

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA
CONCEPCIÓN**

Licenciatura en Derecho



**La Aplicación del Secreto Profesional en
la figura del Notario Público Chileno**

**TESINA PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

Profesor Guía: Alicia Felmer

Jaime Guzmán Chávez

Estudiante de Licenciatura en Derecho

2015

Dedicatoria:

“La presente obra está dedicada a mi familia, especialmente a María Cecilia, Jaime, María Eugenia, Patricia y Luis Mario, que siempre han estado incondicionalmente a mi lado, constituyendo el pilar fundamental y la luz, en tiempos de oscuridad, que me ha guiado en éste camino arduo, pero al mismo tiempo, maravilloso, que es el Derecho.

Asimismo, dedico ésta obra a mis amigos, especialmente a aquéllos a quienes he conocido a través de éstos años de Universidad, de quienes he adquirido y aprendido experiencias, no sólo académicas, sino que aquéllas que sólo te enseña la vida, las cuáles me han ayudado en convertirme una mejor persona, en un ser humano cada día más pleno e integral”.

Jaime Guzmán Chávez

Índice

1. Introducción.....	Pág. 5
2. Capítulo I:	
2.1 Antecedentes Generales y Surgimiento del Problema.....	Pág. 6
2.2 Problema de Investigación.....	Pág. 15
2.3 Pregunta de Investigación	Pág. 15
2.4 Objetivo General y Objetivos Específicos.....	Pág. 16
2.5 Importancia, Fundamentación o Justificación del Problema de Investigación.....	Pág. 16
2.6 Supuesto, Premisa o Hipótesis de la Investigación	Pág. 17
3. Capítulo II: ¿Qué es el Secreto Profesional?	Pág. 17
4. Capítulo III: El Secreto Profesional en el Código de Ética Chileno.....	Pág. 27
5. Capítulo IV: El Notario Público Chileno. Regulación y aspectos generales.....	Pág. 39
5.1 Concepto de Notario.....	Pág. 40
5.2 Características de la Función Notarial.....	Pág. 43
5.3 Funciones del Notario.....	Pág. 46
6. Capítulo V: Principio de la Fe Pública Registral.....	Pág. 47

7. Capítulo VI: La Aplicación del Secreto Profesional en la figura del Notario Público Chileno	Pág.53
7.1 Aspectos Constitucionales y Legales del Secreto Profesional Notarial.....	Pág. 55
7.2 Extensión del Secreto.....	Pág. 59
7.3 Tipos de Secreto.....	Pág. 61
7.4 Fuentes del Secreto Profesional Notarial.....	Pág. 63
7. 5 Sanciones y responsabilidad del Notario al faltar al Secreto Profesional.....	Pág. 67
8. Conclusiones.....	Pág. 70
8. Bibliografía.....	Pág. 76

Introducción

Para quién tenga un conocimiento lejano, o incluso mediano, acerca del desempeño de la función notarial, puede resultar bastante extraño hablar del secreto profesional y su aplicación en el ejercicio de las atribuciones del notario público, debido a que es una tarea difícil divisar y relacionar la guarda de secretos en una actividad, que ya desde el nombre (notario, notaría pública, registro público), evidencia que se trata de una función en que predomina notablemente la publicidad, y que además, se trata del artífice por excelencia de instrumentos cuya vida pública, o de publicidad, o de conocimiento por extraños, se inicia en su oficio y continúa a través de otros, pasando de mano en mano en un interminable acabar, lo que tiene como consecuencia, que todo lo secreto que aquéllos instrumentos puedan contener, según sean los intereses de cada parte, pasa a ser conocido.

Sin embargo, el notario es un profesional que en su actividad llega a ser depositario de secretos. Esto se produce, porque el notario es continuamente consultado por sus clientes, por los propios abogados que se acercan a su oficio, y por otros funcionarios acerca de las dudas, importancia, trascendencia o implicancias que para sus intereses u organismos que representan pueden tener determinadas cláusulas o compromisos insertos en el documento a suscribir ante él. Por ende, en ésta conversación, se debe necesariamente desarrollar una confianza en el notario, confianza que está resguardada por la institución del secreto profesional.

Frente a ésta situación, la presente obra se dedica a analizar qué es el secreto profesional y su regulación en la ley chilena; identificar la figura del notario público en nuestro país y el marco normativo al cual está sometido, así como la forma en que el secreto profesional tiene aplicación en el ejercicio de su función notarial, su extensión, los principios en los que se funda y ante qué situaciones es posible contemplar su manifestación, así como también, la responsabilidad a que se encuentra sujeto éste ministro de fe en caso de la vulneración de la institución del secreto profesional.

Capítulo I:

Antecedentes generales y surgimiento del problema:

Una de las acepciones de la palabra “*secreto*” que nos entrega el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a que éste es el “*conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio*”.¹

Respecto del “*secreto profesional*”, el mismo texto establece que éste es el “*deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión*”.²

El secreto profesional, en sentido amplio, corresponde al secreto surgido con ocasión de un servicio, cuya prestación requiere un determinado saber científico o técnico en quien lo realiza.

Lo anterior debe complementarse con un concepto que refleje al abogado. Así es necesario recurrir al concepto que utiliza el Colegio de Abogados de Chile, y que recoge del respectivo Código de Ética, en el cual se señala que el secreto profesional es “*un deber hacia los clientes, deber que perdura en lo absoluto, aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios y como un derecho del abogado ante los jueces, puesto que con toda independencia debe negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violarlo o lo expongan a ello, y de igual manera, debe negarse a facilitar la documentación que haya recibido o esté protegida bajo secreto profesional*”.³

Por su parte, el Notario Público es un abogado habilitado en ejercicio de la profesión, que es auxiliar de la Administración de Justicia, el cual tiene por función ser un ministro de fe, encargado de autorizar y guardar en los diversos registros, los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de

¹ “Secreto”. En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española.

² “Secreto Profesional”. En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española.

³ COLEGIO DE ABOGADOS. *Declaración Pública Colegio de Abogados de Chile*. Santiago, Octubre de 2004, número 2, página 1.

dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra "*notario*", se define de la siguiente forma: "*Funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, conforme a las leyes*".⁴

Los Notarios públicos están definidos legalmente en el artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales Chileno, de la siguiente manera: "*Artículo 399: Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende*".⁵

Cuando hablamos acerca de la existencia del secreto profesional, tendemos a relacionarlo inmediatamente con el ejercicio privado de alguna profesión en particular, ya sea un abogado, un médico, etc. Con mayor preponderancia podemos notar ésta situación al estudiar la mencionada institución y su aplicación a la figura del abogado, ya que éste, en el ejercicio de sus actividades de manera particular, no se encuentra sujeto a principios que establezcan la obligatoriedad de poner en conocimiento público los actos y declaraciones que sus clientes le hagan o que hayan celebrado ante él. Incluso, ante ciertas situaciones, el abogado que revela declaraciones que sean de carácter privado y que la ley les otorgue la calidad de secreto, puede estar afecto a distintas clases de responsabilidad, ya sea penal, civil, etc.

Sin embargo, hablar del secreto profesional en cuestiones vinculadas al ejercicio de la función notarial, ya sea en cuanto se refiere al notario mismo, a sus dependientes y a los registros en general, pudiera aparecer como algo extraño, raro, e incluso como apartado de la realidad, debido a que todo induce a suponer que no puede existir privacidad y que todo es abierto al conocimiento público.

⁴ "Notario". En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española.

⁵ Chile. Código Orgánico de Tribunales. 1943.

Por lo tanto, atendiendo a la importantísima función que cumple el Notario Público, es difícil concebir, el hecho de que éste pudiera estar sujeto al secreto profesional en el ejercicio de sus atribuciones y competencias, sobre todo considerando que nuestra legislación se encuentra fundada, en éste contexto, en los Principios del Derecho Registral, principalmente en cuanto se refiere al Principio de la Publicidad y al Principio de la Fe Pública.

No obstante, el ejercicio de la función notarial implica, para quienes la desempeñan, el tener que saber y conocer de parte de sus clientes algunos aspectos de su vida privada, pública o comercial, que no deben ser revelados o conocidos por terceras personas. Se hacen dichas confidencias, porque son imprescindibles para que el profesional pueda analizar y dimensionar el problema a fin de brindar una respuesta apropiada y oportuna a la expectativa de solución que se le requiere.

Al notario le interesa conocer el aspecto privado de la cuestión, para brindar con seriedad, responsabilidad y solvencia una respuesta apropiada, con la única condición, de someterse a la obligación ética y jurídica de guardar el secreto y constituirse en celoso custodio de lo conocido en aquellas confidencias.

En éste sentido, el escribano y político uruguayo, Ledo Arroyo Torres se refiere a que *“El escribano, por razón de la profesión que ejerce, está llamado, naturalmente, a recibir informaciones secretas o confidencial es”*. Señala, además, que *“El notario no es únicamente un certificador de la verdad. Su misión más importante no es la de certificar las expresiones de voluntades que se manifiestan en su presencia. Lo que adquiere altos relieves en la orientación que ejerce sobre el cliente, para que una vez que conoce, con toda fidelidad la voluntad de aquél, lo oriente para que tenga eficacia en el ordenamiento jurídico.*

La persona que concurre ante el notario sabe bien lo que desea y a veces, sabiéndolo bien, no obstante ello, lucha con dificultades para expresarlo. Pero expresado su pensamiento, ignora la eficacia y las consecuencias del acto que desea realizar en el estructuramiento jurídico. De ahí, la necesidad que sea un poco confidente del escribano”.⁶

⁶ ARROYO TORRES, Ledo. *El Secreto Profesional*. Buenos Aires, 1957. pág. 469.

