

"... Tanto la estrategia de la interpretación analógica como la estrategia de la invocación de disposiciones constitucionales parecen tener como objetivo presentarlo no como una institución de derecho estricto, sino como una suerte de principio general del derecho (...). El mensaje que la ética profesional transmite al abogado chileno, entonces, es que su secreto profesional no conoce límites de ningún tipo..."

¿ Puede el abogado abusar de su prerrogativa de invocar el secreto profesional? Para entender el "abuso" es imperativo entender el "uso". El Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile A.G. de 2011, en su artículo 60, impone al abogado el deber de "procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional" cada vez que sea "requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad". La norma introduce el secreto profesional como "un derecho" y como "un deber" del abogado.

Esta caracterización del secreto profesional ha sido objeto de crítica en la (escasa) literatura especializada, pero tiene una explicación histórica: la institución del secreto profesional es un invento de la profesión legal que esta originalmente levantó como una suerte de derecho natural del abogado contra la pretensión de los jueces de hacerlo declarar como testigo contra su propio cliente. La jurisprudencia del common law limitó progresivamente esa pretensión y la asimiló como institución del derecho procesal.

La regulación vigente del secreto profesional en el derecho anglosajón (los criterios de permisibilidad de su invocación) constituyen el consenso definitivo al que se arribó luego de décadas y siglos de disputa entre abogados y jueces sobre los límites del uso del secreto profesional. En este sentido, la historia del secreto profesional anglosajón es la historia de un progresivo asentamiento de límites al ejercicio de esta facultad de los abogados.

Y esto es importante para lo que sigue. ¿Cómo se "usa" el secreto profesional? El artículo 60 del Código de Ética especifica lo que la ética profesional espera del abogado para efectos de hacer valer esta prerrogativa que "la ley" le reconoce. Para "usar" el secreto el abogado debe, primero, impugnar razonablemente la orden del juez o de la autoridad de entregar información confidencial (60 (iii)). Luego el abogado debe justificar esa impugnación señalando qué norma jurídica le reconoce el privilegio y lo exime del deber general de entregar información a la autoridad (60 (i)). En esta operación el abogado debe limitarse a los dos actos señalados y no ahondar en la explicación de por qué la información está de hecho protegida por el secreto (60(ii)). ¿Es posible abusar del secreto profesional? Por "abuso" entiendo un uso excesivo de la prerrogativa, es decir, contrario a sus fundamentos y a su sentido. El Código de Ética configura en el artículo 96 (d) la prohibición de "abusar de la facultad de interponer recursos o incidentes judiciales". En la medida en que el secreto profesional opere en el contexto de un proceso esa norma puede ser pertinente.

Más pertinente en todo caso a la función específica del secreto es la prohibición del artículo 95 (g), de "impedir el acceso a piezas de información relevantes para un caso y a cuyo respecto haya deber legal o convencional de aportar al proceso". Teniendo ambas normas en consideración, parece razonable al menos imaginar una hipótesis en la que el ejercicio del secreto por parte del abogado impide el acceso a piezas de información relevantes, de un modo que puede ser considerado un uso abusivo de la facultad en cuestión.

Pero el mismo Código de Ética bloquea esa posibilidad en el artículo 62, que establece que "no falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar (...) con fundamento en su derecho al secreto profesional". Esto quiere decir que para el Código de Ética no hay ninguna norma de ética profesional que el abogado pueda quebrantar al ejercer su secreto profesional. Desde el punto de vista de la ética profesional, entonces, no es posible abusar del secreto profesional. En este punto es importante considerar que en otras jurisdicciones el secreto profesional reconoce límites internos rationa materiae. En el derecho anglosajón, por ejemplo, solo puede ejercerse respecto de comunicaciones entre abogado y cliente que versen sobre cuestiones de representación jurídica.

