

Acta N° 4. Sesión ordinaria 27.08.2008¹

LUIS ORTIZ: Muy buenas tardes. Damos inicio a la cuarta sesión de la Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas, en la que expondrá el coordinador del grupo de secreto profesional, Álvaro Anriquez, las propuestas normativas que elaboró su grupo, a quien dejo la palabra.

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

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

¹ Transcripción y notas adicionales por Pablo Fuenzalida de la cuarta sesión de la Comisión de Ética y Códigos de Buenas Prácticas del Colegio de Abogados de Chile A.G. que contó con la asistencia de Enrique Alcalde, Álvaro Anriquez, Antonio Bascañán, Sebastián Castro, Rodrigo Coloma, Alicia Domínguez, Manuel Garrido, José Antonio Guzmán, Gonzalo Insunza, Cristián Muga, Macarena Navarrete, Luis Ortiz (presidente), Esteban Ovalle y Marcela Vega. Se excusaron debidamente Alejandra Aguad, Enrique Barros, Enrique Cury, José Tomás Errázuriz, Cristóbal Eyzaguirre, Julian López, Marcelo Montero, Juan Ignacio Piña, Adrián Schopf, Lucas Sierra, Enrique Urrutia y Rodrigo Zegers. Al igual que en las demás sesiones, se reproduce parcialmente el informe enviado con anterioridad a toda la comisión para facilitar la lectura del debate posterior a su presentación.

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

³ Esta perspectiva sigue siendo mantenida por la regulación española (Art. 5° Nos 2 y 3 CDAE) y el proyecto peruano (Art. 28 PCP). Ambos textos consagran el deber de guardar el secreto profesional en términos extensivos y pretenden que en esos mismos términos sea oponible como un derecho frente a los tribunales.



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

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

En la regulación comparada es un hecho extendido que el ámbito cubierto por el privilegio legal del abogado (secreto profesional) es más restringido que el ámbito cubierto por el deber ético de confidencialidad. En el derecho angloamericano, la definición del primer ámbito está dada por dos desarrollos jurisprudenciales: el privilegio abogado-cliente (*attorney-client privilege*) y la doctrina del producto del trabajo (*work-product doctrine*),

Por su parte, aunque la regulación profesional alemana también caracteriza al deber de guardar silencio como derecho/deber, no pretende someter la exención reconocida por el derecho procesal a los amplios términos con que define el ámbito cubierto por el deber ético profesional (§ 2 (2) y (3) BORA).

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



siendo esta última un complemento extensivo del ámbito cubierto por la primera, que es muy restringido⁵. En líneas muy generales, se puede decir que la primera doctrina corresponde a los términos con que el Art. 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, el Art. 204 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, el Art. 304 del Código Procesal Penal y el Art. 11 CEP definen el ámbito cubierto por el secreto profesional, restringiéndolo a comunicaciones confidenciales. También en líneas muy generales, se puede afirmar que la segunda doctrina coincide parcialmente con los términos en que los Arts. 217 y 220 del Código Procesal Penal extienden el ámbito cubierto por el secreto profesional, eximiendo al abogado de entregar los objetos y documentos que se encuentren en su posesión.

Las razones por las cuales el privilegio legal abarca un ámbito más restringido que el deber ético son fáciles de entender. Para la afirmación del deber ético de confidencialidad basta con hacer valer la relación fiduciaria existente entre abogado y cliente: sin una legítima expectativa de confidencialidad por parte del cliente la confianza en que esa relación se basa se vería seriamente perjudicada. Para la afirmación del privilegio legal del secreto, en cambio, es indispensable hacer valer las dimensiones institucionales de la prohibición de revelación, que van desde el argumento utilitarista que considera el acceso desinhibido del cliente a la información que el abogado le puede brindar como la mejor manera de asegurar una correcta orientación y por consiguiente el cumplimiento del derecho por parte del ciudadano, hasta el argumento de principio que ve en el secreto del abogado defensor penal una proyección del derecho fundamental de su cliente a la no auto-inculpación. Entre esos dos extremos se encuentra la extendida justificación del privilegio como un presupuesto del debido proceso, ya sea que se lo afirme como derecho individual, en el sentido de una garantía institucional de la autonomía de la persona, o como interés colectivo, en el sentido de una regla constitutiva del sistema adversativo. Parece razonable sostener que no toda la información poseída por el abogado relativa a los asuntos de su cliente sea relevante a la luz de esas razones institucionales. Y sin embargo, desde la sola consideración del carácter fiduciario de esa relación sí puede hacerse la afirmación contraria. De aquí que en el ámbito angloamericano la doctrina del privilegio y la doctrina del producto del trabajo se caractericen por el detalle y diferenciación con que definen qué informaciones tienen un estatus privilegiado, mientras que, por el contrario, la regulación de la ética profesional afirme un deber omnicompreensivo de confidencialidad⁶.

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

⁶ Esta autonomía de la regla ética profesional respecto del derecho procesal es el resultado de un proceso paulatino en esa dirección. Como se ha visto (supra, nota 1), el canon 37 usaba la terminología del privilegio abogado-cliente. El código modelo incluyó dentro del ámbito protegido las “confidencias” y los “secretos” del



Comparada con la situación angloamericana, la situación chilena es peculiar. Por una parte, no existe un desarrollo doctrinario o jurisprudencial tan exhaustivo, diferenciado y bien asentado acerca de ámbito cubierto por el secreto profesional conforme al derecho procesal civil y penal. Por otra parte, la práctica del Consejo General del Colegio de Abogados ha dado una interpretación extensiva a los Arts. 10 y 11 CEP, proyectándola a la interpretación de la legislación. Un ejemplo de esta actitud interpretativa se encuentra en la posición defendida por Arturo Alessandri Rodríguez en *Guttman contra Guttman*⁷, confirmada por la Corte Suprema, conforme a la cual toda la información conocida por el abogado en ejercicio de un mandato conferido por el cliente es también información protegida por el privilegio legal del secreto. Otro ejemplo de la misma actitud interpretativa se encuentra en la declaración pública del Colegio de Abogados de octubre de 2004, que considera toda información contenida en documentos poseídos por el abogado y relevante para la defensa del cliente como parte del secreto definido por las reglas de la ética profesional⁸. En otras palabras, en el caso chileno, en lugar de que los términos restrictivos con que fue definido el privilegio en la legislación de principios del siglo XX hayan tenido proyecciones sobre la interpretación de la definición de la ética profesional, la interpretación extensiva de esta última regulación ha pretendido tener proyecciones sobre la interpretación de la legislación.

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

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

Esta nítida distinción entre los niveles de referencia impide las inferencias directas de uno a otro nivel que pueden distorsionar los términos con que debe ser planteado el problema al

cliente (canon 4 MC-ABA); mientras que el concepto de confidencia se entendía en directa referencia al privilegio legal, los “secretos” abarcaban “otra información obtenida en la relación profesional que el cliente ha solicitado se mantenga inviolada o cuya revelación sería vergonzosa o podría ser perjudicial para el cliente (regla disciplinaria 4-101 MC-ABA). Las reglas modelo, finalmente rompieron del todo con la dependencia respecto de las instituciones procesales, disponiendo que el abogado tiene el deber de no revelar “información relativa a la representación de un cliente” (regla 1.6 (a) MR-ABA).

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

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

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

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

Contenido de la propuesta

§ 1

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

La regla 1.1 afirma el deber de confidencialidad del abogado para con el cliente en los términos más amplios concebibles. La regla 1.2 afirma un deber de confidencialidad entre abogados en términos más restringidos. La regla 1.3 exige al abogado cuidar que sus colaboradores mantengan la confidencialidad. La regla 1.4 afirma la pervivencia indefinida del deber, aún después del término de la relación profesional.

§ 2

El párrafo 2 contiene las normas que tratan sobre el conflicto entre el deber de confidencialidad para con un cliente y el deber de información para con otro. Se propone



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

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

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

§ 3

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

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



Más aun, el artículo 11 del CEP permite al abogado atender clientes en asuntos relacionados con información confidencial que favorece a otro cliente, si se cuenta con “el consentimiento previo del confidente”. No resulta razonable pensar que el CEP otorgara al consentimiento del cliente un efecto liberador para un tema tan relevante como la existencia de un conflicto de interés y, sin embargo, excluyera tal efecto en otros escenarios en que el cliente pueda otorgar su consentimiento a la revelación de información confidencial.

Que el consentimiento expreso o presunto del cliente produzca el efecto de liberar al abogado de su deber de confidencialidad es un principio y regla ampliamente extendida en la regulación comparada⁹. Así por ejemplo, la Regla Modelo 1.6 (a) de las MR ABA contienen esta disposición en forma de regla de manera ininterrumpida desde su texto original (1983) hasta el día de hoy (vale decir, conservándose, aunque con algunas alteraciones, en las modificaciones introducidas a esa regla los años 2002 y 2003). Cabe destacar que la Regla 1.6 (a) hace referencia tanto al consentimiento expreso como al consentimiento tácito¹⁰. En la misma línea, la regulación holandesa permite al abogado revelar información confidencial de su cliente cuando éste no lo objeta y en la medida que sea compatible con una práctica profesional sensata. La regulación alemana, aunque con una aproximación conceptual distinta, parece reconocer que lo que en nuestra propuesta de regulación llamamos “consentimiento presunto” tiene la capacidad de liberar al abogado de su obligación de confidencialidad, al establecer en la sección 3 del parágrafo 2 del BORA que la obligación de confidencialidad no vale respecto de revelaciones que son justificadas por el desempeño del mandato conforme al cual el abogado presta sus servicios profesionales.

Otras regulaciones autorizan al abogado a revelar información confidencial si cuentan con el consentimiento del cliente, sin distinguir si éste es expreso o presunto y por lo tanto, en principio, aceptando implícitamente que ambos liberan al abogado del deber¹¹. Así, por ejemplo, la sección 4.01 del SCC-EW establece que “*you and your firm must keep the*

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

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

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



affairs of clients and former clients confidential except where disclosure is (...) permitted (...) by your client (or former client)”.

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

La escasa doctrina nacional sobre deber de confidencialidad también considera que el consentimiento del cliente libera al abogado de ese deber¹³. Montes Olavarrieta considera que tanto el consentimiento expreso como el presunto producen tal efecto¹⁴. Cabe destacar que Novoa Monreal, si bien reconoce dicho efecto liberador tanto al consentimiento expreso como al presunto, limita los escenarios en que este último puede producir tal efecto. Nos parece, sin embargo, que Novoa Monreal entiende por situaciones donde opera el consentimiento presunto algo distinto y claramente más excepcional que el entendimiento propuesto para nuestra sección 3.3¹⁵. En efecto, entendemos que Novoa Monreal se refiere a situaciones en que en principio es claro que el cliente no ha prestado ni prestaría consentimiento a la divulgación de información confidencial pero que circunstancias sobrevinientes razonablemente parecen justificar la divulgación. Novoa Monreal sugiere limitar el consentimiento presunto así entendido a aquellas situaciones en que no es posible consultar previamente al cliente (“nunca debe presumirse un consentimiento si hay alguna posibilidad de consultar al cliente”). Coincidimos con Novoa en el sentido que en las situaciones recién descritas el consentimiento presunto opera solamente si no es posible consultar al cliente.

