
Informe en Derecho

Se me ha solicitado un informe en derecho acerca de las relaciones que median entre el secreto profesional, por una parte, y el derecho al acceso a la información pública, por la otra. En especial, se trata de dilucidar si acaso quienes ejercen la función de la defensa penal pública están obligados a entregar la información relativa a su quehacer o si, en cambio, se encuentran excusados de hacerlo por tener el deber de guardar secreto en lo que atinge al ejercicio de su profesión.

El problema que se acaba de describir se comprende fácilmente al examinar las reglas básicas del derecho vigente acerca de esta materia.

Por una parte se encuentra el artículo 8 de la Constitución que establece un deber general de publicidad de las actuaciones de los órganos del estado:

Son públicos –prescribe la regla- los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El artículo 4 de la ley 20.285 formuló la regla precedente al modo de un deber explícito:

Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

En consonancia con ese deber general, la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, instituyó un *derecho subjetivo* a solicitar esa información. Según lo establece su artículo 10:

Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Por su parte, el artículo 21 de esa misma ley estableció que “las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información” (serían) las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
 - c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a habituales.
2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Puede sostenerse entonces que el derecho vigente establece: i) un *deber general* de información que recae sobre quienes ejercen funciones públicas; ii) un *derecho subjetivo* a reclamar la entrega de esa información; y iii) un conjunto de casos que se excluyen de ese deber general y que, por lo mismo, no están al alcance del derecho subjetivo.

Entre esos casos excluidos de manera explícita no se cuenta el secreto profesional.

Lo que se trata de dilucidar es si, no obstante lo anterior, puede sostenerse, con base en el derecho vigente, que la información cubierta por el secreto profesional del abogado está excluida del acceso público.

En lo que sigue (I) se sostiene que el secreto profesional del abogado se encuentra recogido en el derecho vigente, nacional y comparado, y que él es consustancial al debido proceso. Con apoyo en la literatura, se muestra que la protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, es la base del derecho a la defensa y del debido proceso, motivo por el cual obran poderosas razones constitucionales a favor de su protección. El informe muestra que ese reconocimiento es prácticamente unánime. Dilucidada esa cuestión conceptual, el informe examina si acaso el derecho vigente en Chile exceptúa del derecho de acceso a la información pública a esas comunicaciones (II). Con apoyo en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 4 de la ley 20.285, el informe concluye que el secreto profesional del abogado se encuentra entre las excepciones al acceso público. La ley 20.285 no produjo una derogación orgánica de las normas precedentes relativas a la misma materia; el artículo 4 recién citado se aprobó en el entendido que subsistían las excepciones precedentes entre las que se contaba el secreto; y el artículo 1 transitorio de la ley declaró que las disposiciones anteriores -entre las que se cuenta aquella que reconoce la existencia del secreto profesional- cuentan con las exigencias formales previstas por el artículo 8 de la Constitución. En fin (III) se enumeran las principales conclusiones.

(I)

En el conjunto del derecho vigente, como se ha observado¹, no existe precepto alguno que en forma positiva y directa enuncie la obligación de secreto profesional. El Código Penal, como veremos, pena la violación del secreto y los Códigos de Procedimiento Civil y Procesal Penal facultan al obligado a la reserva a no declarar. Pero -cabría insistir- no hay regla explícita que establezca el secreto en forma directa.

En cambio, el secreto profesional del abogado está enunciado de manera explícita y directa en el Código de Ética de la Orden, una regla que si bien no forma parte del derecho vigente, recoge, como veremos, una opinión generalmente admitida:

Art. 10. Secreto profesional. Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto aún después de de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto o lo expongan a ello⁵.

Como se observa, la regla transcrita distingue entre un *deber de secreto* y un *derecho al mismo*. En el primer caso se trata de una obligación general de reserva que pesa sobre el abogado; en el segundo caso constituye un título que inmuniza al abogado contra toda injerencia coactiva tendiente a forzarlo a entregar la información que está obligado a reservar.

En torno a la precedente distinción se organiza el derecho vigente que se citó al principio.