Lo interesante es que esta es una limitación de orden jurídico (en el derecho norteamericano se encuentra en las normas del §68 del Restatement of Law Governing Lawyers, cuerpo que recopila principios del common law), configurada progresivamente como una respuesta del common law (es decir, de los jueces) a una pretensión que históricamente el abogado entendía carente de límites. En efecto, en el siglo XVIII el abogado anglosajón entendía el secreto

Sobre el uso y abuso del secreto profesional de abogados

mañías, 7 de marzo de 2023, Fuente: El Mercurio Legal

"... Tanto la estrategia de la interpretación analógica como la estrategia de la invocación de disposiciones constitucionales parecen tener como objetivo presentarlo no como una institución de derecho estricto, sino como una suerte de principio general del derecho (...). El mensaje que la ética profesional transmite al abogado chileno, entonces, es que su secreto profesional no conoce límites de ningún tipo..."

¿ Puede el abogado abusar de su prerrogativa de invocar el secreto profesional? Para entender el "abuso" es imperativo entender el "uso". El Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile A.G. de 2011, en su artículo 60, impone al abogado el deber de "procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional" cada vez que sea "requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad". La norma introduce el secreto profesional como "un derecho" y como "un deber" del abogado. Esta caracterización del secreto profesional ha sido objeto de crítica en la (escasa) literatura especializada, pero tiene una explicación histórica: la institución del secreto profesional es un invento de la profesión legal que esta originalmente levantó como una suerte de derecho natural del abogado contra la pretensión de los jueces de hacerlo declarar como testigo contra su propio cliente. La jurisprudencia del common law limitó progresivamente esa pretensión y la asimiló como institución del derecho procesal.

La regulación vigente del secreto profesional en el derecho anglosajón (los criterios de permisibilidad de su invocación) constituyen el consenso definitivo al que se arribó luego de décadas y siglos de disputa entre abogados y jueces sobre los límites del uso del secreto profesional. En este sentido, la historia del secreto profesional anglosajón es la historia de un progresivo asentamiento de límites al ejercicio de esta facultad de los abogados.

Y esto es importante para lo que sigue. ¿Cómo se "usa" el secreto profesional? El artículo 60 del Código de Ética especifica lo que la ética profesional espera del abogado para efectos de hacer valer esta prerrogativa que "la ley" le reconoce. Para "usar" el secreto el abogado debe, primero, impugnar razonablemente la orden del juez o de la autoridad de entregar información confidencial (60 (iii)). Luego el abogado debe justificar esa impugnación señalando qué norma jurídica le reconoce el privilegio y lo exime del deber general de entregar información a la autoridad (60 (i)). En esta operación el abogado debe limitarse a los dos actos señalados y no ahondar en la explicación de por qué la información está de hecho protegida por el secreto (60(ii)). ¿Es posible abusar del secreto profesional? Por "abuso" entiendo un uso excesivo de la prerrogativa, es decir, contrario a sus fundamentos y a su sentido. El Código de Ética configura en el artículo 96 (d) la prohibición de "abusar de la facultad de interponer recursos o incidentes judiciales". En la medida en que el secreto profesional opere en el contexto de un proceso esa norma puede ser pertinente.

Más pertinente en todo caso a la función específica del secreto es la prohibición del artículo 95 (g), de "impedir el acceso a piezas de información relevantes para un caso y a cuyo respecto haya deber legal o convencional de aportar al proceso". Teniendo ambas normas en consideración, parece razonable al menos imaginar una hipótesis en la que el ejercicio del secreto por parte del abogado impide el acceso a piezas de información relevantes, de un modo que puede ser considerado un uso abusivo de la facultad en cuestión.

Pero el mismo Código de Ética bloquea esa posibilidad en el artículo 62, que establece que "no falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar (...) con fundamento en su derecho al secreto profesional". Esto quiere decir que para el Código de Ética no hay ninguna norma de ética profesional que el abogado pueda quebrantar al ejercer su secreto profesional. Desde el punto de vista de la ética profesional, entonces, no es posible abusar del secreto profesional. En este punto es importante considerar que en otras jurisdicciones el secreto profesional reconoce límites internos rationa materiae. En el derecho anglosajón, por ejemplo, solo puede ejercerse respecto de comunicaciones entre abogado y cliente que versen sobre cuestiones de representación jurídica.

