

Segunda Prueba.  
Profesión Jurídica.  
Prof. Rodrigo Cortés.  
Depto. Ciencias del Derecho.  
Facultad de Derecho.  
Universidad de Chile.  
Santiago.

Instrucciones.

a. Formalmente aplican las mismas instrucciones señaladas para la primera prueba. Se les solicita encarecidamente, puedan imprimir dos páginas por hoja, y señalar en la primera plana, su nombre completo. Asimismo, se les reitera que no hay necesidad de “portadas” o “bibliografías”, toda vez que las citas, deben ser referidas a pie.

b. Opción Teórica. “Encontrándole polol@ a Kant”.

b.1. Del examen de los tres puntos que hemos visto en la propuesta kantiana es posible entender -desde la interpretación- que el sistema moral descrito por Kant sí tendría temporalidad y contexto. No sería ya un sistema abstracto sino viable y posibilidad disponible para el despliegue práctico de todas las personas. Desde el momento, por ejemplo, en que la presencia de inclinaciones no resta ya merecimiento moral al acto desplegado, o del hecho, que el conflicto entre “sentidos del deber” es garantía de deliberación y posibilidad de calificación moral (en contraposición a la opinión tradicional que niega lugar a la posibilidad de sobredeterminación y excluye el conflicto entre sentidos del deber), el sistema deontológico referido se vuelve más amable y humano.

b.2. El punto, sin embargo, es que pese a los esfuerzos por volverlo consistente con la experiencia humana siempre en tensión, sigue tratándose de un sistema que considera al individuo en su singularidad. Sin duda, que formulaciones del imperativo categórico constituyen evidencia de la noción de respeto que el mismo Kant quizás, siente, por el otro, pero no es una moralidad que entienda al otro de manera implicada. Kant nos diría (y limitaría la posibilidad de convivencia) a la imposibilidad del tratamiento de medio. Ahora bien, desde el modo cómo se inserta –por la visión neoK revisada- la noción de consecuencia (Cfr. actos de preparación y actos de respuesta) uno podría entender que existiría un movimiento o gesto que no agota la evaluación moral en la satisfacción personal moral. Aunque la conclusión, me parece, resulta forzada. Se trata de un “respeto” ascético que mira(ría) al otro desde lejos

b.3. En ese momento, la tradición moral mira a Hegel y rescata de él –entre muchas cosas- la noción de reconocimiento. Y en tal sentido, dos autores, desde acervos distintos, han tomado el concepto mencionado desarrollándolo e insertándolo en su propuesta: Charles Taylor y Axel Honneth.

b.4. No se trata simplemente, de considerar al otro como una variable o factor de evaluación moral, sino de entender el concepto de reconocimiento como normativamente implicado en la propuesta práctica. En términos de la CSR se

trataría de un nuevo influjo sedimentativo que supera la visión anterior y no agota el entendimiento del sujeto en su singularidad sino que la extiende al otro. El “otro” en su individualidad, o derechamente, la individualidad del otro, se vuelve consideración para el merecimiento moral del despliegue del sujeto que “mira”. No se trata ya de respeto sino de reconocimiento.

Considere la siguiente cita:

“El procedimiento negativo de explicación seguido hasta ahora nos ha conducido hasta una serie de definiciones que, provisionalmente, sólo poseen un carácter psicológico-moral o antropológico. Como ya ocurre en cierto modo en Hegel, el primer paso en el despliegue de una moral del reconocimiento consiste en la prueba fundamental de que la posibilidad de ofensa moral resulta de la intersubjetividad de la forma humana de vida: puede ofenderse a los seres humanos en ese modo específico que llamamos “moral” porque éstos le deben su identidad a la estructura de una autorreferencia práctica que, desde el primer momento, se halla supeditada a la asistencia y la afirmación por parte de otros seres humanos (Habermas, 1983, p.53-&7). Si ahora, de esta premisa antropológica hemos de extraer la consecuencia de un concepto positivo de moral, parece adecuado asentarlo en la finalidad de la protección frente a los peligros mencionados: con el “punto de vista moral” (*moralischer Standpunkt*) estaríamos mentando entonces todo el tejido de esas actitudes morales que tenemos que adoptar a fin de proteger a los seres humanos vivos de ofensas que nacen de los presupuestos comunicativos de su autorreferencia. Despojada de toda formulación negativa, la formulación correspondiente reza, entonces, que la moral representa la suma de las actitudes que estamos obligados a adoptar recíprocamente con el fin de asegurar en común las condiciones de nuestra identidad personal” (Cfr. Honneth, Axel. “Entres Aristóteles y Kant. Esbozo de una moral de reconocimiento. Pg. ).

