

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Los abogados, de acuerdo, fundamentalmente, con el Art. 68 de la Ley 4.409 (9/10/1941) Orgánica del Colegio de Abogados, tienen pleno derecho a asumir la defensa de sus representados en los sumarios administrativos (procedimiento disciplinario), debiendo ser admitidos a cualquier diligencia probatoria decretada en autos.

Informe del Consejo General del Colegio de Abogados, de 24 de abril de 1972, y comunicación de la Contraloría General de la República —oficio 28.392, de 26 de abril de 1972— al citado Consejo General haciéndole saber que velará por que en los procedimientos disciplinarios incoados por la Administración la asistencia jurídica de los abogados se ejerza en los términos indicados por el Consejo General de la Orden de Abogados.

El texto del informe es el siguiente:

“El Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Concepción solicitó la opinión del Consejo General sobre la controversia surgida entre aquel Consejo y la Contraloría General de la República con motivo del fallo que acogió el amparo pedido por los abogados don Aulio Vivaldi Queirolo y don René Lazo Fernández, emitido con fecha 28 de noviembre de 1968 y ratificado más tarde, el 27 de marzo de 1969, al desecharse la reposición que solicitara el Organismo Contralor.

“Con fecha 23 de mayo de 1969, el Consejo General acordó solicitar los autos originales para resolver, pero se retardó considerablemente la remisión de estos antecedentes. No obstante el tiempo transcurrido, es indispensable que el Consejo General del Colegio de Abogados dé a conocer su criterio a

este respecto, porque la cuestión sustancial aquí controvertida reviste el más alto interés jurídico y está, además, vinculada con parte muy importante del ejercicio de la profesión de abogado.

“La conclusión del fallo impugnado por la Contraloría General es del tenor siguiente: “En el sumario administrativo instruido por el Inspector de Servicios de la Contraloría General de la República, abogado señor Oscar Aitken Lavanchy, en contra del abogado señor Aulio Vivaldi Queirolo, se ha infringido la norma del artículo 68 de la Ley 4.409, Orgánica del Colegio de Abogados, al no aceptar dicho Fiscal la asistencia de los abogados patrocinantes del inculpado en la etapa probatoria de este proceso y, consiguientemente, en las diligencias de prueba que éste solicitó en defensa de sus pretensiones”. Por eso se acordó “representar al señor Contralor General de la República la existencia de esta infracción para que se sirva tomar las medidas que estime conducentes con el objeto de reparar la situación producida e impartir las instrucciones necesarias tendientes a evitar en el futuro iguales infracciones”.

“Desde luego, pienso que el Consejo General debe hacer suya esa conclusión, que se basa en fundamentos cuya validez se reconoce y que aparecen expuestos con mucha claridad y enjundia; pero creo conveniente insistir en algunos tópicos y llamar la atención hacia otros de no menor relieve.

“Sustancialmente, la impugnación de la Contraloría General de la República se fundamenta en dos órdenes de consideraciones, aunque estrechamente relacionadas entre sí: doctrinarias unas y de texto las otras.

“Parte la Contraloría del principio según el cual: “El procedimiento previsto por la ley para establecer la existencia de faltas a la disciplina administrativa presenta rasgos esencialmente diversos de los que caracterizan a los procesos a través de los cuales se persigue la responsabilidad civil o penal”, diferencias que “emanan de los distintos objetivos que persiguen unos y otros procedimientos, y de la circunstancia de que sólo

mediante los dos últimos se hace efectiva la función propiamente jurisdiccional del Estado". Se invoca la opinión del señor Iván Seguel, autor de "El Proceso formativo del acto disciplinario de la Administración Pública", quien, "de acuerdo con la doctrina moderna", reconoce la existencia de dos ordenamientos procesales diferentes, siendo, "en principio", inaplicables las reglas de uno en el otro, por cuanto su objeto, la naturaleza de la acción, la condición de las partes, los efectos de las resoluciones administrativas, y, en general, las propias necesidades y fines de la Administración así lo exigen.

"La Contraloría recuerda —además— que el proceso administrativo, aparte de poseer un carácter imperativo e instrumental, pertenece por excelencia al campo del Derecho Público.

"Con este fundamento doctrinario entra a interpretar, después, los textos legales pertinentes y lo hace de un modo restrictivo, admitiendo que se puede negar la intervención del inculpado y de sus abogados patrocinantes o mandatarios en las diligencias probatorias solicitadas en su descargo, aun en el período de defensa del sumario administrativo; conclusión ésta que, desde ya, puede afirmarse que conduce o favorece a la indefensión de "un individuo que, como funcionario público, tiene más que nadie derecho a que se le proporcionen todos los medios eficaces destinados a probar la verdad comprometida en el sumario", como acertadamente lo expresa el fallo en examen.

