



**PROPUESTA DE NUEVA REGULACIÓN ÉTICA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS RELATIVA
AL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL**

Propuesta de nuevas reglas para la ética profesional del abogado,
fundamentación y comentarios,
presentada el 8 de septiembre de 2008
ante el Consejo del Colegio de Abogados de Chile y formulada
por los miembros del grupo de trabajo sobre secreto profesional,
coordinado por el abogado Alvaro Anríquez Novoa,
integrado por los abogados Macarena Navarrete Poblete, Sergio Urrejola Monckeberg,
Antonio Bascuñán Rodríguez, Manuel Garrido Illanes, Juan Ignacio Piña Rochefort y
Adrian Schopf Olea,
y asesorado por el Coordinador de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados,
abogado Pablo Fuenzalida Cifuentes.

Sumario

ABREVIATURAS DE FUENTES UTILIZADAS.....	3
I. FUNDAMENTACIÓN	4
1. Metodología de trabajo.....	4
2. Planteamiento general	8
3. Contenido de la propuesta	11
§ 1	11
§ 2	12
§ 3	12
§ 4	14
§ 5	16
II. PROPUESTA DE REGULACIÓN	18
§ 1. Deber de confidencialidad.....	18
§ 2. Conflicto entre el deber de confidencialidad y otros deberes fiduciarios.....	18
§ 3. Revelación consentida por el cliente.....	18
§ 4. Revelación no consentida por el cliente.	19
§ 5. Cumplimiento del deber legal de informar o declarar.	20
§ 6. Deber de confidencialidad para con el abogado de otra parte.	21
III. COMENTARIOS.....	22
Regla 1.1.....	22
Regla 1.2.....	24
Regla 1.3.....	24
Regla 2.....	26
Regla 3.1.....	27
Regla 3.2.....	27
Regla 3.3.....	28
Regla 4.1.....	29
Regla 4.2.....	30
Regla 4.2 (i)	30
Regla 4.2 (ii)	31
Regla 4.2 (iii)	32
Regla 4.2 (iv).....	32
Reglas 4.2 (v) y (vi).....	33
Regla 4.3.....	33
Regla 4.4.....	34
Regla 4.5.....	35
Regla 4.6.....	36
Regla 5.1.....	36
Regla 5.2.....	36
Regla 5.3.....	38
Regla 5.4.....	43
Regla 6.....	43

ABREVIATURAS DE FUENTES UTILIZADAS

BORA	Berufsordnung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Reglamento de las Abogadas y Abogados, República Federal Alemana)
BRAO	Bundesrechtsanwalstordnung (Ordenanza Federal de los Abogados, República Federal Alemana)
B&PC-Ca	Business and Professions Code (California)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCEL	Code of Conduct for European Lawyers
CD-E	Código Deontológico (España)
CEP	Código de Ética Profesional (Chile)
CP	Código Penal (Chile)
CPC	Código de Procedimiento Civil (Chile)
CPC-C	Code of Professional Conduct (Canada)
CPP	Código Procesal Penal (Chile)
CPPr	Código de Procedimiento Penal (Chile)
MC-ABA	Model Code of Professional Responsibility - American Bar Association
MR-ABA	Model Rules of Professional Conduct - American Bar Association
PCP	Proyecto de Código - Ética y Responsabilidad del Profesional en Derecho (Perú)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RLGL-ALI	Restatement of the Law Governing Lawyers - American Law Institute
SCC-EW	Solicitor`s Code of Conduct (England & Wales)

I. FUNDAMENTACIÓN

1. Metodología de trabajo

El trabajo de este grupo se ha organizado en torno a dos hitos principales: primero, el ejercicio preliminar de levantar casos en los cuales el deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado pueden tener relevancia y, segundo, una propuesta de regulación de dichas instituciones.

Nuestro levantamiento de casos está plasmado en el documento que con fecha 13 de Junio pasado hicimos llegar a la Comisión de Ética del Colegio y sobre el cual el coordinador del Grupo expuso en la reunión de esa Comisión de 18 de Junio. Respecto de la metodología seguida por el Grupo en relación a este primer hito nos remitimos a lo indicado en el primer numeral de dicho documento.

A continuación, nos referiremos a la metodología de trabajo que hemos utilizado para elaborar las reglas sobre deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado que proponemos en el presente informe.

La primera sesión tuvo lugar el día 15 de Julio de 2008 y a ella asistieron los miembros del grupo, señores: Adrián Shopf (AS), Antonio Bascuñán (AB), Manuel Garrido (MG) y Alvaro Anríquez (AA). También asistió con derecho a voz el Coordinador de la Comisión de Ética Profesional, señor Pablo Fuenzalida (PF). En esta sesión, que duró 90 minutos, se acordó dividir a los miembros asistentes (y a los que sin embargo de no asistir nos manifestaron estar en condiciones de colaborar durante esa semana) en dos subgrupos. El primero, conformado por AS, Macarena Navarrete (MN) y AA, encargado de proponer una primera redacción de reglas sobre todos los temas planteados en el levantamiento de casos, salvo aquéllos referidos a casos en que (i) puede justificarse la revelación no consentida de información respecto de la cual el abogado debe en principio guardar confidencialidad y sin que medie requerimiento judicial o de autoridad; (ii) un juez u otra autoridad competente requiere al abogado divulgar información amparada por el secreto profesional, y (iii) el cliente abusa del deber de confidencialidad o secreto profesional del abogado; y el segundo, integrado por MG, AB y Juan Ignacio Piña (JIP), encargado de proponer una primera redacción de reglas sobre los temas referidos en los numerales (i) a (iii) precedentes. Se fijó una reunión para el Miércoles 30 de Julio de 2008, a fin de discutir las redacciones a ser propuestas por los subgrupos, y se acordó que cada subgrupo circularía su propuesta de redacción con alguna antelación.

El primer subgrupo circuló su propuesta de reglas con fecha 22 de Julio pasado. El segundo lo hizo el 26 de Julio.

La segunda sesión tuvo lugar el día 30 de Julio de 2008, duró alrededor de 90 minutos y a ella asistieron los miembros del grupo, señores: Sergio Urrejola (SU), AB, AS, MN y AA y con derecho a voz PF. Luego de analizar las reglas propuestas por cada subgrupo y sus principios fundantes, AS se comprometió a preparar y circular una propuesta de reglas sobre deber de confidencialidad y secreto profesional, cubriendo todos sus aspectos (i.e., incluyendo los temas abordados por ambos subgrupos), con el *in-pu*t de AB en algunos temas pendientes y se acordó tener otra reunión, ahora por toda la tarde, el próximo Viernes 8 de Agosto, con la idea de producir como Grupo una propuesta relativamente final de las reglas encomendadas.

El Lunes 4 de Agosto y después de recibir la contribución de AB, AS circuló entre los miembros del Grupo la propuesta de reglas comprometida.

El Miércoles 6 de Agosto, AA, en su calidad de coordinador, asignó a cada miembro del Grupo que comprometió su asistencia a la reunión del 8 la responsabilidad de profundizar el estudio de dos o más secciones de reglas contenidas en el documento elaborado por AS.

La tercera sesión tuvo lugar el día 8 de Agosto de 2008 y a ella asistieron los miembros del grupo, señores: AB, AS, MN y AA y con derecho a voz, PF. La reunión duró alrededor de 8 horas y en ella se acordó (i) elaborar reglas con un nivel de especificación mayor al de las normas respectivas del CEP pero sin llegar a un nivel excesivo de detalle; (ii) elaborar comentarios a las reglas en que se regulen en forma más específica algunas materias especialmente dudosas, complejas, graves o reiteradas y se expliciten los principios fundantes de las reglas para que sirvan como criterios interpretativos; (iii) asignar a AS la responsabilidad de afinar la redacción de reglas y comentarios sobre las enunciaciones generales del deber de confidencialidad; a MN, sobre el conflicto entre deber de confidencialidad a un cliente y el deber de información a otro; a AA, sobre la revelación de información confidencial hecha por el abogado con el consentimiento del cliente; y a AB, sobre, primero, excepciones al deber de confidencialidad y, segundo, sobre el conflicto entre el requerimiento de información formulado por autoridad competente y el privilegio del abogado de excusarse legítimamente a entregarla.

Durante el período que medió entre la tercera sesión y el 18 de Agosto, cada uno de AB, AS, MN y AA evacuó los temas bajo su responsabilidad. AB, además, circuló el documento denominado Propuesta de Nueva Regulación Ética del Colegio de Abogados relativa al Deber de Confidencialidad y Secreto Profesional, sugiriéndolo como base sobre la cual preparar el documento que el Grupo debe entregar durante la semana previa al 27 de Agosto a la Comisión de Ética del Colegio con las conclusiones alcanzadas en esta etapa del trabajo. El documento propuesto por AB está dividido en una sección con la fundamentación de reglas y comentarios, otra sección con las reglas propuestas y una sección final con los comentarios a esas reglas. AB propuso textos para las secciones generales del documento y para aquéllas específicas bajo su responsabilidad principal.

La cuarta sesión tuvo lugar el día 19 de Agosto de 2008 y a ella asistieron los miembros del grupo, señores: AB, MN y AA y con derecho a voz, PF. La reunión duró alrededor de dos horas y media, y en ella se aprobó utilizar el texto presentado por AB (y al cual AA había integrado los comentarios de MN y los suyos) como el documento en que el Grupo presentaría su propuesta de reglas a la Comisión de Ética el 27 de Agosto (en adelante, la "Propuesta Preliminar"); se revisaron y afinaron cada una de las sugerencias de reglas y comentarios preparadas por los miembros presentes y AS; se acordó que cada uno de los miembros presentes se haría cargo de introducir los cambios relativos a los temas bajo su responsabilidad que se convinieron pero que no alcanzaron a ser incorporados en esa reunión (AB se hizo cargo de la parte bajo la responsabilidad de AS, quien viajó a Alemania), además de seguir afinando la redacción general de la Propuesta Preliminar. AA asumió la responsabilidad de incluir en la Propuesta Preliminar una sección que dé cuenta de la metodología de trabajo realizada por el Grupo en esta etapa. MN y AA se comprometieron también a preparar la fundamentación particular de las reglas bajo su responsabilidad.

Entre el 19 y 21 de Agosto, AA, MN y AB siguieron completando y afinando la Propuesta Preliminar.

El 21 de Agosto AA incorporó a una nueva versión de la Propuesta Preliminar todos los cambios acordados a esa fecha y la circuló entre todos los miembros activos del Grupo, pidiéndoles a todos ellos le hicieran llegar sus comentarios en la mañana del 22 de Agosto, a fin de enviar una versión ya final del documento a la Secretaría de la Comisión de Ética del Colegio durante las primeras horas de la tarde de esa día, conforme a lo solicitado por esa secretaría.

En la tarde del 22 de Agosto y después de recibir e incorporar los comentarios evacuados por los miembros activos del Grupo, AA envió una versión final de la Propuesta Preliminar a esa Secretaría, la que, por su parte, distribuyó electrónicamente dicho documento entre todos los miembros de la Comisión de Ética.

El Miércoles 27 de Agosto, en la sede del Colegio de Abogados, ante el pleno de su Comisión de Ética y bajo la presidencia del consejero abogado Luis Ortiz Quiroga, AA hizo un resumen del contenido de la Propuesta Preliminar. A continuación, tuvo lugar un extenso debate en que diversos miembros de la Comisión formularon preguntas y comentarios relativos a diversas materias tratadas en la Propuesta Preliminar y, especialmente, en su propuesta de regulación. Los comentarios y preguntas fueron abordados y respondidos por los miembros del Grupo presentes en la sesión, a saber, abogados Macarena Navarrete, Antonio Bascuñán, Manuel Garrido y el coordinador. Todo el debate que tuvo lugar en la sesión referida consta en el acta que levantó el coordinador de la Comisión, abogado Pablo Fuenzalida, acta que fue distribuida en forma electrónica a los miembros de la comisión el pasado primero de Septiembre.

El Grupo de Trabajo volvió a reunirse el día 2 de Septiembre de 2008 y a ella asistieron los miembros, señores: AB, MN, MG y AA. La reunión duró alrededor de tres horas, y en ella se analizaron las materias tratadas en la sesión de la Comisión de 27 de Agosto pasado. Fruto de ese análisis (y de otros que surgieron a partir de él), el Grupo acordó introducir modificaciones a la Propuesta Preliminar en lo que dice relación con las materias reguladas por la regla 1, la regla 3.3 y la regla 5. Las principales materias que se acordó revisar corresponden a las siguientes: (i) si el abogado tiene un deber de confidencialidad respecto de información suministrada por el abogado de la contraparte y, en caso afirmativo, cuál son las condiciones de existencia y la intensidad de ese deber de confidencialidad (cambios a regla 1.2); (ii) la necesidad de una mayor explicitación del deber general de confidencialidad del abogado en beneficio de su cliente (incorporación a nivel de reglas en 1.1 (i) y (ii) de síntesis de comentarios); (iii) establecer expresamente la preeminencia de los deberes de la función pública por encima de las normas sobre deber de confidencialidad respecto de los abogados que ejercen una función pública que no implica representar intereses de particulares (nueva regla 1.4); (iv) incluir como una hipótesis adicional de consentimiento presunto del cliente para que el abogado revele información sujeta a confidencialidad los casos en que, no siendo posible la consulta, la voluntad más probable del cliente habría sido consentir a la revelación (regla 3.3); y (v) separar el mandato de optimización y el mandato de invocación incluido originalmente en la regla 5.1 en dos reglas distintas (i.e., cada mandato con su regla) y subir exigencias del mandato de invocación, desde el nivel de comentario al nivel de regla (reglas 5.2 (iii) y (iv)).

Adicionalmente, en la reunión del 2 de Septiembre y a partir de un comentario formulado por el miembro de la Comisión de Ética, abogado Sebastián Castro, el Grupo se dividió respecto a la conveniencia de, primero, ampliar la regla 5.4 de la Propuesta

Preliminar¹ en el sentido sugerido por el comentario referido y, luego, mantener esa regla. Sobre este punto no se alcanzó consenso. Para una revisión de la discusión, nos remitimos a los comentarios a la regla 5.3 (ex 5.4) más adelante en este documento

En la reunión del 2 de Septiembre se acordó producir un documento por medio del cual el Grupo se haría cargo de aquellas preguntas y comentarios formulados en la sesión de la Comisión del 27 de Agosto y en el período posterior que se abrió al efecto que provocaron cambios en la propuesta del Grupo o que se juzgó relevante responder para efectos de clarificar la regulación propuesta por el Grupo.

Entre el 2 y 5 de septiembre, MN, AB y AA circularon y afinaron diversos textos de modificaciones a la Propuesta Preliminar y de respuestas a los comentarios y preguntas de la Comisión. Durante ese período surgió otro punto que el Grupo acordó incorporar a su propuesta regulatoria, a saber, extender la aplicación de las reglas relativas al deber ético de confidencialidad del abogado cuando se enfrenta a un deber legal de informar o declarar (i.e., parágrafo 5) a los casos en que una autoridad adjudicatoria requiere no al abogado sino al cliente soportes materiales que contienen información producida por el abogado con carácter confidencial.

Durante el mismo período y a propósito de la discusión de la regla 5.4 (i) de la Propuesta Preliminar, AA advirtió que, conforme a la regulación propuesta (ver regla 4.2 (v)), el abogado que es requerido por autoridad adjudicatoria para declarar no se encuentra obligado sino solamente autorizado a hacerlo. AA considera que en tal hipótesis el abogado debe encontrarse éticamente frente a un deber y no a una autorización de declarar, por las razones que se indican en los comentarios a 4.2 (v).

El día 5 de septiembre el Grupo envió a la Secretaría de la Comisión de Ética del Colegio un nuevo documento con su propuesta regulatoria, redactado sobre la base de la Propuesta Preliminar, pero modificada en los temas y de la manera que en síntesis se indica precedentemente en esta sección. Cabe destacar que esta nueva versión de la Propuesta Preliminar incluye como anexo el documento por medio del cual el Grupo se hizo cargo de responder los comentarios y preguntas formuladas por miembros de la Comisión de Ética del Colegio de Abogados en la sesión plenaria del 27 de Agosto y en el plazo que con posterioridad a dicha sesión se abrió al efecto.