b.5. El punto es que asentado el concepto de reconocimiento, podríamos volver a Kant. (Imagínenlo caminando solo por el bosque) para construir el concepto positivo de moral en Hegel. Se trata por lo mismo de hacer un ejercicio especulativo. ¿Funcionaría la noción de reconocimiento desde el nuevo Kant? ¿No resultaría consistente la nueva noción de consecuencia, si de manera subyacente el reconocimiento implica una conducta moral basal en el sujeto? O quizás, Ud. podría disentir. La noción de reconocimiento sobra. Se trataría de un gesto sicologista, y que más tiene que ver con dimensiones meta-prácticas. En estricto sentido, toda deontología agota su posibilidad en el actuar del sujeto, y de los sujetos en su singularidad. Cualquier posibilidad de establecer vínculos comunitarios o “extensionales” entre ellos, equivoca la dimensión que resultaría pertinente. O más aún, éste nuevo Kant que adquiere temporalidad y circunstancia es una traición al Kant-Kant, así no existirían los conflictos de deberes, ni el problema de la sobredeterminación, pues su solución simplemente consiste en que si el sujeto moral despliega su actuar desde otra motivación que el sentido del deber, ese despliegue carece de todo merecimiento moral. O por el contrario, y quizás, recurriendo a la profesora Butler, la posibilidad que Kant levantara la cabeza, y asumiera como suya, el reconocimiento, importaría implicar (de otro) normativamente su sistema volviéndolo real, humano y amable.

b. 6. Dos textos

[http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:filopoli-1996-8-6443431F-2BE8-F544-3A97-47F0DA074DF8/reconocimiento\\_obligaciones.pdf](http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:filopoli-1996-8-6443431F-2BE8-F544-3A97-47F0DA074DF8/reconocimiento_obligaciones.pdf)

<http://revistas.ucm.es/index.php/ASEM/article/viewFile/ASEM9899110017A/16713>

Más la materia vista en clases. Y una canción final en una versión especial. (Guglé Tracy Chapman + “Stand by me”).

c. Opción práctica.

Hemos estudiado en clases el concepto de WORK PRODUCT DOCTRINE. Sobre el particular, nuestra doctrina, y en particular el colegio de abogados ha sostenido:

“En la regulación comparada es un hecho extendido que el ámbito cubierto por el privilegio legal del abogado (secreto profesional) es más restringido que el ámbito cubierto por el deber ético de confidencialidad. En el derecho angloamericano, la definición del primer ámbito está dada por dos desarrollos jurisprudenciales: el privilegio abogado-cliente (attorney-client privilege) y la doctrina del producto del trabajo (work-product doctrine), siendo esta última un complemento extensivo del ámbito cubierto por la primera, que es muy restringido. En líneas muy generales, se puede decir que la primera doctrina corresponde a los términos con que el Art. 360 No 1 del Código de Procedimiento Civil, el Art. 204 No 2 del Código de Procedimiento Penal, el Art. 304 del Código Procesal Penal y el Art. 11 CEP definen el ámbito cubierto por el secreto profesional, restringiéndolo a comunicaciones confidenciales. También en líneas muy generales, se puede afirmar que la segunda doctrina coincide parcialmente con los términos en que los Arts. 217 y 220 del Código Procesal Penal extienden el ámbito cubierto por el secreto profesional, eximiendo al abogado de entregar los objetos y documentos que se encuentren en su posesión”. (Cfr. PROPUESTA DE NUEVA REGULACIÓN ÉTICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS RELATIVA AL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL. Pg. 9).

