

LA RELACIÓN JURÍDICA CLIENTE-ABOGADO

ERNESTO VARGAS WEIL*
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
vargasweil@gmail.com

RESUMEN: Al ser una profesión liberal, la abogacía tiene un lugar especial dentro de la división social del trabajo. Esta situación determina que la relación del abogado con su cliente tenga una regulación jurídica propia. Dentro de esta normativa destaca la aplicación de disposiciones provenientes del mandato civil, la *lex artis* y el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados. El contenido normativo de esta regulación da cuenta del marcado carácter fiduciario de la relación cliente - abogado y de cómo ello debe ser compatibilizado con la lealtad que el abogado debe al ordenamiento jurídico; especialmente en materia de diligencia debida, secreto profesional, conflictos de interés, deberes de información y honorarios. Esta regulación está expuesta actualmente a nuevos desafíos derivados de los cambios que la profesión jurídica ha experimentado durante los últimos 30 años.

Palabras clave: *profesión jurídica, relación cliente-abogado, ética profesional.*

ABSTRACT: As a liberal profession, the legal practice has a special place in the division of labor in society. This situation determines the existence of a special regulation for the client – attorney relationship. The core of this regulation comes from the civil mandate, the *lex artis* and the Professional Code of Conduct of the Chilean Bar Association. The content of this regulation stresses the strong trust character of the client – attorney relationship and how this must be harmonized with the loyalty that lawyers owe to the legal system; especially in matters of due diligence, duty of confidentiality, conflict of interests, information duties and fees. Currently, this regulation is exposed to new challenges arising from the changes occurred in the legal profession during the last 30 years.

Keywords: *legal profession, client-attorney relationship, professional ethics.*

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Civil y Profesión Jurídica en la Universidad de Chile. El autor agradece al profesor Álvaro Anríquez por los variados comentarios que gentilmente hizo a diferentes borradores de este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista teórico, la profesión de abogado tiene por objeto la defensa jurídica de la posición de un cliente¹ en un determinado contexto fáctico, o bien, la asistencia al cliente en la creación de nuevas realidades jurídicas que sean favorables a sus intereses. Llevado a la práctica, las principales manifestaciones en que se materializa la profesión de abogado son (a) defender un determinado punto de vista jurídico a propósito de un caso promovido ante los órganos jurisdiccionales o administrativos (“*abogar*”), (b) resolver conflictos mediante contactos directos con el abogado de la contraparte (“*negociar*”), (c) instruir sobre alternativas de comportamientos jurídicos, ponderando las ventajas relativas de una o de otra de tales alternativas (“*aconsejar*”) y (d) recomendar y llevar personalmente a cabo diligencias necesarias para la realización de un negocio (“*gestionar*”).²

Las actividades de abogar, negociar, aconsejar y gestionar corresponden a una *profesión liberal* (la profesión jurídica), esto es, una actividad en que predomina la destreza intelectual por sobre la manual y que, al menos históricamente, se ha ejercido por el prestador de modo individual y con independencia del cliente.³

El carácter profesional de la abogacía está determinado por el hecho que sus practicantes monopolizan un determinado saber (respaldado por un título profesional) él que aplican a la solución de un problema concreto que es considerado de importancia social. Lo anterior ha rodeado a la profesión jurídica (igual que a otras) de un “hálito especial”, ya que ha sido percibida como una condición necesaria para el desarrollo de una comunidad, permitiendo que estos profesionales (al igual que otros) hayan desarrollado un sistema de costumbres y procederse propios, él que fue tolerado y luego aceptado por la sociedad y que dio a los abogados un “sentido de pertenencia” o “similitud de conciencia”.⁴

Debido a lo anterior, tradicionalmente, las profesiones liberales han presentado en el marco de la división social del trabajo:

¹ La expresión “cliente” ha sido tomada en un sentido amplio, incluyendo tanto a los particulares que recurren a un abogado en relación con un negocio jurídico cualquiera, ya sea en sede administrativa, judicial o extrajudicial, a la Administración del Estado que se hace asesorar constantemente por abogados y a organizaciones sociales intermedias, como empresas, sindicatos, corporaciones, etc.

² SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 573.

³ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 273. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. “Peculiaridades de la Culpa del Profesional Liberal: Consideraciones Dogmáticas”, en: *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Vol. 1, p. 30, agosto de 2006. Bogotá, Colombia: Editorial Legis y Facultad de Derecho de la Universidad Católica. DE LA MAZA G., Iñigo. *Los abogados en Chile: desde el Estado al Mercado. Trabajo correspondiente 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*. <En línea>. pp. 13 y 15. Disponible en World Wide Web: <<http://www.udp.cl/fueyo/investigacion/pubdelamaza/tesis.pdf>>

⁴ GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad Profesional. Tomo I, Principios Generales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1995, pp. 2 a 5.

“algunas características específicas que permiten diferenciarlas de otras actividades no profesionales. Entre tales características se incluye la formación de sus miembros; el autocontrol de su propia actividad, vale decir, la autorregulación corporativa de sus integrantes, la existencia de un ethos profesional propio; la disposición a partir del desempeño en la propia actividad; y el control del ingreso de nuevos miembros a la propia actividad”.⁵

La configuración del carácter profesional de los servicios jurídicos se produjo en Chile a partir de mediados del siglo XIX y se mantuvo en plena vigencia hasta la segunda mitad del siglo pasado⁶, por lo que fue intensamente recogida por el movimiento codificador, la regulación sectorial posterior, la doctrina civil y nuestra jurisprudencia.

La codificación civil, penal y procesal destinó normas especiales a la regulación de “*los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que esta unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros*”⁷, servicios entre los que, tratándose de abogados, puede principalmente distinguirse la defensa judicial (*abogar*) y la asesoría jurídica (*negociar, aconsejar y gestionar*)⁸. Como se verá, ambas formas de prestación de servicios jurídicos están vinculadas por las reglas del mandato civil, si bien con una posición sistemáticamente distinta en cada caso, con un fundamento ideológico común: el carácter fiduciario de la relación cliente - abogado. La infracción de las obligaciones que emanan de estos contratos, sean explícitas o resulten de la naturaleza del mismo o que por la costumbre pertenezcan a ella, da lugar a responsabilidad civil de naturaleza contractual⁹ y algunas de ellas han sido reforzadas por su inclusión en tipos penales¹⁰. Sin embargo, conviene tener presente que el modelo de

⁵ Así lo señalaría el profesor Carlos Peña González según se expresa en SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.* (n. 2). p. 576.

⁶ Al respecto vale la pena recordar que, conforme señala el profesor Carlos Peña, la profesión de abogado toma su actual fisonomía a la par del surgimiento del Estado Moderno, el que se caracterizaría, en lo relevante para estos efectos, por monopolizar los sistemas de resolución de controversias de forma institucional y por actuar conforme a un sistema normativo que tiende a estereotipar los conflictos mediante reglas generales. En este sistema, el abogado es un experto que media entre la “extrema variabilidad de los conflictos y la sencilla caracterización que formulan las reglas”. Consecuentemente, y según señala el profesor Iñigo de la Maza, en nuestro país, la abogacía adquiere los rasgos de una profesión liberal en el período cubierto entre 1843 y 1950, en forma muy ligada a la codificación (que implicó una enseñanza más profesionalizante del Derecho) y, sobre todo, a una mayor complejidad en las relaciones sociales, a causa de la incorporación al mercado chileno de nuevos agentes económicos, gracias al auge del salitre y luego a las políticas de desarrollo orientado hacia el interior, todo ello junto al surgimiento de una clase media derivada de los procesos de urbanización e industrialización de la época. PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Notas sobre abogados y educación legal. (Borrador para comentarios)*. <En línea>. Punto 2. Disponible en World Wide Web: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/penas.pdf>>. DE LA MAZA G., Iñigo, *op. cit.* (n. 3), pp. 10, 13 y 15.

⁷ Fragmento del artículo 2118 del Código Civil.

⁸ En la práctica, suele denominarse “abogados litigantes” a aquellos profesionales que realizan la primera de estas actividades y “abogados corporativos” a los que realizan la segunda.

⁹ C. SUPREMA, 13 marzo 1991, en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*. Tomo VII. –3a edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 389. CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.* (n. 3), pp. 274 y 275.

¹⁰ Así ocurre, por ejemplo con el delito de Violación de Secretos Privados (artículo 247 del Código Penal), que resulta aplicable respecto de todas las profesiones que exigen título y con el delito de Prevaricación del Abogado (artículos 231 y 232 del Código Penal) que trata de la situación de estos profesionales en particular.

obligación que está a la base de la regulación general de nuestro Código Civil es él de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto¹¹ y no él de las obligaciones de hacer, lo que crea ciertas dificultades para determinar el rol del caso fortuito, la diligencia debida, la ausencia de culpa y la carga de la prueba en el cumplimiento de las obligaciones del abogado.¹²

También la doctrina civil y la jurisprudencia han dado cuenta del carácter profesional de la labor del abogado al considerar que la reconstrucción del deber de diligencia del mismo para con su cliente debe hacerse considerando la *lex artis* de la profesión jurídica.¹³

Por su parte, la regulación sectorial que trata de la llamada “responsabilidad ética o profesional” da cuenta de este especial carácter de la prestación de servicios jurídicos, particularmente en lo referente al autocontrol de la profesión, a través de la aplicación del contenido normativo del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados vigente al año 1981 (CEP) por los tribunales ordinarios de justicia, o los colegios de abogados en su caso, todo ello con arreglo a revisión sistemática de la derogada Ley Orgánica 4409¹⁴, el DL 3621¹⁵ y la reciente modificación constitucional del año 2005.¹⁶

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX y especialmente a partir de la década de los ochenta, se ha producido en Chile (a) una complejización de la demanda por servicios jurídicos y (b) un explosivo aumento de la oferta de abogados, que han convertido la abogacía en una profesión extremadamente competitiva, especializada y estratificada. Consecuentemente, se ha modificado el tradicional carácter liberal de la profesión de abogado y su relación con el cliente, ya que muchos profesionales han pasado a prestar sus servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia o de modo colectivo en grandes oficinas de abogados, departamentos legales de empresas (fiscalías) o clínicas legales¹⁷. Por otro lado, muchas veces los clientes han dejado de ser personas naturales, pasando a ser grandes empresas, con abogados internos y de gran experiencia en sus respectivas industrias. Estas circunstancias obligan a considerar el régimen jurídico de la relación cliente-abogado desde una nueva perspectiva, que permita enfrentar los desafíos que la realidad impone a la profesión.

