

ACERCA DE LA FUERZA NORMATIVA QUE ES POSIBLE Y CONVIENE DAR A LA PROPUESTA REGULATORIA SOBRE DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DEL ABOGADO

Alvaro Anríquez N.*

I. De por qué, en el plano ético profesional¹, el Colegio de Abogados no puede derogar ni modificar las normas sobre ética profesional contenidas en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados vigente al 7 de Febrero de 1981 (el “CEP 81”) ni las sanciones a esas normas establecidas por la Ley 4.409 sobre Colegio de Abogados de 9 de Octubre de 1941 también vigentes al 7 de Febrero de 1981 (la “Ley 4409-81”).²

1. El grupo de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados que formuló a esa Comisión y al Consejo del Colegio de Abogados una propuesta de nueva regulación sobre el deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado (la “Propuesta”) no logró acuerdo respecto al problema de cuál es la fuerza normativa que el Colegio está jurídicamente autorizado para darle a la Propuesta.

Conforme a la tesis que mantiene don Antonio Bascuñán R. (la “Tesis Contraria”), que en su aspecto propositivo se encuentra contenida en la minuta de discusión denominada *Aprobación y Aplicabilidad de Nuevas Reglas sobre la Ética Profesional del Abogado y vigencia del Código de Ética Profesional de 1949*, de 16 de Marzo de 2009 (la “Minuta Contraria”), y que por razones de facilidad adjunto al presente documento, el Colegio de Abogados debe (i) conocer y resolver los conflictos ético profesionales que se sometan a su conocimiento (i.e., aquéllos de los que se acusa a uno o más de sus asociados) conforme a lo que disponga su Código de Ética vigente al momento de haberse cometido el hecho que motiva el conflicto; y (ii) específicamente, en cuanto a las sanciones que el Colegio está autorizado para imponer por infracciones de sus miembros a sus deberes ético profesionales, el Colegio solamente puede imponer alguna de las sanciones previstas en sus estatutos (que no pueden ir más allá de la expulsión del Colegio). Lo anterior es consecuencia de que “el CEP [Código de Ética Profesional] es norma aplicable por el Colegio en su jurisdicción disciplinaria exclusivamente en tanto norma interna de la asociación, vinculante sólo para sus afiliados”. Consiguientemente, “el Colegio puede válidamente efectuar las modificaciones que estime pertinente en ese sentido exclusivo y para esos solos efectos”.³

Conforme a la tesis que plantea el presente documento, el Colegio de Abogados debe conocer y resolver los conflictos ético profesionales que se sometan a su conocimiento en dos planos distintos: el plano ético estadual y el plano ético como corporación de derecho

* Agradezco a Ernesto Vargas W., cuyo concurso jurídico fue determinante para la elaboración de lo que haya de valor en el presente documento.

¹ En oposición al plano correspondiente al aspecto normativo de las facultades del Colegio de Abogados en tanto corporación de derecho privado. Nos referimos a este plano en el numeral II siguiente.

² Este documento se hace cargo de la discusión suscitada en el seno del grupo de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados encargado de proponer reglas sobre deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado.

³ Para ambas citas, Minuta Contraria, punto 6.2

privado. Actuando en el primer plano, el Colegio debe conocer y resolver los conflictos ético profesionales que se sometan a su conocimiento conforme a los contenidos normativos de su Código de Ética vigente a 1981 (esto es, el CEP-81), en cuanto a cuál es la conducta ética profesional exigible, y a los contenidos sancionatorios de la Ley 4409-81. Actuando en el segundo plano, debe actuar de la manera que sugiere la Tesis Contraria indicada en el párrafo precedente. La justificación jurídica para que el Colegio actúe en el primer plano (estadual) emana de la modificación al inciso cuarto del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política que se llevó a cabo el 2005 (la “Modificación 2005”), en relación, principalmente, al artículo 4 del DL 3621 (que vía remisión fijó la ley de fondo aplicable para cuando los “Tribunales de Justicia” conozcan y resuelvan conflictos éticos profesionales). La justificación jurídica para que el Colegio actúe en el segundo plano (en tanto fundación de derecho privado) es la misma que plantea la Tesis Contraria.

Toda la diferencia entre la Tesis Contraria y la que se sustenta en este documento emana, a mi modesto entender, de si el Colegio de Abogados debe o no entenderse incluido en la expresión “Tribunales de Justicia” del artículo 4 del DL 3621. Si se considera que el Colegio está incluido, entonces la tesis de este documento resulta forzosa. Si se considera que no debe incluirse, entonces la Tesis Contraria se lleva el día.

A continuación doy los argumentos que creo hacen de la tesis que aquí propongo una interpretación más razonable que la Tesis Contraria de los principios y reglas de nuestro sistema jurídico que gobiernan el problema planteado en el primer párrafo de este número.

2. El artículo 15 de la Ley 4409 otorgó al Colegio de Abogados la siguiente facultad: *“El Consejo General [del Colegio de Abogados] con acuerdo de los dos tercios de sus miembros podrá, de oficio o a petición de los Consejos Provinciales, dictar resoluciones de carácter general, relacionadas con el ejercicio de la profesión de abogado”*.
3. Fue en virtud de esta facultad que en 1948 el Consejo General del Colegio de Abogados aprobó la versión original de su Código de Ética Profesional, entrando éste a regir el 1 de enero de 1949.
4. Los artículos 16, 18 y 19 de la Ley 4409 otorgaron a los Consejos del Colegio de Abogados la facultad de *“... corregir de oficio o a petición de parte... todo acto desdoroso para la profesión, abusivo de su ejercicio o incompatible con la dignidad y cultura de los debates judiciales...”*, fijando, a continuación, las medidas que los Consejos estaban autorizados para adoptar al efecto: amonestaciones, censura, suspensión de la calidad de abogado por un plazo no superior a 6 meses e, incluso, en el caso del Consejo General, la cancelación del título de abogado.
5. La situación anteriormente descrita cambió radicalmente con la entrada en vigencia (el 07.02.81) del Decreto Ley 3.621 (el “DL 3621”), que, entre otras cosas, (i) por medio de su artículo 1°, disolvió a los Colegios Profesionales como entidades de derecho público y, cumplida cierta condición, los hizo una asociación gremial de derecho privado; (ii) por su artículo 3°, privó a los Colegios Profesionales de facultades *“para conocer y resolver los conflictos que se promuevan entre profesionales, o entre éstos y sus clientes, como consecuencia del ejercicio de la profesión, como asimismo aquéllas que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional.”*; (iii) por su artículo 4°, entregó

la competencia para conocer y resolver dichos conflictos a los “Tribunales de Justicia”; y (iv) por su artículo 1° transitorio, derogó (90 días después de su entrada en vigencia) sus leyes orgánicas (en el caso del Colegio de Abogados, la Ley 4409).