La infracción del deber de secreto mediante la revelación de aquello que se debía custodiar, configura un delito (artículos 231 y 247 del Código Penal). El derecho al secreto, por su parte, se traduce en que el abogado puede excusarse

¹ Novoa, E. La obligación jurídica de secreto profesional, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLI, 1944, primera parte, p. 85.

de prestar declaración (artículo 360 del CPC² y 303 del Código Procesal Penal³); y , al mismo tiempo, reclamar la inmunidad de su gabinete⁴.

¿De dónde proviene y cuál es la justificación del secreto a que se refieren las reglas transcritas?

La protección del secreto en el derecho vigente posee, en términos generales, una muy variada justificación. Se lo protege por motivos patrimoniales o de política pública⁵; por razones derivadas de la autonomía personal⁶ o por razones

² Art. 360 (349). No serán obligados a declarar 1° Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio; 2° Las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358; y 3° Los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas.

³ Artículo 303.- Facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto. Tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

Las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.

⁴ Si bien la inmunidad del gabinete encuentra una acogida más natural en el derecho norteamericano (como producto de la cuarta enmienda que impide el registro y la incautación de las comunicaciones privilegiadas entre el abogado y el cliente), ella también ha sido reivindicada en la práctica en Chile como lo prueban las notas del Consejo Provincial y del Consejo General del Colegio de Abogados publicadas en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLIX, 1952, 1 parte, p. 35 y ss.

⁵ Así ocurre, por ejemplo, en los secretos con valor patrimonial. El caso paradigmático es el caso de la información sobre la que se concede el derecho de uso exclusivo. Este caso - ampliamente admitido- se justifica por razones de política pública: si no se concede derecho al secreto sobre la información, entonces se suprimen los incentivos para obtenerla perjudicándose así el bienestar social.

⁶ El caso más característico del secreto concedido por razones de autonomía personal es el derecho a la privacidad. Como relata el juez Posner (Posner, *The uncertain protection of privacy by the Supreme Court*, *The Supreme Court Review*, vol 1979 (1979) , pp. 173-216) en el derecho norteamericano (que posee en esta materia una amplísima influencia en el derecho comparado en su conjunto) la privacidad tiene dos sentidos básicos que, si bien están obviamente relacionados entre sí, son distintos desde el punto de vista conceptual. Se encuentra, por una parte, la privacidad en *sentido físico* (seclusion) y, de otra parte, la privacidad en sentido, por decirlo así, *informativa* (secrecy). Una cosa, explica Posner, es el

de confianza ¿Cuál de esas razones es la que obra a favor del secreto profesional del abogado?

Para comprenderlo es útil distinguir entre tres conceptos asociados al secreto o la obligación de guardar reserva.

La literatura distingue convencionalmente entre el “secreto confiado”, el “secreto natural” y el “secreto prometido”⁷.

Se denomina “secreto natural” a aquella información que, conocida por propio esfuerzo o por indiscreción ajena, en base a las rutinas de la interacción cotidiana, no puede ser revelada sin causar un perjuicio injustificado. Se llama natural porque en este caso el deber de reserva surge del mínimo deber moral de no causar daño a otro. Por su parte, se denomina “secreto prometido” a aquel en el que la obligación de guardar secreto proviene de la promesa explícita que formula, ex post, quien recibe la información. El secreto, en fin, es “confiado” cuando la obligación de no revelar proviene del compromiso

derecho que asiste a un individuo a mantener un ámbito separado de la injerencia ajena, otra cosa es la facultad que le asiste de decidir qué cosas respecto de sí mismo pueden ser conocidas de los demás. La distinción mencionada por Posner está admitida en la literatura chilena (Cfr. Barros, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Jurídica, 2006, p. 545).

Al mismo tiempo, y como consecuencia del desarrollo jurisprudencial, en el caso *Griswold* el derecho a la privacidad adquiere una tercera dimensión (381 U.S. 479 (1965)).