En éste sentido, es preciso señalar, para una mejor comprensión de la importancia del tema a desarrollar, que el tema del secreto en las profesiones ha tenido un tratamiento desde antiguo en las diferentes costumbres y legislaciones.

Para muchos analistas del tema el secreto impuesto a determinadas actividades deviene de la época de los romanos. Por supuesto, aplicado en términos generales primero y luego en forma más específica a ciertas profesiones.

Refiere J. B Pondé que por esa época existían dos formas de explicar la existencia de este secreto profesional: la “conmiso”, en virtud de la cual la obligación de secreto se imponía debido a la existencia de una convención anterior a la confidencia, lo cual hacía convertir el acto de confidencia y recepción en una especie de pacto.

La otra forma era la “promiso”, que al revés de lo antes señalado suponía que primero se entregaba la confidencia y luego, inmediatamente de recibida, nacía para el depositario, por el solo hecho de la confidencia, la obligación de no revelarla.

En el Corpus Juris del Derecho Romano, Digesto, (Ley 25 de Test. XXII, V) se hace referencia a la obligación de no propalar secretos respecto de abogados, procuradores y escribanos.

En lo que se refiere a los notarios, las leyes Alfonsinas (año 1265) exigían a los escribanos que fuesen leales, buenos y hombres de confianza,” *«de guisa que los testamentos é las otras cosas que les fueren mandadas escreuir en poridad que las non descubran de ninguna manera»* (Ley 2a. título 19 de la Partida Tercera).

“Lealtanca es una bondad que esta bien en todo ome e señaladamente en los escribanos. Ca en ellos se fian tambien los señores como toda la gente del pueblo, todos los fechos e los pleytos, e las posturas que han de facer o a decir en juicio o fuera del” (Proemio de la citada partida).

“En ellos es puesta la guarda, e lealtad de las cartas ... e en las posturas que los omes fazen entre si. E porende, lugar de tan gran guarda, e de tan gran lealtad como este”. Partida III, título XIX, ley III, en consonancia con disposiciones recogidas en el Fuero Real y la Novísima Recopilación. (año 1805) Tomo II, libro IV, título XVIII, ley I, y título XXI, ley III.)

La obligación de guarda de secreto era tan valorada, protegida, y tan grave su violación que según versión de Diodoro Seculo, los egipcios cortaban la lengua al infidente considerándolo como un prevaricador o falsario.

Los persas, dice Anniano Marcelino, otorgaban la pena de muerte en estos casos. Del mismo modo lo hacían los romanos según Valerio Máximo.

Para Chaveau y Hélie, el profesional “como el sacerdote, recibe en el ejercicio de su ministerio las confidencias de las partes, y debe considerar estas confidencias como un depósito inviolable. La confianza que sólo su profesión atrae, sería una detestable emboscada si pudiera abusar de ella en perjuicio de sus clientes; el secreto es por tanto, la primera ley de su profesión; si la infringe, prevarica”.

Para Merlin, “la discreción es una cualidad esencial en el profesional depositario de la confianza de sus clientes, y a menudo de sus más importantes secretos; traicionaría indignamente su ministerio si abusara de esa confianza”.

Arata, citado por Carlos Gattari, dice que los tres deberes capitales del notario son la veracidad, la lealtad y la custodia del documento, siendo sus respectivas antítesis la falsedad, la violación del secreto profesional y la destrucción, violación u ocultamiento del documento público.

El mismo Gattari señala que los delitos más cercanos al notario son aquellos contra la fe pública y la violación del secreto.

En nuestro país, ha existido un escaso tratamiento doctrinario del secreto profesional en términos generales. Consecuentemente, existe un exiguo análisis teórico por los autores respecto de ésta institución y su aplicación en la figura del Notario Público Chileno.

Sin embargo, en el derecho comparado, podemos encontrar un mayor estudio del secreto profesional, ya sea referido a su aplicación general, como a distintos funcionarios en particular (entre ellos el notario público).

Sucintamente diremos que, en este aspecto, las corrientes doctrinarias se han agrupado en dos concepciones.

Para un primer sector, el secreto profesional responde a un deber que nace en el momento mismo de convertirnos en depositarios de las confidencias de un cliente y nos vincula directamente a él, obligándonos a custodiar celosamente sus secretos, sin revelarlos a nadie.

Para este grupo existe, atendida la calidad del prestador del servicio profesional y la confidencia subsecuente de parte del cliente, una especie de contrato o pacto tácito. No es necesario que el confidente previamente advierta al profesional que lo que va a confiar debe quedar protegido por la obligación de guarda. El solo hecho de desempeñar la función o ejercer la actividad profesional ya es suficiente garantía de que así ocurrirá.

Dentro de este sector existe una variante en la que el contrato asume en cierto modo la forma de un depósito, de una locación de servicios, debiendo el profesional, en caso de violación, asumir las responsabilidades inherentes al depositario.

Por otro lado, un grupo doctrinario diferente, postula que la confidencia y el deber de secreto asumen la forma de un contrato innominado, cuyas características propias son que el vínculo empieza y termina en el cliente. A nadie más que a él interesa la custodia de lo confiado. No existe otro interés comprometido más que el propio.

Esta postura tiene importancia, al momento de discutir si es posible relevar al profesional de la obligación de guarda. Para quienes así opinan, siendo el confidente titular del único derecho protegido, es obvio que éste puede autorizar al profesional receptor para su divulgación. Nadie más que él puede vislumbrar los efectos, perjudiciales o no, que pueda tener su conocimiento por terceros.

La segunda corriente en este campo desarrolla su tesis en un área bastante más amplia. Así, dice que si bien es cierto que el derecho a obtener el sigilo o privacidad interesa en primer lugar a quién afecta, existe además otro interés comprometido de mayor consideración. Aquí, se dice, está comprometido no sólo el interés particular, sino además y por sobre éste, el interés social.

El secreto confiado, para este sector, asume la característica de un bien común y la no revelación de él es una obligación de orden natural impuesta por el bien general.

Se dice que la investidura o calidad que tiene el profesional lo obliga no tan sólo con su cliente, sino también con la comunidad y en idéntico grado a la corporación a que pertenece.

Desde este punto de vista la violación al secreto profesional va más allá del estricto campo del derecho privado puesto que se compromete el orden público, escapándose de la esfera de dominio del confidente.

Siendo la obligación de guarda un bien superior porque asegura a todos de todo, se dice que es precisamente en este aspecto en donde reside la solidez de la institución.

Por esta razón, si el confidente decide relevar al profesional de la obligación de guarda del secreto no debe éste en forma apresurada acatar esta decisión y divulgar aquello que sabía. Deberá ponderar cuál es el interés superior comprometido, y además, considerar el daño que pudiera hacerse a terceros comprometidos en el secreto entregado, porque muchas veces la confidencia no sólo involucra al confidente directo, sino también a muchos otros que se relacionan a lo que contiene el secreto.

Este sector doctrinario, en una posición quizás extrema, postula que lo anterior debe representárselo el profesional aun cuando sea requerido por la justicia, de tal manera que nadie ni nada pueda quebrantar su hermetismo.

De acuerdo a los criterios anteriores ya no sólo existe el interés particular comprometido y en que el dueño absoluto del secreto es la parte confidente, pues media también una cuestión de ética profesional que lo sobrepone.

La posición en comento, que es la que sustenta la doctrina francesa y a la que en Argentina sigue J.B. Pondé, conjuga el doble aspecto jurídico del deber y del derecho.

Así, dice este autor, que frente al arraigado fundamento que ampara el interés particular, colocándonos un “deber” de lealtad hacia el mismo, juega con no menos ponderable gravitación el

correlativo “derecho” que asiste a los profesionales a mantener incólume el problema ético que estudiamos.

En apoyo de esta tesis, cita Roque Pondal un fallo francés de 1827 cuando por vía de casación se modificó un fallo de la Cámara de Montpellier y se absolvió a un notario condenado por negarse a declarar sobre hechos acontecidos en su bufete. La tesis del tribunal de casación fue: “El notario a quien en esa calidad han sido confiados hechos en el secreto de su estudio, no está obligado a declarar en justicia, aunque las partes lo liberen de guardar el secreto”.

Se cita también otro caso en que un tribunal de Niort, en 1844 declara que: “El abogado está obligado siempre a guardar un secreto inviolable acerca de todo lo que conozca por ese título. Esta obligación es absoluta, es de orden público, y por ello no puede corresponder a nadie el derecho a liberarlo de ella. El abogado no tiene en su declaración más regla que su conciencia, y debe abstenerse de todas las respuestas que ella le prohíbe”.

Se cita otro fallo de la Cámara de Burdeos, de junio de 1926, en que se hace referencia especialmente a la figura del notario, en donde se señala que: “El secreto profesional constituye para los notarios, que son llamados por su ministerio a ser los consejeros de las partes, un deber inherente a la profesión, y debe ser observado todas las veces que les hayan sido hechas comunicaciones con motivo de un documento que entre dentro de sus atribuciones. Especialmente un notario puede considerarse con derecho ligado por el secreto profesional respecto a las conversaciones previas que han tenido lugar en su estudio, con relación a las convenciones de una escritura de sociedades otorgadas ante él”.

Para Clément, citado por Carlos E. González, “la circunstancia de que el Estado le acuerde una función pública y le asigne el depósito y custodia de instrumentos que hacen a la ordenación social, que le faculta para dar fe y autenticidad a cuanto acontece en su presencia, teniéndolo por indudable e inmutable en tanto no se pruebe la falsedad, todo eso nos lleva a convenir que el secreto profesional del escribano escapa a la polémica doctrinaria y al superarla, se hace institución de orden público”.