6. Respecto a la normativa aplicable por los Tribunales de Justicia ejerciendo su nueva competencia sobre faltas a la ética profesional, el artículo 4° del DL 3621 estableció que *“toda persona que fuera afectada por un acto desdoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión, podrá recurrir a los Tribunales de Justicia en demanda de la aplicación de las sanciones que actualmente contemplen para estos actos la Ley Orgánica del Colegio respectivo o las normas de ética vigentes.”*
7. El artículo 4° del DL 3621 puede leerse exclusivamente como una remisión a las sanciones, pero no a los deberes ético profesionales cuya infracción acarrea la aplicación de esas sanciones. El tenor literal sugiere esta posibilidad, pues la referencia es a las “sanciones que actualmente...” y no a los deberes éticos; porque, la primera parte del artículo 4° establece las condiciones de aplicación de dichas sanciones al hablar de “acto desdoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión” y, a mayor abundamiento, porque la parte final del artículo 4° faculta a pedir la aplicación de las sanciones en comento “para estos actos”, vale decir, para aquéllos descritos en la primera parte del artículo 4°.
8. Creemos que la indicada en el número precedente no es una lectura correcta del artículo 4° del DL 3621, fundamentalmente por la conexión lógica necesaria entre sanción y conducta sancionada. La descripción genérica de la primera parte de ese artículo debe entenderse como remitiéndose a su concreción en el CEP 81. Por existir acuerdo con la Tesis Contraria, no nos parece necesario explicar más en detalle nuestra posición y nos remitimos a lo dicho en los puntos 3.2 a 3.5 de la Minuta Contraria.
9. El resultado de lo anterior es que, cuando entró en plena vigencia el DL 3621, en el caso de los abogados, los Tribunales de Justicia: (i) tenían competencia privativa para conocer y resolver conflictos de ética profesional de los abogados; y (ii) cuando ejercían esa competencia, aplicaban, en lo tocante a la conducta ética- profesional exigida, el CEP 81, y, en lo tocante a las sanciones, las fijadas en el DL 4409 - 81.
10. En el plano de la ética profesional⁴, esa situación se mantuvo inalterada hasta la entrada en vigencia de la Modificación 2005, que agregó la siguiente frase final a ese inciso: *“Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos por la ley.”*⁵
11. Salvo en lo que toca a la norma programática de su última frase, la Modificación 2005 se limitó exclusivamente a otorgar jurisdicción, como primera instancia (i.e., no como “única

⁴ Ver primer pie de página.

⁵ El Art. 49 Transitorio de la Constitución otorgó competencia a los tribunales ordinarios mientras no se creen los tribunales especiales a que alude el artículo 19 N°16.

instancia”), a los colegios profesionales para conocer y resolver asuntos de ética profesional de sus miembros (limitando, vía “derogación tácita”, consecuentemente el carácter privativo de la competencia de los otros órganos con jurisdicción para conocer y resolver conflictos ético profesionales).

12. En la medida que la derogación tácita, por su naturaleza, únicamente deja sin efecto aquello en que la norma posterior contradice a la anterior, la normativa de fondo aplicable para resolver conflictos de ética profesional con fuerza legal a la fecha de entrada en vigencia de la modificación constitucional permaneció inalterada. En otras palabras y en el caso de los abogados, la normativa aplicable para resolver los conflictos ético profesionales, y en la medida que el órgano encargado de aplicarla califique como un “Tribunal de Justicia”, era el CEP 81 (en cuanto a la conducta exigida) y la Ley 4409 – 81 (en cuanto a las sanciones por la infracción de la conducta exigida).
13. El número precedente (y también el N° 9) requieren de una precisión. En realidad, desde un punto de vista de criterios formales de validez, al momento de entrar en vigencia la Modificación 2005, la normativa ética profesional que debía ser aplicada por los “Tribunales de Justicia” al resolver conflictos ético profesionales estaba constituida por las normas sobre ética profesional y sanciones a la infracción a esas normas contenidas en el DL 3621 y no propiamente por el CEP 81 y Ley 4409 – 81. Estos últimos dos cuerpos normativos, en tanto fuentes formales de Derecho, habían sido derogados por el artículo 1° transitorio del mismo DL 3621 (ver N° 5 precedente). La paradoja de la situación es que el DL 3621 integró por remisión, como parte del mismo, los contenidos normativos del CEP 81 y los contenidos sancionatorios de la Ley 4409 – 81. Vale decir, el DL 3621 derogó el CEP 81 y Ley 4409 – 81 como fuentes formales de derecho chileno, pero adoptó, hizo propios, sus contenidos.
14. Lo indicado en el número precedente descarta, a nuestro juicio, la argumentación que hace don Raul Tavolari sobre la materia⁶. En efecto, de la derogación *sine qua non* por el DL 3621 de las leyes orgánicas que regían los Colegios Profesionales (la Ley 4409 en el caso de los abogados), don Raúl Tavolari deduce que no existirían (en un nivel superior del correspondiente a la normativa de una asociación gremial) un catálogo de deberes ético profesionales ni de infracciones a esos deberes que pudieran aplicar los Tribunales de Justicia cuando conocieran y resolvieran conflictos de ética profesional. Lo que nos parece no advierte don Raúl Tavolari es que esos catálogos existían en razón de formar parte del DL 3621 por remisión expresa⁷.
15. Cabe ahora hacerse cargo de la objeción de ilegalidad a la tesis enunciada en 12 precedente, planteada por la Tesis Contraria. La objeción se refiere “*al hecho de que no existe norma legal alguna que faculte a los colegios profesionales para imponer las sanciones a que se refiere el DL 3621. Las antiguas normas legales que lo autorizaban (L 4409) fueron derogadas por el Art. 3 DL 3621. La reforma constitucional de 2005 los facultó para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros, pero nada más. ¿Qué norma los faculta para imponer sanciones?*”. Entendemos que, por las

