigios en que haya intervenido como patrocinante o apoderado.

La adquisición de los derechos litigiosos del cliente está especialmente prohibida.

Artículo 76. Asistencia económica al cliente. El abogado no puede proporcionar ayuda financiera al cliente en relación con un litigio en el cual actúa como patrocinante o apoderado, ni convenir con él en asumir

los gastos del asunto, a menos que se trate de un cliente al cual se presten servicios pro bono o se acuerde el reembolso posterior de los gastos, sea en forma directa o con cargo al pacto de cuota litis en conformidad a lo dispuesto en este Código.

Artículo 77. Adquisición de interés pecuniario adverso en materia no litigiosa. El abogado no puede realizar negocio alguno que suponga un interés pecuniario adverso al de su cliente en un asunto en el cual presta a éste servicios de asesoría o consultoría.

Tampoco podrá participar el abogado en la redacción de actos o convenciones que reconozcan al abogado derechos patrimoniales o personales de cualquier tipo, salvo los relativos al convenio de prestación de servicios profesionales y al pacto de honorarios profesionales.

Artículo 78. Adquisición de interés pecuniario coincidente en materia no litigiosa. Está prohibido al abogado intervenir en negocios en que participe como contraparte su cliente, salvo que éste consienta en forma expresa e informada, sus términos correspondan a condiciones normales de mercado y el cliente cuente al efecto con asesoría letrada independiente.

Artículo 79. Extensión de las reglas sobre interés pecuniario. Las reglas que inhabilitan a un abogado para intervenir en un asunto en razón de intereses pecuniarios coincidentes o adversos con los del cliente también se aplican al abogado cuando los intereses en conflicto con los del cliente son los de su cónyuge, conviviente, hijos o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, inclusive.

Artículo 80. Conflicto por convicción personal. El abogado debe abstenerse de intervenir en un asunto en que haya de sostener tesis contrarias a sus convicciones personales, tales como las políticas o religiosas.

Artículo 81. Conflicto en razón de posiciones u opiniones sostenidas por el abogado. El abogado debe abstenerse de intervenir en un asunto en el que haya de sostener tesis contrarias a las sostenidas públicamente en otros asuntos, si existe un riesgo significativo de que ello pudiere perjudicar los intereses del cliente o limitar la efectividad de su asesoría, patrocinio o representación.

No infringe esta regla el abogado que interviene en el nuevo asunto si admite y justifica su cambio de posición.

Artículo 82. Conflicto sobre métodos. El abogado debe abstenerse de intervenir en un asunto cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de plantearlo o desarrollarlo. Si surgiere una discrepancia fundamental durante la prestación de los servicios profesionales y no

fuere posible subsanarla, el abogado deberá cesar inmediatamente en la representación informando al cliente por escrito de las razones que justifican su decisión.

TÍTULO IV: CONFLICTOS CON EL INTERÉS DE OTRO CLIENTE

Artículo 83. Conflicto con el interés de otro cliente actual. El abogado no puede intervenir en un asunto en que deba representar intereses incompatibles con los de otro cliente actual del mismo abogado o del estudio profesional.

Artículo 84. Representación conjunta de intereses comunes o diversos.

El abogado solo podrá intervenir en favor de dos o más clientes en forma conjunta si antes de aceptar el asunto les expone por escrito los riesgos y desventajas que pueden surgir durante el desempeño del encargo profesional, y luego todos los clientes consienten por escrito en la contratación de ese abogado. El abogado que representa a dos o más clientes en un mismo asunto o en asuntos diversos no puede participar en la negociación en que unos y otros sean contrapartes sin la autorización previa y escrita de todos los clientes, previa información razonablemente detallada y completa acerca de todos los intereses comprendidos en la negociación.

Está prohibida cualquier negociación que suponga renunciar a los derechos de un cliente en favor de otro sin consentimiento expreso e informado del afectado.