Por su parte, Sanahuja y Soler, también citado por Carlos E. González, señala que aunque se haya pretendido que el secreto profesional de los notarios tiene una base contractual asimilable a la de un depósito o contrato innominado, lo cierto es que prepondera, lo mismo que en doctrina en la jurisprudencia, la especie de atribuirle un fundamento de orden público, puesto que si la existencia del Notariado de lo cual depende la seguridad de las transacciones es de interés público de primer orden, las reglas del secreto notarial son del mismo grado de orden público o institucional.

En nuestro país, la institución del secreto profesional la encontramos legalmente consagrada en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados, cuya vigencia comenzó el 1 de Agosto de 2011, sin perjuicio de estar tutelado éste “derecho–deber” en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. Aquél cuerpo legislativo le dedica 15 disposiciones ubicadas en cuatro apartados distintos (artículo 7 referido al “Principio General”, artículo 42 que establece los “Deberes relativos al uso de la información”, artículos 46 a 64 en que se regula el “Deber de confidencialidad para con el cliente”, artículos 110 y 111 en lo relativo a “Deber de confidencialidad para con el abogado de la contraparte”). Cabe destacar que se trata de una regulación extensa y novedosa, considerando que el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de 1948 regulaba el secreto profesional en sólo tres disposiciones (artículos 10, 11 y 12).

En la doctrina nacional, frente a un escaso tratamiento doctrinario del secreto profesional, cabe destacar la obra “Derecho Notarial Chileno”, de don Ignacio Vidal Domínguez, publicada su primera edición el año 1998, en el cual éste autor aborda ésta institución y además su aplicación en la función que desempeña el notario público chileno, así como su relación con la ética profesional.

Problema de Investigación:

La presente investigación se dirige principalmente a identificar el tratamiento del secreto profesional, en términos generales, en el ordenamiento jurídico chileno, su tratamiento legal y los cuerpos jurídicos en que se encuentra contemplada dicha institución.

De igual manera, conocer, analizar e identificar el marco normativo al cual se encuentra sometido el notario público chileno en el desempeño de su función notarial, los principios que rigen el ejercicio de sus atribuciones y los diferentes ámbitos dentro de los cuales se puede desempeñar.

Todo esto, con la finalidad exclusiva de relacionar y dirigir la aplicación del secreto profesional a la función notarial que desempeña el notario público chileno, con el objetivo de determinar la forma en que ésta institución puede limitar las atribuciones de dicho funcionario, que son propias de su cargo, frente a ciertas situaciones en que se encuentra en posición de ser un depositario del secreto, y evidenciar las responsabilidades en que puede concurrir al vulnerar dicha institución, contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Pregunta de Investigación:

- **En la función notarial en Chile, ¿es absoluto el Principio de la Fe Pública y Publicidad Registral Notarial ante el Secreto Profesional?**

Objetivo General y Objetivos Específicos:

- Objetivo General:

- Identificar la aplicación del secreto profesional en el notario público chileno en el ejercicio de su función notarial.

- Objetivos Específicos:

- Determinar la forma en que el principio de la fe pública y el principio de la publicidad registral, a los cuáles se somete el ejercicio de la función notarial, se ve afectado por el secreto profesional.
- Explicar en qué consiste el secreto profesional y su regulación en la legislación chilena.
- Describir quién es el notario público en nuestro ordenamiento jurídico, el marco normativo al cual está sujeto y demás aspectos generales.

Importancia, Fundamentación o Justificación del

Problema de Investigación:

En su obra Derecho Notarial Chileno, don Ignacio Vidal Domínguez establece que el fundamento e importancia de identificar la aplicación del secreto profesional en la función notarial radica esencialmente en que *“el ejercicio de muchas actividades profesionales implica, necesariamente, para quienes las desempeñan el tener que saber y conocer de parte de sus clientes algunos aspectos de su vida privada, pública o comercial, que asumen la calidad de íntimos y que, por lo mismo, nos les interesa que sean revelados o conocidos por terceros. Se hacen dichas confidencias por la sencilla razón de que son imprescindibles para que el profesional pueda dimensionar el problema y responder en forma apropiada a la expectativa de solución que se le pide. La resolución del asunto a satisfacción del confidente requiere que éste revele intimidades que de otra forma no haría. Y para que, entre cliente y profesional, exista la necesaria confianza*

*que le permita a aquel explayarse libremente en sus consultas es condición que este último tenga la obligación, ética y jurídica, de ser celoso custodio de lo conocido en aquellas confidencias”.*⁷

Por consiguiente, es menester que exista una regulación jurídica firme que permita resguardar a los clientes, abogados y funcionarios notariales que acuden al notario público en busca de respuestas a las dudas que pueden originarse con respecto a su función, así como también, a los reparos que se puedan suscitar acerca de la validez y extensión que tienen los instrumentos de que éste da fe; con tal de generar la confianza necesaria en que las declaraciones de aquéllos no se divulgarán públicamente, cuando éste último actúe en un ámbito en que se presente como un funcionario depositario del secreto.

Supuesto, Premisa o Hipótesis de la Investigación:

- **El principio de la fe pública y el principio de publicidad registral notarial no tienen el carácter de absolutos, debido a la aplicación del secreto profesional en la figura del notario público en Chile.**

Capítulo II:

1. ¿Qué es el Secreto Profesional?

El secreto, en su sentido amplio y general, es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como: “Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”⁸.

⁷ VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio. "El Secreto Profesional en la Función Notarial". Derecho Notarial Chileno. 2da Edición. Chile: Editorial Fallos del Mes Ltda., 1997. Páginas 330 - 331.

⁸ "Secreto". En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española.

De éste concepto que nos entrega la Real Academia Española, podemos concluir que el secreto se compone de dos fases, o lo que es igual, podemos observarlo desde dos puntos de vista diferentes, uno objetivo, y otro subjetivo.

Partiendo del punto de vista objetivo, tenemos que el secreto es todo aquello que debe mantenerse oculto. En cambio, desde el punto de vista subjetivo, se concibe como el hecho de saberse y mantenerse una cosa en reserva o sin manifestarse, sea por promesa hecha antes o después de tomar conocimiento de ella.

En éste mismo sentido, cabe destacar la opinión del Dr. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba⁹, jurista y escritor ecuatoriano, acerca del concepto del secreto, ya que para él, destacan los siguientes elementos esenciales que constituyen la figura del secreto:

- a) Que exista “información”: Sin información no hay secreto. Es necesario que exista ese conocimiento, o al menos la facultad de acceso o disponibilidad de la información.
- b) Que dicha información sea “oculta”: Para que haya secreto, es menester que una o pocas personas lo conozcan con exclusividad; los demás no deben conocerlo, no puede ser pública la información.
- c) Que dicha información sea “reservada”: Debe existir un cuidado mínimo por parte de quien revela el secreto, tendiente a mantener tal secreto.
- d) Que dicha información sea “poseída por una persona” (la fuente): Es necesaria una posesión, al menos material, de la información. La posesión meramente material de la información no implica su conocimiento, sino sólo su capacidad de acceso a la misma.

Así, definimos al secreto por sus elementos, como la información oculta y reservada que posee la fuente. Si la información no reúne estos elementos esenciales del secreto, simplemente no existe secreto, y, consecuentemente, tampoco derecho al mismo.

Frente al mismo concepto de secreto, es posible encontrarnos con una clasificación de éste, que nos presenta doña Helena Carrera Bascuñán¹⁰ en su obra “El Secreto Profesional del Abogado”.

⁹ RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, Juan Carlos. El Derecho de los Secretos: Postulado de una Teoría General. Editorial Temis, Bogotá, 2008.

Según ésta autora, tenemos que, atendiendo a su origen, podemos distinguir tres clases de secretos, en primer lugar el secreto natural, en segundo lugar el secreto prometido y en último lugar el secreto confiado o comiso.

- **El secreto natural**: Es todo aquello de lo cual se tiene conocimiento por motivo de la casualidad, por investigación personal o por indiscreción ajena, no puede ser revelado sin causar un perjuicio real, o por lo menos un justificado disgusto al prójimo. Ese secreto debe mantenerse oculto por su propia naturaleza, por ley natural o deber moral que prohíbe perjudicar o disgustar a los demás sin justo motivo.
- **El secreto prometido**: Una vez conocido el secreto, se materializa la obligación de guardarlo, de no revelarlo, bien sea que ese conocimiento se haya adquirido por obra de la casualidad, de la investigación personal o de la confidencia.
- **El secreto confiado**: Un secreto es confiado o comiso cuando la obligación de guardarlo proviene también de un compromiso contraído con anterioridad al conocimiento del secreto, de una promesa que constituye la razón de ser de la confidencia. El secreto confiado puede ser de dos clases:
 - *Meramente confidencial*: Cuando ha sido comunicado a una persona cualquiera, que no está en la obligación a prestar consejo o ayuda, en razón de su oficio o profesión.
 - *Secreto profesional*: Cuando el secreto ha sido comunicado a un profesional, con la finalidad de obtener ayuda o consejo, por ello, esa persona se instituirá como confidente, consejero o auxiliar necesario.

Por lo tanto, de acuerdo al razonamiento anterior, el secreto profesional ha sido considerado como un elemento indispensable para el ejercicio de diversas profesiones, y también como elemento de seguridad en la relaciones dentro de una sociedad, ya que éste se impone a todas las personas a quienes se confían secretos por razones de su estado, profesión o cargo. Así, se podría decir que ***el secreto profesional es la obligación legal que tienen ciertas profesiones de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes.***

¹⁰ CARRERA BASCUÑAN, Helena. “*El Secreto Profesional del Abogado*”. Editorial Jurídica de Chile. Año 1963 Santiago. Págs. 8 – 10.