Los días 8 y 29 de Septiembre, el Coordinador del Grupo de Trabajo presentó al Consejo del Colegio la nueva Propuesta Preliminar. El Consejo instruyó al Grupo de Trabajo producir una propuesta definitiva sobre la base de la Propuesta Preliminar pero incorporando algunas modificaciones, más bien menores.

El Grupo de Trabajo sesionó el Martes 7 de Octubre, con la presencia de los miembros MN, MG y AA, más PF. En la sesión se acordó la manera de abordar los diversos puntos sugeridos por el Consejo y se instruyó a AA producir un documento final y enviarlo al Consejo.

AA se reunió el Martes 4 de Noviembre con PF para producir la nueva propuesta. Por fin, el Miércoles 5 de Noviembre, AA envió una versión final de la Propuesta Preliminar (la "Propuesta Definitiva") a la Mesa del Consejo. En la sesión del Consejo del día Lunes 24 de Noviembre el Consejo acordó aprobar el presente texto con algunas modificaciones incorporadas al mismo.

¹ Conforme a dicha regla, el abogado que es citado a declarar como testigo se encuentra autorizado para revelar información confidencial en ciertas hipótesis.

2. Planteamiento general

Las reglas que definen la institución del secreto profesional en el contexto de la ética profesional del abogado se encuentran en los artículos 10, 11 y 12 CEP. Esas reglas, aprobadas por el Consejo General del Colegio de Abogados en sesión de 28 de octubre de 1948, se encuentran en una medida considerable inspiradas en el canon 37 de los Cánones de Ética Profesional de la American Bar Association (en adelante, “ABA”), introducido como enmienda en 1928².

El rasgo característico de esta regulación es que define el deber ético del abogado de guardar el secreto profesional del cliente en estricta concordancia con su deber jurídico de guardarlo frente al requerimiento de un tribunal a testificar en juicio. La afirmación del artículo 10 CEP en el sentido de que el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado expresa precisamente esa concordancia: lo que el abogado debe guardar en secreto es idéntico a lo que puede guardar en secreto ante el requerimiento de un tribunal por estar eximido del deber legal de declarar como testigo³.

Esta manera de definir el deber ético de guardar secreto tiene dos ventajas. La primera es que clarifica que hacer valer la exención ante el tribunal es un deber ético del abogado. Este es un principio que el Consejo General del Colegio de Abogados ha afirmado enfáticamente en su práctica constante. La segunda ventaja consiste en que simplifica la cuestión de la calificación de la información como secreta y de la revelación como prohibida, en el sentido de que afirma que en el ámbito de la ética profesional esa respuesta no puede ser distinta a la respuesta que se dé en el ámbito del derecho procesal. La primera ventaja aludida es conservada íntegramente por esta propuesta. La ventaja de la simplicidad, por el contrario, es considerada por esta propuesta más bien como un problema de la regulación vigente.

En la regulación comparada perteneciente al ámbito angloamericano es un lugar común la afirmación de que la institución de la confidencialidad debida por el abogado

² “Canon 37. It is the duty of the lawyer to preserve his client’s confidences. This duty outlasts the lawyer’s employment, and extends as well to his employees; and neither of them should accept employment which involves or may involve the disclosure or use of these confidences, either for the private advantage of the lawyer or his employees or to the disadvantage of the client, without his knowledge and consent, and even though there are other available sources of such information. A lawyer should not continue employment when he discovers that this obligation prevents the performance of his full duty to his former or to his new client. If a lawyer is accused by his client, he is not precluded from disclosing the truth in respect to the accusation. The announced intention of a client to commit a crime is not included within the confidences which he is bound to respect. He may properly make such disclosures as may be necessary to prevent the act or protect those against whom it is threatened.” Citado según la transcripción contenida en Harry I. Subin, “The Lawyer as Superego: Disclosure of Client Confidences to Prevent Harm”, 70 *Iowa Law Review* 1091, 1145-46 (1985).

³ Esta perspectiva sigue siendo mantenida por la regulación española (Art. 5º Nos 2 y 3 CD-E) y el proyecto peruano (Art. 28 PCP). Ambos textos consagran el deber de guardar el secreto profesional en términos extensivos y pretenden que en esos mismos términos sea oponible como un derecho frente a los tribunales. Cabe señalar, eso sí, que en ambos casos es precisamente la regulación legal la que hace posible esa perspectiva. Tratándose de la regulación española, la pretensión se encuentra respaldada por los amplísimos términos con que reconoce el secreto profesional el Art. 542 N° 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Tratándose de la regulación peruana, la propia Constitución Política del Perú garantiza a toda persona el derecho a guardar el secreto profesional (Art.2, N°18), sin restricción alguna. Por su parte, aunque la regulación profesional alemana también caracteriza al deber de guardar silencio como derecho/deber, no pretende someter la exención reconocida por el derecho procesal a los amplios términos con que define el ámbito cubierto por el deber ético profesional (§ 2 (2) y (3) BORA).

tiene dos grandes fuentes⁴. Por una parte, la regulación legal del procedimiento judicial y su desarrollo jurisprudencial reconoce al abogado un privilegio, eximiéndolo del deber de declarar como testigo. A este privilegio se lo puede denominar “secreto profesional en sentido estricto” o “secreto profesional” sin más. Por otra parte, la regulación de la ética profesional impone al abogado un deber de confidencialidad respecto de los asuntos de su cliente. La relación que existe entre el deber de confidencialidad y el deber de guardar el secreto profesional es la relación que existe entre un deber *prima facie* (provisorio, derrotable) y un deber definitivo (concluyente, inderrotable). La afirmación del deber de confidencialidad introduce una primera diferencia entre la posición del abogado y la posición del ciudadano común, que no está obligado a abstenerse de revelar información. Eventualmente, ese deber de confidencialidad puede entrar en colisión con el deber legal de declarar como testigo. El margen en que esa colisión se resuelve afirmando la preponderancia del deber de confidencialidad corresponde al secreto profesional. Analíticamente, no se trata de un derecho sino de un privilegio o exención, es decir, de una situación de no-deber. El reconocimiento de este privilegio introduce una segunda diferencia entre la posición del abogado y la posición del ciudadano común, que sí está obligado a declarar.

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 restringido⁵. En líneas muy generales, se puede decir que la primera doctrina corresponde a los términos con que el Art. 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, el Art. 204 N° 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.

Las razones por las cuales el privilegio legal abarca un ámbito más restringido que el deber ético son fáciles de entender. Para la afirmación del deber ético de confidencialidad basta con hacer valer la relación fiduciaria existente entre abogado y cliente: sin una legítima expectativa de confidencialidad por parte del cliente la confianza en que esa relación se basa se vería seriamente perjudicada. Para la afirmación del privilegio legal del secreto, en cambio, es indispensable hacer valer las dimensiones institucionales de la prohibición de revelación, que van desde el argumento utilitarista que considera el acceso desinhibido del cliente a la información que el abogado le puede brindar como la mejor manera de asegurar una correcta orientación y por consiguiente el

⁴ Comentario (3) a la regla 1.6 MR-ABA; comentario 2 a la regla 1 del capítulo 4 CPC-C; comentario 4 a la regla 4.01 SCC-EW; §§ 61, 68, 86-90 RLGL-ALI.

⁵ La fórmula canónica del privilegio exige que se trate de (a) una comunicación, (b) efectuada entre personas que gozan del privilegio, (c) confidencial, (d) con el propósito de obtener o proveer asistencia jurídica al cliente (§ 68 RLGL-ALI; Edna Selan Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, U.S.A., ABA, 2007, *Volume I*, especialmente p. 64-389; sobre la definición del ámbito protegido por la doctrina del producto del trabajo, op. cit., *Volume II*, especialmente p. 815-992).

cumplimiento del derecho por parte del ciudadano, hasta el argumento de principio que ve en el secreto del abogado defensor penal una proyección del derecho fundamental de su cliente a la no auto-inculpación. Entre esos dos extremos se encuentra la extendida justificación del privilegio como un presupuesto del debido proceso, ya sea que se lo afirme como derecho individual, en el sentido de una garantía institucional de la autonomía de la persona, o como interés colectivo, en el sentido de una regla constitutiva del sistema adversativo. Parece razonable sostener que no toda la información poseída por el abogado relativa a los asuntos de su cliente sea relevante a la luz de esas razones institucionales. Y sin embargo, desde la sola consideración del carácter fiduciario de esa relación sí puede hacerse la afirmación contraria. De aquí que en el ámbito angloamericano la doctrina del privilegio y la doctrina del producto del trabajo se caractericen por el detalle y diferenciación con que definen qué informaciones tienen un estatus privilegiado, mientras que, por el contrario, la regulación de la ética profesional afirme un deber omnicomprendivo de confidencialidad⁶.

Comparada con la situación angloamericana, la situación chilena es peculiar. Por una parte, no existe un desarrollo doctrinario o jurisprudencial tan exhaustivo, diferenciado y bien asentado acerca de ámbito cubierto por el secreto profesional conforme al derecho procesal civil y penal. Por otra parte, la práctica del Consejo General del Colegio de Abogados ha dado una interpretación extensiva a los Arts. 10 y 11 CEP, proyectándola a la interpretación de la legislación. Un ejemplo de esta actitud interpretativa se encuentra en la posición defendida por Arturo Alessandri Rodríguez en Guttman contra Guttman⁷, confirmada por la Corte Suprema, conforme a la cual toda la información conocida por el abogado en ejercicio de un mandato conferido por el cliente es también información protegida por el privilegio legal del secreto. Otro ejemplo de la misma actitud interpretativa se encuentra en la declaración pública del Colegio de Abogados de octubre de 2004, que considera toda información contenida en documentos poseídos por el abogado y relevante para la defensa del cliente como parte del secreto definido por las reglas de la ética profesional⁸. En otras palabras, en el caso chileno, en lugar de que los términos restrictivos con que fue definido el privilegio en la legislación de principios del siglo XX hayan tenido proyecciones sobre la interpretación de la definición de la ética profesional, la interpretación extensiva de esta última regulación ha pretendido tener proyecciones sobre la interpretación de la legislación.

Sin embargo, equiparar el deber general de confidencialidad con el privilegio a eximirse de informar o declarar ante autoridad competente respecto de información amparada por el secreto profesional conduce inevitablemente a la erosión del primero,

⁶ Esta autonomía de la regla ética profesional respecto del derecho procesal es el resultado de un proceso paulatino en esa dirección. Como se ha visto (supra, nota 1), el canon 37 usaba la terminología del privilegio abogado-cliente. El código modelo incluyó dentro del ámbito protegido las “confidencias” y los “secretos” del cliente (canon 4 MC-ABA); mientras que el concepto de confidencia se entendía en directa referencia al privilegio legal, los “secretos” abarcaban “otra información obtenida en la relación profesional que el cliente ha solicitado se mantenga inviolada o cuya revelación sería vergonzosa o podría ser perjudicial para el cliente (regla disciplinaria 4-101 MC-ABA). Las reglas modelo, finalmente rompieron del todo con la dependencia respecto de las instituciones procesales, disponiendo que el abogado tiene el deber de no revelar “información relativa a la representación de un cliente” (regla 1.6 (a) MR-ABA).

⁷ Clara Guttmann de Gazmuri contra Alejandro Guttmann, sentencia de la Corte Suprema de 13 mayo de 1954, recaída en recurso de queja interpuesto por Arturo Alessandri Rodríguez en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XLIII, Segunda Parte, Sección Primera, p. 128.

⁸ Disponible en <http://www.colegioabogados.cl/>, en la sección “Comunicados, noticias y oficios Colegio de Abogados”.

toda vez que las excepciones al privilegio que puedan crear la ley o los fallos de nuestros tribunales (justificadas tales excepciones por la existencia de un requerimiento de autoridad competente; por la ponderación que esa autoridad ha hecho de los bienes jurídicos en conflicto, y por haber el abogado invocado el privilegio en todas las instancias pertinentes) permearían en forma automática y directa el deber de confidencialidad.

Esta propuesta hace suyo el principio de que el abogado debe interpretar la legislación en un sentido favorable al deber de confidencialidad, considerando ese deber como parte del deber ético de invocar el privilegio legal. Para eso, sin embargo, la propuesta clarifica los niveles de referencia de esos deberes.

La propuesta distingue nítidamente entre el deber ético profesional de confidencialidad, definido explícitamente en los términos más amplios concebibles y el deber ético de ampararse en la legislación que exime del deber de informar o declarar. La propuesta asume, no obstante, que la determinación del ámbito de alcance de esa exención, es decir, del privilegio del secreto profesional, es una cuestión de interpretación de la ley.

Esta nítida distinción entre los niveles de referencia impide las inferencias directas de uno a otro nivel que pueden distorsionar los términos con que debe ser planteado el problema al que se ve enfrentado el abogado cuando la ley o la autoridad le exigen informar o declarar: una colisión entre el deber de confidencialidad y el deber legal de declarar como testigo, que sólo puede ser resuelta en el nivel de referencia legal. Para expresar de modo inequívoco esta distinción entre los niveles de referencia, para referirse al deber ético la propuesta distingue entre el uso del término “secreto profesional”, exclusivamente asociado con el privilegio legal, y el uso de los términos “confidencialidad” o “información confidencial” de más amplio alcance.

Las reglas propuestas se agrupan en cinco párrafos. Las reglas del § 1 se refieren a los aspectos más generales del deber de confidencialidad. Las reglas del § 2 tratan el conflicto entre el deber de confidencialidad para con un cliente y el deber de información para con otro. Las reglas del § 3 se refieren a la revelación consentida por el cliente. Finalmente, las reglas de los §§ 4 y 5 tienen por cometido regular las situaciones en que el abogado se encuentra obligado o autorizado, ya sea por la ética profesional o el derecho procesal a revelar información confidencial aun contra la voluntad del cliente.

3. Contenido de la propuesta

§ 1

El párrafo 1 comprende las reglas que definen las condiciones generales bajo las cuales el abogado es destinatario de un deber de confidencialidad. En términos generales, su contenido corresponde al del Art. 11 CEP. La perspectiva sistemática desde la cual se afirma ese deber es, sin embargo, distinta. Conforme a lo dicho en el planteamiento general, la propuesta considera que a las reglas de la ética profesional les corresponde afirmar un deber general de confidencialidad, independientemente de si ese deber prevalece o no, en definitiva, frente a algún deber legal de informar o declarar. La premisa bajo la cual son formuladas las reglas del párrafo 1 es la concepción del deber de confidencialidad como una manifestación específica y particularmente relevante de los deberes fiduciarios que el abogado tiene para con su cliente.

La regla 1.1 afirma el deber de confidencialidad del abogado para con el cliente en los términos más amplios concebibles y resume sus consecuencias principales. La regla 1.2

afirma la pervivencia indefinida del deber, aún después del término de la relación profesional e incluso después de la muerte del cliente, aunque en esta última instancia se morigerara la intensidad del deber. La regla 1.3 consagra la preeminencia de los deberes de la función o cargo público por encima de las normas sobre deber de confidencialidad.

§ 2

El párrafo 2 contiene las normas que tratan sobre el conflicto entre el deber de confidencialidad para con un cliente y el deber de información para con otro. Se propone mantener el criterio actualmente contenido en el artículo 11 del CEP en el sentido que está prohibido al abogado asumir encargos profesionales que pueden poner en riesgo la confidencialidad. La propuesta, sin embargo, es formular en la regla 2.1. una afirmación de principios explícita en el sentido que el deber de confidencialidad prima sobre el deber de información. Dicha afirmación debiera servir de principio rector para interpretar y juzgar situaciones complejas. La regla 2.2 presenta algunas diferencias con la regla actual del artículo 11 del CEP en el sentido que se trata expresamente la situación de un conflicto entre deber de confidencialidad y deber de información que es sobreviniente al momento de asumir el encargo profesional, razón por la cual se prohíbe no sólo asumir un encargo sino también continuarlo. La regla presenta otra diferencia en tanto la prohibición de asumir o continuar el encargo estaría dada por el potencial de poner en riesgo la confidencialidad y no por versar el asunto sobre una materia respecto de la cual el abogado guarde a otro cliente confidencialidad.

La propuesta es no tratar el caso del consentimiento del cliente respecto del cual se tiene el deber de confidencialidad, como hace hoy el artículo 11 del CEP, pues se estima que dicha situación no es más que una renuncia al derecho a que el abogado le guarde confidencialidad.

La propuesta es no tratar la prohibición de usar información confidencial en beneficio propio a propósito del deber de confidencialidad pues estimamos que dicha acción, aunque reprochable, no viola el deber de confidencialidad por lo que debiera ser tratada a propósito de deberes fiduciarios.