"Estimo que el Consejo General del Colegio de Abogados debe manifestar que discrepa absolutamente de esta argumentación.

"En efecto, se pueden admitir las diferencias que realmente existen entre el procedimiento disciplinario y los procedimientos civil y penal, que persiguen responsabilidades diversas, con distintos fines y consecuencias. Entre otros autores, muy claramente el tratadista argentino Villegas Basabilbaso señala esas divergencias, aun cuando cuida de agregar un objetivo común: "No obstante esta divergencia de fines,

de procedimientos y de consecuencias —dice— todas las sanciones tienden a mantener y asegurar en forma preventiva y represiva el funcionamiento normal del servicio, obligando directa o indirectamente a los agentes públicos al cumplimiento de todos sus deberes funcionales”.

“Es cierto también que la responsabilidad administrativa se hace efectiva mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria que es inherente a la Administración y que deriva de la relación jerárquica entre ella y el funcionario. Pero este ejercicio —como lo anota el mismo autor— “no puede llevarse a extremos tales que signifiquen una lesión al orden constitucional del Estado ni a la dignidad del agente público”. “Es preciso —añade Villegas— para evitar los abusos posibles del poder público, una regulación adecuada del derecho disciplinario, que prevea las transgresiones y la correspondiente punición administrativa, *así como el debido procedimiento*”.

“Como lo recuerda la Contraloría General, el procedimiento disciplinario es instrumental, imperativo y de Derecho Público; pero lo es porque el Derecho Público, imperativamente, se vale de este instrumento procesal para asegurar el cumplimiento de principios sustanciales del más alto valor en un Estado de Derecho, como lo son, por ejemplo, la audiencia previa y la adecuada defensa del inculpado.

“Por eso, no obstante sus diferencias específicas —que son irrelevantes para la solución del caso planteado— hay un entronque que es común a los procedimientos penal, civil y disciplinario, y sobre este aspecto, que sí es fundamental, pasa por alto la Contraloría en su análisis del problema, lo que la conduce a una conclusión que, a juicio del informante, es errada e inconveniente.

“El procedimiento disciplinario tiende a la vez a informar a la Administración y a proteger al agente contra la arbitrariedad”, dice con mucha propiedad el tratadista Georges Vedel; y, en este sentido, sin desconocer que dicho proceso termina con una “decisión administrativa” y no con “fallo judicial”, es obvio que el cometido que se le asigna en un

Estado de Derecho no se cumple plenamente si no reviste el carácter de un "debido proceso jurídico", concepto éste que debe alcanzar a todo procedimiento legal establecido para amparar a las personas en su seguridad y derechos frente a los poderes públicos.

"Intimamente vinculado al Estado de Derecho, brevemente aludido —como lo afirma acertadamente el propio Iván Seguel, en la obra que invoca la Contraloría General—, se halla la existencia de un concepto que se ha estimado implícito en el régimen legal vigente, en especial de las garantías constitucionales, y que se ha denominado "del debido proceso legal", expresión que es una traducción al castellano en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica" ("Due process of law").

"El debido proceso legal apunta, en su aspecto sustantivo, al respeto que los actos de los poderes públicos deben guardar por los derechos esenciales de la persona humana, y, por otra parte, en su aspecto adjetivo, dice relación con el sistema de normas procesales (de cualquier índole que éstas sean) que han de cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa, referentes a la libertad o derechos individuales, sean jurídicamente válidas y sus efectos auténticamente alcancen al particular.

"Es interesante agregar que el mismo autor citado señala como ejemplo típico del debido proceso administrativo, en nuestro ordenamiento positivo, al conjunto de normas legales que regulan los procedimientos destinados a enjuiciar la conducta de los empleados públicos con motivo del ejercicio de sus funciones, y, en este sentido, indica numerosas disposiciones estatutarias que en el sumario administrativo tienden a asegurar aquella garantía esencial, como las que obligan a dar a conocer al afectado, exactamente, "los hechos dolosos o culpables que se le imputan, y así tenga la posibilidad de defenderse y desvirtuar tales hechos"; como las que exigen su audiencia, como las que lo facultan para solicitar diligencias probatorias y como las que reconocen su derecho a ser defen-

dido y asistido jurídicamente por abogado, dando libre acceso al expediente sumarial después de la formulación de los cargos.