Artículo 85. Conflicto con el interés de un cliente anterior. El abogado no puede intervenir en un asunto en favor de los intereses de un cliente, si estos son directamente adversos a los intereses de otro cliente anterior del mismo abogado o del estudio profesional y existe además el riesgo de que la confidencialidad de las informaciones obtenidas del anterior cliente pueda ser infringida o tales informaciones pudieren permitir al nuevo cliente la obtención de una ventaja indebida.

Artículo 86. Conflicto de intereses sobreviniente. Si durante la prestación de los servicios profesionales surge un conflicto con los intereses de otro cliente, el abogado deberá comunicarlo a los clientes y cesar inmediatamente en la prestación de esos servicios a todos ellos, a menos que todos consientan en que continúe prestando tales servicios respecto a uno o más de ellos.

No obstante, el abogado podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual, cuidando especialmente en tal caso su imparcialidad.

TÍTULO V: DISPOSICIONES COMUNES A LOS CONFLICTOS DE FUNCIONES Y DE INTERÉS

Artículo 87. Efectos de los conflictos de funciones y de interés. El abogado a quien afecte alguna de las reglas sobre conflictos de funciones o de intereses debe abstenerse de intervenir en el asunto.

Si el conflicto sobreviene una vez iniciada la actuación profesional, el abogado deberá cesar inmediatamente sus servicios. Con todo, no se considerará que el abogado infringe estas reglas en la medida que actúe para evitar el riesgo de indefensión, y mientras no sea sustituido por otro abogado.

Artículo 88. Inhabilidad del estudio profesional. Cuando varios abogados integran un mismo estudio profesional, cualquiera sea la forma asociativa utilizada, las reglas que inhabilitan a uno de ellos para actuar en un asunto por razones de conflicto de funciones o de intereses también inhabilitarán a los restantes. La regla anterior no se aplicará si la inhabilidad de un abogado se debe a conflictos con los intereses de familiares de ese abogado o a conflictos con convicciones personales, o de posición, opinión o métodos.

Tampoco se extenderán a los demás abogados del estudio las incompatibilidades temporales que afectan a los abogados que se retiran de una entidad pública o cesan en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en la medida en que el abogado afectado por la incompatibilidad no participe, entregue o reciba información, ni perciba ingresos económicos que provengan directamente del asunto al cual se aplica la inhabilidad temporal.

Artículo 89. Inhabilidad del familiar abogado. Cuando un abogado se encuentra vinculado a otro abogado como cónyuge, conviviente, hijo o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, estará inhabilitado para representar en una negociación o litigio a un cliente cuya contraparte sea representada por el abogado con quien tenga dicha relación.

Sin embargo, esta inhabilidad no se extenderá a los demás abogados de la firma con los que cada uno de ellos se encontrare asociado.

Artículo 90. Dispensa del conflicto de intereses. No obstante la existencia de un conflicto de intereses, el abogado puede intervenir en el asunto si resulta posible hacerlo sin infringir los deberes de lealtad y confidencialidad hacia los clientes involucrados y todos ellos otorgan su consentimiento expreso e informado.

El consentimiento expreso e informado supone un acto escrito mediante el cual el abogado expone los riesgos y desventajas de la representación en situación de conflictos de intereses, debidamente suscrito por los clientes cuyos intereses se encuentren amenazados por el de conflicto de intereses,

y en el cual el cliente manifieste que dispensa el conflicto en conocimiento de la inhabilidad que afecta al abogado y de las reglas sobre conflicto de intereses aplicables, las que deberán transcribirse íntegramente en el mismo documento. El consentimiento para actuar pese a la existencia de un conflicto de intereses no supone autorización para infringir el deber de lealtad hacia el cliente o violar el deber de confidencialidad.

Si durante el desarrollo de los servicios profesionales así autorizados, se hiciere evidente que el deber de lealtad hacia un cliente exigiría infringir el deber de lealtad hacia el otro cliente o revelar información sujeta al deber de confidencialidad, el abogado deberá cesar inmediatamente en la prestación de servicios de todos ellos.