El consentimiento presunto a que alude nuestra sección 3.3 es, sin embargo, distinto. Nos estamos refiriendo a la divulgación de información confidencial (toda información conocida en el contexto de la relación profesional es confidencial) respecto de la cual no existe una percepción *a priori* de que el cliente esté interesado en mantenerla confidencial y que solamente la aparición de causas sobrevinientes podría importar un cambio de criterio,

¹² Ver, por ejemplo, artículo 27 del PCP.

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

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

¹⁵ En el mismo sentido, ver Carrera Bascañán, Helena, en documento citado en pie de página anterior, página 148, N° 237.



sino a información confidencial que es razonable considerar que el cliente no quiere mantener confidencial puesto que su divulgación está implícita en el cumplimiento de la encomienda profesional.

§ 4

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

Estas excepciones se refieren a dos grandes categorías de situaciones: (a) casos en que la revelación tiene por objetivo evitar el acaecimiento o la perduración de los efectos de un hecho delictivo o gravemente perjudicial para las personas, y (b) casos en que la revelación sirve a los intereses del abogado para defenderse frente a una imputación o acusación formulada por el cliente o por terceros. En términos generales casi todas las regulaciones extranjeras contemplan excepciones pertenecientes a ambas categorías¹⁶. En aspectos de detalle, sin embargo, la regulación comparada demuestra un considerable margen de divergencias. La propia regulación de la ABA demuestra cuán disímiles pueden ser los criterios en esta materia: desde el borrador de propuesta de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de 1977 hasta la reforma de 2003, ésta ha sido una de las materias más controvertidas. De hecho, la regulación aprobada en 1983 y la regulación modificada en 2003 representan modelos de regulación situados en los extremos opuestos, muy restringido el primero y muy amplio el último¹⁷.

¹⁶ La principal excepción en la regulación comparada se encontraba en el derecho del Estado de California, que hasta el 1° de julio de 2004 establecía un deber absoluto de confidencialidad en el § 6068 (e) de su Código de Negocios y Profesiones. A partir de esa fecha entró en vigencia una norma que establece como excepción la revelación que el abogado razonablemente considera necesaria para prevenir un acto criminal que el abogado razonablemente considera que puede producir la muerte o daño corporal considerable a un individuo (§ 6068 (e) (2)). Para un examen de la regulación californiana previa a esa modificación, Kevin E. Mohr, "California's Duty of Confidentiality: Is it time for a Life-Threatening Criminal Act Exception?" 39 San Diego Law Review 307 (2002).

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



En el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados la cuestión se encuentra tratada en su Art. 1218. Conforme a sus términos, el abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro. En el contexto de la regulación comparada, ésta es una excepción amplia y de consecuencias rígidas, por su carácter imperativo. Asimismo, el abogado puede revelar el secreto profesional para defenderse de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado. En el contexto de la regulación comparada, ésta es una excepción más bien restringida.

Las reglas que se proponen en el párrafo 4 tienen por objetivo acercar la regulación de la ética profesional chilena a los estándares prevalecientes en la regulación comparada, por una parte restringiendo y/o flexibilizando la actual excepción relativa a la protección de los intereses de terceros, y por otra parte ampliando el margen de casos en que el abogado puede revelar información confidencial para defenderse. Las reglas 4.1 y 4.2 definen el universo de casos en que el abogado debe (4.1) o puede (4.2) revelar información confidencial del cliente. A esas reglas se suma una autorización de divulgación de información en términos abstractos cuando es de interés cultural o profesional (4.6). Las demás reglas (4.3 a 4.5) definen condiciones y estándares restrictivos para el ejercicio del deber y de la facultad de revelar información confidencial.

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

§ 5

¹⁸ La afirmación supone interpretar esta disposición en un sentido más amplio que una mera excepción al privilegio del secreto profesional stricto sensu. Así lo ha interpretado el Colegio de Abogados en el ejercicio de su jurisdicción disciplinaria (Fanny Pardo Valencia, *Ética del Derecho y de la Abogacía en Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 87). No obstante, la falta de diferenciación entre el deber ético de confidencialidad y el privilegio legal del secreto profesional que es característica del CEP haría plausible interpretar el Art. 12, por lo menos parcialmente, en un sentido diverso: el deber de hacer revelaciones que el código impone al abogado sólo procedería en el contexto de su citación como testigo en un procedimiento judicial. Así interpretada la regla, sería muy similar a la regulación californiana previa a la reforma del año 2004.

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

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

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

La regla 5.1 afirma que el deber de confidencialidad exige al abogado cuidar la confidencialidad debida con ocasión de su reacción frente a un deber legal de informar o al requerimiento de una autoridad de declarar, incluyendo el deber de invocar la exención legal que exista en su favor. Las reglas 5.2 y 5.3 desarrollan el contenido de este último deber.

Finalmente, la regulación que se propone incluye una regla que declara éticamente irreprochable la declaración testimonial del abogado relativa a información confidencial en dos casos excepcionales (5.4). Esta es ciertamente una regla propia del nivel de referencia legal. A pesar de ello, atendido el escaso nivel de desarrollo jurisprudencial y doctrinario que ha tenido la institución del privilegio del secreto profesional en Chile, la propuesta considera conveniente hacer una contribución a ese respecto, estableciendo una autorización ético-profesional para el abogado citado a declarar como testigo en los casos que resulta más importante afirmar la posición del abogado como un profesional leal al derecho. Con esto, la propuesta contribuye a evitar que se afirme de la regulación ética profesional chilena lo que Jeremías Bentham decía con insuperable ironía de los jueces

ingleses, que “han cuidado de eximir a los miembros profesionales de su cofradía de una obligación tan poco placentera como es la de servir a la justicia”¹⁹.

PROPUESTA DE REGULACIÓN

§ 1. Deber de confidencialidad.

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

1.2. *Deber de confidencialidad para con otros abogados.* El abogado debe también mantener en estricta confidencialidad lo que otros abogados le hayan comunicado con ese carácter. La información tiene siempre carácter confidencial:

- (i) cuando es comunicada a otro abogado del mismo estudio, quedando en este caso el abogado que recibe la comunicación obligado para con el cliente del abogado que la efectúa;
- (ii) cuando es comunicada a otro abogado requiriendo sus servicios profesionales.

1.3. *Deber de cuidado respecto de acciones de terceros.* El abogado debe adoptar las medidas adecuadas para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él en su ejercicio profesional.

1.4. *Duración indefinida.* El deber de confidencialidad no se extingue por el término de la relación profesional ni por el transcurso de tiempo.

§ 2. Conflicto entre el deber de confidencialidad y el deber de información.

2.1. *Primacía del deber de confidencialidad.* El deber de confidencialidad para con un cliente prevalece sobre el deber de información para con otro cliente.

2.2. *Prohibición de prestar servicios profesionales que ponen en riesgo el deber de confidencialidad.* El abogado debe abstenerse de asumir o de continuar el encargo profesional de un cliente que puede poner en riesgo la confidencialidad debida a otro cliente.

§ 3. Revelación consentida por el cliente.

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

¹⁹ *Rationale of Judicial Evidence* (1827), citado en “*Developments in the Law – Privileged Communications*”, 98 Harvard Law Review 1450 (1984).

3.2. *Consentimiento expreso.* El consentimiento expreso debe ser informado. La voluntad del cliente no obliga al abogado a revelar la información confidencial, a menos que sólo él pueda hacerlo y siempre que el consentimiento del cliente conste por escrito si así lo exige. El abogado informado de haber sido liberado por su cliente del deber de confidencialidad debe cerciorarse de su consentimiento. El cliente puede en todo momento revocar su consentimiento.

3.3. *Consentimiento presunto.* Se presume que el cliente consiente la revelación necesaria para la prestación de los servicios profesionales del abogado, a menos que el cliente disponga algo diferente.

§ 4. Revelación no consentida por el cliente.

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

4.2. *Facultad de revelar.* El abogado puede revelar información confidencial en los siguientes casos:

- (i) cuando lo hace para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas;
- (ii) cuando lo hace para evitar la comisión o consumación de un crimen no comprendido en la regla 4.1, o de un simple delito que atente contra la vida, salud, autonomía sexual o libertad de las personas;
- (iii) cuando lo hace para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación tenga lugar bajo confidencialidad;
- (iv) cuando lo hace para defenderse frente a imputaciones formuladas en contra suya o de sus colaboradores por el cliente, o por un tercero en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente;
- (v) cuando lo hace para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos previstos por las reglas 5.1 a 5.5;
- (vi) cuando lo hace en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional.

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

4.4. *Necesidad. Proporcionalidad.* Las reglas precedentes sólo autorizan al abogado a efectuar la revelación que sea necesaria para el logro del fin que la justifica, siempre que no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente. En los casos en que

el hecho que intenta impedir o la imputación de la que se defiende no sea atribuible al cliente, el abogado sólo se encuentra autorizado a revelar información confidencial cuando el mal que con ello evita es mayor que el que causa.

4.5. *Advertencia al cliente.* No falta a la ética profesional el abogado que advierte a su cliente que revelará información confidencial si lo hace para lograr exclusivamente el fin que conforme a las reglas precedentes justificaría esa revelación.

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

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

5.1. *Consideración debida a la confidencialidad.* Requerido por la ley o la autoridad competente a informar o declarar, el abogado debe procurar que el cumplimiento de esa obligación no ponga en riesgo la confidencialidad debida a su cliente. El abogado debe invocar en su favor la exención del deber de informar o declarar que la ley le reconozca en atención al secreto profesional.

5.2. *Interpretación de la ley favorable a la confidencialidad.* El abogado debe interpretar las disposiciones legales que lo eximen del deber de informar o declarar del modo que mejor garantice el cumplimiento por su parte del deber de guardar el secreto profesional.

5.3. *Prerrogativa de calificación.* El abogado debe hacer valer su apreciación de los hechos como amparados por el secreto profesional en todos los casos en que dar razón de su calificación comprometería dicho secreto.

5.4. *Autorización ética para declarar.* No falta a la ética profesional el abogado que, citado a declarar como testigo, revela información confidencial en los siguientes casos:

- (i) cuando la información se refiere a un servicio profesional que fue utilizado por el cliente en la planificación de la comisión de un crimen o simple delito;
- (ii) cuando la información es relativa a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un acusado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

5.5. *Cumplimiento del deber legal de revelar información confidencial contenida en soportes materiales.* Las reglas precedentes son aplicables también a los casos en que la ley o una autoridad competente exija al abogado manifestar o exhibir soportes materiales que contienen información confidencial, hacer entrega de los mismos, o tolerar su registro o incautación.



Preguntas

LUIS ORTIZ: Quisiera agradecer antes que nada a nuestro expositor y al grupo que refleja por lo que ha expuesto y por el documento que nos ha entregado que han llevado a cabo una labor realmente completa y seria. Ofrezco la palabra.

