

Paulino Varas Alfonso*

El secreto profesional del abogado ampara la conversación telefónica entre este y su cliente

The legal privilege protects the telephone conversation between him and his client.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto destacar la trascendencia de la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema que, al acoger un recurso de queja, ha establecido que el derecho a defensa comprende el derecho-deber del secreto profesional y que la interceptación, grabación y transcripción del agente judicial de la conversación telefónica del abogado con su cliente y su posterior entrega al fiscal, no estaban cubiertas por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley.

Abstract

This paper aims to highlight the significance of the judgment of the Criminal Chamber of the Supreme Court accepted an appeal that the complaint has been established that the right to defense includes the right and duty of professional secrecy and that the interception, recording and bailiff transcript of telephone conversation with his lawyer's client and handed over to the prosecutor, was not covered by the legal mandate, so I act outside the law.

Palabras claves

Amparo, Secreto profesional.

Keywords

Amparo. Professional secrecy

**Profesor Titular de
Derecho Constitucional,
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile.*

I Antecedentes

El abogado Sr. Sergio Rodríguez Oro, en representación del querellante Carlos Cortés Guzmán, en los autos RIT 23.308-2009 RUC 0910029883-7 e ingreso de la Corte de Apelaciones de Santiago N° 237-2011-RPP, deduce recurso de queja contra los Ministros de ese Tribunal de Alzada, señor Cornelio Villarroel Ramírez, Sr. Mario Carroza Espinoza y el Fiscal Juan Escandón Jara, por la resolución que pronunciaron el 25 de marzo del año en curso y en cuya virtud confirmaron la sentencia pronunciada por el Juez del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, que sobreseyó definitivamente los antecedentes por no ser constitutivos de delito los hechos investigados, consistentes en la interceptación y grabación de una comunicación telefónica entre un imputado y su abogado defensor el señor Cortés, sin que el Juez de Garantía lo hubiera ordenado.

Aduce que se ha incurrido en graves faltas o abusos porque se ha fallado contra texto expreso de ley, desde que el tipo penal establecido en el artículo 161 A del Código Penal debe ser analizado en relación a las normas pertinentes del Código Procesal Penal, cuyo artículo 222 prohíbe interceptar conversaciones entre el imputado y su abogado, de modo que no era procedente en el caso concreto la causal de justificación que contempla el inciso final de la norma mencionada del código sancionatorio y que hicieron aplicable los jueces del fondo.

Asimismo se erró por los sentenciadores al sostener que no había tipicidad subjetiva por haber acatado el funcionario policial querellado la orden del Fiscal, toda vez que la prohibición de registrar la conversación de un imputado con su abogado también recae en ese funcionario, quien incurre en el ilícito desde que graba la conversación y la transcribe en el informe que luego entrega a un tercero.

En el informe de los Ministros recurridos expresan que se trataría de una cuestión legal susceptible de interpretación y, en consecuencia, no podría dar motivo a un recurso disciplinario, desde que para que ello ocurra, debe existir en quienes han tomado una decisión judicial una falta o abuso grave en perjuicio de una de las partes, esto es, un propósito subjetivo de daño, lo que de ninguna manera ha estado en el propósito de estos magistrados.

Sostienen que artículo 161 A del Código Penal no ha hecho diferencia entre los agentes objeto de la comunicación, sea un abogado con su cliente u otras personas diversas, si quien ha hecho y efectuado la interceptación ha obrado por mandato judicial y traducido en un documento para el empleo preciso del órgano jurisdiccional que ordenó tal diligencia excepcional, que es precisamente lo acontecido en los autos de que se trata. En consecuencia, ha faltado en el funcionario policial el ánimo subjetivo de causar algún daño si, por mandato de la Constitución y de las disposiciones del procedimiento penal, constituye este un auxiliar de los Tribunales de Justicia, tanto para el éxito de la investigación como para el cumplimiento de sus resoluciones, en las que el funcionario de la policía no está autorizado para examinar, previamente a su cumplimiento, la racionalidad de la orden, ni sus fundamentos.

II. Fundamentos jurídicos de la sentencia de la Corte Suprema de 19 de octubre de 2011, Rol 2263 – 2011

La Segunda Sala de la Corte Suprema para acoger el recurso de queja de que se trata estableció los siguientes fundamentos jurídicos.

TERCERO: Que es efectivo que las discrepancias interpretativas no pueden motivar un recurso de queja y una sanción disciplinaria, como ya lo ha resuelto reiteradamente esta Corte: sin embargo, el tenor literal de las normas de los artículos 161-A del Código Penal y 222 del Código Procesal Penal- que deben necesariamente relacionarse- es de tal modo claro que no es precisa una mayor interpretación para concluir que la prohibición de interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado reconoce como única excepción en el Código Procesal Penal la orden de un juez de garantía, por estimar fundadamente, sobre la base de los antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados, excepción que no ocurre en este caso.

La historia fidedigna del establecimiento del artículo 222 citado nos revela que la Cámara de Diputados propuso incorporar una norma que asegure que no se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare por estimar fundadamente la circunstancia señalada en el párrafo precedente. La Comisión Mixta aceptó esa sugerencia, entendiendo que concilia el derecho a defensa del imputado con el límite que cabe admitir para el secreto profesional, cual es la participación del abogado en un hecho punible. Con tal propósito se agregó el inciso 3º (Emilio Pfeiffer Urquiaga, Código Procesal Penal, Anotado y Concordado, 2001, p. 237).

CUARTO: Que el tipo penal contenido en el artículo 161 A del Código Punitivo castiga, entre otras conductas ilícitas, la del que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado. La misma pena prevista se aplicará a quien difunda las conversaciones o comunicaciones y, en el evento de ser una misma persona la que obtiene la conversación y luego la divulga, la pena se incrementa.