Entre las profesiones que tienen una obligación legal de guardar el secreto profesional, podemos encontrar al abogado, al médico, al enfermero, al psicólogo, al periodista y al trabajador social. Sin embargo, la obligación puede estar inserta en otras actividades, tales como los asesores fiscales (a veces incluidos dentro de los abogados) o las compañías de seguros.

El secreto en las profesiones ha tenido un tratamiento antiguo en las diferentes costumbres y legislaciones. En el juramento Hipocrático se menciona – “todo lo que viere u oyere en mi profesión o fuera de ella, lo guardaré con sumo sigilo”. El juramento hebreo de Asaf que data de los siglos III y VII reza “no revelarás secretos que se te hayan confiado”, la tradición católica da un lugar especial a la confidencialidad en el Sacramento de Reconciliación o Confesión (Secreto de Confesión).

Algunos autores estiman que el secreto impuesto a determinadas actividades deviene, incluso, de la época de los romanos. Por supuesto, aplicado en términos generales primero y luego en forma más específica a ciertas profesiones. En esa época existían dos formas de explicar la existencia de este secreto profesional: la “*comiso*”, en virtud de la cual la obligación de secreto se imponía debido a la existencia de una convención anterior a la confidencia, lo cual hacía convertir el acto de confidencia y recepción en una especie de pacto. La otra forma era la “*promiso*”, que, al revés de lo antes señalado, suponía que primero se entregaba la confidencia y luego, inmediatamente de recibida, nacía para el depositario, por el solo hecho de la confidencia, la obligación de no revelarla. En el Corpus Iuris del Derecho Romano, Digesto, (Ley 25 de Test. XXII, V) se hace referencia a la obligación de no propalar secretos respecto de abogados, procuradores y escribanos.

Cabe destacar, particularmente para la profesión del abogado, que ya en la época del primer Código Civil Francés, se consagró este deber/derecho, en miras tanto al derecho del cliente, como al ejercicio libre de la profesión.

En la actualidad todas las profesiones establecen de diferentes maneras y en forma continua el derecho de las personas a la confidencialidad de aquellas informaciones obtenidas a lo largo de la relación con un profesional. Modernamente los códigos consideran que esta norma no es absoluta,

es decir, que se consideran que hay situaciones particulares en las cuales no es obligatorio el secreto profesional, incluso en muchos casos se fijan explícitamente aquellas excepciones a la norma.

Lo anterior ocurre, como una consecuencia directa de la complejidad del desarrollo de la vida en sociedad y del denominado interés público, que han llevado a cuestionar respecto del carácter absoluto del secreto profesional, tal como se instauró en otras épocas. Esto queda en evidencia en cuanto a que hoy todos hemos sido testigos de casos en que abogados son llamados a declarar contra ex clientes o la confiscación de documentos en un estudio de abogados.

De ésta forma, se presenta el problema de hasta qué punto es admisible una limitación al secreto profesional, sin que ello signifique una vulneración de los derechos del cliente ni perjudique al desarrollo social.

En la profesión de abogado, el secreto consiste en la absoluta confidencialidad de lo revelado por el cliente, lo cual representa, una extraordinaria fidelidad y lealtad a las informaciones suministradas, así como las actuaciones profesionales, absorbiendo también en ello el material que le sea confiado al abogado para la mejor defensa de los derechos e intereses del patrocinado.

La acepción más acertada de secreto del Diccionario de la Real Academia Española, que nos sirve para conceptualizar el secreto profesional para estos efectos, se asimila a aquella que establece que el secreto es el “conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio”¹¹.

Empero, en el mismo texto, es posible encontrar una definición para el secreto profesional, en que establece que éste es establece que éste es el “deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión”¹².

¹¹ “Secreto”. En el Diccionario de la lengua española. Fuente electrónica [en línea]. Madrid, España: Real Academia Española.

¹² Ídem.

Es necesario, para aterrizar éste concepto a la profesión del abogado (y posteriormente a la función notarial pública chilena) que éstos conceptos se complementen con una definición que mire al abogado en sí. Por ende, es necesario recurrir al concepto que utiliza el Colegio de Abogados de Chile, y que recoge del respectivo Código de Ética, en el cual se señala que el secreto profesional es *“un deber hacia los clientes, deber que perdura en lo absoluto, aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios y como un derecho del abogado ante los jueces, puesto que con toda independencia debe negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violarlo o lo expongan a ello, y de igual manera, debe negarse a facilitar la documentación que haya recibido o esté protegida bajo secreto profesional”*¹³.

En atención a la definición expuesta anteriormente, es posible observar, que tenemos una doble faz respecto del secreto profesional, ya que por una parte es un deber y, por la otra, es un derecho.

Respecto de la primera faz de deber se ve que la primera obligación del abogado es frente al cliente (tratándose del notario público, la obligación se debe cumplir frente a las personas que concurran a la Notaría). Sin embargo, no es el único respecto del cual se encuentra obligado, pues también debe responder ante la sociedad.

El deber de mantener reserva que incumbe al abogado, así como otros profesionales que adquieren información sobre la intimidad de las personas, importa en las relaciones sociales en general, pues la certeza que da el ordenamiento a las personas que sus confidencias mantendrán tal carácter, permite que las personas se puedan desenvolver libremente y recurrir sin suspicacias ante estos profesionales.

En tanto que respecto la segunda faz, de derecho, el secreto profesional es el derecho que tiene el abogado ante los jueces o ante cualquier otra autoridad o persona que, con competencia o sin ella, pretenda sonsacarle hechos confidenciales o interrogarles sobre ellos en forma directa. Es también un derecho que tiene el abogado frente a su cliente, respecto de confidencias de otro, de aquí nace el llamado “Deber de Confidencialidad”, también consagrado en el Código de Ética Profesional.

¹³ COLEGIO DE ABOGADOS. Declaración Pública Colegio de Abogados de Chile. Santiago, Octubre de 2004, número 2, página 1.

En cuanto al alcance del secreto profesional, debemos decir que éste resguarda tanto al abogado como al estudio profesional, así como también todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedente que el abogado haya tomado conocimiento sea por declaraciones de su cliente, de su propia deducción, sin importar el medio por el cual se realizó la revelación. En consecuencia, en el caso del Notario Público, no sólo el Notario está afecto a ésta obligación de resguardar el secreto profesional, sino que también sus dependientes, los trabajadores que se desempeñan en la respectiva Notaría.

Además, también cabe bajo este amparo los secretos revelados por un tercero con ocasión del servicio profesional y aquellos que no alcanzaron a ser clientes.

En cuanto a la duración de la obligación de guardar secreto, esta es indefinida, por cuanto no terminar con la prestación de servicios ni la muerte del patrocinado.

De acuerdo a Rafael Bielsa, en su obra *La Abogacía* el fundamento del secreto profesional lo constituye el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional, “puesto que si el abogado estuviese obligado a declarar lo que ha sabido en el ejercicio de su profesión, no podría honradamente aceptar confidencias; todo esto explica el secreto profesional. Por otra parte los secretos confiados deben conservarse; violar así el secreto es contrario al derecho natural (infidelitas contra jus naturale); es decir que ese deber tiene una raíz jurídica; pero el secreto conocido por sorpresa o no confiado sólo debe mantenerse por deber moral natural”¹⁴.

Siguiendo las enseñanzas de Carrera Bascuñán, los fundamentos del secreto profesional, tanto como deber profesional como en el derecho del abogado, pueden formularse de la siguiente manera:

- **Protección a las personas naturales o jurídicas, como medida indispensable para su seguridad y tranquilidad**, a fin de que puedan contar con profesionales idóneos cuando requieran asesoría jurídica, bien sea para consultas, para proceder legalmente y sin peligros en sus actos y contratos de la vida diaria, o para las defensas ante la justicia en

¹⁴ BIELSA, Rafael. *“La Abogacía”*, Editorial Abeledo Perrot. Año 1960. Buenos Aires. Pág. 247.

causas civiles, penales o de jurisdicción voluntaria, así como ante la administración público o privada.

- **Garantizar a los profesionales del derecho la libertad y tranquilidad necesaria**, a los fines de la mejor asesoría o patrocinio de sus clientes, a conciencia y con pleno conocimiento de causa, sin peligro de comprometer los secretos que conozcan en razón de su ministerio.
- **Amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas**, en cuanto al respeto y mantenimiento de la lealtad.
- **Garantizar el secreto profesional como deber y prerrogativa del abogado**, manteniendo fidelidad al orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional.

Por consiguiente, es posible clasificar los fundamentos del secreto profesional, atendiendo a las razones que llevan a determinar la importancia de la obligación del secreto profesional y la necesidad de darle tutela. De ésta forma, tenemos dos tipos: materiales y formales.

Los fundamentos materiales, que son principalmente a nivel de la ética de las personas y las relaciones sociales, estarían dados por el hecho que el secreto profesional se encuentra en la base de esas relaciones. Así, se puede enunciar que los principales fundamentos del secreto profesional son: proteger a las personas como medida indispensable a su seguridad y tranquilidad, garantizar a los abogados la libertad y tranquilidad para que puedan asesorar o patrocinar a sus clientes a conciencia y pleno conocimiento de la causa, amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas, entre otros.

