

La relación abogado-cliente como mandato fiduciario. Un comentario desde la ética de la abogacía

Tribunal Constitucional chileno,
rol N° 2328-14-INA 24 de septiembre de 2015

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

Doctor en Derecho y Magíster en Investigación Jurídica

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Privado

UNIVERSIDAD DE CHILE

Profesor de Ética de la Abogacía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Introducción

En las líneas que siguen, con ocasión de un fallo del Tribunal Constitucional chileno recaído en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, trataremos cuestiones propias de deontología jurídica y de ética profesional. Para estos efectos, entendemos por deontología jurídica la normatividad positiva de los deberes de los profesionales del derecho, ya sea de fuente estatal o bien sea que emane de grupos intermedios, en este caso, por ejemplo, colegios o asociaciones; diferenciándola de la ética profesional, que es la normatividad que arranca del propio *ethos* de la abogacía y de la moralidad del acto humano, o, en otros términos, el arte de la buena abogacía¹.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo reviste interés también por otras razones, como por ejemplo sistematizar la doctrina del tribunal respecto de la compatibilidad o no de las leyes penales en blanco con el texto constitucional; el conocimiento de las cuestiones de *facto*; el tránsito de la acción de requerimiento hacia una acción de amparo o tutela; etc.; todas las cuales, aun siendo de importancia e interés, hemos excluido al delimitar el objeto de nuestro estudio.

¹ Para una aproximación rigurosa a la noción de ética, véase, *inter alia*: Guardini, Romano (1999) Ética. Lecciones en la Universidad de Múnich. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

2. Breve descripción del caso

Un abogado patrocina una acción de preparación de la vía ejecutiva, y luego contacta a la demandada ofreciéndole sus propios servicios profesionales para solucionar el caso. El abogado recibe de la demandada una suma de adelanto y posteriormente otro tanto en documentos bancarios, todo a título de honorarios por la defensa. Tiempo después, el mismo abogado, en representación nuevamente de su primer patrocinado, demanda a la segunda en juicio ejecutivo para el cobro de los mismos documentos que él, como abogado, recibió. El Ministerio Público presentó acción penal en contra del abogado por prevaricación.

3. *Iter procesal*

En octubre de 2014 tuvo lugar la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual el abogado imputado solicitó exclusión de prueba por haberse obtenido con infracción de garantías constitucionales. La solicitud fue rechazada y el imputado apeló. La apelación fue denegada y la parte agraviada recurrió de hecho. El recurso de hecho fue asimismo rechazado y la misma parte, repuso. En el ínterin, el abogado imputado presentó ante el Tribunal Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La norma impugnada, en lo que a nosotros ahora importa, fue el artículo 231 del Código Penal chileno². El argumento principal del requirente fue que la descripción del tipo penal del citado artículo no satisface el estándar de determinación exigido por la Constitución. El Tribunal Constitucional, por mayoría, rechazó el requerimiento tanto por razones de forma –la gestión pendiente quedó ejecutoriada– como por razones de fondo. Entre tales razones, destaca de manera privilegiada los requisitos del tipo penal para resultar compatible con el texto constitucional, los que en el caso estarían satisfechos. Accesoriamente, pero para nosotros de manera principal, el Tribunal Constitucional alude a la naturaleza de la relación abogado-cliente, punto entonces que pasamos a tratar.

4. La naturaleza de la relación del abogado con su cliente

En este apartado revisaremos el considerando de la sentencia referido a la naturaleza de la relación abogado-cliente; la tradición multisecular respecto de la abogacía; y la deontología comparada en esta materia³.

² Código Penal chileno, 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 inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

³ La literatura especializada sobre la relación del abogado con su cliente y los deberes del primero para con el segundo, es abundante. A modo de breve referencia, véase: Aparisi, Ángela (2013) Deontología

4.1. La doctrina del Tribunal Constitucional chileno

Hasta donde conocemos, es primera vez que el Tribunal Constitucional chileno emite una opinión explícita sobre la naturaleza de la relación del abogado con su cliente, y ya solo por ello esta sentencia merece destacarse. El considerando pertinente es el 13°, que señala, a la letra:

“Decimotercero: Que el ejercicio de la profesión de abogado implica, desde una posición privilegiada, la creación con su cliente de un mandato fiduciario o vínculo de confianza que la ley penal busca proteger como un bien valorable, en particular cuando su transgresión maliciosa da lugar a un daño o perjuicio al cliente. Pero, más relevante aún, la traición de ese mandato o vínculo, además, daña la pretensión de justicia involucrada en la labor de abogado, el cual, tal como lo señala el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, es una persona revestida por la autoridad competente ‘de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes’ ”.

