

Primera Prueba.
Profesión Jurídica.
Prof. Rodrigo Cortés.
Depto. Cs. del Derecho.
Facultad de Derecho.
Univ. de Chile.

I. Instrucciones.

- a. No existen mayores limitaciones de formato. En lo posible, sea prudente. Letra tamaño 12, interlineado simple, letra "Times Roman": serían ideal. E incluso más, si puede imprimir "dos páginas por hoja" sería óptimo -piense en el planeta y en sus nietos eventuales-.
- b. Siempre cite cuando utilice un texto ajeno. No existen reglas para la forma de esa cita. Refiéralo.
- c. Debe entregar materialmente el ensayo en la Secretaría del Depto. de Cs. del Derecho, el día miércoles 30 de octubre. No existe posibilidad de remitir su trabajo por medios electrónicos. El plazo es fatal.
- d. No considere portadas. Y en la primera hoja de su trabajo consigne su nombre y fecha.

II. Parte teórica.

En "Teoría de la Construcción Social de la Realidad", Berger y Luckmann ("B&L") afirman:

"Nuestras tesis fundamentales son: que la realidad se construye socialmente y que la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales estos se producen. [Se trata de] Definir la realidad como una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición y de definir el conocimiento como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas".

La propuesta y su valor de verdad, supone que la realidad de la vida cotidiana responde a un proceso de construcción social. Que esa dinámica le constituye y le afinca en su mayor o menor densidad social. Es decir, que cualquier posibilidad de predicar "realidad" de un determinado concepto exige revisar el proceso que le causa.

En B&L la realidad se construye de manera ordenada. Hemos visto en clases, que la noción de orden se estatuye como un concepto normativo en toda dinámica social. De ahí, por ejemplo, que el proceso de "integración", que luego deviene en la legitimación de esa realidad -tanto en su dimensión de hacer objetivamente disponible el constructo; y de plausibilizarlo

subjetivamente- intente explicar la disidencia como “disidencia”, como “contra cultura”, como “l’enfant terrible”.

Uno de las “gracias” de la teoría de la Construcción Social de la Realidad, es que permite integrar sus críticas como explicaciones del mismo proceso. Cualquier argumentación que “ontologice” el status de la realidad, puede ser explicada en términos constructivos. Y no existe (o no existiría) forma o “escenario” desde el cual poder explicar la realidad en términos que no respondan al proceso de construcción. Lo que se sostiene es que no hay posibilidad de hacer un paréntesis en el devenir social y poder mirar la realidad social desde una distancia crítica. El observador supone una categoría y contexto que jamás podrá deslindar ni suspender.

Ello no significa, necesariamente, que la propuesta de B&L sea cierta. Implicaría eso sí, que no existiría forma de invalidar sus afirmaciones -cuestión que es distinta-.

De nuevo. Desde B&L no existiría un afán prescriptivo sino simplemente descriptivo. Ellos narran cómo la realidad social deviene en un constructo con densidad. E incluso más, aseveran -descriptivamente- que este proceso tiene un etapa -muy relevante- en la que el sujeto olvida que él/ella es quien factura el contexto social del que forma parte. Y ese olvido es fundamental, en términos del orden con que la realidad social afinca su peso. En la medida que el individuo -o los individuos- reconoce en la realidad de la vida cotidiana supuestos que le antecederían, no sólo biográficamente, sino en su entidad, el mundo adquiere fuerza.

Sin embargo, pareciera que no todo fuera constructo.

Por ejemplo:

<http://www.heortiz.net/cpm/levi-strauss-claude-naturaleza-y-cultura-incesto-endogamia-y-exogamia.pdf>

El tabú del incesto pareciera insertar una pregunta que no logra ser respondida, al menos desde la teoría. Cómo es que el “incesto” es una cuestión que atraviesa las culturas aún sin que entre ellas, exista mayor contacto. Se trata de una regla, pero de una regla universal.