Ahora, desde la perspectiva formal, tenemos una serie de disposiciones a partir de las cuales se pueden deducir que es necesario tutelar la inviolabilidad del secreto profesional. Así, en una primera mirada hay que observar las garantías constitucionales, particularmente el artículo 19 N° 3, que señala:

“La Constitución asegura a todas las personas:

La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”¹⁵.

Así, cabe señalar que la Constitución consagra el derecho a defensa y que esta no puede sufrir intromisión alguna, lo que ha sido catalogado como el reconocimiento de manera amplia del “derecho-deber del secreto profesional” y, en consecuencia, está establecido para resguardar los derechos fundamentales de los individuos.

Para la Corte Suprema, el derecho a una defensa técnica reconocido en la Constitución, consiste en que “cualquier persona pueda contar con una defensa técnica y también le asegura su conveniente ejercicio en el conflicto en orden a que desarrolle dicho profesional su defensa con la debida libertad para hacer valer sus pretensiones y excepciones, sin que para estos efectos se vea afectado por actos de otros que le impidan, restrinjan o perturben esa actividad cada defensor es libre de elegir la estrategia procesal que estime conducente a los fines correspondientes asistir a todas y cada una de las audiencias fijadas, ofrecer y rendir prueba e interrogar testigos”.

Asimismo, lo ya señalado tiene concordancia con el principio de inviolabilidad del defensor, el cual consiste en que el sistema legal y constitucional deber garantizar que el defensor técnico no se verá expuesto a presiones o sanciones por el hecho de asumir la defensa de personas o delitos determinados.

Todo lo anterior se refuerza con lo señalado por el Pacto de Derecho Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos son pactos de derechos humanos con rango Constitucional, de acuerdo a una de las interpretaciones el artículo 5 de la Constitución Política vigente. Lo que sí es claro, es que hay una obligación del Estado de respetar y garantizar la adecuada defensa jurídica y tomar todas las medidas necesarias para que ello se cumpla, tal

¹⁵ Chile. Constitución Política de la República de Chile. 1980.

como asegurar que el letrado no tenga intervenciones y puede ejercer libremente la estrategia de defensa.

Ya afirmado a nivel constitucional el fundamento de la consagración del secreto profesional, cabe enunciar las principales normas del ordenamiento chileno que tutelan ese derecho-deber.

Así, en el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, se establece el derecho los abogados de excusarse a declarar cuando son citados como testigos.

Para algunos autores, estas inhabilidades corresponden a incompatibilidades, por cuanto no es que el abogado sea inhábil para testificar en cualquier causa, sino que dado el cargo del abogado y los deberes que ello importa, no puede testificar respecto de aquellas confidencias realizadas por clientes o terceros en el ámbito de la relación profesional.

También se tutela el secreto profesional en el artículo 231 y 247 del Código Penal, que trata sobre el delito en el que incurre el abogado al infringir su obligación de guardar el secreto profesional.

Las normas referidas tienen el problema de carecer de un concepto legal de secreto profesional, que de contenido a este derecho-deber y que determine los titulares, obligados, alcance y otros aspectos que pudieran importar al momento de ejercer el secreto profesional. Por ello se debe recurrir a la Sección Primera del Código de Ética chileno vigente, particularmente en su Título IV: Deber de Confidencialidad, Párrafo 4 del Código de Ética.

En cuanto al ejercicio del secreto profesional, hay que considerar que el derecho-deber no significa que el abogado pueda hacer "libremente" lo que mejor le parezca, sino que se ve obligado a actuar de acuerdo a las obligaciones éticas que impone el ejercicio de la profesión.

Así, hay que entender que en el ejercicio profesional, el abogado se ve limitado en su actuación, pues esta debe ser de acuerdo a sus obligaciones éticas y de conformidad a la ley.

Capítulo III:

El Secreto Profesional en el Código de Ética

Chileno

Con el objetivo de elaborar una acabada investigación, de tal forma de conocer íntegramente la aplicación del secreto profesional en la función del notario público chileno, es preciso analizar la nueva regulación sobre deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado consagrada por el nuevo Código de Ética Profesional del Abogado, aprobado por acuerdo del Consejo General adoptado en su 5ª sesión ordinaria del año 2011, de 4 de abril, y cuya vigencia comenzó el 1º de agosto de 2011. Este acuerdo revocó y sustituyó el acuerdo del Consejo del 14 de mayo de 1984, por el cual se adoptó como regla para el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria en su calidad de Asociación Gremial al Código de Ética Profesional que había sido aprobado por el Colegio de Abogados el 28 de octubre de 1948 y que comenzó a regir el 1º de enero de 1949.

El Código de Ética Profesional del año 2011 introduce una regulación novedosa en materia de secreto profesional. Es también una regulación extensa. En lugar de los tres artículos que el Código de Ética Profesional del año 1948 destinaba a esta materia (arts. 10, 11 y 12), el Código de Ética de 2011 le dedica 15 disposiciones, ubicadas en cuatro apartados diversos.

La regulación del secreto profesional en el Código de Ética Profesional del año 2011 se ordena de la siguiente manera:

1. Principio General: Regulado en el “Título Preliminar: Principios y Reglas Generales”.

En el artículo 7 del Código de Ética Profesional, enuncia el deber de confidencialidad como principio general en el contexto del Título Preliminar: “*Artículo 7º. Confidencialidad y secreto profesional. 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*¹⁶.

Podemos observar que la disposición expuesta cumple tres funciones:

- 1) Enuncia la confidencialidad debida por el abogado a su cliente como un principio general del Código de Ética Profesional y se remite a las normas del Título IV de la Sección Primera para su regulación detallada.
- 2) Explicita la distinción conceptual entre el deber ético de confidencialidad y el derecho legal al secreto profesional, que constituye la principal innovación sistemática de la nueva regulación. Tal como la disposición lo expresa, la ética profesional impone al abogado un deber de confidencialidad para con su cliente y un deber de hacer valer el reconocimiento legal de su deber ético de confidencialidad como un derecho (en rigor, una exención) frente a eventuales deberes de declarar o informar. El ejercicio de este derecho legal no es facultativo para el abogado, pues la exención es consecuencia del reconocimiento legal de la preponderancia del deber de confidencialidad del abogado respecto de los deberes de declarar o informar en colisión.
- 3) Finalmente, el art. 7° consagra una regla fundamental de la nueva regulación en su tercera oración: *“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”*. Ésta es una definición amplísima del ámbito protegido por el deber de confidencialidad. Por lo tanto, siendo un campo de aplicación bastante extenso, toda información relativa al cliente se encuentra ahora bajo deber de confidencialidad.

Es claramente aplicable éste principio general al notario público chileno, dado que a éste la ley le concede el “poder de dar fe pública”, es decir, actúa como un custodio de la verdad que en el

¹⁶ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

ejercicio de su cargo debe dar garantía y seguridad a las relaciones jurídicas que pasan ante él, y por tanto, en su condición de garante, es evidente que lo obliga el secreto profesional.

2. El Deber de Confidencialidad: Regulado en “Título IV: Deber de confidencialidad. Párrafo 1: Deber de confidencialidad para con el cliente”. Comprende los arts. 46 a 49 (ambos inclusive).

“Artículo 46. Deberes que comprende el deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad comprende:

*a) **Prohibición de revelación.** El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia.*

*b) **Deberes de cuidado.** El abogado debe adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cautelen el carácter confidencial de esa información; y*

*c) **Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores.** El abogado debe adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él”¹⁷.*

El art. 46 desarrolla el contenido del deber de confidencialidad, precisando con mucho mayor detalle el viejo concepto de “guardar el secreto profesional”.

En primer lugar, en el artículo 46 están las prohibiciones (lo que es igual a los deberes de abstención) de revelar la información poseída y de hacer accesibles a terceros los soportes que la contienen y que se encuentran bajo su custodia. Aunque esta segunda prohibición tematiza explícitamente comportamientos activos, debe entenderse que la tolerancia del acceso por un tercero a esa información también viola la confidencialidad debida. Eso es consecuencia del deber de custodia de dichos soportes.

¹⁷ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

En segundo término, también podemos encontrar los deberes de cuidado relativos a las circunstancias en que se da el flujo de la información, ya sea hacia el abogado (“recibe, obtiene”) o desde el abogado (“revela”), o su mantención en soportes bajo custodia del abogado, de modo que no se divulgue a terceros por el hecho de su flujo o custodia. La “revelación” de información por el abogado en cuya ocasión se requiere observar un deber de cuidado no es, por supuesto, aquella revelación que infringe el art. 46. La regla no tiene por objeto ofrecer una medida de la gravedad de la indiscreción del abogado. Se trata de los casos de transmisión de la información bajo confidencialidad desde el abogado hacia otra persona que sea extraña.

Respecto a éste deber impuesto al abogado, se adelantará que tratándose del notario público, en el desempeño de su función notarial, para efectos de la aplicación del secreto profesional, se distinguirá entre lo protocolar, es decir, aquello que el notario conoce por estar asentado en el protocolo que contiene el acto y contrato (y que tiene el carácter de público), y lo extraprotocolar, esto es, aquello que el notario conoce por confidencia o por otras vías (lo cual tiene el carácter de secreto).

Finalmente, dicha disposición también comprende la responsabilidad del abogado por los hechos de terceros colaboradores suyos. Se trata de terceros que por su función son incorporados en el círculo de poseedores o custodios de la información confidencial, pero que por el hecho de no ser abogados no están sujetos a un deber ético de confidencialidad que compense normativamente el incremento de riesgo para el interés del cliente creado por su incorporación en ese círculo. No se trata, por lo tanto de personas extrañas que vencen las precauciones adoptadas por el abogado con ocasión de su custodia de los soportes o de los procedimientos de recepción, producción o transmisión de información. Esos casos están cubiertos por el art. 46 letra b).