“Al decir de Bielsa, es un evidente progreso en la esfera del Derecho Administrativo el hacer cada vez más “jurisdiccional” la “vía jerárquica” de la aplicación de las penas. Sin confundir estas dos actividades del Estado, que son diferentes, constituye, sin duda, un avance de nuestro Derecho Público el haber estatuido “imperativamente”, dentro de la “instrumentación” del sumario administrativo, tales preceptos consagratorios del “debido proceso jurídico”.

“Sólo dentro de este cuadro de principios —reconocidos, como se ha visto, en nuestro ordenamiento y que inspiran las normas sobre la materia— es posible interpretar justamente los preceptos legales que han motivado el problema en examen. Toda conclusión que signifique un retroceso en la orientación que se ha dejado señalada estará en pugna con las valoraciones que el legislador tuvo presentes al regular el ejercicio de la potestad disciplinaria.

“Ahora bien, ¿cuáles son esos preceptos? En primer término, el Art. 68 de la Ley 4.409, orgánica del Colegio de Abogados, que ordena que “ninguna repartición u oficina fiscal, semifiscal o municipal podrá negarse a aceptar la intervención de un abogado como patrocinante o mandatario en los asuntos que en ella se tramiten”. Es obvio que, como lo sostiene la Contraloría General, este precepto no significa que un abogado tenga derecho a intervenir en “todos los asuntos” que se tramiten en las oficinas públicas; pero no es menos evidente que tal intervención no puede ser denegada en aquellos asuntos que por su naturaleza exijan la asesoría jurídica de un profesional, con mayor razón aún si la ley ha consagrado expresamente para esos casos la asistencia de un abogado. Y la defensa del inculpado en un sumario administrativo es, a la vez, uno de aquellos asuntos o materias en que por su naturaleza requiere asistencia profesional y en que la ley se ha preocupado de establecer y facilitar esa intervención.

“El artículo 218 del Estatuto Administrativo es, a este respecto, muy claro: “A contar desde la fecha de la formulación de los cargos —dice— el sumario se hará público sólo para el inculcado o el abogado que asuma su defensa. Se darán las facilidades del caso para que esas personas puedan imponerse de todo lo obrado en el sumario”.

“La Contraloría General no niega —como no podía ser de otro modo— que el inculcado tiene derecho a confiar a un abogado su defensa en el sumario, pero desvirtúa gravemente el cometido que es propio e inherente a la actuación de un abogado en favor de su defendido, al admitir que el Fiscal puede rechazar la intervención del defensor en las diligencias probatorias solicitadas y decretadas en los autos. ¿Cabría sostener, entonces, que el abogado debería limitarse a leer el expediente y a presentar el escrito de descargos? No es ése el derecho de defensa que debe garantizar un “debido proceso jurídico”.

“Echa de menos la Contraloría, en relación con el artículo 4 de la Constitución Política, una norma positiva que autorice expresamente la intervención del abogado en las diligencias probatorias. Justamente el artículo 218, citado, es la norma positiva que consagra esa facultad, puesto que, obviamente, asumir la defensa del inculcado consiste en intervenir en favor de éste, prestándole asesoría jurídica, en todas aquellas actuaciones del proceso, una vez hecho éste público, en que deban alegarse o probarse los derechos o intereses del defendido. Por eso, para rechazar la asistencia del abogado a una diligencia probatoria decretada en autos, el Fiscal Instructor tendría que apoyarse en “un precepto legal que precisara clara y determinadamente una norma excepcional”, como lo sostiene el acuerdo impugnado por la Contraloría.

“Ahora bien, el artículo 220 del Estatuto Administrativo no puede considerarse como excepción al principio establecido un poco antes, en el artículo 218, en orden al derecho del inculcado a ser defendido por abogado, sobre todo dentro del contexto doctrinario y normativo en que ambos preceptos se

ubican y a que se ha hecho referencia anteriormente. En efecto, afirmar que el Fiscal puede limitar y aun excluir la intervención del abogado porque efectivamente el artículo 220 del Estatuto entrega al instructor del sumario el señalamiento de "la forma y plazo" para la realización de las diligencias probatorias, es otorgar a un aspecto meramente adjetivo una relevancia desproporcionada, cual sería la de hacer ilusorio el derecho sustantivo de defensa jurídica que, entre otros muchos de la misma índole, se trata de resguardar precisamente con el proceso sumarial. Es una interpretación que, como diría Recasens Siches, se aparta de "la lógica de lo razonable".