En la especie la conversación habida entre el imputado y su abogado fue interceptada, grabada y difundida posteriormente, al ser reproducida por escrito en un informe policial por el mismo autor de la interceptación.

El inciso final del precepto excluye de la punibilidad a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas. Pero en este caso no ha existido autorización legal, como tampoco judicial, porque la ley permite y ordena a la policía cumplir los mandatos de los jueces y fiscales, pero al funcionario señor B. no se le ordenó ni se lo autorizó interceptar la comunicación del imputado con su abogado, sino del imputado con otras personas. La conversación que, como fruto de la interceptación efectuada, obtuvo, grabó y transcribió el agente

policial y entregó en su informe al fiscal, sostenida entre el querellante en su calidad de abogado y el imputado, no estaba cubierta por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley. El art. 222 inciso 3° del Código Procesal Penal solo le permitía grabar aquella conversación específica en la medida que el juez de Garantía se lo hubiese ordenado, quien podría hacerlo -únicamente- sobre la base de antecedentes que debían constar en la resolución respectiva y cuando el abogado pudiera tener responsabilidad penal en el hecho investigado.

Ya que no estaba facultado por la ley, porque carecía de mandato judicial para proceder como lo hizo, el comportamiento del querellado no encuadra en el inciso final del artículo 161-A del Código Penal y resulta infundado sostener la inexistencia del delito, como motivo determinante del sobreseimiento definitivo cuestionado.

QUINTO: Que del mismo modo, cuando los jueces han aducido la inexistencia de voluntariedad en el actuar del inculpado, porque aquél habría procedido en el cumplimiento de una instrucción, vuelven a caer en el mismo yerro antes anotado. El policía conoce sus obligaciones legales y debe conducirse de acuerdo a las órdenes y facultades que le son conferidas por la autoridad que dispone de ellas, de modo que el cumplimiento de la orden no es un argumento válido para descartar sin más su voluntad. Otro asunto es el proceder del fiscal, que no fue indagado en la causa.

SEXTO: Que del modo que se ha expuesto, las razones esgrimidas por los jueces del fondo para concluir que no se estaba frente a un hecho constitutivo de delito no son atendibles y ello tiene como necesario corolario que la resolución impugnada, tanto como aquella que se confirmó por esta última, carecen de fundamentos jurídicamente sustentables y ajustados al mérito de los antecedentes, razón suficiente para entender que se ha incurrido en falta o abuso grave y procede, por consiguiente, acoger el recurso instaurado.

III Decisión del recurso de queja

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 3 por el abogado Sr. Sergio Rodríguez Oro, en representación de la parte querellante en la causa Rut 23.308.2009 del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago y rol ingreso N° 237-2011-RPP, dejándose sin efecto la resolución de veinticinco de marzo de dos mil once recaída en los antecedentes rol 237-2011-RPP de la Corte de Apelaciones de Santiago, y en su lugar se declara que se revoca la resolución apelada de veinticinco de enero de dos mil once pronunciada por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en los autos Rit 0-3308-2009, que decretó el sobreseimiento definitivo y parcial de esos antecedentes, respecto del inculpado C.B.B. atendidos los argumentos ya explicitados en esta resolución, y se restablece el proceso al estado que corresponda.

Se proviene que el Ministro Sr. Rodríguez concurre al acogimiento del recurso disciplinario teniendo además presente que el artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República establece el derecho de toda persona a tener una defensa jurídica en la forma que la ley señala y sin que “ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”.

La intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde al abogado constituye una restricción o perturbación a su actividad, debiendo entenderse, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración del derecho a defensa se encentra de manera principalísima contemplado el derecho- deber del secreto profesional. Las confidencias del cliente se enmarcan en la esfera de protección de su intimidad, derecho explícitamente reconocido en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental. Todo ello en los términos que desarrollan los artículos 180, inciso tercero, 217, inciso segundo, 220, inciso quinto y final, y 303, inciso primero, del Código Procesal Penal.

No se dispone la remisión de los antecedentes al Pleno de este Tribunal por considerarlo innecesario.

Acodada esa última decisión, con el voto en contra del Ministerio Sr. Rodríguez, quien estuvo por cumplir con el mandato señalado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, por considerar que se trata de una facultad exclusiva del tribunal pleno, de conformidad con lo prescrito en el artículo 98, N° 6° y 545, inciso final, del antedicho cuerpo de leyes.

Comuníquese lo resuelto a la Corte de Apelaciones de Santiago y al Séptimo Juzgado de Garantía. Agréguese copia autorizada de esta resolución al legajo teniendo a la vista y, hecho, devuélvase a su tribunal.

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro Sr. Carlos Künsemüller L. y de la prevención y disidencia, su autor. Rol N° 2663-11.

Pronunciado por la Segunda Sala de Excm. Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., y Carlos Künsemüller L. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica.

IV Conclusiones

- 1.- El derecho de toda persona a tener una defensa jurídica en la forma que la ley señala y sin que “ninguna autoridad o individuo pueda impedir, restringir o perturbar la debida interpretación del letrado si hubiere sido requerida.
- 2.- La intromisión en la esfera del sigilo profesional que corresponde al abogado, constituye una restricción o perturbación a sus actividades, debiendo entender-

se, por consiguiente, que en el amplio marco de la consagración del derecho a defensa se encuentra de manera principalísima contemplado el derecho-deber del secreto profesional.

- 3.- La conversación que, como fruto de la interceptación telefónica efectuada, obtuvo, grabó y transmitió el agente policial y entregó en su informe al Fiscal, sostenida entre el querellante en su calidad de abogado y el imputado, no estaba cubierta por el mandato legal, de modo que actuó fuera de la ley.