En éste sentido, y aterrizando dicho deber al notario público, es menester señalar que el deber del secreto profesional se aplicará al estudio, despacho o dependientes del escribano, que se desempeñen en la Notaría, estando afectos a responsabilidad en caso de contravenir éste deber de secreto.

Cabe precisar que, las reglas del art. 46 letras b) y c), definen el deber del abogado como un imperativo de “*adoptar medidas razonables*”. Esa terminología tiene por finalidad hacer explícito que se trata de una obligación de medios y no de resultados.

“Artículo 47. Duración indefinida. El deber de confidencialidad no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo”¹⁸.

El art. 47 establece la regla relativa al secreto profesional, que se refiere a que éste “perdura en lo absoluto, aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios”. Debe observarse, no obstante, que existe una excepción a esta regla, regulada por el art. 63 del mismo cuerpo normativo, que permite revelar información de un cliente fallecido para impedir la condena de un inocente.

“Artículo 48. Deber de revelar información por abogado que desempeña una función pública. El abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregarla información de que dispone en razón de esa función no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado”¹⁹.

El artículo 48 es una regla curiosa, particularmente en cuanto a su ubicación en este párrafo. Su finalidad es explicitar que la información que un abogado conoce en el ejercicio de una función pública y que está sujeta a deberes de divulgación, ya sea por el principio general de transparencia o por obligaciones específicas de entrega a personas calificadas, no se transforma en información confidencial bajo la ética profesional por el mero hecho de detentar el funcionario la calidad profesional de abogado.

Ésta disposición del Código de Ética es la que tiene una mayor aplicación al Notario Público, debido que se refiere a un abogado que ejerce una función pública. Por lo tanto, se puede concluir, en éste punto, que el artículo 48 del Código de Ética, hace plenamente aplicable el secreto profesional al notario público chileno, en el ejercicio de su función notarial, la cual consiste en dar fe pública de los actos que ante él se presenten.

¹⁸ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

¹⁹ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

“Artículo 49. Prioridad del deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad para con un cliente prevalece sobre cualquier deber fiduciario para con otro cliente”²⁰.

El artículo 49 establece una regla de preponderancia absoluta para el deber de confidencialidad en caso de colisión de deberes para con distintos clientes.

3. La Revelación Consentida por el Cliente: Regulado en el “Título IV: Deber de confidencialidad. Párrafo 2: Revelación consentida por el cliente”. Comprende arts. 50 a 52 (ambos inclusive).

“Artículo 50. Consentimiento del cliente. No falta a su deber el abogado que revela información sujeta a confidencialidad con el consentimiento expreso o presunto de su cliente”²¹.

El art. 50 establece el principio de que el consentimiento del cliente libera al abogado del deber de confidencialidad y distingue sus formas expresa y presunta.

La procedencia del consentimiento expreso como causa de cancelación del deber de confidencialidad es obvia cuando se considera que el deber de confidencialidad es un deber fiduciario, es decir, que su fundamento se encuentra en el interés del cliente. El principio que gobierna en éste caso se encuentra expresado en el artículo 3 del Código de Ética, que ordena al abogado respetar la autonomía del cliente.

El consentimiento presunto del cliente, en cambio sólo se contempla en una situación además de la revelación de información confidencial, cual es, la intervención ante medios de comunicación.

Los principios que gobiernan el consentimiento presunto son la lealtad al cliente y el respeto a su autonomía, también expresados en el artículo 3.

“Artículo 51. Consentimiento expreso. El consentimiento expreso debe ser prestado con la debida ilustración por parte del abogado que lo solicita. La autorización del cliente no obliga al abogado a revelar información sujeta a confidencialidad. El abogado informado por

²⁰ Ídem.

²¹ Ídem.

*terceros de haber sido relevado por su cliente debe cerciorarse, en forma previa a la revelación, de que esa liberación es efectiva. En cualquier momento el cliente puede revocar su consentimiento*²².

El art. 51 establece tres reglas para obtener el consentimiento expreso:

1. El consentimiento del cliente autoriza al abogado para revelar la información, pero no lo obliga a efectuarla.
2. El abogado informado de la existencia de un consentimiento expreso por parte del cliente, que no le consta, debe cerciorarse de ese hecho.
3. El consentimiento del cliente es esencialmente revocable.

*“Artículo 52. Consentimiento presunto. Se presume que el cliente consiente la revelación que es conveniente para la exitosa prestación de los servicios profesionales del abogado a ese cliente, a menos que éste haya dispuesto algo diferente. En caso de duda, el abogado debe confidencialidad*²³.

4. La Revelación No Consentida por el Cliente: Regulado en “Título IV: Deber de confidencialidad. Párrafo 3: Revelación no consentida por el cliente”. Comprende arts. 53 a 59 (ambos inclusive).

*“Artículo 53. Deber de revelar. El abogado debe revelar la información sujeta a confidencialidad para evitar la comisión o consumación de un crimen*²⁴.

El art. 53 establece el único caso de revelación imperativa para el abogado: la que tiene por finalidad evitar la comisión o consumación de un crimen.

“Artículo 54. Facultad de revelar. El abogado puede revelar información sujeta a confidencialidad:

a) para evitar un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas;

²² Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

²³ Ídem.

²⁴ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

- b) *para evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva;*
- c) *para obtener consejo ético profesional, siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad;*
- d) *para defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio profesional prestado al cliente; o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente;*
- e) *para cobrar los honorarios que le son debidos;*
- f) *para cumplir con un deber legal de informar o declarar, en los términos del párrafo 4 de este título; o*
- g) *en otro caso expresamente autorizado por las reglas de la ética profesional*²⁵.

El art. 54 establece las situaciones en las cuales se faculta al abogado para revelar la información confidencial, sin obligarlo a ello.

*“Artículo 55. Necesidad. Los artículos precedentes sólo autorizan al abogado a efectuar la revelación que sea necesaria para el logro del fin que la justifica, a condición, además, de que el abogado no disponga de otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente. Esta exigencia es particularmente estricta cuando se trata de la revelación que se efectúa para cobrar honorarios*²⁶.

*“Artículo 56. Proporcionalidad. Si el hecho que el abogado intenta impedir o la imputación de la que se defiende no son atribuibles al cliente, el abogado sólo se encuentra autorizado a revelar información sujeta a confidencialidad cuando el mal que con ello evita es sustancialmente mayor que el que causa. Esta exigencia es siempre aplicable a la revelación efectuada para cobrar honorarios*²⁷”.

²⁵ Ídem.

²⁶ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

²⁷ Ídem.

Los arts. 55 y 56 establecen dos requisitos de racionalidad prospectiva que sujetan el cumplimiento del imperativo de revelación del art. 53 y el ejercicio de las autorizaciones de revelación del art. 54 al principio de proporcionalidad. Ambas reglas proceden de las causas de justificación del Código Penal (art. 10 N° 4 circunstancia segunda y N°7).

“Artículo 57. Consideración debida a la defensa en juicio penal. Si la revelación ordenada o autorizada por los artículos 53 y 54, letras a) y b), puede perjudicar la defensa del cliente en cualquier etapa de un procedimiento penal, el abogado debe adoptar previamente medidas razonables encaminadas a evitar ese perjuicio. El abogado que no dispone de medidas para evitar ese perjuicio no está obligado a hacer revelaciones. Si la defensa penal del cliente está a cargo de otro abogado, la revelación puede ser efectuada a este último”²⁸.

El art. 57 se pone en el caso de que la revelación imperativa o facultativamente justificada como medio para evitar la comisión o consumación de crímenes o simples delitos legalmente sancionados con pena aflictiva pueda perjudicar la defensa penal del cliente.

“Artículo 58. Advertencia al cliente. No falta a la ética profesional el abogado que advierte a su cliente que revelará información para lograr mediante esa advertencia alguno de los fines previstos en los artículos 53 y 54, a condición que la advertencia persiga el mismo fin que justificaría la revelación”²⁹.

El art. 58 admite la coacción al cliente bajo amenaza de revelación de su información confidencial como un medio legítimo y menos lesivo para el cliente que la revelación, siempre y cuando la condición impuesta bajo amenaza corresponda al mismo fin que justificaría la revelación.

“Artículo 59. Divulgación en interés general o profesional. No falta a la ética profesional el abogado que expone un caso en que haya intervenido, si con ello favorece el desarrollo de la cultura jurídica o la formación profesional, siempre que adopte las medidas que eviten la identificación del cliente y del caso concreto”³⁰.

²⁸ Ídem.

²⁹ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

³⁰ Ídem.

El art. 59 cierra el Párrafo 3 del Título IV estableciendo una autorización de divulgación de información confidencial en interés colectivo.

5. El Secreto Profesional: Regulado en “Título IV: Deber de confidencialidad. Párrafo 4:El Secreto Profesional”. Comprende arts. 60 a 64 (ambos inclusive).

“Artículo 60. Deber de cautelar el secreto profesional. Si un abogado es requerido por la ley o la autoridad competente para informar o declarar sobre una materia sujeta a confidencialidad, el abogado debe procurar que le sea reconocido el derecho al secreto profesional.