ENRIQUE ALCALDE: Primero, sumarme a las felicitaciones de don Luis. Se nota con los antecedentes que acompañaron que es un trabajo serio y muy completo. Solo tengo dos dudas muy puntuales. Una es preguntar a propósito de lo que explicaste del consentimiento presunto (queda claro lo que está tratado en relación con el consentimiento expreso), si se plantearon una posibilidad, que para no enredarnos con los nombres uno podría llamar consentimiento tácito, de situaciones en que se desprende en términos inequívocos o concluyentes de una conducta del cliente que está autorizando el abogado para revelar determinada información. Por ejemplo, uno puede imaginar el caso de un abogado que tiempo después de haber terminado la relación profesional con el cliente sea citado por éste a declarar en un juicio. ¿Se entiende por ese hecho que está relevado, supuesto que sea sobre los mismos hechos sobre los cuales recae el deber de confidencialidad? ¿Cabría entender que por esa circunstancia ha de entenderse relevado de la obligación de secreto? Esa es una primera pregunta, que es una alternativa que me parece no está cubierta por las dos especies de consentimiento que se regularon.

Y lo segundo, que es un tema bien puntual, en la regla 5.2 me da la impresión que cuando dice “El abogado debe interpretar las disposiciones legales que lo eximen del deber de informar o declarar...”, es que lo eximen del deber de observar la confidencialidad o si no, no se entiende la norma. Porque si lo eximen del deber de declarar o de informar no tiene sentido la segunda parte del párrafo.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Me voy a hacer cargo de la primera e invitaría a Antonio para que se hiciera cargo de la segunda, porque la redacción base del consentimiento presunto me correspondió a mí. Sin perjuicio de revisar el punto me parece que debiera quedar incluido en lo que nosotros entendemos como consentimiento presunto. Ahora, el nombre que utilizemos es susceptible de revisión y de mejora; de hecho, estaba pensando mientras hablabas que el reglamento de abogados y abogadas alemán llega al mismo resultado nuestro pero por un camino diverso refiriéndose al mandato, no habla de consentimiento, dice que no hay una infracción a las normas del deber de confidencialidad respecto de las actuaciones que realiza el abogado en cumplimiento de su mandato profesional. Hay diversas aproximaciones al punto pero más allá de la terminología lo que más me preocupa es que no entrapemos en virtud de una definición ampliada de deber de confidencialidad



la labor del abogado, en que tengamos que requerir autorización para cosas que están implícitas.

MACARENA NAVARRETE: Yo creo que quizás tú tienes razón. De acuerdo con la línea que nosotros hemos seguido lo que había que hacer es obtener el consentimiento expreso, porque si el cliente hace eso en definitiva no ha cumplido con los requisitos que hemos estimado para que exista un consentimiento informado. Cuando el cliente te cita a declarar tú no sabes realmente si tuvo en vista todas las cosas que, de acuerdo al criterio que nosotros hemos tomado, debiste haberle explicado. Entonces probablemente cuando el cliente te cite a declarar lo que correspondería es que tú tuvieras una conversación con él y le informaras en detalle de las consecuencias que tiene ese consentimiento que está otorgando, de manera tácita o como queramos llamarle, y si el cliente lo confirma ya sería consentimiento expreso.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Otro punto en la misma línea es que aunque no esté incluido ese mismo caso o casos evidentes en que hay un consentimiento tácito, en nuestras reglas de confidencialidad yo creo que hay un problema de aplicación por analogía también. La regla que estamos poniendo aquí, o el principio subyacente a estas reglas, es que el sujeto pasivo obligado por el deber de confidencialidad es el abogado y el titular del derecho correlativo es el cliente, y por lo tanto el cliente en la medida que se le informe puede liberar al abogado de esa obligación. Ese es el principio que está detrás que se traduce en dos reglas específicas, una de consentimiento expreso y otra de consentimiento presunto. Tu caso, el de las autorizaciones implícitas para revelar información confidencial efectivamente no está tratado dentro de esa regla pero que debieran quedar cubiertas por este principio. Ahí viene una pregunta de técnica legislativa: si nos conviene empezar a regular todos esos casos porque vamos a tener una excesiva frondosidad del documento o la posibilidad también (que es una buena posibilidad) de recoger lo que planteaba Enrique.

ENRIQUE ALCALDE: Me queda claro que lo que buscan es fortalecer la institución del deber de confidencialidad y que eso debiera proscribir en alguna medida el recurrir a la analogía.

ÁLVARO ANRIQUEZ: No estoy seguro, pero es un tema a discutir, y lo que debiera poder hacerse es tratarlo a nivel de comentarios.

MACARENA NAVARRETE: En el fondo hay que hacer una interpretación de todas las normas juntas porque cuando el cliente te cita a declarar probablemente lo que va a pasar es que interpretando las normas uno diga “voy a hablar con el cliente para informarle de todas las consecuencias y si es del caso me va a tener que otorgar consentimiento expreso”. Y si no, vamos a caer en la revelación no consentida por el cliente que está autorizada por otras

de las normas que vimos, y así sucesivamente, sin perjuicio de comentarlo con más detalle cuando nos juntemos de nuevo.

ANTONIO BASCUÑÁN: La redacción de las reglas siempre puede dar lugar a un malentendido y esta es una oportunidad para corregirlas. ¿Podrías repetir la observación a la regla 5.2, por favor?

ENRIQUE ALCALDE: Cuando dice “El abogado debe interpretar las disposiciones legales que lo eximen del deber de informar o declarar...”, imagino que estaban pensando era que eximen del deber de guardar el secreto o la confidencialidad, y que esas son las que deben interpretarse restrictivamente.

ANTONIO BASCUÑÁN: No, están correctas la reglas 5.1 y 5.2. La regla en 5.1 es que el abogado tiene un deber ético de invocar reglas legales que lo eximen del deber de declarar y de informar. Y entonces aquí lo que tenemos son esas disposiciones, las que lo eximen del deber de informar o declarar, que tiene que interpretarlas del modo que mejor garanticen el cumplimiento por su parte del deber de guardar el secreto profesional.

ENRIQUE ALCALDE: Pero eso no me calza con 5.2.

ANTONIO BASCUÑÁN: ¿Por qué?

ENRIQUE ALCALDE: Vamos a decir que el abogado tiene que interpretar restrictivamente...

ANTONIO BASCUÑÁN: Extensivamente. Mientras más extensiva la interpretación de la exención al deber de declarar, mejor se garantiza el deber de confidencialidad. Estamos pensando en las reglas del Código de Procedimiento Civil y del Código Procesal Penal que lo declaran exento de la obligación de declarar²⁰. La idea es que interprete la expresión "confidencialmente", por ejemplo, en el sentido del Código de Procedimiento Civil, del modo más extensivo posible.

ESTEBAN OVALLE: Tengo una duda en relación con el 1.2 acerca del eventual deber de confidencialidad que exista de la información proporcionada por los abogados de las otras partes. Me da la sensación que el 1.2, si bien no distingue, está pensado más bien para la

²⁰ Art. 360 N° 1 Código de Procedimiento Civil: “No serán obligados a declarar los...abogados...sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio”. Art. 303 Código Procesal Penal: “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...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”.



información proporcionada al abogado o abogada que representa un mismo interés. Y la duda que me cabe dice relación con la información traspasada por los abogados de las otras partes tanto en la celebración de contratos como en negociaciones, especialmente para el caso que fracasen. Entonces ¿la información proporcionada por los abogados de las otras partes está o no cubierta por el deber de confidencialidad? Lo pregunto porque nos pasó en un caso en que compareció un abogado declarando a propósito de la historia de un contrato y la intención de los contratantes, y la contraparte objetó la conducta ética de ese abogado porque, si bien estaba autorizado por su propio cliente para declarar en ese sentido, se señaló que estaba traspasando información no sólo de su propio cliente sino que información que le había proporcionado el abogado de la contraparte. En este sentido, ¿cómo incide en la interpretación contractual la supuesta confidencialidad respecto de la información proporcionada por los abogados de las otras partes? Creo que allí hay un tema y no sé si está cubierto por 1.2.

MACARENA NAVARRETE: Yo pienso que sí lo pensamos y consideramos que está cubierto, pero quizás habrá que revisarlo.

ANTONIO BASCUÑÁN: La idea es que en ese caso se tiene que producir un procedimiento de advertencia previa entre abogados. El abogado en la situación a que tú te refieres tiene que advertir al otro abogado que va a hacer una declaración confidencial. Entonces verá el otro abogado si acepta entrar en una relación confidencial y quedar vinculado con la información que le dé como confidencial o decide no conocerla. Una estrategia posible es decirle “antes de que tú me des información, esta es la información que yo poseo” y le revela toda la información, y todo lo que él dice no queda vinculado por información confidencial. La aplicación de la regla 1.2 dejando a cargo del propio abogado en su relación con otro abogado la aseveración del carácter confidencial de la información que le transfiere tiene que generar las reglas de procedimiento entre los abogados para aceptar o no entrar en una relación de confidencialidad.

ESTEBAN OVALLE: O sea, según esta regla si yo traspaso un borrador de una propuesta de contrato y digo que es bajo confidencialidad el abogado que la recibe por más que sea citado a declarar como testigo no podría revelar esa información.

ANTONIO BASCUÑÁN: Son dos cosas distintas. Una cosa es lo que el deber ético dispone. Éticamente hablando el abogado no puede revelar esa información respecto de cualquier persona. Ahora, la pregunta es si esa información confidencial bajo la ética es también secreto profesional bajo la legislación. Esa es una respuesta que solo puede darla la legislación, no la puede dar la ética.

ESTEBAN OVALLE: Está bien, pero al menos yo faltaría al deber ético si en un juicio declaro como testigo acerca de la historia de un contrato si es del caso que he recibido una proposición de contrato calificada por el remitente como confidencial. Yo éticamente no podría revelar esta información sin faltar al deber ético de la confidencialidad.