A la *seclusion* y el *secrecy*, se suma ahora la *autonomía*. En el caso *Griswold vs Connecticut* se amplió el concepto de *privacy* hasta hacerla sinónima del autogobierno personal y configurar un título para hacer cosas que el gobierno prohíbe.

Así entonces la privacidad alcanzó en el derecho comparado al menos tres sentidos⁶: de una parte, el derecho al aislamiento del individuo (que lo pone a salvo de los ojos y oídos de los demás y que se viola en las hipótesis de intromisión); en segundo lugar el derecho al secreto (que confiere al individuo el derecho a decidir qué información acerca de sí mismo debe ser conocida por otros y que se viola en la hipótesis de indiscreción); y el derecho de autonomía (en conformidad al cual el individuo queda protegido de la injerencia ajena en todos los asuntos que conciernen nada más que a sí mismo).

En la literatura, todavía es posible encontrar autores que asignan cuatro sentidos a la privacidad. Así, Solove sostiene que la privacidad puede alcanzar a la *seclusion* (el derecho a ser dejado sólo); a un derecho limitado de acceso a lo que somos; al secreto; y al control de la información acerca de nosotros mismos. Sobre eso puede consultarse Solove, *Conceptualizing privacy*, *California Law Review*, Vol. 90, N 4 (Jul. 2002) pp. 1087-1155.

⁷ Carrera, H. *El secreto profesional del abogado (Estudio teórico y práctico)*, Santiago, Jurídica, 1963, pp. 8-9.

contraído ex ante la entrega de esa información. En este último caso, la información es entregada en razón del compromiso y de la confianza que él fue capaz de suscitar. Este tipo de secreto, observa la literatura, puede ser *meramente confidencial* (es decir, pesa sobre quien de otra forma no estaría obligado a callar) o *profesional* (en cuyo caso proviene de la índole de la profesión que supone la confianza).

La precedente distinción conceptual permiten comprender las razones que median a favor del secreto profesional.

Como es fácil comprender, en este caso, el secreto forma una parte indisoluble de las profesiones en medio de cuyo ejercicio nace. Es la naturaleza de la actividad profesional, íntimamente ligada a la confianza, la que impone la necesidad de respetar el deber y el derecho de secreto. En todos esos casos la renuncia al secreto importa también y al mismo tiempo la renuncia a la profesión de que se trata. En otras palabras, hay profesiones que sólo pueden ejercitarse si es el caso que quien demanda los servicios y quién los presta pueden interactuar en relaciones de confianza privilegiada. Si esas relaciones de confianza privilegiada no existieran, entonces ciertas profesiones no existirían tampoco y se produciría, como lo muestra la literatura, daño a los individuos⁸, pero además pérdida de bienestar social⁹.

Así entonces hay poderosas razones de interés general a favor del establecimiento y la protección del secreto profesional.

Se aplica así al secreto profesional lo que Kant dice del cumplimiento de las promesas. Las promesas deben cumplirse no por un imperativo hipotético (es decir, no para alcanzar ciertos fines individuales del agente) sino por un imperativo categórico o incondicionado. La razón sería obvia: no sería posible

⁸ El principal de todos es el daño a la comunicación, puesto que la comunicación reposa sobre la confianza. Sobre el punto debe verse Luhmann, *Confianza*, Barcelona, Anthrops, 1996, pp. 67 y ss.

⁹ Como lo muestra la economía neoclásica, los costos de transacción (es decir, los costes de obtener información y asegurar el cumplimiento de las promesas) estén en relación inversa al nivel de confianza. Por eso la falta de confianza produce pérdida de bienestar social. Sobre el punto debe verse Coase, R. El problema del costo social, en *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994. En el mismo sentido se promuncia la literatura sobre capital social. Alrespecto puede consultarse Putnam, R. *El declive del capital social*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2003.

querer al mismo tiempo un mundo social con profesiones como la de abogado y erigir la violación del secreto en base de una regla universal¹⁰.