Ya definir WORK-PRODUCT DOCTRINE como “la doctrina del producto del trabajo” es equivocado. En tal sentido, hemos visto, que en la legislación comparada, el WPD se erige como un derecho cuya titularidad corresponde exclusivamente al abogado (en oposición al ACP cuya disponibilidad le es atinente al cliente). Uno y otro, tienen distintos campos de aplicación

Artículo 217.- Incautación de objetos y documentos. Los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación. Si los objetos y documentos se encontraren en poder de una persona distinta del imputado, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad a ello, el juez podrá apercibirla para que los entregue. Regirán, en tal caso, los medios de coerción previstos para los testigos. Con todo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración. Cuando existieren antecedentes que permitieren presumir suficientemente que los objetos y documentos se encuentran en un lugar de aquellos a que alude el artículo 205 se procederá de conformidad a lo allí prescrito.

Artículo 220.- Objetos y documentos no sometidos a incautación. No podrá disponerse la incautación, ni la entrega bajo el apercibimiento previsto en el inciso segundo del artículo 217:

a) De las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o en virtud de lo prescrito en el artículo 303;

b) De las notas que hubieren tomado las personas mencionadas en la letra a) precedente, sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la que se extendiere la facultad de abstenerse de prestar declaración, y c) De otros objetos o documentos, incluso los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración.

Las limitaciones previstas en este artículo sólo regirán cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encontraren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración; tratándose de las personas mencionadas en el artículo 303, la limitación se extenderá a las oficinas o establecimientos en los cuales ellas ejercieren su profesión o actividad.

Asimismo, estas limitaciones no regirán cuando las personas facultadas para no prestar testimonio fueren imputadas por el hecho investigado o cuando se tratare de objetos y documentos que pudieren caer en comiso, por provenir de un hecho punible o haber servido, en general, a la comisión de un hecho punible.

En caso de duda acerca de la procedencia de la incautación, el juez podrá ordenarla por resolución fundada. Los objetos y documentos así incautados serán puestos a disposición del juez, sin previo examen del fiscal o de la policía, quien decidirá, a la vista de ellos, acerca de la legalidad de la medida. Si el juez estimare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos mencionados en este artículo, ordenará su inmediata devolución a la persona respectiva. En caso contrario, hará entrega de los mismos al fiscal, para los fines que éste estimare convenientes.

Si en cualquier momento del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, ellos no podrán ser valorados como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente.

En ese mismo sentido,

<http://www.dpp.cl/resources/upload/1db1a72667cd0cd11f4808b52a7eb1e1.pdf>

“En este contexto, los abogados deben mantener como materia reservada las conversaciones, correspondencia, confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional. Igualmente de aquellas habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento”.

Y

“Así las cosas pues, cuando el Abogado, como se verá se encuentre compelido a denunciar a sus clientes, no sólo habrá de cumplir con este deber, sino, por ende, suministrar pruebas de cargo contra aquéllos, conseguidas con toda facilidad bajo la cobertura meramente formal del secreto. Reflexiónese acerca del modo en el que se subvierte el esquema clásico del ejercicio de la Abogacía: los documentos que el cliente entrega para el trazado de una posible estrategia procesal o de un puntual asesoramiento son utilizados por su Letrado para que se acaban constituyendo, nada menos, que en la base de su condena futura y cierta, dado que la confianza que se presume entre ambos

interlocutores invita a que el cliente se sincere verbal y documentalmente, valga la expresión, con su asesor técnico” (Cfr. Cortés Bechiarelli, Emilio. “Secreto Profesional del Abogado y Ejercicio del Derecho de Defensa a la Luz de la Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo”).

Y más adelante en el mismo texto:

“Con base en tales consideraciones, la adaptación española de la Directiva tiene que poner de relieve indubitadamente que esta previsión es de imposible aplicación a los Abogados patrios, pues ha de tenerse en cuenta, además que adquiere protagonismo en ese momento la letra del artículo 4 de la Directiva, que, como se dijo, establece que los Abogados observarán deber de custodia de los documentos que sus clientes le facilitan para la articulación de la defensa con la auténtica finalidad de que tengan fuerza probatoria similar ante su derecho nacional, y no se puede obligar al Abogado a mantener artificialmente una situación impropia de la Abogacía: diseñar o admitir documentos para articular la defensa del cliente, cuando el objetivo oculto es otro. Los Abogados no tienen por qué padecer ésto, ni menos ser actores en su profesión, conminados por la comisión de un delito grave, y, desde luego, entendemos que se precisa una declaración terminante en este punto que aleje a los Abogados de las situaciones de tensión (deber de secreto v. deber de denuncia) que la Directiva crea. Represión del delito, sí, pero no a costa de pervertir una profesión como la Abogacía”. (Cfr. Idem).