Artículo 91. Conflictos no dispensables. Sólo los conflictos de intereses son dispensables de acuerdo con las reglas del artículo anterior. No es admisible dispensar conflictos de funciones, a menos que se señale expresamente lo contrario. Ni aun con el consentimiento informado de todos los clientes podrá el abogado asumir la defensa o representación de partes adversas en un mismo juicio.

Artículo 92. Declaración de la inhabilidad. El Colegio de Abogados de Chile contará con un procedimiento expedito para pronunciarse sobre la habilidad de un abogado para actuar en un asunto en que cualquier interesado afirme la existencia de un conflicto de intereses. El procedimiento consultivo no excluirá la iniciación de un proceso sancionatorio dirigido a aplicar las sanciones disciplinarias que correspondan al abogado que haya intervenido en el asunto a sabiendas de la existencia del conflicto de intereses o de funciones.

Si el proceso iniciado fuere sancionatorio, la inhabilidad del abogado podrá ser declarada como medida cautelar.

SECCIÓN TERCERA: CONDUCTA DEBIDA DEL ABOGADO EN SUS ACTUACIONES PROCESALES

TÍTULO I: DEBERES DE COOPERACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Artículo 93. Apoyo a la Magistratura. El abogado debe prestar apoyo a la magistratura. La actitud del abogado ha de ser de deferente independencia con los jueces y funcionarios administrativos, manteniendo siempre la más plena autonomía en el libre ejercicio de su ministerio.

Artículo 94. Resolución alternativa de conflictos. El abogado debe hacer los mejores esfuerzos para evitar o poner término a un conflicto

judicial mediante los mecanismos legales, siempre y cuando favorezcan una justa transacción o resultado a favor de su cliente.

Artículo 95. Lealtad en la litigación. El abogado litigará de manera leal, velando por que su comportamiento no afecte o ponga en peligro la imparcialidad del juzgador, ni vulnere las garantías procesales y el respeto debido a la contraparte.

En razón de este deber, está prohibido al abogado:

- a) generar condiciones para obtener un trato preferencial por los jueces llamados actual o potencialmente a decidir la cuestión debatida;
- b) influir en el tribunal apelando a razones políticas, de amistad u otras que no se vinculen exclusivamente con los antecedentes relevantes en el caso;
- c) tratar de influir en los jueces solicitando o participando en audiencias no previstas por las reglas procesales vigentes y que alteren el principio procesal de bilateralidad; podrá el abogado excepcionalmente solicitar al tribunal tales audiencias si los procedimientos no cautelan suficientemente el derecho de una parte a ser escuchada, o bien cuando sean especialmente dañosas las consecuencias que se pudieren seguir del retardo en el conocimiento por el tribunal de ciertas circunstancias del caso;
- d) ofrecer o dar beneficios a funcionarios que intervengan en un proceso judicial, sea en forma de regalos de cualquier naturaleza y monto, sea pagando por servicios que no son remunerados, sea haciéndolo en exceso aquéllos que son naturalmente remunerados;
- e) presentar pruebas a sabiendas de que son falsas u obtenidas de manera ilícita;
- f) instruir a testigos, peritos o al cliente para que declaren falsamente. Lo expresado no obsta a que pueda entrevistarlos respecto de hechos relativos a una causa en que intervenga, o que recomiende al cliente guardar silencio en audiencias de prueba o en la etapa de investigación cuando así lo autorizan las normas legales aplicables;
- g) destruir o impedir el acceso a piezas de información relevantes para un caso y a cuyo respecto haya deber legal o convencional de aportar al proceso, ya sea directamente o bien instruyendo o instando al cliente o a terceros para que lo hagan;
- h) ofrecer o dar compensaciones económicas a testigos que vayan más allá de los costos que deben asumir para prestar su testimonio, o bien, que se hagan depender tales compensaciones del beneficio que pudiere representar la declaración para los intereses del cliente;
- i) hacer depender la remuneración de los peritos de que las conclusiones de su informe sean favorables a los intereses del cliente o de las resultas del pleito;

- j) utilizar en los juicios antecedentes respecto de los cuales hubiere confidencialidad, según lo dispuesto en el artículo 110;
- k) violar los acuerdos que hayan sido adoptados con la contraparte. En particular, el abogado no sacará ventajas de la indefensión de la contraria que ha confiado en el cumplimiento de un acuerdo relativo a la manera u oportunidad en que se realizaría cierta actuación procesal.