ANTONIO BASCUÑÁN: Lo que yo diría es que si usted es citado a declarar lo que tiene que hacer desde el punto de vista ético es dar cumplimiento a la regla 5 y sus respectivos numerales, de modo tal que tiene que hacer valer la confidencialidad, tiene que hacer valer una interpretación de la ley que sea favorable a la confidencialidad hasta donde sea plausible como interpretación de la ley, si se requiere de una calificación de los hechos tiene una prerrogativa y tiene que hacer valer esa prerrogativa, si lo que recibe es un requerimiento judicial para hacerlo tiene que impugnarlo, y si a pesar de todo no lo hace, bueno ahí hay una pregunta que nos dividió en el grupo hasta el último día y que es la pregunta crucial del abogado, y al final decidimos no reflejarla en las reglas pero sí en los comentarios²¹. Pero en todo caso la última palabra respecto del secreto profesional, o sea de

²¹ **Regla 5.1** La premisa de la regla 5.1 se encuentra en la regla 4.2 (v): el abogado que es destinatario de un deber legal de informar o declarar se encuentra autorizado por la ética profesional para cumplir con ese deber. Ello, siempre que en el cumplimiento de ese deber el abogado observe el cuidado debido a la confidencialidad del cliente. La regla 5.1 establece los dos deberes básicos que definen ese cuidado. El primero es un mandato de optimización: si es posible cumplir con el deber sin poner en peligro la confidencialidad debida al cliente el abogado debe optar por ese modo de cumplimiento. El segundo es un mandato de invocación de la exención que la legislación ofrezca al abogado en razón de su condición profesional. El Art. 10 CEP impone al abogado citado a declarar como testigo el deber ético de negarse a declarar si con ello violaría el secreto profesional o se expondría a hacerlo. Esta regla sólo tiene sentido si se asume que el margen del deber ético de confidencialidad es idéntico al margen del privilegio o exención legal. Cuando, por el contrario, la ética profesional adopta un punto de vista autónomo para afirmar un deber amplio de confidencialidad, el deber ético al enfrentar un requerimiento de la autoridad sólo puede consistir en invocar las reglas legales que lo eximan de ello. Esa es la definición dominante en la regulación comparada: comentario 13 a la regla 1.6 MR-ABA, §§ 63 y 86 (1) (b) RLGL-ALI, comentario 11 a la regla 1 del capítulo 4 CPC-C, comentarios 10-12 a la regla 4.01 SCC-EW. El cumplimiento satisfactorio del deber de invocación de la exención legal comprende varias exigencias. Las dos más importantes se encuentran expresamente formuladas como reglas (5.2 y 5.3). Además de esas exigencias, cabe señalar las siguientes: (i) El abogado informado por terceros de haber sido relevado por su cliente del deber de confidencialidad debe solicitar a la autoridad la realización de las actuaciones necesarias para cerciorarse del hecho, en el sentido de la regla 3.2. El abogado que no ha podido cerciorarse se encuentra bajo el deber de confidencialidad. (ii) El abogado debe realizar las actuaciones que se encuentren a su alcance para impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar cuando la ley lo exime de ello. Las actuaciones se encuentran al alcance del abogado cuando (a) corresponden a procedimiento ordinarios de impugnación y (b) corresponden a gestiones comprendidas en los términos del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con el cliente. Si conforme a los términos de ese contrato las actuaciones justificarían honorarios adicionales, el abogado no puede invocar esta regla para hacer su pago oponible al cliente. La exigibilidad de estos deberes se intensifica mientras mayor sea la relevancia atribuible a la revelación requerida por la ley o la autoridad desde el punto de vista del ejercicio de la profesión, la protección de los derechos del cliente como parte en algún procedimiento ante un tribunal u otra autoridad con competencia para adjudicar y el correcto funcionamiento de la administración de justicia. En la regulación comparada es usual encontrar una exigencia de estricta necesidad de la revelación efectuada por el abogado en cumplimiento de un deber legal o judicial de informar o declarar: comentario 14 a regla 1.6 MR-ABA, comentario 11 a la regla 1 del capítulo 4 CPC-C, comentario 10 a la regla 4.01 SCC-EW. Esa exigencia ya se encuentra formulada por la regla 4.4, aplicable a estos casos en virtud de la regla 4.2 (v). No hay



necesidad de reproducirla en este contexto. Como consecuencia extrema de este deber de invocar la exención del secreto profesional, durante la redacción de esta propuesta se discutió la procedencia de incluir una regla que declarara éticamente irreprochable la desobediencia a la autoridad en que incurre el abogado que se niega a informar o a declarar en cumplimiento de su deber de guardar el secreto profesional. La negativa del abogado debería en todo caso encontrarse fundada en el derecho aplicable al caso. No bastaría, por lo tanto, con que el abogado invocara el deber de confidencialidad que le impone la regla 1.1. El abogado tendría que alegar plausiblemente que la legislación aplicable al caso lo exime del deber de informar o declarar. En otras palabras, la regla supondría un desacuerdo entre el abogado y la autoridad relativo a la institución legal del secreto profesional. La inclusión de esta regla es el único aspecto en torno al cual nunca hubo consenso entre los redactores de esta propuesta. Por una parte, se la rechazó categóricamente por considerar inadmisibles una exhortación de la ética profesional del abogado a desconocer la competencia de los tribunales como autoridad final de adjudicación dentro del sistema jurídico. La opinión contraria discrepó de la atribución de ese sentido a la regla en cuestión. Conforme a su punto de vista, la regla no pretende ofrecer una causa de justificación al abogado que incurre en desobediencia a la autoridad ni exhortarlo en tal sentido, sino simplemente afirmar que la defensa por el abogado del secreto profesional aun bajo el riesgo de ser calificada como un acto ilícito y sufrir las consecuencias jurídicas perjudiciales que esa calificación acarrea, no es merecedora de reproche ético cuando se encuentra plausiblemente fundada en la ley. En definitiva, la propuesta desistió de incluir una regla de desobediencia en consideración a la eventual adopción del trabajo de regulación efectuado por el Colegio de Abogados por un futuro código de ética para todos los abogados del país, validado por un decreto supremo. La regla de desobediencia tiene sentido como declaración de solidaridad de una corporación profesional con aquel de sus miembros que se encuentra ante un dilema moral. Pero no parece aceptable que una norma autorizada por un poder del Estado solidarice con un profesional que infringe la orden de un tribunal.

Regla 5.2 La regla 5.2 establece un deber de interpretación de la legislación favorable al secreto profesional. Como es obvio, se trata de una regla de interpretación que debe aplicarse en conjunto con los demás cánones de interpretación reconocidos por el derecho aplicable la práctica judicial.

Regla 5.3 La regla 5.3 establece una prerrogativa de calificación de los hechos para el abogado. Esta regla se encuentra actualmente establecida por el Art. 10 CEP: “debe el letrado (...) con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello”. Como es obvio, la premisa de esta regla es que no se encuentra en discusión la exención en abstracto, es decir, el alcance de la norma legal que la consagra, sino la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho previsto por esa norma. La razón de otorgar al abogado una prerrogativa de calificación de su situación se encuentra en evitar que con ocasión de la justificación de esa calificación tenga que revelar el secreto profesional. Así lo expresa la regla en cuestión.

Regla 5.4 La regla 5.4 establece respecto de dos casos una autorización ética para el abogado citado a declarar como testigo, calificando como éticamente irreprochable la revelación de información confidencial. En principio, la inclusión de la regla 5.4 en el contexto de esta propuesta aparece como inconsistente con el planteamiento general. Si la tesis básica consiste en renunciar a la pretensión de determinar desde la regulación de la ética profesional el ámbito protegido por la institución legal del secreto profesional, resulta inconsistente que con esta regla se pretenda determinar parcialmente el ámbito no protegido por esa institución. Así planteada, la inconsistencia es indesmentible. No obstante, cabe señalar en primer lugar que la formulación de la regla 5.4 en ningún caso afirma una pretensión de producir efectos normativos en el nivel de referencia legal. La regla sólo declara éticamente irreprochable dos casos de revelación efectuada por el abogado declarando como testigo. Cuáles sean las consecuencias legales atribuibles a esa declaración eso es algo que la regulación de la ética profesional no se encuentra en condiciones de definir. La regla tampoco exige al abogado efectuar esa declaración. Simplemente lo exime de responsabilidad por un eventual cargo por infracción a la ética profesional. La decisión que adopte el abogado en esa situación queda por lo tanto entregada a su discernimiento acerca del derecho aplicable, sin que su caso se encuentre cubierto por las reglas 5.1 a 5.3. Las dos situaciones comprendidas por la regla 5.4 han sido definidas por la propuesta tomando en consideración la discusión acerca de las excepciones reconocidas en el derecho angloamericano al privilegio abogado-cliente. La primera de ellas corresponde a una reconocida excepción a ese privilegio, que no es del todo ajena a la actual regulación de la ética profesional chilena. La segunda no tiene un respaldo institucional equivalente, pero es considerada por esta propuesta como una excepción igualmente justificada al secreto profesional. El Art. 12 CEP declara que “cuando un cliente comunica a su abogado la intención de



cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional”. De este principio el mismo artículo deduce luego un deber para el abogado de hacer las revelaciones necesarias para evitar ese delito. Pero el principio produce su efecto institucional directo autorizando al abogado para revelar esa información como testigo en juicio: “tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional”. Esta regla proviene del canon 37 de la ABA de 1928, que en esta parte es tributario de la excepción del crimen o fraude del cliente, largamente reconocida y desarrollada por el derecho angloamericano. Tal como se la encuentra actualmente formulada en el *Restatement of the Law Concerning Lawyers* del *American Law Institute*, la excepción comprende dos casos: (i) el caso en que la comunicación del cliente tiene lugar con ocasión de una consulta del cliente efectuada con el propósito, posteriormente realizado, de obtener asistencia para cometer un crimen o fraude o auxiliar a un tercero en su comisión, (ii) el caso en que la comunicación tiene lugar con ocasión del uso por parte del cliente del consejo del abogado o de otros servicios para la comisión o auxilio de un crimen o fraude, independientemente del propósito del cliente al momento de la consulta. La regla 5.4 (i) se refiere al segundo caso recién mencionado. Dado que el segundo caso comprende al primero, y que la razón de la excepción se encuentra en que el privilegio del abogado sólo protege el uso conforme a derecho de la información que el abogado provee al cliente, la regulación del primer caso resulta redundante y eventualmente injustificada. El cliente que sin conocer el derecho revela de buena fe una intención que desde el punto de vista del derecho ha de calificarse como delictiva y advertido de ello por el abogado desiste de usar sus servicios no se encuentra respecto de ese abogado en la misma situación del cliente que utiliza de mala fe la información brindada por el abogado para planificar la comisión del acto ilícito. Exponer al primer cliente a una excepción al deber de guardar el secreto afectaría la desinhibición de la relación abogado-cliente que la institución del secreto profesional pretende asegurar. Otorgar al segundo cliente la misma protección afectaría la legitimidad de la institución del secreto profesional. Por otra parte, las excepciones al deber de confidencialidad consagradas en casos semejantes por las reglas 4.1 y 4.2 (ii) se explican por razones preventivas, que no son extensibles a consideraciones punitivas. La expresión “crimen o fraude” es traducción literal de la fórmula inglesa respectiva (“*crime or fraud*”) pero entre nosotros no tiene el mismo significado en lo que respecta al primer término y carece de sentido jurídico preciso en lo que respecta al segundo término. Por tal razón, asumiendo que los actos fraudulentos más graves son punibles, la regla 5.4 (i) usa las expresiones “comisión de un crimen o simple delito”. Con ello precisa además el ámbito objetivo actualmente cubierto por la regla del Art. 12 CEP, en el sentido de excluir las faltas. No está de más resaltar la importancia de esta reformulación de la regla del Art. 12 CPE. En conjunto con el deber de honradez (Art. 3° CEP), las reglas 4.1, 4.2 (ii) y 5.4 (i) definen éticamente la posición del abogado respecto de los crímenes y simples delitos cometidos por su cliente: el abogado (a) debe abstenerse de prestar servicios que favorezcan su comisión, (b) debe revelar la información que evita la comisión o consumación de crímenes que atentan contra las personas, (c) puede revelarla para evitar la comisión o consumación de otros crímenes o de simples delitos que atentan contra las personas, y (d) no infringe la ética profesional si declarando como testigo revela la información confidencial del cliente que utilizó sus servicios para la comisión de crímenes o simples delitos. Tampoco está de más advertir que esta reformulación de la regla del Art. 12 CPE trae consigo considerables problemas de aplicación. El mayor, sin duda, se encuentra en que el testimonio del abogado es requerido en juicio precisamente para probar el hecho cuyo acaecimiento justifica la autorización ética para prestar dicho testimonio, vale decir, el testimonio es requerido cuando el cliente todavía se encuentra beneficiado con la presunción de inocencia. A fin de reconocer apropiadamente la relevancia de dicha presunción, en todos los casos en que al momento de efectuar el abogado la declaración autorizada por esta regla no exista sentencia condenatoria firme en contra del cliente por el crimen o simple delito para el cual los servicios del abogado fueron requeridos, debe entenderse que el abogado solamente se encuentra autorizado a declarar cuando, razonablemente, tenga la convicción de que al cliente le ha cabido participación punible en un crimen o simple delito. Tales problemas son sin embargo inherentes a la aplicación de la regla, cuyo sentido práctico resulta sin duda más relevante que la autorización al abogado para delatar la confesión de una intención por parte del cliente. Por su parte, la regla 5.4 (ii) se refiere a un caso completamente distinto, cual es la revelación póstuma de información confidencial con la finalidad de evitar la condena de un inocente. Conforme a la información tenida a la vista con ocasión de la redacción de esta propuesta, a diferencia de la regla anterior, no puede decirse de esta regla que corresponda a una norma establecida como parte del derecho vigente en el ámbito angloamericano. No obstante, se trata de una regla cuyo reconocimiento es considerado como justificado por un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia. Su defensa más conspicua se encuentra en el voto disidente de la juez O’Connor en *Swidler & Berlin v. United States* 524 U.S. 399, 411-



