



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y ALCANCES DEL SECRETO

PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL DERECHO CHILENO.

Análisis a partir de su regulación en la legislación procesal penal

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MASSIEL MARITZA GUAJARDO PACHECO

Profesor Guía:
Paulino Varas Alfonso

Santiago de Chile

2017

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	2
ABREVIATURAS	7
RESUMEN	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE COMO RELACIÓN FIDUCIARIA	15
1. BREVE ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE	15
1.1 La abogacía como profesión liberal	15
1.2 Los sujetos de la relación abogado-cliente	16
1.2.2 La noción de abogado	16
1.2.3 La noción de cliente	19
1.3 El objeto de la relación	21
2. EL ROL DE LA CONFIANZA. ANÁLISIS DEL CARÁCTER FIDUCIARIO DE LA RELACIÓN	15
3. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER FIDUCIARIO DE LA RELACIÓN	22
3.1 Derecho a la libertad de elección.....	22
3.2 Deberes y derechos que surgen de la relación entre el abogado y su cliente. Sobre el deber de confidencialidad del abogado hacia el cliente	24
3.3 Extinción o término de la relación	25

CAPÍTULO II: EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL DERECHO CHILENO	26
1. A MODO DE INTRODUCCIÓN	26
2. EL CONCEPTO DE SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	27
2.1 Noción de secreto profesional.....	27
2.2 Clases de secreto y de secreto profesional	30
2.3 Secreto profesional de los abogados.....	31
3. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y SU REGULACION LEGAL	32
3.1 Exención a la obligación de declarar en juicio en razón del secreto profesional en el Código de Procedimiento Civil	33
3.2 Exención a la obligación de declarar en juicio en razón del secreto profesional en el Código Procesal Penal	34
4. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LOS ABOGADOS (ARTS. 60 A 64)	35
4.1 La nueva regulación en materias de confidencialidad y secreto profesional. Distinción entre el deber de confidencialidad y la obligación de guardar el secreto profesional por parte del abogado	35
4.2 El Deber de confidencialidad del abogado	37
4.3 El deber de cautelar el secreto profesional en la normativa ética.....	40
4.4 Excepciones al secreto profesional	41
4.5 Extensión del derecho al secreto profesional a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial.....	42
5. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL DERECHO COMPARADO	42
5.1 Derecho Español	42

5.2 Derecho Angloamericano	44
5.3 Derecho Portugués.....	46
CAPITULO III: EL DERECHO FUNDAMENTAL A DEFENSA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD COMO FUNDAMENTOS DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	49
1.LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS, DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	49
2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y SECRETO.....	52
3. DERECHO A LA INTIMIDAD COMO FUNDAMENTO DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	56
4. EL DERECHO DE DEFENSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	61
4.1 El derecho de defensa como derecho fundamental. Concepto y manifestaciones.....	61
4.2 Contenido del derecho a defensa	66
4.3 El derecho a la defensa y el debido proceso	69
5. EL DERECHO A LA DEFENSA Y EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO	72
CAPITULO IV: ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL POR EL ABOGADO A PARTIR DE SU REGULACIÓN PROCESAL PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DEL ABOGADO DEFENSOR.....	76
1. LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL EN LA LEY PROCESAL PENAL.....	76
2. LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL POR PARTE DEL ABOGADO DEFENSOR.....	78
2.1 La relación abogado-cliente en el proceso penal.....	78

2.2 La obligación de guardar el secreto profesional por el abogado defensor penal público	80
2.3 La obligación de guardar el secreto profesional por el abogado defensor privado.....	82
2.4 Los bienes jurídicos y derechos involucrados	83
2.5 Extensión de la protección del secreto profesional al estudio jurídico u oficina del abogado.....	83
2.5.1 Procedencia de la orden de entrada y registro de la oficina del abogado.....	84
2.5.2 Procedencia de la incautación de objetos y documentos existentes en la oficina del abogado.....	88
2.6 Extensión de la protección a los trabajadores, otros abogados del estudio, dependientes, etc.....	93
3. DELIMITACIÓN EN CUANTO AL OBJETO. EL ÁMBITO DE INFORMACIÓN CUBIERTA POR EL SECRETO PROFESIONAL.....	94
4. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE EL ABOGADO DEFENSOR Y EL IMPUTADO Y SU VINCULACIÓN CON EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.....	98
4.1 El imputado tiene derecho a comunicarse libremente y en forma privada con su abogado defensor	98
4.2 Caso del imputado en libertad	104
4.3 Caso del imputado que se encuentra privado de libertad o sujeto a alguna medida de incomunicación	106
5. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL PROCESO PENAL.....	109
5.1 Cuestiones previas. Limitaciones a la prueba en el proceso penal	109

5.2 Efectos probatorios de la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso penal. La ilicitud de la prueba.....	112
CONCLUSIÓN	118
BIBLIOGRAFÍA	122

ABREVIATURAS

- Art.:** Artículo
- C. Apel.:** Corte de Apelaciones
- CC:** Código Civil.
- CEP:** Código de Ética Profesional del Abogado
- COT:** Código Orgánico de Tribunales.
- CP:** Código Penal.
- CPP:** Código Procesal Penal
- CS:** Corte Suprema
- Pág:** Página
- TC:** Tribunal Constitucional

RESUMEN

El secreto profesional del abogado se vincula con los derechos fundamentales de defensa e intimidad. Desde esta perspectiva el secreto profesional del abogado, no sólo constituye un deber a que queda sujeto este último. Particularmente, tratándose del abogado que ejerce labores de defensa penal el secreto constituye una garantía del cliente imputado que permite hacer efectiva el derecho a defensa.

Nuestro derecho no cuenta con una regulación legal que delimite los contornos o el alcance del secreto profesional, especialmente en lo dice relación con el tipo de información que queda protegida. Frente a esta carencia en la regulación legal, tradicionalmente se ha tendido a interpretar en términos bastante amplios el alcance de la obligación.

Este trabajo pretende destacar la importancia del secreto profesional del abogado en razón de su vinculación con los derechos fundamentales de intimidad y defensa, como asimismo, la importancia de contar una regulación legal que en último término permita hacer efectiva la protección que brinda el secreto profesional. Resulta también necesaria una regulación en la materia que confiera mayor certeza, puesto que, pese al interés público en su protección, el secreto no puede ni debe ser concebido en términos absolutos.

INTRODUCCIÓN

El secreto profesional protege un ámbito de confidencialidad en el ejercicio de una actividad profesional que por su propia naturaleza y por el interés social que envuelve esa actividad, se estima merecedora de reconocimiento y tutela. Los miembros de ciertas profesiones, como los abogados, los médicos y periodistas, en razón de la profesión que desempeñan, reciben confidencias de sus clientes o tienen acceso a informaciones relacionados con ellos, que no conocerían de no ser por la actividad que desarrollan. Por otro lado, los clientes se encuentran en la necesidad de acudir a dichos profesionales y efectuar las referidas confidencias a fin de obtener el consejo o la asistencia profesional requerida. Sólo resguardándose la confidencialidad de la relación es posible mantener la confianza, y en consecuencia, la franca y completa entrega por el cliente de todos los antecedentes que permitan al profesional llevar a cabo en forma adecuada el encargo profesional encomendado.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos contemplan la figura del secreto profesional, tanto a nivel de regulación legal como a nivel de regulación ética. En el derecho norteamericano se reconoce el privilegio de la relación entre el abogado-cliente o *Attorney Client Privilege*, conocido como *legal privilege* en el derecho anglosajón.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce y ampara la figura del secreto profesional del abogado. Su regulación la encontramos en la normativa ética a partir de las normas contenidas en el Código de Ética Profesional del Abogado. En cuanto a la regulación legal, el artículo N° 360 del Código de Procedimiento Civil lo consagra como excepción al deber de declarar como testigo y en materia procesal penal el artículo 303 del Código del ramo lo establece en idénticos términos. Asimismo, según revisaremos, diversas disposiciones de la Ley Procesal Penal se

encuentran vinculadas con la obligación de guardar el secreto profesional. Finalmente, el Código Penal (CP) regula el delito de violación de secretos por parte del abogado.

Si bien, en nuestro derecho el secreto profesional no tiene una expresa consagración constitucional, como ocurre, por ejemplo, en el derecho español, presenta una estrecha vinculación con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. En términos generales, es posible entender que además de la protección de la confianza y del interés social en que determinados profesionales, y los abogados, desempeñen debidamente su actividad, el secreto profesional protege la intimidad del cliente o de quien acude al profesional, como sucede especialmente con el paciente en el caso del médico. En el caso del periodista y del eclesiástico, el secreto protege además de la intimidad, el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de culto, respectivamente.

Tratándose del abogado, su situación es particular, fundamentalmente desde la perspectiva del proceso penal. El abogado que asiste al imputado debe poder llevar a cabo una debida defensa, sin que ésta pueda verse obstaculizada, de manera que cualquier interferencia en las comunicaciones o informaciones entre el abogado y el imputado constituye una afectación al derecho a la defensa y consecuentemente al debido proceso. Por esta razón en el ámbito procesal penal, el secreto profesional constituye una verdadera herramienta que el sistema contempla para el cliente-imputado pueda ejercer su derecho a defensa. Una vulneración de este espacio de confidencialidad produce consecuencias relevantes desde el punto de vista de los fines del proceso y el interés público en la búsqueda de la verdad, el esclarecimiento de los hechos y sanción de las conductas constitutivas de delito. En efecto, la prueba obtenida con vulneración de garantías constitucionales, como puede ser aquella fruto de la interceptación de las comunicaciones con el abogado defensor, que no haya sido autorizada por el juez de garantía en los casos en que la ley así lo permite,

deberá ser excluida por ilicitud. Frente a este tipo de problemáticas, resulta fundamental la precisión o claridad que pueda brindar el ordenamiento jurídico en torno a la institución del secreto profesional.

Nuestro derecho, según hemos adelantado, consagra la figura del secreto profesional, como una prerrogativa del abogado para negarse a declarar o informar en los casos en que sea requerido por la autoridad, pero salvo algunas disposiciones que revisaremos en este trabajo, no contempla una regulación a nivel legal que detalle el alcance de la obligación de guardar el secreto o permita dar respuesta a las problemáticas que puedan surgir en torno al ámbito de aplicación del secreto o sus excepciones. En ese orden de ideas, este trabajo pretende ser una contribución a subrayar la importancia de contar con una regulación legal más detallada de la institución, en vista del interés público involucrado, tanto en la protección del secreto profesional, como también, en las consecuencias o implicancias de considerar que determinada información o antecedentes se encuentran amparadas por el secreto, a partir de lo cual pudiera resultar una limitación a la prueba en materia procesal, o que determinados derechos deban ceder ante otros derechos que suponen la protección de un interés superior.

En materia de la regulación ética del secreto profesional, la modificación al código del ramo introdujo una distinción inexistente hasta el momento en nuestro ordenamiento, entre la regulación que se hace a partir de la ética profesional (deber de confidencialidad) y la que se hace desde la legal (secreto profesional). Esta distinción permite hacer de la información amparada por secreto profesional un subconjunto de la protegida por el deber de confidencialidad (el secreto profesional abarca solamente las confidencias, esto es, información no pública y que el cliente está interesado en mantener oculta; el deber de confidencialidad, cualquier información relativa al cliente que el abogado haya conocido en el ejercicio de su profesión), con lo cual se acota en buena medida el ámbito de aplicación del secreto.

En cuanto al orden que seguiremos, el primer capítulo aborda la relación entre el abogado y el cliente, tanto en su concepción tradicional, como la evolución que ha experimentado la forma en que se lleva a cabo la prestación de los servicios profesionales por el abogado. Un elemento central sobre el que se construye la relación que vincula al cliente con el abogado es la confianza. El cliente que contrata los servicios de un abogado o que consiente en que éste actúe en su representación, necesariamente debe confiar en que el letrado actuará de la forma que más convenga a sus intereses, sólo en esa convicción expondrá sus asuntos al abogado con total apertura y sinceridad, y asimismo, el abogado podrá brindar una mejor asesoría. El cliente no depositaría su confianza en el abogado si supiera que éste puede ser obligado a revelar los asuntos comunicados. De esta manera, la confidencialidad de la relación es presupuesto de la confianza.

El capítulo segundo analiza la figura del secreto profesional del abogado en nuestro ordenamiento, la noción de secreto y de secreto profesional, las particularidades de la obligación de guardar el secreto profesional en el caso del abogado y los derechos protegidos. Se analiza también la actual regulación de la institución tanto a nivel de regulación legal como de su regulación ética. Finalmente, nos parece interesante revisar alguna regulación comparada en lo que al secreto profesional del abogado se refiere; el tratamiento en el derecho angloamericano, en el ordenamiento español y el derecho portugués.

Más adelante, el capítulo tercero, analiza los derechos fundamentales que sirven de fundamento a la obligación de guardar el secreto profesional. Buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comparada, sostienen que el secreto profesional del abogado se encuentra estrechamente vinculado con los derechos fundamentales de intimidad y defensa. En efecto, en el caso del derecho a la intimidad, pese a tratarse de un derecho difícil de conceptualizar y de delimitar, existe un cierto consenso en la doctrina y jurisprudencia, en orden a entender que la

intimidad resguarda un ámbito de la vida de una persona o ciertos aspectos o asuntos estrechamente vinculados a la persona, de manera que se excluya o prive a terceros de su acceso o conocimiento. El abogado se encuentra obligado a mantener en reserva los asuntos que digan relación con la asesoría o representación legal que lleva a cabo, con lo cual de un modo más o menos directo se protege la intimidad del cliente. En la mayoría de los casos, el cliente que acude al abogado se ve en la necesidad de exponer una cuota importante de su vida privada al letrado, frente a ello, el abogado se encuentra obligado a guardar reserva de lo comunicado, a menos que resulte imprescindible su revelación. Ahora bien, en materia procesal penal, el secreto profesional se encuentra estrechamente vinculado con el derecho a defensa y a la garantía del debido proceso. Nuestra Constitución Política asegura a toda persona el derecho a contar con una debida defensa, sin que esta pueda ser objeto de restricciones o interferencias de ninguna clase. Igualmente, el derecho a defensa es garantizado por la normativa internacional en materia de derechos humanos. En consecuencia, existe un interés público, en procurar que el abogado, y especialmente el abogado defensor, pueda llevar a cabo su función en forma libre y con independencia. La defensa constituye una de las principales garantías que conforman el debido proceso, pero también lo es el derecho del imputado a no confesarse culpable (artículo 19 N°7 inciso segundo, letra f) de la Constitución Política). Con el fin de excluir o atenuar su responsabilidad el imputado, usualmente, puede reconocer ante su defensor su culpabilidad o participación en los hechos investigados, consecuentemente, el secreto profesional también permite asegurar la garantía del imputado a no autoincriminarse.

Estrechamente vinculado con lo que se viene señalando, el capítulo final de este trabajo, analiza el alcance del secreto profesional en relación con la función de abogar que lleva a cabo el abogado defensor en materia procesal penal. En este contexto se revisarán las particularidades de la relación entre el abogado defensor y el imputado, especialmente en el caso de la defensa penal pública, las disposiciones

legales que en el ámbito procesal penal consagran el secreto profesional del abogado como aquellas que sin hacer referencia directa a la obligación de secreto se vinculan a la misma, o de igual manera, garantizan el ejercicio del derecho a defensa, reconociendo que la asesoría o defensa penal depende de que el abogado se encuentre completamente informado y de que se garantice entre ambos un flujo de información o comunicación desinhibida y confidencial. Al mismo tiempo, las referidas disposiciones dan cuenta de la extensión o alcance de la figura del secreto a partir de su regulación legal.

Finalmente, como una de las consecuencias en el ámbito procesal penal de la infracción a la obligación de guardar el secreto profesional por el abogado, se analiza la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración del secreto en tanto constituye prueba resultante de la infracción a la garantía constitucional del derecho a defensa.

I. LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE COMO RELACIÓN FIDUCIARIA.

1. BREVE ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ABOGADO-CLIENTE

1.1 La abogacía como profesión liberal.

La abogacía es una de aquellas profesiones que tienen su sustento o que pueden ser explicadas en virtud del especial vínculo que relaciona al profesional con el cliente que precisa de su asesoramiento, consejo o conocimiento. El cliente que acude la oficina del abogado lo hace en busca de orientación o asesoramiento en materias legales, y el abogado, como consecuencia de su formación académica, como base principal, es capaz de proporcionarle una respuesta o solución al problema legal o el requerimiento que haya sido formulado por el cliente. En este sentido, la intelectualidad aparece como el primer rasgo definitorio de la actividad profesional que desempeña el abogado. Así, “el carácter profesional de la abogacía está determinado por el hecho que sus practicantes monopolizan un determinado saber (respaldado por un título profesional) el que aplican a la solución de un problema concreto que es considerado de importancia social. Lo anterior ha rodeado a la profesión jurídica de un “halito especial”, ya que ha sido percibida como necesaria para el desarrollo de una comunidad (...)”¹. Ahora bien, la especial relación que surge entre quien requiere los servicios de algún profesional, por un lado, y quien es capaz de proporcionarlos, por el otro, ha sido destacada como uno de los principales rasgos que caracteriza a las profesiones liberales².

¹ VARGAS WEIL, Ernesto. La relación jurídica cliente-abogado, Derecho y Humanidades N° 17, 2011, pp. 47-73.

² GARRIDO SUÁREZ, Hilda. Principios deontológicos y confiabilidad del abogado, Tesis para la obtención del grado de doctor en derecho, Universidad de Alcalá. Disponible en: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/8068/Tesis.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta: 21-05-2016

Frente al abogado, el cliente se encuentra en una cierta posición de desventaja, al igual que lo está el paciente frente al médico. El cliente necesita de los servicios legales del abogado para resolver un conflicto y en esa posición no le queda más que confiar en los conocimientos o destrezas del profesional al que acude. Es por esta razón, que usualmente no basta la mera regulación contractual de la relación, haciéndose necesaria la existencia de reglas o de códigos de buenas prácticas que encausen el buen ejercicio profesional. A decir verdad, en este caso la protección de la confianza se explica porque sin la confianza desplegada por el cliente en el profesional no sería posible el desarrollo de esta clase de profesiones.

De acuerdo a lo señalado, la profesión de abogado como cualquier otra profesión liberal, se caracteriza por la profesionalidad o intelectualidad del abogado a raíz de los conocimientos adquiridos como consecuencia de su formación académica, también por la confianza que el cliente deposita en el profesional al que acude, y finalmente, por la autorregulación o sujeción a normas o reglas de buen comportamiento por parte del profesional, las que en el caso de los abogados se encuentran contenidas en el Código de Ética Profesional del Abogado³.

Adicionalmente es posible señalar otro elemento que caracteriza a las profesiones liberales y que es la finalidad social que se vincula a su ejercicio. Los abogados cumplen una importante función social al permitir acercar la ley al ciudadano común que carece de las competencias o formación necesaria para

³Se ha discutido el estatuto ético-profesional vigente del abogado en Chile. En relación con la obligatoriedad del actual Código de Ética del abogado nuestra Corte Suprema ha fallado que éste constituiría una ley "en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conductas generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva (...)" (considerando 14º). Recurso de queja, rol 2788-2012, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Para un análisis y discusión sobre la obligatoriedad del CEP y la potestad disciplinaria del Colegio de Abogados de Chile, véase: ANRIQUEZ NOVOA, ÁLVARO. Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile. *Ius et Praxis* [online]. 2016, vol.22, n.2 Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200011&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200011>. Fecha consulta: 21.06.2016

conocerla, comprenderla o interpretarla, de esta manera el abogado al ejercer sus funciones no hace sino contribuir a que se materialicen las funciones o fines del derecho, sean éstas la justicia o la paz social, y contribuir al funcionamiento general del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva es posible entender que el abogado adquiere ciertos deberes para con el cliente, del mismo modo que el cliente adquiere deberes respecto del abogado.

1.2 Los sujetos de la relación abogado-cliente

1.2.2 La noción de abogado

De acuerdo a lo establecido por el Código Orgánico de Tribunales (COT) los abogados son “[p]ersonas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes” (artículo 520). Como lo ha señalado nuestra doctrina, esta definición únicamente hace referencia a la noción de abogado que se desempeña en el ámbito de la litigación. En términos generales, es posible señalar que abogado es aquel profesional que en razón de su formación académica y que habiendo cumplido la exigencias legales para ejercer el título, se encuentra facultado para prestar servicios de asesoramiento, consejo o defensa, frente a asuntos que requieran la aplicación de algún conocimiento jurídico y pudiendo comparecer para ante los tribunales de justicia.

La noción de abogado incluye naturalmente a aquel que ejerce en forma privada la profesión, ya sea en forma individual o integrando estudios jurídicos, y también abogados cuyo desempeño profesional tiene lugar en entidades públicas que prestan servicios de asesoramiento o defensa, como es el caso de las Corporaciones de Asistencia Judicial o la Defensoría Penal Pública, o el Consejo de Defensa del Estado. Ahora bien, el ejercicio de esta función de asesoramiento, consejo o

defensa excluye una serie de profesiones jurídicas que precisan ser ejercidas por un abogado o profesional jurídico, pero que no suponen el asesoramiento o la defensa de los intereses de un cliente, como es el caso de los jueces o los fiscales del ministerio público.

Desde el punto de vista de la relación cliente abogado y las consecuencias que surgen de este vínculo para las partes, su análisis se torna más complejo tratándose de abogados o estudios jurídicos que prestan sus servicios a grandes empresas o grupos empresariales. En este sentido, es posible observar en las últimas décadas un cambio de paradigma en la forma que tradicionalmente se ha ejercido la profesión jurídica, siendo cada vez más frecuente encontrarse con empresas que contratan estudios jurídicos para fines de asesoramiento, mediación o defensa en los diversos ámbitos o áreas que forman parte de su giro o actividad. Lo que ha llevado a que la prestación de servicios jurídicos sea desarrollada por abogados altamente calificados en cada área que forman equipos multidisciplinarios de trabajo.

En estos casos, la relación interpersonal que tradicionalmente se ha entendido basada únicamente en la confianza existente entre el cliente y su abogado termina por distorsionarse. En palabras de ERNESTO VARGAS, “[d]e ser un vínculo cuyo paradigma era un contacto personal y prolongado entre las partes, basado en el conocimiento y confianza recíprocos, ha pasado a ser una relación entre empresas, cuyo centro de gravedad está en el análisis costo-beneficio de la prestación profesional (...)”⁴.

Con todo, al menos desde el punto de vista de los deberes éticos que surgen para el abogado pareciera que en estos casos, cada uno de los abogados que se encuentra formando parte del estudio jurídico mantiene esos deberes, por ejemplo en lo que dice relación con la confidencialidad hacia los clientes del estudio, aún cuando

⁴ VARGAS WEIL, Ernesto. Ob Cit., p. 69.

el abogado en particular no haya intervenido directamente en el caso que se trate. Asimismo, en lo que se refiere a la obligación de guardar el secreto profesional, es posible entender que ésta se extiende a los demás abogados del despacho y a todos quienes colaboran o prestan servicios en él, respecto de las informaciones confidenciales a las que puedan tener acceso en el desempeño de sus funciones⁵.