Artículo 96. Respeto a las reglas de procedimiento. El abogado observará de buena fe las reglas procesales establecidas por la ley o por la convención entre las partes y no realizará actuaciones dirigidas a impedir que la contraparte ejerza debidamente sus derechos. En especial, está prohibido al abogado:

- a) aconsejar o ejecutar maniobras que constituyan un fraude procesal, como presentar documentos en que se haga aparecer como cumplida una actuación judicial que en verdad no se ha realizado;
- b) burlar los mecanismos aleatorios previstos en los procedimientos judiciales para la distribución de causas, la asignación de salas u otros similares;
- c) adulterar la fecha u hora de presentación o recepción de escritos;
- d) abusar de la facultad de interponer recursos o incidentes judiciales, en especial si por esos medios se buscare provocar daño injusto a la contraparte o forzarla a celebrar un acuerdo gravoso.

Artículo 97. Límites en la argumentación. El abogado no debe argumentar ante los tribunales de manera dirigida a obtener ventajas injustificadas o de modo que resulte vejatorio para los demás participantes en el juicio. Así, le está prohibido hacer citas de sentencias, leyes u otros textos de autoridad sabiendo o debiendo saber que son inexactas; o aludir a características físicas, sociales, ideológicas u otras análogas respecto de la contraparte o de su abogado, que fueren irrelevantes para la decisión de la controversia.

Artículo 98. Respeto al derecho a guardar silencio de imputados y acusados. En los procesos penales, el abogado no confundirá al imputado o acusado respecto del alcance de su derecho a guardar silencio, ni lo presionará indebidamente para que no ejerza ese derecho. Tampoco empleará artilugios destinados a provocar una declaración autoincriminatoria del imputado sin la presencia de su defensor, tales como entrevistas dirigidas por profesionales, amistades u otras personas capaces de despertar su confianza.

TÍTULO II: DEBERES DEL ABOGADO LITIGANTE PARA CON EL CLIENTE

Artículo 99. Empeño y eficacia en la litigación. El abogado responsable de representar los intereses de parte en un litigio preparará y ejecutará

su encargo con el empeño y eficacia requeridos para la adecuada tutela de los intereses de su cliente. Este deber no supone lograr determinados resultados, sino poner al servicio de su cliente las competencias y dedicación profesionales requeridas por las circunstancias.

Así, en el desempeño de sus funciones, el abogado debe: a) preparar sus actuaciones de manera razonada y diligente, informándose de los antecedentes de hecho y de derecho relevantes en el caso; b) ejecutar de manera oportuna y adecuada las actuaciones requeridas para la tutela de los intereses del cliente; c) abstenerse de delegar tareas propias de la función de abogado en personas que no se encuentren suficientemente calificadas para su correcta ejecución.

Artículo 100. Límites a la disponibilidad de los derechos del cliente. El abogado se abstendrá de allanarse a la acción contraria, de transigir, de admitir responsabilidad, de renunciar derechos del cliente y de abandonar el procedimiento sin contar con el previo consentimiento del cliente, debidamente informado acerca de la justificación y alcances de la decisión. El cliente podrá otorgar expresamente y por anticipado estas facultades al abogado, debiendo este último velar por que aquél comprenda los alcances de su delegación.