Ello trae muchas consecuencias para el Derecho. Imagine sistemas jurídicos funcionales a la regulación interesada del colectivo que les funda, sin mayor sujeción a normatividades que la adecuación interesada y funcional. ¿Cómo entonces generar una crítica normativa? Todo “deber ser” podría ser cuestionado desde su posibilidad, salvo en la regla anterior. Pero desde esa regla, cabría también, dudar de la existencia de otro tipo de formulaciones que tuvieran el mismo carácter de regla y universalidad predicada.

En “Al lado de uno mismo: En los límites de la autonomía sexual” (Cfr. Butler, Judith. “Deshacer el Género”. Edit. PaidósStudio 167. Barcelona 2010. Pg. 35 y ss), Judith Butler genera un discurso distinto aunque igualmente sobre bases constructivas. Ya no solamente descriptivo

sino prescriptivo. Y por ejemplo, llama la atención sobre el gesto de asumir como verdad, la descripción legal, y de estatuir desde esa ilusión, normatividades -siempre contextuales-.

Por ejemplo:

“La cuestión de quién y qué se considera real y verdadero es aparentemente una cuestión de saber. Pero es también, como Michel Foucault aclara, una cuestión de poder. Tener o mostrar la “verdad” y la “realidad” es una prerrogativa enormemente poderosa dentro del mundo social, una manera mediante la cual el poder se disimula como ontología. Según Foucault, una de las primeras tareas de la crítica radical es discernir *la relación entre los mecanismos de coerción y los elementos del saber*”.

Y luego Butler afirma:

“Esto significa que se observan tanto las condiciones por las cuales se constituye el campo del objeto como los límites de dichas condiciones. Los límites se hallan donde la reproductibilidad de las condiciones no es segura, en el lugar donde las condiciones son contingentes, transformables”.

El texto de Butler resulta muy interesante desde muchas perspectivas, y Ud. podría elegir, varias. Buscar algún punto en B&L y confrontarlo a través de Levi Strauss y ver cómo tal tendría lugar en Butler. No hay restricción en tal sentido. O quizás, se quede con el concepto de “legitimación” en B&L y busque abordarlo desde su experiencia crítica.

Un punto que a mí me llama la atención desde el texto de Butler, y en una diferencia con lo que propone B&L, es cómo la noción de “Luto” (pérdida) nos vuelve colectivos. Dice Butler: “En las últimas décadas todos hemos perdido a alguien a causa del SIDA [...] No estoy segura de saber cuándo un luto llega a su resolución o cuándo se completa el luto por otro ser humano [...] Puede parecernos que sufrimos algo temporal, pero puede ser que en esta experiencia nos sea revelado algo sobre nosotros mismos, algo que delinea los lazos que tenemos con los otros, que nos muestra que estas relaciones constituyen nuestro sentido del yo, que componen quienes somos, y que cuando las perdemos, perdemos nuestro ser en un sentido fundamental”.

Es decir, la noción de individualidad quedaría cuestionada. Y desde esa pregunta, uno podría seguir dudando de todas las construcciones que utilizan la “individuación” como basal a su estructura. V.gr. la autonomía de la voluntad. Y quizás, entonces, cabría construir sistemas jurídicos sobre la base de “nosotros”.

Algunas preguntas.

(i) Existe algún límite para asumir constructiva la realidad. Y si existiera ese límite, cuál sería. Y si no existiera esa posibilidad, cómo erigir normatividades dentro de dinámicas esencialmente circunstanciales.

(ii) Qué le parece, tanto desde B&L como desde Butler, la afirmación de ella en el sentido de que el “parentesco es siempre heterosexual de antemano”.

(iii) Sin duda que a B&L uno podría criticar tanto la utilización de la noción de “orden” como un supuesto ex ante a su teoría, y la dinámica de Poder que encubre -desde la cita a Foucault- que se señala. En qué sentido, la construcción social de la realidad, podría o no defenderse desde esas dos aseveraciones.