¹¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. En: *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007.

¹² Estas dificultades son generalmente abordadas por la doctrina civil a propósito de la distinción entre obligaciones de medios y resultados. Al respecto puede consultarse para una explicación general PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 222 a 230; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 656 y ss. o el GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. *Responsabilidad Civil Contractual: Obligaciones de Medios y Resultados*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis ConoSur, 2002.

¹³ Al respecto ver sección 2.3.

¹⁴ “Texto definitivo de la ley del Colegio de Abogados”.

¹⁵ “Fija Normas sobre Colegios Profesionales”.

¹⁶ Ver artículo 19 N° 16 inciso cuarto de la Constitución.

¹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.* (n. 2), pp. 274 y 273. DE LA MAZA G., Iñigo, *op. cit.* (n. 3), pp. 4, 16 y 20 y ss.

A continuación se expondrá brevemente (a) cual es la regulación jurídica aplicable a la relación cliente-abogado, haciendo énfasis en la fuerza obligatoria del CEP y en la integración del contrato con la *lex artis* de la profesión, (b) cual es el contenido normativo específico de dicha regulación, haciendo especial referencia al carácter fiduciario de dicha relación y (c) se hará mención a los nuevos problemas que han surgido para la regulación de la profesión jurídica a partir de la prestación de servicios en grandes corporaciones, ya sean públicas o privadas.

2. REGULACIÓN APLICABLE A LA RELACIÓN CLIENTE - ABOGADO

2.1. LA ASESORÍA JURÍDICA

2.1.1. *Negociar y aconsejar*

Las prestaciones de *negociar* y *aconsejar* que el abogado realiza en favor de su cliente en el desempeño de su profesión constituyen una actividad preferentemente intelectual, a través de la cual el letrado pone a disposición del lego su conocimiento jurídico con el objeto de que éste pueda realizar su actividad, generalmente económica, del mejor modo. Se trata por tanto de una obligación de hacer en que predomina la inteligencia por sobre el esfuerzo físico y que, por tanto, corresponde jurídicamente a un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.¹⁸

Sin embargo, la relación entre el abogado y su cliente se rige únicamente de modo supletorio por las reglas que el Código Civil ha dispuesto para el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, toda vez que el artículo 2118 del Código Civil establece que “[l]os servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que esta unida la facultad representar y obligar a otra persona respecto de terceros –como ocurre con los servicios jurídicos–, se sujetan a las reglas del mandato”.

Debe tenerse presente que el Código Civil no señala que el contrato que da origen a estos servicios sea efectivamente un mandato, sino únicamente que dicha relación queda sujeta a la reglas de dicho contrato¹⁹. Al respecto aclara nuestra jurisprudencia que, a diferencia de lo que ocurre con el mandato, “[e]n el arrendamiento de servicios inmateriales el arrendador se limita a prestar el trabajo de su inteligencia, sin tener a su cargo bienes o negocios que administre o dirija por cuenta del arrendatario”²⁰. Consecuentemente, la sujeción de los servicios profesionales a la normativa del mandato no es excluyente de la aplicación de las normas que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. De hecho, señala el Código Civil en su artículo 2012,

¹⁸ STITCHKIN BRANOVER, David. *El Mandato Civil*. –5a edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yañez– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 74. MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I. –8a edición– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 286.

¹⁹ MEZA BARROS, Ramón, *op. cit.* (n. 18), p. 359.

²⁰ C. SANTIAGO, 22 agosto 1883, en: *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*. Tomo VII. –3a edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 234.

que las normas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se aplican también a los contratos que conforme al artículo 2118 se rigen por las reglas del mandato, en todo aquello que no tuvieren contrario a ellas, convirtiendo las normas del arrendamiento de servicios inmateriales en regulación subsidiaria del mandato en los casos en que el servicio del abogado es negociar y aconsejar. De esta forma, el Código Civil hace aplicable a los servicios profesionales las normas del contrato de confianza de mayor desarrollo en nuestra tradición jurídica: el mandato.

2.1.2. *Gestionar*

Los actos de *gestión*, en la medida que impliquen el encargo de un negocio por cuenta y riesgo del cliente, dan lugar a un verdadero mandato²¹ y se rigen por las normativa de dicho contrato, sin que, en opinión de David Stitckin le resultan aplicables, ni aún de modo subsidiario, las normas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales²². Sin embargo, en la práctica, el abogado que gestiona un negocio por cuenta y riesgo del cliente suele hacerlo en un contexto más amplio, en el que previamente ha aconsejado al cliente respecto del mismo y le ha asistido en la negociación. De este modo, a pesar de que el encargo de una gestión constituya propiamente un mandato, se da en un contexto en que, generalmente, también resultan aplicables las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales.

2.2. LA DEFENSA JUDICIAL: ABOGAR

Conforme señala el artículo 528 del Código Orgánico de Tribunales (COT) y su entendimiento por la doctrina, el acto mediante el cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus derechos en juicio, es un mandato, que se halla sujeto a las reglas establecidas en el Código Civil sobre los contratos de esta clase, salvo las modificaciones establecidas por ese mismo código, el Código de Procedimiento Civil y la Ley sobre Comparecencia en Juicio²³, lo que tiene que entenderse complementado, en su caso, por lo dispuesto en el Código Procesal Penal.²⁴

Se trata por tanto de un verdadero mandato, que se caracteriza por que la gestión “confiada” al mandatario es la representación judicial y la defensa en juicio de los derechos de la persona que lo confiere y que por tanto toma el nombre de “mandato judicial”. Este contrato constituye de esta forma un caso particular del mandato, que por tanto se rige por las normas

²¹ MEZA BARROS, Ramón, *op.cit.* (n. 18), p. 287.

²² STITCKIN BRANOVER, David, *op. cit.* (n. 18), p. 75.

²³ STOEHLER MAES, Carlos Alberto. *De las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento y de los Incidentes*. -5a edición revisada y actualizada por el profesor Davor Harasic Yaksic- Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 31.

²⁴ Así ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en las normas previstas en los artículos 102 y ss. de ese código, relativo a *la defensa* como sujeto procesal.

especiales de derecho procesal que lo regulan y, en subsidio, por las reglas del mandato civil, con exclusión de las normas que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales²⁵. De este modo, el mandato judicial es por su propia esencia un contrato de confianza.

Con todo, vale la pena tener presente que la defensa judicial no se da en un contexto en que el profesional lleve adelante la gestión encomendada de modo totalmente irreflexivo. Por el contrario, la defensa judicial incluye un deber de asesoría al cliente respecto de la mejor forma de enfrentar el conflicto²⁶, acercando la función del abogado litigante al *consejo* que presta el abogado corporativo.²⁷

2.3. LA *LEX ARTIS* COMO ELEMENTO INTEGRADOR DEL DEBER DE DILIGENCIA DEL ABOGADO

2.3.1. *El buen profesional como modelo de diligencia*

Señala el artículo 2129 del Código Civil que “[e]l mandatario -en este caso el abogado- responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo”, lo que en nuestro derecho se entiende generalmente como el grado de diligencia que tiene un “buen padre de familia”.²⁸

Sin embargo, el buen padre de familia que dedica un cuidado ordinario a las labores que se le encomienda, no parece un modelo de deudor adecuado para el deudor profesional, toda vez que se trata de un deudor singularmente preparado para prestar un determinado servicio y que se ofrece como tal para prestarlo²⁹. Al respecto señala nuestra doctrina, “[s]i alguien actúa en una condición profesional, los demás tienen derecho a asumir que ella dispone de destrezas, conocimientos, entrenamiento y aún de una inteligencia superior al promedio, por que ese es el estándar que usualmente se posee y resulta exigible a quien actúa en esa condición”³⁰. Por lo tanto, las mismas razones de seguridad social por las que se exige a un deudor ordinario cumplir con el grado de diligencia de un buen padre de familia, permiten exigir al deudor profesional el grado de diligencia del “buen profesional” de su especialidad³¹, en este caso, del abogado. Esta especialización profesional lleva normalmente consigo un aumento del grado de diligencia que le resulta exigible al profesional con respecto del cumplimiento de la obligación por un particular. Esto se justifica porque el profesional debe adquirir los conocimientos y títulos necesarios para prestar

²⁵ STITCHKIN BRANOVER, David, *op. cit.* (n. 18), pp. 75 y 177.

²⁶ Por ejemplo así lo señalan en el contexto de la defensa en un procedimiento penal los profesores Horvitz y López. HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 245.

²⁷ Respecto de la labor de consejo del abogado, ver 2.1.1.

²⁸ Ver artículo 44 del Código Civil.