Distinta sería la consideración en materia de aplicación de reglas de responsabilidad civil, porque en el caso de estudios jurídicos constituidos como sociedades profesionales, en principio responde civilmente la sociedad, pero tratándose de la responsabilidad individual de los abogados no podría considerarse que existe responsabilidad respecto del abogado, al menos responsabilidad contractual, en el caso de la responsabilidad extracontractual la doctrina se encuentra dividida. Ahora bien, tratándose de la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad ética se aplica a la labor profesional que ejerce el abogado con independencia de la causa de la relación⁶.

1.2.3 La noción de cliente

De acuerdo al artículo 5° Código de Ética del Abogado vigente a partir del año 2011 y para efectos de dicha normativa, se entiende por cliente: “La persona natural o jurídica que ha establecido una relación profesional con un abogado para la prestación de servicios profesionales. Son servicios profesionales del abogado el

⁵ El artículo 46 del Código de Ética del abogado señala: Deberes que comprende el deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad comprende:

a) 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, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia.

b) 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 confidencialidad sean tales que cautelen el carácter confidencial de esa información; y

c) 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.

⁶ VARGAS WEIL, Ernesto. Ob Cit., p. 69.

consejo y la asesoría jurídica, así como la representación y patrocinio, y en general, el resguardo de los intereses del cliente. No es cliente quien remunera los servicios profesionales que benefician a un tercero. Sin embargo, el abogado, con el consentimiento informado de su cliente, puede mantener también informado al tercero que remunera sus servicios respecto del desarrollo del asunto. La calidad de cliente se adquiere al inicio de la relación profesional (artículo 17).

El referido código de conducta profesional en su actual regulación prevé el caso del cliente que se ha constituido como persona jurídica. Al respecto sostiene que: “No son clientes los directores, gerentes, representantes, empleados, accionistas u otras autoridades o miembros de una persona jurídica con la que el abogado tiene una relación profesional. Sin embargo, los deberes profesionales del abogado para con la persona jurídica podrán cumplirse por intermedio de quienes la administran o representan, de acuerdo con las reglas generales. El abogado puede prestar servicios a los socios, accionistas, empleados y, en general, cualesquiera miembros de la persona jurídica que es su cliente, en asuntos a cuyo respecto no exista conflicto de intereses conforme a las reglas de la Sección Segunda de este Código. En principio, el hecho de que un grupo empresarial sea cliente de un abogado no impide a éste representar intereses adversos a los de sus filiales y coligadas, a menos que las circunstancias indiquen que ellas también son su cliente, haya un acuerdo expreso en tal sentido o exista el riesgo de que la representación por el abogado de cualquiera de los dos clientes se vea sustancialmente limitada.” (Artículo 16).

El ejercicio de la labor profesional del abogado con respecto al cliente constituido como persona jurídica resulta de especial interés desde la perspectiva de los deberes de confidencialidad, y en particular, en lo que a la procedencia de la obligación de guardar el secreto profesional se refiere. El conflicto se ha suscitado en los casos, cada vez más extendidos, en que el abogado presta sus servicios

profesionales como trabajador o dependiente de una empresa, bajo un vínculo de subordinación o dependencia. Según revisaremos más adelante la discusión se ha centrado en establecer si el abogado “de empresa o interno” dispone de una independencia suficiente respecto del interés del “cliente”, caso en el cual le resultaría aplicable la obligación de guardar el secreto profesional, o si por el contrario, el abogado en esta situación comparte el mismo interés que el cliente o la empresa en la cual presta sus servicios, caso en el cual no se encontraría sujeto al secreto profesional, precisamente, en razón de la falta de independencia anotada.⁷

1.3 El objeto de la relación.

De acuerdo a lo señalado anteriormente, los servicios profesionales del abogado pueden constituir el consejo, la asesoría jurídica y la defensa en juicio de los intereses del cliente.

2. EL ROL DE LA CONFIANZA. ANÁLISIS DEL CARÁCTER FIDUCIARIO DE LA RELACIÓN

La relación abogado-cliente es una relación de naturaleza fiduciaria. El cliente que se ve enfrentado a un conflicto, o que por cualquier otra razón precisa de los servicios profesionales de un abogado, realiza un acto de confianza que consiste en la creencia cierta que el abogado velará por sus intereses de forma incondicional y de la mejor manera posible. A decir verdad, el cliente se ve en la necesidad de confiar, por carecer de las habilidades y competencias que ostenta el profesional. La confianza aparece entonces como un elemento de la esencia de la relación puesto que en ella tiene su sustento o fundamento el ejercicio de la profesión de abogado, lo que no quiere decir que esté obligado a confiar en una determinada persona. La

⁷ La reflexión se ha suscitado fundamentalmente a raíz de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 17 de septiembre de 2007, denominado caso “Akso Nobel”, en la cual el tribunal niega la condición de independiente del abogado interno o de empresa.

decisión de acudir a un profesional siempre será un acto voluntario, por lo que el cliente acudirá al profesional que le resulte más confiable. Así, por ejemplo en materia procesal penal, constituye un derecho del imputado la elección de un abogado de su confianza. Del mismo modo, el cliente puede poner término a la relación, cuando desaparece la confianza que le dio origen.

El ejercicio de la abogacía exige que el cliente efectúe las más variadas confidencias que permitan al abogado emitir una opinión legal sobre el asunto sometido a su conocimiento. De esta manera, el cliente pone en su conocimiento situaciones de índole patrimonial, familiar o personal, mismas que en otras circunstancias no se vería en la necesidad de revelar. Así, la relación abogado cliente es una relación de confianza, además, porque el cliente para proporcionar todos los antecedentes relacionados con su caso, usualmente ha de exponer o ceder una cuota importante de su intimidad. Ahora bien, aunque sea menos advertido por la doctrina, la confianza en la relación abogado-cliente debe ser recíproca, el abogado en muchas oportunidades se ve en la necesidad de confiar en su cliente. Tal es el caso del abogado defensor que debe confiar en el relato de los hechos que le expone su cliente o del abogado que confía en que el cliente ratificará lo obrado por él en juicio, en el caso de la figura de la agencia oficiosa procesal. Es por ello que el abogado igualmente puede poner término a la relación cuando desaparece la confianza que le merecía su cliente.

El Código Civil hace aplicable a la abogacía, las reglas del contrato fiduciario por antonomasia, el mandato. Con todo, la confianza rige la relación abogado-cliente con independencia de la naturaleza contractual que pueda atribuirse a la relación.

3. CONSECUENCIAS DEL CARÁCTER FIDUCIARIO DE LA RELACIÓN

3.1 Derecho a la libertad de elección

El cliente puede hacerse asesorar o el ser defendido en su caso, por un abogado que sea de su plena confianza. La elección del abogado que lo asesore o represente siempre pertenece al cliente, y es por ello que aún en los casos en que el Estado es obligado a proporcionar defensa jurídica, como acontece en materia penal con aquellos imputados que no puedan proporcionársela por sí mismo, la representación por parte del defensor penal público no puede ser fruto de una imposición. La ley procesal penal establece los mecanismo que aseguren al imputado ser defendido por un profesional que cuente con su confianza, de otra manera, no se habrá resguardado cabalmente el derecho a la defensa consagrado en nuestra Constitución Política.

Como contrapartida a la libertad de elección, el abogado tiene también la facultad de aceptar o rechazar libremente el encargo o asesoría solicitados, sin necesidad de expresar las razones o motivos de su decisión. Esta prerrogativa del abogado la consagra expresamente Código de Ética que dispone en su artículo 14 que “El abogado tiene la libertad para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad de expresar los motivos de su decisión. Si el nombramiento se ha efectuado de oficio, el abogado sólo podrá declinarlo si no le está legalmente prohibido y expresa justificación razonable”.

Esta regla rige plenamente tratándose de abogados que ejercen en forma privada la profesión. No así, por ejemplo, en el caso de los abogados defensores penales públicos, quienes para procurar defensa penal a un imputado que carece de ella, son designados usualmente de una lista de abogados pertenecientes al servicio público, de acuerdo a las reglas que establece la ley, las que indudablemente prevalecen por sobre la reglamentación ético profesional. Con todo, aún en estos casos, está permitido al abogado defensor renunciar a la defensa por las causales que la propia ley establece.

3.2 Deberes y derechos que surgen de la relación entre el abogado y su cliente. Sobre el deber de confidencialidad del abogado hacia el cliente.

Los derechos y obligaciones que surgen de la relación entre el abogado y el cliente, son propiamente derechos y obligaciones contractuales. Asimismo, el Código de Ética del abogado, recientemente modificado, establece una serie de exigencias deontológicas que el abogado debe observar a fin de llevar a cabo de buena manera su actividad profesional. Estos deberes y principios, ya sea en forma mediata o inmediata, tienen su fundamento en la confianza que sustenta el vínculo entre el abogado con el cliente que precisa de su ayuda o conocimiento⁸.

Entre estos deberes resulta particularmente relevante el deber de confidencialidad que el abogado tiene respecto a toda la información relacionada con el asunto legal encomendado, y con el propio cliente, que el abogado haya podido conocer en razón de su actuación profesional. De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (RAE), el término confidencialidad proviene de confidencia, que es aquello que “se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho”. La confidencialidad es un principio ético reconocido con el fin de estimular al cliente para que hable con entera libertad y franqueza de sus asuntos. En consecuencia, el deber de confidencialidad se impone por la necesidad de que impere una absoluta confianza entre el profesional y quien acude a solicitar sus servicios. Según revisaremos más adelante, la obligación de guardar el secreto profesional por el abogado cubre un ámbito de la confidencialidad debida. En este caso, se trata de un deber cuya fuente es la ley, y que también se encuentra previsto en la normar ética que regula la actividad profesional del abogado.

⁸ El Código de Ética dedica el Título III, párrafo 1º a lo que denomina deberes fiduciarios generales, que debe observar el abogado en la relación profesional. También hace referencia a ellos en el título preliminar.

3.3 Extinción o término de la relación.

En principio tanto el cliente como el abogado pueden libremente poner fin a la relación cuando se pierde la confianza que dio origen al vínculo entre ambos, esto es sin perjuicio de la reglamentación contractual que pueda surgir de la propia voluntad de la partes. A este respecto resultan plenamente aplicables las reglas del mandato, en particular, las disposiciones previstas en los artículos 2163 y siguientes del Código Civil, que regulan el término del contrato de mandato. En este contexto, la mera voluntad del mandante o del mandatario permite poner fin a la relación, siempre que se tomen los resguardos para evitar perjudicar los intereses del mandante y protegiendo la buena fe⁹.

La voluntad unilateral como medio para poner término a la relación abogado-cliente, tiene su fundamento en la naturaleza fiduciaria de la relación. Si se pierde la confianza ya de parte del cliente, ya de parte del abogado, éste no podrá ejercer diligente o convenientemente su actividad profesional, sea que ésta se refiera a actividades de defensa, asesoramiento o mediación.

⁹En esta materia, el artículo 18 del Código de Ética del abogado, dispone: “Terminación de la relación profesional. La relación profesional termina cuando: a) finalizan los servicios profesionales para los cuales el abogado fue contratado; b) llega a ser imposible continuar prestando los servicios para los cuales el abogado fue contratado; c) el abogado renuncia al encargo, cumpliendo con los deberes y cargas establecidos en las leyes y en este Código; o d) el cliente pone término a los servicios profesionales.”

II. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL DERECHO CHILENO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

El abogado en el ejercicio de su profesión es depositario de múltiples confidencias por parte de los clientes que acuden a él en busca de algún tipo de asesoría legal. Respecto de las informaciones recibidas, el abogado debe observar la más estricta reserva, hallándose impedido de revelar cualquier tipo de información que le haya sido proporcionada por el cliente. El deber de confidencialidad del abogado tiene su fundamento en razones de interés público, como son, la administración de justicia, la defensa de los intereses del cliente y la protección de los pilares o sustentos de la abogacía como profesión, constituyendo en este último caso un deber de lealtad y confianza para con el cliente.

El deber de confidencialidad constituye en nuestro derecho un principio deontológico, y que por lo demás se encuentra expresamente consagrado en el Código de Ética del abogado. Este deber se extiende a toda la información confiada por el cliente a su abogado cualquiera sea la naturaleza de la información, el soporte o las circunstancias en que la misma ha sido proporcionada, siempre que lo haya sido en el marco de una relación abogado-cliente.

Frente a la noción amplia del deber de confidencialidad, la noción de secreto profesional resulta ser mucho más acotada. Dado que sólo protege determinadas confidencias efectuadas por el cliente, su ámbito de aplicación también es más reducido.

Hasta el año 2011, la doctrina nacional no hacía distinción alguna entre el deber de confidencialidad y la obligación de guardar el secreto profesional. El secreto

profesional era entendido como un derecho y un deber del abogado que comprendía todas las confidencias formuladas por el cliente en el marco de la relación gestada con el abogado. La noción tradicional consideraba que el secreto profesional obedecía a una doble naturaleza de derecho y deber, era considerado un deber del abogado para con el cliente que le impedía revelar las informaciones que proporcionadas por éste en el marco de la relación, salvo los casos excepcionales en que le era permitido al abogado efectuar dichas revelaciones, y constituía un derecho del abogado frente al juez, en tanto faculta al abogado citado a declarar como testigo a abstenerse de prestar declaración amparado en la protección de la información recibida bajo secreto profesional.

Como veremos más adelante, nuestra legislación no contempla una reglamentación acabada de la obligación de guardar el secreto profesional, sin perjuicio de las disposiciones pertinentes consagradas en materia probatoria en la ley procesal civil y la ley procesal penal. Como consecuencia el desarrollo del secreto profesional del abogado en el derecho nacional ha sido, eminentemente, fruto de la creación doctrinal y jurisprudencial.

Ahora bien, modificación introducida al Código de Ética del abogado en el año 2011, es posible distinguir con claridad entre el deber de confidencialidad, deber de carácter eminentemente ético, y la obligación de guardar el secreto profesional, de carácter legal.

2. EL CONCEPTO DE SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

2.1 Noción de secreto profesional

Como hemos venido señalando, nuestra legislación no contempla una regulación acabada del secreto profesional. La ausencia de una regulación legal

contrasta con la reglamentación ético profesional, dado que los códigos deontológicos que rigen ciertas profesiones que involucran deberes de confidencialidad, suelen contener disposiciones relativas a la obligación o deber de guardar el secreto profesional. En consecuencia, no existe una definición legal en lo que al secreto profesional se refiere. Para BERNAL VALLS, “desde un punto de vista jurídico no es posible formular un concepto unitario o absoluto del secreto profesional, ya que no se trata de un valor que tenga entidad en sí mismo, sino de una institución eminentemente instrumental y, por tanto, orientada a proteger bienes jurídicos desiguales, todos ellos dignos de una tutela particular, si bien con un rango de protección diferenciada, lo que impide una ponderación uniforme”¹⁰. Según el Diccionario de la Real Academia Española, secreto viene del latín *secretum*, que es el participio pasado del verbo latino *secerno* que significa separar, y se refiere a lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. PÉREZ VALERA¹¹ sostiene que el secreto o sigilo “es la obligación moral de no manifestar a nadie las noticias conocidas o recibidas confidencialmente”.

Desde esta perspectiva, la noción de secreto alude a todo lo que queda protegido o que constituye en sí mismo el objeto del secreto, como asimismo, a un deber moral de no divulgación o descubrimiento a terceros de todo aquello que lo conforma. En cualquier caso, el secreto supone que determinada información que es conocida por alguien, el titular o destinatario del secreto, sea reservada o se mantenga oculta respecto de terceros.

Ahora bien, si nos ceñimos a esta definición de secreto, en el caso del secreto profesional, la particularidad que éste ostenta, respecto del secreto que no lo es, sería la especial condición del destinatario del secreto y la relación que lo vincula con

¹⁰ BERNAL VALLS, J. Deber de declarar y derecho de silencio en la prueba testifical del proceso penal, Poder Judicial núm. 5 (1987), pág. 13.

¹¹ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, La ética en el ser y que hacer del abogado, México, Editorial Oxford, 2006, Pág. 159.

el cliente o aquél que precisa de sus servicios. Así para NOVOA, el secreto profesional constituye una obligación legal que tiene como sujeto pasivo a un profesional y que importa que el mismo no pueda revelar lo que el cliente mantiene oculto y solamente ha permitido conocer al profesional para el mejor desempeño de su cometido¹².

Respecto de determinados profesionales, y sobre los eclesiásticos, pesa la obligación de guardar el secreto profesional respecto de las informaciones o confidencias que reciban en el ejercicio de sus funciones o actividad profesional, de modo que, citados a declarar en juicio, deben abstenerse de deponer sobre las confidencias que puedan quedar protegidas por el secreto. El secreto profesional constituye, entonces, un privilegio probatorio para quien se encuentra obligado a observarlo, así como también lo son la facultad de no declarar en razón de vínculos de parentesco o la no autoincriminación. Así las cosas, el profesional y los eclesiásticos se encuentran obligados a guardar estricto secreto sobre las confidencias que reciban por clientes y fieles en el ejercicio de su actividad o funciones. La ley sanciona como delito la revelación de secretos, pero desde el punto de vista procesal, frente al juez configura una exención a la obligación de declarar que pesa sobre todos quienes son citados como testigos en un juicio.

Visto así, el secreto profesional tiene unos fundamentos y alcances que le son propios y cuya consideración produce importantes consecuencias desde el punto de vista procesal, en particular, en materia probatoria.

La noción de secreto profesional varía en las distintas legislaciones, siendo una práctica muy generalizada el considerar que constituye un derecho-deber del abogado de guardar confidencialidad respecto de toda la información que le sea

¹² NOVOA MONREAL, Eduardo, RDJ Tomo XLI, marzo a diciembre de 1944, N° a 10, pág. 85 – 100.

proporcionada por el cliente. Una consecuencia directa de este estricto deber de confidencialidad es que el profesional que ha sido citado a declarar en juicio deba abstenerse de deponer amparándose para ello en el privilegio de reserva que le consagra la ley. De acuerdo esta concepción amplia, podríamos decir, del secreto o sigilo profesional, no existiría distinción alguna entre el deber de confidencialidad y el secreto profesional.

2.2 Clases de secreto y de secreto profesional

La doctrina suele distinguir tres clases de secreto según la fuente del secreto y la calidad o condición del depositario del secreto.

El secreto es natural, cuando no media un acuerdo previo entre las partes que imponga el deber de respetarlo, sino que éste emana de un precepto moral que prohíbe perjudicar o hacer mal a los demás. El depositario puede ser cualquier persona que aún por casualidad tome conocimiento de una determinada información que no es de público conocimiento.

El secreto prometido, supone que con independencia de la forma cómo el depositario haya tomado conocimiento de la información, éste se obliga o promete no revelarla a terceros. Existe acá un verdadero contrato o acuerdo de confidencialidad sobre una determinada materia. Un mismo secreto puede ser a la vez natural y prometido. Será natural cuando la cosa de suyo requiera sigilo, si además va acompañado de una promesa, será también prometido.

El secreto es confiado, cuando existe entre las partes un acuerdo expreso o tácito en orden a mantener en reserva determinada información que ha sido confiada al depositario en razón de su especial calidad, su oficio o las circunstancias que rodean la relación. El secreto profesional es un tipo de secreto confiado puesto que

la revelación que hace una parte a otra tiene su razón de ser en la calidad de profesional que ostenta quien aparece como depositario del secreto. Es el caso de abogados, periodistas, médicos o eclesiásticos.

La obligación de guardar el secreto profesional que recae sobre los médicos, periodistas y eclesiásticos tiene como fundamento garantizar el ejercicio de la actividad profesional o de culto que aquéllos desempeñan y la confianza depositada, así como la privacidad e intimidad de quien realiza la confidencia¹³.

En cualquier caso, el deber de secreto resulta aplicable a profesionales que se encuentran bajo un deber legal de informar o declarar. Se trata de profesiones o actividades que encuentran su fundamento en la confianza depositada, por lo que en un primer término la protección del secreto conlleva un interés social en la subsistencia de la propia actividad profesional o de culto, en el caso de los eclesiásticos, pero por otro lado e igualmente relevante, la institución del secreto profesional persigue proteger derechos y garantías fundamentales, principalmente de aquel que realiza la confidencia confiando en la reserva de su interlocutor. Un ordenamiento jurídico en permanente contacto con la realidad social debe proteger esa confianza, y los derechos fundamentales que se le vinculan, transformando esa obligación moral de reserva en una obligación o deber jurídico.

2.3 Secreto profesional de los abogados

¹³ A diferencia de los que sucede con el abogado, la razón de ser del secreto profesional médico está orientado a resguardar el respeto a la intimidad de los pacientes antes que al logro de la eficiencia del quehacer médico; en el caso de los periodistas, el secreto profesional atiende a la protección de las fuentes informativas utilizadas, en el ejercicio del derecho a la libertad de información, tratándose de los ministros de cultos religiosos, el secreto apunta a la protección de la libertad de pensamiento y de conciencia.

El secreto profesional del abogado consiste en la obligación legal y ética de éste de mantener en secreto la información que ha recibido de sus clientes en el ámbito de su asistencia profesional.

Para LÓPEZ-MIRÓ, el secreto profesional es la “obligación de no divulgar información ni secretos obtenidos en el curso de la relación abogado-cliente”¹⁴. ALLER, entiende que el secreto asegura la confidencialidad entre quien comparece ante él y el profesional del derecho. No es una mera reserva o sigilo parcial, sino el total silencio respecto a terceros acerca de lo tratado entre ambos¹⁵.

Por su parte, PEINADOR NAVARRO, entiende que es el deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión. Este es de orden público; y afecta al bien común. Los clientes que necesitan de los servicios del profesional deben tener la seguridad de poder acudir a ellos sin el menor peligro de que sus cosas trasciendan a los demás, con daño de la fama o de los legítimos intereses; de ahí la necesidad del secreto¹⁶.

3. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO Y SU REGULACION LEGAL

¹⁴ AGATIELLO Osvaldo R, LOPEZ MIRÓ Horacio G., DEL CARRIL Enrique V. La Ética del Abogado. Librería Editora Platense Abeledo Perrot, 1995.

¹⁵ ALLER, Germán. Ataque a la tutela del secreto profesional del abogado. Artículo, disponible en: <http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/secreto-profesional-abogado.pdf>. Fecha de consulta: 01-09-2016

¹⁶ PEINADOR NAVARRO, Antonio, Tratado de Moral Profesional, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1962, p. 116. Citado por CORREA BASCUÑÁN, Mario. El secreto Profesional del abogado en el nuevo Código de Ética, Cuadernos de extensión jurídica (U. De Los Andes) N° 24, 2013, pp. 255-268.

El secreto profesional tiene en nuestro derecho expresa consagración legal, encontrándose regulado en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 303 y los artículos 217 y 220 del Código Procesal Penal (CPP) y artículo 201 del Código de Procedimiento Penal. Adicionalmente, el artículo 269 bis del Código Penal tipifica el delito de violación de secretos, pero esta disposición si bien resulta aplicable al secreto profesional del abogado excede su ámbito de aplicación puesto que sanciona en general la violación de secretos no sólo la violación de secretos profesionales.