Lo interesante es que esta es una limitación de orden jurídico (en el derecho norteamericano se encuentra en las normas del §68 del Restatement of Law Governing Lawyers, cuerpo que recopila principios del common law), configurada progresivamente como una respuesta del common law (es decir, de los jueces) a una pretensión que históricamente el abogado entendía carente de límites. En efecto, en el siglo XVIII el abogado anglosajón entendía el secreto

profesional como una manifestación de la justicia natural y la equidad, que emanaba únicamente de su condición de abogado.

La jurisprudencia tuvo que limitar esa pretensión por razones de justicia procesal, cambiando progresivamente el fundamento de la protección del secreto, desde un fundamento personal a uno funcional: hoy el secreto existe para hacer posible la representación jurídica. Pero en ese cambio progresivo el espíritu del secreto como una prerrogativa del abogado “contra” la autoridad no ha mutado. El abogado anglosajón nunca ha olvidado que en su origen su secreto profesional es, en algún sentido, externo al derecho. No es el derecho el que lo constituye, pero sí es el derecho (la jurisprudencia) el que lo limita. Esa limitación, por cierto, ya ha sido asimilada por la cultura jurídica como un elemento constitutivo del secreto. En el derecho continental, y en el derecho chileno en particular, por razones culturales obvias entendemos el secreto profesional como una prerrogativa que “la ley” debe reconocer al abogado como precondition de su ejercicio.

El artículo 7 del Código de Ética es claro: el abogado debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto “con que la ley lo ampara”. Esto hace razonable pensar que el abogado satisface ese deber únicamente señalando a la autoridad qué norma jurídica le reconoce el secreto profesional. Esta interpretación nos inclina naturalmente a una comprensión del secreto como una institución de derecho estricto. Bajo esta interpretación su ejercicio se encontraría constitutivamente limitado por la regulación jurídico-procesal aplicable al caso. Pero los abogados y comentaristas de la regulación ética han levantado una interpretación alternativa. En primer lugar, algunos entienden que el artículo 60 (i) del Código de Ética impone al abogado el deber de construir una interpretación analógica.

En nuestro derecho procesal el secreto profesional del abogado está reconocido en el Código de Procedimiento Civil y en el Código Procesal Penal, y en otras leyes para procesos especiales; en ningún caso el derecho procesal chileno lo reconoce como una prerrogativa general del abogado, pero esto no es un problema para el abogado chileno.

Según un argumento relativamente extendido en la literatura especializada, el deber del abogado es interpretar analógicamente las disposiciones relevantes de la regulación procesal general para hacerlas aplicables a cualquier circunstancia en que un juez o autoridad le requiera información relativa a su cliente (es decir, aplicar “por remisión” las normas procesales que explícitamente reconocen al abogado el privilegio de secreto a cualquier procedimiento en que una autoridad tenga la potestad de requerir información). La norma ética relevante parece admitir esa interpretación.

El artículo 60 (i) del Código de Ética en concreto exige al abogado interpretar las disposiciones legales que lo eximen del deber de informar o declarar “del modo que mejor garantice el cumplimiento de su deber de confidencialidad”. Esto parece implicar, según este argumento, que no importa si la ley procesal aplicable al caso no reconoce al abogado la exención, pues siempre puede el abogado invocar analógicamente las normas del proceso civil y penal que sí lo reconocen (o “remitirse” a ellas) y hacer esas normas aplicables al caso particular. Pero además el artículo 60 (i) del Código de Ética hace referencia a disposiciones “constitucionales”. Esta es curiosa, porque la Constitución vigente no reconoce a los abogados el secreto profesional.

La Constitución reconoce, por cierto, el derecho del imputado a no autoincriminarse y el privilegio de parientes en causas penales (artículo 19 (7-g)) (siempre con remisiones a la ley, como corresponde a una norma constitucional). El “argumento analógico” del artículo 60 (i) del Código de Ética entiende que una referencia a esta norma constitucional (y quizás incluso a otras normas constitucionales referidas a la privacidad o libertad de ciudadanos) también sirve para construir una analogía entre la posición del ciudadano y la posición del abogado como titular de una prerrogativa de secreto.

