



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

ANRÍQUEZ NOVOA, ÁLVARO

Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile

Ius et Praxis, vol. 22, núm. 2, 2016, pp. 331-372

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19751022011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Trabajo recibido el 4 de agosto y aprobado el 20 de diciembre de 2015

Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile*

LAWYER'S PROFESSIONAL ETHICS: CURRENT REGULATION IN CHILE

ÁLVARO ANRÍQUEZ NOVOA**

RESUMEN

Este trabajo persigue identificar cuál es el estatuto ético-profesional vigente del abogado en Chile. Concluye que, salvo por el tribunal competente para conocer de las reclamaciones ético-profesionales, ese estatuto es el mismo tanto para los abogados afiliados a algún colegio como para aquellos que no lo están y está constituido (a) respecto de los deberes ético-profesionales, por los contenidos normativos vigentes a febrero de 1981 del Código de Ética del Colegio de Abogados aprobado en 1948; (b) respecto a las sanciones susceptibles de ser aplicadas al abogado que infringe esos deberes, por los contenidos normativos vigentes a febrero de 1981 de la Ley del Colegio de Abogados Nº 4.409, y (c) respecto del procedimiento al cual someter las reclamaciones ético-profesionales, por el juicio sumario y demás reglas del D.L. Nº 3.621/1981. Las conclusiones alcanzadas a propósito de la abogacía son luego proyectadas a las demás profesiones que requieren de grado universitario. Se plantea que el estatuto ético-profesional de cada una de ellas está constituido por los contenidos normativos vigentes a febrero de 1981 del código de ética dictado por su respectivo colegio profesional (deberes) y por la ley orgánica de ese colegio (sanciones), así como por las normas procesales fijadas por el D.L. Nº 3.621. Finalmente, plantea que el denominado "Código de Ética Profesional" del Colegio de Abogados de Chile de 2011, así como cualquier otra regulación con pretensión de regulación ético-profesional dictada por cualquier colegio profesional después de febrero de 1981, sólo tiene fuerza jurídica para efectos de responsabilidad civil en tanto su contenido corresponda al *lex artis* y por integrar los contratos de abogacía de los afiliados.

ABSTRACT

This essay seeks to identify the rules governing the professional responsibility of lawyers currently effective in Chile. It arrives to the conclusion that, except for the courts with jurisdiction over professional responsibility complaints, such rules are the same for lawyers who are members of a professional bar as well as for those who are not, and such rules are: (a) regarding professional duties, the normative content effective in February, 1981 of the Code of Ethics enacted by the Lawyers Bar in 1948; (b) regarding the sanctions to be imposed to the lawyer infringing those duties, the normative content effective in February, 1981 of Law 4,409 on the Professional Bar of Lawyers; and (c) regarding the procedure under which lawyers' professional responsibility complaints are

* El autor agradece a los abogados Ernesto Vargas Weil y Pablo Fuenzalida Cifuentes por sus lúcidos comentarios a versiones preliminares de este trabajo.

** Profesor asistente de la Cátedra Profesión Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. LLM Universidad de Nueva York, EE.UU. Correo electrónico: aanriquez@anriqueznovoa.cl.

to be decided, the *juicio sumario* and the other rules of D.L. N° 3.621 . Conclusions achieved in connection with the legal profession are thereafter projected to the other professions for which a university degree is required, proposing that the professional responsibility rules for each of them correspond to the normative content effective in February, 1981 of both the code of ethics enacted by its bar organization (duties) and the law pursuant to which such professional bar was organized (sanctions), as well as the procedural rules of D.L. N° 3.621 . Finally, this essay concludes that the so-called "Code of Professional Ethics" enacted by Colegio de Abogados de Chile in 2011, as well as any other self-pretending professional responsibility regulation enacted by any other bar organization subsequent to february 1981, only has legal force for civil-responsibility purposes insofar as it contains the *lex artis* and by integrating the legal services contracts of its members.

PALABRAS CLAVE

Regulación ético-profesional del abogado en Chile

KEYWORDS

The lawyer's professional ethics in Chile

1. Finalidad del trabajo y actualidad del problema que aborda

El presente trabajo tiene por finalidad identificar la regulación ético-profesional de la abogacía que se encuentra actualmente vigente en Chile, entendiendo por tal regulación aquélla (i) cuyo objeto es el ejercicio de la abogacía; (ii) de carácter *jurídico*, en tanto forma parte del derecho nacional vigente conforme a los criterios de validez sentados por la regla de reconocimiento de ese ordenamiento, y (iii) que, primariamente, constituye una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, esto es, su infracción se traduce en la imposición de una sanción al profesional trasgresor, sin perjuicio (por razones de coherencia interna de nuestro sistema jurídico) de los efectos de una sentencia ético-profesional en el juicio civil que se promueva en razón de los mismos hechos que dieron lugar al juicio ético-profesional.

En noviembre del año 2012, la C. Suprema acogió tres recursos de queja¹ contra los miembros de la C. de Apelaciones de Santiago que rechazaron sendos reclamos de ilegalidad interpuestos por el Consejo de Defensa del Estado en contra de decisiones del Consejo para la Transparencia que acogieron amparos por denegación de información por parte del Consejo de Defensa del Estado.

El argumento principal esgrimido por la C. Suprema para acoger los recursos de queja referidos fue considerar que las actas y documentos requeridos se encontraban "*sujetas a reserva en virtud del secreto profesional [del abogado]*" (considerando 16º), y "*que el secreto profesional [del abogado]* (...)

¹ Corte Suprema, roles 2788-2012, 2582-2012 y 2423-2012, todas de 28 de noviembre de 2012. Aunque desfasadas en su ordenación en considerandos, las tres sentencias, en lo relevante para este trabajo, son sustancialmente iguales. Por razones de síntesis, las citas son a los considerandos de la primera de ellas.

está garantizado a nivel constitucional y es precisado en el Código de Ética Profesional" (considerando 23º), resultando así aplicable al caso la excepción al acceso de información pública contemplado en el número 5º del artículo 21 de la ley Nº 20.285.

Como reconocen las sentencias en comento, la Constitución no hace "referencia directa al secreto profesional [del abogado]", sino que éste "se encuentra subsumido como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica que toda persona tiene y que se encuentra garantizado en el numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental (...)" (considerando 11º). Tal vez fue esa falta de reconocimiento explícito (y, por consiguiente, de regulación detallada) lo que llevó a la C. Suprema a anclar el secreto en cuya virtud acogió el recurso, adicionalmente, en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados.

El Código de Ética al que hacen referencia los fallos (considerando 14º) es el "aprobado (...) el año recién pasado por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. y que rige a partir del 1 de agosto de 2011" (en adelante, el "Nuevo CEP").

Los fallos que aquí analizo parten afirmando que el Nuevo CEP "no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República". No obstante lo anterior, los mismos considerandos agregan que el Nuevo CEP constituiría una ley "en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conductas generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva (...)" (ambas citas del considerando 14º).

La única explicación que los fallos en comento dieron para atribuirle al Nuevo CEP una fuerza equivalente a la de una ley consiste en lo siguiente: "[las normas del Nuevo CEP] afincan su legitimidad general en el mínimo ético exigible a quienes han recibido un título para el ejercicio profesional a que se los habilita" y que "este máximo Tribunal, como todo juez de la República, debe exigir (...) su estricto cumplimiento con el mayor rigor" (considerando 15º).

La revista institucional del Colegio de Abogados de Chile A.G. (el "Colegio de Abogados AG") comentó los fallos en los siguientes términos (en aquello que interesa a los fines de este trabajo): "c. Adicionalmente, en un pronunciamiento digno de ser destacado, se señala que si bien el Código de Ética del Colegio de Abogados [i.e., el Nuevo CEP] no es una ley en sentido formal, sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conductas generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva (...) [e]n

suma, se trata de una exégesis de la Corte Suprema que celebramos en cuanto significa la profesión del abogado del Estado, y del abogado en general².

Debiera generar preocupación que en un Estado de Derecho (como lo es la República de Chile) se le atribuya fuerza de ley a un texto con pretensiones normativas (como lo es el Nuevo CEP) que no ha seguido en su elaboración ninguno de los procedimientos contemplados en nuestra Constitución para tener esa fuerza. Esa preocupación debiera adquirir aun mayor intensidad si quien hace esa atribución de fuerza normativa es nada menos que nuestra C. Suprema y el colegio de abogados más influyente del país la aplaude; si, para hacerlo, la Corte eleva “mínimos éticos” a la categoría de imperativos jurídicos, sin detenerse siquiera a justificar esa categorización; y, finalmente, si lo hace para construir (a modo de regla) una excepción al ejercicio de un derecho (a acceder a información pública) de rango constitucional (art. 8º).

Cabe agregar que en fallos posteriores sobre materias análogas (*i.e.*, resoluciones del Consejo de Transparencia dando acceso a información en poder del Consejo de Defensa del Estado) y aunque en forma menos explícita, la C. Suprema ha vuelto, en los hechos, a aplicar disposiciones del Nuevo CEP como si fueran ley de la República³.

Contra la opinión de la C. Suprema y del Colegio de Abogados AG, en este trabajo persigo demostrar que: (i) el Nuevo CEP carece de fuerza jurídica como regulación ético-profesional y (ii) el estatuto jurídico ético-profesional del abogado, incluyendo tanto a los abogados afiliados a algún colegio gremial como a aquellos que no lo están, está constituido por los contenidos normativos vigentes al 7 de febrero de 1981 del Código de Ética del Colegio de Abogados aprobado en 1948.

Para alcanzar los objetivos recién descritos, partiré por revisar cuál era el régimen jurídico de los abogados en Chile durante cada una de las etapas históricas que es necesario tener a la vista para entender a cabalidad su situación actual. A ello me abocaré a continuación.

2. Regulación ético-profesional de la abogacía entre 1925 y 1981

2.1. Publificación de la organización gremial de los abogados

En lo que constituye una manifestación de la pulsión del Estado de Chile por reclamar para sí todo ejercicio de poder dentro de su territorio, el decreto ley Nº 406, de 1925 y, muy pronto, su norma derogatoria, la ley Nº 4.409, de

² EDITORIAL REVISTA DEL ABOGADO (2012), p. 21.

³ Corte Suprema, rol 4380-2012, de 8 de mayo de 2013; Corte Suprema, rol 5337-2013, de 29 de octubre de 2013, y Corte Suprema, rol 6059-2013, de 17 de marzo de 2014.

1928 (en adelante, también, la “Ley Orgánica del Colegio”) confirieron y reiteraron, respectivamente, el carácter de persona jurídica de derecho público a la organización de abogados a la sazón existente, denominándolo “Colegio de Abogados”⁴; hicieron de la afiliación a ese colegio un requisito habilitante para el ejercicio de la abogacía⁵ y lo dotaron de facultades normativas⁶ y disciplinarias⁷ sobre sus afiliados en materias de ética profesional. Se trató de una manifestación tardía de esa pulsión, considerando, por ejemplo, que la concentración de la producción de normas jurídicas por el Estado de Chile es principalmente consecuencia de la codificación iniciada más de 70 años antes (tanto porque los códigos norman áreas muy amplias de la realidad jurídicamente relevante como porque lo hacen con pretensiones exhaustivas y quasi excluyentes) y el monopolio estatal para ejercer el poder de conocer y resolver conflictos en el orden temporal se remonta, al menos, a la Constitución de 1833.

Constituyó, adicionalmente, una manifestación harto peculiar de esa pulsión, porque el Estado se impone aquí al gremio de los abogados que le disputa soberanía respecto del ejercicio de esa profesión sin destruir su incipiente organización, sino que haciéndola propia, vía *publificarla*⁸. A la manera de un pirata que ha obtenido patente de corsario, la organización gremial, devenida en institución paraestatal, surca ahora las aguas del quehacer profesional que justifica y enmarca su existencia en barco de mayor calado y dotado de cañones más potentes, sólo que el énfasis de su actividad ya no está estructuralmente vinculado a las reivindicaciones e intereses del gremio⁹, por ejemplo, a “*velar por el (...) prestigio y prerrogativas de la profesión de abogado*” y “*dar protección a los abogados*”¹⁰, sino que en colaborar en la consecución de, al menos, algunos de los bienes públicos vinculados estructuralmente a la abogacía, a

⁴ Ver art. 1º ley N° 4.409, de 1928, y art. 2º D.L. N° 406, de 1925.

⁵ Ver arts. 36 inc. 2º y 38, ley N° 4.409, de 1928; y art. 14 D.L. N° 406, de 1925.

⁶ Ver art. 15 ley N° 4.409, de 1928. Es dudoso que el D.L. N° 406, de 1925, confiriera al Colegio facultades equivalentes.

⁷ Ver arts. 16, 18 y 19 ley N° 4.409, de 1928; y arts. 9º (a), 10 y 11 D.L. N° 406, de 1925.

⁸ Sobre este punto, ver FUENZALIDA (2007), pp. 132 y 133; SIERRA y FUENZALIDA (2014), p. 429.

⁹ Las asociaciones gremiales se definen por promover y defender los intereses de sus miembros en su órbita de competencia. Por eso, el énfasis en esos objetivos tiene el carácter de *estructural* para esas asociaciones. Lo anterior ha quedado plasmado en la actual legislación sobre asociaciones gremiales (D.L. N° 2.757, de 1979), paradigmáticamente, en su artículo 1º. Se trata de un problema de énfasis de objetivos y no de exclusividad, porque la promoción de los bienes públicos asociados a la actividad profesional constituye una manera de cristalizar esos objetivos legales.

¹⁰ La ley N° 4.409, de 1928, por su art. 12, letra a), incorpora esos atávicos quehaceres de las organizaciones gremiales de abogados (y, en general, de cualquier organización gremial respecto de sus miembros) a la lista de deberes del Colegio de Abogados que crea.

saber: el ejercicio no abusivo de la profesión de abogado, el aseguramiento de asistencia judicial letrada a quienes no puedan solventarla, el desarrollo de la ciencia del Derecho y de las diversas disciplinas jurídicas, y el cumplido ejercicio por el Estado de su función jurisdiccional¹¹.