⁶ Ver, Tavolari, Raúl (1992) *La Ética de la Profesión de Abogado y los Casos más Frecuentes de Infracción*, CPU, Documento de Trabajo 25/92, pp. 5-9

⁷ Don Raúl Tavolari también funda su tesis en una interpretación distinta del texto del artículo 4 del DL 3621.

mismas razones, la Tesis Contraria también sostiene que no hay norma legal alguna que obligue al Colegio a conocer y resolver los conflictos éticos respecto de los cuales tenga competencia conforme a los contenidos normativos del CEP-81. De acuerdo a la tesis sustentada por quienes suscriben el presente documento, la fuente formal de derecho que establece la normativa a la luz de la cual se deben conocer y resolver infracciones de ética profesional de las que se acuse a abogados es el artículo 4 del DL 3621, que hace suyas las sanciones de la Ley 4409 -81 y las normas del CEP 81, tanto cuando esa jurisdicción es ejercida por los tribunales ordinarios como cuando es ejercida por el colegio. La Tesis Contraria responde: *“Conforme a su sentido literal posible, el Art. 4 cubre a los tribunales ordinarios, pero no a los colegios. ¿Qué norma establece lo que su tesis sostiene? Ninguna. Ése es el problema de ilegalidad.”* Nosotros reponemos: el artículo 4 cubre a los “Tribunales de Justicia”; esa expresión, al menos en este contexto, debe entenderse como equivalente a “órgano que ejerce jurisdicción” y por lo tanto, a partir de la Modificación 2005, incluye tanto a los Tribunales Ordinarios como al Colegio de Abogados.

16. Las consecuencias de la Tesis Contraria son fáciles de adivinar: los conflictos sobre ética profesional de abogados sobre los cuales tienen competencia los Tribunales Ordinarios (i.e., los que afectan a abogados no colegiados), son resueltos a la luz de los contenidos normativos del CEP-81 y la Ley 4409 – 81. En cambio, los conflictos sobre ética profesional de abogados sobre los cuales tienen competencia los colegios de abogados (i.e., los que afectan a sus miembros) son resueltos a la luz de las normas éticas y sanciones dictadas por el colegio respectivo en tanto persona jurídica sin fines de lucro de derecho privado, por aplicación de los artículos 553 y 554 de nuestro Código Civil. Por supuesto (entre otras cosas), la intensidad de las sanciones que puede imponer un colegio en tanto asociación gremial de derecho privado son distintas y menores que aquéllas que pueden imponerse por aplicación del DL 3621. En efecto, la máxima sanción emanada de la policía correccional de un Colegio será la expulsión del mismo. Los Tribunales, aplicando el DL 3621, pueden, en cambio, llegar incluso a cancelar la calidad de abogado del infractor. Hay, además, una segunda consecuencia, muy relevante para los efectos que hoy ocupan a la Comisión de Ética de este Colegio, consistentes en evaluar la dictación de una nueva regulación ética para los abogados colegiados. Esa segunda consecuencia consiste en que el Colegio, a través de su Consejo, estaría facultado para modificar o derogar el actual Código de Ética Profesional según estime pertinente.
17. En contraste con lo indicado en 16, nuestra tesis sostiene que quienquiera resuelva un conflicto ético profesional de abogados (Tribunales Ordinarios o algún colegio de abogados) está obligado a aplicar la misma normativa, a saber: los contenidos de conducta exigida por el CEP-81 y los contenidos sancionatorios de la Ley 4409 -81. En segundo lugar (y con la prevención que se hará en el numeral II de este documento), cualquiera regulación ética que apruebe el Consejo del Colegio de Abogados no puede derogar o modificar el contenido normativo y sancionatorio del CEP-81 y Ley 4409 – 81, por operar en órbitas de competencia distintas (la primera, en la gremial privada, la segunda, en la órbita estadual).
18. Advertimos la crítica indicada en el número 15, pero discrepamos de sus consecuencias. Es cierto que el artículo 4° del DL 3621 hizo propias las sanciones de la Ley 4409 - 81 en un contexto en que a quienes se atribuía jurisdicción para resolver conflictos éticos profesionales era a los Tribunales Ordinarios. Es cierto también que la modificación constitucional del 2005 no indica *explícitamente* que la normativa sobre ética profesional del

abogado que a la fecha de su entrada en vigencia los Tribunales de Justicia estaban obligados a aplicar (a saber, los contenidos normativos y sancionatorios del CEP 81 y la Ley 4409 – 81, respectivamente, por remisión del artículo 4° del DL 3621) iba a ser la legislación de “fondo” de los colegios de abogados en el ejercicio de sus nuevas facultades jurisdiccionales. Pero esa falta de referencia explícita o formularia es innecesaria pues la expresión Tribunales de Justicia utilizada por el artículo 4° del DL 3621 incluye a cualquier órgano de jurisdicción y el Colegio de Abogados, en virtud de la Modificación 2005, califica como tal órgano.

Adicionalmente y ahora desde un punto de vista sistémico, nos parece innecesario que la Constitución o la ley señale de modo explícito cuál será el derecho que deba aplicar uno u otro órgano que ejerce jurisdicción. El derecho aplicable a cualquier controversia en el orden temporal de la República está determinado por los hechos de la causa, no por el tribunal competente. De este modo, cuando el ordenamiento jurídico crea órganos que ejercen jurisdicción, no los faculta para *aplicar un determinado cuerpo normativo*, sino para *conocer de asuntos de una determinada materia*, definida en términos fáctico-normativos. A su vez, la *materia* de que se trate el asunto controvertido es la que determina el derecho aplicable.⁸ O sea: el derecho lo fija la materia, no el foro. De esta forma, cuando la Modificación 2005 otorgó facultades jurisdiccionales a los Colegios Profesionales para conocer de las reclamaciones por conductas contrarias a la ética profesional, no requería especificar, aunque lo hizo a través del artículo 4 del DL 3621, que dichas controversias debían ser resueltas con arreglo al derecho que era (y es) aplicable a esas materias.