TÍTULO III: DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES Y RELACIONES CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 101. Relaciones con los medios de comunicación. Ante los medios de comunicación el abogado debe actuar con veracidad en sus aseveraciones, moderación en sus juicios y contar con el consentimiento informado o presunto de su cliente. Es contrario a la ética profesional servirse de los medios de comunicación para el elogio de sí mismo, aun a pretexto de colaborar con ellos o de defender los intereses de un cliente.

Lo dispuesto en el inciso precedente se extiende a toda interacción del abogado con los medios de comunicación.

Artículo 102. Declaraciones prohibidas. El abogado que participa o ha participado en un proceso pendiente, o en una investigación a él conducente, debe abstenerse de formular declaraciones o entregar información fuera de la investigación o proceso, cuando dichas declaraciones o información puedan afectar seriamente la imparcialidad en la conducción de la investigación o en la decisión del asunto.

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

Artículo 103. Derecho de rectificación. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, el abogado podrá formular declaraciones que re-

sulten necesarias para rectificar informaciones difundidas públicamente que pueda tener efectos perjudiciales para su cliente.

Artículo 104. Extensión de las prohibiciones. La prohibición establecida en el artículo 102 se extiende a todos los abogados que se desempeñen en el estudio o la repartición pública a la que pertenezca el abogado a que dicha regla se refiere.

Artículo 105. Responsabilidad por terceros. El abogado a que se refiere el artículo 102 debe adoptar medidas adecuadas para impedir que sus colaboradores que no son abogados formulen las declaraciones o comentarios, o entreguen la información, que a él le están prohibidos.

SECCIÓN CUARTA: DEBERES EN LA RELACIÓN PROFESIONAL ENTRE ABOGADOS Y CON TERCEROS

TÍTULO I: RELACIÓN ENTRE ABOGADOS CUYOS DEBERES FIDUCIARIOS SE VINCULAN CON CLIENTES DISTINTOS

Artículo 106. Respeto y consideración entre abogados. Los abogados deben mantener recíproco respeto y consideración. En ese espíritu, deben facilitar la solución de inconvenientes a sus colegas cuando por causas que no les sean imputables, como duelo, enfermedad o fuerza mayor, estén imposibilitados para servir a su cliente, y no se dejarán influir por la animadversión de las partes.

Artículo 107. Relaciones con la contraparte. El abogado no puede ponerse en contacto, negociar ni transigir con la contraparte sino en presencia o con autorización de su abogado, en cuyo caso habrá de mantenerlo informado.

Si la contraparte no estuviere asesorada por abogado, el profesional deberá recomendarle que recurra a uno que la asesore, haciéndole ver que él actúa en interés exclusivo de su propio cliente.

Artículo 108. Substitución en el encargo profesional. El abogado no intervendrá en favor de persona asesorada o representada en el mismo asunto por un colega sin darle previamente aviso, salvo que dicho profesional haya renunciado expresamente o se encuentre imposibilitado de seguir conociendo dicho asunto. Si sólo llegare a conocer la asesoría o representación del colega después de haber aceptado el asunto, se lo hará saber de inmediato.

En cualquier caso, el abogado que sustituya a otro en un asunto, indagará con el abogado sustituido sobre la existencia de honorarios

pendientes y, si fuere el caso, instará a su cliente para que los solucione o se dirima la controversia en torno a ellos, para lo cual podrá ofrecer sus buenos oficios.

Artículo 109. Acuerdos entre abogados. Los acuerdos entre abogados deben ser estrictamente cumplidos, aunque no se hayan ajustado a las formas legales.

El abogado debe revelar a la contraparte sus facultades para representar los intereses de su cliente. Si no hace esa revelación, el abogado de la contraparte podrá confiar en que dispone de facultades suficientes para convenir los acuerdos que negocie.

En caso de carecer de poderes suficientes, incurre en una falta a la ética profesional el abogado que no informa a la contraparte de que está extralimitando sus poderes, a menos que éstos sean conocidos por esta última. En tal caso, el cliente solo quedará obligado en virtud de su ratificación, según las reglas generales.