Considerando la indudable influencia política con que, a la sazón, contaban los abogados, esta metamorfosis también puede explicarse desde el lado opuesto (o, simbióticamente, desde ambos), como una manipulación que el gremio hace del Estado para asegurarse el mayor grado de autonomía en el ejercicio de su actividad¹². Explicando el anzuelo con que los profesionales provocan al Estado con miras a lograr la *publificación* de su organización, Carlos Peña G. recuerda que “[e]l punto de vista funcionalista respecto de las profesiones (que Durkheim, como anota Luhmann, inaugura) subraya la ideología del altruismo y del bien común, la ideología de servicio, con que los cuerpos profesionales legitiman sus demandas [gremiales]”¹³ (Notas sobre Abogados y Educación Legal, Borrador para Comentarios, inédito, número 5 del numeral I).

En efecto, en un mundo crecientemente dominado por la dicotomía Estado-individuo, la *publificación* de esa organización gremial surge como la única forma normativamente aceptable para dotar a ésta con las facultades de controlar el ingreso a la abogacía, así como de normar y disciplinar ese quehacer profesional. Constituyen dichas facultades, a fin de cuentas, aquello que identifica y da cohesión al gremio¹⁴, lo que explica el afán de los abogados por hacerse de éstas con la mayor autonomía posible.

Por el contrario, no resulta posible justificar esas facultades en el otro extremo de la dicotomía –i.e., el individuo– a través del derecho de éste a la libre contratación. En efecto, la afiliación a una organización profesional como prerequisito para ejercer la abogacía evidentemente no puede fundarse en una institución esencialmente voluntaria como es el contrato. Las facultades normativas y disciplinarias de la misma en materias de ética profesional, por su parte, se oponen al carácter *relativo* de los contratos –conforme al cual sus efectos se limitan a quienes voluntariamente son partes de los mismos–, toda vez que la órbita de competencia de una organización profesional corresponde

¹¹ En este sentido, ver ley Nº 4.409, de 1928, art. 12, letras a) (en cuanto encomienda al Colegio velar por el “progreso (...) de la profesión de abogado y por su regular y correcto ejercicio”), b), j), l) y ñ).

¹² Respecto de la “exitosa historia de negociación [del Colegio de Abogados] con el poder político por más prerrogativas” durante el período en estudio, ver SIERRA Y FUENZALIDA (2014), pp. 427-431.

¹³ PEÑA (2002), p. 6.

¹⁴ Sobre este punto, ver PEÑA (1994), p. 88; SQUELLA (2001), p. 576.

estructuralmente a la actividad profesional de sus miembros y esa actividad se realiza en beneficio del cliente, quien no forma parte de la profesión en cuestión en el caso paradigmático¹⁵ y, consiguientemente, no cumple con el requisito habilitante para formar parte de la organización profesional, de lo que se sigue que toda actuación de esta última le es ajena¹⁶. Cabe señalar, por último, que la relevancia de la actividad que monopolizan los abogados, a saber, el acceso a la jurisdicción, hace que el impacto de su regulación ético-profesional en quienes no forman parte de la profesión regulada sea particularmente intenso e impide tratar a esta excepción al efecto relativo de los contratos como algo menor o incidental.

Aunque no es dudoso que los esfuerzos desplegados por los abogados para publificar su organización gremial hayan obedecido al espurio propósito de preservar, legitimar y potenciar al principal defensor de sus privilegios, no parece justo considerar al segundo como la *única* causa de los primeros. Algun rol debe también haber desempeñado la confianza, probablemente ingenua, de que el Colegio (i) no sucumbiría a la tentación de abusar de las facultades normativas y jurisdiccionales que allí se le conferían¹⁷; y (ii) tanto desde un punto de vista técnico como vivencial, era quien estaba mejor posicionado para ejercer idóneamente esas facultades. Esa confianza fue, por cierto, compartida por el legislador de la época. Al menos, el riesgo de que ocurriera la primera de las circunstancias anotadas pesó menos en la voluntad de la Ley Orgánica del Colegio que el beneficio que vio asociado a la segunda.

En síntesis, la *publificación* de la organización gremial de los abogados produce la paradoja de, a cambio de un vago¹⁸ compromiso con intereses públicos relacionados con la abogacía (vago, al menos, desde el punto de vista normativo), potenciar notoriamente la autonomía normativa y disciplinaria de esos profesionales: a partir de la entrada en vigencia, primero, del D.L. N° 406 y, luego, de la ley N° 4.409, el Colegio de Abogados pasó a contar con el imperio del Estado para esos efectos.

¹⁵ En tal caso, es la condición de lego del cliente, unido a la necesidad de largos estudios para resolver el problema de que se trata, la razón por la cual éste recurre al profesional.

¹⁶ Las facultades referidas afectan también a otros terceros, por ejemplo, la contraparte sin representación legal, así como los órganos jurisdiccionales o administrativos ante quienes se desempeñan los abogados.

¹⁷ Por la vía, en términos gruesos, de fijar un catálogo de deberes ético-profesionales de baja intensidad para los abogados respecto de sus clientes (y otros terceros), así como ser parciales en favor de los primeros en las reclamaciones en su contra formuladas por los segundos, respectivamente.

¹⁸ Me refiero a un compromiso *normativamente* vago. Respecto al compromiso *en los hechos* que pudo haber tenido el Colegio de Abogados con intereses públicos relacionados con la abogacía durante el período en estudio, ver SIERRA y FUENZALIDA (2014), pp. 426-430.

2.2. El Código de Ética del Colegio de Abogados que entró en vigencia en 1949

En 1948 el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile aprobó un Código de Ética Profesional para el ejercicio de la abogacía, que entró en vigencia el 1 de enero de 1949 (en adelante, el “CEP-49”).

El artículo 15 de la Ley Orgánica del Colegio facultaba al Colegio de Abogados para regular la abogacía en los siguientes términos: “*[e]l Consejo General 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*”.

Fue en virtud de esa facultad que el Consejo General del Colegio aprobó el CEP-49, según lo declara expresamente su prefacio.

Del “carácter general” de las resoluciones dictadas por el Colegio conforme al artículo 15 de su ley orgánica se deduce que los contenidos normativos del CEP-49 eran aplicables a todos los abogados autorizados para ejercer la abogacía en Chile. La misma conclusión (y en forma independiente) se alcanza a partir del requisito *sine qua non* de registro en el Colegio para el ejercicio de la abogacía¹⁹, en tanto las normas del Colegio por fuerza debían aplicarse, al menos, a todos sus miembros. Ése fue, por lo demás, el entendimiento del Colegio, el que, durante todo el período bajo análisis, utilizó el CEP-49 como el catálogo de conductas contra el cual contrastar los comportamientos concretos sometidos a su jurisdicción ético-profesional.

En relación con esas facultades jurisdiccionales, cabe agregar que las sanciones que el Colegio estaba autorizado para imponer en uso de las mismas iban desde la amonestación y censura a la suspensión por un plazo que no excediera de seis meses. Más aun, y siempre que motivos graves lo aconsejaran, el Consejo General podía sancionar a un abogado con la cancelación de su título profesional.

El proceso de *publificación* experimentado por el Colegio de Abogados se replicó, en sustancialmente los mismos términos, en muchas de las organizaciones de las demás órdenes profesionales. Fue el caso de los colegios Médico, de Dentistas, de Ingenieros, de Técnicos, de Contadores, de Ingenieros Agrónomos y de Profesores.

3. Regulación ético-profesional de la abogacía entre 1981 y 2005

3.1. Control ético como ejercicio de la función jurisdiccional

Notoriamente influida por el pensamiento neoliberal, que atribuye protagonismo al individuo-en-libertad en materias económicas, el constituyente de

¹⁹ Arts. 36, 38 y 39 de la ley N° 4.409, de 1928.

1980 no solamente fue hostil con la actuación de su tradicional adversario, el Estado, en esas materias, confinándolo a un rol subsidiario, sino también con cualquier otro cuerpo intermedio que no pudiera reconducirse a ese individuo a través de su libertad de contratación, incluyendo a los colegios profesionales organizados como entidades paraestatales en los términos descritos en la sección precedente²⁰. Más aún, el notorio conflicto de intereses que experimentaban esos colegios profesionales en las materias respecto de las cuales el Estado les había conferido potestades públicas²¹ constituyó una razón adicional de peso para desconfiar de la manera en que las ejercerían²².

La norma contenida en el texto definitivo de la segunda frase del inc. 4º N° 16 art. 19 de la Constitución de 1980 representa, dada su jerarquía, la principal manifestación de esa hostilidad²³.

En lo que toca a los colegios profesionales y a fin de evitar la antinomia entre, por una parte, la norma recién citada de ese cuerpo legal, que prohíbe la afiliación o desafiliación como requisito para el ejercicio de una profesión, de inminente entrada en vigencia y, por la otra, las leyes orgánicas de los colegios profesionales referidos en la sección anterior –que hacían de la afiliación de los profesionales al colegio de la orden respectiva un prerequisito para el ejercicio profesional–, el 7 de febrero de 1981 el Poder Legislativo de la época dictó, precipitadamente, como veremos, el decreto ley N° 3.621, (en adelante, el “D.L. N° 3.621”), con fuerza inmediata. El D.L. N° 3.621 redujo radicalmente el estatus y facultades jurídicas de todos esos colegios profesionales, impactando intensamente al hacerlo la regulación de la ética profesional, dado que eran precisamente los colegios quienes monopolizaban las facultades normativas y jurisdiccionales de esa área del derecho respecto de los miembros de su orden. En efecto, entre otras cosas: (i) por medio de su artículo 1º, atribuyó a los colegios

²⁰ Los cambios constitucionales y legales que cercenaron las facultades de los colegios profesionales llegaron a ser calificados como “agresiones de carácter constitucional y legal”. Ver Ríos (1999), pp. 141-158.

²¹ El conflicto se suscita porque esas facultades normativas consisten en fijar un catálogo de deberes para sus miembros respecto de quienes no tienen esa calidad (especialmente, los clientes), y las jurisdiccionales, en juzgar las reclamaciones de los segundos en contra de los primeros por la infracción de esos deberes.

²² La desconfianza del legislador en los colegios profesionales como órgano disciplinador en materias de ética profesional quedó plasmada en el considerando cuarto del D.L. N° 3621, de 1981, que estima un “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 cometidas por éstos en el ejercicio de su profesión”.

²³ “Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos”.

profesionales –incluyendo al de abogados– el carácter de asociaciones gremiales, sujetándolos, consiguientemente, a las normas aplicables a esas personas jurídicas²⁴ “en lo que no se contrapongan con las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas en la parte en que no sean derogadas por el presente decreto ley”; (ii) por su artículo 3º, 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 aquellos que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional”; (iii) por el inciso 1º de su artículo 4º, confirió competencia para conocer y resolver dichos conflictos a los “Tribunales de Justicia”; (iv) por su artículo 1º transitorio, derogó (90 días después de su entrada en vigencia) sus leyes orgánicas (en el caso del Colegio de Abogados, la Ley Orgánica del Colegio); (v) por su art. 2º transitorio, otorgó al presidente de la República (actuando de la manera y dentro del plazo que fijó al efecto), facultades normativas en materias de ética profesional, y (vi) como consecuencia de la condición de asociación gremial que atribuyó a los colegios profesionales y de la derogación de sus leyes orgánicas, entre otras razones, privó a los colegios profesionales de facultades normativas en materias de ética profesional.

Adicionalmente, respecto a la normativa aplicable por los Tribunales de Justicia en ejercicio de su nueva competencia sobre faltas a la ética profesional, el mismo 1º del artículo 4º D.L. N° 3.621 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”²⁵.

La norma transcrita puede leerse exclusivamente como una remisión a las penas, pero no a los deberes ético-profesionales cuya infracción acarreaba la aplicación de las mismas. Su texto sugiere esa posibilidad, pues hace referencia a las “sanciones que actualmente (...)” y no a los deberes éticos; porque su primera parte establecería 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

²⁴ Esto es, a las contenidas en el D.L. N° 2.757, de 1979.

²⁵ La intensidad de la mutilación de facultades a los colegios profesionales perpetrada por el D.L. N° 3.621 ha hecho que nuestra doctrina, con cierta exageración, la haya “considerado la versión nacional de la ley francesa L’Chapelier. Dictada en 1791, en plena revolución, eliminó todo tipo de corporaciones de la misma clase y profesión, prohibiendo su restablecimiento bajo cualquier pretexto o forma, e incluso teniendo por sedicioso a cualquiera de esos grupos si ellos atentaban contra el libre ejercicio de la industria y el trabajo”. FUENZALIDA (2007), p. 132.

del artículo 4º faculta a pedir la aplicación de las sanciones en comento “*para estos actos*”, vale decir, para los descritos en la primera parte del artículo 4º. De prevalecer esta interpretación restringida, el inciso 1º art. 4º D.L. N° 3.621 habría hecho sobrevivir, por la vía de integrarlas por remisión, exclusivamente las normas de la Ley Orgánica del Colegio que fijaban y regulaban las sanciones a imponer por faltas de los abogados a sus deberes ético-profesionales (arts. 16 a 26). El CEP-49, al menos en tanto regulación aplicable a todos los abogados en Chile y cuya infracción podía acarrear la suspensión o cancelación del título profesional, habría sido derogado tanto por el artículo 1º transitorio D.L. N° 3.621 (toda vez que esa norma deroga –al cabo de 90 días de vigencia– la Ley Orgánica del Colegio y el CEP-49 es una cristalización de facultades conferidas por el artículo 15 de esa ley)²⁶ como por el artículo 7º D.L. N° 3.621²⁷. En efecto, la sobrevivencia del CEP-49 con las calidades anotadas resultaba contradictoria con haber devenido el Colegio, en virtud del D.L. N° 3.621, en una persona jurídica de derecho privado (asociación gremial) respecto de la cual no existe afiliación obligatoria y cuyos poderes normativo y sancionatorio se limitaban a sus miembros y, como máximo, a la expulsión de la asociación.