Es interesante volver a mirar la expresión utilizada por el Tribunal Constitucional: mandato fiduciario. Lo que se sigue de ello es un tipo de relación cualificadísima: de confianza y en interés del cliente. Vale recordar en este punto, que aun desde el estricto y estrecho derecho positivo, el mismo Código Civil sitúa la relación del abogado con su cliente en el ámbito del mandato, ex art. 2118⁴.

Hoy por hoy es posible advertir la presencia de ciertas corrientes que reducen el ejercicio de la abogacía a la mera prestación de servicios propios de una relación de consumo. En este contexto, no es nada de trivial –por el contrario, es de suma importancia– volver a asentar a la abogacía en su gozne correcto. La literatura reciente es clara en este punto. A modo de ejemplo, dice CUEVA FERNÁNDEZ: “Así, lo que sin duda surge en primer término es una relación de confianza con quien acude a él [al abogado]”⁵, una relación fiduciaria, que considera privilegiado el interés de una de las partes de la relación –una parte sirve y la otra es servida– dista en su estructura y en su fundamento de una relación meramente crematística de intercambio comercial.

profesional del abogado. Valencia: Tirant lo Blanch.; Aparisi, Ángela (2006) *Ética y deontología para juristas*. Pamplona: Eunsa; GARCÍA Pascual, Cristina (coord.) (2013) *El buen jurista: deontología del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch; Monroy Cabra, Marco Gerardo (2015) *Ética del abogado. Régimen legal y disciplinario*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.; Herring, Jonathan (2014) *Legal ethics*. Nueva York: Oxford University Press; MARKOVITZ, Daniel (2010) *A modern legal ethics. Adversary advocacy in a democratic age*. New Jersey: Princeton University Press.

⁴ Código Civil chileno, art. 2118: “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

⁵ Cueva Fernández, Ricardo (2013) “Códigos deontológicos de la abogacía”. *Eunomia*, N° 5, p. 196.

Asimismo, el considerando explicita el vínculo estrecho entre nuestro oficio y la justicia. Esta conceptualización hecha por el tribunal es del todo coherente con la tradición multiseccular respecto del ejercicio de la profesión de abogado.

4.2. La tradición multiseccular

Estos tres aspectos –profesión, puesta al servicio de la justicia, en la persona del cliente– rebozan en el pensamiento de nuestra tradición cultural⁶.

Hay dos pasajes de Shakespeare que muestran de bello y expresivo modo la relación estrecha entre la profesión de jurista y la justicia, cuyo fruto es el orden y la paz social. Uno, corresponde al monólogo de Ulises en Troilo y Crésida (acto I, escena 3°):

“¡Suprimid el orden, desafinad aquella cuerda, y ved qué discordia aconteece! Todas las cosas se enfrentan en franca oposición: las aguas limitadas levantarían sus senos más altos que las playas y empaparían enteramente este sólido globo;

Lo rudo reinaría sobre lo senil

Y el hijo salvaje mataría a su propio padre.

La fuerza sería lo correcto; o mejor dicho, lo correcto y lo incorrecto —entre cuyos límites reside la justicia— perderían sus nombres; al igual que la justicia misma.

Entonces, todo se incluye en el poder,

El poder en la voluntad, la voluntad en el apetito;

Y el apetito, ese lobo universal,

Secundado doblemente por la voluntad y el poder,

Debe forzosamente hacerse de una presa universal,

Y finalmente, devorarse a sí mismo.

Gran Agamenón, a ese caos, cuando el orden es extirpado,

Solo sigue la asfixia”⁷.