19. Las razones por las cuales sostenemos que la expresión “Tribunales de Justicia” incluida en el artículo 4° del DL 3621 incluye tanto a los tribunales ordinarios, llamados a conocer acusaciones por infracciones a la ética profesional de abogados no asociados a colegio alguno, como a los tribunales especiales que reemplazarán a los ordinarios en el conocimiento de esas acusaciones, como a los colegios de abogados que conozcan acusaciones contra la ética profesional de uno o más de sus miembros, se dan en los párrafos que siguen.
20. La Tesis Contraria asume que la expresión “Tribunales de Justicia” es utilizada en el artículo 4° del DL 3621 como equivalente a “Poder Judicial” y, en consecuencia, no incluye a los Colegios de Abogados en el ejercicio de su función jurisdiccional a nivel estadual. Pero no demuestra esa suposición. Y se trata de una afirmación que no es autoevidente y, por lo tanto, debe ser demostrada según se indica a continuación.

Dispone el artículo 22 del Código Civil que “*las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que parezca claramente que se han tomado en sentido diverso*”.

Veamos como entienden la expresión “tribunales de justicia” quienes profesan la ciencia o arte correspondiente: “*Debemos dejar en claro que el mecanismo nacional es categórico en el sentido de entregar el ejercicio de la jurisdicción a los tribunales de justicia y no al poder judicial, lo que tiene consecuencias importantes, ya que si se le entregase al poder judicial*

⁸ El derecho aplicable a estas materias está explícitamente señalado en el DL 3621, que “da por reproducidas” las normas de la Ley 4.409 - 81 y el CEP 81.

*significaría que ningún órgano que estuviera fuera de él podría tener el ejercicio de la jurisdicción. En cambio, entregándoselo a los tribunales de justicia, es la función la que le da el carácter de tribunal al órgano y no el órgano a la función. Lo anterior explica por qué las autoridades administrativas, a las cuales la ley les ha otorgado especialmente el ejercicio de facultades jurisdiccionales, en la medida que las tienen, son tribunales de justicia”*⁹. Vale la pena destacar que este texto fue publicado en 1980, vale decir, es muy cercano en fecha a la entrada en vigencia del DL 3621.

En la misma línea: *“Los tribunales que no forman parte del Poder Judicial siguen siendo tribunales de justicia aunque se trate de órganos integrados orgánicamente a otros Poderes del Estado o de existencia independiente si ejercen jurisdicción por mandato expreso de la ley.”*¹⁰

De las citas anteriores se deduce con claridad que el sentido técnico que sus autores le atribuyen a la expresión “tribunales de justicia” es uno equivalente a “órgano que ejerce jurisdicción” y no a “poder judicial”.

La importancia en nuestro medio de los autores citados permite sostener, al menos *prima facie*, lo contrario al supuesto de la Tesis Contraria.

Si el concepto técnico de la expresión “Tribunales de Justicia” planteado por los autores citados fuera del todo pacífico, entendemos que se vendría abajo la Tesis Contraria (que, precisamente, sostiene que no hay disposición legal que establezca las condiciones de aplicación y sanciones con arreglo a las cuales los colegios deben ejercer su jurisdicción ética sobre sus asociados) y solamente cabría demostrar, para que nuestra tesis se tornara forzosa, que no aparece claramente que la expresión en comento fue tomada en sentido diverso por el artículo 4° del DL 3621. Si ese fuera el escenario, el estándar para apartarse del sentido técnico es alto: la voluntad del legislador en un sentido diverso debe ser clara.

Sin embargo, reconocemos que la expresión “Tribunales de Justicia” no es utilizada siempre en la práctica en el sentido amplio que le dan Colombo y Casarino. En general, nos parece que se trata de una expresión que se usa con cierta laxitud y no siempre con el mismo sentido por los técnicos del derecho e incluso por el legislador y el constituyente.

Así que, a pesar de las opiniones de Colombo y Casarino, proponemos no asumir el sentido amplio del concepto de Tribunales de Justicia como indubitado.

Pero lo que no resulta aceptable (y creemos que la Tesis Contraria lo hace) es asumir como indubitado e irrefutable el sentido restringido.

En conclusión, el presente trabajo asume que la expresión “Tribunales de Justicia” no es lo suficientemente precisa como para determinar sin mayor análisis si quiere significar “órgano que ejerce jurisdicción” (sentido amplio) o, por el contrario, “poder judicial” (sentido

⁹ Juan Colombo C., La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno, Editorial Jurídica, página 44, primera edición, 1980.

¹⁰ Casarino V., Mario, Manual de Derecho Procesal, Quinta Edición, Tomo I, pág. 46.

estricto). Se trata, proponemos, de una expresión oscura del legislador (al menos en este contexto) cuyo verdadero alcance solamente puede ser determinado recurriendo a su “intención o espíritu”. Esa es la labor que desarrollaremos en los puntos que siguen.

21. Se me ocurren solamente tres argumentos de técnica legal a favor de entender la expresión “Tribunales de Justicia” del artículo 4° del DL 3621 en su sentido estricto, a saber: (i) que la expresión en comento es usada en mayúscula (i.e., como nombre propio y, en tal caso, sugiere que se está refiriendo a un cierto individuo: el Poder Judicial); (ii) que el artículo 3° del DL 3621 priva de jurisdicción a los colegios profesionales, por lo que no hace sentido, podría argüirse, que, a renglón seguido, el artículo 4° entregue esa jurisdicción a un género de instituciones que incluye a quienes acaban de ser privados de ella; y (iii) que el considerando 4° del DL 3621 opone la expresión “Tribunales de Justicia” a los “Colegios Profesionales”¹¹. Hay también un argumento más de fondo a favor de la Tesis Contraria, que abordaré en el número siguiente.