hacer valer la confidencialidad ante un tribunal, la tiene la legislación, no la regulación ética.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Coincido plenamente con Antonio, y tal vez otra manera de decirlo es no meternos al tema si frente a un tribunal debe declarar o no. Yo diría que el abogado que recibe información de otro abogado habiendo sido advertido por el abogado que divulga la información que esa información se está entregando bajo deber de confidencialidad, asume una obligación de confidencialidad de esa información. ¿Cuánto resistirá esa obligación de confidencialidad frente a un requerimiento judicial? Eso es materia de la regla 5 en adelante, porque nosotros decimos en el documento que el secreto profesional es inderrotable. Bueno hay algunos casos en que es derrotable cuando tienes un bien jurídico tan potente al otro lado que un tribunal tan empecinado te dobla la mano. Pero sí tiene el deber de confidencialidad el abogado que recibe información del otro abogado en la medida en que esté advertido por el abogado que entrega la información que esa información es entregada bajo deber de confidencialidad, vale decir, se le impone un peso al abogado que le entrega la información. Si la entrega al lote es un problema del abogado que la entrega. Ahora, yo quería hacer un punto sobre esto, porque Marcela hizo una pregunta muy parecida al comienzo que puede que sea interesante que revisemos la redacción del documento.

416 (1998), cuyos argumentos son compartidos por esta propuesta: “Concuerdo con que el cliente fallecido puede mantener un interés personal, económico y de reputación en la confidencialidad. Pero después de la muerte, ha disminuido considerablemente el margen en que la revelación pueda dañar los intereses del cliente y el riesgo de que el cliente pueda ser hecho criminalmente responsable ha desaparecido por completo. (...) [L]os costos de reconocer un privilegio póstumo absoluto pueden resultar excesivamente altos. (...) Una injusticia extrema puede darse, por ejemplo, allí donde un defensor penal busca la revelación de la confesión del delito por un cliente fallecido. (...) Desde mi punto de vista, el valor supremo que nuestro sistema de justicia penal atribuye en la protección de un acusado inocente debería prevalecer sobre el interés de un cliente fallecido en preservar sus confidencias”. No está de más insistir en que la finalidad que justifica esta regla es exclusivamente absolutoria: la evitación de la condena del inocente. Las reglas 5.4 (i) y (ii) no agotan el campo de las excepciones reconocidas en el derecho angloamericano al privilegio abogado-cliente. Las demás excepciones, sin embargo, se basan en consideraciones acerca de la titularidad del privilegio, como el principio de que entre cotitulares algunos no pueden invocarlo en perjuicio de de otros, o el principio de que el agente fiduciario no puede invocar en perjuicio del beneficiario el secreto relativo a los servicios prestados a él por el abogado en relación con la gestión del negocio fiduciario. Estos principios, aplicables a la producción de prueba entre los sucesores legales del cliente fallecido o a disputas entre accionistas y encargados de la dirección de una sociedad anónima, no responden primariamente a consideraciones generales de ponderación de intereses sino a las definiciones jurídicas que son constitutivas de la institución del secreto profesional. Por tal razón, esta propuesta se abstiene de introducir reglas de esta índole. Su desarrollo no puede efectuarse razonablemente al margen del derecho procesal y de las ramas del derecho sustantivo involucradas. Cabe mencionar que el miembro del Grupo, abogado Manuel Garrido Illanes (MG) propuso que reemplazar el epígrafe de la regla “Autorización ética para declarar” por “Excepción calificada al reproche ético”, a fin de lograr mayor claridad respecto del carácter restrictivo de la regla.

Regla 5.5 La regla 5.5 extiende las reglas del párrafo 5 a los casos en que el abogado se encuentre sujeto un deber legal o judicial de exhibir soportes materiales que contienen información confidencial, o bien de manifestar o entregar dichos soportes o de tolerar su registro o incautación por la autoridad. La regla es una consecuencia de la regla 1.1, conforme a sus comentarios. En la regulación comparada su símil se encuentra en los comentarios 16 y 17 a la regla 4.01 SCC-EW.



MARCELA VEGA: En el caso que plantea Esteban va ser probablemente tu cliente al que previamente ayudaste a redactar el contrato y que ahora está en un arbitraje con la contraparte, la que diga que quiere traer a la vista los correos electrónicos con intercambio de los borradores. Entonces ahí no es el requerimiento judicial sino que es tu cliente. Están las partes copiadas en el correo electrónico y es un correo electrónico entre parte y parte, que es distinto a si sólo estuvieran copiados los abogados de ambas.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Me parece que quizás lo que tengamos que hacer es revisar el 1.2 ya que los números romanos que desglosan dos situaciones pueden ser inductivos a error. Esos dos casos, en (i) y (ii), son de confidencialidad entre abogados per se y que la confidencialidad la califica la regla sin exigir que sea el abogado que la transmite quien lo haga.

LUIS ORTIZ: Es muy corriente que en estas conversaciones entre abogados uno diga “mira, te estoy mandando estos antecedentes de manera confidencial”. El otro no acepta pero no dice nada. ¿Qué ocurre ahí? ¿Es obligación de la persona que recibe el encargo bajo confidencialidad decir y declarar sus verdaderos criterios al respecto? Si no dice nada la verdad es que no puede decirse que ha aceptado ¿o acaso podría entenderse que aceptó tácitamente? ¿Vamos a considerar éticamente obligatorio que diga “por favor no me mandes nada y te estoy devolviendo lo que me mandaste porque yo no acepto la confidencialidad”? A lo mejor ya se enteró de lo que el otro le envió porque es muy corriente. ¿Cómo lo resuelven?

JOSÉ ANTONIO GUZMÁN: Si uno mira la práctica actual sobre el tema, es muy corriente encontrarse que todos los correos electrónicos de las oficinas de abogados ponen al final una cláusula, que ya todo el mundo la copió, señalando que si ese mail cae en manos equivocadas la información que en él se contiene es completamente confidencial.

ANTONIO BASCUÑÁN: Una regla de esta naturaleza no es tan distinta a la regla del art. 11 del código. El art. 11 tiene una regla referida a las confidencias entre abogados pero una regla clarificada como esta regla lo que tiene que generar es un procedimiento entre los abogados en que la advertencia no basta con que sea repentina o súbita sino que tiene que ser advertencia oportuna. Es decir tiene que ser una advertencia con una posibilidad de renuncia de parte del destinatario de la advertencia a aceptar la confidencialidad del caso. De otra forma es absolutamente intempestiva y lo compromete de un modo unilateral y entonces lo que puede hacer es inhabilitarlo para el desempeño de la gestión profesional por esa sola vía. El abogado necesita tener una oportunidad de pronunciarse acerca de la advertencia que se le está haciendo



ESTEBAN OVALLE: Bajo esta regla, si un abogado envía a su contraparte toda la historia de un contrato bajo confidencialidad, los tribunales no podrían tener acceso a la historia del contrato. Para evitar ese problema, podría ser interesante, como dice don Luis, si previo a enviar la información se exigiese que ésta sea calificada o requerida como confidencial o no. De esta manera, a lo mejor el abogado que está pensando en enviar un borrador sabrá con anterioridad si esa información podrá ser pública o no. Hay una vuelta bien interesante a este punto que tiene problemas prácticos bien relevantes.

ANTONIO BASCUÑÁN: La pregunta es en qué nivel sería razonable dar respuesta a esta preocupación que se ve que la Comisión advierte como una preocupación práctica relevante: en el nivel de las reglas, en el nivel de los comentarios o en el nivel del desarrollo de una práctica que tiende a seguir la regla.