La anterior no es la mejor lectura del texto bajo análisis. Por el contrario, la descripción genérica de su primera parte (“*acto desdoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión*”) debe entenderse como remitiéndose a, de existir, la concreción de esos tipos genéricos que se hubieren hecho en las leyes orgánicas de los colegios profesionales o en las códigos ético-profesionales que éstos pudieren haber dictado conforme a aquéllas. En el caso de los abogados, lo anterior importa sostener que el inc. 1º art. 4º D.L. N° 3.621 habría hecho propios los contenidos normativos del CEP-49 vigente al 7 de febrero de 1981. Varias de las razones que justifican esta lectura han sido lúcidamente descriptas por el profesor Antonio Bascuñán R. en las secciones 3.3 (aplicable a los abogados solamente) y 3.4 (aplicable a cualquier otra profesión) del documento inédito de su autoría, denominado “*Aprobación y Aplicabilidad de Nuevas Reglas sobre la Ética Profesional del Abogado y Vigencia del Código de Ética Profesional de 1949, Minuta de Discusión*”, de fecha 16 de marzo de 2009 (en adelante, la “*Minuta de Discusión*”)²⁸:

²⁶ Ésta parece ser la opinión de Raúl Tavolari O., vertida en TAVOLARI (1992), pp. 4-8.

²⁷ “Artículo 7º D.L. N° 3.621 de 1981- A partir de la vigencia del presente decreto ley, se derogan todas las normas contrarias a sus disposiciones”.

²⁸ BASCUÑÁN (2009), p. 6. Este documento fue elaborado por el profesor Bascuñán R. cuando era consejero del Consejo General del Colegio de Abogados de Chile AG, para ser circulado entre los consejeros.

"3.3 (...) la relación sistemática existente entre el art. 16 L 4409 y el CEP permite considerar justificadamente a las reglas de comportamiento del CEP como parte integrante de la norma sancionatoria establecida en dicho artículo. Las sanciones fijadas por el art 16 L4409 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. Nº 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. Nº 3.621 comprende tanto la regla de adjudicación que especifica la sanción –la disposición legal– como las normas de comportamiento que especifican sus condiciones de aplicación –las disposiciones del CEP. 3.4–. Adicionalmente, cabe señalar que la hipótesis relativa a la realización de ‘un acto (...) contrario a la ética profesional’, prevista por el art. 4º D.L. Nº 3621, sólo puede ser aplicada mediante su correlación con normas de comportamiento de la ética profesional. En relación a esta hipótesis, el art. 4º no consagra una norma de comportamiento sino que se refiere a la infracción de normas de comportamiento como presupuesto de un reclamo. Por lo tanto, al menos en lo que respecta a esta hipótesis, la remisión efectuada por dicho artículo a las ‘normas de ética vigentes’ tiene que ser entendida como una remisión a normas de comportamiento de la ética profesional y no sólo a normas sancionatorias. En el caso de la profesión de abogado, dichas normas se encuentran establecidas en el CEP”.

A esas razones cabe agregar:

(a) Que la interpretación contraria importaba que sanciones de intensidad penal²⁹, como la suspensión y cancelación de títulos profesionales, pasaran a ser la solución normativa de condiciones de aplicación mucho menos precisas (el genérico *acto desdoroso, abusivo o contrario a la ética*) que, incluso, las contenidas en leyes orgánicas o códigos deontológicos a la sazón vigentes, todo un sinsentido si se considera que el inciso final del Nº 3 del artículo 19 de la Constitución de 1980³⁰, de inminente entrada en vigencia, se esforzaba en consagrar el aspecto *lege stricta* del principio de tipicidad.

(b) El inc. 2º art. 2º transitorio D.L. Nº 3.621³¹ reconoce que normas de ética profesional sobreviven las derogaciones efectuadas por sus arts. 7º y 1º tran-

²⁹ Conforme al artículo 21 del Código Penal “[...]as penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son (...) – Inhabilitación absoluta perpetua para (...) profesiones titulares (...) – Inhabilitación absoluta temporal para (...) profesiones titulares”.

³⁰ “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

³¹ Dicha disposición facultaba al presidente de la República para “a través de decretos con fuerza de ley y dentro de igual plazo [6 meses desde 7.02.81], dictar o **modificar** las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional” (énfasis agregado).

sitorio: en efecto, para *modificar* una norma es preciso que ésta exista. Como vimos, esas normas derogatorias incluyen en principio cualesquier normas ético-profesionales. Luego, para que normas que tengan esa última calidad no hayan sido derogadas ha de existir una excepción a dichas derogaciones. Cabe consignar que la única excepción posible es el inc. 1º art. 4º D.L. N° 3.621 si se la interpreta del modo que defiendo, interpretación que, consiguientemente, deviene en forzosa³².

El presidente de la República no ejerció las facultades conferidas por dicho inc. 2º art. 2º transitorio D.L. N° 3.621 dentro del plazo fijado al efecto. Así, la normativa que regulaba la ética profesional por la vía de integrar el D.L. N° 3.621, en el caso de los abogados, con el CEP-49 vigente al 7 de febrero de 1981 (en adelante, el “CEP-81”) y la Ley Orgánica del Colegio, devino en legislación ético-profesional de carácter permanente.

La interpretación del inc. 1º art. 4º D.L. N° 3.621 que venimos defendiendo fue reconocida en la sentencia de apelación *Bernstein K. Ricardo con Albónico V. Fernando*, dictada por la C. de Apelaciones de Santiago en 1988³³. Cabe señalar que esta sentencia ha fijado un criterio jurisprudencial en esta materia³⁴⁻³⁵.

A la fecha de entrada en vigencia del D.L. N° 3.621 (7 de febrero de 1981), el CEP-49 solamente había sido objeto de tres modificaciones, a saber: (i) en sesión de 12 de diciembre de 1960, el Consejo General modificó su artículo 14; (ii) en sesión de 10 de julio de 1961, el Consejo General modificó su artículo 42, y (iii) en su sesión de junio, julio o agosto de 1967, el Consejo General modificó su artículo 47. De esa manera, el texto del CEP-81 corresponde al CEP-49 original modificado en esas tres oportunidades.

En conclusión, con la entrada en vigencia del D.L. N° 3.621, y en lo que toca a los abogados, los Tribunales de Justicia: (i) tenían jurisdicción privativa para conocer y decidir sobre la imposición de sanciones a abogados por haber éstos realizado actos contrarios a sus deberes ético-profesionales, y (ii) cuando ejercían esa función jurisdiccional, los Tribunales de Justicia aplicaban formalmente el

³² Sobre este mismo punto, ver MATUS (2007), p. 467.

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5330-1986, de 14 de abril de 1988.

³⁴ Ver, por ejemplo, fallos de Corte de Apelaciones de Santiago, rol 6875-2007, de 23 de noviembre de 2009, y rol 8283-2006, de 5 de junio de 2009.

³⁵ Los profesores Sierra y Fuenzalida son menos tajantes sobre este punto. Ver SIERRA y FUENZALIDA (2014), pp. 443 y 444. Considerando que el fallo que allí citan como contradictorio a *Berstein con Albónico* es uno de primera instancia y que el fallo de segunda (C. A. Santiago, rol 8283-2006, de 5 de junio de 2009) sobre la misma causa, al revocarlo, afirma la fuerza obligatoria del CEP-81 sobre los abogados no colegiados (aunque sugiriendo, en *obiter dictum*, una *rationale* distinta a la planteada en este trabajo), no parece que ese fallo de primera instancia tenga fuerza suficiente para discutir la línea jurisprudencial de *Berstein con Albónico*.

D.L. Nº 3.621, lo que equivalía a aplicar sustantivamente el contenido normativo del CEP-81 (en relación con el art. 15 de la Ley Orgánica del Colegio) para la determinación de los deberes ético-profesionales de los abogados; y los arts. 16 a 26 de esa ley orgánica para determinar cuáles sanciones correspondía imponer a los abogados que hubieran infringido tales deberes. A lo anterior cabe agregar que, conforme al art. 4º D.L. Nº 3.621 y entre otras cosas, (iii) los asuntos sometidos a esa jurisdicción “se consideran como de naturaleza contencioso civil”, y (iv) “su tramitación se ajustará al procedimiento sumario”.

3.2. Control ético-profesional como policía correccional

A pesar de los tajantes términos de los arts. 3º y 4º D.L. Nº 3.621, el Colegio de Abogados AG, sucesor legal del Colegio de Abogados, continuó intensamente juzgando reclamaciones formuladas en contra de sus miembros por infracción a sus obligaciones ético-profesionales fijadas por el CEP-81 e imponiéndoles sanciones a éstos cuando a su juicio las reclamaciones resultaban fundadas.

En lo que toca a sus facultades normativas, y acaso consciente de la frágil justificación jurídica de éstas, el Colegio de Abogados AG las ejerció sólo en lo indispensable para poder llevar a cabo la función disciplinaria referida en el párrafo precedente³⁶.

En relación con ese fenómeno, tal vez valga considerar que, producto de la *capitis diminutio* perpetrada en contra del Colegio de Abogados por el D.L. Nº 3.621, los abogados (y, por cierto, su organización gremial) pasaron a encontrarse en una situación de autonomía del Estado similar a la de sus raíces medioevales. No se trataba de un vestido nuevo del todo, al que el gremio no pudiera acomodarse para así continuar ejerciendo algún rol en la ética profesional de la orden. En esta coyuntura, el acomodo consistió en una forzada interpretación de ley, como veremos a continuación.

Adicionalmente, y según anticipamos, no es de extrañar que el Colegio de Abogados AG se empeñara en ejercer facultades disciplinarias en materias de ética profesional, al punto, incluso, de adherir a interpretaciones forzadas de textos legales, toda vez que la ética profesional, junto al relacionado derecho a controlar el ingreso y salida de la orden, es el ámbito que tanto histórica como estructuralmente identifica a la orden profesional y, consiguientemente, justifica la existencia de la organización que agrupa a sus miembros. Dejar de desempeñar un rol en ese campo condena al Colegio a la intrascendencia y, más tarde, probablemente, a la desaparición.

³⁶ Fundamentalmente, por la validación implícita del CEP-81, vía utilizarlo, en el ejercicio de su función disciplinaria, como el catálogo de deberes ético-profesionales con el cual contrastar la conducta concreta sometida a esa función.

Finalmente, cabe consignar que (i) siguiendo el ejemplo del Colegio de Abogados AG y sustancialmente en los mismos términos, la mayoría sino todos los colegios profesionales devenidos ahora en organizaciones gremiales ejercieron funciones disciplinarias en materias de ética profesional sobre sus miembros durante este período, y (ii) en las sentencias de recursos de protección interpuestos en contra de colegios profesionales por profesionales miembros de los mismos en razón del ejercicio por los primeros de sus funciones disciplinarias en materias de ética profesional, los tribunales tendieron a reconocer que el sistema jurídico confería a los colegios esas facultades.

En todo caso, el control ético-profesional llevado a cabo por el Colegio de Abogados AG se distinguió del realizado por el Colegio de Abogados previo a la entrada en vigencia del D.L. N° 3.621 en, al menos, dos importantes aspectos.

En primer lugar y dado el nuevo escenario (a partir de 1981) de libertad de afiliación y desafiliación a los colegios profesionales y de que la colegiatura no era requisito para el ejercicio profesional, el control ético-profesional del Colegio de Abogados AG pasó a ejercerse exclusivamente sobre los abogados que se sometían voluntariamente al mismo por la vía de inscribirse en los registros de ese colegio.

En segundo lugar, las sanciones impuestas por el Colegio de Abogados AG por infracciones al CEP-81 se limitaron a la “*amonestación verbal, censura por escrito, multa, suspensión y expulsión (...) de acuerdo con la gravedad de la infracción cometida (...) [pudiendo] además ordenarse la publicidad de la sanción*”³⁷, la que se efectuaba en la edición periódica de ese colegio, denominada *Revista del Abogado*, dirigida a todos sus miembros. Quedaron, de ese modo, excluidas como sanciones susceptibles de ser aplicadas por el Colegio de Abogados AG a sus miembros, en razón de infracciones a sus deberes ético-profesionales, la suspensión hasta por un plazo no superior a seis meses y la cancelación del título profesional.

Doctrina³⁸, jurisprudencia³⁹ y los mismos colegios profesionales que actuaron de la manera indicada⁴⁰ (incluyendo tanto el continuar ejerciendo facultades disciplinarias en materias ético-profesionales como la nueva forma de hacerlo)

³⁷ Art. 7º Estatutos del Colegio de Abogados AG, de 26 de abril de 1991.

³⁸ BASCUÑÁN (2009), pp. 3 y 4; FUENZALIDA (2007), p. 137.

³⁹ Ver (i) Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago sobre recursos de protección caratulado *Cunill y Sandoval contra Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología*, de 26 de enero de 1999, transcrita en FERNÁNDEZ (1999), pp. 762-773; (ii) Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4419-1996, de 8 de noviembre de 1996, y (iii) Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3940-98, de 2 de marzo de 1999. Las dos últimas sentencias referidas fueron confirmadas por nuestra Corte Suprema.