"Luego, si la autoridad administrativa no permite al abogado asumir la defensa de su cliente en un proceso sumarial, impidiéndole asistir a una diligencia probatoria decretada en autos, está infringiendo manifiestamente el artículo 68 de la Ley 4.409.

"En conclusión, puede establecerse: hay un fundamento filosófico común a toda regulación procesal que se relacione con la libertad o derechos de la persona, que alcanza también a la que norma el ejercicio de la potestad disciplinaria, en vía jerárquica, por la Administración. Tal fundamento se traduce en dar el carácter de un "debido proceso jurídico" a esa regulación, que asegure los derechos de los individuos frente a los poderes públicos. Entre estos derechos se cuentan, fundamentalmente, el de audiencia del inculpado y el de su defensa jurídica mediante abogado cuando el proceso se hace público. Nuestro ordenamiento positivo consagra precisamente el "debido proceso administrativo" cuando regula el sumario por infracción a los deberes funcionarios y reconoce en forma clara y expresa tales derechos, y específicamente, en el artículo 218 del Estatuto Administrativo, el de ser asistido o defendido por abogado, defensa que, como es obvio, supone la asistencia del defensor a las diligencias probatorias decretadas en autos. El artículo 220 del mismo Estatuto entrega al instructor la facultad de señalar la forma y plazo de realización de las diligencias probatorias, pero esa facultad, meramente procesal,

no puede oponerse al derecho a ser defendido por abogado y a que éste asuma adecuadamente esta defensa, reconocido expresamente en el Art. 218. Por todo lo dicho, el fiscal instructor de un sumario administrativo que impida a un abogado asistir a una diligencia probatoria decretada en el proceso para cumplir con su obligación profesional, infringe el Art. 68 de la Ley 4.409, según el cual ninguna autoridad administrativa puede negarse a aceptar la intervención de un abogado como patrocinante o mandatario en los asuntos que ante ella se tramiten.

“El Consejo General del Colegio de Abogados debería declarar que comparte, por las consideraciones anteriores, lo resuelto en el mismo sentido por el Consejo Provincial de Concepción, en el caso a que se ha hecho referencia, añadiendo que se complace de la decisión del señor Contralor General de la República, manifestada en su oficio 2.293 de 1969, en orden a esperar la opinión de dicho Consejo sobre el problema examinado para resolverlo de un modo general, puesto que —como lo dice expresamente— él está “vivamente interesado en no menoscabar de manera alguna los legítimos derechos y prerrogativas” de los abogados “en el ejercicio de su profesión”.

“Al mismo tiempo que diere a conocer esa opinión, el Consejo General pediría al señor Contralor que tuviera a bien impartir las instrucciones generales pertinentes para que, tanto en el Organismo que él dignamente dirige, como en el resto de la Administración del Estado, los fiscales que instruyeron sumarios administrativos se estuvieran en el futuro al criterio aquí sustentado en cuanto a la intervención de los abogados en tales procesos.

“Es cuanto puedo informar al H. Consejo. - Manuel Daniel, Consejero”. Dios guarde a US. Julio Tapia Falk, Secretario . Julio Salas Romo, Vicepresidente.

*Da respuesta a Oficio N° 68 de 1972,
del Colegio de Abogados*

N° 28.392

Santiago, 26 de abril de 1972

Esta Contraloría General ha tomado conocimiento del oficio de referencia, por el cual se comunica que el Consejo General del Colegio de Abogados consideró el amparo otorgado por el Consejo de Concepción a los abogados señores Aulio Vivaldi Queirolo y René Lazo Fernández, en relación con la facultad que el artículo 68 de la Ley 4.409 confiere a los abogados para actuar como mandatarios en asuntos que se tramiten en los Servicios Públicos, y el informe elaborado sobre la materia por el Consejero don Manuel Daniel Argandoña, cuya copia se acompaña, haciéndose presente que fue aprobado por ese Consejo General.

Al respecto, este Organismo cumple con señalar que, a través de los medios de fiscalización que la ley le otorga, velará por que en los procedimientos disciplinarios tendientes a establecer la existencia de faltas administrativas, la asistencia jurídica que los abogados pueden prestar como defensores se ejerza en los términos indicados en el referido acuerdo del Consejo del Colegio de Abogados.

Dios guarde a Ud.,

Héctor Humeres M.

Contralor General de la República

Al señor
Presidente del Consejo General
del Colegio de Abogados
Presente.