§ 3

El párrafo 3 establece que el abogado que revela información confidencial contando con el consentimiento expreso e informado del cliente, o con su consentimiento presunto, no incurre en infracción a su deber de confidencialidad.

Aunque no tratado en forma expresa por el CEP, nos parece que la posibilidad de levantar el deber de confidencialidad del abogado por el consentimiento del cliente se encuentra en consonancia con los principios subyacentes a la normativa del CEP sobre Secreto Profesional. En efecto, establece el artículo 10 del CEP que “guardar el secreto profesional... [e]s hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto”. Si el abogado tiene el “deber” de guardar la información confidencial a favor del cliente, entonces éste es el titular del derecho correlativo y, al mirar a su interés individual y no estar prohibida su renuncia, puede renunciarlo, expresa o tácitamente.

Más aun, el artículo 11 del CEP permite al abogado atender clientes en asuntos relacionados con información confidencial que favorece a otro cliente, si se cuenta con “el consentimiento previo del confidente”. No resulta razonable pensar que el CEP otorgara al consentimiento del cliente un efecto liberador para un tema tan relevante como la

existencia de un conflicto de interés y, sin embargo, excluyera tal efecto en otros escenarios en que el cliente pueda otorgar su consentimiento a la revelación de información confidencial.

Que la normativa del CEP no haga referencia al consentimiento presunto en el sentido dado en la regla 3.3 (i.e., el que permite la revelación necesaria para que el abogado pueda llevar a cabo adecuadamente el mandato encomendado por el cliente) como liberador del deber de confidencialidad y secreto profesional se explica, finalmente, porque las comunicaciones amparadas por dichas instituciones conforme a ese cuerpo regulatorio son exclusivamente las *confidencias*. El concepto de *confidencia* exige que la información así considerada no sea pública y, además, que el cliente tenga interés en mantenerla oculta. En consecuencia, para la normativa actual del CEP resulta superfluo presumir el consentimiento del cliente para liberar del deber de confidencialidad al abogado respecto de información cuya revelación está implícita en el desempeño de su mandato, puesto que esa información simplemente no está cubierta por el deber de confidencialidad, dado que el cliente no tiene respecto de ella interés en mantenerla oculta. Nuestra propuesta, al proteger con el deber de confidencialidad toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión y no solamente las *confidencias*, hace necesario consagrar un consentimiento presunto del cliente respecto de la información cuya revelación está implícita en el desempeño de su mandato. No hacerlo perjudicaría una adecuada prestación de servicios legales.

Que el consentimiento expreso o presunto del cliente produzca el efecto de liberar al abogado de su deber de confidencialidad es un principio y regla ampliamente extendida en la regulación comparada⁹. Así por ejemplo, la Regla Modelo 1.6 (a) de las MR ABA contienen esta disposición en forma de regla de manera ininterrumpida desde su texto original (1983) hasta el día de hoy (vale decir, conservándose, aunque con algunas alteraciones, en las modificaciones introducidas a esa regla los años 2002 y 2003).¹⁰ En la misma línea, la regulación holandesa permite al abogado revelar información confidencial de su cliente cuando éste no lo objeta y en la medida que sea compatible con una práctica profesional sensata. La regulación alemana, aunque con una aproximación conceptual distinta, parece reconocer que lo que en nuestra propuesta de regulación tratamos como consentimiento presunto porque la revelación correlativa va implícita en el desempeño de la encomienda profesional tiene la capacidad de liberar al abogado de su obligación de confidencialidad, al establecer en la sección 3 del parágrafo 2 del BORA que la obligación de confidencialidad no vale respecto de revelaciones que son justificadas por el desempeño del mandato conforme al cual el abogado presta sus servicios profesionales.

Otras regulaciones autorizan al abogado a revelar información confidencial si cuentan con el consentimiento del cliente, sin distinguir si éste es expreso o presunto y

⁹ La regulación española, si bien reconoce valor liberador al consentimiento del abogado de la contraparte cuando éste es el titular del derecho correlativo al deber de confidencialidad, parece no reconocer el mismo efecto al consentimiento del cliente. En efecto, establece el artículo 5. N° 2 del CD-E que “El abogado no podrá aportar a los tribunales, ni facilitarle a su cliente las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.”; y el artículo 5. N° 8 del mismo cuerpo regulatorio, en su frase final, dispone que el “consentimiento [del cliente] por sí solo no excusa al Abogado de la preservación del deber de confidencialidad.” Otros cuerpos regulatorios no se refieren a la materia (ver la sección 2.3 del CCEL).

¹⁰ El actual texto de la Regla 1.6 (a) es el siguiente: “(a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, [or] the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation”.

por lo tanto, en principio, aceptando implícitamente que ambos liberan al abogado del deber¹¹.

Si bien otras regulaciones solamente mencionan en forma explícita al consentimiento expreso como liberador del deber de confidencialidad¹², nos parece que esto obedece a que es evidente (y, por lo tanto, puede haberse juzgado innecesario de explicitar) que el consentimiento presunto, entendido en los términos indicados en la regla 3.3, debe liberar al abogado de la obligación de confidencialidad. Concluir lo contrario entrabaría innecesariamente el ejercicio profesional.

La escasa doctrina nacional sobre deber de confidencialidad también considera que el consentimiento del cliente libera al abogado de ese deber¹³. Montes Olavarrieta estima que tanto el consentimiento expreso como el presunto producen tal efecto¹⁴. Cabe destacar que Novoa Monreal, si bien reconoce dicho efecto liberador tanto al consentimiento expreso como al presunto, limita fuertemente los escenarios en que este último puede producir tal efecto. Nos parece que esta limitación obedece a que Novoa Monreal considera que la información sujeta al deber de confidencialidad es solamente aquella que es obtenida por el abogado en razón de su encomienda profesional y que, además, tiene el carácter de sensible (i.e., el cliente quiere mantenerla oculta). Si la información sujeta al deber se encuentra acotada de esa manera, entonces una regla en los términos del 3.3 es superflua, dado que la información sobre la que recaería nuestro consentimiento presunto no estaría, para Novoa Monreal, sujeta a deber de confidencialidad.

Nos parece que todos los casos reales en que resulta razonable que el consentimiento presunto de Novoa Monreal libere del deber de confidencialidad quedan incluidos dentro de nuestro concepto de consentimiento presunto. Por lo anterior, resulta superfluo regular esos casos expresamente. Los demás casos (i.e., aquéllos no susceptibles de ser incluidos en nuestro concepto) requieren de consentimiento expreso. Esta solución resulta coherente con la última frase de nuestra regla 3,3 que dispone que, en caso de duda, debe considerarse que no hay liberación del deber de confidencialidad. Finalmente, los avances en las comunicaciones hacen que casos justificados de consentimiento presunto de Novoa Monreal no reductibles a nuestro concepto sean excepcionales sino inexistentes.

§ 4

El párrafo 4 comprende las reglas que establecen excepciones al deber de confidencialidad obligando o facultando al abogado a revelar información confidencial aun sin el consentimiento del cliente. No se trata aquí de excepciones al privilegio del abogado que lo exime del deber de declarar en juicio (secreto profesional). Esa situación es contemplada por las reglas del párrafo 5. Las excepciones contempladas en este párrafo corresponden a situaciones en que el abogado es autorizado por la ética profesional a

¹¹ Así, por ejemplo, la sección 4.01 del SCC-EW establece que “*you and your firm must keep the affairs of clients and former clients confidential except where disclosure is (...) permitted (...) by your client (or former client)*”.

¹² Ver, por ejemplo, artículo 27 del PCP.

¹³ Novoa Monreal, Eduardo. La Obligación Jurídica de Secreto Profesional. Series en Rev. De Derecho y Jurisprudencia. Tomo XLI N° 5-6 Julio/Agosto.1944. pág. 98. Carrera Bascañán, Helena. El Secreto Profesional del Abogado. Editorial Jurídica de Chile. 1963. pág. 148, N°236. Montes Olavarrieta, Leonidas, De la Prevaricación de Abogados y Procuradores, Editorial Jurídica de Chile. 1963. Págs. 70 y 71.

¹⁴ Ver Montes Olavarrieta, Leonidas, en documento citado en pie de página anterior, página 72, cuando se refiere a la posibilidad de revelar información confidencial actuando “en interés del cliente”.

revelar información confidencial sin necesidad de que sobre él pese un deber legal de informar o declarar, o una citación o requerimiento de la autoridad en ese sentido.

Estas excepciones se refieren principalmente a dos grandes categorías de situaciones: (a) casos en que la revelación tiene por objetivo evitar el acaecimiento o la perduración de los efectos de un hecho delictivo o gravemente perjudicial para las personas, y (b) casos en que la revelación sirve a los intereses del abogado para defenderse frente a una imputación o acusación formulada por el cliente o por terceros. En términos generales casi todas las regulaciones extranjeras contemplan excepciones pertenecientes a ambas categorías¹⁵. En aspectos de detalle, sin embargo, la regulación comparada demuestra un considerable margen de divergencias. La propia regulación de la ABA demuestra cuán disímiles pueden ser los criterios en esta materia: desde el borrador de propuesta de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de 1977 hasta la reforma de 2003, ésta ha sido una de las materias más controvertidas. De hecho, la regulación aprobada en 1983 y la regulación modificada en 2003 representan modelos de regulación situados en los extremos opuestos, muy restringido el primero y muy amplio el último¹⁶.

En el CEP la cuestión se encuentra tratada en su Art. 12¹⁷. Conforme a sus términos, el abogado *debe* hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro. En el contexto de la regulación comparada, ésta es una excepción amplia y de consecuencias rígidas, por su carácter imperativo. Asimismo, el abogado *puede* revelar el “secreto profesional” para defenderse de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado. En el contexto de la regulación comparada, ésta es una excepción más bien restringida.

Las reglas que se proponen en el párrafo 4 tienen por objetivo acercar la regulación de la ética profesional chilena a los estándares prevaecientes en la regulación comparada, por una parte restringiendo y/o flexibilizando la actual excepción relativa a la protección de los intereses de terceros, y por otra parte ampliando el margen de casos en que el abogado puede revelar información confidencial para defenderse. Las reglas 4.1 y 4.2 definen el universo de casos en que el abogado debe (4.1) o puede (4.2) revelar información confidencial del cliente. A esas reglas se suma una autorización de divulgación de información en términos abstractos cuando es de interés cultural o

¹⁵ La principal excepción en la regulación comparada se encontraba en el derecho del Estado de California, que hasta el 1º de julio de 2004 establecía un deber absoluto de confidencialidad en el § 6068 (e) de su Código de Negocios y Profesiones. A partir de esa fecha entró en vigencia una norma que establece como excepción la revelación que el abogado razonablemente considera necesaria para prevenir un acto criminal que el abogado razonablemente considera que puede producir la muerte o daño corporal considerable a un individuo (§ 6068 (e) (2)). Para un examen de la regulación californiana previa a esa modificación, Kevin E. Mohr, “California’s Duty of Confidentiality: Is it time for a Life-Threatening Criminal Act Exception?” 39 *San Diego Law Review* 307 (2002).

¹⁶ Para una visión general de la evolución de la Regla Modelo 1.6 de la ABA, Amanda Vance & Randi Wallach, “Updating Confidentiality: An Overview of the Recent Changes to Model Rule 1.6”, 17 *Georgia Journal of Legal Ethics* 1003 (2004).

¹⁷ La afirmación supone interpretar esta disposición en un sentido más amplio que una mera excepción al privilegio del secreto profesional *stricto sensu*. Así lo ha interpretado el Colegio de Abogados en el ejercicio de su jurisdicción disciplinaria (Fanny Pardo Valencia, *Ética del Derecho y de la Abogacía en Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 87). No obstante, la falta de diferenciación entre el deber ético de confidencialidad y el privilegio legal del secreto profesional que es característica del CEP haría plausible interpretar el Art. 12, por lo menos parcialmente, en un sentido diverso: el deber de hacer revelaciones que el CEP impone al abogado sólo procedería en el contexto de su citación como testigo en un procedimiento judicial. Así interpretada la regla, sería muy similar a la regulación californiana previa a la reforma del año 2004 (*supra*, nota 1).

profesional (4.6). Las demás reglas (4.3 a 4.5) definen condiciones y estándares restrictivos para el ejercicio del deber y de la facultad de revelar información confidencial.

La regulación que se propone es considerablemente más detallada y diferenciada que la actual. Tratándose de las excepciones orientadas a evitar la muerte o grave daño corporal de personas o evitar la comisión o consumación de ciertos crímenes o simples delitos, se distingue entre casos en que la revelación es imperativa y casos en que es facultativa para el abogado, tomando en consideración el derecho fundamental del cliente a no autoinculparse. Tratándose de las excepciones dirigidas a permitir la defensa de los intereses del abogado, se admite como facultativa la revelación orientada a la obtención de consejo ético y a la defensa frente a acusaciones del cliente o de cualquier tercero. Respecto de todas esas situaciones la propuesta establece reglas que exigen al abogado mantener bajo control reflexivo el ejercicio de las autorizaciones reconocidas.

§ 5

El párrafo 5 comprende las reglas que establecen el comportamiento exigido y permitido por la ética profesional al abogado que se encuentra bajo un deber legal de informar o declarar, y en particular al abogado que es citado a declarar como testigo en juicio. La última regla del párrafo hace aplicables esas reglas también al cumplimiento del deber legal de exhibir soportes materiales de información confidencial, manifestarlos, hacer entrega de ellos o tolerar su registro o incautación, incluyendo en ciertos casos la información custodiada por el cliente.

En principio, esta es una materia cuya regulación es ajena al ámbito de la ética profesional del abogado. Dado que se trata de situaciones de conflicto entre el deber ético profesional de guardar confidencialidad y un deber legal de informar o declarar, sólo cabe responder en el nivel de la regulación legal la pregunta por el reconocimiento de la preponderancia del deber de confidencialidad manifestado como exención legal (secreto profesional), como también las preguntas relativas a quién, de qué modo y en qué medida puede hacer valer esa exención. A lo más, a la ética profesional corresponde afirmar que es un deber ético del abogado invocar esa exención legal.

No obstante, dado que el Art. 10 CEP tematiza explícitamente esta situación y dado que la práctica constante del Colegio en esta materia ha sido invocar dicho artículo para hacer valer el secreto profesional ante los tribunales, esta propuesta contempla también un cierto número de reglas sobre la materia.

La regla 5.1 afirma que el deber de confidencialidad exige al abogado cuidar la confidencialidad debida con ocasión de su reacción frente a un deber legal de informar o al requerimiento de una autoridad de declarar. La regla 5.2 establece el deber de invocar la exención legal del secreto profesional, detallando sus consecuencias.

Finalmente, la regulación que se propone incluye una regla que declara éticamente irreproachable la declaración testimonial del abogado relativa a información confidencial en dos casos excepcionales (5.3). Esta es ciertamente una regla propia del nivel de referencia legal. A pesar de ello, atendido el escaso nivel de desarrollo jurisprudencial y doctrinario que ha tenido la institución del privilegio del secreto profesional en Chile, la propuesta considera conveniente hacer una contribución a ese respecto, estableciendo una autorización ético-profesional para el abogado citado a declarar como testigo en los casos que resulta más importante afirmar la posición del abogado como un profesional leal al derecho. Con esto, la propuesta contribuye a evitar que se afirme de la regulación ética profesional chilena lo que Jeremías Bentham decía con insuperable ironía de los jueces

ingleses, que “han cuidado de eximir a los miembros profesionales de su cofradía de una obligación tan poco placentera como es la de servir a la justicia”¹⁸.

¹⁸ *Rationale of Judicial Evidence* (1827), citado en “*Developments in the Law – Privileged Communications*”, 98 *Harvard Law Review* 1450 (1984).

II. PROPUESTA DE REGULACIÓN

§ 1. Deber de confidencialidad.

1.1 *Deber de confidencialidad para con el cliente.* El abogado debe mantener en estricta confidencialidad toda la información relativa a los asuntos de su cliente que ha conocido en el ejercicio de su profesión. En consecuencia:

(i) *Prohibición de revelación.* El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales que contienen dicha información y que se encuentran bajo su custodia;

(ii) *Deberes de cuidado.* El abogado debe adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencial sean tales que no pongan en riesgo el carácter confidencial de la información; y

(iii) *Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores.* El abogado debe adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él.