⁴⁰ Sobre este punto, ver PFEFFER (2005), pp. 79-96.

han justificado ese proceder aludiendo a que los colegios, dada su nueva naturaleza jurídica de *asociaciones gremiales* regidas por las disposiciones del D.L. Nº 2.757, calificaban también en el género más amplio de *corporaciones de derecho privado* y, consiguientemente, estaban regulados supletoriamente por las normas contempladas en el Título XXXIII, Libro I del Código Civil⁴¹. De acuerdo a lo anterior y ante el silencio del D.L. Nº 2.757: (i) los colegios profesionales contaban con las facultades normativas establecidas por el artículo 553 del CC, conforme al cual sus “estatutos (...) tienen fuerza obligatoria sobre toda ella, y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan”; (ii) conforme al art. 4º del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones⁴² (en adelante, el “Reglamento de Corporaciones”), los estatutos de éstas debían “[c]ontener (...) 3. Las categorías de socios, sus derechos y obligaciones, las condiciones de incorporación y la forma y motivos de exclusión (...)”, y (iii) el artículo 554 del CC los dotaba del “derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerán este derecho en conformidad a ellos”. Los códigos de ética profesional y las sanciones asociadas a la infracción de sus normas estaban, de una u otra manera, recogidas en los estatutos de dichos colegios profesionales, de modo que resultaban obligatorios para sus miembros (art. 553 CC) y autorizaban al respectivo colegio a ejercer sobre éstos su derecho de policía correccional, en caso de infracción (art. 554 CC). Finalmente, Miguel Ángel Fernández G. ancla esta justificación del actuar de los colegios⁴³ en un soporte constitucional: no podrían desconocerse las facultades normativas y disciplinarias domésticas de los colegios profesionales sin afectar “la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” que el inc. 3º del art. 1º de la Constitución les garantizaba en tanto “grupos intermedios”.

La recién enunciada justificación de las facultades normativas y disciplinarias de los colegios profesionales sobre sus miembros en materias de ética

⁴¹ La ley Nº 20.500, de 2011, introdujo una serie de modificaciones a ese Título del Código Civil. Dichas modificaciones no cambiaron el escenario que se analiza en este trabajo. Para efectos de orden, en este trabajo me refiero a las disposiciones originales.

⁴² Decreto supremo Ministerio de Justicia Nº 110, de 1979.

⁴³ “Suelen olvidar las sentencias que han resuelto temas como el que aquí se analiza [recurso de protección por medio del cual la C. de Apelaciones de Santiago se pronunció, entre otras cosas, respecto a la legitimidad y alcance del derecho de policía correccional de un colegio profesional –la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología– sobre un miembro] que, más allá de lo dispuesto en el Código Civil u otras leyes y, por supuesto, mucho más allá de lo preceptuado en normas de nivel reglamentario, el genuino fundamento de la potestad jurisdiccional al interior de los grupos intermedios se halla en el artículo 1º inciso 3º de la Constitución, puesto que la autonomía que allí se garantiza a dichas asociaciones incluye, obviamente, las facultades jurisdiccionales para hacer efectivo el cumplimiento de sus propios fines específicos”. FERNÁNDEZ (1999), pp. 767 y 768.

profesional es equivocada. A continuación desarrollo dos líneas argumentativas que respaldan esta afirmación.

La primera línea argumentativa discurre de la manera siguiente: las normas jurídicas que establecen facultades normativas y de policía correccional para las corporaciones (arts. 553 y 554 CC) refieren esas facultades a los “estatutos” de las mismas. En otras palabras, son los “estatutos” de la corporación lo que es obligatorio para sus miembros (art. 553) y cuya infracción es conocida y sancionada por ésta (art. 554). La expresión “estatutos” allí utilizada debe entenderse como ley interna de las corporaciones, tanto porque ése es su *sentido natural y obvio*⁴⁴, como porque siempre es utilizado en ese sentido en el párrafo “de las personas jurídicas [sin fines de lucro]” de nuestro Código Civil. Así lo ha entendido, por lo demás, nuestra doctrina⁴⁵. El CEP-81 regula la relación de los asociados con terceros ajenos a la corporación (*i.e.*, la relación cliente-abogado o con potenciales clientes); con instituciones públicas (fundamentalmente, la Administración de Justicia y del Estado); con otros abogados (sin discriminar si están o no colegiados en el Colegio de Abogados AG) a propósito del ejercicio profesional, y la publicidad o solicitud de sus servicios. Resulta evidente que ninguna de estas actividades califica como de *gobierno interno* de la corporación. Así, por lo demás, lo ha entendido el mismo Colegio de Abogados AG, que ha dictado documentos que ha denominado “Estatutos” sin incluir el Código de Ética Profesional dentro de los mismos. Por el contrario, sus códigos de ética profesional siempre han recibido esa denominación y un tratamiento separado. Si el CEP-81 no forma parte de los estatutos, entonces no aplica respecto de él lo dispuesto en los artículos 553 y 554 CC. Vale decir, no pueden derivarse válidamente de esas disposiciones facultades normativas y disciplinarias de los colegios profesionales sobre sus miembros en materias de ética profesional.

En cuanto a la segunda línea argumentativa, aún si (equivocadamente) se concluye que los arts. 553 y 554 del CC conferían a los colegios profesionales (en tanto corporaciones de derecho privado) facultades disciplinarias y normativas

⁴⁴ De las cuatro acepciones que el diccionario de la Real Academia atribuye a la expresión “estatutos”, sólo la primera (“*Establecimiento, regla que tiene fuerza de ley para el gobierno de un cuerpo*”) resulta aplicable al uso de esa expresión en las normas citadas, aunque acotada al gobierno de las corporaciones. Cabe excluir la segunda acepción, que asimila *estatutos* a *fuente de obligaciones*, ya que nunca el Código Civil la utiliza de esa manera. Dado que quien dicta los estatutos de una corporación no es el Estado y que su ámbito de aplicación no está determinado por razones territoriales o de nacionalidad, deben excluirse las dos últimas.

⁴⁵ “[...]los estatutos forman para la corporación una verdadera ley interior; no son simplemente las cláusulas de un contrato, o sea, de la convención de sus organizadores, quienes no han entendido estipular únicamente para ellos, recíprocamente los unos con los otros, sino dictar normas fijas que han de imponerse a su propia voluntad para regular la marcha actual y futura de la corporación”. CLARO SOLAR (1927), p. 502.

sobre sus miembros en materias de ética profesional, debe entenderse que el art. 3º D.L. Nº 3.621 los privó de esas facultades vía derogación, como ya lo planteó el profesor Miguel A. Fernández⁴⁶.

En lo que toca a las facultades disciplinarias, el artículo 3º D.L. Nº 3.621 derogó "**todas las disposiciones legales que facultan a los Colegios Profesionales 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 aquellas que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional**" (énfasis agregado)⁴⁷. Existiría una antinomia entre el art. 3º D.L. Nº 3.621 y el art. 554 del Código Civil cuando quien ejerce el derecho de policía correccional consagrado en la última de esas disposiciones es una corporación que, además, es un colegio profesional y, adicionalmente, cuando ese colegio profesional está ejerciendo su derecho de policía correccional a propósito de supuestas Infracciones a la Ética Profesional de uno o más de sus miembros. Aplicando los criterios de temporalidad⁴⁸ y de especialidad⁴⁹, la antinomia anotada debe resolverse a favor del artículo 3º D.L. Nº 3.621. Luego, los colegios profesionales carecen de derecho de policía correccional en lo que dice relación con Infracciones a la Ética Profesional de parte de sus miembros. La misma conclusión se alcanza –y de manera independiente– si se considera que el inc. 2º art. 4º D.L. Nº 3.621 establece que "*[p]ara todos los efectos, el asunto [ético-profesional] como de naturaleza contencioso civil*" y que, conforme al inc. 1º del artículo 73 del texto original de la Constitución (actual artículo 76), "*[l]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*".

En cuanto a las facultades normativas del Colegio de Abogados AG, el artículo 7º D.L. Nº 3.621 explicita (redundantemente) el criterio de solución de antinomias por temporalidad de nuestro sistema jurídico, al establecer que "*[a] partir de la vigencia del presente decreto ley, se derogan todas las normas contrarias a sus disposiciones*". El art. 4º inc. 2º D.L. Nº 3.621 (vía incorporar a esa ley, por remisión expresa, las normas de ética profesional contenidas en las leyes

⁴⁶ FERNÁNDEZ (1999), p. 770.

⁴⁷ Por razones de síntesis y claridad en adelante abarcaré con la expresión "Infracciones a la Ética Profesional" todas las situaciones descritas en este artículo.

⁴⁸ El año 1857 versus el año 1981.

⁴⁹ El artículo 554 CC se aplica a cualquier corporación respecto de cualquier materia contenida en su estatuto, mientras que el art. 4º D.L. Nº 3.621, de 1981, solamente a las corporaciones que a su vez sean colegios profesionales, respecto de ciertas materias (Infracciones a la Ética Profesional) contenidas en sus estatutos.

orgánicas de los colegios profesionales o dictadas por éstos en conformidad a aquéllas) fijó las normas –con jerarquía de ley– que debe aplicar quien ejerce jurisdicción ético-profesional (jurisdicción entendida como manifestación de soberanía del Estado). Como recién vimos, el art. 3º D.L. N° 3.621 privó a los colegios profesionales de jurisdicción ético-profesional. Por consiguiente, las normas que los colegios profesionales pudieran haber dictado en materias de ética profesional no habrían tenido el carácter de obligatorias, toda vez que los únicos autorizados para conocer de infracciones ético-profesionales –los tribunales ordinarios de justicia– estaban obligados a considerar otro catálogo de esos deberes. Así, se suscita una antinomia entre los arts. 3º y 4º D.L. N° 3.621 y el art. 553 CC. La antinomia se produce exclusivamente cuando se trate de una corporación que a la vez es un colegio profesional y, además, respecto de aquella parte de los estatutos del colegio profesional que corresponda a normas de ética profesional para sus miembros. La antinomia se resuelve, por aplicación tanto del art. 7º D.L. N° 3.621 como de los criterios de temporalidad y especialidad de nuestro sistema jurídico, a favor del decreto ley. A lo anterior cabe agregar que la razón expresada en el 4º considerando del D.L. N° 3.621 (citado más arriba) para desconfiar de los colegios profesionales como encargados de resolver conflictos por Infracciones a la Ética Profesional aplica, con igual o quizá mayor fuerza, a encomendarles la elaboración de la normativa ético-profesional.

Con todo, lo afirmado precedentemente respecto al recorte de las facultades normativas y sancionatorias de los artículos 553 y 554 CC por el D.L. N° 3.621 sería incorrecto si las facultades normativas y de policía correccional sobre materias de ética profesional de los colegios profesionales fueran parte esencial de sus fines específicos. En tal caso, la extensión del D.L. N° 3.621 recién descrita se encontraría en una situación de antinomia con la garantía de “adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos” establecida por el art. 1º inc. 3º de la Constitución a favor de los grupos intermedios, en relación con el N° 26 del art. 19 de esa misma Constitución. Por razones de jerarquía y temporalidad, la garantía constitucional, en principio, primaría. Cabe, sin embargo, descartar lo anterior. Tal vez nuestra primera línea argumental no sea suficientemente fuerte como para despejar toda duda razonable respecto de la validez de su conclusión final, conforme a la cual las facultades conferidas a los colegios profesionales por los arts. 553 y 554 CC se encuentran por definición acotadas al gobierno interno de los colegios y, por lo tanto, la ética profesional les resulta exorbitante. Esa eventual ausencia de certeza carecería, sin embargo, de relevancia si nuestra primera línea argumental fuera, al menos, capaz de confirmar que *no es esencial* a las facultades de los artículos 553 y 554 CC el extenderse a materias distintas al gobierno interior de las corporaciones. En

tal caso, el recorte de esas facultades que hace el D.L. N° 3.621 no afectaría el compromiso que la Constitución ha tomado con los grupos intermedios (incluyendo a los colegios) de garantizar su adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos, asegurándoles, además, que “*los preceptos legales (...) que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia*”. Por consiguiente, o los colegios profesionales nunca han tenido facultades normativas y disciplinarias para elaborar códigos de ética profesional o el D.L. N° 3.621 los privó de esas facultades sin afectar las garantías constitucionales que benefician a esos colegios en tanto grupos intermedios⁵⁰. Las conclusiones anotadas en este párrafo se ven apoyadas por el razonable criterio interpretativo que aconseja cautela en la aplicación directa de los preceptos constitucionales, especialmente cuando se trata de normas jurídicas que ponderan intereses de rango constitucional en pugna, en el caso de marras, por una parte, la adecuada autonomía de los grupos intermedios y, por la otra, principalmente, la radicación de la jurisdicción en órganos creados por ley al efecto (la jurisdicción se vería afectada en tanto podría haber dos tribunales conociendo de unos mismos hechos y, potencialmente, aplicando estándares de conducta y sanciones distintos). El artículo 23 de la Constitución, finalmente, exige ser especialmente cuidadoso a la hora de determinar la extensión de la autonomía de los grupos intermedios.

4. Régimen ético-profesional actual de la abogacía

La ley N° 20.050, de 2005, por medio de la cual se modificó la Constitución, agregó al final del párrafo 4 del N° 16 de su art. 19 el siguiente texto:

“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 en la ley”.

Esa misma ley incorporó a la Constitución la siguiente modificación transitoria:

⁵⁰ Existe una razón adicional para afirmar esto último: la elaboración de normas de ética profesional y el ejercicio de policía correccional en caso de infracción a las mismas no figura como un objetivo explícito de los colegios profesionales o de su género de asociaciones gremiales. De lo anterior, unido a que dichas actividades son sólo una de las variadas formas por las cuales una asociación gremial puede cumplir sus objetivos explicitados, se deriva que prohibirle tales actividades a los colegios profesionales no afecta esencialmente sus fines específicos.

“49^a. En tanto no se creen los tribunales especiales a que alude el párrafo cuarto del número 16 del artículo 19, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios”⁵¹.

