

Primera Prueba. (Opción Trabajo).
Profesión Jurídica.
Prof. Rodrigo Cortés.
Depto. Cs. del Derecho.
Universidad de Chile.
Santiago.

Instrucciones.

- a. El desarrollo de la misma debe ser entregada -en forma material- en la secretaría del Depto. de Cs. del Derecho el día Miércoles 10 de Octubre del corriente.
- b. Sobre el formato: No existen mayores instrucciones salvo la prudencia. En lo posible imprima dos planas por hoja (y piense en el planeta). En cuanto a la extensión, recuerde que debe primar su precisión. En tal sentido, si escribe 100 fojas o 1, tal será evaluada desde la consistencia y efectividad argumental. Sienta libertad, en todo caso, para exponer sus ideas.
- c. Recuerde que todo contenido ajeno debe ser citado. Utilice para ello cualquier formato de referencia.
- d. Evite las portadas, carpetas y todo otro contenido que no sea funcional a su trabajo. En la primera plana del mismo debe figurar su nombre y fecha.

I. Opción práctica.

a. Hemos visto en clases que a través del ACP, el “Common Law” pretende configurar un “privilegio” eficaz en su pretensión de cobertura. Para tal efecto, conceptualiza el “derecho” de manera específica, con contornos fijos y ciertos. Así, por ejemplo, quedarían excluidos de todo tipo de protección, la comunicación de *hechos* cualquiera sea la parte que así los refiera.

b. En nuestra legislación las normas que resultarían pertinentes son los artículos 10 y 11 del ACEP y el artículo 7 del NCEP. (Nota: Ver documentos adjuntos). Más allá de la derogación tácita -y su efecto real, considerando que se trata de normas con distinta fuente- entre ambos cuerpos normativos, cabe apreciar cómo es que nuestro “regulador” entiende el problema de la confidencialidad. En tal sentido son dos las características principales: (i) por un lado el espacio de cobertura es *magno*; (ii) Y en segundo término, es el abogado a quien corresponde su titularidad.

c. Del Secreto Profesional entre nosotros -que en rigor constituye una forma errada de concebirlo-: El código de Ética Profesional de 1948, y en particular los artículos 10, 11 y 12 del ACEP tuvieron por fuente el canon (sic) 37 de los “Cánones de Ética Profesional de la American Bar Association” (Cfr. Propuesta de Nueva Regulación Ética del Colegio de Abogados Relativa Al Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional. Pg 8 -Nota: El documento se encuentra en “material docente”). I.e. quien en esa oportunidad “tradujo” el texto, entendió que la regulación atinente al ACP tenía una generalidad que se justificaba en la pretensión de protección que le sirve de justificación. Sin embargo, ello no era así, no es así y jamás lo será. El tratamiento positivo del ACP siempre ha sido complementado de manera radical por el desarrollo jurisprudencial que sobre la materia hacen los tribunales. Y en tal sentido, nunca el ACP ha siquiera esbozado el carácter omnicompreensivo que tenía entre nosotros y que sigue teniendo.

d. En resolución de 30 de mayo de 2011, la Corte Suprema se pronunció sobre el concepto y extensión, que en su concepto, tiene el “Secreto Profesional” -Nota: el documento se encuentra adjuntado-. Y así señala:

“6. Que el secreto profesional, así protegido por el ordenamiento, pone al depositario del mismo a cubierto de cualquiera compulsión o medida coercitiva que pudiere forzalo a su transgresión, configurando un bien cuya salvaguardia interesa a toda la sociedad, porque si los depositarios de confidencias recibidas en razón de su estado, profesión u oficio, pudieren revelarlas, la confianza pública sufriría un grave quebranto y el orden social se vería seriamente comprometido, por ello, el legislador estimó necesario transforma esta obligación moral en un deber jurídico, cuya infracción puede devenir en un ilícito penal, según se desprende de de lo dispuesto en los artículos 231 y 247 inciso 2do. del Código Punitivo”.

Llama la atención:

(i) Ver el artículo 60 y 61 del Código Tributario en relación al artículo 34 del mismo cuerpo legal -considerando que un abogado puede comparecer en su calidad participando en dicha confección-.

(ii) Desde la regulación interna, la declaración de la C.Suprema resulta contradictoria, pues pareciera dar a entender que el “depósito” -en una metáfora alambicada- de la información hace al cliente titular del derecho, y al abogado, sujeto pasivo de la misma.