1.2. *Duración indefinida.* El deber de confidencialidad no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente ni el transcurso del tiempo.

1.3. *Prioridad de los deberes de la función pública.* El abogado que ejerce un cargo o función pública no puede invocar su deber de confidencialidad para excusarse de revelar información cuando una ley le ordene efectuar tal revelación.

§ 2. Conflicto entre el deber de confidencialidad y otros deberes fiduciarios.

El deber de confidencialidad para con un cliente prevalece sobre cualquier deber fiduciario para con otro cliente, salvo cuando la revelación de información sujeta a deber de confidencialidad produzca en el primero un perjuicio irrelevante y, además, manifiestamente menor que el provecho que la revelación ocasiona al segundo. Por lo tanto, el abogado debe, sujeto a la ponderación referida, abstenerse de asumir o de continuar el encargo profesional de un cliente que razonablemente ponga en riesgo la confidencialidad debida a otro cliente.

§ 3. Revelación consentida por el cliente.

3.1. *Consentimiento del cliente.* No falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente.

3.2. *Consentimiento expreso.* El consentimiento expreso debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita. La voluntad del cliente no obliga al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad. El abogado a quien se ha otorgado tal consentimiento debe procurar cerciorarse de que esa información sea efectiva en forma previa a la revelación. El cliente puede en todo momento revocar su consentimiento.

3.3. *Consentimiento presunto.* Se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la prestación de los servicios profesionales por el abogado, a menos que haya dispuesto algo diferente. En caso de duda, el abogado debe confidencialidad.

§ 4. Revelación no consentida por el cliente.

4.1. *Deber de revelar.* El abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen que atente contra la vida, la salud, la autonomía sexual o la libertad de las personas.

4.2. *Facultad de revelar.* El abogado puede revelar información sujeta a confidencialidad en los siguientes casos:

- (i) cuando lo hace para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas;
- (ii) cuando lo hace para evitar la comisión o consumación de un crimen no comprendido en la regla 4.1, o de un simple delito que atente contra la vida, salud, autonomía sexual o libertad de las personas;
- (iii) cuando lo hace para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado colegiado bajo confidencialidad;
- (iv) cuando lo hace para defenderse de imputaciones formuladas en contra suya o de sus colaboradores por el cliente, o por un tercero en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente;
- (v) cuando lo hace para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos previstos por las reglas 5.1 a 5.4; y
- (vi) cuando lo hace en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional.

4.3. *Consideración debida a la defensa en juicio penal.* En los casos en que la revelación mandada o autorizada por las reglas 4.1, 4.2 (i) y (ii) pueda perjudicar la defensa del cliente en un juicio penal, el abogado debe adoptar previamente medidas razonables para evitar ese perjuicio. Si es otro el abogado encargado de la defensa penal del cliente, debe hacer la revelación a éste. El abogado que no dispone de medidas para evitar ese perjuicio no está obligado a hacer revelaciones.

4.4. *Necesidad. Proporcionalidad.* Las reglas precedentes de este parágrafo 4. sólo autorizan al abogado a efectuar la revelación que sea necesaria para el logro del fin que la justifica, siempre que, además, no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente. En los casos en que el hecho que intenta impedir o la imputación de la que se defiende no sea atribuible al cliente, el abogado sólo se encuentra autorizado a revelar

información sujeta a confidencialidad cuando el mal que con ello evita es mayor que el que causa.

4.5. *Advertencia al cliente.* No falta a la ética profesional el abogado que advierte a su cliente que revelará información sujeta a confidencialidad, si lo hace exclusivamente para lograr el fin que justificaría la revelación.

4.6. *Divulgación en interés general o profesional.* No falta a la ética profesional el abogado que expone un caso en el que haya intervenido, si con ello favorece el desarrollo de la cultura jurídica o la formación profesional, siempre que adopte las medidas razonables para evitar la identificación del cliente y del caso concreto.

§ 5. Cumplimiento del deber legal de informar o declarar.

5.1. *Consideración debida a la confidencialidad.* Requerido por la ley o la autoridad competente a informar o declarar, el abogado debe procurar que el cumplimiento de esa obligación no ponga en riesgo la confidencialidad debida a su cliente.

5.2. *Deber de guardar el secreto profesional.* En los casos en que el requerimiento a que se refiere la regla 5.1 pueda poner en riesgo la confidencialidad, el abogado debe invocar en su favor la exención del deber de informar o declarar que la ley le reconozca en atención al secreto profesional. En consecuencia:

- (i) *Interpretación de la ley favorable a la confidencialidad.* El abogado debe interpretar las disposiciones legales que lo eximen del deber de informar o declarar del modo que mejor garantice el cumplimiento por su parte del deber de guardar el secreto profesional;
- (ii) *Prerrogativa de calificación.* El abogado debe abstenerse de justificar su calificación de los hechos como amparados por el secreto profesional, en todos los casos en que hacerlo comprometería dicho secreto;
- (iii) *Deber de cerciorarse.* El abogado informado por terceros de haber sido liberado por su cliente del secreto profesional debe solicitar a la autoridad la realización de las actuaciones necesarias para que el abogado pueda cerciorarse personalmente de esa liberación, en el sentido de la regla 3.2. El abogado que no ha podido cerciorarse se encuentra bajo secreto profesional; y
- (iv) *Deber de impugnar.* El abogado debe realizar las actuaciones que sean razonables para impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar cuando la ley lo exime de ello.

5.3. *Autorización ética para declarar.* Citado a declarar como testigo, el abogado se encuentra facultado para revelar información sujeta a confidencialidad sin cumplir con lo dispuesto en las reglas 5.1 y 5.2 en los siguientes casos:

- (i) cuando tiene razones fundadas para considerar que el servicio profesional por él prestado fue utilizado por el cliente para realizar un hecho que se le imputa a este último como crimen o simple delito, o como otro comportamiento que la ley sanciona y ordena investigar; o
- (ii) cuando la información es relativa a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un acusado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

5.4. *Cumplimiento del deber legal de revelar información sujeta a confidencialidad contenida en soportes materiales.* Las reglas precedentes de este párrafo 5 son aplicables también a los casos en que la ley o una autoridad competente exijan al abogado manifestar o exhibir soportes materiales que contienen información sujeta a confidencialidad, hacer entrega de los mismos o tolerar su registro o incautación, o se exija lo mismo al cliente en relación con información producida por el abogado con carácter confidencial.

§ 6. Deber de confidencialidad para con el abogado de otra parte.

El abogado que recibe información bajo confidencialidad del abogado de otra parte está siempre autorizado para compartir esa información con su cliente y para usarla en cumplimiento de sus deberes fiduciarios para con éste. Para que surja el deber de confidencialidad de un abogado para con el abogado de otra parte se requerirá del consentimiento expreso y comunicado del primero.

III. COMENTARIOS

Regla 1.1

La regla 1.1 establece la enunciación general y consecuencias principales del deber de confidencialidad del abogado para con el cliente. Sus fuentes en la regulación comparada se encuentran en la regla 1.6 (a) MR-ABA, el canon 4 y la consideración ética 4.1 MC-ABA, la regla 1 y los comentarios 1 y 5 (a) del capítulo 4 CPC-C, la regla 4.01 y el comentario 4 a la regla 4 SCC-EW, el § 2 (2) BORA, el § 43a (2) BRAO, el artículo 5 Nos 1 y 2 CDAE y los artículos 26 y 27 PCP. La formulación de la regla asume que el deber de confidencialidad se tiene para con todos los clientes, sin excepción de ninguna especie. No corresponde a esta parte de la regulación ético-profesional definir quién es cliente; eso es asunto propio de las reglas generales. No obstante, la propuesta asume que el abogado tiene un deber de confidencialidad para con clientes actuales y pasados, así como para con clientes eventuales que hayan consultado con él, aun cuando en definitiva sus servicios no sean contratados.

En los términos propuestos, el deber de confidencialidad abarca tanto la información recibida como la obtenida por el abogado en relación con el ejercicio de su profesión. En este sentido, se entiende cubiertos por el deber de confidencialidad la información (i) suministrada por el cliente expresa o tácitamente, (ii) recibida por el abogado por obra de terceros, (iii) recabada por el abogado y, (iv) recibida fortuitamente. La regulación propuesta asume que el deber de confidencialidad del abogado se extiende a toda la información que el abogado conoce en el ejercicio de su profesión, siendo irrelevante la fuente de esa información a efectos de determinar su cobertura. Sin diferenciar la fuente de la información, el abogado tiene siempre un deber de confidencialidad si el conocimiento se ha producido en el ejercicio de la profesión. La única información que se encuentra excluida del deber de confidencialidad es la que la que no se encuentra relacionada con el ejercicio de la profesión de abogado.

El ejercicio de la profesión de abogado es concebido por la definición propuesta en términos amplios, de modo de abarcar todos los ámbitos en que el abogado ejerce su profesión. Así, se entiende que el ejercicio de la profesión incluye el encargo de (i) la representación de los intereses del cliente ante cualquier instancia jurisdiccional, sea judicial, arbitral, administrativa o constitucional, (ii) la asesoría dirigida a la formación, modificación o terminación de cualquier contrato o relación jurídica, (iii) la planificación, examen o análisis de cualquier conducta de relevancia jurídica, (iv) la mediación o intervención en un conflicto jurídico, y (iv) en general, cualquier materia, negocio o asunto en que el abogado tenga competencia profesional.

El contenido del deber de confidencialidad prohibiría acciones tales como (i) comunicar a otro los hechos o la información confidencial; (ii) dejar entender o dar a entender a otro, por acciones u omisiones que en virtud del contexto de su realización tienen inequívocamente ese sentido, la veracidad o falsedad de aseveraciones relativas a información confidencial; (iii) entregar a otro los soportes materiales que contienen la información confidencial, etc. La propuesta es no incluir un listado ilustrativo de formas de revelar que están prohibidas por el deber de confidencialidad, con la finalidad de evitar que se entiendan excluidos los casos restantes ya sea porque no fueron enumerados o porque su entidad o características fundamentales son diferentes.

La regla 1.1 considera que un abogado se encuentra sujeto a deber de confidencialidad respecto de la información recibida de otro abogado para incorporarlo a

la prestación de servicios profesionales a un cliente del segundo abogado. Esta hipótesis se refiere tanto a revelaciones intra estudio de abogados como a revelaciones efectuadas a abogados que no pertenecen al estudio del abogado que revela. En ambos casos, el abogado receptor se encuentra sujeto al deber de confidencialidad respecto de la información revelada sin que sea necesario que el abogado que revela la información le advierta previamente del carácter confidencial de la información o del surgimiento del deber de confidencialidad por el hecho de la revelación. En otras palabras, el abogado receptor de la información se encuentra sujeto a deber de confidencialidad respecto de la información transmitida por otro abogado con el objeto de requerir sus servicios profesionales para el cliente de que se trata la información revelada en los mismos términos que surgiría el deber de confidencialidad si hubiera sido el propio cliente el que hubiera revelado la información.

En el caso de la revelación a otro abogado del mismo estudio y dependiendo de cómo en definitiva la regulación ética de nuestro Colegio defina “estudio”, cabe destacar que el titular del derecho correlativo al deber de confidencialidad que pesa sobre el abogado receptor de la información confidencial será probablemente el mismo titular del derecho correlativo al deber de confidencialidad del abogado que revela, vale decir, el cliente, toda vez que probablemente se entenderá que los clientes lo son del estudio y no de sus integrantes.

En el caso de revelación a un abogado que no pertenece al estudio del que revela, es razonable sostener que el titular del derecho correlativo al deber de confidencialidad del abogado receptor de la información es el abogado que revela.

Recogiendo parcialmente una sugerencia formulada en la sesión de la Comisión de Ética de 27 de agosto de 2008, la regulación que se propone en este documento incluye una mayor concreción del contenido de la regla 1.1 que la contenida en la Propuesta Preliminar, mediante la inclusión de tres reglas -1.1 (i) a (iii)- que tienen un estatus intermedio entre la regla general 1.1 y las numerosas directrices específicas del comentario.

El deber de confidencialidad impondría al abogado deberes de cuidado con relación a la información confidencial tales como (i) asegurar que con ocasión de la recepción u obtención de información confidencial ésta solamente sea conocida por personas que se encuentren obligadas por el deber de confidencialidad, sea en su condición de abogados o colaboradores en la prestación de servicios legales y siempre que el conocimiento de la información confidencial por esas personas sea razonablemente conducente a la adecuada prestación de los servicios profesionales del abogado; (ii) asegurar que con ocasión de la recepción u obtención de soportes materiales que contengan información confidencial (documentos impresos, documentos virtuales, reproducciones de imagen y/o voz), solamente tengan acceso a éstos personas que se encuentran obligadas por el deber de confidencialidad en su condición de abogados o colaboradores en la prestación de servicios legales y siempre que el acceso a esos soportes materiales por esas personas sea razonablemente conducente a la adecuada prestación de los servicios profesionales del abogado; (iii) ejercer la custodia sobre los soportes materiales recibidos o elaborados con ocasión de la relación profesional, que contienen información confidencial, de modo que se impida el acceso injustificado de terceras personas a ellos; (iv) mantener los soportes materiales bajo custodia en condiciones tales que impidan a terceros encargados de su manejo físico acceder a la información contenida en ellos; (v) omitir la reproducción de esos hechos o información en otros soportes materiales, salvo justificación por necesidad o conveniencia para el desempeño profesional encomendado;

(vi) ejercer la custodia sobre las reproducciones o copias justificadas de los soportes materiales recibidos o elaborados con ocasión de la relación profesional, en los mismos términos que los ejemplares originales; (vii) analizar el momento y las condiciones bajo las cuales documentación en su poder debiera ser devuelta al cliente o destruida y proceder a una devolución o destrucción de la misma en condiciones que razonablemente se espere preserven la confidencialidad; (viii) seleccionar a su personal auxiliar considerando y evaluando su idoneidad para manejar información confidencial; (ix) acordar o regular que las personas que en su condición de colaboradores puedan tener acceso a información confidencial estén afectos a prohibiciones y deberes congruentes con los deberes que impone el deber de guardar confidencialidad; (x) advertir explícitamente a los colaboradores acerca de la condición confidencial de los hechos e información y la gravedad de su divulgación; (xi) advertir explícitamente a los colaboradores acerca de las prohibiciones y deberes derivados de la condición confidencial de los hechos e información; y (xii) advertir explícitamente a los colaboradores acerca de la relevancia de las prohibiciones y deberes contractualmente convenidos con ellos, relativos a la confidencialidad de la información. La propuesta es no incluir un listado ilustrativo de las medidas que hoy se consideran adecuadas a fin de impedir una interpretación excluyente de las medidas no enumeradas e impedir también caer en rápida obsolescencia. Decisiones opuestas a ésta existen en el derecho comparado. En este último sentido el MC-ABA explicita la necesidad de obligaciones de cuidado al contratar y capacitar al personal¹⁹. También opuesto a nuestra propuesta en el mismo sentido es el PCP, en que se opta por señalar expresamente que los abogados deben pactar cláusulas contractuales con sus empleados a fin de que se respete la confidencialidad. Algunas otras legislaciones lo imponen también de modo menos explícito como la holandesa y CCEL 2.3.

Regla 1.2

Esta regla mantiene lo dispuesto por el Art. 10 CEP, en el sentido de que el deber del abogado “perdura en absoluto, aún después de que (...) haya dejado de prestar sus servicios”. Se trata de un principio ampliamente extendido en la regulación comparada, como puede verse en el comentario 18 a la regla 1.6 MR-ABA, la consideración ética 4-6 al canon 4 MC-ABA, la regla 2.3.3 CCEL, el comentario 5 a la regla 1 del capítulo 4 CPC-C, el comentario 5 a la regla 4.01 SCC-EW, el § 2-(2) BORA, el artículo 5º N° 7 CD-E y el artículo 29 PCP. Cabe destacar que la regla 5.3 (ii) incluye una morigeración a lo anterior, en un caso excepcional y justificado.