²⁹ MAZEAUD, Henri, *et al. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I, Volumen 2, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1962, pp. 438 y 439.

³⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *op. cit.* (n. 12), pp. 662 y 663.

³¹ MAZEAUD, Henri *et al. op. cit.* (n. 29), pp. 438 y 439.

los servicios,³² además de materiales y colaboradores idóneos y, además, se vuelve más competente en la medida que ejerce la profesión³³. Este agravamiento de la responsabilidad del experto no es ajeno a nuestro derecho civil, como puede apreciarse, por ejemplo, en las normas que regulan el grado de conocimiento exigible al vendedor y el comprador profesional en materia de vicios redhibitorios (artículos 1858 y 1861 del Código Civil).³⁴

2.3.2. Determinación de la conducta debida por el buen profesional

En opinión de una buena parte de la doctrina y jurisprudencia nacional, una importante proporción de las obligaciones de los profesionales son de aquellas que se conocen como “obligaciones de medios” en oposición a las llamadas “obligaciones de resultado”. En consecuencia, estiman que el pago de estas obligaciones se satisface con el despliegue de la conducta debida (i.e., la que ejerce el buen profesional), sin que resulte indispensable la producción de un resultado beneficioso para el acreedor. Sin embargo, ello no obsta a que el cumplimiento de la obligación por el profesional sea objetivamente identificable en base a consideraciones externas a su sola voluntad: el abogado debe hacer todo aquello que indica el arte de su profesión.³⁵

A falta de ley que regule con precisión cuál es esta “conducta objetiva” debida por el profesional en el ejercicio de su función, esta debe buscarse en la *lex artis* de la profesión, definida por sus usos y costumbres³⁶. Esta es la llamada “pericia del experto” y, como tal, integra el modelo de conducta del profesional liberal³⁷. La jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha hecho suya esta doctrina, señalando que “*la obligación que contrae el abogado (...) es la de cumplir el encargo conforme a su ciencia o arte, que no es otra cosa que el Derecho en el ejercicio profesional*” (énfasis agregado).³⁸

Naturalmente, las meras prácticas o simples usos de una determinada actividad no son vinculantes a la hora de determinar el deber de diligencia debido por el profesional, toda vez que del hecho que una conducta sea usual, no se concluye que sea también debida. Por tanto, la *lex artis* debe buscarse en los *usos o estándares normativos* de la actividad, esto es, “*aquellas prácticas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento y de aquello que usualmente es debido dentro de cada actividad*”³⁹, las que muchas veces pueden encontrarse condensadas en los códigos de ética o buenas prácticas de los colegios profesionales⁴⁰. Sin embargo,

³² Vale aquí recordar la norma del artículo 2118 del Código Civil que se refiere precisamente a “los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios (...)”.

³³ MAZEAUD, Henri, *et al. op.cit.* (n. 29), pp. 439 y 440.

³⁴ BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *op.cit.* (n. 3), p. 44.

³⁵ *Ibid.*, pp. 35 y ss. Sobre obligaciones de medios, ver nota al pie N° 13.

³⁶ *Ibid.*, p. 40.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ C. Temuco, 29 agosto 1995, en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias. Tomo VII. -3a edición actualizada- Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 386.

³⁹ BARROS BOURIE, Enrique, *op. cit.* (n. 12), p. 104.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 103, 104 y 663.

debe tenerse presente que la autorregulación de un determinado gremio puede ser desafiada en sede civil, imponiéndose un deber distinto y más estricto al definido en sede de responsabilidad profesional, toda vez que las regulaciones gremiales son inoponibles a terceros que no han concurrido a su otorgamiento como limitaciones de la responsabilidad del profesional⁴¹. Por lo tanto, es relevante tener presente que las normativas gremiales, como la nueva regulación sobre buenas prácticas y ética profesional dictada por el Colegio de Abogados de Chile A.G. (cuya entrada en vigencia es inminente), no es necesariamente la *lex artis* de la profesión del abogado, sino únicamente un primer lugar para comenzar su búsqueda.

2.3.3. Intensificación del deber de conducta del especialista

Las mismas razones que sirven de fundamento para concluir que el profesional tiene un deber de cuidado más intenso que el del particular, permiten concluir que el grado de diligencia que puede exigirse a cada profesional debe considerar las circunstancias en que ejerce su función. De esta forma, el deber de diligencia debido por un especialista de un determinado ámbito de la profesión, como por ejemplo, un tributarista, es más intenso del que puede exigirse a un abogado de competencia general, cuando se trata de un asunto de su especialidad.⁴²

2.3.4. El error profesional

Lo dicho anteriormente no implica que cualquier desviación de la conducta objetiva debida haga, sin más, responsable al deudor profesional. Es perfectamente posible que el error del profesional, esto es, el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en el caso concreto, resulte excusable. Lo que no puede admitirse es que la desviación del modelo de conducta debido sea producto de negligencia o de manifiesta ignorancia.⁴³

2.4. LA REGULACIÓN PROFESIONAL: APLICACIÓN DEL CEP

2.4.1. La responsabilidad profesional y la *lex artis* de la profesión

Sin perjuicio de la existencia del régimen de responsabilidad civil a que se sujeta la relación cliente-abogado conforme lo señalado en los párrafos anteriores, los profesionales del derecho están sujetos además a la llamada *responsabilidad ética o profesional*. Se trata, en opinión de nuestros tribunales, de una responsabilidad distinta de la penal y la civil, de carácter sancionatorio o disciplinario y que tiene lugar por la comisión de “actos desdorosos, abusivos o contrarios

⁴¹ *Ibid.*, p. 104.

⁴² MAZEAUD, Henri, *et al. op.cit.* (n. 29), pp. 440 y 441. BARROS BOURIE, ENRIQUE. *op. cit.* (n. 12), p. 663.

⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La responsabilidad civil de los profesionales –una selección de aspectos problemáticos desde el derecho español–” en: *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Vol. 1, p. 86, agosto de 2006. Bogotá, Colombia: Editorial Legis y Facultad de Derecho de la Universidad Católica. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *op. cit.* (n. 3), p. 48.

a la ética que comete el profesional”, la que se hace efectiva en los términos señalados en el DL 3621 de 1981⁴⁴ y su reglamentación complementaria, la que esta constituida por el contenido normativo de la Ley 4409 y el CEP, según se expresa en los párrafos siguientes.

2.4.2. *Obligatoriedad general del CEP*

Hasta el año 1981, el Colegio de Abogados estuvo facultado por la Ley 4409, Orgánica del Colegio de Abogados, para “dictar resoluciones de carácter general, relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado” y para “corregir todo acto desdoroso para la profesión, abusivo de su ejercicio o incompatible con la dignidad y cultura de los debates judiciales”, lo que se materializó a través de la dictación y aplicación del CEP por parte del mismo colegio.⁴⁵

El año 1981, el DL 3621 derogó estas atribuciones y radicó en los tribunales de justicia la competencia para conocer de los reclamos que efectuaran las personas afectadas por “un acto desdoroso, abusivo o contrario a la ética profesional, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión”, incluyendo la atribución de aplicar “las sanciones que actualmente contemplan para estos actos la Ley Orgánica del Colegio respectivo o las normas de ética vigentes [a la entrada en vigor del DL 3621]”. El mismo DL facultó al Presidente de la República para aprobar dentro del plazo de seis meses un decreto con fuerza de ley con el fin de “dictar o modificar las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional”, facultad que, sin embargo, nunca se ejerció.⁴⁶

En consecuencia y en opinión del consejero Antonio Bascuñán Rodríguez,

“la relación sistemática existente entre el Art. 16 de la Ley 4409 y el CEP, hace que las reglas de comportamiento de éste sean parte integrante de la norma sancionatoria establecida en aquél. Las sanciones fijadas por el Art. 16 de la Ley 4409 proceden en caso de comisión de los actos señalados por el mismo precepto –que corresponden a los actos señalados por el Art. 4º D.L. 3621- y las normas del CEP determinan qué comportamientos cuentan como esos actos. Luego, la norma sancionatoria a la que se remite el Art. 4º D.L. 3621 comprende tanto la regla de adjudicación que especifica la sanción como las normas de comportamiento que especifican sus condiciones de aplicación”,⁴⁷

⁴⁴ C. SUPREMA, 13 marzo 1991, en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*. Tomo VII –3a edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 389. pp. 5 y 6. MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Órganos Jurisdiccionales, los Árbitros, los Auxiliares de la Administración de Justicia, los Abogados*. (Separata Rústica). Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, p. 243.

⁴⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO. *Aprobación de reglas sobre la ética profesional y vigencia del Código de Ética Profesional de 1949. Minuta de discusión*. Inédito, 2008, puntos 2.2 y 2.3.

⁴⁶ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Control Ético y Deontología*. <En Línea> *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol N° 13, 2007. Disponible en World Wide Web: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100016&lng=es&nrm=iso. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, *op.cit.* (n. 45), punto 2.4.

⁴⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, *op. cit.* (n. 45), punto 3.2.

Como bien lo ha entendido la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia sobre recurso de apelación interpuesto en contra de sentencia definitiva en causa sobre infracción a la ética profesional, en que señala que no habiéndose dictado el decreto con fuerza de ley a que se refiere el Art. 2° DL 3621, las reglas del CEP tienen el carácter de “normas de ética vigentes” en el sentido del Art. 4° DL 3621. En consecuencia, las reglas del CEP son aplicables a todos los abogados sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia conforme al DL 3621.⁴⁸

Sin embargo, debe tenerse presente que, en la medida que el Colegio de Abogado AG. carece actualmente de las facultades en virtud de las cuales dictó el CEP, se discute si el colegio puede modificar esta normativa y cuál sería el alcance de dichas reformas⁴⁹, aunque parece claro que una eventual modificación no debiera poder alterar su carácter de norma general complementaria del DL 3621 ni su contenido como tal. Este tema cobra especial relevancia en la actualidad debido a que el Colegio de Abogados AG. está trabajando activamente en una reforma general de su Código de Ética, pronta a entrar en vigencia.