(iii) El numeral 7 de la resolución además dispone:

“Que el secreto profesional del abogado trasciende de su persona, colocándola a resguardo de apremios, y cubre también su domicilio, oficina y estudio donde ejerce la actividad profesional y mantiene en custodia la documentación que sus clientes le confían, en la que quedan comprendidos sus papeles, correspondencias y en general, los instrumentos de convicción de que sea depositario. La inviolabilidad de los instrumentos entregados por sus clientes a los abogados constituye un principio universalmente reconocido, considerándose que ellos se confunden con el secreto mismo y forman por eso parte integrante de la confidencia”.

(iv) La declaración antes referida podría haber sido emitida en *Springfield*. Y por varias razones. La primera de ellas, es que lo que señala la Corte Suprema no es un principio universalmente reconocido. Cfr. Regulated legal professionals and professional privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions. Disponible en

http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf

Por el contrario. De hecho, la mayoría de las legislaciones entienden el privilegio legal que asiste al abogado de un modo mucho más restringido que el modo y forma en como la C.S. concibe el Secreto Profesional; en segundo término, porque así conceptualizado permite la utilización del Secreto Profesional como un “hangar o bodega” en el que “proteger” documentos que en rigor debieran ser públicos; en tercer lugar, porque no existe en la declaración mayor fundamentación en la posibilidad cierta de garantía que brindaría el Secreto Profesional tanto a confidencias como a instrumentos entregados.

(v) Por su parte, en el documento “Propuesta de Nueva Regulación...”, en su página 10, se refiere a Guttman contra (sic) Guttman, y a una declaración del Colegio de Abogados de octubre de 2004, de las que se concluiría el mismo criterio anterior. Entre nosotros, existe un único concepto -secreto profesional/obligación de confidencialidad- que lo protege todo y de modo tal que lo depositado -confidencias e instrumentos- queda a resguardo de toda medida de compulsión.

(vi) Conceptos gruesos carecen de eficacia. Prueba de lo anterior es la siguiente declaración del Colegio de Abogados de Santiago.

Cfr.

http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_revista.html&idcat=32&id_cat=28&id_art=188&nseccion=%BFPor%20Qu%E9%20Asociarse%3F%20%3A%20Revista%20del%20Abogado%20%3A%20Revista%20N%BA%2032%20%3A%20DECLARACI%D3N%20P%DABLICA%20COLEGIO%20DE%20ABOGADOS%20DE%20CHILE%20

El Colegio de Abogados de Chile ha sido requerido de amparo profesional por el Colegio de Abogados-Consejo Regional de la Araucanía y por sus abogados asociados señores Alvaro Rodríguez Sepúlveda, Hernán Pinilla Ascencio y Juan Carlos Pascual Robin a raíz de la actuación de los fiscales adjuntos de Villarrica, señores Rodrigo Mena Vogel y Carlos Hoffmann Flandez quienes el día 3 de septiembre pasado, con auxilio de la fuerza pública, y previa autorización de la juez de garantía de Temuco, señora María Elena Llanus Morales, procedieron a incautar los computadores y 25 disquetes de su Estudio Jurídico, y a registrar y revisar las carpetas, archivadores y documentos, tanto de la oficina como personales de uno de los abogados, todo ello dentro del marco de una investigación por un delito de apropiación indebida imputado en contra de terceros, clientes del referido Estudio.

Sin pronunciarse sobre los hechos investigados por la justicia, el Consejo General del Colegio, dada la gravedad de lo expuesto, acordó por unanimidad acoger el amparo profesional de los recurrentes, haciendo público además la siguiente declaración:

1.- El art. 19 N° 3 de la Carta Fundamental consagra el derecho de toda persona a tener una defensa jurídica en la forma que la ley señala y sin que «ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida».

La intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde al abogado constituye una restricción o perturbación a su actividad debiendo entenderse, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración del derecho a defensa se encuentra de manera principalísima consagrado el derecho-deber del secreto profesional. Las confidencias del cliente se enmarcan en la esfera de protección de su intimidad, derecho expresamente consagrado en el art. 19 N° 4 de la Constitución Política del Estado.

2.- El Código de Ética consagra el secreto profesional como un deber hacia los clientes, deber que perdura en lo absoluto, aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios y como un derecho del abogado ante los jueces, puesto que con toda independencia debe negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violarlo o lo expongan a ello, y de igual manera, debe negarse a facilitar la documentación que haya recibido o esté protegida bajo secreto profesional.