La ley procesal si bien consagra el secreto profesional, no lo define ni se pronuncia sobre su contenido o alcances. Con todo, pese a lo escaso de su regulación es posible señalar que la ley procesal, tanto en materia procesal civil como en materia procesal penal, consagra una noción unívoca de secreto profesional. En ambos casos, el secreto profesional se refiere a una excepción al deber de declarar en juicio que pesa sobre toda persona que tiene calidad de testigo.

3.1 Exención a la obligación de declarar en juicio en razón del secreto profesional en el Código de Procedimiento Civil

Los artículos 356 y siguientes del Código de Procedimiento Civil regulan la prueba testimonial. Estas disposiciones forman parte del Libro Segundo del referido código, por lo que, por aplicación del artículo 3º, resultan aplicables a todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidas a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.

El derecho procesal nos enseña que testigo es toda aquella persona que está en conocimiento de un hecho, en materia procesal civil es hábil para declarar en juicio toda persona a la que la ley no declare inhábil, por el contrario en materia procesal

penal no existen testigos inhábiles. En general son tres los deberes que pesan sobre todo testigo: el deber de declarar, el deber de comparecer y el deber de decir la verdad. Aunque poco se nos enseña sobre ello, estos deberes tienen como finalidad hacer posible el esclarecimiento de los hechos y con ello el propio ejercicio de la jurisdicción. En consecuencia, no pueden ser soslayados sino en los casos en que la propia ley lo permite. De acuerdo al artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, se encuentran eximidos de la obligación de declarar “los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio”. Esta disposición debemos relacionarla con el artículo 231 del Código Penal que expresamente sanciona el delito de revelación del secreto profesional por el abogado. Dispone el referido artículo que “[e]l abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”. Como consecuencia, el abogado no sólo no se encuentra obligado a declarar respecto de hechos que puedan llevarle a vulnerar el secreto, sino que en tal caso debe negarse a prestar declaración so pena de incurrir en el delito tipificado en el referido artículo.

3.2 Exención a la obligación de declarar en juicio en razón del secreto profesional en el Código Procesal Penal

El artículo 303 del Código Procesal Penal, contempla la facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto¹⁷. La norma exime de la obligación de declarar, a

¹⁷ Señala el artículo 303: “Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto. Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado”.

quienes por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.

Existen otras disposiciones que directa o indirectamente protegen el secreto profesional u obedecen a un idéntico razonamiento para conferir protección a la comunicación entre el abogado defensor y el imputado. Ello ocurre tratándose de la protección de objetos o documentos que se encuentren en poder de personas a quienes la ley reconoce el derecho a no prestar declaración (art. 220 CPP). Lo mismo tratándose de la interceptación de comunicaciones entre el abogado defensor y el imputado (art. 222 CPP).

4. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LOS ABOGADOS (ARTS. 60 A 64)

4.1 La nueva regulación en materias de confidencialidad y secreto profesional. Distinción entre el deber de confidencialidad y la obligación de guardar el secreto profesional por parte del abogado.

El 1° de agosto del año 2011, entró en vigor el nuevo Código de Ética Profesional del abogado que vino a reemplazar la normativa que en la materia regía desde el año 1949. La anterior normativa, el Código de Ética Profesional del abogado del año 1948, contenía sólo tres disposiciones relativas al secreto profesional. Los artículos 10,11 y 12. Conforme a esta regulación el secreto profesional era concebido como un deber del abogado hacia el cliente de mantener reserva de toda la información revelada por éste al abogado, y como un derecho del abogado frente al juez en cuanto le permitía negarse a prestar declaración sobre hechos que pudieran quedar

cubiertos por el secreto. El secreto se extendía a todas las confidencias hechas por el cliente al abogado con ocasión del encargo, así como las efectuadas por terceros y las confidencias hechas por otros abogados, este deber perduraba aún después que el abogado haya dejado de prestar sus servicios.

La normativa regulaba las excepciones al secreto profesional, el abogado se encontraba facultado para declarar respecto de hechos sujetos a confidencialidad a) cuando la revelación tenía por objeto amparar el derecho de defensa del abogado cuando hubiere sido objeto de una acusación por parte del cliente o de otro abogado y b) cuando la revelación tuviere por objeto prevenir la comisión de un acto delictivo por parte del cliente.

En declaración pública de octubre del año 2004¹⁸, a raíz de una solicitud de amparo profesional, el Colegio de Abogados de Chile, sostuvo que: “El Consejo General del Colegio, a través de múltiples declaraciones y fallos, ha expuesto que la extensión del secreto profesional abarca todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedente de que el abogado haya tomado conocimiento, sea por declaraciones de su cliente, sea que conozca debido a su propia observación, deducción o intuición, así como los que reciba de terceros con motivo u ocasión con motivo u ocasión de su actuación profesional. La obligación de respetarlo perdura por toda la vida del abogado y jamás podrá vulnerarlo.

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

¹⁸ Declaración pública del Colegio de Abogados de Chile “Ética y secreto profesional”, en: Gaceta Jurídica, N° 191, p. 214-215.

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

De acuerdo a esta interpretación, el secreto profesional del abogado posee una doble naturaleza de derecho y deber, y se extiende a toda información que el abogado pueda llegar a conocer con motivo del desempeño de sus funciones. El secreto profesional protege derechos esenciales como la privacidad, la libertad y la defensa, a la vez que se erige como uno de los sustentos del ejercicio profesional del abogado, de manera que su protección interesa a la sociedad toda.

La forma de concebir el secreto profesional desde el punto de vista de su regulación ética cambió significativamente a partir del año 2011, con la modificación del Código de Ética del abogado. Las principales modificaciones que introdujo la nueva normativa dicen relación con la delimitación conceptual de la noción de secreto profesional. En este ámbito, la actual normativa distingue claramente entre el secreto profesional y principio general de confidencialidad a que queda sujeto el abogado en su ejercicio profesional. Asimismo, el actual Código de Ética dedica alrededor de 15 disposiciones a la regulación de la materia, con lo cual resulta ser mucho más extensa que la anterior regulación.

4.2 El Deber de confidencialidad del abogado.

El abogado en el ejercicio de su profesión se encuentra sujeto a un estricto deber de confidencialidad respecto de la información que le pueda ser confiada por el

cliente o por terceros para el correcto desempeño del encargo profesional. El Código de Ética considera la confidencialidad y el secreto profesional como principios fiduciarios generales y así los enuncia en el título preliminar, junto a otros principios y deberes que rigen la profesión como el honor y la dignidad de la profesión, la lealtad con el cliente y el respeto por su autonomía, entre otros¹⁹. Asimismo, dedica el Título IV al deber de confidencialidad, artículos 46 al 64.

El referido artículo 7° establece que el abogado debe estricta confidencialidad al cliente y que ésta se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión.

En cuanto a su duración, el artículo 47 establece que el deber de confidencialidad no se extingue por el transcurso de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo, con lo cual se consagra la duración indefinida del deber de reserva. Una excepción a esta regla es la que prevé el artículo 63 a), para el caso en que el cliente haya fallecido. Los artículos 48 y 49 consagran situaciones de colisión de deberes, el primero de ellos entre el deber legal de entregar información o de divulgarla, a que pueda estar sujeto el abogado que desempeña una función pública, por ejemplo por razones de transparencia y el deber de guardar confidencialidad por parte de los abogados. En esta materia la normativa ética no consagra una solución a casos en que puedan entrar en pugna ambos deberes, sino que únicamente establece que el abogado no puede ampararse en su calidad profesional para excusarse de proporcionar la información que le está siendo solicitada. No sería por tanto una excepción. Por su parte el artículo 49 soluciona la colisión entre el deber de

¹⁹ Los principios y reglas generales están consagrados en el Título Preliminar del Código de Ética, conformado por los artículos 1° al 11°.

confidencialidad con el cliente y otros deberes fiduciarios para con otros clientes, estableciendo la prevalencia del primero²⁰.

El Código regula la situación en que el abogado se encuentra autorizado por el cliente para revelar información, pese a esta autorización que puede ser expresa o presunta, en estos casos no se encuentra obligado a efectuar la revelación de la información sujeta a confidencialidad. Por el contrario, existen casos en que la revelación constituye un deber ético del abogado. Así lo establece el artículo 53 del Código de Ética, de acuerdo al cual el abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad cuando ello tenga por objeto evitar la comisión o consumación de un crimen. Finalmente, también se regulan los casos en que el abogado se encuentra facultado, desde el punto de vista ético, para revelar información sujeta a confidencialidad: a) para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas; b) para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva; c) para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad; d) para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente; e) para cobrar los honorarios que le son debidos; f) para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos del párrafo 4 de este título; o g) en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional.

Finalmente, los artículos 55 al 59, complementan las normas anteriores, estableciendo criterios de actuación a los cuales el abogado debe ajustarse en los casos que la normativa ética autoriza u obliga a la revelación.

²⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado, Revista de Estudios de la Justicia N° 15, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2011, pág. 231.

4.3 El deber de cautelar el secreto profesional en la normativa ética

La regulación del secreto profesional la hacen los artículos 60 al 64 del Código. Ninguno de esos artículos define el secreto profesional, pese a ello el artículo 60 entrega nociones acerca de él y se refiere a su ámbito de aplicación. Dispone la citada norma que “[s]i un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional”. Conforme a esta nueva regulación, el secreto profesional del abogado tiene lugar frente a un deber legal de informar o declarar a que se encuentra sujeto el abogado, de modo que habiendo sido requerido por una autoridad competente el abogado se encuentra obligado a declarar o informar. Asimismo, el secreto profesional recae sobre asuntos sujetos al deber de confidencialidad, por lo que es dable entender que, de acuerdo a la nueva regulación, el secreto profesional no se identifica totalmente con el deber de confidencialidad, sin perjuicio de encontrarse estrechamente relacionado, se trataría de una prerrogativa del abogado y también una obligación de guardar confidencialidad cuando es llamado por la ley a declarar respecto de asuntos que, en razón de las reglas que rigen su profesión, debe mantener en reserva. Así ocurre, por ejemplo, con el abogado que es llamado a prestar declaración en juicio respecto de asuntos relativos al encargo profesional efectuado por su cliente.

De acuerdo a la actual regulación, la norma ética, se encarga de velar porque la información amparada por el secreto profesional quede protegida y el abogado no se vea expuesto a tener que infringir este deber en casos en que exista duda acerca vigencia de la obligación de guardar el secreto (art 61²¹) o en casos en que otras

²¹ Artículo 61. Obligación de cerciorarse de la relevación del derecho al secreto profesional. El abogado que ha sido informado por terceros de que ha sido relevado por su cliente del secreto profesional debe comprobarlo personalmente, en observancia del artículo 51. Si fuere necesario, el

circunstancias pudieran llevarle a violar el secreto. En relación a esto último, el abogado no se encuentra obligado a fundamentar su abstención a declarar o informar basado en el deber de guardar el secreto profesional, cuando precisamente esa fundamentación pudiera comprometer ese secreto, lo que supone que es el abogado quien tiene la facultad de discriminar acerca de qué información de aquella proporcionada por el cliente resulta ser información confidencial²². Consecuentemente, no falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar sobre materias sujetas a confidencialidad con fundamento en su derecho al secreto profesional (art. 62).

4.4 Excepciones al secreto profesional

El deber de guardar el secreto profesional por parte del abogado, tiene dos excepciones previstas expresamente por la normativa ética, respecto del abogado que es citado a declarar en juicio. En estos casos el abogado se encuentra facultado para prestar declaración, pero la norma no lo obliga a ello. De manera que se deja a la prudencia del abogado la revelación de información que estima confidencial según las circunstancias, siempre que éstas se refieran a aquellas que la norma prevé:

- a) Si 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 ese cliente como crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar.

Esto debido a que la obligación de guardar el secreto profesional no puede servir para encubrir o dejar sin sanción un delito. En este caso el abogado que tiene

abogado debe solicitar a la autoridad que realice las actuaciones que le permitan comunicarse con el cliente. El abogado que no ha podido cerciorarse se encuentra bajo secreto profesional.

razones fundadas para estimar que existe un ilícito atribuible al cliente, se encuentra autorizado desde el punto de vista de la ética para revelar el secreto.

- b) Si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

En este caso, la autorización ética dice relación con la injusticia y el error en que se puede incurrir, al condenar a un imputado que resulta ser inocente, luego de haber sido formalizado por crimen o simple delito.

4.4 Extensión del derecho al secreto profesional a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial.

No solo tiene el carácter de confidencial aquella información que es proporcionada de manera ya sea escrita o verbal por el cliente a su abogado, sino que también lo es aquella contenida en cualquier soporte físico o electrónico y cualquiera sea el lugar en que ésta se encuentre. Asimismo, las reglas que regulan el secreto se extienden en iguales términos a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar, entregar o exhibir documentos u otros soportes físicos, electrónicos o de cualquiera naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad. (Artículo 64).

5. EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO EN EL DERECHO COMPARADO

5.1 Derecho Español

En el derecho español, la obligación de guardar el secreto profesional por parte del abogado tiene consagración constitucional. Así lo entiende en su mayor parte la doctrina, teniendo como base lo dispuesto en el artículo 20.1 d) de la Constitución, el que establece que “la Ley regulará el derecho al secreto profesional en el ejercicio de las libertades de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Asimismo, el artículo 24.2 de la misma Carta consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y dispone: “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivo”. En consecuencia, la Constitución Española contiene un mandamiento en orden a preservar el secreto profesional.

En cuanto a la regulación legal, el artículo 542.3 de la Ley Orgánica, N°6/1985, del Poder Judicial dispone que: “Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”. Asimismo, el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispensa de la obligación de declarar al abogado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

En el ámbito de la regulación profesional, el Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, consagra el secreto profesional como un deber de carácter general²³.

²³ El artículo 32, configurándolo como un deber de carácter general del abogado postula:

“1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (actualmente el artículo 542.3 tras la reforma operada por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre), los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.”

Por su parte, el Código Deontológico Español regula con más detalle obligación de secreto profesional del abogado²⁴. El artículo 5, numeral primero, dispone que “(...) [l]a confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, Ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (...)”. La misma norma se refiere a la extensión de la obligación de secreto, señalando que “comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”.

En consecuencia, conforme al derecho español, el secreto profesional es un derecho-deber del abogado, que tiene una dimensión o fundamento preponderantemente constitucional, y que se extiende a toda la información que el abogado pueda conocer en razón de su actuación profesional. En razón de su consagración constitucional, la doctrina española concluye un estrecho vínculo entre el secreto profesional y el derecho a la defensa.

5.2 Derecho Angloamericano:

En el derecho angloamericano, el secreto profesional en la relación abogado-cliente es la más antigua prerrogativa en materia probatoria reconocida fundamentalmente en base a dos desarrollos jurisprudenciales²⁵: el privilegio

²⁴ Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 27 de septiembre de 2002.

²⁵ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383 (1981). Disponible on line en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/383/case.html>

abogado-cliente (*attorney-client privilege*) y la doctrina del producto del trabajo (*work-product doctrine*), siendo esta última un complemento extensivo del ámbito cubierto por la primera, que es muy restringido. Ambas prerrogativas ponen límites al procedimiento de proposición de la prueba

El privilegio tiene como razón de ser, que quien busca consejo o asesoría de un abogado pueda estar completamente libre de cualquier temor de que sus secretos sean descubiertos, de esta manera el abogado puede proporcionar un asesoramiento profesional más preciso y razonado, y el cliente puede confiar en que sus declaraciones al abogado no le traerá consecuencias adversas o se utiliza en contra de su interés.

En general, los elementos básicos para establecer su existencia son (1) una comunicación; (2) que tenga lugar entre personas privilegiadas; (3) en confianza; (4) con el fin de buscar, obtener o proporcionar asistencia legal al cliente, y (5) que el privilegio no haya sido renunciado por el cliente. Dado que el privilegio pertenece al cliente, y no al abogado, el cliente tiene la autoridad final para afirmarlo o renunciar a él.

Los tribunales han resuelto que el privilegio no es absoluto y que el reconocimiento de un privilegio basado en una relación confidencial debe ser determinado sobre un análisis caso por caso. En este sentido, no todos los aspectos de la relación abogado-cliente están protegidos o cubiertos por privilegio de abogado-cliente, por ejemplo, la existencia de la relación o su duración no es información privilegiada.

El privilegio abogado-cliente únicamente protege la esencia de la comunicación que ha tenido lugar en el marco de la relación profesional entre el cliente y el abogado y sólo incluye la información que se dio para propósitos de la representación legal. Si la información está o puede estar disponible a través de otra fuente no se aplica el privilegio, pero la protección se extiende más allá de la relación inmediata entre el abogado y el cliente para incluir a socios de un abogado y miembros o personal de la oficina, por ejemplo, secretarias, oficinistas, telefonistas, mensajeros, que coadyuvan al abogado en el desarrollo de sus funciones normales. Asimismo, de las excepciones más comunes al privilegio incluyen, la muerte del cliente y la excepción en caso de crimen o fraude, dado que si un cliente solicita el asesoramiento de un abogado para cometer o encubrir un crimen, esa comunicación no puede quedar amparada por el privilegio.

Por su parte, los materiales y documentos confeccionados con motivo o causa del litigio (*work-product doctrine*), también quedan protegidos. La doctrina del producto de trabajo específicamente protege las notas del abogado, sus observaciones, ideas e investigación del proceso de descubrimiento de pruebas en juicio.

5.3 Derecho Portugués

La Constitución de la República Portuguesa consagra en el artículo 20 n°2, que todos los ciudadanos tienen derecho a la información y asesoramiento jurídico y asistencia letrada.

En el ordenamiento jurídico portugués diversas normas tienen la finalidad de proteger el secreto profesional del abogado, entre ellas, La “Nueva Ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales” (Ley 52/2008 de 28 de

agosto) consagra en el número 3 del artículo 144, el derecho a la protección del sigilo profesional, así como el derecho a la especial protección de las comunicaciones con el cliente y a la preservación del sigilo de la documentación relativa al ejercicio de la defensa²⁶. En materia penal, el artículo 195 del Código Penal Portugués consagra el delito de revelación de secreto ajeno, en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte.

Ahora bien, en el ámbito procesal penal de acuerdo con el artículo 135 n°1 del Código de Proceso Penal, los abogados pueden abstenerse de prestar declaraciones como testigo, sobre los hechos cubiertos por el secreto profesional. El artículo 179 n°2 del mismo código, prohíbe, bajo sanción de nulidad, la aprehensión de cualquier forma de correspondencia entre el cliente y su defensor, salvo resolución fundada del juez en caso que hayan antecedentes que permitan sospechar que aquélla constituye objeto o elemento de comisión de un delito.

En lo que respecta a la regulación ético-profesional, el Estatuto de la Orden de Abogados consagra una serie de reglas de protección del despacho del abogado o lugar dónde este mantenga documentos o antecedentes profesionales. De acuerdo a lo anterior, la imposición de sellos, el inventario de bienes, las búsquedas y diligencias equivalentes en el despacho del abogado o en otro local donde éste tenga su archivo, así como la interceptación y grabación de comunicaciones o de conversaciones, sólo pueden ser ordenadas por el Juez competente. Asimismo, el Estatuto prevé que en la diligencia a practicar tendrá que estar presente el abogado

²⁶ El numeral 3º dispone: “3 - A imunidade necessária ao desempenho eficaz do mandato forense é assegurada aos advogados pelo reconhecimento legal e garantia de efectivação, designadamente:

- a) Do direito à protecção do segredo profissional;
- b) Do direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de actos conformes ao estatuto da profissão;
- c) Do direito à especial protecção das comunicações com o cliente e à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa”.

en cuestión así como el Presidente del Consejo Distrital de la *Orden de Abogados*²⁷. El artículo 71 del Estatuto, consagra la prohibición de aprehensión de la correspondencia vinculada al ejercicio de la profesión.

Finalmente, el abogado queda sujeto a guardar el secreto profesional aunque cuente con la dispensa del cliente. Sólo el respetivo Presidente de Consejo Distrital puede desvincular al abogado de su obligación de mantener el secreto.

²⁷ El Artículo 70 del Estatuto de la Orden de Abogados EOA, dispone:

“1 - A imposição de selos, o arrolamento, as buscas e diligências equivalentes no escritório de advogados ou em qualquer outro local onde faça arquivo, assim como a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço electrónico, utilizados pelo advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo juiz competente.

2 - Com a necessária antecedência, o juiz deve convocar para assistir à imposição de selos, ao arrolamento, às buscas e diligências equivalentes, o advogado a ela sujeito, bem como o presidente do conselho distrital, o presidente da delegação ou delegado da Ordem dos Advogados, conforme os casos, os quais podem delegar em outro membro do conselho distrital ou da delegação.

3 - Na falta de comparência do advogado representante da Ordem dos Advogados ou havendo urgência incompatível com os trâmites do número anterior, o juiz deve nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da Ordem dos Advogados ou, quando não seja possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório ou arquivo pertencer.

4 - Às diligências referidas no n.º 2 deste artigo são admitidos também, quando se apresentem ou o juiz os convoque, os familiares ou empregados do advogado interessado.

5 - Até à comparência do advogado que represente a Ordem dos Advogados podem ser tomadas as providências indispensáveis para que se não inutilizem ou desencaminhem quaisquer papéis ou objectos.

6 - O auto de diligência faz expressa menção das pessoas presentes, bem como de quaisquer ocorrências sobrevindas no seu decurso.”

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A DEFENSA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD COMO FUNDAMENTOS DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS HUMANOS, DERECHOS CONSTITUCIONALES

Los derechos fundamentales son consustanciales a las personas. Los seres humanos por el sólo hecho de ser reconocidos como tales y con independencia de los caracteres o circunstancias que los distinguen entre sí, gozan de facultades o atributos que son inherentes a su propia naturaleza y dignidad y que representan o cimientan valores esenciales de una sociedad²⁸.

Para JOSÉ LUÍS CEA, los derechos fundamentales son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de

²⁸ De acuerdo a la fundamentación iusnaturalista de los derechos fundamentales existe de un derecho natural, que consiste en un ordenamiento universal que surge de la propia naturaleza humana, del cual se derivan derechos o facultades que ostenta la persona. Antonio Truyol y Serra escribe “[d]ecir que hay derechos humanos (...) equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”. Citado por NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2017-07-20], pp.403-466. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>.

Ahora bien, en el caso del positivismo, los derechos fundamentales o derechos humanos, serían los que cada ordenamiento jurídico consagra a los individuos o a las personas. Muchas veces el concepto se extiende a los derechos constitucionales.

En todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales, pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional, y que vinculan a las personas y a los Estados. Idem.

esa dignidad...”²⁹. La dignidad de la persona implica un reconocimiento a su estatus, a su superioridad por sobre todo lo existente en cuanto ser libre y racional.

GREGORIO PECES-BARBA, sostiene que el concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea éste consuetudinario o convencional (derecho internacional de los derechos humanos)³⁰.