En observancia de este deber, el abogado actuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Interpretación de la ley favorable a la confidencialidad. *El abogado debe interpretar las disposiciones constitucionales y legales que lo eximen del deber de informar o declarar del modo que mejor garantice el cumplimiento de su deber de confidencialidad.*

b) Prerrogativa de calificación. *El abogado debe limitarse a expresar que los hechos están amparados por el secreto profesional y abstenerse de fundamentar esa calificación si esa justificación pudiere comprometer ese secreto.*

c) Deber de impugnar. *En general, el abogado debe realizar las actuaciones razonables dirigidas a impugnar las decisiones de la autoridad que le ordenan declarar sobre materias que son objeto de secreto profesional³¹.*

El art. 60 establece en su primer inciso el deber ético de invocar el secreto profesional cuando se es compelido a informar o declarar, a fin de preservar la confidencialidad éticamente debida al cliente. Luego, el inciso segundo establece tres deberes que se entienden como consecuencia del deber anterior.

“Artículo 61. Obligación de cerciorarse de la relevación del derecho al secreto profesional. El abogado que ha sido informado por terceros de que ha sido relevado por su cliente del secreto profesional debe comprobarlo personalmente, en observancia del artículo 51. Si fuere necesario, el

³¹ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

abogado debe solicitar a la autoridad que realice las actuaciones que le permitan comunicarse con el cliente. El abogado que no ha podido cerciorarse se encuentra bajo secreto profesional”³².

“Artículo 62. Licitud ética de la negativa a declarar. No falta a la ética profesional el abogado que se niega a declarar o a informar sobre materias sujetas a confidencialidad con fundamento en su derecho al secreto profesional”³³.

El art. 62 consagra una regla de desobediencia ética al deber de informar o declarar.

“Artículo 63. Autorización ética para declarar. Citado a declarar como testigo, el abogado está facultado para revelar información sujeta a confidencialidad, sin cumplir con los resguardos referidos en el artículo 60, en los siguientes casos:

a) si tiene razones fundadas para considerar que el servicio profesional por él prestado fue utilizado por el cliente para realizar un hecho que se le imputa a ese cliente como crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; o

b) si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito”³⁴.

La norma anterior establece dos autorizaciones para declarar en juicio, adopta una decisión acerca del alcance de la institución del secreto profesional.

“Artículo 64. Extensión del derecho al secreto profesional a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial. Las reglas de este párrafo se extienden en iguales términos a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar, entregar o exhibir documentos u otros soportes físicos, electrónicos o de cualquiera naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad. La regla se extiende a la información producida por el abogado con carácter confidencial, sea que se encuentre en su poder o en el de su cliente”³⁵.

³² Ídem.

³³ Ídem.

³⁴ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

³⁵ Ídem.

El art. 64 consagra dos normas. En su primera oración, la disposición recoge la doctrina del producto del trabajo del abogado como información cubierta por la confidencialidad, respecto de la cual se tiene el deber ético de invocar el secreto profesional. En su segunda oración, la disposición extiende la consideración anterior al producto del trabajo del abogado que se encuentra en poder del cliente.

6. Confidencialidad entre los abogados de la contraparte: Regulado en “Sección Cuarta Deberes En La Relación Profesional Entre Abogados Y Con Terceros. Título I: Relación entre abogados cuyos deberes fiduciarios se vinculan con clientes distintos”. Comprende arts. 110 y 111.

“Artículo 110. Consentimiento en mantener una información como confidencial. El abogado debe confidencialidad al abogado de la otra parte si se ha obligado expresamente a respetarla. Con todo, no podrán hacerse valer en juicio, aun a falta de pacto expreso, los documentos y demás antecedentes que se hayan obtenido del abogado de la contraparte en el curso de la negociación de avenimientos, conciliaciones y transacciones frustradas, a menos que la conducta procesal de la otra parte justifique inobservar ese deber recíproco”³⁶.

El art. 110 establece el principio general sobre deber de confidencialidad entre abogados de contrapartes: sólo debe confidencialidad el abogado que expresamente consiente en ello.

“Artículo 111. Facultad para compartir la información con el cliente. El abogado que recibe información bajo confidencialidad del abogado de otra parte está autorizado para compartir esa información sólo con el cliente en cuya consideración esa información le fue revelada”³⁷.

El art. 111 establece una limitación al deber de confidencialidad para con el abogado de la contraparte.

Analizadas cada una de las normas presentadas, es preciso destacar que éstas disposiciones son plenamente aplicables al notario público en el ejercicio de su función pública notarial, debido a que, ante todo, éste funcionario público es un abogado; además, según el artículo 48 del Código de

³⁶ Chile. Código de Ética Profesional. 2011. Colegio de Abogados.

³⁷ Ídem.

Ética, el deber de secreto (particularmente el de confidencialidad), es también aplicable al abogado que desempeña una función pública.

Además, en éste sentido es preciso destacar (lo que se verá más adelante con mayor detalle), que el Notario Público no sólo actuará, en el desempeño de sus funciones propias, como un oficial público con el poder de dar fe pública de los actos y contratos que se presenten ante él, sino que también, en ciertos casos, éste actuará como un depositario de secretos.

CAPÍTULO IV:

El Notario Público Chileno. Regulación y aspectos generales.

Para una mejor comprensión, es menester destacar dos cuerpos legales que han sido fundamentales y de gran importancia para entender la regulación actual de la figura del Notario Público Chileno.

La primera es la Ley 18.181, que modifica el Código Orgánico de Tribunales, el de Procedimiento Civil y Tributario, de fecha 26 de Noviembre de 1982, que entró en vigencia el 1 de Enero de 1983. Éste cuerpo normativo constituye, un importante avance en la legislación chilena notarial, ya que en muchos aspectos adecúa el sistema notarial a prácticas más modernas que permite una agilización en la atención de los asuntos que se realizan en las notarías del país.

El segundo cuerpo legal es la Ley 19.390, de 30 de Mayo de 1995, que modifica el Código Orgánico de Tribunales, estableciendo lo que se llama la “Carrera Funcionaria”, y que trae varias normas relativas precisamente a la formación de ternas y nombramiento. También ésta ley trae

otras materias relativas a calificación funcionaria, límite de edad, para desempeñar el cargo, régimen de fiscalización de los oficios, etc.

Actualmente, nuestro Código Orgánico de Tribunales trata la regulación de los Notarios en forma extensa en el párrafo 7 del Título XI sobre los Auxiliares de la Administración de Justicia. Particularmente, en los artículos 265 y 269 del mismo código.

El artículo 265 ubica a los Notarios dentro del Escalafón Secundario del Poder Judicial, en tanto que el artículo 269 señala que, junto a los Conservadores y Archiveros, están incluidos en la segunda serie del referido Escalafón.

El artículo 269 (modificado por la ley 19.390), señala que cada una de las Series en que se divide el Escalafón Secundario tendrá tres categorías.

La **primera categoría** corresponderá a los funcionarios de las cinco series que desempeñen sus cargos en una comuna o agrupación de comunas que sirva de asiento a una Corte de Apelaciones, o en el territorio jurisdiccional de juzgados considerados en la categoría de asiento de Corte de Apelaciones.

En la **segunda categoría** figurarán los funcionarios de las cinco series que desempeñen sus cargos en el territorio jurisdiccional de juzgados de capitales de provincia.

En la **tercera categoría** figurarán los funcionarios de las cinco series que sirvan sus cargos en el territorio jurisdiccional de juzgados o agrupación de comunas.

Concepto de Notario

Los Notarios son Ministros de Fe Pública encargados, como dice el artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales, de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.

De ésta forma, el Notario ejerce por delegación del Estado, el poder fideidante dando de esta forma la seguridad jurídica que necesitan los negocios para su buen y normal desenvolvimiento.

Es preciso señalar que la anterior definición contiene varios errores. Así, por ejemplo, el notario no guarda en su archivo la totalidad de los instrumentos que ante ellos se otorgan, como parece desprenderse del texto indicado, sino solamente algunos de ellos. En los oficios notariales sólo se guardan las escrituras públicas y los documentos que se protocolizan y contenidos en los protocolos o libros que deben formarse de acuerdo a la norma del artículo 429. No se guarda ninguno de los demás instrumentos de tipo “privados” que se otorgan ante ellos. Idéntica situación se presenta respecto de los testamentos cerrados.

Por otra parte, la norma legal citada al no mencionarlo expresamente, pudiera dar a entender que la guarda de los documentos es en forma eterna. Tampoco es así, ya que de acuerdo a lo que dispone el artículo 433 del Código Orgánico de Tribunales, el Notario debe entregar al Archivero Judicial correspondiente, los protocolos a su cargo, que tengan más de un año desde la fecha de cierre y los índices de escrituras públicas que tengan más de diez años.

Otra observación que merece la disposición legal es que la expresión “dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren” debe ser interpretada en sentido amplio. Vale decir que debe entenderse por “interesado” a aquel que por cualquier motivo requiere de la copia que pide y no sólo a las partes mismas del respectivo documento. Esto únicamente respecto de los instrumentos públicos. Así fluye de los números 8 y 9 del artículo 401 del mismo Código Orgánico de Tribunales.

Según don Ignacio Vidal Domínguez, en su libro Derecho Notarial Chileno, sería más apropiada la siguiente definición de notario: “*Un profesional del derecho revestido por la autoridad de la facultad de dar fe, autenticando las relaciones jurídicas interpersonas dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia*”³⁸.

El Notario desempeña sus funciones en una Notaría Pública, por ende, debemos determinar ¿qué es una Notaría Pública? Cabe decir que no existe una definición al respecto entregada por la ley.

Por tal debemos entender el Oficio Notarial, es decir, la oficina en la cual ejerce su ministerio un oficial público, Auxiliar de la Administración de Justicia, que recibe el título de Notario, y en la cual,

³⁸ VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio. "El Secreto Profesional en la Función Notarial". Derecho Notarial Chileno. 2da Edición. Chile: Editorial Fallos del Mes Ltda., 1997. Páginas 330 – 331.

además, prestan sus servicios y como dependientes directos de él los funcionarios que el respectivo Notario estime preciso para el pronto y expedito ejercicio de sus funciones y el buen régimen del oficio.