3.- El Consejo General del Colegio, a través de múltiples declaraciones y fallos, ha expuesto que la extensión del secreto profesional abarca todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedente de que el abogado haya tomado conocimiento, sea por declaraciones de su cliente, sea que conozca debido a su propia observación, deducción o intuición, así como los que reciba de terceros con motivo u ocasión de su actuación profesional.

La obligación de respetarlo perdura por toda la vida del abogado y jamás podrá vulnerarlo.

4.- Constituyendo el secreto profesional un deber y un derecho del abogado corresponderá sólo a éste determinar si corresponde o no ampararse en el secreto y excusarse de declarar cuando es citado ante un juez. De igual manera, sólo él podrá determinar si se niega a entregar la documentación que se le solicita respecto al caso investigado.

5.- Confirmando este derecho, la Excma. Corte Suprema ha declarado que, «un abogado no puede ser obligado a revelar un acto confidencial cuya realización le habría encomendado su patrocinado, aunque en el desempeño de su comisión confidencial hubiere actuado personalmente». (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 51 Secc. 1° pág. 126)

Nuestra jurisprudencia ha reconocido que el secreto profesional del abogado ampara no sólo su persona, que no puede ser objeto de apremio, sino también su Estudio Profesional donde desarrolla su actividad y guarda los documentos que le confían sus clientes. Constituye un acto abusivo la orden de allanamiento y registro del Estudio de un abogado a fin de retirar documentos recibidos de sus clientes y amparados

por secreto profesional que imperativamente está obligado a guardar.

6.- Es deber de este Colegio velar por el cumplimiento de la inviolabilidad del secreto profesional que ampara a los clientes en general y que, por ende, interesa a la sociedad toda, pues tiene por objeto proteger derechos esenciales como la privacidad y la libertad personal. La confianza absoluta del cliente en la reserva y discreción del abogado para guardar sus confidencias constituye un pilar esencial de la profesión y su conculcación o perturbación lesiona de manera incancelable el derecho a la defensa.

7.- El derecho a excusarse a declarar está establecido no sólo en el Código de Ética sino también en los artículos 360 y 201 de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal respectivamente, en cuanto autorizan a los abogados para excusarse de prestar testimonio. Aún más si se comparan dichas disposiciones con las nuevas normas de enjuiciamiento penal, concretamente sus artículos 217 y 220 en relación con lo que dispone el artículo 303 del Código Procesal Penal y lo dispuesto en el artículo 269 bis del Código Penal se puede concluir que el nuevo sistema reconoce y protege aún con mayor vigor el secreto profesional.

8.- No debe olvidarse que la Ley Penal sanciona al abogado que infringe su obligación de guardar el secreto y a raíz de ello causa daño a su cliente. Estas figuras delictuales se encuentran previstas en los artículos 231 y 247 del Código Penal.

9.- De lo señalado precedentemente se puede inferir que los fiscales adjuntos y la juez de garantía que han llevado a cabo los hechos de que da cuenta el recurso de amparo, carecen de facultades para incautarse de archivos, tanto escritos como computacionales y/o de los restantes documentos de los abogados amparados, no sólo porque ellos contienen información de otros clientes de los abogados ajenos a la investigación, como se señala en el recurso, sino además, y en forma especial, porque se trata de información que se encuentra protegida por el secreto profesional y a la cual a los fiscales les está vedado tener acceso. Los abogados afectados tenían el derecho y la obligación de rechazar la actuación de los fiscales por ilegal e inconstitucional y, además, por ser contraria a las disposiciones éticas mencionadas.

10.- El Colegio de Abogados de Chile se ve en la necesidad de hacer un llamado a sus asociados, a los jueces y a la ciudadanía en general a fin de que respeten a cabalidad el alcance de los preceptos antes analizados y cuyo irrestricto respeto constituye un presupuesto necesario para el ejercicio libre de la profesión de abogado en un estado democrático.

Santiago, Octubre de 2004.

(vii) Al pretender abarcarlo todo, termina siendo ineficaz.