Artículo 110. Consentimiento en mantener una información como confidencial. El abogado debe confidencialidad al abogado de la otra parte si se ha obligado expresamente a respetarla. Con todo, no podrán hacerse valer en juicio, aun a falta de pacto expreso, los documentos y demás antecedentes que se hayan obtenido del abogado de la contraparte en el curso de la negociación de avenimientos, conciliaciones y transacciones frustradas, a menos que la conducta procesal de la otra parte justifique inobservar ese deber recíproco.

Artículo 111. Facultad para compartir la información con el cliente.

El abogado que recibe información bajo confidencialidad del abogado de otra parte está autorizado para compartir esa información sólo con el cliente en cuya consideración esa información le fue revelada.

TÍTULO II: RELACIONES ENTRE ABOGADOS Y TERCEROS QUE COLABORAN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN FORMA MANCOMUNADA

Artículo 112. Colaboración profesional y conflicto de opiniones. Cuando los abogados que colaboran en un asunto no puedan ponerse de acuerdo respecto de un punto fundamental para los intereses del cliente, le informarán francamente de la divergencia de opiniones para que resuelva. Su decisión será aceptada, a menos que la naturaleza de la discrepancia impida cooperar en debida forma a los abogados cuyas opiniones fueron rechazadas. En este caso, podrán solicitar al cliente que los releve o renunciar al encargo.

Artículo 113. Responsabilidad de los abogados socios o con poder de dirección. El abogado que ostenta poder de dirección dentro de una organización pública o privada o actúa en asociación temporal o como abogado independiente, debe realizar esfuerzos razonables para asegurarse que todos los miembros de la organización, incluyendo personal administrativo, practicantes y personal no letrado, actúen conforme a las reglas establecidas en este Código. En el supuesto que conozcan de alguna falta a la ética profesional por algún miembro de la organización, deberá adoptar las medidas razonables para evitar o atenuar sus consecuencias.

Artículo 114. Responsabilidad del abogado que ejerce bajo la dirección de otro. El abogado que colabora en una organización profesional o que ejerce bajo la dirección de otro abogado o de un superior jerárquico, tiene el deber de rechazar los encargos que se le encomienden que entren en conflicto con las reglas establecidas en este Código y responde personalmente por su incumplimiento. En consecuencia, no es admisible la excusa del abogado que incumple dichas reglas alegando que actuó por orden de otro abogado o un superior.

Artículo 115. Responsabilidad por dependientes no abogados. El abogado debe adoptar las medidas razonables para que la conducta de los dependientes no abogados que prestan servicios bajo su dirección, sea compatible con las obligaciones profesionales del abogado.

Artículo 116. Responsabilidad por terceros. El abogado debe realizar esfuerzos razonables para asegurar que los terceros a quienes subcontrate, delegue o encargue prestaciones a su cargo actúen conforme a las reglas de este Código. Asimismo, mantendrá la responsabilidad por la ejecución total del encargo frente al cliente, sin perjuicio de la responsabilidad personal que le corresponda al tercero.

SECCIÓN QUINTA: REGLAS RELATIVAS A CARGOS ESPECIALES

Artículo 117. Abogados auditores. El abogado que presta servicios en una empresa de auditoría no puede participar en la auditoría de sus propios servicios profesionales. El cumplimiento de esta prohibición supone que la empresa de auditoría en la que se presta servicios mantenga estrictamente separadas respecto de cada cliente las funciones de servicio profesional y las de auditoría. El abogado que presta servicios profesionales en una empresa de auditoría debe obtener el consentimiento expreso de su cliente para la revelación de la información relativa a sus asuntos con ocasión de cada auditoría que incluya dicha información. No es aplicable a esta revelación lo dispuesto en el artículo 52 de este Código.

Artículo 118. Abogados directores de una sociedad. El abogado de una sociedad que se desempeñe además como su director cuidará de diferenciar ante el directorio y los ejecutivos de la sociedad su actividad profesional de la función de director. En consecuencia, debe dar su opinión legal con la independencia requerida al abogado y participar en los acuerdos como lo prescribe la ley.