Existe consenso entre quienes han escrito sobre esta materia que la modificación de la ley N° 20.050, de 2005, al art. 19 N° 16, inc. 4º de la Constitución (en adelante, la “Modificación al 19 N° 16”) se limitó exclusivamente a materias de jurisdicción y competencia, a saber: (i) la primera frase agregada otorgó jurisdicción (entendida como manifestación de la soberanía estatal) a los colegios profesionales para juzgar reclamaciones en contra de sus miembros por infracciones a sus deberes ético-profesionales; (ii) la frase final ordenó al legislador la creación de tribunales especiales con competencia para juzgar reclamaciones en contra de profesionales no colegiados por infracciones a sus deberes ético-profesionales, y (iii) su segunda frase agregada confirmó el carácter de doble instancia de la jurisdicción ético-profesional (tanto la de los colegios como la de los tribunales especiales) y la competencia a ese efecto de las C. de Apelaciones, según las reglas generales.

Por su parte el art. 49 transitorio de la ley N° 20.050 incorporó un nuevo art. 20 transitorio a la Constitución, por medio del cual atribuyó a los tribunales ordinarios la competencia otorgada a los tribunales especiales por la frase final de la Modificación al 19 N° 16, mientras estos últimos no se creen.

A la fecha de este trabajo, dichos tribunales especiales no han sido creados. El proyecto de ley que lo hace, Mensaje N° 518-357, de 5 de junio de 2009, está paralizado desde enero de 2010 en la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional.

Considerando, además, que bajo la vigencia del D.L. N° 3.621 las reclamaciones por infracciones ético-profesionales ya eran de la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios y tenían el carácter de materias de doble instancia conforme a las reglas generales, la única novedad práctica que la Modificación al 19 N° 16 introduce en materia de ética profesional es el otorgar jurisdicción a los colegios profesionales para juzgar las reclamaciones por la conducta ético-profesional de sus miembros, incluyendo la consiguiente limitación, vía derogación tácita, de la recién indicada competencia exclusiva de los tribunales ordinarios sobre conflictos éticos profesionales.

En la medida que la derogación tácita, por su naturaleza, únicamente deja sin efecto aquello en que la norma posterior contradice a la anterior, toda normativa sobre ética profesional distinta a la atribución de jurisdicción y competencia para esa materia que tenía fuerza legal a la entrada en vigencia

⁵¹ Conforme al actual texto de la Constitución, la norma aquí citada corresponde al art. 20 transitorio.

de la modificación constitucional permaneció inalterada. Lo anterior incluye, entre otras, las normas que definen los deberes ético-profesionales (en el caso de los abogados, el CEP-81), las que determinan las sanciones para el caso de infracción a esos deberes (en el caso de los abogados, los arts. 16 a 26 de la Ley Orgánica del Colegio) así como, ahora respecto de cualquier profesional, las normas procesales incluidas en los incisos 3º a 5º del art. 4º D.L. N° 3.621 que, entre otras cosas, consideran tales asuntos “*como de naturaleza contencioso-civil*”, someten su tramitación al “*procedimiento sumario*”, y disponen “*que la sentencia que se dicte en este procedimiento producirá, en lo pertinente, cosa juzgada en el juicio civil que se iniciare para cobrar los perjuicios causados*”.

Las conclusiones anotadas son correctas solamente en tanto quien ejerza la jurisdicción ético-profesional sea un “Tribunal de Justicia”. Lo anterior, porque (i) la fuerza jurídica de todas las normas ético-profesionales no atributivas de jurisdicción o competencia recién indicadas deriva de que éstas forman parte, expresamente o por remisión, del D.L. N° 3.621, y (ii) ese decreto ley establece expresamente que éas son las normas, sanciones y procedimientos que en materias de ética profesional deben aplicar los “*Tribunales de Justicia*”⁵².

El profesor Bascuñán R. ha sostenido que los colegios profesionales empoderados por la Modificación del 2005 para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros no serían “Tribunales de Justicia” en el sentido que le da a esa expresión el art. 4º D.L. N° 3.621⁵³. Por consiguiente, cuando el Colegio de Abogados AG juzga una reclamación sobre posible infracción a deberes ético-profesionales por uno de sus abogados miembros, *en principio*, no tiene ley de fondo que fije cuáles son esos deberes, ni un catálogo de sanciones que imponer para el caso de infracción a los mismos, ni un procedimiento a aplicar⁵⁴. Si el Colegio juzgara esa reclamación con arreglo a los contenidos normativos del CEP-81, a los sancionatorios de la Ley Orgánica del Colegio y conforme al procedimiento sumario, estaría infringiendo la garantía constitucional de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, algo especialmente grave, dado que, como dijimos, algunas de las sanciones susceptibles de ser impuestas conforme a la Ley Orgánica del Colegio tienen incluso entidad penal.

Siguiendo, con toda probabilidad, esa línea argumental, el Colegio de Abogados AG le atribuyó durante un tiempo carácter programático a la

⁵² Art. 4º D.L. N° 3621, de 1981.

⁵³ “*La reforma constitucional (...) no extendió el art. 4º D.L. N° 3.621 a los colegios profesionales*”. BASCUÑÁN (2009), p. 8.

⁵⁴ Por supuesto, todas las otras normas procesales del art. 4º D.L. N° 3.621 de 1981 tampoco resultan aplicables.

Modificación al 19 Nº 16: dicho colegio consideraba que no podía ejercer la jurisdicción ético-profesional allí conferida, toda vez que, de hacerlo, infringiría las normas constitucionales que aseguran a toda persona que “*[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración*”; que “*[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que sanciona esté expresamente descrita en ella*”, y que “*[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un procedimiento previo legalmente trámitedo*”⁵⁵.

La calificación de la norma en comento como programática no inhibió, sin embargo, al Colegio de Abogados AG para seguir conociendo y fallando reclamaciones en contra de sus miembros por infracciones a sus deberes ético-profesionales. El Colegio sostuvo que, dado ese carácter programático, nada había cambiado y, consiguientemente, continuaba autorizado para ejercer esas funciones en virtud de su derecho de policía correccional en tanto corporación de derecho privado, conforme al art. 554 del Código Civil.

El Colegio de Abogados AG, así como los demás colegios profesionales que siguieron la conducta descrita, se vieron forzados a modificar esa interpretación cuando las cortes de apelaciones aceptaron conocer por vía de apelación los fallos de los colegios en materias de ética profesional⁵⁶. Lo anterior implicaba necesariamente reconocer la vigencia y operatividad de la Modificación al 19 Nº 16, toda vez que, para que proceda una apelación, es necesario (aunque no suficiente) que se refiera a una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional actuando como tal.

Conforme al Profesor Bascuñán R. la situación actual es la siguiente:

“Del hecho que la jurisdicción disciplinaria del Colegio en materia de ética profesional tenga actualmente el carácter de potestad pública de control ético, equiparable (como competencia alternativa) a la de los tribunales, no se deduce sin embargo que deba ejercerse conforme a las mismas reglas establecidas por la ley para los tribunales. La reforma constitucional ciertamente estableció una regla de competencia contradictoria con el art. 3º D.L. Nº 3.621 al facultarlos para ‘conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros’, pero no extendió el art. 4º D.L. Nº 3.621 a los colegios profesionales. En virtud del principio de legalidad, el modo como ellos ejercen esta nueva potestad sólo puede ser el modo como la ley actualmente vigente los faculta a actuar en tanto personas jurídicas, es decir, el modo que les corresponde

⁵⁵ Así lo consigna BASCUÑÁN (2009), p. 5.

⁵⁶ Hasta antes de la entrada en vigencia de la Modificación al 19 Nº 16, las cortes de apelaciones sólo habían revisado las sentencias dictadas por los colegios profesionales sobre conducta ético-profesional de sus miembros por vía de recurso de protección.

*en su calidad legal de asociaciones gremiales. Es sólo en esa calidad como puede ejercer válidamente la potestad conferida por la Constitución, mientras no sea modificada la legislación que les es aplicable*⁵⁷.

De esa manera, conforme a esa tesis, hasta ahora dominante (en adelante, la “Tesis Dominante”), el Colegio de Abogados AG: (a) estaría facultado para juzgar reclamaciones en contra de sus miembros por infracciones a sus deberes ético-profesionales; (b) al efectuar ese juzgamiento estaría ejerciendo la función jurisdiccional en materias de ética profesional conferida a los colegios por la Modificación al 19 Nº 16; (c) carecería de una regulación de rango legal para ejercer esa función jurisdiccional, toda vez que la existente está predicada para cuando quien lleva a cabo esa función es un “Tribunal de Justicia” y el colegio no lo sería; (d) así las cosas, los colegios profesionales no pueden ejercer su función jurisdiccional sino conforme a su naturaleza de corporaciones, esto es: (d.1) conforme al art. 553 CC, los deberes ético-profesionales a que estarían obligados sus miembros serían los fijados por su estatuto (o en virtud de éste), vale decir, hasta el 1 de agosto de 2011, los contenidos en el CEP-81 y, a partir de esa fecha, los del Nuevo CEP; (d.2) conforme al mismo artículo, el Colegio solamente estaría autorizado a imponer a sus miembros que hubieren infringido deberes ético-profesionales las penas fijadas al efecto en sus estatutos; (d.3) dado que actuaría *como corporación*, la pena máxima que el Colegio podría imponer sería la expulsión del mismo (publicitada entre los miembros), pero nunca la suspensión del derecho a ejercer la profesión o la cancelación del título profesional; y (d.4) finalmente, conforme al art. 554 del mismo cuerpo legal, el procedimiento conforme al cual el Colegio ejercería su función jurisdiccional sería el fijado al efecto en sus estatutos o dictado en conformidad a ellos⁵⁸.

En síntesis y por falta de ley aplicable, se trataría de una potestad pública ejercida como policía correccional de corporación.

La Tesis Dominante está en lo cierto cuando afirma que: (a) la Modificación al 19 Nº 16 se encuentra plenamente vigente y operativa (sin perjuicio del carácter programático de la norma contenida en su última frase), y (b) la regulación de la función jurisdiccional en materias de ética profesional que hace el D.L.

⁵⁷ BASCUÑÁN (2009), pp. 7 y 8. El profesor Bascuñán reitera su tesis (con muy leves matices) en BASCUÑÁN (2011), p. 222.

⁵⁸ También existen voces discrepantes: “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 miembros, cabe preguntarse si, al ejercer esta potestad, el Colegio de Abogados puede únicamente aplicar el D.L. Nº 3.621 y su regulación complementaria (el CEP[-81]) o si puede aplicar un CEP modificado u otras normas que hubiere dictado o que llegare a dictar a tal efecto (...) parece razonable inclinarse por la primera de estas opciones”. VARGAS (2011), pp. 57-58.

Nº 3.621 aplica solamente cuando quien realiza tal función son los Tribunales de Justicia. Yerra, sin embargo, al sostener que los colegios profesionales, incluido el Colegio de Abogados AG, no califican como Tribunales de Justicia cuando ejercen la función jurisdiccional en materias de ética profesional que les ha conferido la Modificación al 19 Nº 16.

Conforme a la interpretación alternativa que propongo en este trabajo, cuando los colegios profesionales ejercen jurisdicción en materias de ética profesional son evidentemente Tribunales de Justicia. Al tener esa calidad, les resulta plenamente aplicable el D.L. Nº 3.621 que, a su turno, regula, con jerarquía de ley, el ejercicio de la función jurisdiccional en materias de ética profesional. Así, en el caso de los colegios de abogados respecto de sus miembros, deben aplicar los deberes ético-profesionales del CEP-81; imponer las sanciones contempladas en la Ley Orgánica del Colegio, incluyendo la suspensión y cancelación del título, cuando corresponda, y someter las reclamaciones formuladas en contra de sus miembros por faltas a sus deberes ético-profesionales al procedimiento sumario (además de sujetarse al art. 4º D.L. Nº 3.621 en las demás materias allí normadas).

Si lo anterior es correcto, la forma en que el Colegio de Abogados AG ejerce actualmente jurisdicción ético-profesional sobre sus miembros es abiertamente ilegal. En efecto, impone sanciones por conductas no descritas por una ley (en tanto aplica como ley de fondo el Nuevo CEP), se inhibe de aplicar todo el arco de sanciones a que está facultado y utiliza un procedimiento distinto del fijado por ley al efecto (juicio sumario).

Si la expresión “Tribunales de Justicia” del art. 4º D.L. Nº 3.621 fuera equivalente a “órganos jurisdiccionales”, entonces los colegios profesionales calificarían como tribunales de justicia cuando ejercen jurisdicción ético-profesional sobre sus miembros y, consiguientemente, se les aplicaría el D.L. Nº 3.621. Así, para que la Tesis Dominante (seguida por el Colegio de Abogados AG) se mantenga es preciso que considere que la expresión Tribunales de Justicia tiene un sentido distinto y más acotado. Probablemente el sentido de “Tribunales de Justicia” que subyace a esa tesis es el de “Poder Judicial”. Así, como es evidente que los colegios profesionales actúan como órganos jurisdiccionales cuando ejercen las funciones conferidas por la Modificación al 19 Nº 16, también lo es que no forman parte del Poder Judicial. Por consiguiente, si este último fuera el genuino sentido de la expresión “Tribunales de Justicia” del D.L. Nº 3.621, entonces la Tesis Dominante debería imponerse (o, al menos, la que suscribe este trabajo, descartarse).

En forma consistente, la doctrina ha confirmado la tesis que considera que cualquiera de las siguientes expresiones: “tribunales establecidos por la ley” (utilizada por el inc. 1º art. 73 de la Constitución, actual art. 76); “tribunal que

le señale la ley” o “tribunal que señalare la ley” (utilizada por el texto original y actual, respectivamente, del inc. 4º N° 3 art. 19 de la Constitución), y “tribunales que establece la ley” (art. 1º COT) es equivalente a órgano jurisdiccional.

A lo anterior cabe agregar que esa misma doctrina ha considerado que la expresión “tribunales de justicia” es equivalente a cualquiera de las expresiones citadas en el párrafo anterior.