(viii) Todo el problema antes referido en la doctrina y jurisprudencia comparada no es ni siquiera un detalle. Y lo anterior tiene importancia, considerando que los servicios legales se prestan -cada vez más- de manera globalizada, las normas a los que tales se encuentran sujetos también son transnacionales. En tal sentido, la discusión sobre el particular no dice ya relación con “principios universales inviolables” sino con lo siguiente:

1. Se discute de manera airada si el “privilegio legal profesional” que asiste al abogado, cuando comparece en tal calidad a una relación profesional, y que le obliga a guardar “secreto” sobre lo comunicado y que se extiende a lo que éste a su vez comunica, también comprende a “abogados-in-house”. I.e. a profesionales que se desempeñan como “trabajadores dependientes” -sujetos a subordinación y dependencia-.

2. En *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd. v. European Commission* se examinaron los siguientes puntos:

2.1. Si el “privilegio legal profesional”¹ entendido como una garantía fundamental de conformidad a la regulación de la Unión Europea, se extiende también a los intercambios y comunicaciones sostenidos entre la Administración de una empresa o holding empresarial y sus “in-house” abogados (más allá del problema debatido en Upjohn Co.). Es decir, aún reconociendo que la materia comunicada correspondiera a la de un “cliente”, por el hecho de que ese abogado sea trabajador dependiente, ese intercambio no se encuentra protegido.

2.2. Si bien, el punto fue discutido en el contexto de un procedimiento de investigación en materias de libre competencia desarrollado por la Comisión Europea (es decir, que el criterio resuelto no tendría aplicación general sino específica a la hipótesis sobre la cual se pronunció la CIJ), lo resuelto por la instancia de adjudicación sí resulta relevante.

2.3. En particular, se trata de dos emails acompañados a una carpeta de investigación. Esos emails daban cuenta del intercambio de un abogado “in-house” de nacionalidad holandesa, que trabajaba en Akzo Chemicals (Uk). Durante el curso de un procedimiento de “allanamiento”, tales fueron encontrados, siendo discutido si podían o no servir de base a la instancia de adjudicación para el pronunciamiento eventual del asunto de fondo discutido -si AKZO había infringido o había verificado conductas atentatorias a la libre competencia-.

2.4. Cabe señalar, que en el procedimiento y buscando excluir los emails, se hicieron parte numerosas ONGs. Entre ellas, asociaciones de abogados, colegios de profesionales, que buscaron dar cuenta de que los emails -como soportes que daban cuenta de comunicaciones entre un abogado y un cliente- sí se encontraban afectos a confidencialidad y no podían ser utilizados ni por la Comisión en la formulación de cargos ni por la instancia de adjudicación.

2.5. Finalmente, la ICJ (conociendo por vía de apelación) señala que los abogados “in-house” carecen de la independencia necesaria pues su interés se encuentra por el solo hecho de la dependencia y subordinación, indexado al de su cliente, razón por la cual, la ICJ estima que no gozan del “privilegio legal profesional” que permite protección a las comunicaciones recibidas y expedidas.

Preguntas.

(i) ¿Tendría sentido excluir de la protección legal a los abogados afectos a subordinación y dependencia? ¿Por qué sí, por qué no? Es posible establecer una suerte de comparación entre lo dispuesto por el artículo 34 del C. Tributario (en relación a los arts. 60 y 61) y lo resuelto por la ICJ. En ambos casos, el abogado comparece en una “posición más cercana” al cliente (confeccionando la declaración; y como trabajador del cliente) y la consecuencia es la privación del privilegio. Ello implicaría como corolario que la independencia del profesional se encontraría determinada por la distancia que ese profesional tiene con su cliente, cuestión que afecta el modo como se presta la relación profesional.

¹ Se discutió en su oportunidad la utilización de la nomenclatura adecuada. Desde el “Common Law” la expresión correcta es “privilegio”, sin embargo, en el derecho continental, el concepto resulta ajeno, y en cambio, se utiliza la conceptualización “secreto profesional”. Es por ello, que en el procedimiento, en los informes expedidos y en la resolución que resuelve, se utilizó “privilegio legal profesional”. Se debe recordar, que se trata de un “juicio” ventilado en un contexto transnacional (Cfr. Unión Europea), y en el que la legislación atinente para resolverlo, surge tanto de la regulación particular de cada Estado como de las directivas europeas sobre el punto.

(ii) Entre nosotros, la discusión aún puede ser lejana, sin embargo, desde la ineficacia de la norma actual o su amplitud y abstracción, sí sería posible llegar a la misma conclusión. Ahora bien, en el documento “Propuesta de Nueva Regulación...” (Cfr. Pgs. 8, 9, 10 y 11) busca justificar la propuesta su generalidad. Le hace sentido, la encuentra justificada.