La protección a la individualidad de la persona se verifica a través del reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales. La fundamentalidad de los derechos tiene su razón de ser en la vinculación con la dignidad humana. “La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimienta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República democrática y del Estado de Derecho” “(...) La denominación utilizada de **derechos "esenciales"** o **«humanos»**, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundamentador del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico”³¹.

²⁹ CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2002. Pág. 221.

³⁰ PECES-BARBA, GREGORIO, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, España, 1995, p. 37.

³¹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2017-07-20], pp.403-466. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

Los derechos fundamentales fluyen de la esencia misma de la persona y en cuanto representan valores superiores de todo ordenamiento son vinculantes para el Estado. El bienestar general de las personas y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. El inciso 4 del artículo 1° de la Constitución así lo establece “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Por un lado son exigibles respecto del Estado y sus instituciones, todos quienes tienen el deber de respetarlos, en ese entendido constituyen límites a la soberanía del Estado³². Este principio está expresamente consagrado en nuestra Constitución Política que en su artículo 5 inc. 2°, establece que: “[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

El artículo 19 de la Constitución señala: “[l]a Constitución asegura a todas las personas”, y luego se enumeran en forma no taxativa derechos protegidos. A su vez, el artículo 19, núm. 26 garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen garantías que ésta establece o

00122003000100020&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>.

³² La obligación del Estado de garantizar los derechos le exige a éste asegurar la eficacia práctica de los derechos humanos con todos los medios a su alcance, estableciendo instituciones y procedimientos normativos y jurisdiccionales que permitan superar las amenazas, perturbaciones o privaciones al ejercicio de tales derechos por las personas.

que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Los derechos humanos representan la decisión básica del Constituyente, a través de la cual los valores rectores éticos y políticos de la sociedad alcanzan expresión jurídica.

El mandato constitucional impone al Estado y sus instituciones no sólo el deber de respeto de los derechos fundamentales, sino también el deber de promoverlos, estableciendo los medios que aseguren la observancia efectiva de los derechos consagrados.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y SECRETO.

El derecho a la intimidad o privacidad del cliente constituye uno de los fundamentos o sustentos teóricos de la institución del secreto y en particular del secreto profesional. Buena parte de la doctrina entiende que el secreto en general se encuentra ineludiblemente vinculado a la tutela de la intimidad del titular del secreto.

El análisis del derecho a la intimidad o privacidad y su protección presenta problemas cuyo estudio en profundidad excede el objeto de este trabajo. Tales problemáticas, en términos generales, dicen relación con la denominación o conceptualización de este derecho y su fundamento, contenido y alcance. En lo que a dichas problemáticas se refiere, este trabajo adhiere a las posturas o tesis más generalizadas o predominantes en la materia.

En términos generales es posible señalar que lo privado o íntimo³³ alude a un espacio que se quiere mantener en reserva, y del que quedan excluidos los demás.

³³ Para algunos se trataría de derechos distintos. Al respecto, véase. DESANTES, José María. El Derecho fundamental a la intimidad. Conferencia. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46_desantes.pdf

Este espacio puede ser más o menos acotado, por lo que va a ser relativo, depende del contexto y las circunstancias del lugar y época determinada y también de la voluntad del titular. Este elemento de exclusión de los demás, es común hallarlo en las definiciones o intentos por conceptualizar el derecho a la intimidad o privacidad. Aunque se ha entendido que no basta para conceptualizar el derecho a la intimidad su definición en términos negativos, como aquello que se sustrae del público conocimiento.

Se ha entendido que la intimidad es un concepto de carácter material mediante el cual la normativa jurídica define el área que cada uno de los ciudadanos reserva para sí y sus íntimos, apartándola, en mérito al contenido de la acción o de la situación de que se trate, del conocimiento de terceros. Es de destacar, desde ya, que lo protegido no es el dato, sino la persona titular del mismo”³⁴.

El pleno desarrollo y reconocimiento de la calidad de persona exige el derecho a mantener reserva sobre ciertas actuaciones u opiniones suyas y obtener amparo legal para impedir que sean conocidas por otros. En este sentido, lo íntimo o privado alude también a un espacio de libertad del titular del derecho en el que puede desenvolverse sin intromisiones de terceros. Sólo de esta manera se asegura el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la vida privada se encuentra expresamente reconocido por nuestra Constitución Política. El artículo 19 N° 4, asegura: “[e]l respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

Asimismo, la citada norma prescribe:

³⁴ BATLLE SALES, Georgina. El derecho a la intimidad privada y su regulación, Marfil, Madrid, 1972, pág. 23 y ss.

“5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Si bien la Constitución recoge la idea de “vida privada” como bien jurídico digno de protección, no existe una definición en la norma constitucional ni en la ley de lo que debe entenderse por “vida privada”, por lo cual su conceptualización y delimitación han sido objeto de desarrollo jurisprudencial.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, reconociendo esos principios, en su artículo 11.2-3 dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La delimitación del contenido y alcances del derecho a la intimidad ha sido abordada por distintos autores. Una teoría bastante generalizada que toma como base la idea de lo íntimo o privado como oposición a lo público, es aquella de acuerdo a la cual es posible la gradación de este derecho en tres manifestaciones de la personalidad que van desde lo estrictamente íntimo a lo totalmente público. De acuerdo a esta teoría, denominada “de las esferas”, la esfera más concéntrica de este derecho es la que recibe o debe recibir una mayor protección por parte del ordenamiento. La esfera de radio más amplia es la esfera individual, que comprende la protección del individuo en la sociedad; se incluyen en ella, por ejemplo, como aspectos protegidos, la integridad corporal, el honor o el nombre. La segunda esfera, que tiene ya un radio menor, es la esfera privada, que abarca la defensa del individuo ante la sociedad; es decir la protección del ámbito más personal e íntimo de la vida (*privatsphäre*), abarca todos los comportamientos, noticias, etc., que el sujeto

desea que no se conviertan en objetos de dominio público (por ejemplo, la propia imagen). En un espacio más interior se acuña la esfera confidencial o de confianza (vertraulichkeitssphäre) que comprende aquellos hechos, noticias, etc., de los que el sujeto hace partícipes a personas de particular confianza (...) De esta esfera confidencial están excluidas, por tanto, incluso personas que operan en la vida privada y familiar. Por último, aparece el coto más exclusivo de la esfera de secreto (geheimisphäre) atinente aquellos hechos, noticias o datos que por su naturaleza, resultan vocacionalmente inaccesibles a todo el que no sea titular personal directo y quien lo es, tan sólo, en su carácter de confidente necesario del secreto³⁵.

Tomando como base esta teoría, es posible señalar que el derecho a la intimidad comprendería una esfera de secreto, conformado por todos aquellos hechos o acontecimientos que la persona sólo se ve en posición de revelar a determinadas personas que tienen el carácter de confidente necesario. Esta esfera de secreto se consustancia con lo más medular de la libertad del individuo. Una línea de pensamiento sostiene que la intimidad está profundamente conectada con el reconocimiento del valor de la persona, su dignidad, y su autonomía.

El individuo es libre de dar a conocer a terceros aquello que constituye su vida privada o íntima, pero las circunstancias pueden incidir en que pueda enfrentarse a la necesidad de revelar o exponer aspectos de su vida que en otras circunstancias no compartiría con otros o con esa persona en particular. Tal es el caso de quienes se ven en la necesidad de acudir a un profesional jurídico en busca de asesoramiento legal o defensa.

³⁵ CERVINI, Raúl. El elemento estatutario del secreto como instrumento de efectiva realización de las garantías. Disponible en línea: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080630_01.pdf. Fecha de consulta: 22.03.2016. Según refiere el autor, la separación entre las distintas esferas no es absoluta, sino que por el contrario existe una comunicabilidad funcional entre ellas.

La relación cliente abogado supone que ésta se dé en un contexto de confianza que posibilite la apertura y el sinceramiento del cliente hacia el abogado. Sólo en la medida que el cliente pueda confiar en que el abogado no revelará los hechos e informaciones que le están siendo confidenciadas, el abogado podrá tener un conocimiento adecuado de los hechos del caso que le permita desempeñar adecuadamente su función como profesional, y consecuentemente, dar cumplimiento al rol institucional que le es atribuido a la abogacía dentro del ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, la protección de la intimidad del cliente, quien en la mayoría de los casos se encuentra en la necesidad de exponer aspectos de su vida íntima o privada al profesional, y el resguardo de las comunicaciones efectuadas en ese contexto, es lo que hace posible que ellas sean precisamente confiadas al abogado.

En consecuencia, el interés individual del cliente, expresado en la protección a la confianza que éste deposita en el abogado, constituye uno de los fundamentos del deber de confidencialidad. Los otros fundamentos que se han esgrimido son el interés corporativo en la integridad de la profesión y el interés colectivo en el adecuado desempeño del rol institucional de los abogados dentro del sistema jurídico y en particular dentro de la administración de justicia, lo que requiere un flujo desinhibido de información entre el abogado y el cliente.

3.- DERECHO A LA INTIMIDAD COMO FUNDAMENTO DEL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.

El secreto profesional del abogado obliga a éste a mantener reserva de la información de carácter confidencial relacionada con el “caso” y el cliente que acude al despacho del abogado. La institución del secreto profesional en nuestro ordenamiento, así como en el derecho comparado, se encuentra estrechamente

ligada al carácter confidencial de la relación entre el abogado y el cliente, en términos que la obligación de secreto se extiende únicamente a las comunicaciones entre ambos que tengan el carácter de confidencial³⁶. La confidencialidad proviene de “confidencial” que es aquello que se hace o se dice en la confianza de que se mantendrá la reserva de lo hecho o lo dicho, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española. De esta manera, la confidencialidad supone mantener resguardo de los hechos o informaciones que se confían a alguien bajo la expectativa del titular que éstos no llegaran a ser conocidos por terceros. En último término, los deberes de confidencialidad protegen la autonomía del individuo de hacer o no partícipes a terceros, de informaciones o hechos de los que se está en conocimiento, en el caso de las personas que requieren servicios o asesorías de un abogado, estas informaciones y hechos, en muchos casos dicen relación con aspectos de la vida privada o íntima de los clientes.

El Código Penal sanciona a los profesionales, incluidos los abogados, que revelen los secretos que en razón de sus funciones se les hubieren confiado. El artículo 247 del Código Penal, dispone que. “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

³⁶ El artículo 7º del Código de Ética del Abogado (2011), prescribe: “[c]onfidencialidad y secreto profesional. El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión, en los términos establecidos por las reglas del Título IV de la Sección Primera de este Código. Artículo 60. Deber de cautelar el secreto profesional. Si un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional”.

Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”. El artículo 247, como puede apreciarse, regula en sus dos incisos el delito de violación de secretos privados cometido por funcionarios públicos (inciso 1º) y el cometido por profesionales titulares (inciso 2º). Por su parte el artículo 231 del CP establece que: “[e]l abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

El bien jurídico protegido en los delitos de violación de secretos es la libertad personal en el ámbito de la intimidad del individuo respecto del cual se revelan los secretos³⁷. Quien revela el secreto de otro vulnera esta esfera de exclusión, dado que desconoce la voluntad de quien ha decidido mantener en la intimidad cierta información que no desea que sea conocida por otros. Asimismo, en el caso de la violación de secretos de particulares cometida por un profesional, el bien jurídico que se tutela es la correcta prestación de servicios profesionales, toda vez que existe un deber en cada profesional de mantener en secreto y no divulgar aquella información que el particular – cliente – desea mantener en reserva³⁸. Todo esto se debe a que en la relación entre el profesional y su cliente existe un vínculo de confianza que supone la sinceridad de este último en cuanto a entregar los antecedentes verdaderos respecto del tema a tratar por el profesional, mientras que del profesional

³⁷ MARCHETTI CÁRDENAS, Laura Sofía. Protección penal del secreto de particulares. Estudio comparativo de los artículos 231 y 247 del Código Penal y justificación del secreto profesional del abogado como un tipo penal diferenciado. Revista Colegio de Ayudantes Derecho UC / ISSN 0719-6091. Disponible on line en: http://www.coaduc.cl/revistacoaduc/proteccion-penal-del-secreto-de-particulares-estudio-comparativo-de-los-articulos-231-y-247-del-codigo-penal-y-justificacion-del-secreto-profesional-del-abogado-como-un-tipo-penal-diferenciado/#_ftnb. Fecha de consulta: 22.01.2017.

³⁸ Idem.

se espera que no divulgue lo que, en virtud de la calidad que reviste, le será revelado. En definitiva, el legislador pretende sancionar las conductas de los profesionales que implican un quebrantamiento e incumplimiento de la mutua confianza que existe entre el cliente y el profesional a cargo³⁹.

La Corte Constitucional Colombiana se ha referido a la vinculación entre el secreto profesional y el derecho a la privacidad del cliente en los siguientes términos: “Por otro lado, es indudable que el secreto profesional tiene relación inescindible con el derecho a la intimidad de quien es usuario de los servicios (...) toda vez que la única razón para que datos integrantes de la esfera reservada personal o familiar estén siendo transmitidos a otra persona es la necesidad de apoyo inherente a la gestión demandada y la consiguiente confianza que ella implica”⁴⁰.

En virtud de lo anterior, la Corte ha entendido que el secreto profesional tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto.

Con todo, es posible señalar que en el caso del abogado la relación entre el secreto profesional y el derecho a la intimidad del cliente no constituye el fundamento primordial o único de la obligación de mantener el secreto, a diferencia de lo que ocurre con la relación existente entre el médico y su paciente. A decir verdad, en el caso del abogado, la escasa doctrina suele atender a la función que desempeña el abogado, si la gestión encomendada al abogado no se encuentra vinculada a

³⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2008): Delitos contra la función pública. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 519.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-151 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Disponible on-line: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-151-96.htm

labores de defensa, entonces el fundamento del secreto profesional puede encontrarse casi exclusivamente en la protección a la integridad de la profesión, y la confianza, así como en la protección de la intimidad o la vida privada del cliente. Por el contrario, cuando el abogado ejerce labores de defensa o de representación judicial del cliente, la obligación de reserva tiene como fundamento principal, el derecho a la defensa y el debido proceso.

Según se ha señalado, la privacidad o intimidad del cliente es uno de los fundamentos de la obligación de secreto, y en general, de los deberes de confidencialidad del abogado, en atención a la función o actividad que el abogado desempeña y la confianza que envuelve la relación entre el abogado y el cliente. La actividad del abogado, así como la del médico, precisa una disposición por parte del cliente en orden a exponer aspectos de su vida privada al profesional, como contrapartida, es posible entender que la obligación de reserva no alcanza la información que no tiene ese carácter privado, reservado o confidencial, ya sea porque dicha información siempre ha sido pública o conocida por terceros, o porque el cliente es quien ha autorizado la revelación.

Sin embargo, desde el punto de vista de la privacidad no se divisan diferencias entre el deber de confidencialidad y el ámbito más acotado de confidencialidad que constituye el secreto profesional. De ahí, que sea posible señalar que si bien la privacidad o intimidad es uno de los fundamentos del secreto no es un fundamento determinante, dado que también aparece como fundamento de los deberes de confidencialidad que pesan sobre el abogado. En otras palabras, la protección a la privacidad del cliente, en el caso de los abogados, no es factor exclusivo para el establecimiento de una norma que exima al abogado de declarar en razón del secreto profesional, aun cuando contribuye a delimitar sus alcances. Obrán también como fundamento de la obligación de secreto, el interés social en el ejercicio

profesional de la abogacía, la protección de la confianza y muy especialmente la protección del derecho de defensa y la administración de justicia.

La intimidad como derecho de la personalidad constituye un fundamento jurídico genérico o básico de la institución del secreto profesional, ello sin perjuicio de que en un análisis detallado de distintas profesiones aparezcan otros fundamentos que puntualmente lo desplacen en importancia.

4. EL DERECHO A DEFENSA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

4.1 El derecho A defensa como derecho fundamental. Concepto y manifestaciones.

El derecho a defensa puede ser conceptualizado como un derecho fundamental de naturaleza procesal que asiste a cualquier persona que se vea enfrentada a una acción, reclamación o una demanda en el proceso civil o a una imputación en el ámbito penal. La defensa en cuanto derecho fundamental emana de la dignidad humana, en el entendido que la condición de persona y el respeto a esa condición exige que dentro del proceso se asegure a toda persona la posibilidad y los medios para hacer valer los derechos que el ordenamiento le reconoce y confiere frente a alguna imputación o reclamación que se formule en su contra.

El artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución⁴¹ asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, y en ese contexto, se

⁴¹ El artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

“3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido

consagra el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, de manera tal que a ninguna autoridad o individuo le está permitido impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado cuando ésta hubiere sido requerida.

Pese a que la posibilidad de defensa se contempla en cualquier tipo de proceso, es en materia procesal penal donde mayor interés concita la proscripción de la indefensión.

El derecho de defensa es definido por GIMENO SENDRA como “el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente”⁴².

Para MONTERO AROCA, el derecho de defensa, en cambio, "se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y probar para conformar la resolución judicial, y de que conozcan y

requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley”.

⁴² GIMENO SENDRA, V., citado por: HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002). Pág. 76.

puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial" se trataría de una de las facetas del *principio de contradicción*, que consistiría a su vez en un "mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano judicial".⁴³

Según lo ha entendido la doctrina, fundamentalmente en su proyección al ámbito procesal penal, este haz de derechos reunidos en el concepto de "derecho de defensa", reconocidos a nivel de tratados internacionales, y por tanto, con rango constitucional por aplicación del art. 5 inc. 3º de la CPR, presenta dos aristas, una, a la que denominamos derecho de defensa material, y que consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado; y, otra, a la que llamamos derecho de defensa técnica, consistente en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. La relación que existe entre una y otra, radica en que la *defensa técnica* es consecuencia necesaria de la efectiva *defensa material*⁴⁴. En consecuencia, el derecho a defensa se proyecta en dos sentidos; uno material o substancial, que se refiere al conjunto de derechos y garantías de carácter procesal, que aseguran los medios, modalidades y privilegios a través de los cuales las partes y los intervinientes pueden ejercer una óptima defensa siendo esto el derecho de defensa, en sentido amplio. El segundo, formal o institucional o técnica, se refiere al derecho de la parte a contar con asistencia letrada⁴⁵.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ El derecho de defensa presenta un fundamento complejo. En lo referido a la defensa formal, tiene su razón de ser en el carácter técnico del proceso, de las normas que lo disciplinan y en la necesidad, pues, de respetar el principio de igualdad entre las partes.

En el ámbito procesal penal el derecho a defensa alcanza especial plenitud y significado, teniendo por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, lo que permite equiparar la posición del imputado frente al Estado que es quien tiene a su cargo la persecución penal.

El Código Procesal Penal consagra como principio la obligatoriedad de la defensa técnica⁴⁶. El artículo 8 del Código Procesal Penal establece el derecho del imputado a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. El imputado tiene plena libertad para elegir un defensor que sea de su confianza y todo imputado que carezca de abogado tiene el derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno⁴⁷. Además del derecho a contar con un defensor de su confianza (defensa técnica), la norma consagra el derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones que considerare necesarios u oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley (defensa material).

⁴⁶ El imputado tiene derecho al defensor técnico, este derecho tiene tres manifestaciones:

- Derecho al defensor de confianza.
- Derecho al defensor penal público.
- Derecho al defensor penal gratuito.

⁴⁷ Artículo 102.- Derecho a designar libremente a un defensor. Desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza. Si no lo tuviere, el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.

Si el imputado se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquél correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare.

El juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia, con el objeto de que acepte la designación del defensor.

Si el imputado prefiriere defenderse personalmente, el tribunal lo autorizará sólo cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa; en caso contrario, le designará defensor letrado, sin perjuicio del derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8º.

En sus dos manifestaciones, la necesidad de defensa se traduce en una exigencia de validez del proceso, de las actuaciones procesales y la sentencia que finalmente se dicte. Como consecuencia, la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley lo exigiere trae consigo la nulidad de dicha actuación según lo prevé el artículo 103⁴⁸.

Asimismo, de acuerdo al artículo 104 del referido código, el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente la ley reserve su ejercicio al propio imputado.

En el ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, con rango constitucional por aplicación del art. 5 inc. 2º de la CPR, establece que toda persona acusada de un delito, durante el proceso tendrá derecho a unas garantías mínimas, entre las cuales, se encuentra la de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (art. 14).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADDHH) consagra el derecho a defensa en los artículos 8.2, a, b, c, d, e, f y g, y 8.5 de la Convención, esta garantía incluye el derecho del imputado a ser asistido por un traductor, el derecho del procesado a ser asistido por un traductor o intérprete, la concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, la defensa material y defensa técnica (artículo 8.2.d y 8.2.e de la Convención), el

⁴⁸ Artículo 103.- Efectos de la ausencia del defensor. La ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 286.

Renuncia o abandono de la defensa: si el defensor renunciare formalmente, no queda liberado del deber de realizar los actos inmediatos y urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado. En caso de renuncia o abandono de hecho, el tribunal deberá de oficio designar un defensor penal público, a menos que el imputado se procure antes un defensor de su confianza (Art. 107).

principio de intimación y de imputación, el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas (artículo 8.2.f), el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g), el derecho a un proceso público (artículo 8.5 de la Convención Americana).

El derecho del imputado de ser asistido por un defensor privado o uno proporcionado por el Estado, debemos relacionarlo con el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor. Únicamente en la medida que se asegure la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado defensor y el imputado es posible asegurar una plena defensa técnica. Si la injerencia en dichas comunicaciones por parte de terceros o del órgano persecutor, fuera la regla general y no la excepción, el defensor estaría impedido de efectuar una adecuada defensa de los derechos del imputado y el imputado se vería privado de la confidencialidad y la confianza necesarias para exponer libremente sus planteamientos y “su caso” al defensor. En este contexto, la existencia de confidencialidad entre el abogado y el defensor resulta imprescindible para preparar la defensa técnica, valorar la conveniencia o no de la declaración del imputado y la forma de hacerlo, como también valorar aquella información que debe ser mantenida en secreto como aquella que pueda ser aportada⁴⁹.

4.2 Contenido del derecho a defensa.

El derecho a defensa comprende a su vez un cúmulo de derechos sin cuyo reconocimiento constitucional y legal no podría existir una efectiva defensa, o ésta se vería mermada o disminuida. A decir verdad, en los sistemas procesales penales, la

⁴⁹ Resulta importante detenernos en este punto ya que, según veremos más adelante, la asistencia letrada y la defensa, debe ser real y efectiva, lo que supone que además se otorgue libertad a los abogados defensores para que desempeñen su cometido.

gran mayoría de los derechos que la ley consagra y reconoce al imputado tienen precisamente por objeto evitar dejarle en indefensión.

Según HORVITZ LENNON Y LÓPEZ MASLE⁵⁰, el derecho a defensa comprende a su vez los siguientes derechos: a) El derecho a ser oído, lo que abarca a su vez el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa; b) el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo; c) el derecho a probar los hechos que el mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; d) el derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y e) el derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente y asista.