Tanto la estrategia de la interpretación analógica como la estrategia de la invocación de disposiciones constitucionales parecen tener como objetivo presentar el secreto profesional, no como una institución de derecho estricto, sino como una suerte de principio general del derecho, o invocando la figura del abogado anglosajón de siglo XVIII, como un “derecho natural del abogado”. Pero esto nos deja en el peor de los mundos, con un secreto profesional materialmente amplísimo pero sin las limitaciones estructurales impuestas históricamente por el common law a abogados anglosajones. El secreto profesional en el derecho chileno no se circunscribe a un objeto de protección concreto, pero ahora sabemos que tampoco tiene fuentes específicas. El mensaje que la ética profesional transmite al abogado chileno, entonces, es que su secreto profesional no conoce límites de ningún tipo. Volvamos a la comparación con el secreto profesional anglosajón.

Allí donde el secreto profesional reconoce límites determinados por un objeto de protección concreto (las comunicaciones entre abogado y cliente relativas a materias propias de la representación jurídica), la autoridad es competente para imponer sanciones al abogado que invoca injustificadamente su secreto profesional.

La mera posibilidad de ser sujeto de sanciones (pecuniarias o de otro tipo) hace plausible una hipótesis de quebrantamiento de deberes éticos como consecuencia de elevar una reclamación frívola de secreto: desde ya el deber general de defender con eficacia los intereses del cliente, cuando de alguna manera las sanciones impuestas perjudican al cliente, porque le impone directa o indirectamente un costo pecuniario o porque alteran la estrategia probatoria del caso. Pero allí donde el secreto profesional reconoce límites internos también es posible postular vías más directas de abuso. Este es el caso de la hipótesis en que el abogado invoca el secreto profesional sin cerciorarse antes de que la información que se busca excluir efectivamente corresponde a información protegida por el secreto. Esto puede ocurrir ya sea porque no existió una investigación previa o porque la invocación incurre en un error de hecho.

Ninguna de estas posibilidades parece estar disponible en la ética profesional chilena, por lo tanto, la única posibilidad que queda abierta para postular alguna hipótesis de uso abusivo del secreto profesional exige insistir en la conexión normativa entre el secreto y la obligación ética en cuyo cumplimiento se fundamenta: la obligación de preservar la confidencialidad.

La tesis es muy simple: si la invocación del secreto no se fundamenta exclusivamente en el deber de confidencialidad, entonces se lo puede calificar como frívolo y por tanto no justificado desde el punto de vista de la ética profesional. El secreto profesional, cuando se invoca para proteger la confidencialidad de información de un cliente actual, a veces responde más bien a una estrategia de defensa del abogado. Como tal, responde más bien a su deber general de defensa empeñosa de los intereses del cliente (arts. 3,4 ,25, y 26 del Código de Ética) y no a su deber de confidencialidad.

Si este es el caso, es razonable sostener que en dicha circunstancia la estipulación del artículo 62 del Código, a saber, que la negativa a entregar información con base en el secreto es (siempre) éticamente permisible, pierde fuerza normativa.

El art. 62 del Código de Ética hace explícita la conexión entre el secreto profesional y el deber de confidencialidad, al menos en cuanto dice que las “materias” respecto a las cuales el abogado ejerce (siempre de modo éticamente permisible) el secreto son aquellas “sujetas a confidencialidad”. Entonces, si el ejercicio del secreto no responde exclusivamente al deber de confidencialidad se abre la posibilidad de considerarlo contrario a la ética profesional. Esta vía para construir una hipótesis de abuso es deficiente, porque su supuesto es difícil de probar y porque se limita a la información relativa a un cliente actual. Sería deseable que la posibilidad de abuso del secreto profesional pudiera construirse a partir de la estructura interna del mismo. Por ahora tendremos que conformarnos con la única alternativa disponible, que es la que se acaba de describir.

En todo caso, mientras los abogados chilenos entiendan el secreto como un “derecho natural” (una emanación de la justicia natural y la equidad), a la manera de los abogados anglosajones del siglo XVIII, es muy probable que incluso esta alternativa sea resistida en la práctica. * Javier Gallego Saade es académico Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.