Todas las precedentes razones es posible observarlas en el punto de vista que, al respecto, formuló alguna vez el Colegio de Abogados:

El secreto de la confidencia recibida y que la ley ampara (...) poniendo al depositario de él a cubierto de apremios que puedan forzarlo a su violación, constituye un bien cuya protección interesa a la sociedad en general, porque si los depositarios de confidencias en razón de su estado, profesión u oficio, pudieran develarlas, la confianza pública sufriría gravísimo quebranto y el orden de la sociedad se vería seriamente comprometido. Comprendiéndolo así, el legislador no sólo protegió a los depositarios de secretos concediéndoles el derecho de excusarse de declarar como testigos sobre las materias que les hayan sido confiadas en razón de su estado o profesión, con lo cual prestó al fuero de su conciencia el respeto debido y los medios de cumplir los deberes éticos que sobre ellos pesan, sino que todavía creyó prudente transformar ese deber moral en un deber jurídico cuya infracción puede, en ciertos casos, constituir delito y traer consigo la pena corporal correspondiente, como lo manifiesta para los abogados y procuradores el artículo 231 del Código Penal.

Lo anterior explica el amplio reconocimiento que en el derecho comparado posee el secreto profesional del abogado.

Se le reconoce en el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Económica Europea¹¹, en la Directiva 77/249 del Consejo de la Comunidad Europea¹², en el Sistema de Naciones Unidas¹³, en el Sistema Interamericano¹⁴,

¹⁰ *Fundamentación para la metafísica de las costumbres*, Cap. II (se consultó la edición de Austral, 1998).

¹¹ 2.3.1. Forma parte de la naturaleza misma de la misión del abogado que éste sea depositario de los secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin la garantía de la confidencialidad no puede haber confianza. El secreto profesional está, pues, reconocido como derecho y deber fundamental y primordial del abogado.

¹² 4.- Para el ejercicio de las actividades que no sean las mencionadas en el apartado 1, el abogado quedará sujeto a las condiciones y normas profesionales del Estado miembro de procedencia, sin perjuicio del respeto a las normas, sea cual fuere su origen, que regulen la profesión en el Estado miembro de acogida y, en particular, a las que se refieran a la incompatibilidad entre el ejercicio de las actividades de abogado y el de otras actividades en ese Estado, al secreto profesional, a las relaciones entre colegas, a la prohibición de que un

en el Sistema Europeo¹⁵ y, como se insistirá luego, en los Estados Unidos de América.

En todos esos sistemas normativos el secreto profesional se encuentra indisolublemente ligado a las características que reviste la profesión de abogado y los principios que la inspiran.

Con todo, cabe preguntar ¿cuál es el origen de esta preeminencia de la profesión que le permite, como hemos visto, mantener comunicaciones privilegiadas con los clientes?

El origen de esa preeminencia no proviene de ningún interés corporativo o meramente particular, sino de las exigencias de un estado de derecho y, en especial, de las que provienen del debido proceso.

Ahora bien, el debido proceso existe como un derecho subjetivo de carácter público a favor de los ciudadanos; pero también, y al mismo tiempo, es un principio que contribuye a la legitimidad de la respuesta penal por parte del estado. En otras palabras, es la legitimidad del poder coactivo del estado la que depende del debido proceso y del contenido que este lleva asociado, en el que se cuenta el derecho de las partes a mantener comunicaciones confidenciales con su defensor.

mismo abogado asista a partes con intereses opuestos y a la publicidad. Dichas normas sólo se aplicarán si pudieren ser cumplidas por un abogado no establecido en el Estado miembro de acogida y sólo en la medida en que su cumplimiento se justifique objetivamente para garantizar, en ese Estado, el correcto ejercicio de las actividades de abogado, la dignidad de la profesión y el respeto a las incompatibilidades.

¹³ *Principios Básicos de Naciones Unidas sobre la Función de los Abogados*, Principio 22: “Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional”.