Especialmente interesante, por tratarse de una obra contemporánea a la dictación y entrada en vigencia del D.L. N° 3.621, es lo afirmado por el profesor Juan Colombo C. en su obra *La jurisdicción, el acto jurídico procesal y la cosa juzgada en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica, página 44, primera edición, 1980:

“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 significaría que ningún órgano que estuviera fuera de él podría tener el ejercicio de la jurisdicción. En cambio, entregándosela a los tribunales de justicia, es la función la que 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”.

En una obra más reciente, el mismo autor ha indicado:

“Si se cree que la jurisdicción es un atributo del Poder Judicial, evidentemente habrá un grupo de tribunales que al no formar parte del Poder Judicial no tendrán jurisdicción. En cambio, si se afirma, como es nuestra creencia, que la jurisdicción radica en los tribunales de justicia cualquiera que sea el poder a que pertenecen, es evidente que todos los tribunales por el solo hecho de serlo, tendrán jurisdicción y a la inversa, un órgano sin jurisdicción no puede tener el carácter de tribunal. Chiovenda, en su obra, trata, in extenso, esta materia y concluye que la jurisdicción es ejercida por órganos que pueden o no pertenecer al Poder Judicial, pero que toman el carácter de tribunales por el fin a que están destinados”⁵⁹.

El profesor Mario Casarino V. era también de la misma opinión:

“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”⁶⁰.

⁵⁹ COLOMBO (2004), p. 61.

⁶⁰ CASARINO (1992), p. 46.

El profesor Cristián Maturana M. también considera (i) que la expresión “*tribunales establecidos en la ley*” incluye a cualquier órgano que ejerza jurisdicción, cuando sostiene que “[D]e lo expuesto [i.e., conforme al art. 19, N° 3 inc. 4º y 76 de la Constitución y 2º CPP] resulta claro que los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional son los tribunales establecidos en la ley, los cuales pueden formar parte o no del Poder Judicial (...)", y (ii) que esa expresión es equivalente a “tribunales de justicia”, en tanto cita un texto del profesor Colombo en que se hace esa equivalencia⁶¹.

Dispone el artículo 21 del Código Civil que “[l]as 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 aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. Consiguientemente, fijado el sentido técnico de “tribunales de justicia” como todo órgano que ejerce jurisdicción, ése es el significado que corresponde atribuirle salvo que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso, lo que no ocurre en la especie.

En efecto, como se desprende de las citas precedentes, entender la expresión “tribunales de justicia” como equivalente a “órgano jurisdiccional” se encuentra plenamente alineado con el principio clave de nuestro sistema jurídico conforme al cual la función hace al órgano.

Por el otro lado, entender la expresión “tribunales” como “Poder Judicial” genera una antinomia entre, por una parte, lo dispuesto en la primera frase del inc. 1º del art. 76 de nuestra Constitución (“*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*”) y, por la otra, las normas constitucionales que le atribuyen facultades jurisdiccionales a órganos que, sin duda, no forman parte del Poder Judicial. Es el caso de las dos cámaras del Congreso, que ejercen funciones jurisdiccionales respecto de acusaciones constitucionales (arts. 52 N° 2 y 53 N° 1 de la Constitución); de la Contraloría General de la República, que examina y juzga “*las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes del Fisco y municipalidades (entre otros)*” (art. 98 inc. 1º de la Constitución); y... de los colegios profesionales, cuando ejercen jurisdicción en materias de ética profesional conforme al art. 19 N° 16 inc. 4º de la Constitución.

Cabe agregar que el inc. 3º del actual art. 76 de la Constitución dispone que “*Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar lo actos de instrucción que decreten, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los*

⁶¹ MATORANA (2009), p. 132.

demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine" (énfasis agregados). De esa manera, el constituyente entiende que hay *tribunales* que no forman parte del Poder Judicial.

Finalmente, entender la expresión "Tribunales de Justicia" en sentido amplio se aviene mejor con el carácter "inconcluso" del D.L. N° 3.621⁶². En ese contexto de "*tarea por estudiar*" es razonable pensar que el D.L. N° 3.621 fue genérico y no específico en temas como el órgano en el que 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.

La Tesis Dominante también es criticable a partir de la desarmonía que produce con el principio constitucional conforme al cual "*[I]la Constitución asegura a todas las personas: (...) 2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupo privilegiados (...) 3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*".

A continuación presento un escenario en que esa vulneración resulta patente: Supongamos que dos abogados, sólo uno colegiado, cometan en conjunto una falta ético-profesional muy grave de la que ambos son igualmente responsables. Supongamos que el cliente afectado los demanda a ambos por esa falta, al primero, ante su colegio profesional y, al segundo, ante los Tribunales Ordinarios (mientras no se creen los especiales). Hasta ahí, la diferencia de trato parece tolerable (*i.e.*, no afectaría la garantía en su esencia, en términos del N° 26 del mismo artículo 19), además de encontrarse establecida en forma expresa en la Constitución. El colegio revisará la conducta del primer abogado a la luz de su normativa ética propia (en el caso del Colegio de Abogados AG, conforme al Nuevo CEP), mientras que el Tribunal Ordinario lo hará en conformidad al CEP-81. Los contenidos normativos pueden perfectamente diferir (en el caso del Nuevo CEP, existen diferencias relevantes). Esta situación ya resulta muy

⁶² Mientras el considerando 4º D.L. N° 3.621 de 1981 manifiesta su sospecha sobre la independencia de los colegios al ejercer jurisdicción sobre los profesionales de la orden (*y, consiguientemente, su art. 3º los priva de esa jurisdicción*), el art. 4º confía en ellos para efectos de fijar los deberes éticos de su profesión. La única explicación plausible de lo anterior es que al D.L. N° 3.621 no le quedó otra alternativa que mantener esos deberes, toda vez que su reemplazo tomaría un tiempo del que el D.L. N° 3.621 carecía si quería evitar la antinomia que se produciría entre, por una parte, las distintas leyes orgánicas de los colegios profesionales a la sazón vigentes, todas las cuales exigían afiliación como prerequisito para el ejercicio de la respectiva profesión *y, por la otra, el derecho a la libre afiliación establecido en el art. 19 N° 16 de la Constitución de 1980, en ese momento, de inminente entrada en vigor*. Esta tesis se condice con lo dispuesto en el artículo 2º transitorio del D.L. N° 3.621, que facultaba al presidente de la República para, a través de decretos con fuerza de ley y en el plazo de seis meses a contar de la vigencia del D.L. N° 3.621, "*dictar o modificar las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional*".

compleja a la luz del principio constitucional referido: dos personas iguales desde todos los puntos normativamente relevantes que se encuentran, además, exactamente en la misma situación son medidos con raseros distintos. Peor aún, si cada uno de esos tribunales decidiera imponer al abogado cuya conducta ético-profesional juzga la sanción más intensa de que dispone, resultará que el colegio expulsará al abogado (del Colegio de Abogados AG, con publicidad), sin afectar el derecho de ese abogado a continuar ejerciendo su profesión. Por su parte, el Tribunal Ordinario suspenderá el derecho del abogado a ejercer la profesión hasta por seis meses (en algunas hipótesis puede incluso cancelarle su título profesional). La diferencia de trato entre estos dos abogados, en atención a una circunstancia irrelevante (estar o no colegiados), resulta arbitraria.

Es razonable que un profesional aumente el estándar ético-profesional a que se encuentra sometido en virtud del acto voluntario consistente en hacerse miembro de un colegio profesional, pero no es aceptable que en virtud de ese acto voluntario disminuya su responsabilidad. Y, como lo demuestra el ejemplo recién propuesto, ése es precisamente el caso, al menos en lo que toca a la intensidad de las sanciones susceptibles de ser aplicadas.

Habría aquí un poderoso incentivo para colegiarse, pero no como medio para aumentar la responsabilidad profesional sino para evitarla. Solamente que este incentivo es el inverso al buscado por los colegios profesionales (al menos, por el Colegio de Abogados AG⁶³) y por la historia de la legislación que les atribuyó jurisdicción en materias ético-profesionales⁶⁴.

Aparte de la circunstancia (autorizada expresamente por nuestra Constitución) de que tribunales distintos resolvieran la reclamación en contra de uno y otro abogado, la tesis que sustenta este trabajo no afecta en modo alguno el principio de igualdad ante la ley.

La Tesis Dominante vulnera también el principio de legalidad consagrado en el art. 19 N° 3, incs. 5º, 7º y 8º⁶⁵. En efecto, de acuerdo a esa tesis, los colegios profesionales, por una parte, ejercen una función jurisdiccional correspondiente a una manifestación de la potestad punitiva del Estado (*i.e.*, vale decir, por lo

⁶³ La página web de ese colegio responde a la pregunta “¿Por qué asociarse?” de la siguiente manera (entre otras): “La pertenencia al Colegio de Abogados contribuye a dignificar la profesión, ya que sus asociados aceptan sujetarse voluntariamente a la supervisión ética de sus pares, lo que constituye una garantía de recto ejercicio de la abogacía y de altos estándares profesionales para los clientes”.

⁶⁴ PFEFFER (2005), pp. 79-96.

⁶⁵ Por el contrario, la tesis que aquí defiendo no puede criticarse desde esta perspectiva, toda vez que los colegios profesionales, en tanto ejerzan la función jurisdiccional que les confiere la Modificación al 19 N° 16, deben entenderse incluidos en la expresión “Tribunales de Justicia” del art. 4º D.L. N° 3.621 y como tales cuentan con ley sustantiva y procesal para ejercer esa función. Me remito a lo que ya he dicho sobre la materia.

menos en alguna medida asimilable a la imposición de sanciones penales); y, por la otra, ejercen esa función como asociaciones gremiales que son (*i.e.*, fijando la ley de fondo y procesal aplicable, y limitada en el rango de sanciones a la expulsión del colegio). Combinando lo anterior, tenemos que los colegios profesionales/órganos jurisdiccionales para ejercer la potestad sancionatoria del Estado en materias de ética profesional: (i) exigen a sus miembros (bajo apercibimiento de sanción estatal) comportamientos que no se encuentran descritos en ley alguna, sino sólo en su código de ética dictado conforme a sus estatutos (infringiendo el inc. 8º); (ii) imponen penas que no se encuentran señaladas en ley alguna, sino en su estatuto corporativo (infringiendo el inc. 7º), y (iii) ejercen su función jurisdiccional conforme a un procedimiento que no ha sido establecido por ley, sino por su reglamento interno dictado conforme a sus estatutos (infringiendo el inc. 5º).

La Tesis Dominante genera la siguiente dificultad interpretativa adicional: de acuerdo a ella, cada uno de los colegios profesionales juzga las reclamaciones contra sus miembros por faltas a la ética profesional conforme a la regulación ética y sancionatoria, así como al procedimiento, que se ha autofijado en su calidad de corporación de derecho privado (*i.e.*, en referencia a sus facultades emanadas de los artículos 553 y 554 CC). ¿Qué pasa si la sentencia dictada por un colegio profesional es apelada “*ante la Corte de Apelaciones respectiva*”? La C. de Apelaciones es un Tribunal de Justicia, cualquiera sea el significado que le atribuyamos a esa expresión. A su respecto, por lo tanto, resulta irrefutable la aplicación del D.L. N° 3.621, vale decir, la C. de Apelaciones debe juzgar esa apelación con arreglo a la normativa legal a la que se remite el D.L. N° 3.621. Pero no tiene sentido que una apelación tenga lugar en base a un marco normativo distinto que el de la primera instancia. Si así fuera, se trataría, en rigor, de un nuevo juicio.

Cabe, adicionalmente, traer a colación la conclusión alcanzada precedentemente en este trabajo, conforme a la cual resulta altamente discutible que los arts. 553 y 554 CC le atribuyan a los colegios profesionales facultad alguna en relación con materias de ética profesional, dado el carácter exorbitado de esas materias respecto de sus *estatutos* (*i.e.*, normas de *gobierno interno*). Si ello es así, la Tesis Dominante pierde su base: los colegios no podrían ejercer la jurisdicción ético-profesional que les confiere la Modificación al 19 N° 16 al “*modo que les corresponde en su calidad legal de asociaciones gremiales*”, porque en esa calidad no tendrían facultad alguna en materia ético-profesional.

En realidad, más plausible (aunque igualmente equivocado) que la Tesis Dominante es sostener, como lo hizo inicialmente el Colegio de Abogados AG, que las disposiciones contenidas en la Modificación al 19 N° 16 sobre jurisdicción ético-profesional de primera y segunda instancia respecto de profesionales colegiados, tendrían el carácter de programáticas mientras el legislador no fijara

los deberes ético-profesionales, las sanciones y los procedimientos aplicables al ejercicio de esa jurisdicción.

Esta tesis encuentra, sin embargo, el problema de que el artículo 20 transitorio de la Constitución atribuye carácter programático exclusivamente a la norma contenida en la última frase de la Modificación al N° 16 (*i.e.*, en lo tocante a los Tribunales Especiales que juzgarán las reclamaciones sobre ética profesional en contra de profesionales no colegiados). Vale decir, el constituyente se representó el carácter programático de parte de la Modificación al N° 16 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 incluidas en su Modificación al 19 N° 16 también eran programáticas. Más razonable (*y deferente*) resulta, sin embargo, suponer que el constituyente no trató como programáticas las otras normas de la Modificación al 19 N° 16 simplemente porque no presentaban ese carácter. Eso es, precisamente, lo que hace la tesis que defiende este trabajo.

Vale la pena considerar que la C. de Apelaciones de Santiago, al entrar a conocer por vía de apelación decisiones adoptadas por colegios profesionales sobre reclamaciones por el comportamiento ético-profesional de sus miembros, ha entendido en los hechos que, salvo la norma contenida en su última frase, la Modificación al 19 N° 16 no tiene carácter programático, sino que resulta plenamente operativa⁶⁶. La C. Suprema ha confirmado implícitamente lo anterior al conocer vía casación del primer fallo de la C. de Apelaciones en Ibáñez con Gompertz⁶⁷.