Por su parte se ha entendido que el derecho a defensa en el sentido material comprende: a) derechos de información; b) derechos de intervención en el procedimiento; y, c) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal. Asimismo, el derecho de defensa en el sentido técnico, comprende: a) el derecho a la autodefensa técnica; y, b) el derecho del imputado a designar un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se inste de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público.

El artículo 93 del CPP, consagra los derechos y garantías que le son reconocidos por la ley a toda persona que tiene calidad de imputado y que puede hacer valer desde que la investigación se dirige en su contra y hasta el término del procedimiento. No se trata de una enumeración taxativa dado que de acuerdo al

⁵⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob Cit. Pág. 79.

precepto, el imputado, en especial, tendrá los derechos allí enumerados, lo que debe entenderse sin perjuicio de los demás derechos que le son reconocidos por la Constitución y las leyes. Así, conforme el citado artículo, el imputado tiene derecho: a) a que le sea informada de manera clara y oportuna hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, b) a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (defensa técnica), c) tiene derecho a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen; d) solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación; e) solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare; f) solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare; g) guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento; h) no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, e i) no ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía”⁵¹.

Tomando en consideración los dos aspectos de la defensa, la defensa material, estaría integrada por derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención a las autoridades de persecución penal pública.

⁵¹ En lo que se refiere a los derechos del imputado privado de libertad, el Art. 94 establece garantías adicionales. Establece que el imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos (entre otros):

- a) A que se le exprese el motivo de su privación de libertad.
- b) A ser conducido sin demora ante el tribunal.
- c) A solicitar del tribunal que se le conceda la libertad.
- d) A entrevistarse privadamente con su abogado.
- e) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo lo dispuesto en el Art. 151.

El derecho a la defensa técnica estaría integrado, a su vez, por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos y facultades del defensor mismo⁵².

4.3 El derecho a la defensa y el debido proceso

El elemento que caracteriza el Estado de Derecho es el respeto por la Constitución y las leyes, de manera tal que todas las personas y órganos del Estado deben ajustarse a sus planteamientos y prescripciones. Para EDUARDO GANDULFO, el Estado de Derecho alude a “un modelo de Estado organizado en torno a los ciudadanos, en el cual el poder de los gobernantes se halla distribuido racionalmente, sometido a un manajo de controles, límites y barreras, articulados coherentemente, y en el cual se reconocen y garantizan efectivamente los derechos y libertades de todas las personas⁵³.

En ese orden de ideas el Estado se organiza en torno a la persona, de tal manera que los derechos humanos fundamentales se encuentran consagrados y son reconocidos a los individuos por la Constitución y las leyes⁵⁴.

En el ámbito jurisdiccional, los requerimientos del Estado de Derecho se traducen en el respeto a la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco que garantice la dignidad humana y el respeto de los derechos fundamentales dentro de cualquier tipo de proceso. La lógica del Estado de Derecho exige que se llegue a la justicia sólo de acuerdo a una determinada forma, cual es, la del respeto a la dignidad del ser humano; y está representada por una idea muy concreta: la del

⁵² Idem, pág. 77.

⁵³ GANDULFO R. Eduardo. Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 20, 415-474, p. 425, año 1999.

⁵⁴ De acuerdo a lo establecido por el artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución Política.

debido proceso (...), que se impone como imperativo sobre las autoridades y ciudadanos. No constituyen una alternativa válida para el sistema otros tipos de procedimientos o alguna variación de aquél, de tal manera que una situación contraria a dicho imperativo es sancionada fuertemente por los órdenes jurídicos de los Estados de Derecho⁵⁵.

El debido proceso o juicio justo supone la existencia de un cúmulo de garantías del proceso y el procedimiento, que expresan los principios fundamentales del Estado de Derecho. Para BORDALÍ, con el debido proceso o racional y justo procedimiento, estamos frente a un derecho fundamental o principio constitucional que hace las veces de un contenedor de varias garantías procesales para los justiciables, en algunos casos expresamente señaladas por el constituyente en forma separada de la cláusula general, como ocurre con el derecho de defensa, el derecho a un juez natural, entre otras⁵⁶.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha relevado la significación de este derecho sosteniendo que "el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso y pertenecen a las más antiguas tradiciones de la justicia y del derecho"⁵⁷. La dimensión de defensa se vincula materialmente con la igual protección que da el

⁵⁵ En el ámbito penal es posible sostener que la legitimidad del *ius puniendi* del Estado, sólo se construye sobre la base de un celoso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los intervinientes. La aspiración de eficacia de la persecución penal y la búsqueda irrestricta del establecimiento de la verdad que siempre deviene en un mayor campo de acción y discrecionalidad del Estado, tiene como principal límite, la afectación de los derechos fundamentales del individuo que emanan de la naturaleza humana protegidos en un Estado donde lo que debe imperar es el derecho. CASTILLO VERA, Francisco. Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuento garantía del debido proceso. Microjuris. Boletín N° MJD199, 26 de marzo de 2008.

⁵⁶BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. Revista Chilena de Derecho, vol. 38, núm. 2, agosto, 2011, pp. 311-337 Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 621, de 29 de mayo de 2007, c. 6. Fallo disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>.

legislador en el ejercicio de los derechos. La modalidad de la defensa se conecta sustantivamente con el valor, el derecho y la pretensión legítima que se pretende recabar en la tutela judicial. Y en ese plano se ha de manifestar en un ejercicio de igual protección. El Tribunal ha hecho explícita esta conexión: " [e]l derecho a la defensa jurídica tiene una relación sustancial con el de igual protección de la ley en términos tales que viene a precisar el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas referida al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente"⁵⁸.

De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional, sea que la defensa se encomiende a un defensor o sea ejercida por el propio interesado (autodefensa), ésta constituye un presupuesto del debido proceso y se vincula a la tutela judicial efectiva. La defensa hace posible el desarrollo del debate en condiciones de igualdad para las partes o intervinientes, por lo que además de constituir un derecho para el interesado, en unión a otros principios y garantías del proceso, permite asegurar que el proceso se desarrolle en forma justa y equitativa.

En consecuencia, la debida intervención del letrado se erige como un presupuesto de validez del proceso, de manera que aun contra la propia voluntad del imputado, la defensa penal resulta obligatoria. Se trata de un derecho irrenunciable⁵⁹.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1001, de 28 de enero de 2008. C 16. Fallo disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>.

⁵⁹ El Artículo 373 del Código Procesal Penal, regula la procedencia del recurso de nulidad en los siguientes términos: "Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". Asimismo, el artículo 374, dispone: "Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga".

Véase también los artículos: "Artículo 159.- Procedencia de las nulidades procesales. Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera

5. EL DERECHO A LA DEFENSA Y EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO

Cuando nos referimos a la relación entre el abogado y el cliente, destacamos el grado de autonomía con que el abogado desempeña su labor. Esto no implica que su actuación pueda contraponerse a la voluntad de su defendido, sino que más bien el abogado actúa como un colaborador de los intereses del cliente. Junto a esta labor de “colaboración técnica”, la intervención del letrado satisface un interés público asociado a la correcta administración de justicia.

La conexión del derecho a la defensa con la correcta administración de justicia supone que el abogado pueda ejercer su función de forma autónoma, absolutamente libre de toda injerencia por parte de terceros y en particular por parte del juez. Solo así se satisfacen los principios o los requerimientos de un Estado de Derecho.

Del mismo modo, no puede existir una adecuada defensa si no media confidencialidad en la relación entre el abogado y el cliente. La confidencialidad es la base de la confianza que da origen a la relación profesional y permite al abogado articular la mejor o más adecuada estrategia de defensa. En cuanto directamente relacionado con el derecho de defensa, la confidencialidad del abogado es invulnerable, ya que el derecho de defensa del ciudadano quedaría en entredicho si su abogado tuviera que cooperar con la Administración de Justicia denunciándole a sus espaldas o aportando la información que aquél le facilitare para su defensa. Sólo de este modo, el cliente puede hablar con libertad y con confianza con su abogado, narrándole todos los hechos, sean o no delictivos, de tal forma que el abogado, con todos los datos en la mano, pueda plantear de la forma más adecuada la estrategia

de los intervinientes en el procedimiento”, y “Artículo 160.- Presunción de derecho del perjuicio. Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”.

procesal que crea más eficaz y conveniente para la defensa de su cliente. Es decir, el secreto profesional es un fundamento del derecho de defensa⁶⁰.

La vinculación entre el secreto profesional y el derecho a defensa ha sido reconocida por nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema conociendo de un recurso de queja en contra de ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por la resolución que pronunciaron el 25 de marzo del año 2011 y en cuya virtud confirmaron la sentencia pronunciada por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Por medio de dicha resolución el Tribunal de Garantía sobreseyó definitivamente por no ser constitutivos de delito, los hechos investigados, consistentes en la interceptación y grabación de una comunicación telefónica entre un imputado y su abogado defensor. La Corte tuvo presente al momento de acoger el recurso, entre otras consideraciones, que el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República establece el derecho de toda persona a tener una defensa jurídica en la forma que la ley señala y sin que “ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

Agrega el fallo que *“la intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde al abogado constituye una restricción o perturbación de su actividad, debiendo entenderse, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración*

⁶⁰ Un fallo del Tribunal Constitucional español sostiene que *“Si el cliente no pudiera facilitar a su abogado toda la información de que dispone, ni poner en su conocimiento todos los hechos por temor a que alguno de ellos pudiera ser utilizado en su contra, creemos que no se ejercería el derecho de defensa con la extensión, profundidad y plenitud que desea el legislador constitucional cuando dice en el art. 24 que «todos tienen derecho... a la defensa».*³⁹ STS de la Sala 3ª de 17 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1633). VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco Jiménez. La aportación de documentos por particulares: El secreto profesional. La libre circulación de pruebas penales. Espacio de libertad, seguridad y justicia, seminario AGIS, 2005. Disponible en: <http://www.uma.es/investigadores/grupos/incodeum/Archivos/COOP/LA%20APORTACION%20DE%20DOCUMENTOS%20POR%20PARTICULARES.%20EL%20SECRETO%20PROFESIONAL.pdf>. Fecha de consulta: 05.06.2015.

*del derecho a defensa se encuentra de manera principalísima contemplado el derecho-deber del secreto profesional*⁶¹.

La interpretación de nuestro máximo tribunal nos parece del todo correcta. Nuestra Constitución Política consagra el derecho a defensa no sólo en términos formales. No basta con asegurar la sola posibilidad de defensa a toda persona. La virtualidad de la norma radica en que la defensa, en los términos en que ha sido consagrada, debe poderse ejercitar efectiva y adecuadamente por el letrado o por el interesado en su caso, de otro modo, no estamos frente a una real defensa. Una intromisión no justificada ni autorizada por la ley de las comunicaciones entre el abogado y el cliente constituye una vulneración al secreto profesional del abogado, y según lo ha entendido la Corte, del derecho a defensa y a la intimidad del cliente.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional sosteniendo que "el derecho a la defensa jurídica y las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento constituyen piezas fundamentales en el justo y debido proceso"⁶². En consecuencia no basta la mera intervención del letrado para que se cumplan los presupuestos del debido proceso, se requiere de una "debida intervención" del letrado y que se lleve a cabo con autonomía, libre de restricciones o perturbaciones.

En el ámbito procesal penal, una intromisión en la esfera de confidencialidad de la relación entre el abogado y cliente, puede también afectar el derecho a no declarar contra sí mismo (principio de no autoincriminación), que tiene consagración

⁶¹ Cursiva es nuestra, ROL N°2663-11, pronunciada por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema. Para una revisión del fallo véase, VARAS ALFONSO, Paulino. El secreto profesional del abogado ampara la conversación telefónica entre este y su cliente Revista de Derecho Público Vol. 76, año 2012.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 621, de 29 de mayo de 2007, c. 6.

constitucional⁶³. En efecto, el imputado puede, como parte de su estrategia de defensa, sincerarse con el abogado defensor y confesar su participación en el hecho delictivo o aportar otros antecedentes que ha preferido callar en la investigación, haciendo uso de su legítimo derecho a guardar silencio. Si el abogado pudiera ser obligado a revelar esta información en el curso del proceso o si durante la investigación se permitiese acceder a las comunicaciones entre el abogado y su defendido, claramente se estaría vulnerando su derecho a guardar silencio y no declararse culpable.

⁶³ Constituiría una manifestación del derecho a defensa, pero también de otros derechos o principios como el principio de inocencia.

IV. ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL POR EL ABOGADO A PARTIR DE SU REGULACIÓN PROCESAL PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DEL ABOGADO DEFENSOR.

1. LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL EN LA LEY PROCESAL PENAL

El artículo 303 del Código Procesal Penal contempla la facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. En términos generales, la norma exime de la obligación de declarar a quienes tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente a lo que se refiere a dicho secreto⁶⁴.

Esta es la norma fundamental que en materia procesal penal regula o consagra la obligación de guardar el secreto profesional. La norma nada dice acerca de la extensión o alcance de dicha obligación, pero el inciso 2° contempla como excepción el caso en que la persona que hubiere confiado el secreto relevare del deber de guardarlo a aquél a quien se confía. Además de ello, circunscribe la obligación únicamente a aquello sobre lo que ha versado el secreto. Esta precisión resulta importante dado que a partir de ella podemos concluir que la obligación se refiere únicamente a información que se proporcione en confidencialidad o con carácter de secreto. Se trata además de información “que se ha confiado” al abogado, de manera que la obligación de secreto cubre sólo las comunicaciones que se hayan hecho por el cliente al abogado, y no cualquier información a la que haya tenido acceso el abogado y que no haya sido proporcionada por el cliente o que no diga relación con la labor de defensa o asesoría que desempeña.

⁶⁴ Ver nota al pie n°16.

Pero en los términos en que ha sido regulado en el Código Procesal Penal (CPP), el secreto profesional no sólo constituye una exención a la obligación de declarar a la que se encuentran sujetos los testigos y el abogado en este caso. Existe una serie de situaciones en que el legislador ha empleado el mismo razonamiento o consideración para dotar de protección a determinadas comunicaciones o documentos, relativos a la asesoría o representación legal que ejerce el abogado respecto del imputado o respecto de sus otros clientes, de manera que no puedan llegar a ser conocidos por terceros. Ello ocurre, por ejemplo, tratándose de la protección de objetos o documentos que se encuentren en poder de personas a quienes la ley reconoce el derecho a no prestar declaración (art. 220 CPP), o tratándose de la interceptación de comunicaciones entre el abogado defensor y el imputado (art. 222 CPP), aunque en este último caso el fundamento inmediato de la norma es la protección del derecho a defensa, por lo que en forma indirecta protege el secreto profesional.

..

En resumen, entendemos que a partir de su regulación procesal penal, el secreto profesional además de constituir una regla de exclusión probatoria respecto del abogado que le exime de declarar en juicio, obedece también a una exigencia legal en orden a proteger los derechos fundamentales involucrados y la integridad misma de la profesión. El secreto profesional no sólo exime del deber legal de declarar o informar ante el requerimiento de la autoridad, sino que también protege las comunicaciones, informaciones y documentos relativos a la labor de asesoría legal o defensa del abogado respecto del cliente, efectuadas en un marco de confidencialidad y que el cliente ha encomendado al abogado en razón de su formación profesional⁶⁵.

⁶⁵ Algunos ordenamientos como el canadiense reconocen la naturaleza sustantiva del privilegio abogado-cliente, atendiendo al interés público involucrado “El privilegio cliente-abogado es parte fundamental del sistema legal canadiense. Mientras que sus raíces históricas la hacen una regla probatoria, ha evolucionado convirtiéndose en una norma fundamental y sustantiva (...)” *R. versus McClure*, (2001) 1 SCR 445 (*Supreme Court of Canada*). Citado por ALVAREZ C. Henri., Privilegios y

2. LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL POR PARTE DEL ABOGADO DEFENSOR.

2.1 La relación abogado-cliente en el proceso penal

En materia procesal penal la relación entre el abogado y el cliente se caracteriza por la labor de asistencia y defensa letrada que el abogado ejerce respecto del imputado. En último término, la actuación del defensor se orienta a la protección de la libertad individual del individuo a quien se dirige la pretensión punitiva y/o a la protección de otros derechos que puedan verse afectados a consecuencia de la imputación penal que se dirige en su contra. La defensa penal persigue como finalidad la exclusión de responsabilidad penal y la obtención de una sentencia absolutoria para el imputado, o en caso que la sentencia resulte ser condenatoria, la imposición de la pena menos gravosa posible.

La relación entre el abogado defensor y el imputado es una relación de carácter profesional, al igual que cualquier otra relación entre un abogado y el cliente que requiere sus servicios. Asimismo, se trata de una relación basada naturalmente en la confianza que hace posible que el imputado proporcione al abogado la información y antecedentes necesarios para que éste lo represente de la forma que mejor se ajuste a los intereses del imputado. Con todo, en el ámbito penal, la relación que existe entre el abogado defensor y el cliente presenta algunas particularidades que se explican por la específica labor de asistencia y defensa que el abogado desempeña, así como por la entidad de los bienes jurídicos y derechos involucrados en el proceso.

secreto profesional en el arbitraje internacional, Themis 53, Revista de derecho. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8856/9258>. Fecha de consulta: 24.10.2015

En el ámbito de la defensa penal es donde con mayor claridad se vislumbra el interés público que envuelve la relación abogado-cliente. En el curso de la investigación penal y las actuaciones del procedimiento, el imputado puede verse expuesto a la privación o restricción de sus derechos, en los casos en que la Constitución y la ley así lo permite. El Estado es el principal obligado a tutelar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona, por lo que a la sociedad toda interesa que el imputado cuente con la posibilidad de defensa y los medios tendientes a su obtención. La dimensión pública del secreto dice relación con la protección de bienes jurídicos que superan la esfera personal del cliente, y cuya observancia constituye un mecanismo para asegurar la vigencia del Estado de Derecho.

El abogado en nuestro ordenamiento si bien no es propiamente un auxiliar de la administración de justicia, colabora en el ejercicio de la jurisdicción y en el correcto desenvolvimiento del proceso. Este rol de colaborador del abogado en la administración de justicia se acrecienta cuando el ejercicio profesional del abogado consiste en la defensa penal. La razón de ello es la entidad de los bienes jurídicos y derechos que se ven involucrados en el proceso, y que tienen como titular tanto al imputado, a la víctima y a los testigos. En este sentido “(...) la entidad de los intereses puestos en juego y la necesidad de actuar conforme a exigencias técnicas para tutelarlos, hace precisa la intervención en el proceso junto al imputado, de un sujeto dotado de capacidad profesional que colabore en el ejercicio unitario del derecho de defensa”⁶⁶. Más aún, es posible entender que en el proceso penal la actuación del abogado defensor se identifica con la del propio imputado a quien

⁶⁶ DE MARISCO. A., *Diritto Processuale Penale*, obra reeditada y puesta al día por PISAPIA, GD., Napoli, 1966, págs. 93 y 94. Citado por LOPEZ YAGÜES, Verónica. *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho de defensa*. Tesis doctoral Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, año 200. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/4162>, P. 79. Fecha de consulta: 23.08.2016.

representa, aun cuando existan derechos y obligaciones que son ejercitables sólo por el imputado o el defensor.

2.2 La obligación de guardar el secreto profesional por el abogado defensor penal público

Como señalamos en el capítulo anterior, constituyen manifestaciones de la defensa penal la defensa técnica y la defensa material. En el primer caso, la defensa es ejercida por un letrado cuya designación puede tener lugar por instancia del propio imputado, cuando éste libremente contrata los servicios de un abogado para que lo represente, o su designación puede ser fruto de la determinación del juez, cuando el imputado no cuenta con un abogado que asuma su defensa. La designación de un defensor de oficio por el Tribunal obedece al derecho irrenunciable de todo imputado a que el Estado le proporcione defensa jurídica a quien no pueda costársela por sí mismo⁶⁷.

En relación al momento en que debe operar la designación, la doctrina entiende que lo es desde la primera actuación del procedimiento que se dirige contra el imputado, dado que a partir de ese momento el imputado tiene derecho a ser asistido por un abogado, y en todo caso, cuando el imputado no cuenta con un defensor de su confianza, la designación debe efectuarse por el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado (art. 8° CPP).⁶⁸

⁶⁷ Señala el artículo 8°: *Ámbito de la defensa*. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno.

⁶⁸ De acuerdo a lo preceptuado por la ley imputado es la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible y las facultades, derechos y garantías que la ley le reconoce al imputado podrán hacerse valer por este desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Se entiende que constituye primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se

En cualquier etapa del procedimiento en que el imputado carezca de defensor, el juez debe proceder de oficio a la designación de un defensor penal público, dado que la posibilidad de defensa constituye un presupuesto de validez del proceso. Aún en este caso, la elección del defensor público que corresponde al imputado, con lo que se mantiene una cuota de libertad en la elección del defensor que sea de su confianza o le parezca más idóneo.

Las facultades, derechos y deberes que la ley consagra al defensor son idénticas sea que se trate de un defensor público o uno particular. La diferencia entre ambos tipos de defensa dice relación con la iniciativa o voluntad que da lugar a su designación, el defensor público no es designado libremente, y como consecuencia existe un menor nivel de confianza y cercanía que puede atribuirse al vínculo jurídico entre el imputado y quien asume su defensa. Algunos autores han hecho notar que en el caso de la designación de oficio del defensor, el vínculo entre ambos es menos intenso. No se trataría de una relación basada en la confianza propiamente, sino que en este caso existiría una preeminencia del interés público en el debido proceso y la administración de justicia, por medio de la debida intervención del letrado, por sobre el interés particular de quien finalmente resulta ser el destinatario de la defensa. “En verdad afirmar que el defensor participa en el proceso al servicio de un interés que va más allá del interés de la parte y es de naturaleza o carácter público, hace perder cierta intensidad al vínculo personal que liga a éste con su patrocinado. Es más, según la doctrina viene denunciando a la vista de lo que sucede en la práctica forense, el abogado de oficio abandona, en cierto modo, esa condición de sujeto procesal integrante de la parte-defensa, para adquirir un status semejante al de colaborador con la justicia y su recta administración.

Como puede notarse, aquella duda antes planteada acerca de la consideración del abogado en nuestro proceso como órgano colaborador o al servicio de la justicia,

realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible (art. 7° CPP).

se intensifica en el supuesto en que el mismo alcance la condición de defensor por la vía de la designación judicial, aun cuando no parece existir razón válida alguna para afirmar una especial condición del así designado que lo distinga del que resulta de la libre elección del titular de la defensa”⁶⁹.

Con todo, aun cuando la designación de oficio del defensor penal involucra un interés público en la recta administración de justicia, su intervención tiene como fin último la defensa del imputado y en consecuencia la protección de uno de los derechos más fundamentales que el Estado reconoce a las personas, como lo es la libertad, que puede verse especialmente constreñida. De ello se deduce que el vínculo que nace del ejercicio del derecho a defensa es particularmente intenso, aún en los casos en que el imputado no cuenta con un defensor de su confianza o fruto de su inmediata elección.