¹⁴ Así en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 80, número 2, parte final: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

¹⁵ Si bien el *Convenio Europeo* no contiene una regla explícita referida al secreto profesional del abogado, él se sigue de las reglas sexta y octava de la Convención. Sobre el tema – construido sobre el derecho a la privacidad- puede consultarse el Caso Klass y otros de 6 de Septiembre de 1978, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia: 1959-1983*, Madrid, Cortes Generales, 1981.

Esto es lo que explica la íntima vinculación que es posible observar en el derecho norteamericano, entre la protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, por una parte, y el sistema adversarial de justicia, por la otra. Esta protección de las comunicaciones entre el abogado y el cliente, no es cualquier privilegio. Es, como el Tribunal Supremo ha subrayado, "el más antiguo de los privilegios de comunicaciones confidenciales conocido por el derecho común." El privilegio ha sido reconocido en alguna forma en el common law inglés desde el siglo XVI y fue reconocido en la ley Norteamericana durante la era de la fundación. Hoy, el privilegio es no sólo bien establecidos en cada estado, también es una unidad firme de larga data de la ley común federal¹⁶.

Como explica un autor, el tratamiento privilegiado de las comunicaciones entre el abogado y su cliente deriva del hecho que una representación efectiva (como la que deriva del debido proceso) necesita una comunicación total y franca:

Este privilegio refleja el juicio de la sociedad según el cual la representación legal efectiva –imprescindible en un sistema adversarial– requiere una comunicación total y abierta entre el abogado y sus clientes, y ese tipo de comunicación no puede asegurarse sin una protección legal contra la revelación coactiva del contenido de las comunicaciones entre el abogado y su cliente¹⁷

¹⁶ The attorney-client privilege, however, is not just any privilege. It is, as the Supreme Court has emphasized, "the oldest of the privileges for confidential communications known to the common law."²⁶ The privilege has been recognized in some form in the English common law since the sixteenth century²⁷ and was recognized in American law during the founding era.²⁸ Today, the attorney-client privilege is not only well established in every state, it is also a long-standing fixture of the federal common law. Vid. Mc Arthur, E. The Search and Seizure of Privileged Attorney-Client Communications, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, No. 2 (Spring, 2005).

¹⁷ The privilege reflects society's judgment that effective legal representation is necessary to the administration of justice in our adversarial system, that effective representation requires "full and frank communication between attorneys and their clients," and that full and frank communication cannot be secured without legal protection against compelled disclosure of the content of attorney-client communications. (...) Furthermore, the attorney-client privilege, unlike other privileges, is essential to the effectuation of constitutional rights, including a criminal defendant's rights to the effective assistance of counsel and a fair trial.³⁶ Courts have also recognized that government invasions of the attorney-client privilege can deprive an individual of due process under the Fifth and Fourteenth Amendments.³⁷ In short, if any evidentiary privilege is to be afforded the protection of the Fourth Amendment, none presents a more compelling case than the attorney-client privilege.

Como es sabido, en el derecho norteamericano, la Cuarta Enmienda prevé el derecho de las personas, a que sus domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias o no razonables. En otras palabras, el registro o la pesquisa debe estar autorizado por reglas amparadas en un interés compulsivo (compelling interest) que es la forma más estricta de control constitucional. Si el interés compulsivo no existe, entonces la regla que autoriza el registro es ilegítima desde el punto de vista constitucional. Se ha sostenido por eso que incluso las búsquedas autorizadas deben detenerse si es probable que, al continuarlas, se lesionen las comunicaciones protegidas entre el abogado y su cliente¹⁸.

Así entonces no es posible lesionar el derecho de las personas a mantener comunicaciones confidenciales con su abogado, sin lesionar, a la vez, el debido proceso.

Eso es, por lo demás, lo que explica que en el derecho vigente en Chile el referido derecho no se ve lesionado ni siquiera cuando, como ocurre con el caso de la legislación antiterrorista, existen fuertes razones utilitarias en contra del secreto profesional, lo que muestra el carácter de verdadero imperativo categórico que posee el derecho. En efecto, la ley 18.314, establece que una vez calificada una conducta como terrorista, el Ministerio Público puede solicitar se decreten un conjunto de medidas ninguna de las cuales podrá afectar la comunicación del imputado con sus abogados.