Si los deberes profesionales para con la sociedad entraren en conflicto con los deberes legales como director, el abogado arbitrará los medios razonables para resolverlo, sea terminando con una de las dos funciones, sea requiriendo del directorio que se solicite una opinión legal independiente, sea por otro medio equivalente.

El abogado no aceptará el cargo de director de una sociedad ni se mantendrá en esa función si, atendidas las circunstancias, su desempeño como director implica un conflicto de intereses respecto de algún cliente. El abogado que imprudentemente acepta o se mantiene en ese cargo de director responderá por la infracción de cualquier deber de la ética profesional para con ese cliente, sin que consideración alguna relativa al correcto desempeño del cargo de director pueda justificar o excusar dicha infracción.

Artículo 119. Deberes especiales para los abogados que ejercen funciones fiscalizadoras o representan el interés general de la sociedad. Quien en su condición de abogado ejerza funciones públicas de representación del interés general de la sociedad o de fiscalización, velará por otorgar en sus actuaciones un trato similar a personas que se encuentren en situaciones análogas y evitará toda forma de abuso.

En especial, cuidará del respeto de las garantías constitucionales de las personas, actuará con objetividad e imparcialidad, evitará actuar en razón de preferencias o animadversiones de cualquier tipo, incluyendo las de orden personal, político, religioso, social o de género y evitará efectuar declaraciones que den por ciertos hechos o apreciaciones que aún no dan lugar a una resolución administrativa o jurisdiccional. En consecuencia, el abogado a que se refiere esta regla debe abstenerse de realizar, en especial, las siguientes conductas:

- a) iniciar o perseverar en una investigación a sabiendas de que el cargo o la imputación cuenta con escaso mérito para servir de antecedente a una sanción o carga; en especial si de ello se pudieren seguir beneficios procesales, administrativos, políticos o de imagen injustificados;
- b) impedir el oportuno ejercicio de los derechos de quienes sean afectados por actos de la autoridad y, en particular, dificultar su acceso oportuno a una adecuada defensa jurídica;
- c) poner trabas a las garantías propias del debido proceso;
- d) negar el acceso oportuno a las partes de los antecedentes de la investigación, si ello fuere pertinente conforme a las normas vigentes;

- e) abusar de los medios, facultades y espacios de discrecionalidad que le son reconocidos, a efectos de burlar la defensa eficaz de los derechos de una de las partes;
- f) hacer uso abusivo, irreflexivo o desproporcionado de los medios de investigación, como es el caso de la intromisión injustificada en la vida de las personas, en especial si ello implica el uso de policías, funcionarios y, en general, de capacidades operativas disponibles;
- g) dictar resoluciones o realizar otros actos que pudieran afectar derechos fundamentales de las personas, sin expresar una motivación suficiente;
- h) omitir la oportuna ejecución de actuaciones necesarias para el cese de medidas que afectaren los derechos de las personas, si con posterioridad a su dictación se conociere prueba fiable y suficiente que mostrare la inocencia de quienes se vieran perjudicados por tales medidas;
- i) dar un trato preferente a personas que sean influyentes o poderosas;
- j) dar un trato poco deferente o especialmente severo a quienes se encuentren en una posición especialmente desaventajada debido a su condición social, económica, política, religiosa u otro motivo similar.

Artículo 120. Honorarios de árbitros abogados. Los árbitros deberán ser especialmente prudentes al proponer sus honorarios a las partes. En lo que corresponda, los árbitros deberán sujetarse a las normas éticas generales aplicables a los honorarios de los abogados. En especial, no pondrán a las partes en la dificultad de rechazar tales proposiciones por excesivas, especialmente si no les es exigible la sustitución del árbitro.

Se presumirán razonables los honorarios de los árbitros que se ajusten a los mecanismos de determinación de honorarios de arbitrajes que contemplen instituciones arbitrales nacionales o internacionales.