2.4.3. Obligatoriedad del CEP para los miembros del Colegio de Abogados

No cabe duda que el CEP, o cualquier modificación u otra regulación que el Colegio de Abogados AG. dicte para sus miembros, les será plenamente aplicable a estos en virtud de la potestad normativa y de policía correccional que tiene cualquier corporación de derecho privado sobre sus integrantes, con arreglo a los artículos 553 y 554 del Código Civil. Al respecto vale la pena tener presente que, en virtud de estas disposiciones, el Colegio de Abogados puede aplicar únicamente las sanciones que se compadecen con su disciplina, como la expulsión de la corporación, multas, pérdida de ciertos derechos y las llamadas penas morales, quedándole vedadas las penas corporales y privativas de libertad, que quedan reservadas al derecho estadual.⁵⁰

Sin embargo, luego que la reforma constitucional del año 2005 devolviera a los colegios profesionales la facultad de conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros⁵¹, cabe preguntarse si, al ejercer esta potestad, el Colegio de Abogados

⁴⁸ *Ibid.*, punto 3.1 y 3.3. Cfr. “Bernstein contra Albónico”, sentencia de 14 de abril de 1988, Rol 5330-86, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* -LXXXV (1988), N° 1 (enero-abril), sección 2. Un fallo más reciente en la materia ratifica esta conclusión señalando “En consecuencia, en relación con el ejercicio de la profesión de abogado, el Colegio de la orden, en uso de las atribuciones conferidas por su Ley aprobó un Código de Ética Profesional, que debe entenderse como normas de ética vigentes para los efectos del artículo 4° del DL N° 3.621. Y aun cuando un abogado no esté inscrito en el Registro del Colegio de Abogados, ello no lo exime del acatamiento del Código de Ética Profesional (considerandos 5° y 6°)”. C. SANTIAGO, 23 noviembre 2009, N° Legal Publishing: 42654.

⁴⁹ “El H. Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. ha sostenido en diversas oportunidades que el Código no podría ser modificado principalmente por dos razones: (i) porque el código estaría de alguna manera contenido en la legislación anterior al Decreto Ley 3.621 (se aduce que estaría contenido en una ley delegatoria en la ley orgánica del Colegio 4.409) por lo que el Colegio como asociación gremial no tendría potestad para modificarlo, y (ii) porque al modificarlo sólo regiría la conducta profesional de los colegiados, dejando de ser obligatorio respecto a los no colegiados (...)”. FUENZALIDA C., Pablo. *¿Es posible Modificar el Código de Ética Profesional?* Inédito. p. 1.

⁵⁰ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H, Antonio. *Tratado de Derecho Civil, parte preliminar y general*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 560 y 561.

⁵¹ Artículo 19 N° 16, inciso 4° de la Constitución Política de la República.

puede únicamente aplicar el DL 3621 y su regulación complementaria (el CEP) o si puede aplicar un CEP modificado u otras normas que hubiere dictado o que llegare a dictar a tal efecto. Con todo, por los argumentos expuestos al final de la sección precedente, parece razonable inclinarse por la primera de estas opciones.

2.4.4. *Procedimiento y cosa juzgada*

Conforme señala el profesor Cristián Maturana, el juicio en que se persigue la responsabilidad disciplinaria de los abogados debe tramitarse en juicio sumario y produce cosa juzgada en el juicio civil por el cual se exija la indemnización de perjuicios al profesional.⁵²

En la práctica, los reclamos que se hacen valer ante el Colegio de Abogados de Chile AG., se sustancian conforme al “Reglamento para la tramitación de acusaciones o denuncias por infracciones a la ética profesional de los abogados”, que ha dictado ese colegio al efecto. Este procedimiento se caracteriza por ser extremadamente desformalizado, llegando incluso a ser difícil prever como se desarrollara en cada caso concreto. Esta situación sólo resultaría jurídicamente aceptable si se acepta, como pretende el colegio⁵³, que la reforma constitucional del año 2005 tiene un carácter programático y que por tanto dicha corporación estaría ejerciendo únicamente su facultad de policía correccional como corporación de derecho privado y no su jurisdicción ética.

Sin embargo, con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005, la Corte de Apelaciones de Santiago ha estimado que es procedente el recurso de apelación contra los fallos del Colegio de Abogados, estimando implícita (pero necesariamente) que el colegio está actualmente investido de facultades jurisdiccionales por el sólo hecho de la reforma de 2005 (i.e., la reforma constitucional no es programática, a diferencia de lo que estima el Colegio de Abogados).⁵⁴

Lo anterior demuestra el confuso entendimiento que existe en los colegios profesionales y en la jurisprudencia sobre la jurisdicción en materia de responsabilidad ética y la necesidad de que el tema sea abordado con mayor interés por la doctrina.

⁵² MATURANA MIQUEL, Cristián, *op. cit.* (n. 44), p. 243. Ver art. 4° del DL 3621.

⁵³ Así lo ha resuelto el Colegio de Abogados en un documento al que no se ha podido acceder directamente en relación a la causa citada en el pie de p. siguiente.

⁵⁴ C. SUPREMA, 26 agosto 2008, N° Legal Publishing: 45786.

3. EL CONTENIDO FIDUCIARIO DE LA RELACIÓN CLIENTE ABOGADO

3.1. FUNDAMENTACIÓN DEL CARÁCTER FIDUCIARIO DE LA RELACIÓN CLIENTE ABOGADO

De lo dicho anteriormente aparece que la regulación que rige la relación cliente - abogado está esencialmente determinada por el carácter profesional de los servicios prestados. De este hecho, emanan todas las particularidades de su regulación: (a) la aplicación de las reglas del mandato a un contrato que es de arrendamiento de servicios, (b) la existencia de una regulación profesional de “origen gremial”, y (c) la determinación e intensificación del deber diligencia conforme al *lex artis* de la profesión.

¿Por qué es tan relevante el carácter profesional de los servicios jurídicos? El propio artículo 2118 del Código Civil lo insinúa cuando se refiere a los “servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios”. El hecho que se requieran largos estudios para ejercer la profesión pone al abogado en una situación asimétrica (una “desigualdad genética”⁵⁵) frente al lego: en la medida que el cliente no cuenta con los señalados estudios, no está en condiciones equitativas para evaluar, controlar o juzgar el trabajo del profesional, de modo que no tiene más alternativa que *confiar* en él⁵⁶, convirtiendo la relación cliente-abogado en un contrato fiduciario.

Adicionalmente, más allá que en el caso de los abogados corporativos no exista propiamente un mandato, por lo general, el resultado de la negociación y los consejos que realice o preste el profesional van a verificarse en el patrimonio del cliente. Por lo tanto, al igual que ocurre en el mandato⁵⁷, que es el contrato de confianza por excelencia, el abogado corporativo actúa por cuenta y riesgo de su cliente, ya que a éste pertenecen las ganancias o pérdidas del asunto en que el abogado presta consejo o en cuya negociación participa, aunque no lo obligue directamente.

Estas evidentes similitudes con el contrato de mandato justifican que el legislador haya hecho aplicable a los servicios del abogado la regulación propia de dicho contrato. Al igual que en el mandato, el cliente *confía* al abogado un asunto que le resulta de personal importancia, ya sea por que sus efectos se radican en su persona o en su patrimonio.

⁵⁵ GHERSI, Carlos Albert, *op.cit.* (n. 4), pp. 47 y 48.

⁵⁶ Sin referirse a sus fundamentos y pensando en el abogado litigante, el profesor René Vergara señala que “cuando el particular entrega al Abogado la defensa de sus derechos (...) está realizando un acto de confianza al que el profesional debe responder con actuación diligente (...)”. VERGARA VERGARA, René. *La ética en el ejercicio profesional de la abogacía*. <En Línea> *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, vols. 151 – 152, año XXXVIII, enero – junio de 1970. Concepción Chile, 1970. Disponible en laWorld wide Web: <www.revistadederecho.com>. Por su parte, el profesor Baraona asimila la posición del profesional a la del perito, es decir a aquel que domina una determinada ciencia o arte, por lo que su comportamiento se caracterizaría por poseer información y capacidades que el lego no tiene ni puede fácilmente adquirir. La asimetría entre el profesional y el lego es también reconocida por BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *op. cit.* (n. 3), p. 40. En el mismo sentido, GHERSI, Carlos Alberto, *op. cit.* (n. 4), pp. 17 y 18.

⁵⁷ STITCHKIN BRANOVER, David, *op. cit.* (n. 18), pp. 46 a 48.

Sin embargo, existe también una razón de orden histórico que explica porque los servicios profesionales han quedado cubiertos por la regulación del mandato. En el derecho romano, los profesionales, como el *advocatus*, no rendían sus servicios bajo el contrato de *locatio conductio* (arrendamiento) por tratarse de un contrato de carácter oneroso. El sistema de valores extra-jurídicos del antiguo derecho romano consideraba que era motivo de prestigio social para los ciudadanos acomodados tomar a su cargo asuntos en forma gratuita para ayudar a otras personas, por lo que la prestación de los servicios de los “profesionales” quedaron regulados por la figura del *mandatum*, que era un contrato esencialmente gratuito.⁵⁸

3.2. TENSION ENTRE DEBER FIDUCIARIO DEL ABOGADO Y OTROS VALORES SUBYACENTES AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El deber de fidelidad del abogado para con su cliente descrito precedentemente puede entrar en contradicción con el deber de lealtad que el abogado pueda tener con el aparato estatal de justicia (o con los principios que le subyacen).