Estos argumentos tienen fuerza y hacen del problema en análisis uno jurídicamente *difícil*. Pero cada uno de ellos, nos parece, admite refutación.

Respecto de la circunstancia de usarse la expresión “Tribunales de Justicia” con mayúsculas iniciales, cabe señalar que el DL 3621 también usa la expresión “Colegios Profesionales”, “Colegios” y “Asociación” siempre con mayúsculas iniciales, en contextos en que nos parece que claramente dichos términos se están usando en un sentido genérico (i.e., no en tanto nombres propios). Por el otro lado hay referencias a “singulares” que van en minúsculas (e.g., el “decreto ley número 2.757”). Las circunstancias anotadas hacen que las mayúsculas de la expresión en comento no sean conclusivas.

Respecto de la segunda circunstancia y a pesar de la primera apariencia, nos parece que no está en conflicto con entender la expresión “Tribunales de Justicia” en su sentido amplio. En efecto, es lógicamente posible sostener que primero, el artículo 3° del DL 3621 priva a los colegios profesionales de su condición de “Tribunal de Justicia” (en sentido amplio) precisamente para poder a continuación, en el artículo 4°, hacer referencia a los “Tribunales de Justicia” (en sentido amplio) sin incluir a los colegios profesionales. Vale decir, la circunstancia en comento prueba que a la fecha de entrada en vigencia del DL 3621 los colegios profesionales no calificaban como tribunales de justicia (en cualquier sentido). Pero no prueba que la expresión “Tribunales de Justicia” estuviera usada en un modo distinto a “órgano que ejerce jurisdicción”.

La tercera circunstancia no es conclusiva por las mismas razones indicadas a propósito de la segunda.

22. El argumento de fondo que apoya la Tesis Contraria (y que, hasta cierto punto, está sugerido en los dos últimos argumentos planteados en el número precedente) apunta a que no hace

¹¹ “Que, por otra parte, las facultades jurisdiccionales tanto para dirimir conflictos entre los profesionales o entre éstos y sus clientes como para velar por el cumplimiento de la ética profesional, otorgadas a los Colegios, pueden ser idóneamente ejercidas por los Tribunales de Justicia... lo que evitará el contrasentido que la misma entidad encargada de la defensa y desarrollo de los intereses profesionales de sus miembros, conozca y resuelva sobre las faltas a la ética profesional cometidos por estos en el ejercicio de su profesión,”

sentido fundar la regulación que deberán seguir los colegios profesionales en el ejercicio de su jurisdicción ética precisamente en la norma jurídica que los privó de esa jurisdicción: el DL 3621. Dicho de otro modo, del DL 3621 no podría derivarse la regulación del ejercicio de la jurisdicción por los colegios, porque es contradictorio con el o uno de los objetos principales de esa disposición: eliminar a los colegios como órganos con jurisdicción en materias éticas.

Este argumento debe descartarse. No hay duda que la voluntad del legislador del DL 3621 era privar a los colegios de jurisdicción ética sobre sus respectivas profesiones. Pero la voluntad que interesa hoy, por razones de jerarquía, temporalidad y legitimidad democrática, es la del constituyente del 2005. Y no hay duda que esa voluntad apunta a dotar a los colegios de jurisdicción ética.

Si, por una parte, es correcta nuestra afirmación formulada en el número 12 precedente, en el sentido que la derogación tácita, por su naturaleza, deja sin efecto exclusivamente aquello en que la norma posterior contradice a la anterior y, por la otra, la Modificación 2005 (y en esto, creemos, está de acuerdo la Tesis Contraria) es solamente una norma procesal atributiva de jurisdicción y distributiva de competencia, entonces, la normativa del DL 3621 que ha quedado sin efecto por derogación tácita de la Modificación 2005 es exclusivamente aquélla en que se concreta la voluntad del legislador del DL 3621 de privar de jurisdicción a los colegios (esto es, el artículo 3° del DL 3621). Lo demás sigue vivo, incluyendo la voluntad del legislador del DL 3621 de que la jurisdicción sobre la ética profesional corresponda a quienes el sistema jurídico chileno, en su conjunto, considere como los *órganos de jurisdicción* competentes.

23. Creemos que entender la expresión “Tribunales de Justicia” en su sentido amplio se condice claramente mejor con nuestro sistema jurídico considerado en su conjunto. Las razones para lo anterior son las siguientes:

(a) La Tesis Contraria vulnera: la igualdad ante la ley; que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados; y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 Nos. 3 y 4 de la Constitución).

Supongamos que dos abogados, uno colegiado, el otro no, cometen en conjunto una falta ética grave. Supongamos que el afectado los quiere demandar por esa falta. Veamos qué pasa si seguimos la Tesis Contraria: el afectado demandará al primero de los abogados ante el Colegio, y al segundo, ante los Tribunales Ordinarios (mientras no se creen los especiales). Hasta ahí, la diferencia de trato parece tolerable. A continuación, el Colegio de Abogados revisará la conducta del primer abogado a la luz de su normativa ética propia (emanada de su facultad normativa como persona sin fin de lucro de derecho privado); el Tribunal a la luz del CEP -81. Considérese que las normativas aplicables por colegio y tribunal pueden diferir grandemente, si se trata de colegios distintos al Colegio de Abogados A.G. o si éste modifica sustancialmente el CEP-81. Esta situación nos parece muy compleja. Pero aun peor, resulta que por el mismo hecho y una misma participación en el mismo, un abogado puede ser sancionado de una manera distinta al otro abogado involucrado. Podría argumentarse que resultaría razonable que un abogado

aumente el estándar legal en virtud del acto voluntario consistente en hacerse miembro de un Colegio, pero no es aceptable que en virtud de ese acto voluntario disminuya su responsabilidad. Y ese sería exactamente el caso, al menos en teoría, pues las facultades sancionatorias de los colegios son muy limitadas en razón de emanar de una fuente normativa de menor jerarquía (estatutos de la corporación conforme al artículo 554 del Código Civil), en oposición a las facultades sancionatorias del Tribunal, que emanan de la ley (DL 3621). En nuestro ejemplo, perfectamente podría pasar que tanto el Colegio como los Tribunales consideraran gravísima la falta y decidieran aplicar la máxima sanción disponible en derecho. Pues bien, el Colegio solamente lo expulsaría como miembro y el Tribunal, en cambio, suspendería la calidad de abogado del infractor hasta por 6 meses (en algunas hipótesis puede incluso cancelar esa calidad).