No cabe siquiera glosar tan elocuente pasaje. El segundo texto del bardo de Avon, con no poca simpatía, es un elogio al rol del abogado. En Enrique VI (segunda parte, acto IV, escena 2°), en el contexto de una conspiración para derrocar al legítimo rey, tiene lugar un diálogo decadente, en el que se avizora cómo ha de ser el nuevo régimen al que se aspira y las condiciones para el éxito de la traición conjurada: “todo estará en orden cuando todo sea desorden”. Para lograr ese objetivo, Dick el Carnicero (¡qué apodo!) propone, entonces:

⁶ Previamente, hemos tratado estas cuestiones en Henríquez, Ian (2013) “Desafíos a la ética profesional en formas asociativas de ejercicio de la abogacía”. En Contreras, Sebastián, Miranda, Alejandro (eds.) (2013) *Ética profesional del abogado*, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 139 a 152.

⁷ Traducción del autor.

“lo primero que debemos hacer, es matar a todos los abogados” (línea 73). Ese parlamento ha perdurado en la memoria con un sentido diverso al del texto, que es encomiástico y no bufo. Al punto, es claro que la abogacía lo es en tanto tiene como fin la paz social y el orden que es fruto de la justicia.

En cuanto al servicio a la justicia, Alejandro Silva Bascuñán, quien fuera presidente del Colegio de Abogados de Chile durante casi una década, sostenía:

“la particularidad, la especialidad, la peculiaridad característica de la abogacía es el combate por la justicia con las armas del derecho”⁸.

Piero Calamandrei, hombre de foro y de cátedra, ha escrito bellas líneas en torno al vínculo entre la abogacía y la justicia. Me permito reproducir algunas dirigidas a jóvenes abogados:

“Cuando hayas aceptado una causa que creas justa, ponte con fervor a trabajar, en la seguridad de que quien tiene fe en la justicia consigue siempre, aun a despecho de los astrólogos, hacer cambiar el curso de las estrellas”;

“Para encontrar la justicia es necesario serle fiel: como todas las divinidades, se manifiesta solamente a quien cree en ella”⁹.

Ya en derecha línea de la tradición filosófica de Occidente, Tomás de Aquino, en un pulcro 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. En el mismo sentido, uno de los Postulados del abogado, de Ossorio y Gallardo: “Piensa siempre que tú eres para el cliente, y no el cliente para ti” (Postulado 4°).

Autores contemporáneos explicitan asimismo el carácter fiduciario de la relación profesional del abogado con su 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

⁸ Silva Bascuñán, Alejandro (2011) El abogado. Un servidor de la justicia. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 148.

⁹ Calamandrei, Piero (2013) Elogio de los jueces escrito por un abogado. Madrid: Casa Editorial Gónzora, p. 27.

rigurosamente personal de su fundamento. En efecto, esta relación tiene su causa y está constituida por un acto de confianza”¹⁰.

Con respecto a tratarse de una profesión, esto es de que quien la ejerza profesa, vale la reflexión de Romano 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. Suscitará 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.

Para el caso específico de la abogacía como profesión, nos parece pertinente lo expresado por Aparisi:

“En definitiva, toda actuación profesional debe tener como norte su *ethos* o, lo que es lo mismo, los fines, o bienes intrínsecos, a los que responde socialmente dicha profesión. Por lo que se refiere al Abogado, ello significa que quien decide dedicar su vida a esta actividad debe aceptar todo lo que ella conlleva: su disciplina y sus ideales. O, lo que es lo mismo, tiene que asumir que la profesión de Abogado implica, no tanto vivir del derecho, como en el derecho”¹².

Todas estas ideas subyacen a los decálogos más famosos y asentados de la abogacía¹³. Otro tanto ocurre con los códigos deontológicos, cuestión que trataremos en el apartado siguiente.

4.3. Deontología comparada

Las consideraciones anteriores están plenamente recogidas en diversas regulaciones de deontología profesional, que abarcan un amplio campo cultural y territorial. Así, por ejemplo, se lee en las *Model Rules of Professional Conduct*, de la American Bar Association.

¹⁰ Letelier, Gonzalo (2013) “Honestidad y lealtad. Virtudes del abogado”. En Contreras, Sebastián, Miranda, Alejandro (eds.) (2013) p. 83.

¹¹ Guardini, Romano (2012) “La responsabilidad del estudiante para con la cultura”. En Guardini, Romano, Tres escritos sobre la universidad. Navarra: Eunsa, p. 30.

¹² Aparisi, Ángela (2013) p. 36.