En lo que se al secreto profesional se refiere, tratándose del abogado que ejerce labores de defensa penal, junto a la protección de la confianza como base o presupuesto del ejercicio de su profesión, el secreto profesional y la confidencialidad como elemento integrante de éste, protegen el derecho a defensa del imputado. Específicamente, en el caso de la defensa penal pública el fundamento de la obligación de secreto, más que en la relación profesional que lo vincula al cliente, se avizora en el derecho a la defensa que ha de asegurarse a todo imputado, y también en cuanto la defensa técnica y material se erige como presupuesto del debido proceso penal.

2.3 La obligación de guardar el secreto profesional por el abogado defensor privado

⁶⁹ LOPEZ YAGÜES, Verónica. Ob Cit. Pág. 325.

Desde que se tiene la calidad de imputado, surge la facultad de poder designar libremente un defensor que procure su asistencia y defensa técnica en el proceso. En este caso, al igual que en cualquier otra relación entre un abogado y su cliente, el vínculo nace de la confluencia de las voluntades de los interesados por lo que se trata de una relación basada en la mutua confianza. Una consecuencia de ello es que cada uno de los interesados puede poner fin a la relación de forma unilateral, mediante la renuncia al patrocinio por el abogado o la revocación del mismo por parte del imputado, en cualquiera de los casos si el imputado no ha designado otro defensor y la presencia o intervención de este fuera necesario, deberá procederse a la designación de un defensor penal público.

Lo que caracteriza a la defensa penal privada, es el hecho que el defensor sea designado en forma libre por el imputado, por lo que junto al interés público que concita la defensa penal, confluye el interés privado que dice relación con el vínculo profesional que liga al abogado con el cliente.

2.4 Los bienes jurídicos y derechos involucrados.

De acuerdo a lo que venimos diciendo, y sobre todo en el ámbito de la asistencia letrada en materia penal, el fundamento del secreto profesional se halla en el derecho a defensa. De ahí la necesidad de asegurar la debida confidencialidad de la relación entre el abogado y el imputado, así como las condiciones que hagan posible que este último exponga en forma desinhibida todos los antecedentes necesarios para que el abogado pueda ejercer una adecuada defensa.

2.5 Extensión de la protección del secreto profesional al estudio jurídico u oficina del abogado.

El secreto profesional protege las comunicaciones entre el abogado y el cliente relativas a su labor de defensa o al encargo profesional que se le haya encomendado. Naturalmente, para que esta protección sea eficaz debe reconocerse tal inmunidad a cualquier forma de comunicación que opere entre ellos, como asimismo a los soportes, documentos, grabaciones, que den cuenta de esa comunicación, a los documentos preparados por el abogado a propósito de la gestión o asunto legal encomendado, y también al lugar en que se mantenga la referida documentación o información. En este sentido, en atención a los fines del secreto, la inmunidad comprende el estudio jurídico u oficina del abogado, porque se entiende que es en este lugar en donde el profesional mantiene los documentos e instrumentos relativos a la actividad que desempeña y que le han sido confiados con motivo de su ejercicio profesional, idéntico razonamiento puede esgrimirse para extender la protección al domicilio del abogado o cualquier otro lugar en que éste pueda mantener antecedentes relativos a los asuntos del cliente.

2.5.1 Procedencia de la orden de entrada y registro de la oficina del abogado.

El Código Procesal Penal establece una distinción fundamental en relación a la entrada y registro en lugares de libre acceso público y lugares o recintos cerrados. En el primer caso, los funcionarios policiales podrán efectuar el registro sin previa autorización, en búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención, o de rastros o huellas del hecho investigado o medios que pudieren servir a la comprobación del mismo. Tratándose de lugares cerrados y siempre que se presuma que el imputado o los medios de comprobación del delito se encontraren en dicho lugar, se podrá ingresar al mismo y efectuar el registro siempre que se cuente

con la autorización expresa del propietario o encargado del recinto, o en su defecto, previa autorización otorgada por el Juez de Garantía a solicitud del Fiscal⁷⁰.

La distinción que hace el legislador se explica por el hecho de encontrarse protegidos constitucionalmente el domicilio y los recintos particulares. Al respecto la Corte Suprema ha sostenido que “[l]a entrada y registro de un domicilio es una medida intrusiva que menoscaba fuertemente las garantías constitucionales de intimidad e inviolabilidad del hogar, motivo por el cual tiene un objeto preciso: la búsqueda del imputado contra quien se hubiere librado orden de detención o se encuentre cometiendo un delito; o de huellas o rastros del hecho investigado; o de medios que sirvan a la comprobación del delito investigado, artículo 215 del Código Procesal Penal, que regula la figura del hallazgo casual, norma que obliga a informar al fiscal a fin que obtenga una autorización judicial para la incautación. En caso de no ser así, la evidencia ha sido obtenida con inobservancia de las garantías de propiedad privada, respeto y protección a la vida privada y debido proceso en su faz de una investigación racional y justa”⁷¹.

⁷⁰ Dispone el artículo 204 del CPP: “Entrada y registro en lugares de libre acceso público. Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones podrán efectuar el registro de lugares y recintos de libre acceso público, en búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención, o de rastros o huellas del hecho investigado o medios que pudieren servir a la comprobación del mismo”.

Asimismo, según el artículo 205: “Entrada y registro en lugares cerrados. Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado. Si, por el contrario, el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. En todo caso, el fiscal hará saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro”.

⁷¹ Dictado por la Exma. Corte Suprema conociendo de un recurso de nulidad, en contra de la sentencia pronunciada por el 3° TJOP de Rancagua, se pronuncia sobre un exceso de los funcionarios policiales respecto de la autorización para entrada y registro en el domicilio del imputado. Recurso de Nulidad Rol N° 18.011-14, de fecha 13.08.2014

Tratándose de los despachos profesionales, una medida como la entrada y registro de la oficina del abogado, puede menoscabar el derecho a la privacidad o a la intimidad del letrado aun cuando no resulte equiparable a la intromisión en el domicilio, que se encuentra constitucionalmente resguardada a través de la garantía de la inviolabilidad del hogar (artículo 19 N° 5° de la Constitución Política). Asimismo, tal medida también puede afectar el derecho a la intimidad o privacidad del cliente, por los documentos o antecedentes que puedan contener información suya de carácter personal o privada, que el abogado pueda mantener en su despacho y que hayan sido proporcionados por el cliente con motivo de su asesoría o defensa.

En esta misma línea, la entrada y registro del despacho del abogado puede implicar una vulneración del secreto profesional, porque es en ese lugar donde el abogado ejerce su actividad profesional y donde usualmente mantiene los documentos o antecedentes relativos al asunto legal que le ha encomendado el cliente. En declaración pública de octubre del año 2014, el Colegio de Abogados de Chile sostuvo que: “Nuestra jurisprudencia ha reconocido que el secreto profesional del abogado ampara no sólo su persona, que no puede ser objeto de apremio, sino también su estudio profesional donde desarrolla su actividad y guarda los documentos que le confían sus clientes. Constituye un acto abusivo la orden de allanamiento y registro del estudio de un abogado a fin de retirar documentos recibidos de sus clientes y amparados por secreto profesional”⁷².

⁷² En aquella oportunidad el Colegio de Abogados de Chile fue requerido de amparo profesional por el Colegio de Abogados-Consejo Regional de la Araucanía y por los abogados asociados a raíz de la actuación de dos fiscales adjuntos de Villarrica, quienes previa autorización de la juez de garantía de Temuco, procedieron a incautar computadores y 25 disquetes de su estudio jurídico, y a registrar y revisar las carpetas, archivadores y documentos, tanto de la oficina como personales de uno de los abogados, todo ello dentro del marco de una investigación por un delito de apropiación indebida imputado en contra clientes del estudio jurídico.

De acuerdo a lo anterior, al momento de calificar la procedencia de la medida de entrada y registro indudablemente existen razones suficientes para establecer una distinción entre la oficina o el domicilio del abogado y otros lugares o recintos cerrados o que no sean de libre acceso al público. Sin embargo, afirmar en términos absolutos que el secreto profesional se extiende al despacho del abogado o su oficina, “los que son inviolables y no susceptibles de la actuación policial referida”, no nos parece del todo correcto. Así como no toda información relativa al cliente o proporcionada por éste al abogado, queda cubierta por el secreto profesional, sino que sólo aquella relativa al asunto legal o a la labor de defensa, en el caso del abogado defensor, tampoco el despacho del abogado o su domicilio resultan inviolables por el sólo hecho de desempeñar en estos lugares o mantener en ellos información relativa a su actividad profesional. Únicamente lo serán en lo que se refiere a los antecedentes, documentos y papeles que queden cubiertos por el secreto profesional.

De acuerdo a lo dicho recientemente, más que extenderse al despacho u oficina del abogado, o a su domicilio particular, el secreto profesional se extiende, a la información que el abogado pueda mantener en él y que pueda finalmente ser objeto de protección. Precisar esto nos parece necesario, porque el abogado puede mantener en su oficina o domicilio un sin número de antecedentes respecto de los cuales no se justifica el secreto y más bien puede ser mayor el interés en que sean públicos e incorporados a la investigación o al proceso. En consecuencia, la diferencia que debe existir en llevar a cabo la medida de registro policial en el despacho o domicilio del abogado y llevarla a cabo en cualquier otro recinto cerrado, debiera traducirse en la forma que debe llevarse a cabo la medida, procurando salvaguardar antecedentes o documentos que puedan quedar protegidos o amparados por el secreto profesional. Como veremos más adelante, esta situación no se encuentra debidamente regulada en nuestra Ley Procesal Penal.

2.5.2 Procedencia de la incautación de objetos y documentos existentes en la oficina del abogado.

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 117 del Código Procesal Penal, la incautación es la actuación policial que tiene por objeto hacerse de objetos y documentos a condición que se hallen relacionados con el hecho investigado, que pudieran ser objeto de la pena de comiso o que se trate de objetos y documentos que pudieran servir como medios de prueba. La incautación requiere ser autorizada por el Juez de Garantía cuando la persona en cuyo poder se encontraren los objetos y documentos no los entregare voluntariamente o cuando el requerimiento de entrega voluntaria pudiera poner en peligro el éxito de la investigación. Cuando los objetos sobre los cuales ha de recaer la medida no se encontraren en poder del imputados, sino que en manos de terceras personas, en lugar de ordenarse la incautación o previo a ello el juez podrá apercibirla para que los entregue voluntariamente y rigen al efecto los mecanismos de coerción previstos para los testigos. La norma contempla como excepción a la entrega bajo apercibimiento la situación de los objetos y documentos que se encuentren en poder de personas a quienes la ley reconoce la facultad de abstenerse de prestar declaración (artículo 217 inc. 2° en relación con el art. 303 del CPP).

Más adelante, el artículo 220, del citado Código, regula la situación de los objetos y documentos no sometidos a incautación, de manera que respecto de ellos no podrá ordenarse por el juez la incautación, ni la referida entrega bajo apercibimiento. En esta situación se hallan:

a) Las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o en virtud de lo prescrito en el artículo 303⁷³;

b) Las notas que hubieren tomado las personas mencionadas en la letra a) precedente, sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la que se extendiere la facultad de abstenerse de prestar declaración, y

c) Otros objetos o documentos, incluso los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración.

La norma establece que estas limitaciones solo regirán cuando las comunicaciones, notas y objetos y documentos se encontraren en poder de la persona a quien la ley reconoce la facultad de abstenerse de declarar. Asimismo, tratándose de las personas a que se refiere el artículo 303 (aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado) la limitación se extiende a las oficinas o establecimientos en los cuales ellas ejercen su actividad.

Ahora bien, si analizamos la situación del abogado conforme a la citada regulación, debemos concluir que resulta improcedente tanto la incautación como la entrega bajo apercibimiento de los objetos y documentos, notas y comunicaciones a

⁷³ Dispone el artículo 303: "Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto. Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado".

los que naturalmente se extiende el secreto profesional, siempre que se hallen en poder del abogado, o en su oficina o lugar donde ejerce su actividad profesional. En este punto surgen algunas interrogantes: ¿Cómo determinar y a quién corresponde la determinación de aquello que queda cubierto por el secreto profesional y que por lo tanto no puede ser objeto de incautación? ¿Qué pasa con los objetos o documentos a los que naturalmente se extiende el secreto profesional, pero que no se hallan en poder del abogado o del imputado, sino en poder de terceros? El artículo 220 del CPP, pareciera referirse únicamente al caso en que se incauten objetos o documentos que den cuenta de la relación profesional entre el imputado y el abogado defensor, pero ¿cuál es la situación de los objetos y documentos relativos a otros clientes?

En relación a la primera de las preguntas, de acuerdo al propio artículo 220 es posible configurar dos excepciones en las que procede la incautación de objetos y documentos, aún cuando se refieran a materias cubiertas por el secreto profesional: 1) cuando el abogado fuera imputado por el hecho investigado, y 2) cuando se tratare de objetos y documentos que pudieren caer en comiso, por provenir de un hecho punible o haber servido, en general, a la comisión de un hecho punible. Las excepciones se explican porque en estos casos prima el interés público en la persecución de los delitos. La ley no permite que el abogado se escude en la actividad profesional que desempeña para cometer delitos. Nos parece que en este caso la resolución judicial debiese autorizar expresamente la incautación en base a lo dispuesto por el referido artículo 220 del Código Procesal Penal.

Asimismo, el inciso 5° de la citada norma, establece un procedimiento en caso de duda acerca de la procedencia de la incautación. En tal caso “el juez podrá ordenarla por resolución fundada. Los objetos y documentos así incautados serán puestos a disposición del juez, sin previo examen del fiscal o de la policía, quien decidirá, a la vista de ellos, acerca de la legalidad de la medida. Si el juez estimare

que los objetos y documentos incautados, se encuentran entre aquellos mencionados en este artículo, ordenará su inmediata devolución a la persona respectiva. En caso contrario hará entrega de los mismos al fiscal, para los fines que éste estimare convenientes”. La ley establece un mecanismo de control previo por parte del Juez de Garantía cuando no existe certeza respecto a la procedencia de la incautación, de manera que sea él quien resuelva si se ajusta a derecho la incautación, sin previo examen de los antecedentes por parte de los funcionarios policiales o del fiscal. Con ello lo que el legislador ha querido es salvaguardar la facultad de abstenerse de prestar declaración, entre otros motivos, en razón del secreto profesional. Sin embargo, procedimientos como éste han sido objeto de críticas por la doctrina comparada, como es el caso de la doctrina estadounidense, dado que la revisión por el juez de los objetos y antecedentes incautados configurarían en sí mismo una vulneración del secreto. Como solución a este problema, algunos ordenamientos comparados, como el portugués, establecen un procedimiento en el cual constituye una exigencia de validez de la actuación el que ella se practique en presencia del Juez, de un miembro o representante del Colegio de Abogados, o asociación gremial respectiva, y del abogado afectado por la medida. Lo anterior a fin de definir previo a la revisión de los antecedentes, si pueden ser objeto o no de la medida.

Sin perjuicio de ello, resulta fundamental contar con una regulación legal del secreto profesional que, en situaciones como la señalada, defina los alcances y excepciones de la institución o un marco legal en el cual se pueda facilitar la toma de decisiones o la claridad en la definición de aquello que queda cubierto o no por el secreto, considerando los fundamentos y finalidades de la institución.

En relación a los objetos y documentos que no se hallan en poder del abogado creemos que debe establecerse una distinción. Si los objetos y documentos se hallan en poder de personas que son dependientes del abogado o que le ayudan en el

ejercicio de su actividad profesional, como abogados socios, podemos entender que permanece en poder del abogado, pues como veremos a ellos también se extiende el escudo de protección del secreto. En caso contrario, si los objetos y documentos se hallan en poder de terceros, de acuerdo a lo dispuesto en el referido artículo 220, las limitaciones a la incautación sólo rigen cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se hallan en poder del abogado (la norma dice en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración), en consecuencia podrían ser incautados aún cuando se refieran a asuntos cubiertos por el secreto profesional. La respuesta afirmativa creemos que obedece a una deficiencia de la actual regulación legal de la institución. Si lo que protege el secreto es que la información cubierta no sea conocida por terceros en este caso, no tiene sentido que el secreto se extienda a información o antecedentes que ya son públicos o conocidos por un tercero. Esa es una solución que es adoptada por una amplia jurisprudencia estadounidense, que entiende que el privilegio legal cesa cuando la información es revelada o al menos ha podido ser conocida por un tercero.⁷⁴ Pero también es posible argumentar en contrario, si entendemos que el secreto profesional protege la confianza depositada por el cliente y la debida asistencia o defensa.

Finalmente, en relación a la última de las preguntas, la incautación no puede tener lugar respecto de antecedentes relativos a otros clientes que también se encuentren protegidos por el secreto profesional, aunque no lo diga expresamente la ley.

⁷⁴ R. RICE, Paul. Attorney-Client Privilege: The eroding concept of confidentiality should be abolished. Duke Law Journal, Volume 47, March 1998, Number 5. P. 853-858. Artículo disponible en línea en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=dlj>. Fecha de consulta: 02.08.2016.

2.6 Extensión de la protección a los trabajadores, otros abogados del estudio, dependientes, etc.

La obligación de guardar el secreto profesional se extiende a los demás abogados del despacho y a todos quienes colaboran o prestan servicios en él, respecto de las informaciones confidenciales a las que puedan tener acceso en el desempeño de sus funciones. Es cada vez más extendida la práctica del ejercicio profesional de la abogacía de forma colectiva, a través de grandes estudios jurídicos con abogados especializados en las diversas áreas. Este contexto ofrece particularidades al análisis del secreto profesional y al resguardo de la información confidencial proporcionada por los clientes, principalmente porque es común que una serie de profesionales (abogados, procuradores, asistentes y otros trabajadores), además del abogado depositario de la información, puedan tener acceso a la misma. En principio, todos ellos tienen el deber ético de confidencialidad respecto de las informaciones que puedan conocer en el ejercicio de sus labores. En este punto, resulta de suma relevancia el deber del abogado de resguardar las informaciones sujetas a confidencialidad, de manera que sólo puede ponerlas en conocimiento de sujetos distintos a los que conforman su equipo cuando más convenga a los intereses del cliente. En esta situación se encuentra el abogado que solicita el consejo a otro en relación a un asunto determinado.

En esta materia, el Código de Ética Profesional del abogado establece un deber de custodia del abogado de los documentos e informaciones sujetas a confidencialidad, como asimismo, adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él⁷⁵.

⁷⁵ El artículo 46 del Código de Ética del Abogado establece: "Deberes que comprende el deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad comprende:

a) *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, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia.

3. DELIMITACIÓN EN CUANTO AL OBJETO. EL ÁMBITO DE INFORMACIÓN CUBIERTA POR EL SECRETO PROFESIONAL.

La determinación del ámbito de información cubierta por el secreto profesional aparece como fundamental para precisar la noción misma de secreto, pero también para dotar de eficacia a la institución en nuestro ordenamiento.

Desde el punto de vista de su regulación legal, no existe en nuestro derecho una delimitación del contenido del secreto profesional, pese a ello algunas normas permiten delinear su contenido y alcance. A igual conclusión podemos arribar a partir del análisis de la regulación ético profesional.

El artículo 303 del Código Procesal Penal establece una cierta delimitación al establecer por un lado que tienen la facultad de abstenerse de declarar quienes tuvieren el deber de guardar el secreto que se les *hubiere confiado*, pero únicamente *en lo que se refiere a dicho secreto* (inc. 1º). Luego el inciso 2º establece que esta facultad no podrá invocarse cuando “*se las relevare del deber de guardar el secreto por aquel que lo hubiere confiado*”.

En materia civil, art. 360 N°1 del Código Civil, exime de la obligación de declarar a los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, “sobre hechos que se les hayan comunicado *confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio*”.

b) *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 confidencialidad sean tales que cautelen el carácter confidencial de esa información; y

c) *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”.

Desde el punto de vista de su regulación ética, el secreto profesional es el derecho y deber del abogado de no informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad frente al requerimiento de la ley o de una autoridad. (artículo 60 CEP).

Una primera conclusión en relación a la información que queda cubierta por el secreto profesional, es que dicha información debe tener carácter de confidencial. En nuestro derecho, la confidencialidad como elemento de la obligación de guardar el secreto se colige tanto de la regulación legal como de la regulación ética de la institución. En este último ámbito, a raíz de la modificación introducida al Código de Ética Profesional del abogado en el año 2011, existe una clara distinción entre el deber de confidencialidad y el secreto profesional. La principal diferencia está dada porque este último abarca determinadas comunicaciones que el cliente ha efectuado al abogado con la expectativa que no sean reveladas o conocidas por terceros, mientras que el deber de confidencialidad se tiene respecto de toda información o antecedente que llegue a conocimiento del abogado en razón del ejercicio de su profesión.

La confidencialidad debe ser abordada tanto desde un punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo. En el primer caso, el titular de la información o quien la revela debe tener la expectativa que esta no sea conocida por otros más que por el confidente; mientras que, en el segundo caso, la revelación debe hacerse en circunstancias tales que no sea posible su conocimiento por terceros.

Fuera de ello, existe otro elemento que permite acotar el ámbito de la información cubierta por el secreto profesional. Únicamente la información que diga relación con el asunto legal encomendado al abogado o que tenga alguna conexión con la labor profesional para la cual ha sido requerido, resulta a nuestro entender, protegida por el secreto; sin perjuicio que, respecto de la restante información que

haya podido conocer en su calidad de abogado, pueda quedar sujeto al deber de confidencialidad hacia el cliente. Igualmente, esta limitación excluye otro tipo de encargos que puedan ser encomendados al abogado, o desempeñados por éste y que no requieran la cualificación profesional que tiene al abogado, ejemplo, asuntos meramente económicos o de administración, en que el conocimiento jurídico no es esencial o escapa a los fundamentos y fines del secreto profesional. Esta es la interpretación que debe darse al inciso primero del artículo 303 del CPP, en su parte final, que consagra el deber de guardar el secreto, “*pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto*”.

De acuerdo a lo recientemente expuesto, en el caso del abogado defensor, el asunto legal encomendado será precisamente la defensa del imputado, por lo que el secreto únicamente se extiende, a las informaciones, comunicaciones o antecedentes que digan relación la labor de defensa penal hacia el cliente. No se trata necesariamente de aquellos antecedentes que permitan fundar una defensa, sino que se comprenden todos aquellos que sean conocidos o a los que el abogado o sus colaboradores hayan podido tener acceso con motivo del ejercicio de la defensa.