Habría aquí un poderoso incentivo para colegiarse, pero como medio para *evitar* la responsabilidad profesional. Solamente que este incentivo es, precisamente, el inverso al buscado por el Colegio.

Aparte de la circunstancia de que tribunales distintos resolverían la cuestión (establecida en nuestra constitución expresamente), nuestra tesis no afecta en modo alguno la igualdad ante la ley.

(b) Nuestra tesis no supone una infracción al principio de legalidad sancionatorio.

Ya dijimos en 18 precedente que nos parece que nuestra tesis no infringe el principio indicado en el encabezado de esta letra, pues la conducta ética exigible y sanciones asociadas a su infracción sí están descritas expresamente con anterioridad (en el DL 3621, por remisión al CEP 81 y a la Ley 4409- 81), ¡y nada menos que 24 años antes! En este número intentamos demostrar que también está descrito explícitamente que los colegios de abogados deben aplicar esas normas cuando resuelvan conflictos éticos en virtud de la jurisdicción que les fue atribuida por la modificación constitucional del 2005, por calificar los colegios como “Tribunales de Justicia”. Creemos que de la intensidad en la afectación del principio de legalidad (Constitución, artículo 19, números 2 y 3) que la Tesis Contraria conlleva (amén de los demás argumentos que damos en las letras que siguen) se deduce como autoevidente que el sentido de la voz “Tribunales de Justicia” usado en el artículo 4° del DL 3621 corresponde al sentido amplio.

(c) La Tesis Contraria no puede subsanar su infracción al principio de igualdad ante la ley de los números 2 y 3 del Art. 19 de nuestra Constitución.

(d) La tesis contraria priva de sentido la modificación constitucional del Art. 19 N°16 del 2005, en lo tocante a la apelación ante las Cortes de Apelaciones de las sentencias sobre ética profesional dictadas por colegios profesionales.

Conforme a la Tesis Contraria, los colegios profesionales resuelven los conflictos éticos en que están involucrados sus miembros conforme a su regulación ética y sancionatoria emanada de su calidad de persona jurídica de derecho privado. ¿Qué pasa si la sentencia del Colegio es apelada “ante la Corte de Apelaciones respectiva”? La Corte de Apelaciones es un Tribunal de Justicia, en cualquier sentido. A su respecto, por lo tanto, creemos entender que la Tesis Contraria consideraría obligatoria la aplicación del DL

3621, vale decir, debe aplicar el contenido normativo y sancionatorio del CEP 81 y la Ley 4409 – 81, respectivamente. Pero esto no tiene sentido: no se concibe que una apelación tenga lugar en base a un marco normativo distinto de la primera instancia. Se trataría más bien de un nuevo juicio.

(e) La tesis contraria supone la *estatización* de las facultades normativas de personas jurídicas de derecho privado y puede afectar su autonomía.

Como acabamos de decir, la Tesis Contraria postula que los colegios profesionales resuelven los conflictos éticos en que están involucrados sus miembros conforme a su regulación ética y sancionatoria emanada de su calidad de persona jurídica de derecho privado. Conforme a la Modificación de 2005, esas decisiones pueden ser apeladas ante las Cortes de Apelaciones respectiva. Lo anterior puede afectar el reconocimiento y amparo que el Estado debe a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y la garantía que también debe el Estado a su “adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.” Así Rodrigo Correa, sostiene que las asociaciones privadas “pueden privar a los asociados de los derechos que les da la asociación, llegando incluso a su expulsión. Estos procedimientos no se rigen por los estándares constitucionales. No corresponde a la Corte Suprema convertirse en panel de revisión de medidas disciplinarias de asociaciones”¹². Lo que Correa dice respecto de la Corte Suprema nos parece se aplica también –quizás con mayor razón- frente a las Cortes de Apelaciones.

Nuestra tesis, por el contrario, considera que las facultades normativas del Colegio emanadas de su naturaleza de persona jurídica de derecho privado no están sometidas a revisión por los tribunales ordinarios de justicia, en tanto operan en un plano distinto. La normativa de fondo que el Colegio debe aplicar en su función jurisdiccional atribuida por el 19 N° 16 del 2005 es una normativa legal (la incluida por remisión del DL 3621). La apelación de sus decisiones no importa una intromisión de los tribunales de justicia en las facultades normativas emanadas de su condición de persona jurídica de derecho privado.

(f) La modificación al artículo 19 N° 16 de nuestra Constitución del 2005 no da cabida para normas programáticas en los temas relevantes para esta discusión.

Los problemas de la Tesis Contraria planteados en las dos letras precedentes podrían intentar salvarse por la vía de decir que la modificación al Art. 19 N°16 de nuestra Constitución del 2005 es programática en lo que toca a la competencia de segunda instancia de las Cortes de Apelaciones; que esa competencia se activaría cuando el legislador dicte la normativa ética profesional, procedimientos y sanciones que deberán aplicar los colegios ejerciendo su jurisdicción ética.

¹² Ver Correa, R., “Derechos Constitucionales”, en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N°1, 2004, p.573. Ver también Aldunate, Eduardo, “Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común”, en XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Revista Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, 1999, tomo I, p. 105.

Esta tesis encuentra el problema de que el artículo 49 transitorio de la Constitución atribuye carácter programático exclusivamente a la norma contenida en la última frase del inciso agregado el 2005 al artículo 19 N°16 (i.e., en lo tocante a la creación de Tribunales Especiales). Vale decir, el constituyente se representó el carácter programático de parte de la modificación introducida y guardó silencio sobre un eventual carácter programático del resto. Ese silencio puede interpretarse como una incapacidad del constituyente para tomar conciencia de que otras normas de su modificación al 19 N°16 también tenían el carácter programático. Pero resulta más razonable suponer (y más deferente) que el constituyente no trató como programáticas las otras normas de la modificación simplemente porque no presentaban ese carácter.