MARCELA VEGA: Justamente respecto a eso quería comentar lo siguiente. Entiendo y me parece razonable que hayan estimado que entrar en mucho detalle sería quizás inadecuado y probablemente produciría una rápida obsolescencia de las reglas. Sin embargo los comentarios a la regla 1.1 yo los encuentro muy buenos, pertinentes, elaborados y modernos, y solucionan una serie de cosas prácticas que están pasando todos los días²². Me

²² **Regla 1.1** La regla 1.1 establece el deber de confidencial del abogado para con el cliente. Sus fuentes en la regulación comparada se encuentran en la regla 1.6 (a) MR-ABA, el canon 4 y la consideración ética 4.1 MC-ABA, la regla 1 y los comentarios 1 y 5 (a) del capítulo 4 CPC-C, la regla 4.01 y el comentario 4 a la regla 4 SCC-EW, el § 2 (2) BORA, el § 43a (2) BRAO, el artículo 5 Nos 1 y 2 CDAE y los artículos 26 y 27 PCP. La formulación de la regla asume que el deber de confidencialidad se tiene para con todos los clientes, sin excepción de ninguna especie. No corresponde a esta parte de la regulación ético-profesional definir quién es cliente; eso es asunto propio de las reglas generales. No obstante, la propuesta asume que el abogado tiene un deber de confidencialidad para con clientes actuales y pasados, así como para con clientes eventuales que hayan consultados con él, aun cuando en definitiva sus servicios no sean contratados. En los términos propuestos, el deber de confidencialidad abarca tanto la información recibida como la obtenida por el abogado en relación con el ejercicio de su profesión. En este sentido, se entiende cubiertos por el deber de confidencialidad la información (i) suministrada por el cliente expresa o tácitamente, (ii) recibida por el abogado por obra de terceros, (iii) recabada por el abogado y, (iv) recibida fortuitamente. La regulación propuesta asume que el deber de confidencialidad del abogado se extiende a toda la información que el abogado conoce en el ejercicio de su profesión, siendo irrelevante la fuente de esa información a efectos de determinar su cobertura. Sin diferenciar la fuente de la información, el abogado tiene siempre un deber de confidencialidad si el conocimiento se ha producido en el ejercicio de la profesión. La única información que se encuentra excluida del deber de confidencialidad es la que la que no se encuentra relacionada con el ejercicio de la profesión de abogado. El ejercicio de la profesión de abogado es concebido por la definición propuesta en términos amplios, de modo de abarcar todos los ámbitos en que el abogado ejerce su profesión. Así, se entiende que el ejercicio de la profesión incluye el encargo de (i) la representación de los intereses del cliente ante cualquier instancia jurisdiccional, sea judicial, arbitral, administrativa o constitucional, (ii) la asesoría dirigida a la formación, modificación o terminación de cualquier contrato o relación jurídica, (iii) la planificación, examen o análisis de cualquier conducta de relevancia jurídica, (iv) la mediación o intervención en un conflicto jurídico, y (iv) en general, cualquier materia, negocio o asunto en que el abogado tenga competencia profesional. El contenido del deber de confidencialidad prohibiría acciones tales como (i) comunicar a otro los hechos o la información confidencial; (ii) dejar entender o dar a entender a otro, por acciones u omisiones que en virtud del contexto de su realización tienen inequívocamente ese sentido, la veracidad o falsedad de aseveraciones relativas a información confidencial; (iii) entregar a otro los soportes



refiero a que los abogados se preocupen que no tengan acceso a los documentos y comunicaciones personas que no se encuentren obligadas por el deber de confidencialidad (típicamente copiar a alguien que no es abogado un correo electrónico), ejercer la custodia sobre los soportes materiales, sobre las copias, velar por los deberes de confidencialidad del personal (que la secretaria tenga en su contrato una cláusula de confidencialidad), etc. Veo también que se reconoce que este tipo de aspectos sobre el secreto profesional en otros códigos sí se han explicitado concretamente. Entonces, una opción que les quería sugerir es que dada la importancia de este punto y entendiendo que no forme parte del código de ética, sí hay una necesidad de publicidad de estos criterios y que si quedan sólo en comentario no van a tener la misma relevancia que el código de ética. Una solución intermedia sería que los comentarios acerca de situaciones modernas que se producen a

materiales que contienen la información confidencial, etc. La propuesta es no incluir un listado ilustrativo de formas de revelar que están prohibidas por el deber de confidencialidad, con la finalidad de evitar que se entiendan excluidos los casos restantes ya sea porque no fueron enumerados o porque su entidad o características fundamentales son diferentes. El deber de confidencialidad impondría al abogado deberes de cuidado con relación a la información confidencial tales como (i) asegurar que con ocasión de la recepción u obtención de información confidencial ésta no sea percibida por personas que no se encuentren obligadas por el deber de confidencialidad, sea en su condición de abogados o colaboradores en la prestación de servicios legales; (ii) asegurar que con ocasión de la recepción u obtención de soportes materiales que contengan información confidencial (documentos impresos, documentos virtuales, reproducciones de imagen y/o voz), no tengan acceso a éstos personas que no se encuentran obligadas por el deber de confidencialidad en su condición de abogados o colaboradores en la prestación de servicios legales; (iii) ejercer la custodia sobre los soportes materiales recibidos o elaborados con ocasión de la relación profesional, que contienen información confidencial, de modo que se impida el acceso de terceras personas a ellos; (iv) mantener los soportes materiales bajo custodia en condiciones tales que impidan a terceros encargados de su manejo físico acceder a la información contenida en ellos; (v) omitir la reproducción de esos hechos o información en otros soportes materiales, salvo justificación por necesidad o conveniencia para el desempeño profesional encomendado; (vi) ejercer la custodia sobre las reproducciones o copias justificadas de los soportes materiales recibidos o elaborados con ocasión de la relación profesional, en los mismos términos que los ejemplares originales; (vii) seleccionar a su personal auxiliar considerando y evaluando su idoneidad para manejar información confidencial; (viii) acordar o regular que las personas que en su condición de colaboradores puedan tener acceso a información confidencial estén afectos a prohibiciones y deberes congruentes con los deberes que impone el deber de guardar confidencialidad; (ix) advertir explícitamente a los colaboradores acerca de la condición confidencial de los hechos e información y la gravedad de su divulgación; (x) advertir explícitamente a los colaboradores acerca de las prohibiciones y deberes derivados de la condición confidencial de los hechos e información; y (xi) advertir explícitamente a los colaboradores acerca de la relevancia de las prohibiciones y deberes contractualmente convenidos con ellos, relativos a la confidencialidad de la información. La propuesta es no incluir un listado ilustrativo de las medidas que hoy se consideran adecuadas a fin de impedir una interpretación excluyente de las medidas no enumeradas e impedir también caer en rápida obsolescencia. Decisiones opuestas a esta existen en el derecho comparado. En este último sentido el MC-ABA explicita la necesidad de obligaciones de cuidado al contratar y capacitar al personal. También opuesto a nuestra propuesta en el mismo sentido es el Proyecto de Código de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho Peruano versión 30 de abril de 2008 en que se opta por señalar expresamente que los abogados deben pactar cláusulas contractuales con sus empleados a fin de que se respete la confidencialidad. Algunas otras legislaciones lo imponen también de modo menos explícito como la holandesa y CCEL 2.3. La propuesta es no explicitar la obligación de cuidado de los abogados por el actuar de sus socios, asociados o asistentes que sí sean abogados en el entendido que este sería la violación del deber de confidencialidad primario y no del deber de supervigilancia. Una decisión distinta existe en el Model Rules of Professional Conduct de la ABA.



propósito del deber de confidencialidad formaran un papel aparte que eventualmente esté tan disponible en la página web del Colegio de Abogados como el código de ética, ya sea como manual de sugerencias éticas acerca de la confidencialidad en la profesión de abogado o algo similar.

ÁLVARO ANRIQUEZ: La idea nuestra es que ojalá exista acceso general a los comentarios porque ayudan a interpretar las normas, se enfrentan a situaciones complejas, detalladas o delicadas donde hay un conflicto de normas, etc. La idea es que el comentario no se pierda en un libro que nadie lea nunca jamás. Por ejemplo, así puede verse en la regla 1.6 de las Model Rules de la ABA, en que la regla es muy breve, y después vienen los comentarios, que son en total dieciocho. No sé en definitiva como quedará pero la idea es similar.

ANTONIO BASCUÑÁN: Solamente quería señalar que al final de estas reglas venía una regla final en la cual se declaraba exenta de responsabilidad ética la desobediencia judicial. El abogado que desobedece por guardar el secreto profesional basado en una interpretación plausible de la ley no tiene reproche ético.

MACARENA NAVARRETE: Pero quizás también hay que decir, para que exista claridad, que originalmente tampoco se le hacía reproche ético al abogado que habiendo ejercido todas las vías plausibles finalmente se veía compelido por la autoridad a declarar. O sea, existían ambas posibilidades para algunos y una sola para otros.

RODRIGO COLOMA: Nos pusieron la vara bastante alta a las otras comisiones. Un par de comentarios. Respecto a la regla 1.1, que ustedes en el fondo toman una decisión que me parece muy plausible acerca de qué es lo que vamos a entender información amparada por la confidencialidad. Ahora, dada la relevancia que tiene quizás sería bueno afinar un poquito más. Un par de cosas pequeñas, por ejemplo, habla de que ha conocido en el ejercicio de su profesión; quizás poner que ha conocido en razón del ejercicio de su profesión. Yo sé que puede ser una pequeñez pero para efectos prácticos puede también tener relevancia.

Otro punto que podría generar algún grado de duda es qué ocurre cuando esa información ya es conocida públicamente. A mí se me entrega esa información en el contexto de una relación profesional, pero después se produce una serie de circunstancias en que esa información es conocida. O sea, yo no puedo ser la única persona bloqueada de comentar ese hecho. Puede que sean pequeñas cosas pero que pueden evitar a los abogados verse en disyuntivas.

MANUEL GARRIDO: Quiero hacer una observación con respecto a ese punto. Yo creo que el abogado está absolutamente bloqueado porque la posición del abogado en función de su condición fiduciaria con el cliente lo que hace es confirmar y darle verosimilitud o carácter de veraz a algo que está dentro de lo público y que no necesariamente es certero. En consecuencia, no tienes ninguna obligación de ir a confirmar aquello que está dentro del ámbito público porque lo recibiste en otro contexto.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Quisiera complementar lo señalado por Manuel con una anécdota. Recuerdo que en una de las largas sesiones de nuestro grupo yo conté algo que había hecho y que me parecía absolutamente razonable y jamás infringiendo un deber de confidencialidad, y un miembro de la comisión le pareció que no, que tal vez la había embarrado un poco. Y a mí en principio me surgió la pregunta de por qué podría estar infringiendo dicho deber. Y el ejercicio fue que ahora si me preguntaran, creo que tenía razón. Nosotros nos tomamos el deber de confidencialidad, por lo menos los abogados corporativos, o por lo menos quien habla se lo tomaba con más ligereza de lo que debe tomárselo. Yo coincido con Manuel en que no es nuestro rol comentar cosas que sean públicas. Hay un deber de confidencialidad, y no hay para qué decirlo porque efectivamente o es innecesario o peor aún el hecho de que lo diga el abogado le da una connotación distinta a la revelación.

En cuanto a la palabra ‘en razón’, no sabes lo que discutimos el punto. De hecho el texto de Novoa Monreal distingue entre en razón y con ocasión y es una discusión en la cual es una pena que no esté Juan Ignacio Piña porque tuvimos largas y entretenidas discusiones sobre el tema, que muestran lo difícil que es entender cuándo es en razón y cuándo es con ocasión, y la verdad es que si es difícil ya solamente por eso es una razón para no ponerlo. ¿Por qué? Porque la idea es tener reglas claras que ayuden al abogado a comportarse conforme a ellas. Si hay que entrar a revisar el principio de causalidad, etc., va en contra de la idea de hacer más simple la comprensión de la regla. Todo lo que recibiste en el ejercicio de tu profesión califica como deber de confidencialidad. La regla 1.6 de las Reglas Modelo de la ABA dice: “Un abogado no deberá revelar información relativa a la representación de su cliente”. Nada más. “A menos que el cliente le otorgué su consentimiento informado o que la divulgación esté implícitamente autorizada...”; es decir lo que nosotros tratamos como consentimiento presunto.