Regla 1.3

Dado que un abogado incorporado al servicio público en atención a su calidad profesional cumple sus funciones tanto en ejercicio de la profesión como en desempeño del cargo o función, en ausencia de esta regla podría suscitarse la cuestión de si desde el punto de vista de la ética profesional esa calidad de abogado habría de alterar la regulación

¹⁹ MC-ABA, Canon 4 *A Lawyer Should Preserve the Confidences and Secrets of a Client Ethical Consideration 4-2*. En MR-ABA se encuentra la regla “Rule 5.3 Responsibilities Regarding Nonlawyer Assistants (...) (a) a partner, and a lawyer who individually or together with other lawyers possesses comparable managerial authority in a law firm shall make reasonable efforts to ensure that the firm has in effect measures giving reasonable assurance that the person’s conduct is compatible with the professional obligations of the lawyer”.

propia del cargo o función en cuanto a los deberes de transparencia y publicidad de sus actuaciones. La regla en cuestión excluye esa posibilidad: los deberes de publicidad y de confidencialidad a que se encuentra sujeto un abogado en esas condiciones son exclusivamente los establecidos por las reglas constitucionales, legales y reglamentarias que definen su condición de funcionario. La preeminencia que esta regla atribuye a la regulación jurídica de la función pública por sobre la regulación ética de la abogacía, se justifica, además de la razón obvia de que las primeras se encuentran validadas por la regla de reconocimiento de nuestro sistema jurídico como de rango superior a las segundas, porque el presupuesto de la regulación ética profesional es la existencia de la relación fiduciaria con un cliente, entendiendo *cliente* en su sentido más general, esto es, como un sujeto de derechos con intereses propios, por oposición a los intereses públicos para cuya realización se desempeña un cargo o función pública. El caso más obvio de aplicación de esta regla en que se encuentra presente esa justificación es el de los fiscales del Ministerio Público. En efecto, puesto que en el ejercicio de su función, que a su vez es un modo especial de ejercicio de la profesión de abogado, ellos no representan clientes, no pueden, por ejemplo, invocar las reglas 1.1 a 1.3 para desconocer sus deberes de revelar información a la defensa. Distinto es el caso de los defensores públicos, que no obstante su calidad de funcionarios sí representan clientes en el desempeño de su cargo.

Cabe recordar que, en la propuesta original del Grupo, esta regla se aplicaba no a cualquier abogado que ejerciera un cargo o función pública sino solamente al que ejercía un cargo o función pública “en cuyo desempeño no representaba los intereses de un particular”. El objetivo con la calificación anterior era, precisamente, excluir del ámbito de aplicación de la regla en análisis a los defensores públicos, toda vez que la razón que justifica su aplicación (i.e., inexistencia de deberes fiduciarios para con un sujeto de derechos con intereses propios) no se encuentra presente respecto de los defensores públicos. La discusión que la calificación suscitó en el Consejo dejó, sin embargo, de manifiesto su carácter problemático, pues existen otras formas de ejercicio de un cargo o función pública distintas del caso de los defensores públicos respecto de las cuales tampoco se encuentra presente esa justificación, y que, en consecuencia, deben ser igualmente excluidas del ámbito de aplicación de esta regla. El problema es que esas otras formas no quedaban excluidas con la calificación incluida en la propuesta original porque en todos esos escenarios el abogado no representaba los intereses de un *particular*, sino que representaba los intereses del Estado (o de una repartición, agencia o empresa del Estado) cuando éste actuaba como un sujeto de derechos con intereses propios. En la discusión suscitada en el Consejo, se propusieron diversas alternativas de solución. Una de ellas consistía en reemplazar la palabra “particular” por “cliente” y recoger el problema al momento de definir el concepto de “cliente”. La dificultad de esta propuesta es que condicionaba la solución a cuando se defina “cliente”, algo que escapa a la competencia de este Grupo. Otra sugerencia fue incorporar texto a la regla en cuestión a fin de excluir de su ámbito de aplicación también a los abogados que ejercen un cargo o función pública en cuyo desempeño representan al Estado (repartición, agencia o empresa del Estado) en tanto sujeto de derechos con intereses propios. Esta sugerencia, nos pareció, resultaba excesivamente compleja.

La propuesta definitiva de este Grupo optó por eliminar toda calificación para la aplicación de esta regla distinta a la existencia de una obligación legal de informar sobre un abogado que ejerce un cargo o función pública. La razón principal para lo anterior es

de deferencia al legislador, o, si se quiere, el carácter innecesario de una regulación adicional, asumiendo un legislador competente. En efecto, resulta razonable (y, más importante, respetuoso de la obligación fundamental y primera del abogado de cumplir y asegurar el debido cumplimiento del derecho) aceptar como suficiente el criterio del legislador respecto a cuándo se justifica que el abogado que ejerza un cargo o función pública deba revelar información obtenida en el ejercicio de su cargo o función, especialmente considerando las peculiaridades que presentan, y pueden llegar a presentar en el futuro, los diferentes cargos o funciones públicas. Es razonable esperar que el legislador no impondrá el deber legal de informar a un abogado que ejerce un cargo o función pública en cuyo desempeño representa a un sujeto de derechos con intereses propios.

Finalmente, cabe destacar la cercanía de esta regla 1.3 con la establecida en la regla 4.2 (v). En rigor, la primera escala de autorización a deber lo dispuesto en la segunda cuando se trata de abogados que ejercen una función pública. Vale decir, el abogado que es requerido por una ley para informar o declarar está autorizado para revelar información sujeta a deber de confidencialidad (en la medida que cumpla con los mandatos de optimización e invocación establecidos en la reglas 5.1 a 5.4), salvo cuando ese abogado ejerza un cargo o función pública, en cuyo caso no está autorizado sino que tiene el deber de revelar (sin que deba –ni pueda– cumplir con los mandatos de las reglas 5.1 a 5.4).

Regla 2

El párrafo 2, en general, recoge la propuesta para hacerse cargo del conflicto entre el deber de confidencialidad para con un cliente y deberes fiduciarios para con otro u otros. Sobre la base de lo acordado en la primera sesión del Consejo que revisó la regulación sobre deber de confidencialidad y secreto profesional propuesta por este Grupo, se abandonó la solución binaria originalmente sugerida por el Grupo, conforme a la cual el deber de confidencialidad que un abogado tenía para con un cliente siempre prevalecía en caso de conflicto con los deberes fiduciarios que el mismo abogado tenía para con otro cliente. La solución definitiva que se propone, primero, exige ponderar los perjuicios que la revelación de información sujeta a confidencialidad razonablemente ocasionaría al cliente acreedor del deber de confidencialidad con los beneficios que esa revelación razonablemente irrogaría al cliente acreedor de los deberes fiduciarios en pugna, y, segundo, reconoce la preeminencia del deber de confidencialidad por la vía de autorizar la revelación solamente cuando los perjuicios fueran considerados irrelevantes y, adicionalmente, manifiestamente inferiores a los beneficios.

La segunda frase de esta regla no es más que la aplicación de la solución fijada en la primera frase al conflicto que puede surgir entre, por una parte, el deber de confidencialidad para con un cliente y, por la otra, el derecho / deber del abogado a asumir o continuar la prestación de servicios profesionales a otro cliente. Así, el abogado solamente podrá aceptar o continuar un encargo profesional que razonablemente ponga en riesgo la confidencialidad debida a otro cliente en los casos excepcionales en que resulte autorizado para ello conforme al mecanismo de ponderación de intereses fijado en la primera frase.

No enumeramos los casos en que el abogado sí podría asumir un encargo o continuar con él pese a poner en riesgo el deber de confidencialidad por existir autorización del cliente respecto del cual se debe confidencialidad. Se estima que ese es un caso de renuncia del cliente a su derecho a que el abogado guarde la confidencialidad. Distinta es la redacción del artículo 11 del CEP y también de algunas normativas de derecho comparado. El SCC-EW enuncia cuatro requisitos que deben cumplirse para que se puedan prestar servicios que ponen en riesgo la confidencialidad.^{20 21}

Es interesante hacer notar que la regla no exige que el encargo profesional ponga en riesgo la confidencialidad sino que se ha tomado la posición del SCC-EW y se exige que el encargo pueda *razonablemente* poner en riesgo la confidencialidad.^{22 23}

Regla 3.1

Si el cliente está integrado por varias personas o son varios los clientes que en conjunto han requerido los servicios del abogado, la revelación sólo podrá tenerse por consentida si todos los interesados han prestado su consentimiento para la divulgación.

Regla 3.2

Cabe destacar que el consentimiento expreso del cliente no impone al abogado la obligación de revelar²⁴. En ciertos escenarios, sin embargo, el abogado puede encontrarse sujeto al deber de revelar en razón de otro u otros de sus deberes fiduciarios para con el cliente. Nos parece que sería el caso en que, por razones de hecho o derecho, sea exclusivamente el abogado quien esté en condiciones de efectuar la revelación. En este caso, el abogado debiera tener derecho a exigir, en forma previa a la revelación, el correspondiente consentimiento e instrucción del cliente, a su satisfacción.

El consentimiento expreso del cliente debe entenderse restrictivamente. Lo anterior aplica tanto al contenido de la información cuya divulgación ha sido consentida como a la calidad, los medios o forma de la divulgación y a las personas respecto de

²⁰ SCC-EW, Rule 4.04 *Exception to duty not to put confidentiality at risk by acting with clients' consent* número (1) señala "You may act, or continue to act, in the circumstances otherwise prohibited by 4.03 above with the informed consent of both clients but only if: (a) the client for whom you act or are proposing to act knows that your firm, or a member of your firm, holds, or might hold, material information (in circumstances described in 4.03) in relation to their matter which you cannot disclose; (b) you have a reasonable belief that both clients understand the relevant issues after these have been brought to their attention; (c) both clients have agreed to the conditions under which you will be acting or continuing to act; and (d) it is reasonable in all the circumstances to do so".

²¹ SCC-EW, Rule 4.04 *Exception to duty not to put confidentiality at risk by acting with clients' consent* número (1) señala "You may act, or continue to act, in the circumstances otherwise prohibited by 4.03 above with the informed consent of both clients but only if: (a) the client for whom you act or are proposing to act knows that your firm, or a member of your firm, holds, or might hold, material information (in circumstances described in 4.03) in relation to their matter which you cannot disclose; (b) you have a reasonable belief that both clients understand the relevant issues after these have been brought to their attention; (c) both clients have agreed to the conditions under which you will be acting or continuing to act; and (d) it is reasonable in all the circumstances to do so".

²² La idea de potencial razonable de poner en riesgo está recogida en el SCC-EW. Rule 4.03 *Duty not to put confidentiality at risk by acting*, letra (a).

²³ Ver MC-ABA, Canon 4 *A Lawyer Should Preserve the Confidences and Secrets of a Client* Ethical Consideration 4-6, en que sostiene que por esta razón un abogado no debiera vender su oficina como un ongoing business.

²⁴ En este mismo sentido, ver Carrera Bascuñán, Helena, obra citada en pie de página N° 12, página 14, N°19, página 148, N° 236 y página 106, N° 151.

quienes se ha autorizado la revelación. Así, el consentimiento del cliente para que el abogado divulgue que su propiedad tiene un vicio de nulidad no autoriza al abogado para que divulgue otro vicio; ni el consentimiento para que comunique verbalmente tal vicio al banco que se encuentra financiando una operación inmobiliaria en la propiedad no autoriza al abogado para que le haga llegar a ese banco copia autorizada de los instrumentos públicos donde consta el vicio; ni tal consentimiento le permite al abogado informar del vicio a otro banco o publicarlo en el diario o comunicarlo a sus amigos.

La carga de la prueba relativa a haber prestado el cliente su consentimiento expreso corresponde al abogado y por lo tanto, en casos complejos, resulta recomendable que obtenga tal consentimiento por escrito.

El consentimiento expreso debe ser informado. Esta exigencia adicional al abogado y protección para el cliente se encuentra recogida, según se dijo, en las regulaciones comparadas²⁵ y en nuestra doctrina²⁶, y se justifica en el carácter fiduciario de la relación entre el cliente y su abogado en virtud de la cual el primero deposita su confianza en el segundo precisamente en materias generalmente vinculadas con divulgar o no información confidencial y en la asimetría que normalmente existe entre el abogado y su cliente respecto de esas mismas materias.

El abogado que es informado acerca del consentimiento de su cliente debe cerciorarse de su efectividad en forma previa a la revelación.

Regla 3.3

La regla 3.3 persigue que:

(a) el consentimiento presunto por regla general quede supeditado al principio de la conveniencia de la revelación para la mejor prestación del servicio, o sea, al consentimiento presunto tal como se define en la regla 3.3;

(b) Cabe destacar que en todas las hipótesis de consentimiento presunto, la revelación no es obligatoria sólo autoriza; y

(c) Al igual que para el consentimiento expreso, el consentimiento presunto debe interpretarse en forma restrictiva.

Finalmente, el consentimiento presunto, como se anticipó, se encuentra justificado en (i) el carácter omnicomprendivo de la definición de información confidencial que proponemos en nuestra Regla 1.1 y 1.2 y (ii) que el desempeño de la encomienda profesional del abogado generalmente se basa en el uso de información que queda incluida en esa definición.

Se entiende que existe consentimiento presunto del cliente: (i) cuando el abogado revela información confidencial a otro abogado de su mismo estudio con el fin de agregar valor a sus servicios profesionales; (ii) cuando el abogado revela información confidencial a un abogado que no pertenece a su estudio con el fin de agregar valor a sus servicios profesionales, en ambos casos, siempre que, en forma previa a la revelación, confirme que el abogado receptor recibirá, por el solo hecho de la revelación, la información con un deber de confidencialidad equivalente al suyo o, en caso que la revelación no haga surgir automáticamente tal deber en el abogado receptor (por ejemplo, por no estar colegiado el abogado receptor), siempre que tome las providencias razonables para que el abogado

²⁵ Regla 1.6 (a) de MR ABA; regla 27 del PCP; comentario 28 a sección 3, parágrafo 2 del BORA

²⁶ Ver Novoa Monreal, Eduardo, en obra citada en pie de página N°12, página 97, N°28; y Carrera Bascuñán, Helena, en obra citada en pie de página N°12, página 107 N°152.

receptor asuma una obligación de confidencialidad respecto de la información revelada en términos equivalentes a los suyos y, en general, tome las medidas razonables para evitar que la información confidencial llegue a conocimiento de terceros; (iii) cuando el abogado revela información confidencial a colaboradores no abogados de su estudio, con el fin de agregar valor a sus servicios profesionales, siempre que, en forma previa a la revelación, confirme que el receptor recibirá, por el solo hecho de la revelación, la información con un deber de confidencialidad equivalente, *mutatis mutandis*, al suyo o, en caso que la revelación no haga surgir automáticamente tal deber en el receptor (por ejemplo, por no tratarse de información recibida por quien ejerce una profesión que requiere de título, en razón de la misma), siempre que tome las providencias razonables para que el colaborador asuma una obligación de confidencialidad respecto de la información revelada y, en general, tome las medidas razonables para evitar que la información confidencial llegue a conocimiento de terceros.

Las reglas establecidas en los numerales (i) a (iii) del párrafo precedente no son aplicables al abogado que ha recibido de su cliente expresa prohibición de revelación del secreto a otras personas, incluidos sus socios, abogados asociados o colaboradores no abogados de su estudio, o que las ha revelado más allá de esas limitaciones.

Toda aquella información del cliente que no sea razonablemente conveniente revelar para el desempeño de la encomienda profesional debe considerarse como no amparada por el consentimiento presunto.

El abogado siempre requerirá del consentimiento expreso del cliente para revelar información sujeta de deber de confidencialidad a abogados o colaboradores de las que tenga razones para temer que no mantendrán la debida confidencialidad. Más aun, mientras menor sea la confianza en el mantenimiento de la confidencialidad por el receptor de la información, mayor deberá ser la necesidad de contar con sus servicios y más acuciosas deberán ser las medidas que se adopten para evitar la divulgación a terceros.

Regla 4.1

La regla 4.1 establece un deber para el abogado de revelar la información confidencial que evita la comisión o consumación de crímenes que atenten contra la vida, la salud, autonomía sexual o la libertad de las personas. Las fuentes de la regla 4.1 se encuentran, parcialmente, en el Art. 12 CEP, parcialmente en la regla 1.6 (b) (1) MR-ABA en su versión originaria (1983), el comentario 13 a la regla 4.01 SCC-EW y el § 6068 (e) (2) B&PC-Ca, y parcialmente en la regla IV-2 CPC-C y el Art. 34 PCP.