(g) Nuestra tesis (también la Tesis Contraria, pues está referida a la jurisdicción de los tribunales ordinarios) se concilia perfectamente con el fallo emblemático en esta materia: Berstein con Albónico.

En efecto, dicho fallo, en su sección 2, considerando 4°, dispuso “*deben entenderse aplicables a los conflictos que se susciten las sanciones y las normas de ética contenidas en las leyes orgánicas de los respectivos colegios profesionales, vigentes a la fecha del Decreto Ley N°3.621, de 1981*”¹³.

Por el contrario, la tesis de don Raúl Tavolari está en contradicción con lo resuelto en este fallo.

(h) Los fundamentos para privar de su jurisdicción a los colegios profesionales¹⁴ no apuntan necesariamente a radicarla en el Poder Judicial.

En efecto, lo relevante, a juicio del DL 3621, es que quien resuelva conflictos de profesionales no sea la “entidad encargada de la defensa y desarrollo de los intereses profesionales de sus miembros”. A la luz de esta fundamentación, daría lo mismo si el órgano llamado a resolver los conflictos éticos profesionales forma parte o no del Poder Judicial, en la medida que no tenga esa suerte de conflicto de intereses.

(i) Entender la expresión “Tribunales de Justicia” en sentido amplio se aviene mejor con el carácter “inconcluso” que parece tener el DL 3621.

Decimos que el DL 3621 tiene un carácter inconcluso porque deroga la jurisdicción de los colegios profesionales solamente para, a continuación, hacer suyas las condiciones de aplicación y sanciones fijadas por cada uno de los colegios relativas a la ética de sus respectivos profesionales. No hace sentido que el considerando 4° del DL 3621 sospeche de la independencia de los colegios al ejercer jurisdicción sobre sus profesionales y no sospeche de los mismos al dictar reglas de ética y sanciones que debe aplicarse al ejercerse esa jurisdicción. La única explicación plausible de lo anterior, es que el propósito del legislador era reemplazar esos cuerpos normativos cuanto antes. Lo anterior se condice con lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del DL 3621, que faculta al Presidente de la República para, a través de decretos con fuerza de ley y dentro del

¹³ En RDJ, Tomo LXXXV (1988), N° 1 (enero-abril)

¹⁴ Ver considerando 4° del DL 3621, citado, en lo relevante, en pie de página anterior.

plazo de 6 meses a contar de la vigencia del DL 3621, “dictar o modificar las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional”.

En ese contexto de “tarea por estudiar”, es razonable pensar que el legislador del DL 3621 fue genérico y no específico en temas como el órgano en quien en definitiva se radicaría la jurisdicción para conocer procedimientos por faltas a la ética profesional. El sentido amplio de la expresión “Tribunales de Justicia” se condice mejor con ese espíritu.

(j) Nuestra tesis no entra en conflicto (al igual que la Tesis Contraria) con la práctica seguida por el Colegio de efectuar interpretaciones y recomendaciones a las normas del CEP 81 pero no directamente modificaciones al mismo.

II. Las atribuciones normativas y sancionatorias del Colegio de Abogados en tanto corporación de derecho privado.

24. El Colegio de Abogados de Chile A.G. es una asociación gremial creada por el DL 3621 (ver artículos 1 y 1 transitorio). La legislación aplicable a las asociaciones gremiales es el DL 2.757 de 4 de Julio de 1979. Resulta pacífico entender que a las asociaciones gremiales les son aplicables las normas establecidas por los artículos 553 y 554 del Código Civil, que consagran, la primera, el carácter de las corporaciones de fuente formal de derecho para sus miembros (vale decir, la posibilidad de dictar reglas obligatorias para sus miembros) y, la segunda, la facultad de conocer procedimientos por infracciones a esas reglas e imponer sanciones en caso que esas infracciones resulten comprobadas a juicio del órgano pertinente de la corporación.
25. Estas facultades normativas y sancionatorias emanadas de su calidad de persona jurídica sin fin de lucro de derecho privado (las “Facultades en tanto Corporación”) las ha tenido ininterrumpidamente el Colegio desde su creación como tal el año 1981 hasta hoy.
26. Desde su creación como entidad de derecho privado en 1981 y hasta la entrada en vigencia de la modificación constitucional del 2005, el Colegio ha ejercido las únicas facultades que tuvo en ese período, esto es, sus Facultades en tanto Corporación. De esta manera:
 - (a) los actuales estatutos del Colegio consagran el derecho del Colegio para dictar, por mayoría absoluta de sus miembros, reglamentos para el cumplimiento de los objetivos del Colegio, dentro de los cuales se encuentra dictar para sus asociados normas sobre el honor profesional; y a aplicar a sus asociados medidas disciplinarias en ejercicio de su jurisdicción disciplinaria (ver Arts. 7 a 11 y 30-j). Los estatutos son muy anteriores a la fecha en que el Colegio pasó a tener facultades jurisdiccionales sobre la ética profesional de sus miembros por disposición directa de la ley (vía la Modificación 2005). Estas referencias estatutarias no pueden, por lo tanto, sino ser explicitación y concreción de las facultades normativas y de policía correccional establecidas en los artículos 553 y 554 del Código Civil.

- (b) En uso del aspecto normativo de sus Facultades en tanto Corporación, el Colegio de Abogados ha dictado sucesivamente dos reglamentos para la tramitación de acusaciones o denuncias relacionadas con la conducta profesional de los asociados. En el primero de esos reglamentos se reconoce expresamente que el Colegio los dicta en razón de la atribución estatutaria (vale decir, en referencia indirecta a las facultades del 553 del Código Civil).
- (c) En uso del aspecto normativo de sus Facultades en tanto Corporación, el Colegio de Abogados hizo suyo el CEP 81 (en tanto no se dictara otro Código de Ética Profesional aplicable a todos los abogados), en forma expresa, en el artículo transitorio del primero de los reglamentos mencionados en la letra precedente, y tácitamente, porque sistemáticamente resolvió los conflictos éticos que le fueron sometidos con arreglo a las disposiciones del CEP 81.
- (d) En uso del aspecto normativo de sus Facultades en tanto Corporación, el Colegio de Abogados formuló recomendaciones e interpretaciones al CEP 81.
- (e) En uso del aspecto jurisdiccional de sus Facultades en tanto Corporación, el Colegio conoció y resolvió acusaciones relacionadas con la conducta profesional de algunos de sus asociados. Otra manifestación de que el Colegio siempre entendió que ejercía esta jurisdicción en tanto emanación de sus Facultades en tanto Corporación es que las sanciones que impuso siempre correspondieron a aquéllas establecidas por sus estatutos, en línea con lo dispuesto en el artículo 554 del Código Civil (vale decir, la máxima sanción aplicable es la expulsión del Colegio).