Ahora bien en nuestro ordenamiento, a partir de su regulación ética, y la escasa jurisprudencia en la materia, la prerrogativa de calificación del secreto profesional corresponde al abogado, lo que supone que frente al requerimiento de la autoridad sea él quien finalmente se niegue a declarar o informar sobre determinadas materias que, de acuerdo a su convicción o parecer, son objeto de secreto, sin estar obligado a fundamentar su negativa. El Colegio de Abogados de Chile en Acuerdo de 27 de mayo de 1952 sostuvo que: “(...) obvio es que está entregado a la probidad y conciencia de esos profesionales el correcto ejercicio de ese derecho, porque no sería posible, sin violar el secreto mismo, que el juez estuviera facultado para conseguir la declaración del depositario del secreto, y discriminar en seguida qué

partes de esa declaración se llevarían al proceso (...)”⁷⁶. Siguiendo esta interpretación, y a falta de una regulación legal en la materia, es posible llegar a concluir que el abogado o profesional podría ampararse en el secreto por el sólo hecho de ser abogado y haber recibido información en esa calidad o estar en conocimiento de ella, lo que se contrapone a los fines del proceso y los propios del secreto profesional⁷⁷.

Las excepciones que contempla la ley al deber de abstenerse de declarar en razón del secreto igualmente permiten delimitar su ámbito de aplicación o su extensión. En este contexto, de acuerdo al inciso segundo del artículo 303 del CPP, el secreto no podrá ser invocado por el abogado cuando se le relevare del deber de guardarlo por aquel que lo hubiere confiado. Lo que viene a ratificar que el secreto está establecido en beneficio del cliente. La ley procesal penal a propósito de la incautación de objetos y documentos contempla otra excepción al secreto, al disponer que las limitaciones en materia de incautación no regirán cuando las personas facultadas para no prestar testimonio fueren imputadas por el hecho investigado o cuando se tratare de objetos y documentos que pudieren caer en comiso, por provenir de un hecho punible o haber servido, en general, a la comisión de un hecho punible. Dado que en esta situación prima el interés público en la persecución de los delitos y la aplicación de la sanción penal.

El Código de Ética Profesional consagra una autorización ética para el abogado que declare o revele información cubierta por el secreto, en dos casos: a) si 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 ese cliente como

⁷⁶ En BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. Ob.Cit. pág. 252.

⁷⁷ El Código Procesal Penal, establece un procedimiento previo de revisión por el Juez de Garantía en el caso de la incautación de información que pueda quedar cubierta por el secreto (art. 220 inc. 4°), pero no existe tal procedimiento tratándose de la declaración testimonial del abogado. En el derecho norteamericano la cuestión se resuelve in camera, es decir en audiencia previa ante el juez quien a la luz de los antecedentes resuelve si se trata de información privilegiada o no.

crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; o b) si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito⁷⁸. En ambos casos, la autorización se justifica en la correcta aplicación de la norma penal. Si bien estas excepciones no son de carácter legal, ciertamente pueden servir de base para una futura regulación.

Finalmente y a diferencia de lo que se ha entendido tradicionalmente, debe tenerse en consideración que el titular del secreto es el cliente. Particularmente, cuando se desempeña la función de abogar, el secreto más que una prerrogativa o privilegio del abogado, constituye una herramienta que el ordenamiento consagra para que el cliente pueda ejercer o ser provisto de una adecuada defensa.

4. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LAS COMUNICACIONES ENTRE EL ABOGADO DEFENSOR Y EL IMPUTADO, Y SU VINCULACIÓN CON EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO.

4.1 El imputado tiene derecho a comunicarse libremente y en forma privada con su abogado defensor.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se encuentra consagrado constitucionalmente (art. 19 N°5 CPR). En el caso de las

⁷⁸ La norma es la que sigue: Artículo 63. Autorización ética para declarar. Citado a declarar como testigo, el abogado está facultado para revelar información sujeta a confidencialidad, sin cumplir con los resguardos referidos en el artículo 60, en los siguientes casos:

a) si 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 ese cliente como crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; o
b) si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

comunicaciones con el abogado defensor, la protección resulta ser mucho más intensa, dada la estrecha vinculación con el derecho a defensa y el secreto profesional del abogado.

El secreto de las comunicaciones abarca la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado. Se extiende por tanto a aspectos de la comunicación distintos de su contenido, tales como el momento en que tuvo lugar, duración o destino, así como a la identidad de los interlocutores o corresponsales. Esto tiene como consecuencia que lo que resulta finalmente protegido no sea directamente la intimidad o privacidad de los partícipes de esa comunicación (derecho material), sino que el hecho que esa comunicación entre ambos tenga lugar libre de interferencias.

Refiriéndose al derecho al secreto de las comunicaciones, el autor español JAVIER DÍAZ REVORIO ha sostenido que “[e]l correcto entendimiento del significado de este derecho requiere relacionarlo con los restantes derechos del artículo 18, todos los cuales parecen tener un fundamento común, como es la protección de la vida privada o privacidad de la persona en su ámbito estrictamente personal o en su esfera más próxima. En esta línea, es particularmente evidente la vinculación entre el secreto de las comunicaciones y la intimidad personal y familiar, reconocida en el artículo 18, inciso 1, pues en definitiva el secreto de las comunicaciones pretende proteger la comunicación entre personas en la distancia, aproximándola a lo que sería una comunicación directa, y garantizando en todo caso una comunicación privada”⁷⁹.

⁷⁹ DÍAZ REVORIO, F. Javier. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/3040/2887>. Fecha de consulta: 04 de abril de 2017.

El Artículo 18 de la Constitución Española, establece:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

En consecuencia, el carácter privado de la comunicación está dado por la exclusión de cualquier tipo de interferencia que pueda ocasionar que terceros lleguen a tener acceso a esa comunicación. Pareciera ser que lo que configura el objeto de protección del secreto de las comunicaciones, en el caso del derecho español, es el hecho de la comunicación misma en cualquiera de sus formas, entendiendo que ésta tiene lugar entre interlocutores a distancia, de modo que existe un *medio* de comunicación entre sujetos que no se encuentran uno frente al otro⁸⁰.

En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo a la doctrina española. Según ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional, el secreto de las comunicaciones precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, tengan acceso a ella. Los bienes jurídicos protegidos por el artículo 19 N°5° de la Constitución Política son, por un lado, la libertad de las comunicaciones, y, por el otro, el secreto de las comunicaciones⁸¹. En sentencia de junio del año 2012, nuestro tribunal ha señalado que:

“Con esta expresión (“*inviolabilidad*”) se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente.

Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

⁸⁰ En esta línea, este autor español cita la sentencia del Tribunal Constitucional 123/2002, de 20 de mayo que afirma que «[...] el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación».

⁸¹El artículo 19N° 5 de la Constitución asegura “[l]a inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

registrado, genera una inhibición de comunicarse. No hay libertad allá “*donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones, se defiende la libertad para entablarlas*” (Jiménez Campos, Javier; La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones; en Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, N° 20, mayo-agosto 1987, p. 51). Además, la comunicación debe circular libremente. De ahí que este derecho permita el desarrollo de varias libertades, como la de empresa, la ideológica y política, etc.

Por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones. Esto es, se precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella.

De ahí que la inviolabilidad es una presunción *iuris et de iure* de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad (Nogueira, H.; *ob.cit.*, p. 540).

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos, etc.). Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice (...)⁸².

⁸² Tribunal Constitucional, fallo rol 2246-2012, de 31 de enero de 2013, Considerando 47. En el mismo sentido, véase también el fallo Rol 2153-2011, de 11 de septiembre de 2012, también del Tribunal Constitucional, ambos disponibles en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias>.

El autor Rodolfo Figueroa ha criticado esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al respecto sostiene que “[e]l voto de mayoría del Tribunal Constitucional está enarbolando una tesis inédita en nuestro medio: que el N° 5 del artículo 19 no se funda ni proviene del N° 4, es decir, que la inviolabilidad de las comunicaciones no se funda en la privacidad. Esta tesis es necesaria para justificar la prohibición de acceso a correos de un funcionario público sobre asuntos públicos. En efecto, si no se requiere que la privacidad esté involucrada en las comunicaciones, entonces podemos utilizar el N° 5 del artículo 19 para impedir el acceso a cualquier comunicación.” FIGUEROA G. Rodolfo. Inviolabilidad de correos electrónicos. Comentarios al fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional, Anuario de derecho público UDP. Disponible en: http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07_Figueroa.pdf, fecha de consulta 06 de abril de 2016.

El derecho a comunicarse en forma privada con el abogado asiste a todo imputado, sea que éste se encuentre o no privado de libertad. Este derecho tiene fundamento constitucional porque nuestra Constitución protege toda forma de comunicación privada, pero, además, porque cualquier violación de esa comunicación confidencial coarta el derecho a defensa y vulnera la confianza en la que se basa la relación abogado-cliente. El imputado no proporcionaría antecedentes para su defensa al abogado si no tuviera certeza o la expectativa que lo que diga se mantendrá en reserva. De ahí que una vulneración a la comunicación privada resulte también en una violación al secreto profesional.

En este sentido, en el caso de las comunicaciones con el abogado defensor, como pone de relieve la doctrina comparada, “(...) junto al secreto formal de las comunicaciones (...), concurre otro secreto de naturaleza material, el secreto profesional, por lo que no es lícito intervenir el teléfono del Abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que este profesional deba ser considerado también imputado como autor principal o partícipe”⁸³. De esta manera, junto al deber de secreto de las comunicaciones coexiste un deber de reserva del contenido de esa comunicación, que resulta protegido en razón de la especial relación que vincula a los interlocutores.

El ordenamiento jurídico debe procurar otorgar al imputado las mayores facilidades para asegurar su defensa. El imputado goza del derecho a defensa desde los primeros instantes procesales y, en caso de hallarse privado de libertad, la ley contempla las herramientas para que su derecho a defensa no se vea comprometido.

⁸³ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. El secreto de las comunicaciones con el abogado defensor en la nueva sociedad de la información. UNED. Pág. 523. Artículo electrónico, disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9158/comunicacions_15_Lopez-Barajas_Perea_517-530.pdf?sequence=1. Fecha de consulta: 25.01.2017

El derecho a la libre comunicación con el abogado defensor es uno de los instrumentos cuyo ejercicio asegura la debida asistencia letrada y la función defensiva. Ello supone que la posibilidad de interceptación de conversaciones y comunicaciones con el abogado defensor, encuentra su límite en la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa, pero además que debe procurarse que esas comunicaciones se mantengan reservadas. El carácter confidencial de la relación entre el imputado y su defensor posibilita el mutuo intercambio de información necesario para que el abogado desarrolle una adecuada defensa. A este respecto el artículo 19 N°3 inciso 2° de la Constitución establece que “[t]oda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”. La efectividad del derecho a la defensa no sólo depende de que se garantice al imputado la asistencia letrada, sino también de que el abogado que lo asista goce de los medios y prerrogativas que le permitan ejercer debidamente su función. El abogado debe poder llevar a cabo la defensa en forma libre y con independencia, sin que ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar su actuación. La confidencialidad de la comunicación entre el abogado y el imputado permite asegurar el libre ejercicio de la defensa, dado que sólo en la medida que el intercambio de información entre ambos tenga lugar en un contexto de reserva, el imputado podrá exponer en forma franca sus asuntos al abogado y éste podrá articular de mejor manera su defensa.

En esta misma línea y relacionado también con el derecho a defensa del imputado, la confidencialidad de estas comunicaciones también resulta esencial para garantizar la efectividad real del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido constitucionalmente. En este sentido, “(...) el contenido de la conversación mantenida entre el Abogado y su cliente es susceptible de abarcar, incluso, en algunos casos el reconocimiento de su culpa por el imputado

o la aportación a su defensor de datos sustanciales sobre la comisión del delito con cuyo conocimiento el letrado puede articular su defensa”.⁸⁴

4.2 Caso del imputado en libertad.

Además de la protección de toda forma de comunicación privada y el derecho a defensa, el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal consagra el derecho a guardar silencio y el artículo 220, letra a) del mismo cuerpo normativo dispone que no podrán ser objeto de incautación, las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieran abstenerse de declarar como testigos, en razón del parentesco o del secreto profesional. Esta norma establece una expresa protección de las comunicaciones entre el imputado y el abogado defensor. En términos que no pueden ser incautadas, por ejemplo los correos electrónicos entre ambos, siendo el fundamento precisamente la protección del secreto profesional.

El referido artículo 222 dispone que no tendrá lugar la interceptación de las comunicaciones telefónicas con el abogado defensor, salvo que concurren los presupuestos que la norma señala. La medida de interceptación de las comunicaciones mantenidas con el abogado defensor será en consecuencia doblemente excepcional, dado que el inciso 1° establece la procedencia de la interceptación: cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, o la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.

⁸⁴ Idem.

Adicionalmente, el inciso 3º, dispone que no tendrá lugar la interceptación de comunicaciones con el abogado defensor, “a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado podrá tener responsabilidad penal en los hechos investigados”.

La Corte Suprema a propósito de la interceptación y grabación de una comunicación telefónica entre un imputado y su abogado defensor sin que el Juez de Garantía lo hubiera ordenado, sostuvo que: “(...) Pero en este caso, no ha existido autorización legal, como tampoco judicial, porque la ley permite y ordena a la policía cumplir los mandatos de los jueces y fiscales, pero al funcionario (...) no se le ordenó ni autorizó interceptar la comunicación del imputado con su abogado, sino del imputado con otras personas. La conversación que, como fruto de la interceptación efectuada, obtuvo, grabó y transcribió el agente policial y entregó en su informe al fiscal, sostenida entre el querellante en su calidad de abogado y el imputado, no estaba cubierta por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley. El artículo 222 inciso 3º del Código Procesal Penal, sólo le permitía grabar aquella conversación específica en la medida que el Juez de Garantía se lo hubiese ordenado, quien podía hacerlo -únicamente- sobre la base de antecedentes que debían constar en la resolución respectiva y cuando el abogado pudiera tener responsabilidad penal en el hecho investigado”⁸⁵. Asimismo, el fallo sostiene que “[e]l Ministro Sr. Rodríguez concurre al acogimiento del recurso disciplinario teniendo además presente que el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República establece el derecho de toda persona a tener una defensa jurídica en la forma que la ley señala y sin que

⁸⁵ La Corte Suprema acogiendo un Recurso de Queja deducido contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución en cuya virtud confirmaron la sentencia pronunciada por el Juez Garantía, que sobreseyó definitivamente los antecedentes por no ser constitutivos de delito los hechos investigados, consistentes en la interceptación y grabación de una comunicación telefónica entre un imputado y su abogado defensor sin que el Juez de Garantía lo hubiera ordenado. Sentencia ROL 237-2011, de fecha 19 de octubre de 2011, véase especialmente los considerandos 2, 3 y 4. Para un análisis de la misma, véase: VARAS ALFONSO, PAULINO. Ob.Cit.

“ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...) La intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde al abogado, constituye una restricción o perturbación a su actividad, debiendo entenderse, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración del derecho a defensa se encuentra de manera principalísima contemplado el derecho-deber del secreto profesional”.

En consecuencia, la comunicación entre el imputado y el defensor es inviolable y el único caso en que la Constitución y las leyes permiten que se intercepten estas comunicaciones, es cuando se ordene por resolución judicial fundada del juez de garantía en caso que pueda verse comprometida la responsabilidad penal del abogado en los hechos investigados.

4.3 Caso del imputado que se encuentra privado de libertad o sujeto a alguna medida de incomunicación.

En el caso del imputado que se encuentra privado de libertad, ya sea que se encuentre cumpliendo alguna condena privativa de libertad o que se encuentre sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, los artículos 94 letra f) y 96 del Código Procesal Penal consagran expresamente el derecho del imputado a entrevistarse en forma privada con el defensor. De acuerdo al artículo 94, el imputado privado de libertad, además de las garantías previstas en el artículo 93, tendrá garantías específicas vinculadas a la situación de privación de libertad en la que se encuentra, en este contexto, la letra f) del citado artículo consagra el derecho entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de

detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto⁸⁶.

La privación de libertad del imputado no puede ser obstáculo al derecho que este asiste de comunicarse libremente con su defensor. Sólo de esta manera es posible garantizar la efectividad plena del derecho a defensa.

Tratándose de imputado privado de libertad, el derecho a la comunicación privada con el abogado defensor. También se encuentra regulado en forma expresa en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, cuyo artículo 44 prescribe que: “Las comunicaciones con el abogado defensor no podrán suspenderse en caso alguno. En los de incomunicación judicial ellas se realizarán con arreglo a lo establecido en las leyes procesales pertinentes. Las comunicaciones con el abogado defensor o con los procuradores que acrediten tal calidad, se llevarán a efecto en la forma dispuesta en el reglamento que regula las visitas de abogados y otras personas habilitadas a los establecimientos penales del país. Se deberá observar además, lo dispuesto en la ley procesal pertinente respecto de la privacidad de las conferencias del defendido con su defensor”⁸⁷.

⁸⁶ Según el artículo 94 del CPP, “[e]l imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:

f) A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto (...)”

Asimismo, se acuerdo al artículo 96 del CPP, “[t]odo abogado tendrá derecho a requerir del funcionario encargado de cualquier lugar de detención o prisión, la confirmación de encontrarse privada de libertad una persona determinada en ese o en otro establecimiento del mismo servicio y que se ubicare en la comuna.

En caso afirmativo y con el acuerdo del afectado, el abogado tendrá derecho a conferenciar privadamente con él y, con su consentimiento, a recabar del encargado del establecimiento la información consignada en la letra a) del artículo 94.

Si fuere requerido, el funcionario encargado deberá extender, en el acto, una constancia de no encontrarse privada de libertad en el establecimiento la persona por la que se hubiere consultado”.

⁸⁷ Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, de 21 de agosto de 1998, Ministerio de Justicia.

El artículo 19° N°5 de la Constitución Política consagra el derecho al secreto de las comunicaciones privadas. Por su parte, el artículo 94 letra f) del Código Procesal Penal consagra expresamente, entre otras garantías, el derecho del imputado a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto.

Nuestro ordenamiento consagra una prohibición expresa de la intervención de las comunicaciones telefónicas entre el imputado y su abogado defensor, siempre que el propio abogado no resulte sospechoso de la comisión de un delito. El artículo 222 inciso 3° del Código Procesal Penal señala que “no se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados”⁸⁸. Nos parecen adecuadas las cautelas que la norma establece, como lo es la motivación de la resolución judicial que la ordene y los indicios de responsabilidad penal del abogado en los hechos investigados. Sólo de esta manera, resulta posible conciliar el interés público en la defensa que pudieran verse perjudicados con una medida intrusiva de las comunicaciones telefónicas entre el imputado y el letrado, con el interés público en la persecución de los delitos.

De acuerdo a las citadas normas, es posible entender que toda comunicación privada entre el abogado defensor y el imputado resulta inviolable, con

⁸⁸ El artículo 222, inciso primero, del CPP dispone que: “Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación”.

independencia de que se trate de una comunicación telefónica, presencial, por medios electrónicos o de otra índole.

5. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL PROCESO PENAL.

5.1 Cuestiones previas. Limitaciones a la prueba en el proceso penal.

Antes de entrar en el análisis de la materia conviene tener presente que en el ámbito penal y procesal penal, es donde mayor significación adquiere el respeto de las garantías de los intervinientes y en particular del imputado, dado que la legitimidad del poder punitivo del Estado ciertamente depende de la vigencia y promoción de los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, como presupuesto de un Estado de Derecho. CASTILLO VERA, sostiene que “La aspiración de eficacia de la persecución penal y la búsqueda irrestricta del establecimiento de la verdad, que siempre deviene en un mayor campo de acción y discrecionalidad del Estado, tiene como principal límite, la afectación de los derechos fundamentales del individuo que emanan de la naturaleza humana protegidos en un Estado donde lo que debe imperar es el Derecho.”⁸⁹

De acuerdo al denominado “paradigma clásico” los derechos fundamentales constituyen un límite al ejercicio del ius puniendi, en términos que éste “(...) queda sujeto a estándares jurídicos de legitimación negativa particularmente estrictos. Esos estándares normativos forman parte del núcleo firme del catálogo de derechos fundamentales y sus arreglos institucionales. En este contexto de aplicación, los

⁸⁹ CASTILLO VERA, Francisco Victorino. Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso. Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD199. Doctrina. 26-03-2008.

derechos fundamentales constituyen el marco normativo para el control judicial del ejercicio del ius puniendi”⁹⁰. En este contexto, “[e]l cambio operado en el discurso de los derechos fundamentales representa una inversión del paradigma clásico. En el nuevo paradigma (...) el ius puniendi no es un peligro, sino un medio de protección de los derechos fundamentales. De los derechos fundamentales ya no se derivan prohibiciones de su ejercicio, sino deberes de punición”⁹¹.

En consecuencia, el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales es una de las bases del Estado de Derecho, y a partir de esta consideración, el ejercicio del poder punitivo del Estado se encuentra legitimado sólo en la medida que se respete la vigencia de esos derechos⁹².

Desde el punto de vista de la actividad probatoria, en un sistema procesal penal de corte acusatorio, la prueba no sólo cumple la función inmediata de permitir que el juez alcance la convicción sobre los hechos, sino que la actividad probatoria es también garantía de un debido proceso. “En este sentido, el derecho a un proceso con todas las garantías requiere que se haya practicado una mínima actividad probatoria de cargo y atendido el lugar preferente que ocupan los derechos

⁹⁰ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ. Antonio DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PENAL REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 9 – Año 2007. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/htm/media/derechofundamentalypenal.pdf>

⁹¹ Idem.

⁹² En este sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua ha declarado precisamente: “(...) el derecho solo se explica y justifica en función del bien común y dignidad del hombre, asumiendo en nuestra cultura cristiana occidental la exigencia de dotarnos de un régimen de gobierno que se ajuste a lo que genéricamente denominamos un Estado democrático de Derecho, expresión que comprende un estatuto político institucional caracterizado por un recíproco control de los órganos que ejercen el poder, control que adicionalmente se verifica comprobando la concordancia del actuar con la normativa jurídica predeterminada. La investigación, juzgamiento y sanción de los delitos, representa una tarea insoslayable de los Estados y que, por siglos, la historia del proceso penal, instrumento a través del cual se lleva a cabo esta función estatal, ha oscilado entre lo que con cierta simpleza de análisis se ha denominado garantismo y eficacia, encrucijada que enfrenta la búsqueda de la verdad como mecanismo de defensa social, y la observancia, atención y cuidado de los derechos y garantías constitucionales”. Sentencia C.Apel. de Rancagua, de 14 de junio de 2007, Rol N° 216-2007.

fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, la prueba ha de ser obtenida respetando la eficacia de tales derechos (...) En definitiva, la convicción judicial en un Estado democrático y de Derecho no puede obtenerse a cualquier precio sino que ha de ser siempre con fundamento en medios de prueba concretos, específicos y lícitos”⁹³.

El derecho a valerse de la prueba para afirmar o desvirtuar los hechos que permitan adquirir convicción en el juzgador no es un derecho absoluto, porque como bien ha hecho notar la doctrina, la búsqueda de la verdad no es una meta a la que se deba estar dispuesto a llegar a cualquier precio, “la verdad del proceso es una verdad limitada y su principal limitación constituye el respeto por la dignidad humana y sus atributos”⁹⁴. Los límites a la actividad probatoria se plantean en la etapa de investigación y especialmente en la etapa de juicio oral. En el primer caso la necesidad de autorización judicial previa busca precaver la obtención de pruebas que priven, restrinjan o perturben derechos constitucionales del imputado o de terceros.⁹⁵

⁹³ MARCO URGELL, Anna. La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia. Tesis Doctoral. Director: Dr. Rafael Rebollo Vargas. Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, octubre 2010, pág. 3.