LUIS ORTIZ: Imagínense ustedes, y esto es muy frecuente, que en las negociaciones entre abogados uno se prepare porque sabe cual es el punto que se va a discutir y tratar en términos generales, y por consiguiente puede tener mucha más información respecto del asunto de lo que la contraparte cree que uno tiene y el otro cuando llega le hace confidencias respecto de una serie de tópicos vinculados a un asunto pero que uno ya conoce. Ahí tenemos subjetivamente desde luego la intención de que la información que se



entrega por parte de la otra persona que conversa contigo se mantenga en reserva, pero resulta que en realidad esa no es una información nueva para uno porque ya la tiene. Me parece que dentro del espíritu amplio sería información confidencial ¿o no?

ÁLVARO ANRIQUEZ: Ahí está la gracia de lo que decimos nosotros de que el abogado para comprometerme en la confidencialidad con él me tiene que advertir y advertir con oportunidad, y yo por lo tanto tengo el derecho de decir no, de manera de no caer en la trampa.

LUIS ORTIZ: El problema no está en no caer en la trampa sino que en el manejo de información que la otra parte considera confidencial pero que es una cosa que tú conoces hace tiempo.

MACARENA NAVARRETE: Ahí está lo que decía Antonio, que en realidad es una sugerencia que nos hizo otro partícipe en la comisión, de que en una situación como esa poder advertir cuál es el conocimiento que ya se tiene y en definitiva quizás hasta una situación de prueba. Lo que sí en ese caso usted estaría sujeto a confidencialidad con su cliente, salvo cuando hay un consentimiento presunto porque es necesario para el ejercicio de la profesión. Finalmente, tiene que haber algo de criterio por parte del profesional.

ANTONIO BASCUÑÁN: Es una exposición al riesgo que hace el abogado que acepta confidencias del otro abogado, se está exponiendo al riesgo de que lo deje inhibido. Pero en todo caso quisiera observar que la regla 1.1 hace algo que la ley no puede hacer: hace de la confidencialidad un atributo de la profesión sin ninguna otra razón. La idea de la regla 1.1 es que no haya otra razón para mantener un deber de confidencialidad que ser abogado, que ejercer como abogado y que recibir información como abogado. Lo que hace entonces la regla es que extiende confidencialidad incluso a gestiones que un abogado hace como parte de su ejercicio profesional que no requiere de *expertise* de abogado (mandatario de su cliente para gestiones que podría desempeñar cualquier otra persona adulta con capacidad suficiente o incluso cualquier otra profesión que no tuviera obligación de secreto). Por eso la regla en realidad lo que hace es que beneficia a la profesión. La regla le da un valor agregado a la profesión como profesión confidencial incluso para aquellos encargos que no requieren *expertise* de conocimiento del derecho. Por eso si uno le pone 'en razón' la vincula al tipo de conocimiento profesional experto y entonces deja en incertidumbre las demás situaciones. Por eso la regla le da un valor agregado a la profesión de abogado que es algo que puede hacer la ética profesional. Lo que no puede hacer la ética profesional es obligar a la ley a reconocer todo ámbito de confidencialidad como secreto, pero sí puede darle ese valor agregado. Por eso la idea era trabajarla sin filtro.



MACARENA NAVARRETE: Habrá que asumir el costo de que yo no lo podré comentar en una reunión social pero por otra parte los clientes saben que cuando vienen a nosotros pueden contar con eso que es excepcional.

ESTEBAN OVALLE: Entendí el sentido de la disposición, pero me baja la duda con las últimas palabras “que ha conocido en el ejercicio de su profesión”. Me parece un poco más limitado de lo que tú pareceras señalar Antonio.

ANTONIO BASCUÑÁN: No siempre el abogado en su vida ejerce de abogado. Yo lo estoy vinculando al desempeño laboral del abogado. Cuál es su desempeño profesional, cuál es su giro, cuál es su desempeño laboral, lo que escucha en su casa sin desempeño, lo que escucha en la casa de otro o en algún club, o se le comparte jugando tenis no es ejercicio de la profesión, no necesariamente, aunque pudiera ser, pero hay que vincularlo contextualmente al ejercicio de la profesión.

ALICIA DOMÍNGUEZ: Me surge la duda al escuchar tu comentario de atribuirle al abogado el deber de confidencialidad siempre y per se, y que lo estamos mirando como un beneficio. Pero me preocupa un poco porque de verdad aunque en principio es un beneficio, también puede ser como un disparo en el pie porque nos genera a nosotros el deber de confidencialidad, y al tener este deber con un cliente nos puede generar problemas con el tema de conflictos de interés respecto de otro cliente. Entonces, mientras más amplio sea el deber de confidencialidad, más se nos estrecha o más ámbito hay para el conflicto de interés. Puede ser bueno por una parte y doloroso por otra. Por lo que quizás también sea bueno buscar alguna fórmula más restrictiva, en la medida que queramos que así sea, simplemente para poder librarnos un poco de los conflictos de interés.

MACARENA NAVARRETE: Pero el conflicto se produce sólo en la medida en que tengas un nuevo cliente respecto del cual haya un deber de información que no puedes revelar producto de tu obligación de confidencialidad.

ALICIA DOMÍNGUEZ: Es que el conflicto de interés no solamente se produce con ocasión del deber de información sino que cada vez que, en definitiva, tu labor como abogado no pueda ser desempeñada porque tienes la imposibilidad por cualquier otra causa de hacerlo con todo el ahínco y con toda la fuerza en la defensa de los intereses de tu cliente.

MACARENA NAVARRETE: Claro, pero para efectos de esta comisión el conflicto surge cuando ese secreto produce lo que tú estás diciendo.

ALICIA DOMÍNGUEZ: Lo que pasa es que al ampliar el deber de confidencialidad tenemos el deber, punto. Y al tener el deber con uno tenemos el conflicto de interés



respecto de otros. Y quiero volver a otro tema mucho más práctico que me preocupa y es de coordinación. ¿Quién de nosotros va a definir estudio jurídico y quién de nosotros va a definir cliente? Porque estamos dejándolos todos para otro y creo que es un tema esencial.

PABLO FUENZALIDA: Los temas transversales estamos tratando de trabajarlos a nivel de coordinadores y generalmente tienen que ver con este catálogo de ciertas definiciones que son transversales, por lo que tendremos que hacer una nueva sesión final con todos esos temas transversales para ver cómo han ido uniéndose en el transcurso del trabajo de los demás grupos. La idea es ir sacándolos parcialmente para ir haciendo una suerte de acuerdo de definiciones previas que faciliten el trabajo. Por ejemplo, dentro de los temas está el concepto de cliente (o los conceptos de cliente), el rol y los deberes fundamentales del abogado como el deber de lealtad y de celo, independencia, el consentimiento informado, y obviamente el tema de organización, es decir, las formas de ejercicio organizativo de los abogados.

RODRIGO COLOMA: Me parece perfectamente legítimo la explicación de la fórmula ‘en el ejercicio de su profesión’, dejando a nivel de comentarios la clarificación de los alcances de este deber. Sugiero también hacer alguna referencia a qué pasa cuando la información es pública, si yo como abogado puedo o no puedo participar en una conversación teniendo a la vista sólo aquello que todo el mundo conoce.

Lo segundo que quiero plantear, y que se cruza con algunas cosas que aquí han sido dichas, podría tener que ver con los casos en que existe facultad de revelar, y dice relación con determinar qué hacemos cuando el deber de confidencialidad es utilizado por el cliente o bien por otro abogado como un mecanismo para bloquear mi participación. Es decir, me lanzan la información y después me dicen que estoy inhibido de decir esto porque pesa sobre ti el deber de confidencialidad. Yo creo que dentro de estas normas del 4.2 se podría añadir eso, de cuando está este abuso. El abuso del deber de confidencialidad debiera ser una razón explicitada para que el abogado pueda después utilizarla.

LUIS ORTIZ: Pareciera que todo el problema del secreto profesional y de la confidencialidad nace del valor brutalmente importante que requiere el ejercicio profesional en la relación abogado-cliente porque sino existiera esa obligación de privacidad y reserva prácticamente no tendríamos clientes, nadie confiaría de nosotros. Incluso esta posibilidad de que frente a la autoridad nos requirieran y nosotros no pudiéramos eximirnos de declarar precisamente por el secreto profesional, impediría probablemente que los clientes nos contaran la verdad, especialmente en asuntos muy delicados. Eso para mí es lo esencial y yo entiendo que la filosofía del proyecto es que protege de manera más severa la violación de esa relación de confidencialidad entre cliente y abogado que la confidencialidad que se produce en las relaciones distintas a aquella, por ejemplo, entre los abogados, porque a

veces se puede dar una situación paradójica que mantener la confidencialidad de acuerdo a las normas que aquí aparecen, no sé si habré entendido bien, obligan a sacrificarme a mí como abogado en perjuicio del cliente. Si estoy hablando con una persona que representa a la parte contraria, me pide confidencialidad y la acepto, y estamos en una negociación y me dice “mi cliente tiene preparada una solicitud de quiebra en contra del tuyo, la va a presentar próximamente y esto tú no lo puedes decir”, caramba que me complica. Me gustaría saber si yo me puedo liberar de eso. Puede ser que en la mayoría de los casos en que se usa este tipo de lenguaje es precisamente para que el abogado le comunique esta amenaza velada para que el otro de alguna manera pague la obligación y está partiendo del supuesto que uno no va a respetar la confidencialidad que le está pidiendo a la cual lo ha comprometido. Pero a lo mejor es real e incluso de esa manera tenemos que preocuparnos un poco de una situación de este tipo, que es muy frecuente.

MANUEL GARRIDO: Yo quiero tocar ese mismo punto que es el que planteó Esteban originalmente y creo que don Luis tiene mucha razón en ello. En primer lugar yo creo que hay que distinguir el deber de confidencialidad con el cliente que es el privilegio que hemos tratado versus las buenas prácticas entre abogados. A propósito de las negociaciones, en el Código Procesal Penal ya hay una norma que significa un indicio en que tú no puedes llevar las negociaciones fracasadas a juicio, que puedan eventualmente incidir en el resultado a propósito de violar el principio de inocencia que supuestamente debe iluminar²³. En consecuencia, las negociaciones fracasadas, las conversaciones, están asociadas a una confidencialidad propia de las buenas prácticas que deben regularse en forma explícita pero que no están bajo el privilegio del abogado.

Con respecto de lo que manifestó Marcela, ahí sí que hay un conflicto relevante porque uno no puede negarle la información a su cliente. Uno ha sido contratado en función para el cliente y por consiguiente si este te pide toda la información tú no tienes nada que hacer. Lo único que puedes hacer es advertirle que recibiste la información en determinado contexto, pero de ahí que tu violes las normas éticas, a mí no me parece. En todo caso, es un tema a tratar pero me da la impresión que tradicionalmente siempre las conversaciones entre abogados por lo menos a cierto nivel tienen un grado de confidencialidad y de respeto mutuo. Yo no sé cuál es la práctica a la que tú haces referencia concretamente pero me da la impresión que el propósito del consentimiento de la confidencialidad no basta con que le pongas confidencial a un mail y que trates de capturar o traten de capturar por esa vía tu consentimiento porque en definitiva los contratos se interpretan cuando existen y, en segundo lugar, como se ejecutan. Por consiguiente todo lo anterior sin duda puedes llevarlo

²³ Art. 335 Código Procesal Penal: “Antecedentes de la suspensión condicional del procedimiento, acuerdos reparatorios y procedimiento abreviado. No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado”.



para mayor abundamiento y buscar alguna ganancia en ese sentido pero yo creo que las normas en general son bastante claras a ese respecto y es distinto del privilegio cliente-abogado.