Desde las citas, es posible entender que pareciera que existe un tratamiento análogo en la cobertura que brinda el concepto genérico de secreto profesional a los documentos y demás antecedentes que recaba y desarrolla el profesional. Cabe mencionar, que en el caso español, y en razón de regulaciones supranacionales, ese modo de interpretar se ve constreñido aunque el gesto pareciera incorrecto. Comparto la opinión del profesor Cortés -y no estoy hablando en tercera persona- que la obligación de denuncia en los términos descritos por la directiva *pervierte la abogacía*.

Sobre ese punto, precisamente, es que la legislación y doctrina comparada estadounidense acierta -en mi opinión-. Hemos visto en clases, que dicha regulación distingue entre distintos tipos de WPD, y al tiempo de proteger los antecedentes y demás desarrollos que se encuentran en posesión del abogado, la jurisprudencia diferencia tests (Cfr. “In anticipation of litigation”, “Because of” y “Primary Purpose”). I.e. No se trata que el abogado deba “denunciar” a su cliente entregando determinadas facturas u otro, sino de la posibilidad real que tiene el persecutor de obtener tales documentos. Así se flexibiliza esa suerte de “escudo” sobre la base de confrontaciones efectivas. Por ejemplo, si la documentación fue desarrollada “en anticipación de un juicio” estaría protegida. Y no obstante ello, si el mismo persecutor demuestra que esos antecedentes que supone existente, no puede obtenerlos sin “perjuicio grave” (“undue hardship”) y evidencia su “necesidad sustancial” (substantial need), el tribunal ordenará que esos sean allegados a la “carpeta de investigación”.

Pero todo constructo tiene sus fallas o al menos, resulta perfectible. En *United States v. Textron*, *United States v. Aldman*, y *United States v. MIT* se analiza, jurisprudencialmente, el siguiente problema:

- a. Tanto el ACP como el WPD se encuentran sujetos, en su eficacia, a contextos de confidencialidad. Eso no es tan claro en nuestra legislación -siempre tan gruesa- pero debiera ser así. Por ejemplo, toda la comunicación entre abogado y cliente debe ceñirse a éstos, sin que a tales puedan concurrir terceros no relacionados. Lo mismo sucede en relación a las estrategias y demás documentos que el abogado recabe. Si ese abogado comparte con terceros documentación o consulta con personal externo y no relacionado sobre ciertos puntos de su defensa, pierde la cobertura.
- b. En los casos citados, se cuestiona la eficacia del WPD en relación a lo que se denomina Tax Accrual Workpaper. Textron es una empresa “incorporada” en los Estados Unidos, y la jurisprudencia buscó determinar si determinados documentos preparados por abogados y con el objetivo de calcular reservas y provisiones por contingencias tributarias estaban afectas a protección.
- c. Cabe señalar, tal como vimos en clases, tales documentos fueron preparados por abogados. Y en un primer momento se buscó cuestionar si habían sido preparados “en anticipación de un juicio” o “por la existencia de un juicio”, siendo el segundo de tales tests, más estricto que el primero.
- d. Cuando el IRS (el símil del SII en Estados Unidos) superado por el test desarrollado por la Jurisprudencia (que luego propone el del “objetivo principal”: I.e. que el documento en cuestión podría haber sido desarrollado con diferentes objetivos aunque el principal de ellos -para tener cobertura- debía ser la existencia de un juicio eventual-, factor que le imposibilitaba obtener la vista de tales documentos), entiende que aún cuando los Tax Accrual Work Papers (“TAWP”) hubiesen sido desarrollados de conformidad a los tests propuestos por la Jurisprudencia, al haber sido remitidos a terceros no relacionados, tales perdían coberturas. (En relación a los TAWP, éstos son enviados a auditores externos para que emitan sus informes y examinen los estados de resultado y balances de las empresas. I.e. por definición se trata de terceros no relacionados ajenos al abogado-cliente).

Entonces, qué hacer, cómo tratar y en base a qué parámetros, los documentos que el abogado recabe y/o desarrolle.

Cuál es su opinión. Cómo debiera la legislación enfrentar el punto. Qué sucede con la injerencia de terceros no relacionados, cuando esa “intromisión” es necesaria como en el caso de las auditorías.