⁹⁴ ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel. Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Editorial Jurídica de Santiago, Santiago de Chile, 2010. Pág. 27

⁹⁵ El Artículo 9° del CPP, señala: “Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía. Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquella, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”. Esta disposición debe relacionarse con el artículo 83 inciso 3° de la Constitución Política que dispone que: “El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.

Durante el juicio oral la exclusión de prueba tiene carácter excepcional, dado que en materia probatoria el Código Procesal Penal, en su artículo 295 consagra el principio de libertad probatoria, de acuerdo al cual cualquier prueba puede ser allegada al juicio para establecer o descartar los hechos imputados⁹⁶. La exclusión de prueba procede sólo en aquellos casos regulados por el artículo 276 del CPP, de acuerdo al cual el juez ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas pruebas: que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, las puramente dilatorias, la que resulte sobreabundante, las que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. En el primer caso estamos frente a una prueba ilegal, en el segundo caso estamos ante una prueba ilícita.

5.2 Efectos probatorios de la vulneración del secreto profesional del abogado en el proceso penal. La ilicitud de la prueba.

De acuerdo a lo que venimos señalando, el secreto profesional del abogado se vincula con los derechos fundamentales de defensa e intimidad. Desde esta perspectiva, el secreto profesional del abogado no sólo constituye un deber a que queda sujeto este último. Particularmente, tratándose del abogado que ejerce labores de defensa penal, el secreto constituye una garantía del cliente imputado que permite hacer efectiva la defensa. En consecuencia, desde el punto de vista de la vulneración del secreto profesional y sus efectos en el proceso, según hemos visto, en el caso del abogado defensor penal el fundamento del secreto profesional es precisamente la actividad de defensa que el abogado lleva a cabo respecto del imputado, por ello

⁹⁶El artículo 295 del CPP, dispone: “Libertad de prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”.

la vulneración del derecho a defensa impide que el conocimiento obtenido a raíz de esa vulneración sea incorporado como prueba en el juicio. En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, afirma que cuando el abogado declara “respecto a hechos o noticias que le ha transmitido su cliente en el curso de la relación profesional debe reputarse prueba obtenida con violación de derechos fundamentales o libertades públicas, y, en consecuencia, no surtirá efecto de especie alguna, ni las que sean consecuencia derivada de la misma.”⁹⁷

En términos generales es posible señalar que prueba ilícita es aquella obtenida con infracción de garantías fundamentales, consagradas ya sea por la Constitución Política o por tratados internacionales ratificados por el Estado y que se encuentren vigentes, de acuerdo al artículo 5° de nuestra Constitución Política⁹⁸. En el caso de del secreto profesional del abogado, la prueba obtenida con su infracción ha de considerarse ilícita por transgresión del derecho a defensa del imputado, en cuanto constituye una garantía del debido proceso.

Para ANNA MARCO, refiriéndose a la interceptación de las comunicaciones con el abogado defensor, “el acuerdo y aplicación de la medida de injerencia de los contactos mantenidos entre el cliente y su defensor ha de entenderse ilegítima desde el punto de vista constitucional por necesidad de preservar la garantía de defensa, y en consecuencia, todo dato obtenido como resultado de ello constituye una fuente de prueba ilícitamente obtenida y por ende, carente de eficacia probatoria.”⁹⁹

⁹⁷CORTÉS Bechiarelli, Emilio. “El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal”. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1998. Pág. 130.

⁹⁸Los orígenes de la prueba ilícita los encontramos en el derecho norteamericano. En el modelo norteamericano la *exclusionary rule*, se encuentra encaminada a evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de las pruebas (*deterrence of police misconduct*). En el modelo continental Europeo en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías.

⁹⁹ MARCO URGELL, Anna. Ob. Cit, pág. 257.

Pero una vulneración del secreto profesional tendrá lugar, tanto a consecuencia de la declaración del abogado sobre materias amparadas por el secreto, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 303 del CPP¹⁰⁰, como a raíz de una incautación de antecedentes relacionados con la defensa encomendada (artículos 217, 218 y 220 del CPP) o debido a la interceptación de las comunicaciones entre el abogado y el imputado (artículo 222, 223 y 224 CPP), salvo las excepciones que la propia ley establece a la inviolabilidad del secreto, en los casos en que se autoriza el registro y la incautación de documentos o antecedentes en poder del abogado, o se autoriza la interceptación de las comunicaciones que el imputado mantenga con el defensor. Si bien en los referidos casos existen disposiciones legales que resultan directamente infringidas, por ejemplo en el caso de una interceptación de las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor, en último término dichas disposiciones legales persiguen asegurar el derecho a defensa o se vinculan estrechamente a esa garantía.

En el caso concreto será el juez quien deba ponderar los intereses o valores en juego al momento de determinar si una restricción a los derechos fundamentales se justifica en favor de los fines del procedimiento o de la persecución penal. Se trata de una tarea de ponderación de los intereses contrapuestos de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Por aplicación del principio de proporcionalidad no es admisible una limitación o restricción a los derechos fundamentales que no se justifique de acuerdo a la envergadura de los principios opuestos¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ver notal al pie n°72.

¹⁰¹ Otorga más certeza el hecho que la ponderación provenga de una regla establecida por el legislador antes que una ponderación proveniente del razonamiento judicial. Tal como anota ECHEVERRIA DONOSO “[u]na regla como la del artículo 276 del Código Procesal Penal es una expresión de ponderación del propio legislador entre dos principios fundamentales, cuales son, el interés en la persecución penal y el interés en la protección de los derechos fundamentales del individuo, las disposiciones citadas a título de ejemplo, constituyen un mandato del legislador al juez para que éste pondere, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, si atendida la consecuencia jurídica impuesta al delito, y los antecedentes que hayan logrado recabar en contra del imputado, el interés del Estado pesa más que el del individuo y, por tanto, la medida restrictiva de derechos es procedente”. ECHEVERRIA DONOSO, Isabel. Ob. Cit.

En cuanto a los efectos de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, el artículo 276 del CPP, establece que el juez de garantía fundamente resolverá su exclusión, luego de examinada la prueba y oídos los intervinientes que hayan asistido a la audiencia. En consecuencia, la audiencia de preparación de juicio oral constituye la última instancia en que el juez de garantía puede efectuar el filtro de la prueba que deba ser incorporada en el juicio oral. Sin perjuicio de ello, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no impide que luego se le reste valor probatorio, como consecuencia de la valoración que haga de la prueba el Tribunal que conoce del juicio oral. De ahí que, según sostiene la doctrina, si existe una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales su consecuencia procesal deba ser la prohibición de admisión y de valoración.

Pero la regla anterior no es absoluta, en términos que toda prueba obtenida con infracción de garantías deba necesariamente ser excluida por ilicitud. En este sentido, según entiende CASTILLO VERA, “la redacción del inciso 3º del art. 276 CPP, que en nuestro ordenamiento jurídico aborda el tema, a nuestro entender, a fin de mantener el equilibrio dialéctico propio de un proceso, debe ser interpretado en el siguiente sentido: cuando el legislador ordena al juez de garantía la exclusión de pruebas obtenidas con “*inobservancia*” de garantías fundamentales, está exigiendo algo más que la mera inobservancia o desobediencia de la legalidad ordinaria del acto de obtención de la prueba. En terminología alemana, junto con requerir que la prueba sea conseguida con infracción de ley, se exige además para ser excluida, la vulneración o afectación de la *esfera de derechos del imputado*, es decir, la real y manifiesta violación de sus garantías fundamentales a través de la prueba alcanzada irregularmente”.¹⁰² Nos parece esta una interpretación adecuada de la norma, y así por ejemplo, es posible aceptar una excepción a la regla de exclusión de la prueba, cuando la inobservancia de la garantía constitucional resulta beneficiosa para el

¹⁰² CASTILLO VERA, Ob Cit. Pág. 3.

imputado, supuesto en el cual la prueba aunque se haya obtenido infringiendo una garantía del imputado, puede perfectamente ser utilizada en su favor.

Ahora bien, los efectos probatorios de la vulneración del secreto profesional del abogado, reafirman la idea de que nuestra legislación procesal penal requiere regular de manera más exhaustiva la obligación de guardar el secreto profesional del abogado, delimitando su alcance o extensión y excepciones.

La ley procesal penal debiera regular las situaciones de excepción a la regla general de inviolabilidad del secreto profesional del abogado, confiriendo certeza en aras de la averiguación y persecución del delito. Algunas excepciones las encontramos en materia de registro e incautación de objetos y documentos, como también en materia de interceptación de las comunicaciones con el abogado defensor. Pese a ello, en materia de secreto profesional, no existe una regulación legal que delimite con suficiente claridad, el alcance o la extensión del secreto, en términos que exista cierta certeza de aquello que deba quedar cubierto por el secreto y aquello que excede el ámbito de la protección legal. Tampoco existe claridad en torno a los modos y sujetos legitimados para seleccionar entre lo referido específicamente a la función de abogado y aquello que, por el contrario, se refiere a una actividad que no dice relación con la función de asesoría legal o defensa que desarrolla el abogado. En consecuencia, a falta de los criterios que delimiten aquello que debe entenderse cubierto por el secreto o bien aquello que no merece tal protección, y a falta de tales indicaciones, es usual que suela entenderse que la inviolabilidad viene referida a la totalidad de las comunicaciones o la totalidad de las informaciones o antecedentes que el abogado haya recibido o mantenga respecto de sus clientes.

En consecuencia a falta de una regulación legal que se encargue de delimitar el concepto de secreto profesional, su ámbito de aplicación y excepciones, la doctrina y jurisprudencia han empleado un concepto amplio entendiendo que el secreto profesional se refiere a un derecho y deber del abogado que ampara todo tipo de comunicación entre el abogado y el cliente, o entre el defensor y el imputado, en el caso de la defensa penal. Sin embargo, una noción amplia de secreto profesional entronca con los fines del proceso y la búsqueda de la verdad. En materia procesal penal, dado que el secreto profesional del abogado sirve a los fines de defensa penal y se vincula con el derecho del imputado a no confesarse culpable, su vulneración se traduce en una afectación de garantías constitucionales del imputado. En el ámbito probatorio, la prueba obtenida con infracción de la garantía de defensa penal constituirá prueba ilícita.

CONCLUSIÓN

El abogado desempeña un rol fundamental en el buen funcionamiento de la administración de justicia. Especialmente cuando desarrolla labores de defensa, su intervención permite hacer realidad el estado de derecho de acuerdo a los planteamientos del constitucionalismo moderno. En este sentido, existe un interés público en permitir que el abogado pueda desempeñar debidamente su profesión, lo que en buena medida depende de que el cliente, o el imputado en su caso, confíe en que los asuntos relacionados con la representación legal que lleva a cabo el abogado se mantengan en reserva, sin que los terceros puedan acceder al contenido de las comunicaciones o informaciones relativas a dicha representación. Por su vinculación con las garantías constitucionales, la actividad profesional del abogado defensor se encuentra especialmente protegida, siendo la obligación del abogado de guardar el secreto profesional uno de los mecanismos a través de los cuales se procura esa protección.

Sin embargo, pese al interés público en su protección, el secreto no puede ni debe ser concebido en términos absolutos. Nuestro derecho no cuenta con una regulación legal que delimite los contornos o el alcance del secreto profesional, por ello tradicionalmente, la jurisprudencia y doctrina, han entendido en términos bastantes amplios el margen de información que finalmente resulta cubierta por el secreto, entendiendo que lo es toda la información o documentación que los clientes le confían. A esa conclusión, se ha llegado fundamentalmente a partir de la regulación profesional que el Código de Ética de los abogados hacía respecto del deber de secreto hasta el año 2011. A partir del año 2011, nos parece que se ha avanzado, al menos a nivel de regulación ética, en delimitar el ámbito de información cubierta por el secreto profesional. A partir de esta consideración no todas las confidencias que el cliente confió al abogado quedan amparadas por el secreto, sino

sólo aquellas que digan relación con el asunto legal encomendado. De esta manera, se distingue el deber de confidencialidad que recae en el abogado y la obligación de guardar el secreto que protege un margen más acotado de información. De esta manera, se excluye de la protección del secreto las modalidades de su actuación profesional que sobrepasan los límites del ámbito funcional de la asesoría o representación que lleva a cabo el abogado, como cuando el abogado actúa como agente o intermediario, manejando o administrando los fondos del cliente.

A nivel de su regulación legal, en materia procesal civil y procesal penal, el secreto profesional es concebido como una excepción a la obligación de declarar que puede recaer sobre el abogado. El abogado, debe abstenerse de declarar respecto de circunstancias que puedan llevarle a transgredir el secreto, como asimismo, en materia penal no podrá disponerse la incautación de objetos o documentos que digan relación con el asunto legal encomendado. Desde esta perspectiva, a falta de una delimitación conceptual, termina siendo el abogado quien de acuerdo a su propio criterio, determina cuáles informaciones está en condiciones de revelar y cuáles no. Esta solución puede ser aceptable desde el punto de vista de la regulación ética, no nos parece que lo sea desde la perspectiva de la obligación legal de guardar secreto.

Las consecuencias de no contar con una regulación legal que precise los contornos de la institución no son menores. Así por el ejemplo, el ordenamiento jurídico no puede dar cobertura bajo el secreto profesional del abogado a quienes puedan cometer delitos o puedan encubrir delitos cometidos por sus clientes. Sólo en lo que dice relación con las comunicaciones que el imputado mantenga con el abogado defensor, el Código Procesal Penal, establece que excepcionalmente, podrán intervenir dichas comunicaciones, cuando el juez de garantía así lo ordene por resolución fundada cuando estimare que el abogado puede tener participación en los hechos investigados. No existe una disposición análoga en el artículo N° 303 del

CPP, que consagra precisamente el secreto profesional. En la vereda opuesta, en el derecho norteamericano, se contempla la excepción de fraude, que impide que el privilegio de la relación abogado cliente pueda ser invocado.

En este mismo orden de ideas, la vulneración de la obligación de secreto produce consecuencias importantes dentro del proceso. Por su vinculación con las garantías constitucionales, como lo son el derecho a la intimidad, el derecho a defensa y el derecho a no confesarse culpable que asiste al imputado, la violación del secreto profesional puede determinar que la prueba resultante de su infracción constituya prueba ilícita que deberá ser excluida por el juez de garantía en la oportunidad procesal correspondiente, o que en caso de ser considerada por el tribunal, puede ser motivo de que se anule el juicio oral y la sentencia.

Concebir el secreto profesional en términos absolutos lleva a excluir prueba que puede servir para fundar una imputación penal, afectándose con ello los fines del proceso. Así por ejemplo, en materia de las diligencias de entrada y registro de las oficinas o el despacho del abogado, tales medidas no constituyen per sé una vulneración al secreto profesional, sin perjuicio de que ellas deban llevarse a cabo, mediando resolución judicial fundada, pero además, procurando que no se vulnere el secreto profesional. En esta materia, nos parece que nuestra legislación procesal, debiera contar con una norma que regule en detalle o con mayor precisión el procedimiento para llevar a cabo el registro de la oficina, despacho o domicilio del abogado, y la incautación en estos lugares, de antecedentes relacionados con el hecho investigado. Sirvan como ejemplo, la regulación existente en el derecho español o portugués que en términos generales, exigen la presencia en la diligencia, de algún miembro del Colegio de Abogados o autoridad gremial existente.

El análisis de la situación actual de nuestra legislación da cuenta de que la regulación en la materia resulta ser insuficiente a la luz de los intereses públicos

vinculados a la obligación de guardar el secreto profesional, particularmente en el caso de los abogados que desempeñan labores de defensa penal. También resulta ser insuficiente dada la evolución en las formas en que se prestan los servicios profesionales en la actualidad, dado que es posible que no exista una relación tan directa o estrecha entre el cliente y su abogado, como ocurre en el caso de la defensa penal pública, o en que sólo intervengan dos personas naturales constituidas como abogado y cliente. La forma en que se ejerce actualmente la abogacía ha evolucionado, el abogado no ejerce únicamente su profesión de forma independiente, existen abogados que se desempeñan en régimen de dependencia laboral, abogados que prestan servicios en administraciones públicas, y abogados internos que prestan sus servicios en la organización de la empresa. La forma de concebir el secreto debe adaptarse a ese nuevo desarrollo de la profesión, haciendo frente a las problemáticas que puedan surgir en torno a ello.

La legislación nacional debiera precisar los alcances y límites del secreto profesional, contribuyendo con ello a conferir certeza jurídica a una obligación legal que no sólo constituye un eximente a la obligación de declarar o informar del abogado, sino que constituye también una exigencia en orden a preservar la confianza en el ejercicio profesional y la correcta administración de justicia, y particularmente, en el ámbito de la defensa penal, el debido proceso y la vigencia del estado de derecho. Se ha avanzado en la regulación ética del deber de secreto, pero no ha ocurrido lo mismo en su regulación legal. Un desarrollo legislativo en la materia parece necesario dado los fundamentos y alcances de la obligación de guardar el secreto profesional, principalmente en relación con la entidad de los derechos fundamentales protegidos y, consecuentemente, en razón de los efectos de la vulneración del secreto profesional en el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ C. Henri. Privilegios y secreto profesional en el arbitraje internacional, Themis 53, Revista de derecho. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8856/9258>

- AGATIELLO Osvaldo R, LOPEZ MIRÓ Horacio G., DEL CARRIL Enrique V. La Ética del Abogado. Librería Editora Platense Abeledo Perrot, 1995.

- ALLER, Germán. Ataque a la tutela del secreto profesional del abogado. Artículo, disponible en: <http://wold.fder.edu.uy/contenido/penal/secreto-profesional-abogado.pdf>.

- ANRIQUEZ NOVOA, ÁLVARO. Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile. *Ius et Praxis* [online]. 2016, vol.22, n.2 Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200011&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200011>.

- BERNAL VALLS, J. Deber de declarar y derecho de silencio en la prueba testifical del proceso penal. Poder Judicial núm. 5 (1987)

- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ. Antonio DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PENAL REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 9 – Año 2007. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/html/media/derechofundamentalypenal.pdf>

-BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado, Revista de Estudios de la Justicia N° 15, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2011

- BATLLE SALES, Georgina. El derecho a la intimidad privada y su regulación, Marfil, Madrid, 1972

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. Revista Chilena de Derecho, vol. 38, núm. 2, agosto, 2011, pp. 311-337 Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile

- CASTILLO VERA, Francisco. Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuento garantía del debido proceso. Microjuris. Boletín N° MJD199, 26 de marzo de 2008.

- CEA, José Luis. 2004. *Derecho Constitucional Chileno* Tomo II. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

_____ Derecho Constitucional Chileno, Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2002. Pág. 221.

- CORTES BECHIARELLI, Emilio. “El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal”. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1998.

- DESANTES, José María. El Derecho fundamental a la intimidad. Conferencia. Disponible en:
https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46_desantes.pdf

- ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel. Los derechos fundamentales y la prueba ilícita. Editorial Jurídica de Santiago, Santiago de Chile, 2010

- FIGUEROA G. Rodolfo. Inviolabilidad de correos electrónicos. Comentarios al fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional, Anuario de derecho público UDP. Disponible en: http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07_Figueroa.pdf, fecha de consulta 06 de abril de 2016.

- GANDULFO R. Eduardo. Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 20, 415-474, p. 425, año 1999.

- GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y AL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. *Estudios constitucionales* [online]. 2013, vol.11, n.2 pp.229-282. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>. Fecha de consulta: 15.05.2016.

- GARRIDO SUÁREZ, Hilda. Principios deontológicos y confiabilidad del abogado, Tesis para la obtención del grado de doctor en derecho, Universidad de Alcalá. Disponible en: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/8068/Tesis.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta: 21-05-2016

- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002). Pág. 76.

- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. El secreto de las comunicaciones con el abogado defensor en la nueva sociedad de la información. UNED. Pág. 523. Artículo electrónico, disponible en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9158/comunicacions_15_Lopez-Barajas_Perea_517-530.pdf?sequence=1. Fecha de consulta: 25.01.2017

- LOPEZ YAGÜES, Verónica. La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor como garantía del derecho de defensa. Tesis doctoral Facultad de derecho, Universidad de Alicante, año 200. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/4162>

- MARCHETTI CÁRDENAS, Laura Sofía. Protección penal del secreto de particulares. Estudio Comparativo de los artículos 231 y 247 del Código Penal y justificación del secreto profesional del abogado como un tipo penal diferenciado. http://www.coaduc.cl/revistacoaduc/proteccion-penal-del-secreto-de-particulares-estudio-comparativo-de-los-articulos-231-y-247-del-codigo-penal-y-justificacion-del-secreto-profesional-del-abogado-como-un-tipo-penal-diferenciado/#_ftn52. Fecha de consulta: 22.01.2017.

- MARCO URGELL, Anna. La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia. Tesis Doctoral. Director: Dr. Rafael Rebollo Vargas. Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, octubre 2010

- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.2 [citado 2017-05-30], pp.15-64. Disponible en:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>.

_____ Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. *Ius et Praxis* [online]. 2003, vol.9, n.1 [citado 2017-07-20], pp.403-466. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100020>.

- NOVOA MONREAL, Eduardo, RDJ Tomo XLI, marzo a diciembre de 1944, N° a 10, pág. 85 – 100.

- PEINADOR NAVARRO, Antonio, Tratado de Moral Profesional, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1962, p. 116. Citado por CORREA BASCUÑÁN, Mario. El secreto Profesional del abogado en el nuevo Código de Ética, Cuadernos de extensión jurídica (U. De Los Andes) N° 24, 2013

- PECES-BARBA, GREGORIO, Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, España, 1995.

- PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, La ética en el ser y que hacer del abogado, México, Editorial Oxford, 2006

- R. RICE, Paul. Attorney-Client Privilege: The eroding concept of confidentiality should be abolished. *Duke Law Journal*, Volume 47, March 1998, Number 5. P. 853-858. Artículo disponible en línea en: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=dlj>. Fecha de consulta: 02.08.2016.

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. El derecho de defensa según la sentencia 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Diario La Ley, Nº 7850, Sección Doctrina, 3 May. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY.

- VARGAS WEIL, Ernesto. La relación jurídica cliente-abogado, Derecho y humanidades Nº 17, 2011, pp. 47-73.

- VARAS ALFONSO, Paulino. El secreto profesional del abogado ampara la conversación telefónica entre este y su cliente. Revista de Derecho Público Vol. 76.

- VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco Jiménez. La aportación de documentos por particulares: El secreto profesional. La libre circulación de pruebas penales. Espacio de libertad, seguridad y justicia, seminario AGIS, 2005. Disponible en: <http://www.uma.es/investigadores/grupos/incodeum/Archivos/COOP/LA%20APORTACION%20DE%20DOCUMENTOS%20POR%20PARTICULARES.%20EL%20SECRETO%20PROFESIONAL.pdf>