Esta contradicción es especialmente notoria en ordenamientos que conciben al derecho como un instrumento para el cambio social deliberado, administrado por una elite burocrática, de la cual el abogado forma parte. Junto a este paradigma “publico-estatal” de ejercicio de la abogacía, existe un paradigma más asociado al desarrollo empresarial y mercantil (la abogacía como profesión liberal), que suele ser más indiferente a los intereses públicos vinculados al aparato de justicia y que está generalmente acompañado de un entendimiento del derecho como una técnica de protección del individuo frente al poder estatal.⁵⁹

Sin embargo, no debe entenderse el modelo del abogado liberal como opuesto o indiferente a los valores del ordenamiento jurídico, sino como una solución de compromiso entre su deber fiduciario con el cliente y su compromiso con los valores subyacentes a la institucionalidad jurídica⁶⁰. Con todo, debe tenerse presente que, en opinión del profesor Squella, el compromiso de los abogados en Chile con estos valores institucionales suele ser más bien débil.⁶¹

En nuestro derecho, tanto el COT como el CEP parecieran entender la profesión de abogado desde una perspectiva liberal, aunque con un fuerte compromiso con los valores institucionales del sistema. El COT define al abogado desde una perspectiva preferentemente vinculada a su relación con el cliente, señalando que “*son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes*”.⁶²

⁵⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. (paperback) Oxford, Gran Bretaña: Oxford University Press, 1996, pp. 413 a 416.

⁵⁹ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, *op. cit.* (n. 6), punto 2.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *op. cit.* (n. 2), pp. 573 y 574.

⁶² Artículo 520 del COT.

Sin embargo, una revisión más cuidadosa permite ver que el COT también recoge la relevancia de los valores institucionales del sistema, ya que aclara que el abogado tiene por función defender los *derechos* de sus clientes (o sea expectativas juzgadas *legítimas* por el derecho) y no cualquier interés. Este compromiso público con los *derechos* del cliente es aún más evidente en el CEP, que define al abogado como un “*servidor de la justicia y un colaborador de su administración [cuyo] deber es defender empeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente*”.⁶³

3.3. CONTENIDO FIDUCIARIO ESPECÍFICO DE LA RELACIÓN CLIENTE-ABOGADO

A consecuencia de que resulten aplicables a la relación del cliente - abogado las reglas del mandato civil, ya sea de modo directo para la asesoría jurídica o supletoriamente para la defensa judicial, ambas partes quedan sujetas a un régimen jurídico propio de un contrato de confianza, que cuenta con normas especiales para una serie de materias, como grado de diligencia, remuneración, valoración del silencio como manifestación de voluntad, terminación etc.⁶⁴ El estudio de esta regulación ha sido latamente desarrollado por el derecho civil a propósito del mandato y por el derecho procesal en relación al mandato judicial, por lo que no se insistirá sobre ello acá.

Sin embargo, a la regulación legal expresa se suman las denominadas “obligaciones contractuales específicas de los profesionales”, las que aparecerían de la costumbre o la buena fe contractual y que tendrían un contenido eminentemente protector del cliente.⁶⁵

En consecuencia, a continuación se expondrán únicamente algunos aspectos específicos y propios de la relación cliente-abogado, los que resultan tanto de la aplicación de la regulación civil, penal y procesal de dicha relación, como del CEP, la buena fe y la *lex artis* de la profesión jurídica.

3.3.1. Deber de confidencialidad del abogado y secreto profesional

En la medida que la relación cliente-abogado siempre tiene lugar en el contexto de un caso concreto y que, por lo tanto, resulta imprescindible que el profesional tenga un adecuado conocimiento de los hechos del mismo para cumplir adecuadamente su labor, resulta de máxima importancia que el cliente pueda *confiar* en que el abogado no revelará dicha información sin su consentimiento. Es por ello que tradicionalmente los distintos ordenamientos jurídicos han contado con normas que regulan la obligación de secreto profesional y el privilegio procesal del deber de confidencialidad del abogado, y el nuestro no es la excepción.

⁶³ Artículo 1° del CEP.

⁶⁴ La explicación clásica de la doctrina chilena para todos estos temas puede consultarse en STITCHKIN BRANOVER, David, *op. cit.* (n. 18), p. 286.

⁶⁵ LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A., 2006, p. 142.

El problema característico del secreto profesional y el deber de confidencialidad es la tensión entre el *deber fiduciario* del abogado para con el cliente y el compromiso que le resulta exigible con el cumplimiento del ordenamiento jurídico⁶⁶. A mayor valoración relativa del deber de confidencialidad, prohibiendo la revelación no consentida incluso cuando existe amenaza de daño de bienes jurídicos de gran relevancia, más intenso es el deber fiduciario del abogado y más débil el compromiso con el ordenamiento jurídico. Por el contrario, si este deber de reserva puede ser incumplido ante la amenaza de daño de cualquier bien jurídico, mayor es el compromiso con el cumplimiento del ordenamiento jurídico que puede exigírsele a la profesión.⁶⁷

Si bien en Chile no existe una regulación orgánica a nivel legal sobre la obligación jurídica de secreto profesional del abogado, su existencia puede fácilmente justificarse en ciertas normas de Derecho Penal⁶⁸. Se trata de los artículos 247, inciso segundo (Violación de Secretos Privados⁶⁹) y 231 (Prevaricación del Abogado⁷⁰) del Código Penal, ambas disposiciones “perdidas” en medio de los delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de su cargo (situación que en opinión de cierta doctrina habría dificultado su conocimiento)⁷¹. Adicionalmente, la regulación procesal permite al abogado cumplir efectivamente con esta obligación para con su cliente en el contexto de un juicio por la vía del privilegio de eximirlo del deber de declarar como testigo respecto de los hechos que se le han comunicado confidencialmente con ocasión de su profesión⁷². Finalmente, también el CEP se ha ocupado del deber de confidencialidad del abogado, regulando principalmente el alcance de esta obligación, su duración y formas de extinción.⁷³

El contenido esencial de esta obligación es bastante claro. Se trata de una prestación de no hacer consistente en abstenerse de divulgar cierta información recibida con ocasión de la prestación de un servicio profesional. Sin embargo, los contornos de esta obligación resultan en

⁶⁶ Al respecto, ver punto 3.2. precedente.

⁶⁷ ANRIQUEZ N., Alvaro. “El Deber de Confidencialidad del Abogado: Propuesta para una Nueva Regulación Deontológica”, en: *Revista del Abogado*, vol. N° 44, noviembre de 2008, Santiago, Chile: 2008. Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile, 2008, pp. 48 y 49.

⁶⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. “La Obligación Jurídica del Secreto Profesional”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI, Santiago, Chile: 1944, pp. 85 y 86.

⁶⁹ Respecto de los profesionales que requieren título, la sola revelación de los secretos que le han sido confiados constituye delito, con independencia de si de ello se sigue o no un perjuicio para aquel cuyo secreto se ha violado. No exige dolo directo. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, parte especial*. Tomo IV –3a edición revisada y actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 228 y 229. POLITOFF L, Sergio, et al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 491 y 492.

⁷⁰ Comete este delito el abogado que con uso malicioso de su oficio perjudica a su cliente o descubre sus secretos. No se requiere que el abogado este patrocinando una causa concreta. El tipo exige dolo directo y perjuicio, pero este no tiene que ser necesariamente económico. ETCHEBERRY, Alfredo, *op. cit.* (n. 69), pp. 221 y 222. POLITOFF L, Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.* (n. 69), pp. 510 a 512.

⁷¹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *op. cit.* (n. 68), p. 85.

⁷² Ver artículo 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil y 303 del Código Procesal Penal.

⁷³ Artículo 10, 11 y 12 del CEP.

extremos difusos, especialmente respecto de (a) que información se entiende ha sido confiada con carácter confidencial, (b) a quienes alcanza el secreto profesional, (c) a quienes puede legítimamente el abogado revelar dicha información en el ejercicio de su función, (d) cuando se entiende que el cliente ha consentido la revelación de información, (e) la extensión en el tiempo de esta obligación y (f) las circunstancias en que el abogado resulta facultado u obligado a revelar la información recibida con carácter de confidencial, aun sin mediar el consentimiento del cliente.

3.3.2. Conflictos de interés

La causa que motiva la asistencia del letrado es siempre la persecución de un determinado interés por parte del cliente. Por lo tanto, resulta esencial que el cliente pueda *confiar* plenamente en que el abogado pueda comprometerse íntegramente con el interés perseguido, para lo que es necesario que no tenga o defienda otro interés que este en conflicto con él del cliente en cuestión.

Existe un conflicto de interés cada vez que (a) la representación o asesoría de un cliente sea directamente desfavorable para otro cliente o un ex cliente o (b) exista un riesgo significativo de que la representación o asesoría de uno o más clientes resulte limitada considerablemente por las responsabilidades del abogado para con otro cliente, un cliente antiguo, una tercera persona o un interés personal del mismo abogado⁷⁴. Por lo tanto, para que exista un conflicto de interés basta que exista un peligro de incompatibilidad entre dos intereses representados por el abogado, sin que sea necesario que esa incompatibilidad se llegue a dar concretamente⁷⁵. Estos intereses, actual o potencialmente antagónicos, pueden surgir tanto por la contraposición de intereses de dos o más clientes, como por la incompatibilidad de los intereses del abogado con los de su cliente.