27. El período actual (post modificación constitucional del 2005)

De acuerdo a la presente tesis, con la entrada en vigencia de la modificación constitucional del 2005, se ha producido un cambio muy relevante en las atribuciones jurisdiccionales del Colegio de Abogados.

A contar de esa fecha, el Colegio tiene jurisdicción sobre la conducta ética profesional de sus asociados en virtud de dos fuentes independientes: el aspecto jurisdiccional de sus Facultades en tanto Corporación; y la norma constitucional del artículo 19 N° 16, inciso final.

En cuanto a sus facultades normativas, como la modificación constitucional del 2005 no le otorgó facultad alguna en este sentido, las cosas siguen tal como estaban antes de la misma, esto es: el Colegio tiene facultades de generar normas jurídicas, en virtud del aspecto normativo de sus Facultades en tanto Corporación. Nada más.

El aspecto normativo de las Facultades en tanto Corporación del Colegio funciona en una órbita de competencia normativa distinta a aquélla en la que el Colegio se mueve al conocer y resolver conflictos de ética profesional de sus miembros por mandato constitucional. En consecuencia, cuando ejerza esta última jurisdicción, el Colegio debe resolver conforme a la legislación sobre ética profesional aplicable a nivel estadual. Esa normativa, ya lo dijimos, es la fijada en el DL 3621 (vale decir, por integración, las normas contenidas originalmente

en el CEP 81 y Ley 4409 - 81). El Colegio puede modificar esas normas en virtud del aspecto normativo de sus Facultades en tanto Corporación. Pero esas modificaciones, por ocurrir en una órbita distinta, no afectan en modo alguno la labor del Colegio en tanto ejerciendo las facultades jurisdiccionales constitucionales – legales.

Por el contrario, cuando el Colegio ejerza el aspecto jurisdiccional de sus Facultades en tanto Corporación debe aplicar, no el DL 3621 (y las normas que lo integran por remisión) sino las normas dictadas por el Colegio en virtud del aspecto normativo de sus Facultades en tanto Corporación.

Si existe una diferencia sustancial entre las primeras (DL 3621) y las segundas (normas dictadas por el CEP) respecto de un caso concreto, entonces se producirá el exótico resultado de que habrá dos sentencias del Colegio, una, conforme al DL 3621, aplicando las sanciones allí establecidas; y, otra, conforme a su normativa institucional, aplicando las sanciones institucionales.

La primera sentencia será apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva; la segunda, en principio, no.

III. Sugerencias en relación a la propuesta sobre regulación acerca de deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado (la “Propuesta”).

28. Nos parece muy importante que la Propuesta sea aprobada cuanto antes, sin esperar que estén aprobadas las propuestas sobre otras materias de ética profesional actualmente en preparación por la Comisión de Ética. La Comisión y, más importante, el Consejo, ha convenido preliminarmente en una regulación exhaustiva de un tema que es piedra angular del ejercicio profesional. El Colegio no debe dejar pasar esta oportunidad de culminar este proceso. Desde el punto de vista del ejercicio de sus funciones normativas, la aprobación definitiva de la Propuesta tal vez sea el paso más relevante dado por el Colegio desde la dictación del Código en el lejano 1948. Lo anterior cobra más fuerza si se piensa que es posible que sea difícil y tome mucho tiempo al Consejo llegar a acuerdos en otros temas de ética profesional, tales como honorarios, publicidad y sollicitación.
29. La Propuesta no está pensada como una norma interpretativa del CEP 81 y por lo tanto supeditada a ésta. Más aun, en algunos puntos muy relevantes, la Propuesta regula materias de una manera opuesta a las normas del CEP 81¹⁵. Creemos relevante mantener la Propuesta tal cual está, a pesar de que lo anterior significará que al conocer una falta ética profesional relacionada con el deber de confidencialidad del abogado, el Colegio deberá aplicar dos cuerpos normativos: el CEP 81 (en el ejercicio de su jurisdicción constitucional / legal) y la Propuesta (en el ejercicio de sus Facultades en tanto Corporación) y es posible, por lo tanto, que llegue a dos sentencias distintas. Peor aun, sobre la base de dos procedimientos

¹⁵ Por ejemplo, la revelación no consentida de información confidencial para prevenir un delito o proteger a personas es mucho más calificada en la Propuesta que en el CEP 81. Además, en la Propuesta dicha revelación generalmente no es un deber. Siempre lo es en el CEP 81.

distintos. No importa. Creemos que es la mejor manera de dejar patente la mayor adecuación a los tiempos que corren de la Propuesta y promover la dictación de una ley que recoja las normas de la Propuesta como normas de ética profesional aplicables a nivel legal (no solamente como manifestación de las Facultades en tanto Corporación del Colegio). La consagración a nivel legal de la Propuesta haría aplicable sus reglas a todos los abogados de Chile. Estamos concientes de los problemas prácticos y desafíos que nuestra tesis presenta al ejercicio jurisdiccional del Colegio. Pero su evitación no constituye un criterio interpretativo válido en nuestro sistema jurídico: *“lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”*.

30. Finalmente, sugerimos al Colegio promover con quien corresponda la dictación de una ley que recoja los contenidos normativos de la Propuesta (y, ojala, de todas las demás propuestas sobre regulación ética del Colegio).

Alvaro Anríquez N., Santiago, 27 de Marzo del 2009.