ESTEBAN OVALLE: Yo tiendo a estar de acuerdo contigo, y creo entender la preocupación de don Luis, pero creo que el 1.2 no necesariamente dice eso y por eso el levantamiento del punto.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Estamos diciendo que sí existe un deber de confidencialidad entre abogados y lo que dice la regla y el comentario es una advertencia al abogado en cuanto al momento de ejercer su profesión esto no es al lote. Perfectamente te puede cazar el otro abogado siendo más ágil o hábil que tú. Debes evitar encontrarte en una situación incómoda o en que hay necesariamente una pérdida consistente, por una parte, en divulgar información que recibí confidencialmente respecto de otro abogado o, por otra, no informar de información relevante a mi cliente y por lo tanto pongo en peligro mi deber fiduciario con mi cliente. Yo creo que la invitación que hace nuestro modelo es que el abogado se tome en serio su profesión y no acepte revelaciones en donde quede cazado. La forma de solucionar el problema va un poco por lo que decía Antonio de que no se entienda de que hay un consentimiento tácito por el solo hecho de que alguien me manda una información que es importante para mí con el objeto de capturarme, el abuso a que hacía referencia Rodrigo. El consentimiento debe darme la oportunidad de decir que no y no me fuercen a recibir información antes de que yo haya tenido realmente la posibilidad de decidir, pero eso es un problema de regulación y no un cambio institucional de lo que estamos planteando en el documento.

ANTONIO BASCUÑÁN: Son tres casos de abusos fiduciarios. La pregunta es ¿por qué seguir manteniendo este deber de confidencialidad que es un deber especial fiduciario respecto de quien abusa de la relación fiduciaria en relación con el destinatario del deber fiduciario? Nosotros vimos que había tres casos posibles. Un caso es el del cliente potencial que termina siendo fallido. Otro caso es el del abogado que súbitamente hace la confidencia para bloquear al otro abogado. Y el último caso es el del cliente que usa el servicio prestado por el abogado para planificar la comisión de delito. Llegamos a la conclusión de que el tercer caso, siguiendo regulación norteamericana y reformulando el art. 12 del Código de Ética Profesional²⁴, debe estar incluido como una autorización ética para declarar pero no para hacer las revelaciones espontáneamente, como en las justificaciones de la regla 4, sino que si es requerido para declarar está éticamente autorizado para revelar esa información y

²⁴ Art. 12: Extinción de la obligación de guardar el secreto profesional. El abogado que es objeto de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado, puede revelar el secreto profesional que el acusador o terceros le hubieren confiado, si mira directamente a su defensa. Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional. El abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.



esa es la forma que tiene para cubrirse de ese abuso fiduciario. Respecto del abuso fiduciario del colega pensamos que la práctica profesional debía ser capaz de generar estas reglas de trato que incluyeran advertencia y oportunidad a la advertencia. Y respecto del abuso del cliente potencial/fallido la opinión del grupo fue que ese era un problema de exposición al riesgo del abogado. Si el abogado se exponía a ese riesgo tenía que asumirlo.

Sin perjuicio de esas tres soluciones que dimos (una, exposición al riesgo del abogado; dos, que se generen las buenas prácticas entre los abogados para resolver el problema; tres, solución en el código de ética), si se quiere incorporar un principio general de que los deberes fiduciarios se desempeñan en tanto haya buena fe por parte de la persona de confianza, el único lugar donde se puede generar un principio de esa naturaleza que permita controlar los casos de abuso por parte del cliente sería en el grupo de relaciones fiduciarias. Ahora, yo tengo la impresión de que si el secreto es tan fuerte como se pretende que sea como institución no debería bastar la aplicación de un puro principio general de abuso del derecho por parte del cliente o el colega para producir una revelación o liberación de los deberes de secreto. En ese sentido, la regla 4.2 (vi) exige autorización expresa, por lo tanto no bastaría un principio general de prohibición de abuso de la relación fiduciaria para permitir la revelación del secreto o de la información confidencial bajo la regulación que estamos proponiendo.

MACARENA NAVARRETE: Al final acá lo que cabe preguntarse es qué es más importante entre todo lo que hemos visto. Quizás está la preocupación del cliente que simplemente visita abogados para irlos inhabilitando de poder tomar la causa en contra suya, les va haciendo confidencias uno por uno. Proteger a ese abogado para que pueda tomar ese caso, protegerlo del abuso del derecho en su contra ¿es más importante que proteger la institución del secreto profesional que permite la credibilidad de nuestra profesión? Estas son el tipo de cosas que tuvimos que balancear a la hora de decidir cuál era la regla que consideramos pertinente.

ESTEBAN OVALLE: Veo una diferencia relevante entre la confidencialidad entre abogados de contrapartes con distintos intereses y la confidencialidad entre abogado y cliente. Entiendo la necesidad de fortalecer el deber de confidencialidad entre el abogado y su cliente, porque se trata de un mismo interés, indivisible y de propiedad del cliente. Pero es distinto el deber de confidencialidad entre abogados que representan intereses contrapuestos y eso requiere, a mi juicio, otras normas u otra filosofía.

MACARENA NAVARRETE: Veámoslo, pero si es así quizás lo que el abogado debería hacer es no permitir que se le hagan confidencias, entiendo el problema que nos ha marcado sobre cómo resistirse a ello, y si te pusiste en una posición en definitiva que te hicieron una confidencia que no debías, como el caso de la quiebra, probablemente en ese caso uno



tendría que decirle a mi cliente que se busque otro abogado porque permití que me hicieran una revelación que me hace tener información que no puedo revelar y que es vital. Lo raro es permitir que bajo secreto te hagan secretos en contra de tu cliente.

ALICIA DOMÍNGUEZ: Un solo comentario final, quizás el 1.2 debiera ser redactado en términos más acordes a esta idea que es impedir que otro abogado te pueda bloquear tan fácilmente. Dice “El abogado debe también mantener en estricta confidencialidad lo que otros abogados le hayan comunicado con ese carácter”. Quizás se podría morigerar un poco esa redacción y quedar un poco más liberados porque a mí también me preocupa el segundo caso. En todo lo demás, cien por ciento de acuerdo. En el fondo, que no quedes tan expuesto a que otro abogado te confidencie algo y te bloquee definitivamente para con tu propio cliente.

ANTONIO BASCUÑÁN: La pregunta central es si es razonable mantener o no es razonable mantener la regla del art. 11: “El secreto cubre también las confidencias de los colegas”. Este es el principio que nosotros estamos manteniendo aquí.

ALICIA DOMÍNGUEZ: Claro, quizás pensado en lo que era (i) y (ii), es decir, cuando otro colega te confidenciaba algo pero con el mismo interés, lo que comentaba Esteban. En el fondo, lo que aquí sucede es que de repente la contraparte es justamente la que te invade y ese es el peligro.

MACARENA NAVARRETE: Pero quizás ahí bastaría exigir que la norma estableciera que la otra parte tiene que aceptar la confidencia, aceptar recibir información bajo ese deber.

ESTEBAN OVALLE: O que no sólo no pueda bloquear al abogado de la contraparte sino que tampoco a la historia del contrato.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Quizás basaría ponerlo a nivel de comentarios el que no basta con manifestar el carácter sino que generar la oportunidad razonable para que acepte esa información. Lo que está exigiendo aquí es subir el nivel de exigencia del abogado en el manejo de la situación. Yo creo que es bueno eso. Ser abogado es como ser cirujano, hay que saber tomar el bisturí, y en una negociación hay que saber no quedar comprometido de esta manera.

ESTEBAN OVALLE: O saber de antemano que uno va a quedar comprometido con un borrador de contrato de antemano y al menos partir de esa certeza.

MANUEL GARRIDO: Insisto en que aquí hay que distinguir diferentes planos. Los ámbitos de negociación para generar confianza y sobre todo aquellos que trabajan más en esto saben que la única manera de que haya negociaciones exitosas es que se transen

confianzas. Si tú sabes que saliendo de la mesa de negociación porque una de tus partes es muy rígida te va a apuñalar con todo lo que dijiste es imposible que sea fértil el camino de las negociaciones. Las negociaciones importan niveles de confianza y yo creo que las cosas que se discuten a nivel de negociación no son más que eso. Finalmente, no habiendo llegado a un consentimiento, son cuestiones trucas que en definitiva no importan un precedente para adelante a propósito de estas cosas.

ÁLVARO ANRIQUEZ: Si no tenemos esta regla de deber de confidencialidad entre abogados, y yo recibo información del otro abogado pero no tengo ninguna imposición ética de mantener eso bajo confidencia resulta que tengo la obligación de entregárselo a mi cliente en virtud de una obligación de información porque no tenemos un conflicto de deberes, tenemos un deber de información y si fracasa esta norma no tenemos confidencialidad y por ende debo informar, prácticamente obligado. El impacto que puede tener eso es negativo incluso para efectos de mi prestigio porque el negociador tiene que tener credibilidad dentro de la mesa de negociación. Si yo salgo y cuento todo pierdo credibilidad y eso perjudica a mi cliente al final porque mi cliente me ha pedido que negocie por él.

MARCELA VEGA: Pero yo insisto que esto es tan importante y está tan poco claro que hoy en día los abogados puede que piensen que si mandan un borrador de contrato a otro abogado copiando a mi parte y le pongo “Producto de trabajo bajo secreto profesional” y copio también a la parte del otro abogado, el que le ponga la etiqueta que sea no sirve de nada si le estoy copiando al cliente de la contraria. Faltan esas reglas de buena conducta en materia de correspondencia entre abogados que sería útil desarrollar.

ESTEBAN OVALLE: Con esto termino. En un caso fuimos extorsionados bajo confidencialidad. Un abogado nos envió una extorsión por escrito y agregó no sólo que era confidencial sino que WP (‘without prejudice’), que significa yo no respondo por esto. A nosotros nos pareció que tales expresiones eran la mejor prueba de la extorsión, pero bajo estas normas se podría decir que se trata de comunicaciones entre abogados y, por lo mismo, bajo confidencialidad- Por ello considero que se trata de un terreno bastante gris que admite ciertas excepciones y cierta sofisticación mayor, porque no es lo mismo que el deber de confidencialidad con el cliente.

LUIS ORTIZ: Hemos abordado este tema enormemente interesante y que nos daría para seguir conversando por mucho rato, pero ya hemos cumplido el tiempo que por largueza nos habíamos propuesto, así que vamos a poner término a la reunión felicitando a nuestro expositor y la gente del grupo. Muchas gracias.