En Chile, la regulación penal es la única que se refiere directamente y de modo general al conflicto de interés del abogado a nivel legal. Concretamente, el artículo 232 del Código Penal se ocupa de proteger lo que es probablemente el núcleo más duro del conflicto de interés, sancionando al abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocina a la vez a la parte contraria en el mismo negocio. La doctrina penal no está conteste respecto del alcance de este tipo, discutiendo si “patrocinio” debe entenderse en términos formales, cómo únicamente referido a un asunto judicial⁷⁶ o bien cómo en términos materiales, entendidos como la asesoría en

⁷⁴ Esta definición esta basada en la regla 1.7 de AMERICAN BAR ASSOCIATION, *ABA Model Rules of Professional Conduct 2004*. <En Línea>. Disponible en la World Wide Web: <www.law.cornell.edu/etics/aba/current/ABA_CODE.HTM>

⁷⁵ Así puede apreciarse para el caso chileno en PRADO PUGA, Arturo. “El Rol de los Abogados y los Conflictos de Interés en los Directores de las Sociedades Anónimas”, en seminario *El Rol de los Abogados y los Conflictos de Interés en los Directores de las Sociedades Anónimas. Charla efectuada miércoles 15 de junio de 2005 (Separata de la Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile)*, Santiago, Chile: Colegio de Abogados de Chile A.G., 2005, pp. 3, 4 y 6.

⁷⁶ POLITOFF L, Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *op. cit.* (n. 69), pp. 512 y 513. Esta doctrina estima que cuando el conflicto se da en un contexto no judicial, sólo sería sancionable conforme a lo dispuesto en el artículo 231 del Código Penal (Prevaricación del Abogado).

cualquier negocio en que existen intereses contrapuestos⁷⁷. En concordancia con lo dispuesto por el Código Penal⁷⁸, el Código Procesal Penal se ha ocupado en su artículo 105 de prevenir que los abogados asuman en un mismo juicio la defensa de varios imputados cuando de ello pueda surgir un conflicto entre los intereses de los mismos.

Si bien en el derecho chileno existen variadas normas que tratan casos de conflictos de interés (desde las normas de implicancia y recusación del COT, hasta las operaciones entre partes relacionadas de la Ley de Sociedades Anónimas), nuestro ordenamiento carece de una regulación orgánica para este problema. Tradicionalmente su estudio ha sido campo del derecho civil, a propósito de la autocontratación, en general, y del mandato civil, en particular⁷⁹; y a partir de este desarrollo doctrinario es que deben extraerse las normas generales que resultan aplicables al caso del abogado. En concreto, Alessandri estima que el autocontrato, además de los casos en que está expresamente prohibido, es inadmisibles (y deber ser sancionado con la nulidad absoluta o relativa según corresponda) en todos los casos en que “suscita un conflicto u oposición de intereses entre el representante y el representado, es decir, cuando su realización puede acarrear un perjuicio para el segundo, por que dada la naturaleza o importancia del acto, es posible que el representante sacrifique su deber a su propio interés”⁸⁰. Por lo tanto, la prohibición general a la que apelaría Alessandri, por el mismo hecho de ser general, tendría que entenderse como una prohibición de celebrar cualquier contrato en que se tenga un conflicto de interés, no sólo autocontratos. La regulación penal no sería más que la sanción de uno de los casos más graves de violación de esta obligación: aquel en que esta en juego la *confianza* depositada por el cliente en el abogado.

La normativa profesional dictada por el Colegio de Abogados se hace cargo de esta obligación, que aparece implícita en nuestro derecho civil general, señalando que el abogado (a) no debe aceptar asuntos que no tenga libertad moral para dirigir⁸¹, (b) no debe tomar interés en los asuntos que patrocine o haya patrocinado⁸² y (c) debe advertir de inmediato al cliente que requiere sus servicios si se encuentra en una situación de conflicto de interés⁸³, generando así una deber de revelar información a favor del cliente en sede precontractual, cuya infracción debe estimarse como dolo de reticencia (dolo negativo).⁸⁴

⁷⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, *op. cit.* (n. 69), p. 222.

⁷⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián, *op. cit.* (n. 26), p. 247.

⁷⁹ Véase, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile. No indica año ni edición, pp. 143 y ss.; STITCHKIN BRANOVER, David, *op. cit.* (n. 18), pp. 344 y ss.

⁸⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *op. cit.* (n. 79), pp. 144 y 145.

⁸¹ Artículo 6 del CEP.

⁸² Artículo 37 del CEP.

⁸³ Artículo 29 del CEP.

⁸⁴ Sobre dolo negativo, ver VIAL DEL RIO, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico* –5a edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 117.

Por lo tanto, cuando un abogado acepta prestar su asistencia en un asunto en el que tiene un conflicto de interés, se arriesga tanto a incumplir obligaciones vigentes con otros clientes, como a celebrar un contrato que adolece de nulidad, ya sea por dolo o por ser un acto prohibido por la ley.

Sin embargo, en la medida que el interesado en el asunto es el cliente, por regla general esté podrá dispensar al abogado para que pueda tomar el asunto en presencia de un conflicto de interés. Con todo, aún en presencia de dispensa del cliente, el abogado no debe aceptar el encargo cuando estime que la presencia de un interés contrario pueda afectar la prestación de sus servicios.

3.3.3. Equilibrio del contrato y distribución eficiente del trabajo en un estudio (honorarios)

La dimensión lucrativa de las profesionales liberales ha sido históricamente compleja. En el derecho romano, las prestaciones profesionales estaban cubiertas por el *mandatum*. Este contrato tenía un carácter esencialmente gratuito y el *honorarium* era únicamente una muestra de agradecimiento que el mandatario tenía derecho a retener una vez recibida. Sin embargo, a partir del período clásico, era cada vez más esperado que se remuneraran los servicios prestados, aunque el mandatario no llegó a tener acción para exigirlo. Así, el carácter gratuito del mandato se mantuvo más en la forma que en la sustancia, dando lugar a variadas discusiones en el *ius commune*, hasta que, finalmente Pothier reconoció que “en justicia” el prestador del servicio tenía derecho a una remuneración habitual⁸⁵, tal como señala el número 3° del artículo 2158 del Código Civil.

Esta incomodidad histórica con la dimensión lucrativa de las profesiones liberales se manifiesta aún hoy en la exigencia que algunos autores plantean en relación a que el contrato de prestación de servicios profesionales debe ser “justo” (en el sentido de equilibrado), de forma tal que cada una de las partes halle en el contrato una ventaja equiparable a la que obtendrá su contraparte⁸⁶. En este sentido, si se reconoce que lo propio de los servicios profesionales es la aplicación o transmisión de un determinado *conocimiento* y que el cliente ésta pagando por eso y no otra cosa⁸⁷, resulta que en un estudio de abogados el trabajo más complejo debe ser realizado por un abogado de más experiencia, mientras el más simple debe encargarse a un profesional aun inexperto, de modo el primero no realice (ni cobre) un trabajo que bien podría cumplir el segundo. El abogado de mayor experiencia debe dar todas las indicaciones del caso al de menor experiencia y controlar su trabajo, pero no realizarlo el mismo, toda vez que por esa vía encarece los honorarios que deberá pagar al cliente, pero sin agregarle valor a los servicios prestados⁸⁸. Por lo tanto, en el caso de los servicios prestados por un grupo organizado de

⁸⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *op. cit.* (n. 58), pp. 415 a 420.

⁸⁶ LE TOURNEAU, Philippe, *op. cit.* (n. 65), p. 159.

⁸⁷ GHERSI, Carlos Alberto, *op. cit.* (n. 4), p. 18.

⁸⁸ El antecedente de esta afirmación ha sido tomado de un contexto algo distinto: la racionalización de las funciones que corresponden al médico y a la enfermera valorados desde la perspectiva de la valoración social de sus labores según aparece MAZEAUD, Henri, *et al.*, *op. cit.* (n. 29), p. 443.

abogados, como ocurre en un estudio, racionalizar los gastos por una eficiente distribución del trabajo entre abogados de mayor y menor experiencia, procuradores y personal administrativo debe entenderse como mandatorio y no como una mera estrategia para abaratar costos de cara a competir en el mercado de los servicios jurídicos. De lo contrario, se rompería el equilibrio del contrato entre cliente y abogado.

3.3.4. Obediencia reflexiva de los profesionales

La doctrina civil da el nombre de “dignidad” de la profesión al reconocimiento de cierta competencia propia de cada profesional, conforme a la cual el abogado no está “cubierto por una orden” de su cliente o su superior (ni siquiera cuando su “superior” es un miembro de la misma profesión) si esa orden implica culpa profesional. En otras palabras, en el ejercicio de su profesión, el abogado no está sujeto a prestarle obediencia pasiva a terceros. Por el contrario, si sus títulos, valía y experiencia profesional le indican que lo que pretende el cliente o le ordena el superior no se ajusta a los principios de la *lex artis*, el abogado debe representar realizar el encargo en la forma que se le solicita⁸⁹, lo que cobra especial relevancia en los casos en que el abogado actúa como dependiente en una organización, según se verá luego.