En estricto rigor, la regla no corresponde íntegramente a ninguna de sus fuentes. Por una parte, la regla 4.1 es más restringida que el Art. 12 CEP, ya que la primera limita el ámbito del deber de revelar sólo a los casos de evitación de ciertas clases de crímenes. La definición así restringida de esta categoría de casos es más estrecha también que la compartida por la versión originaria (1983) de la regla modelo 1.6 de la MR-ABA, por la regla californiana y por los comentarios a la regulación de los *solicitors* de Inglaterra y Gales en SCC-EW, que la extienden también a los simples delitos. Pero estas reglas son más flexibles que la regla 4.1, en la medida en que ellas facultan al abogado a revelar la información, incluso respecto de los delitos más graves, mientras que ésta última lo obliga a hacerlo respecto de los crímenes. Finalmente, en los casos de la regulación comparada en que las reglas éticas obligan al abogado a revelar para evitar peligros para la vida o la salud

de las personas (CPC-C, PCP), estos peligros no se encuentran restringidos a su generación mediante la comisión de delitos.

El criterio que explica la redacción de la regla 4.1 es compartido por las reglas 4.2 (i) y (ii). Las variables que la regulación comparada considera para determinar el alcance de la excepción al deber de confidencialidad en razón de la protección de los intereses de terceros son básicamente dos: (a) la especificación o no del interés puesto en peligro (vida, integridad corporal) y (b) la especificación o no del origen de ese peligro (acciones delictivas). Cada uno de esos criterios, considerado por separado y sin especificación permite justificar una regla facultativa para el abogado; a esa idea responden las reglas 4.2 (i) y (ii) de la propuesta. En cambio, la reunión de ambos criterios especificados permite identificar el núcleo más duro de esta excepción. Ese núcleo define el ámbito del deber ético de revelar en la propuesta, consagrado en la regla 4.1.

La regla utiliza la fórmula “comisión o consumación” para referirse al hecho cuya evitación justifica la revelación. Con esa expresión se incluye tanto la evitación de la ejecución o no ejecución de una acción constitutiva de crimen (“comisión” en un sentido amplio, inclusivo de la omisión), como la evitación del resultado que concreta el peligro generado por la ejecución o no ejecución de esa acción constitutiva de crimen (“consumación”).

La regla utiliza la fórmula “atenta contra la vida, la salud, la autonomía sexual o la libertad de las personas”. Con esa expresión se incluye tanto a los delitos de lesión como de peligro concreto (en sentido estricto y amplio, comprensivo este último de los delitos de peligro para personas indeterminadas) contra esos bienes jurídicos, ya sea que esa consideración aparezca como principal o secundaria en su tratamiento sistemático por el legislador. La expresión “autonomía sexual de las personas” debe entenderse en el sentido de los delitos de significación sexual constitutivos de abuso de una persona por parte de otra, incluyendo los actos sexuales realizados con menores de catorce años aun con su consentimiento.

Regla 4.2

La regla 4.2 contiene el catálogo de casos en que el abogado se encuentra facultado para revelar información confidencial. Los primeros dos supuestos corresponden a casos de evitación de perjuicio de intereses de personas o colectivos (i), (ii). Los dos supuestos que siguen corresponden a casos en que la revelación es funcional a la realización de un interés del abogado (iii), (iv). Los dos últimos supuestos son reglas de remisión: una clarifica la relación entre las reglas de la ética profesional y las reglas legales (v) y la otra clarifica la función de las demás reglas éticas que autoricen la revelación de información confidencial (vi).

Regla 4.2 (i)

La regla 4.2 (i) faculta al abogado a revelar información confidencial que evita un peligro para la vida o para la salud de una o más personas. Esta regla corresponde a la regla 1.6 (a) MR-ABA en su versión actualmente vigente. La diferencia con el deber de revelar se encuentra en que en este caso el peligro para terceros no proviene de acciones constitutivas de crimen o simple delito. La práctica judicial comparada ofrece casos de esta

índole²⁷. Pero el ámbito prácticamente relevante de la regla se encuentra en los casos en que el cliente es una organización de personas en cuyo giro se crean riesgos colectivos para la vida o la salud de las personas que no se encuentran tipificados como delitos por el derecho aplicable. En casos de esta índole, donde incluso la calificación de ese peligro como cubierto o no por una norma de riesgo permitido puede ser incierta, la ética profesional debe conceder un rol principal al discernimiento del abogado.

Regla 4.2 (ii)

La regla 4.2 (ii) faculta al abogado a revelar información confidencial que evita la comisión o consumación de un crimen que no pone en peligro ni atenta contra la vida, la salud o la libertad de las personas o de un simple delito que atenta contra esos bienes jurídicos. Sus fuentes se encuentran, parcialmente, en el Art. 12 CEP, la regla disciplinaria 4-101 (C) (3) MC-ABA, la regla 1.6 (b) 1 MR-ABA en su versión originaria (1983), el comentario 13 a la regla 4.01 SCC-EW, el § 6068 (e) (2) B&PC-Ca y el artículo 33 (vi) PCP. A diferencia del CEP, y siguiendo la regulación angloamericana y el proyecto peruano, la regla 4.2 (ii) sólo faculta al abogado a revelar la información en estos casos. Discrepando de sus tres fuentes, la regla restringe la autorización a los casos más graves de comportamientos delictivos no recogidos en la regla 4.1: (a) los simples delitos que atentan contra bienes jurídicos personalísimos, y (b) los crímenes.

La razón de esta discrepancia se encuentra en que la propuesta no extiende los criterios que definen la autorización al abogado para declarar en juicio recogidos en la regla 5.3 (i), que más adelante se comenta, a esta autorización al abogado para revelar información por propia decisión. Esta anticipación de la autorización para declarar en un juicio a un contexto previo con finalidades preventivas no es concluyente. Del hecho que la comunicación de la intención de cometer un acto delictivo no cuente como confidencia protegida respecto de la obligación legal de declarar -en el sentido del Art. 12 CEP- no se deduce que tampoco deba contar como confidencia protegida frente a la libertad de expresión del abogado. Dicho de otro modo, que el abogado deba revelar información confidencial para colaborar con el esclarecimiento de la verdad en un juicio respecto de un hecho pasado constitutivo de delito no implica que el abogado deba o pueda revelar esa información anticipadamente para prevenir la comisión de ese hecho.

La atribución al abogado de un rol preventivo -el de guardián de los actos de sus clientes- no es una mera consecuencia de su eventual rol posterior como testigo, sino una decisión de la ética profesional que requiere un fundamento distinto. Ese fundamento se encuentra, primariamente, en la afirmación de una responsabilidad profesional del abogado en la evitación de graves peligros para las personas. Las reglas 4.1 y 4.2 (i) responden a dicho fundamento, como asimismo la parte de la regla 4.2 (ii) que se refiere a los simples delitos contra bienes jurídicos personalísimos. Más allá de ese ámbito sólo puede justificarse la atribución al abogado de un rol preventivo respecto de hechos ilícitos que sean portadores de una gravedad comparable, a pesar de que los bienes jurídicos afectados no sean de igual jerarquía. El único criterio operativo para reconocer esa gravedad es la valoración del legislador expresada en la magnitud de la pena. Por eso la

²⁷ El caso central norteamericano es *Spaulding v. Zimmerman*, 263 MN 346 (1962), en el que el médico contratado por la compañía de seguros en un caso de accidente automovilístico detectó en la víctima un aneurisma en la aorta, verosíblemente atribuible al accidente como resultado, que dejado sin tratamiento médico ponía a la víctima en una situación de peligro para su vida.

regla 4.2 (ii) autoriza también al abogado para revelar información con el fin de evitar la comisión de crímenes.

Regla 4.2 (iii)

La regla 4.2 (iii) reproduce la regla 1.6 (b) (4) MR-ABA. Su finalidad es desinhibir la búsqueda de consejo ético por parte del abogado. Como resguardo al cliente, la propuesta exige en todo caso al abogado hacer la revelación bajo confidencialidad, en el sentido de la regla 1.2.

Regla 4.2 (iv)

La regla 4.2 (iv) cubre las situaciones de revelación de información confidencial en interés del abogado. Sus fuentes se encuentran en el artículo 12 CEP, la regla 1.6 (b) (5) MR-ABA, la regla disciplinaria 4.01 (C) (4) MC-ABA, los §§ 64, 65 RLGL-ALI, la regla 4 del capítulo 4 CPC-C, el comentario 19 a la regla 4.01 SCCEW, el § 2 (3) BORA y el artículo 33 (iv) y (v) PCP.

En la regulación comparada los casos previstos por esta autorización de la ética profesional son básicamente tres: (a) revelación necesaria para el cobro de honorarios, (b) revelación necesaria para la defensa frente a imputaciones del cliente y (c) revelación necesaria para la defensa frente a imputaciones de terceros. La autorización al abogado para revelar información en su defensa frente a imputaciones del cliente es fácil de justificar, dado que es el propio cliente quien origina la necesidad de esa revelación con su imputación o acusación. Los otros dos casos de autorización son más problemáticos.

Siguiendo la regulación comparada, la regla 4.2 (iv) faculta al abogado a revelar información confidencial del cliente para defenderse de las imputaciones o acusaciones formuladas en su contra por cualquier tercero y no sólo de otro abogado, como actualmente lo hace el Art. 12 CEP. La propuesta no advierte la razón de la actual restricción. Ciertamente, la revelación sólo procede cuando la imputación o acusación se refiere a hechos en los que el cliente tuvo participación. Así lo expresa la propia regla 4.2 (iv). Además, es evidente que la revelación debe ser estrictamente necesaria para la defensa, y que si la imputación o acusación no es atribuible al cliente el abogado debe una consideración particular a sus intereses. Así lo dispone la regla 4.4. Satisfaciéndose todas estas condiciones, la revelación se encuentra justificada incluso frente a terceros.

Siguiendo también la regulación comparada, la nueva regulación de la ética profesional debe facultar al abogado para revelar información confidencial del cliente cuando ello sea necesario para cobrar sus honorarios. Aquí pareciera encontrarse una discrepancia significativa con el Art. 12 CEP, que no contempla una autorización para estos efectos. El Colegio de Abogados ha considerado, además, que esa revelación en juicio de honorarios es constitutiva de infracción a la ética profesional²⁸. Sin embargo, la discrepancia es más bien aparente. La necesidad de esta regla deriva de la ampliación del ámbito cubierto por el deber de confidencialidad conforme a la regla 1.1. Lo que conforme al Colegio de Abogados no se encuentra autorizado por el CEP es la revelación de “hechos confidenciales” comunicados por el cliente, es decir, el ámbito restrictivamente protegido por el secreto profesional. Dado que conforme a esta propuesta el deber de confidencialidad abarca toda información relativa al cliente, es obvio que una acción de

²⁸ Fanny Pardo Valencia, op. cit., p. 78.

cobro de honorarios necesariamente requiere un cierto margen de revelación de esa información.

No obstante lo anterior, esta propuesta no contempla en el catálogo de autorizaciones de la regla 4.2 una norma que cubra expresamente este caso. La razón de ello se encuentra en la conveniencia de que esta autorización sea otorgada en el contexto de una regulación detallada del procedimiento de cobro de honorarios por parte del abogado. A juicio de los redactores de esta propuesta ese contexto corresponde a la definición de los deberes fiduciarios del abogado. La disposición aplicable a este supuesto en el contexto de la regulación del deber de confidencialidad es la cláusula de remisión de la regla 4.2 (vi).

Reglas 4.2 (v) y (vi)

Las reglas 4.2 (v) y (vi) son primordialmente cláusulas de remisión. Su presencia es usual en la regulación comparada: regla 1.6 (b) (6) MR-ABA, regla disciplinaria 4.01 (C) (2) MC-ABA, regla 1 del capítulo 4 CPC-C, comentarios 10 y 16 a la regla 4.01 SCC-EW, § 2 (3) BORA. En tanto cláusulas de remisión, su función es clarificar la relación existente entre el deber de confidencialidad y los deberes o facultades de revelar la información establecidos por otras reglas, en el sentido de que éstas últimas prevalecen en su carácter de *lex specialis*.

Además de lo anterior, la redacción de las reglas 4.2 (v) y (vi) les atribuye una función restrictiva. La regla 4.2 (v) clarifica que el abogado debe dar cumplimiento a lo dispuesto por las reglas 5.1 y 5.2 cuando revela información exigida o autorizada por normas legales. La regla 4.2 (vi) exige que las demás excepciones éticas al deber de confidencialidad sean explícitas, excluyendo así en principio la construcción de excepciones por el intérprete.

En un voto minoritario, el miembro del Grupo abogado Alvaro Anríquez considera que la regla 4.2 (v) debiera imponer al abogado que se encuentre en la situación descrita en ella el deber de revelar la información confidencial requerida por la autoridad con facultades adjudicatorias y no solamente autorizar a ese abogado a efectuar esa revelación. Lo anterior, por considerar que el abogado se debe en última instancia al Derecho y considerar también que la regla de adjudicación final que faculta a la autoridad que requiere la información forma parte del Derecho. Lo anterior es, por supuesto, sin perjuicio del deber del abogado de cumplir con los mandatos de optimización e invocación prescritos en las reglas 5.1, 5.2 y 5.4 (en su caso). En síntesis, la propuesta del voto minoritario es que el contenido de 4.2 (v) sea una segunda frase de 4.1, antecedido por el texto “El abogado también debe revelar información confidencial...”

Regla 4.3

Tal como se advirtió con ocasión de la fundamentación particular de la regla 4.1, la orientación dominante en la regulación comparada es hacer de la revelación que evita el daño a terceras personas una facultad pero no un deber del abogado. La razón de ello radica en la gran variedad de circunstancias en las que puede encontrarse el abogado en relación con su cliente, cuya adecuada ponderación requiere dejar un margen considerable

de decisión a cargo del juicio del propio abogado²⁹. De esas circunstancias, la más importante es sin duda el posible perjuicio que la revelación del abogado puede acarrear a la defensa penal del cliente. En este caso, el deber de confidencialidad del abogado se encuentra vinculado al derecho fundamental del cliente a no autoinculparse, consagrado en los tratados internacionales (Art. 8 (g) CADH, Art. 14 (g) PIDCP) y reconocido también por la legislación chilena (Art. 305 del CPP). La regla 4.3 tiene por finalidad cubrir este caso.

Para tal efecto la regla 4.3 establece como deber del abogado adoptar las medidas que se encuentren a su alcance para evitar ese perjuicio antes de efectuar la revelación. Cuáles puedan ser esas medidas no es algo que quepa decidir a la ética profesional, sino a la legislación procesal penal, la jurisprudencia y la práctica forense. Esta es una materia que dependerá, entre otras, del desarrollo futuro del ámbito posible de los acuerdos entre la defensa y el ministerio público, así como del reconocimiento judicial de inmunidades en virtud de declaraciones constitucionalmente protegidas.

Con todo, la ética profesional debe ponerse en el caso de que el derecho vigente no prevea medidas que eviten el perjuicio al cliente. La respuesta que la regla 4.3 da en esa situación es que el deber de revelar establecido en la regla 4.1 deviene en simple facultad de hacerlo. Es decir, siguiendo la orientación dominante de la regulación comparada deja a cargo del discernimiento del abogado la decisión del problema.

Finalmente, la regla 4.3 se pone en el caso de que el abogado que ha recibido la información confidencial no sea el abogado encargado de la defensa penal del cliente. Dado que este último es el abogado que se encuentra en mejor posición para adoptar las medidas antedichas, la regla dispone como deber del primero revelar la información al abogado defensor.

Regla 4.4

La regla 4.4 establece tres estándares restrictivos del ámbito justificado de la revelación de información confidencial. Esta regla corresponde en general a las exigencias del Art. 12 CEP, en el sentido de que la revelación debe “mirar directamente” a la defensa del abogado y que debe ser “necesaria” para la evitación del hecho. En cuanto a la exigencia de necesidad, la restricción se encuentra extendida en la regulación comparada: comentario 14 a la regla 1.6 (b) MR-ABA, §§ 64, 65 y 66 (2) RLGL-ALI, regla 2 del capítulo 4 CPC-C, comentario 13 a la regla 4.01 SCC-EW, § 2 (3) BORA, artículo 33 (iii), (iv) y (v) PCP.

El primer estándar establecido por la regla es el de necesidad, prohibiendo el exceso específicamente en relación al posible contenido de la revelación. No se trata de un estándar de necesidad comparativa entre la revelación y otros medios disponibles, sino de un estándar interno referido al margen de información cuya revelación se encuentra justificada por la ética profesional. En tanto estándar de necesidad, se entiende que incluye implícitamente una exigencia de idoneidad: sólo se encuentra autorizada la revelación de información que por su sentido y contexto puede ser funcional al logro del fin que la justifica.