Finalmente, resulta constraintuitivo para nuestro sistema jurídico que la ley de fondo aplicable dependa, no de la materia o categoría de personas de que se trate, sino del órgano jurisdiccional a quien corresponda juzgar. A modo de ejemplo, los tribunales de juicio oral en lo penal creados por la ley N° 19.665 siguieron aplicando la misma ley de fondo (el Código Penal) que los tribunales que reemplazaban; lo mismo ocurrió con los nuevos juzgados de letras del trabajo creados por la ley N° 20.022 y el Código Laboral; con los tribunales de familia creados por la ley N° 19.968 y el Derecho de Familia y Menores, y está ocurriendo con los nuevos tribunales tributarios y aduaneros creados por la ley N° 20.322. Y en cuanto a la ley procedural, en todos esos casos su modificación se estableció expresamente (*en rigor*, la creación de nuevos tribunales formaba parte de un cambio procesal mayor).

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5873-2007, de 4 de noviembre de 2008 y 28 de enero de 2011, y Corte de Apelaciones de Santiago, rol 427-2007, de 19 de octubre de 2007.

⁶⁷ Corte Suprema, rol 8169-2008, de 26 de agosto de 2010.

5. Régimen ético de las demás profesiones que requieren grado o título universitario

En principio, cabe señalar que el régimen deontológico al que se encuentran sujetos los miembros de cada una de esas profesiones es equivalente, *mutatis mutandis*, al de los abogados.

Resulta, por consiguiente, relevante que los miembros de cada una de las profesiones aludidas tengan un acceso expedito y seguro al texto vigente hasta el 7 de febrero de 1981, tanto del código de ética dictado por el colegio de su orden como de la ley orgánica de su colegio. Lo mismo vale, obviamente, para los tribunales con competencia en materias ético-profesionales.

El acceso a las leyes orgánicas no es problemático, dada su calidad de cuerpos legales formales. Por el contrario, y excepto en el caso de los abogados⁶⁸, acceder a los códigos de ética vigentes al 7 de febrero de 1981 dictados por los colegios de las profesiones referidas resulta altamente difícil. Como expliqué, los contenidos normativos de todos esos códigos tienen fuerza de ley en tanto forman parte del D.L. N° 3.621, en razón de lo cual debieran estar incorporados a la Biblioteca del Congreso Nacional y ésta hacerlos fácilmente disponibles para cualquier interesado⁶⁹. Pero en los hechos no es así, probablemente debido a que la fuerza de ley de esos contenidos normativos es vía remisión. Urge que la Biblioteca del Congreso Nacional repare esta omisión cuanto antes.

Superar esta dificultad es tan relevante para el país como sencilla para los colegios profesionales que son sucesores legales de aquéllos que tenían la calidad de corporaciones de derecho público al entrar en vigencia el D.L. N° 3.621. En efecto, cada uno de ellos debe tener bajo su custodia las actas de las sesiones del Consejo General del colegio corporación de derecho público de quien es sucesor. Bastará, por consiguiente, que determine el texto deontológico vigente para la respectiva profesión por la vía de revisar todas esas actas y, subsecuentemente, las haga públicas, informando que se trata del texto deontológico vigente para todos los miembros de esa profesión, se encuentren o no colegiados⁷⁰.

⁶⁸ La actual página web del Colegio de Abogados AG, de acceso universal, incluye el CEP-81 bajo el nombre “*Código de Ética Profesional de 1948 vigente hasta el 1 de agosto de 2011*”. Ese texto corresponde al código vigente al 7 de febrero de 1981 (esto es, al CEP-81).

⁶⁹ Conforme indica su página web institucional, constituye un objetivo estratégico de la Biblioteca del Congreso Nacional el “*Otorgar certeza respecto de contenido del ordenamiento jurídico nacional, como fuente oficial de la Constitución y de los Códigos de la República y principal servicio de información de documentación legal del Congreso y del país*”.

⁷⁰ Cabe reiterar que es pacífico para jurisprudencia y doctrina que los deberes deontológicos aplicables a los profesionales *no* colegiados corresponden a los incluidos en los respectivos códigos de ética

En síntesis, los colegios profesionales efectuarían una contribución significativa a la deontología de su respectiva orden (y, en general, al *desiderátum* del Derecho conforme al cual la ley debe ser susceptible de ser conocida por todos) si llevan a cabo las para ellos sencillas gestiones a que aludo en el párrafo precedente.

Cabe, además, considerar que los colegios que dictaron esos códigos, dado su carácter de corporaciones de derecho público, y tomando en cuenta, también, el objeto encomendado por sus respectivas leyes orgánicas, tenían el evidente deber de hacerlos públicos. Más aún, su propia exigibilidad, en tanto manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, dependía (y depende) de ello. Los actuales colegios que son sus sucesores legales, precisamente en virtud de esa condición, deben entenderse tan interesados y comprometidos como ellos en permitir el acceso público y universal a esos códigos. Lo dispuesto por el art. 1º del D.L. N° 2.757, aplicable a los colegios sucesores legales en su calidad de asociaciones gremiales, también apunta en ese sentido.

6. Síntesis y consideraciones finales

Las conclusiones alcanzadas en este trabajo nos dejan con un código de ética profesional de la abogacía anacrónico, vago y con jerarquía de ley en un escenario en que su modificación o reemplazo parece no ser prioritario para el Poder Legislativo, a juzgar por la suerte que está corriendo el Mensaje N° 518-357 de 5 de junio de 2009, por medio del cual quien a la sazón era presidente de la República perseguía hacerse cargo “*de la necesidad de fortalecer la tuición ética de los profesionales*”⁷¹ a través, entre otras cosas, de establecer un procedimiento para la elaboración de un código de ética profesional único para cada profesión⁷². También nos dejan con una categorización equivocada (como asunto contencioso civil) y un procedimiento inapropiado (sumario) para la verdadera naturaleza de la jurisdicción ética profesional como manifestación de la potestad sancionatoria del Estado. Algunas de las disposiciones del CEP-81, incluso, parecen difíciles de conciliar con principios relevantes de nuestro sistema jurídico⁷³. Sin embargo, la evitación de situaciones problemá-

profesional vigentes al entrar en fuerza el D.L. N° 3.621. Por consiguiente, resulta valioso dar acceso a esa normativa deontológica incluso si todas las conclusiones alcanzadas en este documento se consideraran equivocadas.

⁷¹ Véase página 7 del proemio del mensaje referido.

⁷² Véase párrafo 3º del Título IV del mensaje referido.

⁷³ Piénsese por ejemplo en la artificial barrera de entrada a una actividad económica que constituyen las normas del CEP-81 que prohíben la publicidad de servicios legales y la solicitud.

ticas no constituye un criterio interpretativo en nuestro sistema jurídico. “*Lo favorable u odioso de una disposición no debe tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*”.

Nuestras conclusiones también traen algunas buenas noticias: la Modificación al 19 N° 16 no afecta indebidamente los principios constitucionales de igualdad ante la ley, de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado y de autonomía de los colegios profesionales como grupos intermedios.

Cabe agregar que, conforme a esas conclusiones, la Modificación al 19 N° 16 le devuelve a los colegios de abogados y, en general, a los colegios profesionales, parte de su importancia pretérita, primero, al atribuirles jurisdicción (estatal) sobre sus miembros en materias de ética profesional y, segundo, al proveerlos, vía vincular esa jurisdicción con la posibilidad de suspender o cancelar el derecho al ejercicio profesional, de una herramienta que aumenta significativamente su actual capacidad para supervisar el comportamiento profesional de sus miembros. Que la recuperada importancia de los colegios profesionales resulte socialmente positiva dependerá de si éstos son capaces de ponerse a la altura de la encomienda. Se trata de una materia que está por verse.

Tres consideraciones finales.

La primera tiene un carácter de interpretación histórica. La Modificación al 19 N° 16 fue consecuencia, por una parte, del fuerte impulso de los más importantes colegios profesionales del país por potenciar el rol de esas asociaciones en materias de ética profesional⁷⁴ y, por otra, del diagnóstico relativamente extendido entre esos colegios y muchas de las personas que a la sazón contaban con poder o influencia política, de que (i) los estándares de calidad de los servicios profesionales habían decaído notoriamente al punto de quedar por debajo de los mínimos necesarios para que las profesiones cumplan adecuadamente sus respectivos roles sociales, y (ii) tal vez, un aumento de las facultades de los colegios profesionales en materias de ética profesional podría colaborar en revertir esa tendencia.

Sobre este punto, cabe afirmar que la Modificación al 19 N° 16 no ha contribuido a mejorar los estándares de calidad de los servicios profesionales, debido a que ha sido entendida conforme a la Tesis Dominante o considerada programática, y consiguientemente no implica un aumento de las facultades de los colegios profesionales. Conforme a la tesis que este trabajo propone como correcta, la Modificación al 19 N° 16 sí implica un aumento de esas facultades. En efecto, en su virtud, los colegios profesionales pasan a ejercer jurisdicción (en oposición al ejercicio en los hechos de una policía correccional de la que carecen desde un punto de vista normativo) en materias de ética profesional de

⁷⁴ PFEFFER (2005), pp. 81-82 y 90-92.

sus miembros y pueden imponer penas mucho más severas a los profesionales infractores. De esa manera, interpretar la Modificación al 19 Nº 16 conforme a esta última tesis permitiría poner a prueba si ella es una herramienta eficaz para lograr el propósito buscado por esa modificación de elevar los estándares conforme a los cuales se prestan servicios profesionales actualmente en el país.

Resulta aparentemente paradójico que los colegios profesionales hayan promovido modificar la Constitución en el sentido de aumentar sus facultades en materias de ética profesional para luego interpretar la modificación constitucional obtenida como norma programática o mera validación de modos de actuar a la sazón existentes en la materia. Esta paradoja se explica principalmente porque la interpretación correcta de la Modificación al 19 Nº 16 traía dulce y agraz para los colegios⁷⁵: si bien, en un sentido, aumentaba sus facultades en materias de ética profesional (al transformarlos en órganos jurisdiccionales y aumentar la intensidad de sanciones que podían imponer como tales), en otros sentidos reducía sus facultades aparentes en esta materia (aparentes, pero que venía ejerciendo de hecho). Piénsese que en virtud de la Modificación al 19 Nº 16 los fallos de los colegios en materias de ética profesional quedan indudablemente sometidos a la posibilidad de ser revisados por el Poder Judicial vía recurso de apelación ante las cortes de apelaciones respectivas, en circunstancias que previo a esa modificación constitucional era objeto de intensa controversia en doctrina y jurisprudencia que los fallos dictados por los colegios profesionales (en ese momento, considerados –equivocadamente– como manifestación de las facultades de policía correccional de los colegios profesionales en tanto corporaciones) pudieran ser revisados por los tribunales superiores de justicia (vía recurso de protección)⁷⁶.

Por otra parte, la que considero correcta interpretación de la Modificación al 19 Nº 16 hace del juzgamiento por los colegios de reclamaciones contra sus miembros por faltas a la ética profesional una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, sujeta consiguientemente a reserva de ley en lo que toca a la determinación de los deberes cuya infracción detona esa potestad, de las penas aplicables a tales infracciones y del procedimiento a que sujetar ese juzgamiento. Así las cosas, conforme a esa interpretación, los colegios quedan inhibidos de alterar tales deberes, penas y procedimiento. En oposición, la Tesis Dominante (así como aquella que considera programática la modificación en comento) permite a los colegios profesionales alterar cualquiera de esas

⁷⁵ Además, el “dulce” era insuficiente: los colegios profesionales pretendían ejercer el control ético-profesional sobre todos los miembros de la respectiva profesión, en oposición a hacerlo sólo respecto de sus miembros.

⁷⁶ FERNÁNDEZ (1999), pp. 761-762; FUENZALIDA (2007), pp. 143-144, *inter alia*, citando a Rodrigo Correa.

materias, en tanto postula que, en el juzgamiento de sus miembros por faltas a la ética profesional, dichos colegios ejercen su derecho de policía correccional como corporaciones de derecho privado (validado constitucionalmente) y, consiguientemente, aplican al efecto los deberes, sanciones y procedimientos fijados en sus propios estatutos, susceptibles de ser modificados con las mayorías y quórum fijados en ellos mismos y en el Título XXXIII del Libro Primero del CC. Evitar quedar inhibidos de la manera indicada pesó, a juicio de este autor, muy fuerte en la oposición del Colegio de Abogados AG a la tesis que defiende este trabajo, en tanto, en la fecha en que la postulé por primera vez, ese colegio estaba empeñado en dictar un nuevo código de ética profesional y un nuevo procedimiento para la tramitación y fallo de reclamos por faltas a la ética profesional de sus miembros, y, en la actualidad, está empeñado en defender la validez de ese esfuerzo no menor, así como los ya varios años de haber ejercido la jurisdicción ético-profesional conforme al Nuevo CEP y al nuevo reglamento de tramitación.

La segunda consideración dice relación con destacar que la normativa del D.L. Nº 3.621 (incluyendo aquella que ese decreto ley hace propia por remisión) trasciende el ámbito de lo ético-profesional entendido como manifestación de la potestad punitiva del Estado. En efecto, por razones de coherencia interna de nuestro sistema jurídico, recogidas esas razones por el artículo 1.546 del CC, cuando hace referencia a la ley como criterio integrador de la voluntad de las partes de un contrato, así como en razón de lo dispuesto por el inc. 4º del art. 4º del D.L. Nº 3.621, que dispone que "*la sentencia que se dicte en este procedimiento [de determinación de responsabilidad ético-profesional] producirá, en lo pertinente, cosa juzgada en el juicio civil que se iniciare para cobrar los perjuicios causados*", resulta forzoso concluir que la normativa del D.L. Nº 3.621 se incorpora al contrato de abogacía (en carácter imperativo o supletorio de la voluntad de las partes, según en cada caso corresponda) para efectos de determinación de la responsabilidad contractual que le pueda caber al abogado respecto de su cliente y, más en general, establece deberes para el abogado cuya infracción no sólo da lugar a responsabilidad ético-profesional (que típicamente se manifiesta con la imposición de una sanción al abogado), sino que puede dar también lugar a responsabilidad civil. Cabe destacar que, por razones de especialidad, los deberes y derechos fijados para cada profesión por el D.L. Nº 3.621 se aplican a la misma con preferencia a las normas del Código Civil sobre el "Mandato" que, conforme al art. 2118 CC, regulan, en general, "*los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios*". El criterio de temporalidad conduce a la misma conclusión e incluye, además, las normas del D.L. Nº 3.621 relativas a los profesionales, en general.