3.3.5. Rol activo de información

Considerado que el interesado en la prestación de los servicios jurídicos es el cliente, resulta una exigencia propia de las profesiones liberales el informar activamente al cliente de los aspectos esenciales de los riesgos a que está o se verá sometido, como bien señala nuestra doctrina⁹⁰. Las informaciones para el destinatario deben ser exactas, pertinentes y adaptadas a la situación⁹¹, ya que ésta es la única forma en que el cliente podrá mantener el control del asunto de que se trate⁹². No es la función del abogado decidir por el cliente qué riesgos éste deba asumir, sino poner al alcance de sus conocimientos las implicancias de las circunstancias en que está envuelto y asistirle para que él pueda tomar la opción que más se acomode a sus intereses⁹³. Por lo tanto, el abogado debe informar al cliente de las contraindicaciones de su prestación, sus restricciones técnicas, los límites de su prestación, su eficacia y los riesgos involucrados⁹⁴ para que el cliente pueda soberanamente decidir la suerte que correrán sus asuntos.

3.3.6. Límite de las propias capacidades y derivación a otros abogados

En la medida que la razón fundamental del cliente para requerir asistencia letrada es el especial conocimiento que el abogado tiene sobre el Derecho, cuando dicho conocimiento no es suficiente para asistir o representar al cliente en el asunto de que se trate, la razón de ser de los servicios jurídicos desaparece. En consecuencia y considerando que el cliente difícilmente

⁸⁹ *Ibid.*, p. 444.

⁹⁰ BARROS BOURIE, Enrique, *op. cit.* (n. 12), pp. 663.

⁹¹ LE TOURNEAU, Philippe, *op. cit.* (n. 65), p. 148.

⁹² GHERSI, Carlos Alberto, *op. cit.* (n. 4), p. 60.

⁹³ BARROS BOURIE, Enrique, *op. cit.* (n. 12), pp. 663.

⁹⁴ LE TOURNEAU, Philippe, *op. cit.* (n. 65), pp. 148 y 149.

podrá evaluar oportunamente la suficiencia de los conocimientos del abogado, es éste quien debe conocer los límites de sus propias capacidades, quedando obligado a derivar o consultar el asunto con un abogado de mayor experiencia en la materia relevante cuando sus capacidades resulten superadas por las circunstancias del caso. Consecuentemente, la elección del abogado a referir sólo podrá atender a su idoneidad para desempeñarse en el asunto de que se trate y no a futuras referencias.

3.4. MORIGERACIÓN DEL CONTENIDO ESPECÍFICO DE LA RELACIÓN CLIENTE ABOGADO

Si bien las obligaciones específicas descritas precedentemente son extraordinariamente severas para el abogado, ellas pueden entenderse atemperadas en determinadas circunstancias⁹⁵. Así ocurre, al menos, cuando el cliente (a) ha actuado de modo negligente con relación al encargo o (b) es, a su vez, un profesional.

3.4.1. La negligencia del cliente

Lo intenso de las obligaciones del abogado no exime al cliente de actuar de modo diligente con respecto del encargo profesional. Así, como cualquier contratante, el cliente debe ocuparse de recabar por su cuenta información respecto del precio de mercado de los servicios contratados y de las características mismas involucradas en la prestación profesional.

Por otro lado, existen al menos dos casos en que la cooperación activa del cliente resulta esencial para el desarrollo del asunto encargado al profesional, como son: (a) la comunicación de los hechos del caso al profesional y (b) la decisión oportuna en el ámbito de las estrategias no jurídicas.

Respecto del primero punto es necesario recordar que, para que el abogado pueda realizar su labor de manera adecuada, resulta imprescindible que conozca a cabalidad las circunstancias fácticas de cada caso, las que generalmente sólo podrá conocer a través del cliente. Por lo tanto, el cliente debe necesariamente poner a disposición del abogado todos los antecedentes de hecho que este pueda necesitar, con la antelación suficiente para que el profesional pueda revisarlos y prestar el consejo debido o realizar la presentación correspondiente. En los casos en que el cliente otorga ésta información de modo incompleto o tardío, no puede razonablemente exigirse al abogado el mismo estándar de diligencia que debe observarse con un cliente diligente.

Respecto del segundo punto, debe recordarse que muchas elecciones que deben tomarse en el contexto de una asesoría jurídica o de un asunto judicial tienen variables de carácter comercial o implican elecciones personales que escapan al *lex artis* del consejo profesional del abogado. En estos casos, es el cliente a quien le compete decidir el curso de acción, pero el abogado no podrá avanzar en su labor mientras el cliente no tome una decisión. Por lo tanto, cuando

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 183 y ss.

el cliente no es capaz de tomar estas decisiones de modo tempestivo o varía sus elecciones de modo de modo caprichoso, no puede pretenderse del abogado igual deber de diligencia que en caso de un cliente que define sus cursos de acción de modo oportuno.

3.4.2. *El cliente profesional*

En los párrafos precedentes se ha justificado, en gran parte, el carácter fiduciario de la relación cliente-abogado en la asimetría de conocimientos que existiría entre ambos, asumiendo implícitamente el carácter lego del cliente (como pareciera hacerlo la regulación positiva). Sin embargo, en la práctica actual, gran parte de los abogados presta sus servicios a grandes empresas, las que son “actores profesionales” en determinadas industrias y que suelen contar con abogados internos o con una vasta experiencia en relación con abogados externos; o cumplen servicios especializados, o en otro territorio jurisdiccional por encargo de otro abogado. En estos casos, no existe “desigualdad genética” en la relación cliente - abogado, por lo que la presunción de una posición desmejorada del cliente puede parecer infundada en muchos casos.⁹⁶

En todos estos casos las obligaciones específicas del abogado deberían entenderse morigeradas, salvo aquellas que parezcan por su propia naturaleza como “indivisibles”, como ocurre con el deber de confidencialidad o el deber de evitar conflictos de interés.

4. LOS SERVICIOS JURÍDICOS EN LAS GRANDES CORPORACIONES

4.1. EL SURGIMIENTO DE GRANDES PRESTADORES DE SERVICIOS JURÍDICOS

Tradicionalmente, la profesión de abogado se ejerció en Chile de modo individual o con algún amigo o pariente en pequeñas oficinas ubicadas en el centro de la ciudad, cultivando una estrecha relación de confianza con el cliente⁹⁷. Sin embargo la creciente complejidad y envergadura de los servicios jurídicos demandados por los clientes y la necesidad de reducir costos en busca de competitividad, entre otros factores, han forzado a los abogados a formar equipos de trabajo cada vez más grandes, en que se cuentan profesionales de distintas especialidades y grado de calificación⁹⁸. Así, en el caso chileno, existe un importante número de estudios que cuentan con equipos que rondan los 50 abogados (y más), llegando alguno a superar incluso los 100 profesionales⁹⁹. Por otro lado, también han surgido las llamadas “clínicas jurídicas”, que se

⁹⁶ En este sentido, GHERSI, Carlos Alberto, *op.cit.* (n. 4), pp. 66 y 67.

⁹⁷ DE LA MAZA G., Inígo, *op. cit.* (n. 3), p. 15.

⁹⁸ El grado de calificación de los abogados es relevante en la medida que los honorarios se cobran en relación a la experiencia del profesional involucrado en cada asunto. De este modo resulta más eficiente económicamente distribuir el trabajo que requiere menos experiencia en abogados que son menos calificados y reservar las materias más complejas para aquellos que tienen un mayor grado de calificación. En consecuencia, un estudio jurídico no sólo necesita tener abogados de diferentes especialidades, sino también de distintos grados de experiencia.

⁹⁹ CHAMBERS & PARTNERS. *Chambers Latin America. Latin America's Lawyers for Business*. Estados Unidos de América: Chambers & Partners Publishing, 2009, pp. 303 y ss.

caracterizan por disminuir costos por la vía de mantener un gran número de clientes, rutinizar sus servicios y reemplazar los abogados por paraprofesionales que utilizan escritos tipo y procedimientos pauteados¹⁰⁰. La administración del Estado ha vivido el mismo proceso, manteniendo grandes divisiones jurídicas en los distintos ministerios, superintendencias, servicios y demás reparticiones públicas.

Las circunstancias expresadas precedentemente han alterado considerablemente la relación entre clientes y abogados. De ser un vínculo cuyo paradigma era un contacto personal y prolongado entre las partes, basado en el conocimiento y confianza recíprocos, ha pasado a ser una relación entre empresas, cuyo centro de gravedad está en el análisis costo-beneficio de la prestación profesional. Esto constituye un escenario distinto de aquel para el que originalmente fueron predicadas las normas que regulan la abogacía. Por lo tanto, es necesario identificar los desafíos y potenciales soluciones que esta nueva configuración del mercado de los servicios jurídicos presenta para la regulación vigente, en especial, respecto de (a) la responsabilidad de los estudios y sus miembros frente a los clientes y (b) la posición de los abogados, individualmente considerados, dentro de estas grandes corporaciones.

4.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTUDIOS DE ABOGADOS FRENTE A LOS CLIENTES

Los estudios jurídicos pueden organizarse de diversas formas, lo que plantea la pregunta por el régimen de responsabilidad que tendrán frente a sus clientes. Cuando se trata de estudios constituidos como sociedades profesionales¹⁰¹, que celebran contratos de prestación de servicios con sus clientes, no parece dudoso que ésta sea responsable contractualmente frente a sus clientes. Sin embargo, esto no resuelve la situación del profesional individual que forma parte de la sociedad o que trabaja para ella, ya que si bien ninguno de éstos ha sido parte del contrato, sus condiciones personales, generalmente, han sido esenciales para la contratación del servicio. Al respecto, parte de la doctrina estima que solamente sería posible perseguir la responsabilidad de estos profesionales a través de las reglas de la responsabilidad extracontractual¹⁰², aunque dicha dualidad puede parecer contraintuitiva en la medida que la relación de confianza se haya creado con referencia al profesional en cuestión. En este contexto cobra especial relevancia la responsabilidad ética que regula el DL 3621 y sus normas complementarias, ya que ésta se aplica a la labor profesional sin depender de la causa eficiente de la relación.