El segundo estándar impone una exigencia estricta de subsidiariedad, propia de la institución del estado de necesidad justificante (Art. 10 N° 7 circ. 2ª CP). Disponiendo de

²⁹ El caso extremo de esta orientación se encuentra en el Art. 5° 8 CD-E, que deja “los casos excepcionales de suma gravedad” en una total indeterminación normativa desde el punto de vista de la ética profesional del abogado.

medios menos perjudiciales para el cliente para el logro del fin en cuestión, el abogado debe preferirlos. Esta exigencia asume que por regla general el abogado no se encontrará respecto de su cliente en el caso extremo de legítima defensa propia o de terceros; en tal caso extremo, la exigencia debe interpretarse en el sentido de que la revelación sea un medio racionalmente necesario (Art. 10 N° 4 circ. 2ª CP).

El tercer y último estándar es aplicable a los casos en que no es atribuible al cliente el peligro que el abogado intenta evitar con la revelación o las imputaciones de las que se defiende con ella. En estos casos la revelación de información confidencial debida al cliente hace de éste un tercero ajeno al peligro que se evita sin embargo con sacrificio de sus intereses. Para estos casos se requiere un estándar más estricto que el de la necesidad, como es el de la ponderación de intereses, que sólo justifica la revelación cuando ésta representa un mal menor que el evitado con ella (preponderancia del bien de protección sobre el bien de afectación). En el juicio de ponderación del abogado deberían valer los siguientes criterios generales:

(i) la comisión o consumación de un crimen contra bienes jurídicos personalísimos es siempre un mal mayor que la revelación de la información confidencial, en el sentido de la regla 4.1;

(ii) un serio peligro de muerte o grave daño corporal para una o más personas es por regla general un mal mayor que la revelación de la información confidencial, para la aplicación de la regla 4.2 (i);

(iii) la comisión o consumación de otra clase de crímenes o de simples delitos contra bienes jurídicos personalísimos es por regla general un mal mayor que la revelación de la información confidencial, para la aplicación de la regla 4.2 (ii);

(iv) una condena a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo y la imposición de una sanción que implique al abogado privación del ejercicio de su profesión es siempre un mal mayor que la revelación de la información confidencial, para la aplicación de la regla 4.2 (iv);

(v) otra clase de pena o sanción es, por regla general, un mal mayor que la revelación de la información confidencial, para la aplicación de la regla 4.2 (iv).

Regla 4.5

En la regulación comparada no es inusual encontrar una directriz para el abogado en el sentido de usar preferentemente medios disuasivos dirigidos al cliente antes de revelar la información confidencial (comentario 14 a la regla 1.6 (b) MR-ABA, artículo 33 (vi) PCP). La propuesta entiende que esa directriz se encuentra suficientemente afirmada en las exigencias establecidas en la regla 4.4. La regla 4.5 cumple otra función en relación con el uso de la advertencia de revelación como medida disuasiva dirigida al cliente.

Esta regla restringe la legitimidad de su uso mediante una exigencia de estricta conexión con el fin legítimamente perseguible mediante la revelación. Las advertencias de revelaciones que por sí mismas no serían medios racionalmente necesarios para la evitación del hecho o el desempeño satisfactorio de la defensa frente a imputaciones, lejos de representar el uso de un medio menos lesivo que la revelación, constituyen un caso de coacción mediante amenazas inadmisibles para la ética profesional.

Regla 4.6

La regla 4.6 se inspira en el artículo 32 PCP. Ella autoriza al abogado a tematizar públicamente o al menos de manera no confidencial en el sentido de la regla 1.2 casos en los cuales haya intervenido profesionalmente. Las exigencias que el abogado debe cumplir para que su exposición no infrinja la ética profesional son de dos órdenes. Por una parte, su exposición debe justificarse en la persecución de un interés preponderante vinculado al desarrollo de la profesión o de las disciplinas jurídicas interesadas en el caso. Por otra parte, debe cuidar de que la tematización de los hechos sea efectuada de modo lo suficientemente abstracto como para evitar la identificación del caso concreto y en particular del cliente involucrado.

Regla 5.1

La premisa de las reglas 5.1 y 5.2 se encuentra en la regla 4.2 (v): el abogado que es destinatario de un deber legal de informar o declarar se encuentra autorizado por la ética profesional para cumplir con ese deber. Ello, siempre que en el cumplimiento de ese deber el abogado observe el cuidado debido a la confidencialidad del cliente. La regla 5.1 establece el primero de los dos deberes básicos que definen ese cuidado. Se trata de un mandato de optimización: si es posible cumplir con el deber sin poner en peligro la confidencialidad debida al cliente el abogado debe optar por ese modo de cumplimiento. Si ello no es posible, se está en la situación cubierta por la regla 5.2.

La exigibilidad de los deberes impuestos por las reglas 5.1 y 5.2 se intensifica mientras mayor sea la relevancia atribuible a la revelación requerida por la ley o la autoridad desde el punto de vista del ejercicio de la profesión, la protección de los derechos del cliente como parte en algún procedimiento ante un tribunal u otra autoridad con competencia para adjudicar y el correcto funcionamiento de la administración de justicia.

En la regulación comparada es usual encontrar una exigencia de estricta necesidad de la revelación efectuada por el abogado en cumplimiento de un deber legal o judicial de informar o declarar: comentario 14 a regla 1.6 MR-ABA, comentario 11 a la regla 1 del capítulo 4 CPC-C, comentario 10 a la regla 4.01 SCC-EW. Esa exigencia ya se encuentra formulada por la regla 4.4, aplicable a estos casos en virtud de la regla 4.2 (v). No hay necesidad de reproducirla en este contexto.

Regla 5.2.

Siguiendo la terminología del Art. 10 CEP, la regla 5.2 denomina al deber que establece como “deber de guardar el secreto profesional”. Su contenido es sin embargo precisado de un modo diverso. El Art. 10 CEP impone al abogado citado a declarar como testigo el deber ético de negarse a declarar si con ello violaría el secreto profesional o se expondría a hacerlo. Esta regla sólo tiene sentido si se asume que el margen del deber ético de confidencialidad es idéntico al margen del privilegio o exención legal. Cuando, por el contrario, la ética profesional adopta un punto de vista autónomo para afirmar un deber amplio de confidencialidad, el deber ético al enfrentar un requerimiento de la autoridad sólo puede consistir en invocar las reglas legales que lo eximan de ello. Por eso, en el contexto de las reglas que se propone, el deber de guardar el secreto profesional corresponde a un mandato de invocación de la exención que la legislación ofrezca al abogado en razón de su condición profesional. Esa es la definición dominante en la

regulación comparada: comentario 13 a la regla 1.6 MR-ABA, §§ 63 y 86 (1) (b) RLGL-ALI, comentario 11 a la regla 1 del capítulo 4 CPC-C, comentarios 10-12 a la regla 4.01 SCC-EW.

El cumplimiento satisfactorio del deber de invocación de la exención legal comprende varias exigencias, expresadas con cierto detalle en la regla 5.2. Con esta enumeración no se entiende agotado el posible contenido del deber de guardar el secreto profesional; su función consiste en orientar con mayor precisión al abogado acerca del alcance del deber.

(i) La regla 5.2-(i) establece un deber de interpretación de la legislación favorable al secreto profesional. Esto exige interpretar extensivamente los términos que consagran la exención legal. Se trata de una regla de interpretación que debe aplicarse en conjunto con los demás cánones de interpretación reconocidos por el derecho. El abogado no está obligado por la ética a defender una interpretación que no sea plausible conforme a todas las reglas de interpretación aplicables.

(ii) La regla 5.2-(ii) establece una prerrogativa de calificación de los hechos para el abogado. Esta regla se encuentra actualmente establecida por el Art. 10 CEP: “debe el letrado (...) con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello”. Como es obvio, la premisa de esta regla consiste en que no haya controversia acerca de la exención legal en abstracto, es decir, acerca del alcance de la norma legal que la consagra, sino exclusivamente acerca de la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho previsto por esa norma. La razón de otorgar al abogado una prerrogativa de calificación de su situación se encuentra en evitar que con ocasión de la justificación de esa calificación tenga que revelar el secreto profesional. Así lo expresa la regla en cuestión.

(iii) La regla 5.2-(iii) reitera lo indicado en la regla 3.2, conforme a la cual el abogado informado por terceros de haber sido liberado por su cliente del deber de confidencialidad debe cerciorarse de ese hecho previo a revelar la información. Se trata de una reiteración justificada porque, en este contexto, la satisfacción de ese deber exige solicitar a la autoridad la realización de las actuaciones necesarias a tal efecto. La regla aclara que sin dar cumplimiento al deber de cerciorarse, el abogado sigue bajo confidencialidad desde el punto de vista de la ética profesional.

(iv) Finalmente, la regla 5.2-(iv) dispone que el abogado debe realizar las actuaciones que se encuentren a su alcance para impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar cuando la ley lo exime de ello. La ética profesional no exige al abogado usar todos los medios procesales de impugnación imaginables. La expresión “que estén a su alcance” contextualiza la exigencia, haciéndola dependiente del marco procedimental en que se encuentre el abogado y principalmente del ámbito de servicios profesionales abarcados por su contrato con el cliente. En caso que existan instancias de impugnación tendientes a guardar el secreto profesional que no estén comprendidas en los servicios para las cuales el abogado fue contratado, éste tiene el deber de informar al cliente de su existencia. Este deber será tratado a propósito del deber de información al cliente.

Como consecuencia extrema de este deber de guardar el secreto profesional, durante la redacción de esta propuesta se discutió la procedencia de incluir una regla que declarara éticamente irreprochable la desobediencia a la autoridad en que incurre el abogado que se niega a informar o a declarar en cumplimiento de su deber de guardar el secreto profesional. La negativa del abogado debería en todo caso encontrarse fundada en el derecho aplicable al caso. No bastaría, por lo tanto, con que el abogado invocara el

deber de confidencialidad que le impone la regla 1.1. El abogado tendría que alegar plausiblemente que la legislación aplicable al caso lo exime del deber de informar o declarar. En otras palabras, la regla supondría un desacuerdo entre el abogado y la autoridad relativo a la institución legal del secreto profesional.

La inclusión de esta regla no suscitó consenso entre los redactores de esta propuesta. Por una parte, se la rechazó categóricamente por considerar inadmisibles una exhortación de la ética profesional del abogado a desconocer la competencia de los tribunales como autoridad final de adjudicación dentro del sistema jurídico. La opinión contraria discrepó de la atribución de ese sentido a la regla en cuestión. Conforme a su punto de vista, la regla no pretende ofrecer una causa de justificación al abogado que incurre en desobediencia a la autoridad ni exhortarlo en tal sentido, sino simplemente afirmar que la defensa por el abogado del secreto profesional aun bajo el riesgo de ser calificada como un acto ilícito y sufrir las consecuencias jurídicas perjudiciales que esa calificación acarrea, no es merecedora de reproche ético cuando se encuentra plausiblemente fundada en la ley.

En definitiva, la propuesta desistió de incluir una regla de desobediencia en consideración a la eventual adopción del trabajo de regulación efectuado por el Colegio de Abogados por un futuro código de ética para todos los abogados del país, validado por un decreto supremo. La regla de desobediencia tiene sentido como declaración de solidaridad de una corporación profesional con aquel de sus miembros que se encuentra ante un dilema moral. Pero no parece aceptable que una norma autorizada por un poder del Estado solidarice con un profesional que infringe la orden de un tribunal.

Regla 5.3

La regla 5.3 establece respecto de dos casos una autorización ética para el abogado citado a declarar como testigo, calificando como éticamente justificada la revelación de información confidencial. Esta es la regla de la propuesta que ha generado más controversia entre sus redactores. Para exponerla del modo más claro posible, el comentario a esta regla se dividirá en las siguientes secciones: (a) consideraciones generales, (b) consideraciones relativas a la regla 5.3 (i), (c) consideraciones relativas a la regla 5.3 (ii), (d) propuestas alternativas de regulación.

(a) **En general.** En principio, es claro que la inclusión de la regla 5.3 resulta inconsistente con el planteamiento general de la propuesta. Si la tesis básica consiste en renunciar a la pretensión de determinar desde la regulación de la ética profesional el ámbito protegido por la institución legal del secreto profesional, resulta inconsistente que con esta regla se pretenda determinar parcialmente el ámbito no protegido por esa institución. Así planteada, la inconsistencia es indelible.

No obstante, en defensa de la regla, cabe señalar en primer lugar que la formulación de la regla 5.3 en ningún caso afirma una pretensión de producir efectos normativos en el nivel de referencia legal. La regla sólo declara éticamente autorizados dos casos de revelación efectuada por el abogado declarando como testigo. Cuáles sean las consecuencias legales atribuibles a esa declaración eso es algo que la regulación de la ética profesional no se encuentra en condiciones de definir. La regla tampoco exige al abogado efectuar esa declaración. Simplemente lo exime de responsabilidad por un eventual cargo por infracción a la ética profesional. La decisión que adopte el abogado en esa situación

queda por lo tanto entregada a su discernimiento acerca del derecho aplicable, sin que su caso se encuentre cubierto por las reglas 5.1 y 5.2.

En contra de la inclusión de la regla, cabe señalar que la observación anterior salva el problema de la inconsistencia, pero puede razonablemente sostenerse que a costa de generar un problema más grave: se trataría de una regla ética que desorienta al abogado en relación con la legislación: lo exime de responsabilidad ética pero pareciera no proveerlo de una razón que le permita justificar su revelación frente a una imputación de responsabilidad civil o penal por violación de secreto profesional. No obstante, en defensa de la regla, esta objeción puede ser razonablemente refutada tomando en consideración que el fundamento de la regla no es ajeno a los fundamentos de la institución legal del secreto profesional, por lo que siempre está abierta al abogado la posibilidad de interpretar la legislación en un sentido congruente con la regla, ya sea para configurar una causa de justificación o para restringir el alcance de la exención al deber de declarar como testigo. En el caso de la regla 5.3-(i) se trata de una consideración de falta de merecimiento de protección por abuso del cliente y en el caso 5.3-(ii) se trata de una consideración de ponderación.

Con todo, no puede negarse el carácter anómalo de la regla en el contexto de la propuesta. La razón que justifica esta anomalía, como se expuso en la fundamentación del párrafo 5, radica en el aprovechamiento de esta oportunidad para efectuar una contribución al desarrollo de un tratamiento más diferenciado de la institución del secreto profesional en la cultura jurídica chilena. Si se considerara que ese es un propósito ajeno a los fines de una propuesta de regulación de la ética profesional del abogado, esta regla debería ser eliminada.

Las dos situaciones comprendidas por la regla 5.3 han sido definidas por la propuesta tomando en consideración la discusión acerca de las excepciones reconocidas en el derecho angloamericano al privilegio abogado-cliente. La primera de ellas corresponde a una reconocida excepción a ese privilegio, que no es del todo ajena a la actual regulación de la ética profesional chilena. La segunda no tiene un respaldo institucional equivalente, pero es considerada por los redactores de esta propuesta como una excepción al secreto profesional incluso menos problemática que la anterior.

Las reglas 5.3 (i) y (ii) no agotan el campo de las excepciones reconocidas en el derecho angloamericano al privilegio abogado-cliente. Las demás excepciones, sin embargo, se basan en consideraciones acerca de la titularidad del privilegio, como el principio de que entre cotitulares algunos no pueden invocarlo en perjuicio de otros, o el principio de que el agente fiduciario no puede invocar en perjuicio del beneficiario el secreto relativo a los servicios prestados a él por el abogado en relación con la gestión del negocio fiduciario. Estos principios, aplicables a la producción de prueba entre los sucesores legales del cliente fallecido o a disputas entre accionistas y encargados de la dirección de una sociedad anónima, no responden primariamente a consideraciones generales de ponderación de intereses sino a las definiciones jurídicas que son constitutivas de la institución del secreto profesional. Por tal razón, esta propuesta se abstiene de introducir reglas de esta índole. Su desarrollo no puede efectuarse razonablemente al margen del derecho procesal y de las ramas del derecho sustantivo involucradas.