La tercera consideración dice relación con los diversos documentos producidos por varios colegios profesionales después del 7 de febrero de 1981 con la

pretensión de constituir la normativa deontológica aplicable a sus miembros⁷⁷. No obstante carecer de toda validez en tanto normativa ético-profesional, esos documentos presentan un no despreciable interés jurídico en lo que toca a la *responsabilidad civil* que le puede caber a un profesional por su desempeño como tal. En atención a que han sido elaborados democráticamente por organizaciones gremiales que agrupan a un número significativo y generalmente destacado de profesionales de la misma orden, es razonable considerar sus contenidos normativos como formando parte del *lex artis* de las respectivas profesiones. La importancia de lo anterior radica en que, tanto la costumbre que integra el contrato de prestación de servicios profesionales, conforme al artículo 1546 CC, como el estándar de cuidado a que debe atenerse el prestador de tales servicios, conforme al art. 2129 CC en relación con el 2118 del mismo Código, están determinados por ese *lex artis*. Más todavía, ése es el rasero a utilizar para efectos de determinar una eventual responsabilidad extracontractual del profesional en su desempeño en cuanto tal.

Dichos documentos, entonces, están erradamente catalogados como códigos de ética profesional cuya infracción activa la jurisdicción (estatal) para efectos de imponer una sanción. En realidad, se trata de códigos de *buenas prácticas*⁷⁸ que, en la medida que contengan el *lex artis*, determinan cuál es el comportamiento esperable de un profesional en su desempeño como tal y cuya infracción, si bien no da lugar a la imposición de una sanción a ese profesional, sí puede dar lugar, en caso de haber causado daño, a responsabilidad civil.

De que la fuerza jurídica de cada uno de los deberes profesionales incluidos en esos códigos emane exclusivamente de la circunstancia de formar parte ese deber del *lex artis* de la profesión respectiva, se siguen varias consecuencias dignas de considerar. Primero y asumiendo que cuentan con esa fuerza, esos deberes profesionales aplican en principio a todos los profesionales de la orden, formen o no parte del colegio que los dictó. Segundo, si un profesional infringe

⁷⁷ Entre ellos, los Colegios de Abogados AG, Médico de Chile A.G. y de Ingenieros de Chile A.G.

⁷⁸ En el ámbito del derecho anglo-americano, la expresión *malpractice* está asociada a la conducta profesional negligente que da lugar a responsabilidad civil, fundamentalmente, indemnización de perjuicios, no a la conducta que da lugar a la imposición de sanciones ético-profesionales (a las reglas cuya infracción acarrea la imposición de dichas sanciones se asocian, entre otras, a las expresiones *legal ethics; professional responsibility; profesional discipline*). Ver GILLERS (1996), pp. 155-157. La expresión “buenas prácticas” la uso en línea con el indicado significado de *malpractice*, aunque, obviamente, como su opuesto. Por consiguiente, entiendo a las normas/reglas/códigos de buenas prácticas como normas jurídicas distintas de las normas (también jurídicas) de ética profesionales, principalmente, en atención a la consecuencia jurídica que acarrea su infracción. El profesor Enrique Barros también distingue la expresión “código de buenas prácticas” de la otra, “código de ética”, pero lo hace por una razón distinta, a saber, que “la ética supone un hábito en el ejercicio de la virtud. Por eso, escapa a cualquier regulación”. BARROS (2014), p. 477.

un deber consagrado en el código de buenas prácticas dictado por un colegio de su orden del cual no es miembro, dicha infracción no genera responsabilidad alguna para ese profesional si tal deber fija un estándar superior a su *lex artis*⁷⁹. La inclusión de un deber profesional en los códigos que aquí analizo constituye, por consiguiente, simplemente una forma no definitiva de probar el *lex artis*⁸⁰. Tercero, resaltar la importancia práctica que revisten esos códigos, especialmente los dictados en fechas recientes, considerando, por una parte, las dificultades de probar el *lex artis* cuando no está *documentado* y, por la otra, la vaguedad y anacronismo⁸¹ de las normas deontológicas de las distintas profesiones, así como la falta de especificidad de las normas civiles aplicables⁸².

Por último, es perfectamente posible (incluso, probable) que parte del *lex artis* de una profesión no se encuentre incluido ni en el correspondiente código deontológico ni en el deontológico-devenido-en-código-de-buenas-prácticas. En el primero, tanto por las razones de vaguedad y anacronismo de esos cuerpos legales, ya explicada, como especialmente por su carácter de *ultima ratio* en razón de constituir una manifestación de la potestad sancionatoria estatal. En el segundo, porque cabe siempre mantener una actitud de serena sospecha frente a deberes establecidos unilateralmente por quienes potencialmente deben cumplirlos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARROS BOURIE, Enrique: "Reglas sobre buenas prácticas en la profesión de abogado. Notas a propósito del Código de Ética de 2011 del Colegio de Abogados de Chile", en: ATRIA, Fernando *et al.*, *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (Santiago, LegalPublishing Chile), pp. 470-498.

⁷⁹ La conclusión es distinta respecto del profesional infractor que es miembro del colegio que dictó el código que incluye el deber ético-profesional infringido, en tanto cabe sostener que ese código fija el *lex artis* para un grupo determinado de los profesionales de la orden correspondiente, a saber, para quienes son miembros de tal colegio. A la misma conclusión puede llegarse por la vía de entender que las disposiciones de ese código deben entenderse como integrando los contratos de abogacía entre, por una parte, cada uno de los profesionales colegiados en el mismo y, por la otra, sus clientes.

⁸⁰ BASCUÑÁN (2011), p. 222.

⁸¹ Anacronismo que, a su turno, deriva de los profundos cambios que ha experimentado la manera de ejercer las distintas profesiones a partir de la fecha en que se dictaron esas normas (en el mejor de los casos, febrero de 1981).

⁸² Todas las profesiones que suponen largos estudios están sujetas a una misma regulación civil: la del mandato (art. 2118 CC) y, supletoriamente, la del arrendamiento de servicios inmateriales (art. 2012 CC).

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Hugo (2009): *Aprobación y aplicabilidad de nuevas reglas sobre la ética profesional del abogado y vigencia del Código de Ética Profesional de 1949, Minuta de Discusión* (Inédito).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2011): "Deber de Confidencialidad y secreto profesional del abogado", en: *Revista de Estudios de la Justicia* (Nº 15), pp. 221-263.
- CASARINO VITERBO, Mario (1992): *Manual de Derecho Procesal Orgánico*, 5^a edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- CLARO SOLAR, Luis (1927): *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, de las Personas* (Santiago, Imprenta Cervantes), tomo V.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan (2004): *La competencia*, 2^a edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- COMITÉ EDITORIAL REVISTA DEL ABOGADO (2012): "Noticias gremiales, Importante pronunciamiento de la Corte Suprema a favor del ejercicio profesional del abogado del Estado", en: *Revista del Abogado* (dic., Nº 56), p. 21.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1999): "Recurso de protección y jurisdicción doméstica: un principio de solución", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 26, Nº 3), pp. 761-781.
- FUENZALIDA CIFUENTES, Pablo (2007): "Notas sobre la jurisdicción ética de los colegios profesionales", en: *Revista de Derecho* (vol. XX, Nº 2), pp. 131-146.
- GILLERS, Stephen (1996): "The American Legal Profession", en: MORRISON, Alan B., *Fundamentals of American Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 151-175.
- MATURANA MIQUEL, Cristián (2009): *Introducción al Derecho Procesal, La jurisdicción y la competencia* (Santiago, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Separata).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2007): "Control ético y deontología", en: *Revista Ius et Praxis* (año 13, Nº 1), pp. 463-472.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1994): "Hacia una caracterización del *ethos* legal, de nuevo sobre la cultura jurídica", en: SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Evolución de la cultura jurídica chilena* (Santiago, Corporación de Promoción Universitaria), pp. 23-150.
- _____(2002): "Notes on Lawyers and Legal Training", en: SELA 2002, *Law as Object and Instrument of Transformation*. Disponible en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/notes_on_lawyers_and_legal_training.pdf [visitado el 31/07/2015].
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005, Antecedentes, Debates, Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ríos ÁLVAREZ, Lautaro (1999): *Las asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales*, en: FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO, *XXX Jornadas de Derecho Público: Asociaciones Intermedias, Estado y Bien Común* (Valparaíso, Edeval), tomo I, pp. 141-158.

SIERRA IRIBARNE, Lucas y FUENZALIDA CIFUENTES, Pablo (2014): "Tan lejos, tan cerca: la profesión legal y el Estado en Chile", en: ATRIA L., Fernando et al., *Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (Santiago, LegalPublishing Chile), pp. 426-469.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2001): *Filosofía del Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (1992): "La ética de la profesión de abogado y los casos más frecuentes de infracción", en: *Serie Documentos de trabajo / C.P.U.* (Nº 25).

VARGAS WEIL, Ernesto (2011): "La relación jurídica cliente-abogado", en: *Revista de Derecho y Humanidades* (Nº 17), pp. 47-73.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto ley (D.L.) Nº 406, de los Colegios de Abogados. *Diario Oficial*, 27 de marzo de 1925.

Ley Nº 4.409, del Colegio de Abogados. *Diario Oficial*, 11 de septiembre de 1928.

Decreto supremo Ministerio de Justicia Nº 110. Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones. *Diario Oficial*, 20 de marzo de 1979.

Decreto ley (D.L.) Nº 2.757, sobre Organizaciones Gremiales. *Diario Oficial*, 4 de julio de 1979.

Decreto ley (D.L.) Nº 3.621, sobre Colegios Profesionales. *Diario Oficial*, 7 de febrero de 1981.

Estatutos Colegio de Abogados AG de 26 de abril de 1991, disponible en página web del Colegio de Abogados AG [visitado el 31/07/2015].

Ley Nº 20.050, Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2005.

Ley Nº 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública. *Diario Oficial*, 16 de febrero de 2011.

JURISPRUDENCIA CITADA

Berstein K. Ricardo con Albónico V. Fernando (1988): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de abril de 1988 (apelación de juicio sumario en materia de

ética profesional) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 85 (1988), 2^a Parte, Sección 2^a, pp. 26-29.

García Riccomini, Eugenio con Directorio de la Sociedad Chilena de Oftalmología (1996): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de noviembre de 1996 (recurso de protección) en: rol 4419-1996, confirmada por Corte Suprema el 24 de abril de 1997.

Cunill y Sandoval con Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología (1999): Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 1999 (recurso de protección) transcrita en: FERNÁNDEZ (1999), pp. 762-773.

U.G.H.G. con Consejo General del Colegio de Abogados (1999): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de marzo de 1999 (recurso de protección) en: rol 3940-98.

Condemarín B., Patricia y Macuran N., Greter con Comisión de Ética del Colegio de Psicólogos (2007): Corte de Apelaciones de Santiago 19 de octubre de 2007 (apelación de fallo sobre ética profesional del Colegio de Psicólogos actuando como tribunal de primera instancia) en: página web del Poder Judicial, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 427-2007 [visitado el 31/07/2015].

Ibáñez con Gompertz (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de noviembre de 2008 (apelación de fallo del Colegio de Abogados actuando como tribunal de primera instancia) en: página web del Poder Judicial., consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 5873-2007 [visitado el 31/07/2015].

Cabello Fuenzalida, Pamela con Chair Kuncar, Vivian (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2009 (apelación de juicio sumario en materia de ética profesional) en: página web del Poder Judicial, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 8283-06 [visitado el 31/07/2015].

Clínica Las Condes con Raúl Aníbal Meza Rodríguez (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de noviembre de 2009 (apelación de juicio sumario en materia de ética profesional) en: página web del Poder Judicial, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 6875-2007 [visitado el 31/07/2015].

Gompertz con Consejo General del Colegio de Abogados (2010): Corte Suprema, 26 de agosto de 2010 (casación de apelación de fallo sobre ética profesional del Colegio de Abogados actuando como tribunal de primera instancia) en: página web del Poder Judicial, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 8169-2008 [visitado el 31/07/2015].

Ibáñez con Gompertz (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 2011 (apelación de fallo del Colegio de Abogados actuando como tribunal

de primera instancia) en: página web del Poder Judicial, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 5873-2007 [visitado el 31/07/2015].

Consejo de Defensa del Estado: Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012 (recurso de queja) en: página web del Poder Judicial. Disponible en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 2788-2012 [visitado el 31/07/2015].

Consejo de Defensa del Estado: Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012 (recurso de queja) en: página web del Poder Judicial. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 2582-2012 [visitado el 31/07/2015].

Consejo para la Transparencia: Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012 (recurso de queja) en: página web del Poder Judicial. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 2423-2012 [visitado el 31/07/2015].

Consejo de Defensa del Estado: Corte Suprema, 8 de mayo de 2013 (recurso de queja) en: página web del Poder Judicial. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 4380-2012 [visitado el 31/07/2015].

Consejo de Defensa del Estado: Corte Suprema, 29 de octubre de 2013 (recurso de queja) en: página web del Poder Judicial. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 5337-2013 [visitado el 31/07/2015].

Consejo de Defensa del Estado: Corte Suprema, 17 de marzo de 2014 (recurso de queja) en: página web del Poder Judicial. Disponible en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>, consulta unificada de causas, modelo de autoconsulta, rol 6059-2013 [visitado el 31/07/2015].