Artículo 14.- En los casos del artículo 1° de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público solicitará al juez de garantía que califique la conducta como terrorista. En virtud de esta calificación, que se efectuará mediante resolución fundada, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, por resolución igualmente fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.

Vid. Mc Arthur, E. The Search and Seizure of Privileged Attorney-Client Communications, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 72, No. 2 (Spring, 2005), pp. 729-756

¹⁸ Ibid. p. 729.

2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.

3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados y la resolución que las imponga sólo será apelable en el efecto devolutivo.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier momento el Ministerio Público podrá solicitar autorización judicial para la realización de diligencias de investigación que la requieran, en los términos del artículo 236 del Código Procesal Penal.

En ningún caso las medidas a que se refiere este artículo podrán adoptarse en contra de los Ministros de Estado, los subsecretarios, los parlamentarios, los jueces, los miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Calificador de Elecciones, el Contralor General de la República, los Generales y los Almirantes.

Así entonces puede afirmarse que el secreto profesional del abogado es un imperativo del sistema legal íntimamente vinculado al debido proceso y las exigencias del estado de derecho. No se puede querer, a la vez, un estado que satisfaga las exigencias del rule of law y un principio que permita, incluso por razones utilitarias de bien público, se revelen las comunicaciones entre el abogado y su cliente.

(II)

Una vez establecido lo anterior -la preeminencia del secreto profesional desde el punto de vista conceptual- resta por saber si esa preeminencia ha sido recogida, ahora normativamente, en la ley 20.285.

Como ya se explicó, el artículo 21 de la ley 20.285 no recogió, entre los casos excluidos del derecho de acceso a la información pública, al secreto profesional. Entre las “únicas causales de secreto o reserva” que allí se enumeran, no se cuenta el secreto profesional.

¿Significa eso que habrá de excluirse cualquier otra causal contenida en reglas preexistentes?

Responder afirmativamente la pregunta anterior no es correcto desde el punto de vista dogmático. Importaría concederle a la ley 20.285 poderes derogatorios de carácter orgánico que no tienen sustento en el derecho vigente. En cambio,

hay buenas razones para sostener que una interpretación sistemática lleva a la conclusión que las reglas relativas al secreto profesional tienen plena vigencia, de manera que el referido secreto se excluye del derecho de acceso a la información pública.

Así lo muestra el desarrollo que poseyó la regla contenida en el artículo 4 de la ley. El artículo 4 vigente expresa:

Las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración del Estado, deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.

El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.

Antes de alcanzar esa versión definitiva, el inciso segundo del precepto en la parte que aquí interesa indicaba:

*El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración **que sean públicos de acuerdo a la Constitución y a la ley**, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*

Como se observa, la versión definitiva omitió la frase que incluía como objeto del derecho de acceso a la información sólo los actos y documentos que fueran públicos de acuerdo a la Constitución y la ley. Una frase como esa dejaba explícitamente fuera del derecho de acceso a la información al secreto profesional, desde que este por definición no es público.

¿Significa el cambio en la redacción de la norma que la voluntad del legislador fue dejar sin efecto cualquier regla precedente que estableciera la obligación de sigilo como ocurre, por ejemplo, con el secreto profesional?

Un examen de los informes y actas del proceso de formación de la norma –es decir, el examen de la historia fidedigna de su establecimiento- prueba que esa conclusión no puede ser alcanzada. El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, evacuado en Segundo Trámite Constitucional, explica el sentido que el legislador atribuyó al cambio:

Los Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans, Cristián y Nicolás Monckeberg y Ward presentaron dos indicaciones a este artículo: la primera destinada a sustituir en el inciso primero las palabras “la Administración del Estado” por lo siguiente “ los sujetos obligados a que se refiere el artículo 2º”, y la segunda para eliminar en el inciso segundo la frase “ que sean públicos de acuerdo a la Constitución y a la ley”.