(b) Regla 5.3 (i). El Art. 12 CEP declara que “cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el

secreto profesional”. De este principio, el mismo artículo deduce luego un deber para el abogado de hacer las revelaciones necesarias para evitar ese delito. Pero el principio produce su efecto institucional directo autorizando al abogado para revelar esa información como testigo en juicio: “tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional”. Esta regla proviene del canon 37 de la ABA de 1928, que en esta parte es tributario de la excepción del crimen o fraude del cliente, largamente reconocida y desarrollada por el derecho angloamericano³⁰. Tal como se la encuentra actualmente formulada en el *Restatement of the Law Governing Lawyers* del American Law Institute (RLGL-ALI), la excepción comprende dos casos: (i) el caso en que la comunicación del cliente tiene lugar con ocasión de una consulta del cliente efectuada con el propósito, posteriormente realizado, de obtener asistencia para cometer un crimen o fraude o auxiliar a un tercero en su comisión, (ii) el caso en que la comunicación tiene lugar con ocasión del uso por parte del cliente del consejo o de otros servicios del abogado para la comisión o auxilio de un crimen o fraude, independientemente del propósito del cliente al momento de la consulta³¹.

La regla 5.3 (i) se refiere al segundo caso recién mencionado. Dado que el segundo caso comprende al primero, y que la razón de la excepción se encuentra en que el privilegio del abogado sólo protege el uso conforme a derecho de la información que el abogado provee al cliente, la regulación del primer caso resulta redundante y eventualmente injustificada. El cliente que sin conocer el derecho revela de buena fe una intención que desde el punto de vista del derecho ha de calificarse como delictiva y advertido de ello por el abogado desiste de usar sus servicios no se encuentra respecto de ese abogado en la misma situación del cliente que utiliza de mala fe la información brindada por el abogado para planificar la comisión del acto ilícito. Exponer al primer cliente a una excepción al deber de guardar el secreto afectaría la desinhibición de la relación abogado-cliente que la institución del secreto profesional pretende asegurar. Otorgar al segundo cliente la misma protección afectaría la legitimidad de la institución del secreto profesional. Por otra parte, las excepciones al deber de confidencialidad consagradas en casos semejantes por las reglas 4.1 y 4.2 (ii) se explican por razones preventivas, que no son extensibles a consideraciones punitivas.

La expresión “crimen o fraude” es traducción literal de la fórmula inglesa respectiva (“*crime or fraud*”) pero entre nosotros no tiene el mismo significado en lo que respecta al primer término y carece de sentido jurídico preciso en lo que respecta al segundo término. Por tal razón, asumiendo que los actos fraudulentos más graves son punibles, la regla 5.3 (i) usa las expresiones “comisión de un crimen o simple delito”. Con ello precisa además el ámbito objetivo actualmente cubierto por la regla del Art. 12 CEP, en el sentido de excluir las faltas.

La regla 5.3 (i) extiende esta autorización ética más allá del ámbito de los hechos punibles, incluyendo el caso del cliente que haya usado los servicios profesionales del abogado para la realización de otros hechos ilícitos de gravedad comparable. Esta es otra decisión extremadamente controvertida³². En principio, es indesmentible que cuando se rebasa el umbral de la punibilidad se priva de relevancia la decisión del legislador para la

³⁰ Edna Selan Epstein, op. cit., I, p. 670 s.

³¹ § 82 (a) RLGL-ALI

³² Durante la elaboración de la propuesta previa a su presentación a la Comisión de Ética, se discutió esta extensión, pero se la abandonó, optándose por la formulación restringida a crímenes y simples delitos. La observación del abogado Sebastián Castro, miembro de la Comisión, reabrió el debate, produciéndose una disparidad de opiniones que no pudo resolverse por mayoría.

calificación de la gravedad de la ilicitud y se pierde un criterio de delimitación fácilmente aplicable sin que exista otro igualmente operativo que pueda sustituirlo. Además, una consideración de prudencia aconseja mantener un margen de coincidencia con la actual regulación ética, que sólo se refiere a comportamientos delictivos (Art. 12 CEP). Todas estas son razones de peso para excluir esta ampliación. No obstante, en su favor cabe señalar, en primer lugar, que dada la tendencia del legislador chileno a prescindir de la pena en la regulación de importantes ámbitos de la actividad económica (el derecho de la competencia y el derecho del medio ambiente son casos paradigmáticos), es cuestionable que la punibilidad represente hoy en día el mejor criterio de valoración de la gravedad del ilícito desde el punto de la decisión legislativa. Las razones que toma en consideración el legislador para declarar punible o administrativamente sancionable un comportamiento no se reducen a la valoración del mismo como más o menos grave. Existe, sin duda, una diferencia central asociada a la distinción entre la pena y las demás sanciones y que es de la mayor importancia para la regla 5.3 (i): sólo respecto de la primera existe un interés público de esclarecimiento expresado en el procedimiento de investigación que es propio del proceso penal. Ese es el interés que, unido al interés del abogado a evitar verse asociado a un crimen o simple delito, justifica la exención de responsabilidad ética para el abogado que contribuye al esclarecimiento de los hechos. De aquí que la propuesta incluya como criterio delimitador del ámbito del derecho administrativo sancionador al que se extiende esta exención el que la ley no sólo sancione el comportamiento sino que lo “ordene investigar”. Esta expresión debe entenderse en el sentido de que la legislación haya configurado un procedimiento para el esclarecimiento del hecho tal que exista un órgano público que tenga el deber de investigarlo, ya sea para sancionarlo o formular cargos.

En contra de la regla 5.3 (i), incluso en su formulación restringida a la revelación de antecedentes relacionados con la comisión de crímenes o simples delito, cabe formular razones de peso. La objeción mas grave, sin duda, se encuentra en que el testimonio del abogado es requerido en juicio precisamente para probar el hecho cuyo acaecimiento justifica la autorización ética para prestar dicho testimonio. Tratándose de hechos constitutivos de delito, lo anterior significa que el testimonio del abogado es requerido cuando el cliente todavía se encuentra beneficiado con la presunción de inocencia, pero el abogado se entiende autorizado precisamente si asume que el cliente ha cometido el hecho que se le imputa. No obstante, la dificultad se resuelve si se distingue el estándar de evidencia requerido por la regla ética para eximir de deber de confidencialidad al abogado del estándar de evidencia requerido por la ley para justificar la condena, siendo obviamente menor el primero que el segundo. De aquí que la declaración del abogado no pueda contar como prueba indirecta de que el cliente ha cometido el hecho sobre el cual recae la declaración. En todo caso, vale la pena reiterar que el estándar de evidencia de la regla ética exige razonabilidad, excluyéndose con eso conjeturas infundadas.

Aun salvándose la objeción anterior, cabe observar también en contra de la regla 5.3 (i) que su inclusión crea un riesgo de abuso por parte de los órganos investigadores y de descrédito de la profesión de abogado por la delación de los clientes. Sostienen los miembros del Grupo que rechazan incluir esta regla que, en el supuesto de hecho de la misma, el abogado se encuentra amparado por dos instituciones que lo eximen de declarar, pues, si es considerado como tercero ajeno al hecho investigado está cubierto por el secreto profesional y si es considerado como partícipe dispone del derecho a no autoinculparse. La inclusión de la regla sugeriría el reconocimiento de una situación en que no hay deber de guardar el secreto profesional ni derecho a no declarar en perjuicio

propio, sino deber de declarar como testigo, dejando en consecuencia al abogado en posición de delator forzoso de su cliente. A favor de la regla, no obstante, cabe señalar que desde el punto de vista de las reglas de la ética profesional el riesgo de abuso queda suficientemente neutralizado por la prerrogativa de calificación reconocida por la regla 5.2-(ii): el abogado no tiene por qué dar razones acerca de la consideración de su situación como no comprendida, en lo que interesa aquí, por la regla 5.3 (i) si con ello revelaría el secreto que debe guardar.

Por otra parte, la regla no convierte al abogado en delator de sus clientes sino frente a requerimiento judicial y en casos justificados. En efecto, la exoneración de responsabilidad ética por cumplir un deber legal de declarar como testigo sin ampararse en el secreto profesional procede sólo respecto de clientes que han abusado de sus servicios, usándolos para infringir las normas de comportamiento más importantes de la comunidad, esto es, de clientes cuyo interés no es merecedor del privilegio del secreto profesional, atendidos los fundamentos de la propia institución legal. Finalmente, la ausencia de esta regla, lejos de beneficiar la posición del abogado, aumenta el dilema al que se enfrenta cuando se da el supuesto de la misma: o incrementa el riesgo de ser imputado por coautoría o complicidad con su cliente y de asociar su nombre a una situación infraccional grave, si calla, o corre el riesgo de ser acusado por violación de secreto profesional, si revela. La regla ofrece al abogado una salida a ese dilema en el nivel de la ética profesional, quedando a su cargo el reconocimiento de esta alternativa ética en el nivel de la legislación³³. La regla sugiere, tal vez, un derrotero interpretativo razonable a la autoridad adjudicatoria llamada a resolver la cuestión. En esta última posibilidad se encuentra una justificación adicional para su incorporación.

(c) **5.3 (ii).** La regla 5.3 (ii) se refiere a un caso completamente distinto, cual es la revelación póstuma de información confidencial con la finalidad de evitar la condena de un inocente. Conforme a la información tenida a la vista con ocasión de la redacción de esta propuesta, a diferencia de la regla anterior, no puede decirse de esta regla que corresponda a una norma establecida como parte del derecho vigente en el ámbito angloamericano. No obstante, se trata de una regla cuyo reconocimiento es considerado como justificado por un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia. Su defensa más conspicua se encuentra en el voto disidente de la juez O'Connor en *Swidler & Berlin v. United States* 524 U.S. 399, 411-416 (1998), cuyos argumentos son compartidos por esta propuesta:

“Concuerdo con que el cliente fallecido puede mantener un interés personal, económico y de reputación en la confidencialidad. Pero después de la muerte, ha disminuido considerablemente el margen en que la revelación pueda dañar los intereses del cliente y el riesgo de que el cliente pueda ser hecho criminalmente responsable ha desaparecido por completo. (...) [L]os costos de reconocer un privilegio póstumo absoluto pueden resultar excesivamente altos. (...) Una injusticia extrema puede darse, por ejemplo,

³³ No está de más resaltar la congruencia de esta reformulación de la regla del Art. 12 CEP con el resto de las reglas éticas relativas a la comisión de hechos punibles por el cliente. En conjunto con el deber de honradez (Art. 3º CEP), las reglas 4.1, 4.2 (ii) y 5.3 (i) definen éticamente la posición del abogado respecto de los crímenes y simples delitos cometidos por su cliente: el abogado (a) debe abstenerse de prestar servicios que favorezcan su comisión, (b) debe revelar la información que evita la comisión o consumación de crímenes que atentan contra las personas, (c) puede revelarla para evitar la comisión o consumación de otros crímenes, o de simples delitos que atentan contra las personas, y (d) no infringe la ética profesional si declarando como testigo revela la información confidencial del cliente que utilizó sus servicios para la comisión de crímenes o simples delitos.

allí donde un defensor penal busca la revelación de la confesión del delito por un cliente fallecido. (...) Desde mi punto de vista, el valor supremo que nuestro sistema de justicia penal atribuye en la protección de un acusado inocente debería prevalecer sobre el interés de un cliente fallecido en preservar sus confidencias”.³⁴

No está de más insistir en que la finalidad que justifica esta regla es exclusivamente absolutoria: el fin preponderante que justifica la revelación de información confidencial es únicamente la evitación de la condena del inocente.

(d) Propuestas de regulación. El carácter controvertido de la regla 5.3 impide ofrecer una sola propuesta de regulación. En términos de menores a mayores consecuencias prácticas para el ejercicio de la profesión, las propuestas alternativas pueden ordenarse del siguiente modo:

- prescindir por completo de la regla en cuestión, por ser ajena al contexto de la regulación ética profesional del abogado;
- aprobar sólo la regla 5.3 (ii), en atención a que no genera los problemas que afectan a la otra regla;
- aprobar también la regla 5.3 (i), pero sólo en su versión restringida a crímenes y simples delitos;
- aprobar ambas reglas, en la versión ofrecida en la propuesta.

Regla 5.4

La regla 5.4 cumple dos funciones. En primer lugar, extiende las reglas del párrafo 5 a los casos en que el abogado se encuentre sujeto a un deber legal o judicial de exhibir soportes materiales que contienen información confidencial, o bien de manifestar o entregar dichos soportes o de tolerar su registro o incautación por la autoridad. En este punto, la regla es una consecuencia de la regla 1.1 (i), que equipara el deber de abstenerse de entregar, exhibir o facilitar esa información al deber de abstenerse de revelarla. En la regulación comparada su similar se encuentra en los comentarios 16 y 17 a la regla 4.01 SCC-EW. La segunda función de la regla 5.4 es extender este deber también a la información confidencial elaborada por el abogado y que se encuentra en poder del cliente. Naturalmente, la plena eficacia de la extensión del secreto profesional a la documentación elaborada por el abogado (en el sentido de la doctrina del *work product*) que se encuentra fuera de su esfera de custodia dependerá en definitiva de su reconocimiento por la jurisprudencia en virtud de una interpretación de la legislación. La ética profesional simplemente exige al abogado instar por ese reconocimiento institucional, conforme a la regla 5.2.

Regla 6

En el texto de la Propuesta Original, la regla 1.2 incluía (aunque no se limitaba a) el deber de confidencialidad del abogado para con el abogado de otra parte, estableciendo las condiciones de surgimiento de ese deber y, de un modo más vago, su intensidad. Sus fuentes se encontraban en el Art. 11 CEP y el Art. 5º N°2 CD-E.

La presente Propuesta Definitiva considera que el deber de confidencialidad que puede tener un abogado para con el abogado de otra parte es de una intensidad atenuada

³⁴ Citado según el texto disponible en <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/97-1192P.ZD>.

en comparación con el deber de confidencialidad del abogado para con su cliente. Hemos trasladado las reglas sobre deber de confidencialidad con el abogado de otra parte al final de esta propuesta regulatoria precisamente para que el carácter omnicomprendivo del deber de confidencialidad con el cliente y, en general, las altas exigencias impuestas a quienes se encuentran afectos a ese deber, no sean, sin más, aplicables al deber de confidencialidad con el abogado de otra parte. Entre las razones que el Grupo tuvo a la vista para considerar este último deber como uno de menor rango y regularlo en consecuencia, cabe destacar:

(a) El fundamento invocado para afirmar un deber general de confidencialidad no es extensible a la relación entre abogados que representan contrapartes: el abogado de una parte no es un agente fiduciario del abogado de la contraparte.

(b) En la misma línea, es altamente dudoso que los principios subyacentes al deber de confidencialidad para con el abogado de la contraparte tengan la fuerza suficiente para justificar el carácter excepcionalísimo de las revelaciones no consentidas (parágrafos 4 y 5.3), los altos estándares de comportamiento exigidos a los abogados que se enfrenten a un requerimiento de autoridad competente para declarar o entregar información o documentos (resto del párrafo 5) o la prevalencia del deber de confidencialidad por sobre deberes fiduciarios a favor del cliente cuyo interés es contrapuesto al del cliente del abogado que entregó la información bajo confidencialidad (párrafo 2).

(c) De existir un deber de confidencialidad de alta intensidad para con el abogado de la contraria, nos encontraríamos con que la información cubierta por dicho deber sería objeto de dos deberes de confidencialidad yuxtapuestos: uno, a favor del cliente, en virtud de la regla omnicomprendiva de 1.1 y otro, a favor del abogado de la contraparte. Lo anterior puede tener importancia en varios escenarios de revelación no consentida que pueden darse respecto del beneficiario de uno de los deberes de confidencialidad pero no respecto del otro.

(d) Aceptar un deber de confidencialidad de alta intensidad para con el abogado de la contraparte conlleva el surgimiento de un conflicto de interés que puede hacer imposible que el abogado continúe la representación de su cliente.

(e) El tema no es pacífico en la regulación comparada. Mientras para la regulación anglonorteamericana el abogado se debe exclusivamente a su cliente en cuanto a confidencialidad, para algunas legislaciones de Europa continental es importante afirmar la independencia del abogado incluso frente a su cliente, vinculando a confidencialidad no sólo a la relación fiduciaria con éste sino a la integridad de la profesión.³⁵

³⁵ Ver, por ejemplo, CD-E, artículo 5, números 2 a 4; Maya Goldstein Bolocan (ed.), *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, CCEELI Concept Papers Series, July 8th 2002, p. 35-36.