¹³ Cfr. Decálogo de Ivo de Kermartin (1253-1303), Decálogo de Alfonso María de Ligorio (1696-1787), Postulados del abogado de Ángel Ossorio y Gallardo (1873-1946), Decálogo del abogado de Eduardo J. Couture (1904-1962), Normas de ética profesional del abogado de Honorio Silgueira (1952), Decálogo de RuyBarbosa (1954), etc.

“[1] Un abogado, como miembro de una profesión legal, es un representante de los clientes, un oficial del sistema legal y un ciudadano que tiene una responsabilidad especial para con la calidad de la justicia”¹⁴.

“[13] Los abogados cumplen un rol vital en la preservación de la sociedad”¹⁵.

Por su parte, el Código de Deontología de los Abogados Europeos señala:

“1.1. La función de Abogado en la sociedad.

En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado por su cliente. En un Estado de Derecho, el Abogado debe servir los intereses de la Justicia así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer (...).”

“2.7. Intereses del cliente

Sin perjuicio del debido cumplimiento de toda la normativa legal y deontológica, el Abogado tiene la obligación de actuar en defensa de los intereses de su cliente de la mejor manera posible, y debe anteponerlos a cualquier otro”.

En el concierto Latinoamericano la aproximación deontológica es concordante. Como se sabe, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, en los artículos 2° y 3° indica:

“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 (...).”

El Código de Ética del Abogado de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, señala en su art. 3° (Misión de la profesión):

“La abogacía tiene por fin la defensa de los derechos de las personas y la consolidación del Estado de Derecho, la justicia y el orden social”.

¹⁴ “[1] A lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice”.

¹⁵ [13] Lawyers play a vital role in the preservation of society. (...).

Y en su artículo 2° indica expresamente que:

“La abogacía es una profesión liberal. Cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia. Su objetivo esencial es la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general”.

En plena coincidencia, el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en sus Considerandos indica:

“Que los servicios profesionales, en su diversidad de actividades, deben dirigirse a conseguir la justa, pacífica, armónica y funcional convivencia del conglomerado social (...)”.

Otro tanto ocurre con el art. 1° del Código de Ética de la Barra Mexicana de la Abogacía (Esencia del deber profesional):

“El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia (...)”. “El abogado ha de tener presente que (...) la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente”.

Muy similar al anterior, el art. 1 del Código de Ética Profesional de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador:

“El Abogado es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración (...)”.“(...) la esencia de su deber profesional consiste en defender diligentemente los derechos de sus clientes, con estricta sujeción a las normas jurídicas y morales”.

En suma, lo que podemos apreciar en esta somera revisión es una grande correspondencia y coherencia en las diversas regulaciones deontológicas, en cuanto a la naturaleza y fines de la abogacía.

5. Conclusiones

El Tribunal Constitucional chileno, por primera vez, hasta donde alcanzamos a conocer, emite un considerando que directa y explícitamente se refiere a la naturaleza del ejercicio de la abogacía, conceptuándola como una profesión en cuyo centro hay un mandato fiduciario, al servicio de la justicia en la persona de su cliente. Estos tres elementos –profesión, servicio a la justicia y a la persona del cliente– son de una hondura mayor, y responden a una larga tradición de un fino pensamiento, que tiene correlato directo en los códigos deontológicos contemporáneos.

Dicha tradición fuerza preguntarnos por los desafíos que a la ética de la abogacía presentan manifestaciones contemporáneas del ejercicio práctico, en los cuales se desdibuja cuando no se desvanece la relación abogado-cliente: la proliferación de estudios o despachos con estructuras empresariales y trabajo masificado y seriado; la aparición de servicios estandarizados virtuales o en línea; la prestación de servicios institucionales bajo subordinación y dependencia; entre otros. Estos fenómenos son diversos, y admiten un análisis y una valoración también diversos; pero es imperativo tenerlos como objetos específicos de reflexión ponderada pero incisiva.

¿Y por qué habrían de importarnos todas estas disquisiciones? Lisa y llanamente porque somos abogados, y “en el abogado la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último”¹⁶.

¹⁶ Ossorio y Gallardo, Ángel (2008) El alma de la toga. Madrid: Editorial Reus, p. 19.