¹⁰⁰ DE LA MAZA G., Iñigo, *op. cit.* (n. 3), p. 23. En nota al pie, con referencia a Richard Abel.

¹⁰¹ Se trata generalmente de las llamas firmas legales *de iure*, las que se caracterizan por que sus miembros ejercen conjuntamente y suelen compartir clientes y ganancias. DE LA MAZA G., Iñigo, *op. cit.* (n. 3), p. 14.

¹⁰² BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *op. cit.* (n. 3), p. 31.

Para los estudios que no tienen una forma societaria¹⁰³ la respuesta parece ser que el único responsable contractualmente frente al cliente será aquel miembro del estudio que le causó daño con la infracción de sus obligaciones,¹⁰⁴ lo que debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad extracontractual (y por tanto, solidaria) que pudiere caberle a otro miembro del mismo estudio y su responsabilidad ética.

4.3. LA SITUACIÓN DEL ABOGADO QUE EJERCE BAJO SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA

En la actualidad, muchos abogados ejercen profesionalmente como empleados de empresas, asociados de estudios o como funcionarios públicos, de modo que quedan subordinados a la estructura jerárquica de la institución en que se desempeñan. La calidad de dependiente no es incompatible con el hecho de que el empleo requiera conocimientos técnicos, por lo que los abogados pueden perfectamente ser trabajadores dependientes¹⁰⁵. En consecuencia, “*el abogado como funcionario depende fundamentalmente de las normas contenidas en el Estatuto Administrativo y otras normas aplicables a la probidad en la función pública; mientras que como parte de una organización empresarial o profesional, está sujeto a las normas de autorregulación contractuales que ellas se den*”¹⁰⁶, así como al derecho laboral.

En consecuencia, desde un punto de vista sociológico, las prácticas asociativas descritas en el apartado anterior, suele distorsionar en mayor o menor medida la independencia del abogado respecto del cliente, en un fenómeno designado por algunos como “proletarización de las profesiones” o “*burocratización del trabajo profesional*”¹⁰⁷.

Sin embargo, estas regulaciones no parecen referirse a deberes exigibles a los profesionales en tanto *abogados*, sino únicamente en cuanto forman parte como *dependientes* de una organización pública o privada¹⁰⁸. Por lo tanto, desde un punto de vista normativo, la forma en que éstos profesionales deban ejecutar las labores que les encomiendan, se sigue rigiendo por el *lex artis* de la profesión, incluyendo el carácter reflexivo de la obediencia debida. En consecuencia, un abogado que se niega a realizar un encargo por estimarlo contrario al *lex artis* de la profesión no debe entenderse en incumplimiento respecto de su empleador.

¹⁰³ Se trata generalmente de las llamas firmas legales de facto, las que se caracterizan por que sus miembros comparten oficina y gastos comunes tales como secretaria, arrendamiento y cuentas por gastos comunes. De La Maza G., Iñigo, *op. cit.* (n. 3), p. 15.

¹⁰⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, *op. cit.* (n. 3), pp. 277.

¹⁰⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1943 p. 368.

¹⁰⁶ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *op. cit.* (n. 46), pp. 274.

¹⁰⁷ DE LA MAZA G., Iñigo, *op. cit.* (n. 3), p. 23. En nota al pie, con referencia a Keith MacDonald y Ronald Pavlenko.

¹⁰⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *op. cit.* (n. 46).

5. PRINCIPALES CONCLUSIONES

La relación entre cliente y abogado cuenta con un régimen jurídico particular, cuyo principal fundamento es la confianza que el primero deposita en el segundo. Este fundamento no es absoluto y debe ser ponderado con la adhesión que el abogado debe al ordenamiento jurídico en su conjunto.

A nivel de contenido normativo, el régimen jurídico señalado precedentemente se caracteriza por estar fuertemente integrado por reglas y principios relativamente indeterminados, muchos de los cuales provienen materialmente de la *lex artis* de la profesión o la autorregulación corporativa de los abogados de la primera mitad del siglo XX. El contenido de estas normas es eminentemente protector de la posición del cliente, abarcando materias tales como secreto profesional, conflictos de interés y deberes de información. Sin embargo, otras materias parecen justificarse en fines menos altruistas, como cierto paternalismo sobre el cliente o intereses de tipo gremial.

El entendimiento de cómo esta regulación debe ser aplicada por los colegios de abogados o, en su caso, por los tribunales ordinarios de justicia, es contradictorio. Este punto resulta crítico cuando las cortes deben conocer de recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas por colegios profesionales. Resolver este asunto es hoy de especial relevancia, toda vez que el Colegio de Abogados AG. se encuentra muy avanzado en la promulgación de un nuevo código de ética profesional.

Finalmente, los cambios que ha experimentado el mercado de los servicios jurídicos en los últimos 30 años, en especial, el surgimiento de grandes oficinas de abogados, representan un cambio de paradigma en la forma que tradicionalmente se ha ejercido la profesión jurídica. Esta circunstancia exige un esfuerzo dogmático que permita conciliar el régimen jurídico del abogado individualmente considerado con el que rige la estructura corporativa dentro de la cual éste se desempeña.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSANDRI R., Arturo, et al. *Tratado de Derecho Civil, parte preliminar y general*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- _____. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, Chile: Imprenta Universitaria, 1943.
- _____. *De los Contratos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, no indica año ni edición.
- American Bar Association, *ABA Model Rules of Professional Conduct 2004*. <En Línea>. Disponible en la World Wide Web: <www.law.cornell.edu/etics/aba/current/ABA_CODE.HTM>
- ANRÍQUEZ N., Álvaro. “El Deber de Confidencialidad del Abogado: Propuesta para una Nueva Regulación Deontológica”, en: *Revista del Abogado*, vol. N° 44, noviembre de 2008, Santiago, Chile: 2008. Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Chile, 2008.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. “Peculiaridades de la Culpa del Profesional Liberal: Consideraciones Dogmáticas”, en: *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Vol. 1, agosto de 2006. Bogotá, Colombia: Editorial Legis y Facultad de Derecho de la Universidad Católica.
- BARROS BOURIE, Enríque. *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Aprobación de reglas sobre la ética profesional y vigencia del Código de Ética Profesional de 1949. Minuta de discusión*. Inédito, 2008.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- CHAMBER & PARTNERS. *Chambers Latin America. Latin America's Lawyers for Business*. Estados Unidos de América: Chambers & Partners Publishing, 2009.
- DE LA MAZA, Iñigo. *Los abogados en Chile: desde el Estado al Mercado. Trabajo correspondiente 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*. <En línea>. Páginas 13 y 15. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.udp.cl/fueyo/investigacion/pubdelamazal/tesis.pdf>>
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, parte especial*. Tomo IV -3a edición revisada y actualizada- Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (Redactor). *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil y Leyes Complementarias*. Tomo VII –3a edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- FUENZALIDA C., Pablo. *¿Es posible Modificar el Código de Ética Profesional?* Inédito.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. *Responsabilidad Civil Contractual: Obligaciones de Medios y Resultados*. Santiago, Chile: Editorial Lexis Nexis ConoSur, 2002.
- GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad Profesional. Tomo I, Principios Generales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1995.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- LEGAL PUBLISHING. *Jurisprudencia On line*. <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <www.legalpublishing.cl>
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil profesional*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A., 2006.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Control Ético y Deontología*. <En línea> *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol N° 13, 2007. Disponible en la World Wide Web: <www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100016&lng=es&nrm=iso>

- MAZEAUD, Henri; et al. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo I, Volumen 2. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1962.
- MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Órganos Jurisdiccionales, los Árbitros, los Auxiliares de la Administración de Justicia, los Abogados*. (Separata Rústica). Santiago, Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
- MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I –8a edición– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. “La Obligación Jurídica del Secreto Profesional”, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLI. Santiago, Chile: 1944.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *Notas sobre abogados y educación legal. (Borrador para comentarios)*. <En línea>. Punto 2. Disponible en la World Wide Web: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/penas.pdf>>.
- POLITOFF, Sergio, et al. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- PRADO PUGA, Arturo. “El Rol de los Abogados y los Conflictos de Interés en los Directores de las Sociedades Anónimas”, en seminario *El Rol de los Abogados y los Conflictos de Interés en los Directores de las Sociedades Anónimas. Charla efectuada miércoles 15 de junio de 2005 (Separata de la Revista del Abogado del Colegio de Abogados de Chile)*, Santiago, Chile: Colegio de Abogados de Chile A.G., 2005.
- STITCHKIN BRANOVER, David. *El Mandato Civil*. –5a edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez–, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- STOEHREL MAES, Carlos Alberto. *De las Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento y de los Incidentes* -5a edición revisada y actualizada por el profesor Davor Harasic Yaksic- Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- SQUELL NARDUCCI, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- VERGARA VERGARA, René. *La ética en el ejercicio profesional de la abogacía*. <En línea> Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Concepción, vols.° 151 – 152, año XXXVIII, enero – junio de 1970. Concepción Chile, 1970. Disponible en la World wide Web: línea en www.revistadederecho.com.
- VIAL DEL RÍO, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. –5a edición actualizada– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro. El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. *En: El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil de los profesionales -una selección de aspectos problemáticos desde el derecho español- en: *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Responsabilidad Civil*. Vol. 1, agosto de 2006. Bogotá, Colombia: Editorial Legis y Facultad de Derecho de la Universidad Católica.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford, Gran Bretaña: Oxford University Press, 1996.