El Diputado señor Cardemil explicó la indicación, señalando que la primera buscaba hacer coincidir esta norma con las proposiciones que hicieran al artículo 2º, es decir, hacer aplicables estas disposiciones al Congreso, el Poder judicial, los órganos constitucionales autónomos, las empresas del Estado y aquellas en que tiene participación. La segunda se basaba en el principio de que toda la información en poder del Estado era pública, sin necesidad de que así lo califique la Constitución o la ley.

*La Comisión, siguiendo el parecer de los representantes del Ejecutivo y del Diputado señor Bustos, estimó que la primera incidía en una materia sobre la cual ya se había tomado una decisión, es decir, esta normativa sería aplicable únicamente a los órganos de la Administración del Estado. **Respecto de la segunda la consideró inocua por cuanto se subentendía que aunque no se lo mencionara, siempre regía la normativa constitucional que permitía establecer reservas en la ley.***

*De acuerdo a lo anterior, procedió a rechazar la primera indicación por mayoría de votos (7 votos en contra y 4 a favor) y **a acoger, en el entendido señalado, la segunda, conjuntamente con el artículo, por unanimidad.***

Así entonces la Comisión entendió, por la unanimidad de sus miembros, que la supresión de la frase *que sean públicos de acuerdo a la Constitución y a la ley* era inocua, es decir, no suprimía el sentido que poseía el precepto original. Ese sentido, según la propia Comisión deja constancia, es dejar plenamente vigente la normativa constitucional “que permitía establecer reservas en la ley”. Desde luego esa ley –por disponerlo así el artículo 8 de la Constitución- deberá ser de quórum calificado.

¿Significa lo anterior que los preceptos que no son de quórum calificado no son aptos para establecer reservas de las que reconoce el artículo 4 que se acaba de examinar?

En absoluto. El problema quedó resuelto en las reglas transitorias de la ley 20.285. El precepto establece:

Artículo 1°.- De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política.

En conclusión, la regla del artículo 4 reconoce de manera implícita, pero inequívoca, obligaciones de reserva que no se encuentran contenidas en el artículo 21 de la ley 20.285. Así lo prueba la historia fidedigna del establecimiento del precepto. Y si bien las reglas que establezcan el reconocimiento de esa obligación de reserva deben ser de quórum calificado, debe entenderse, por establecerlo así el artículo 1 transitorio de la ley, que las reglas anteriores cumplen ese requisito exigido por el artículo 8 de la carta constitucional.

(III)

En suma, a la luz de lo expuesto es posible concluir:

- i) La protección de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, con ocasión del ejercicio profesional del primero, forman una esfera protegida por razones distintas de la privacidad. En especial, según lo pone de manifiesto la literatura, esa protección deriva de la índole de la defensa y la participación en juicio que es requerida por el principio del debido proceso;
- ii) Esa protección se encuentra ampliamente prevista en el derecho comparado. Se le reconoce en el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Económica Europea, en la Directiva 77/249 del Consejo de la Comunidad Europea, en el Sistema de

-
- Naciones Unidas, en el Sistema Interamericano, en el Sistema Europeo y en el derecho de los Estados Unidos de América.
- iii) En todos esos sistemas normativos el secreto profesional se encuentra indisolublemente ligado a las características que reviste la profesión de abogado y los principios que la inspiran.
 - iv) En el derecho vigente en Chile esa protección deriva de los artículos 231 y 247 del Código Penal, del artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, del artículo 303 del Código Procesal Penal y en el artículo 14 de la ley 18.314, todos los cuales protegen el secreto contra cualquier intromisión coactiva;
 - v) La ley 20.285 exceptuó el secreto profesional del abogado del derecho de acceso a la información pública, según se sigue de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 4 y del artículo 1 transitorio, a la luz de los cuales los precedentes preceptos tienen el rango de ley de quórum calificado, según lo exige el artículo 8 de la Constitución Política.

Es cuanto puedo informar,

Carlos Peña G.
Profesor de Derecho
Universidad de Chile
Universidad Diego Portales