III. Parte Práctica.

<http://www.dpp.cl/resources/upload/1db1a72667cd0cd11f4808b52a7eb1e1.pdf>

El texto comienza aseverando lo siguiente:

“En nuestro país, el artículo 10 del Código de Ética Profesional dispone que guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado, deber que perdura en lo absoluto, aún después que haya dejado de prestar sus servicios”.

http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/contenido_detalle.html&idcat=429&nseccion=colegio%20de%20abogados%20%3a%20C%f3digo%20de%20%20c9tica%20Profesional

En el link, es posible acceder al texto del nuevo y antiguo Código de Ética. La referencia al artículo 10 en la cita, corresponde a la reglamentación que se sostiene -no sin críticas- tuvo vigencia hasta el año 2011).

De la comparación entre los artículos 10 del ACEP y el artículo 7 del NCEP es posible concluir, que en ambas, el legislador “gremial” busca proteger con omnicomprensividad la información a la que accede el abogado sin ningún tipo de distinción.

Artículo 7 (NCEP): El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión, en los términos establecidos por las reglas del Título IV de la Sección Primera de este Código.

En clases vimos el siguiente caso, cuya resolución corresponde en su texto a la siguiente:

http://www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/cont_revista.html&idcat=32&id_cat=28&id_art=188&nseccion=%BFPor%20Qu%E9%20Asociarse%3F%20%3A%20Revista%20del%20Abogado%20%3A%20Revista%20N%BA%2032%20%3A%20DECLARACI%D3N%20P%DA BLICA%20COLEGIO%20DE%20ABOGADOS%20DE%20CHILE%20

En el Derecho Comparado, tal como hemos visto en clases, el equivalente al Secreto Profesional, se encuentra estructurado desde una triple distinción. En tal sentido, señala la doctrina:

“The purpose of the privilege is “to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege “rests on the need for the advocate and counselor to know all that relates to the client’s reasons for seeking representation if the professional mission is to be carried out. The privilege is not absolute and must be narrowly construed since it impedes full and free discovery of the truth.” (Cfr. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1215&context=dltr>).

(Traducción: “El propósito del privilegio -en referencia al Attorney Client Privilege- es promover la confianza total y veraz entre el abogado y sus clientes, y permitir, de esa manera, el cumplimiento de la ley y la administración de justicia. El privilegio se justifica desde la necesidad de quien apodera y representa a una persona, por saber todas las razones que motivaron en el cliente la contratación de un abogado. En tal sentido, el privilegio no es absoluto, y debe ser interpretado de manera estricta, considerando que éste se erige en una excepción a la regla de probanza completa y total y que asienta su fuerza en la búsqueda de la verdad”).

Nuestra doctrina en relación a la extensión del Secreto Profesional ha señalado:

“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), 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 No 1 del Código de Procedimiento Civil, el Art. 204 No 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 [...] 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”. (Cfr. PROPUESTA DE NUEVA REGULACIÓN ÉTICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS RELATIVA AL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL -el documento está en U-Cursos-).

Preguntas.

- a. ¿Tiene sentido configurar un “secreto profesional” omnicompreensivo? ¿No se erige el secreto profesional, desde esa extensión amplia, en una suerte de absurdo, considerando el objetivo excepcional de la institución dentro de un contexto de justicia?
- b. ¿Tiene sentido argumentar, afirmando su extensión omnicompreensiva, sobre la base de la jurisprudencia gremial del Consejo General en la materia? ¿No es tautológico el argumento?
- c. ¿A quién debiera corresponder, en su titularidad, el privilegio/derecho? ¿Al abogado o al cliente? ¿Qué externalidades se derivan de la asignación del mismo a uno o a otro?
- d. ¿Cuál es su opinión sobre las causas que motivan la diligencia de investigación y que luego motiva el amparo profesional de los profesionales de Villarrica? ¿Qué opinión le merece la resolución del Consejo?