En cuanto a los lugares en que debe existir un oficio notarial, el artículo 400 del Código Orgánico de Tribunales establece en su inciso primero que: *“En cada comuna o agrupación de comunas que constituya territorio jurisdiccional de jueces de letras, habrá a lo menos un notario”*³⁹.

El Nombramiento de los Notarios se realiza por concurso, según el artículo 279 del Código Orgánico de Tribunales, que se abre una vez producida la vacancia de algún cargo ya creado, o establecida la creación de un nuevo oficio notarial por decreto del Poder Ejecutivo. Éste concurso es abierto por la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, y debe hacerlo por un término no inferior a 10 días. El plazo referido se cuenta a partir de la fecha de publicación del aviso de la apertura del concurso en el Diario Oficial, y que debe encargarse el Secretario de la respectiva Corte de Apelaciones. Cada postulante mediante un escrito en que se manifestará por escrito el interés por el cargo.

La presentación puede hacerse también mediante el envío de telegrama. El fax no es un documento idóneo.

Cerrado el concurso el tribunal deberá formar una terna de entre los postulantes con requisitos y contando con la asistencia de la mayoría absoluta de los miembros de que se componga el tribunal.

Las ternas se formarán conforme a lo que dispone el actual texto del artículo 287 del Código Orgánico de Tribunales, que en forma detallada analiza cada situación según el cargo que se trata de proveer. Ejecutoriada la terna, ésta es remitida al Ministerio de Justicia con todos los antecedentes que se tuvieron presentes al momento de confeccionarlas, conjuntamente con el expediente del respectivo concurso, debiendo indicarse el número de votos obtenidos por los

³⁹ Chile. Código Orgánico de Tribunales. 1943.

opponentes en cada una de las votaciones que hayan debido efectuar. Así lo dispone el artículo 291.

Cabe destacar que a los Notarios, en su calidad de tal, son afectados por impedimentos de parentesco (artículo 260 del Código Orgánico de Tribunales), e incompatibilidades (artículo 470 del Código Orgánico de Tribunales).

Asimismo, las infracciones que puedan cometer, y las sanciones, en caso de efectivamente hacerlo, se encuentran establecidas por la ley, particularmente en el Código Orgánico de Tribunales.

Además, al igual que el resto de los oficiales públicos, están sujetos a una calificación anual que desarrolla el Poder Judicial.

Características de la Función Notarial

La característica principal del cargo del Notario es que posee la facultad de dar fe, gracias a la investidura que le fue entregada por la autoridad. A ello se le debe agregar la calidad de profesional letrado que le da el título de Abogado. Lo cual lo hace idóneo para intervenir en la gestación y desarrollo de los negocios jurídicos asegurando una contratación apta para generar derechos y obligaciones.

Otra característica que necesita la función notarial es la de la Independencia para ejercerla. Esto es, que en la emisión de sus juicios, los que siempre son trascendentes, no puede estar sujeto a vínculo o grado de dependencia alguna.

Es preciso destacar en éste punto, que en ninguna forma el hecho de estar jerárquicamente subordinado al órgano jurisdiccional significa limitación a la independencia de actuación. La subordinación se orienta más bien a cuestiones administrativas y fiscalizadoras cuya meta es más que “dirigir” al Notario, la de asegurar a la comunidad la correcta forma de otorgar la fe pública. La subordinación, así, se manifiesta en un control o fiscalización de la forma como se llevan los protocolos y se cumple en general con las obligaciones que las leyes imponen al oficial público.

La independencia de la actuación tiene de esta forma su justa contrapartida en el alto grado de responsabilidad que afecta a estos funcionarios y que en nuestro ordenamiento legal se encuentran fundamentalmente contenidas en los artículos 440 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

La responsabilidad del Notario comprende fundamentalmente los campos civil, penal, administrativo y tributario. Son muchísimas y muy variadas las obligaciones que tiene el notario, y cada una de ellas está acompañada con sanciones de todo tipo en caso de no cumplirlas.

Otra de las características de la función notarial es la de su inexcusabilidad. La obligatoriedad de la prestación de la función notarial consiste en el deber de todo Notario de actuar en aquellos asuntos para los que fuere llamado y de los cuales no pueda eximirse sin justa causa o por razones de competencia.

Entre las disposiciones que merecen citarse como fundamento de la existencia en nuestra legislación de este principio figuran la del art. 475 y 478 del Código Orgánico de Tribunales.

La primera norma citada establece en su inciso cuarto, respecto de los notarios: *“Los notarios, los conservadores y los archiveros deberán mantener abierta su oficina al público en las horas que señalen las leyes y los reglamentos respectivos”*⁴⁰.

Por su parte, el artículo 478 establece en su inciso primero: *“Ningún notario, conservador, archivero, secretario, administrador de tribunal, procurador o receptor podrá ausentarse del lugar de su residencia ni dejar de asistir diariamente a su oficina sin permiso del Presidente de la Corte si ejerciere sus funciones en el lugar de asiento de este tribunal, o del juez de letras respectivo o de turno, en los demás casos”*.⁴¹

Otra característica del Notario es que es necesario que éste sea abogado, ya que de acuerdo a lo que dispone el artículo 463 del Código Orgánico de Tribunales para ser Notario se requieren las mismas condiciones que para ser juez de letras de comuna o agrupación de comunas. Estos

⁴⁰ Chile. Código Orgánico de Tribunales. 1943.

⁴¹ Ídem.

requisitos los entrega el art. 252 que, entre otros, exige el título de Abogado y el ejercicio de la profesión por al menos dos años.

La razón de ello es evidente, pues el Notario a través del ejercicio de su cargo no sólo autentica firmas en documentos privados, ni se limita a ser un mero escribiente de las minutas de contratos que redactan los abogados de ejercicio libre. Su misión es superior pues debe tender en **primer lugar** a la creación de actos y contratos jurídicamente sanos, aptos para hacer nacer derechos y obligaciones. Sólo el conocimiento profundo y adecuado del Derecho en general y de la ley positiva en particular le posibilitará ser un garante en este sentido para quienes concurren a su oficio.

Sin embargo, al oficio notarial no sólo concurren diariamente quienes van a celebrar un acto o contrato, sino que muchos lo hacen buscando el consejo y la guía profesional adecuada a sus necesidades. El Notario, de esta forma, y en **segundo lugar**, se transforma en un consejero idóneo y, por sobre todo, imparcial.

Además, una de las principales actividades que desarrolla el Notario es recibir las manifestaciones de voluntad de las partes en orden a crear entre ellas vínculos jurídicos que produzcan efectos válidos. Normalmente los interesados saben qué es lo que quieren, pero ignoran el cómo hacerlo. O si aún pueden saberlo, siempre ignorarán la forma de obligarse legalmente. Es decir, cual es el marco jurídico en el que deben moverse y la estructura apropiada que deben dar al negocio que piensan.

Por consiguiente, para que las partes conozcan los efectos de lo convenido, es indispensable que reciban una información imparcial y verídica por el redactor del instrumento. El redactor debe, por consiguiente, ser versado en Derecho.

El Notario, cual artífice, toma la idea de los futuros contratantes, le da forma y estructura legal y les presenta un documento que habrá de servir a la finalidad requerida.

Es necesario señalar en éste sentido, que dada la importancia que tiene para una contratación sana la imparcialidad del redactor está claro que quien está más próximo a ella es el Notario. El Notario, por ello mismo, no debe ni puede limitarse a ser un mero coprador de minutas, sino que

debe asumir un papel activo en la contratación prestando a las partes, imparcialmente, una asesoría importante cuando le es requerida dada la experiencia adquirida a través de los años. Ilustrará a las partes sobre aquellos efectos del contrato que no puedan eludir, sobre la real dimensión de las obligaciones que cada uno asume, de las responsabilidades tributarias a que pueden verse afectos, de si el contrato tal cual lo quieren es el realmente aconsejado a sus necesidades. Lo anterior en manera alguna pretende excluir la labor del profesional abogado pues es su principal misión debe ser la de entregar a su cliente toda la información adecuada al fin que éste persigue. El notario actuará cuando aquélla información no se entregue.

Funciones del Notario

Están contenidas principalmente en el artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, un número importante de leyes le entregan otras funciones determinadas.

De acuerdo al Código Orgánico de Tribunales son funciones del Notario:

- 1. Extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dieren las partes otorgantes;**
- 2. Levantar inventarios solemnes;**
- 3. Efectuar protestos de letras de cambio y demás documentos mercantiles;**
- 4. Notificar los traspasos de acciones y constituciones y notificaciones de prenda que se les solicitaren;**
- 5. Asistir a las juntas generales de accionistas de sociedades anónimas, para los efectos que la ley o reglamento de ellas lo exigieren;**
- 6. En general, dar fe de los hechos para que fueren requeridos y que no estuvieren encomendados a otros funcionarios;**
- 7. Guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen;**

8. Otorgar certificados o testimonios de los actos celebrados ante ellos o protocolizados en sus registros; el examen de los instrumentos públicos que ante ellos se otorguen y documentos que protocolicen;

10. Autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad les conste;

11. Las demás que les encomienden las leyes.

Entre otras leyes, por su importancia, podemos citar la Ley General de Votaciones Populares, Ley 18.700, que entrega a los Notarios y Conservadores una labor fundamental en lo que dice relación con los actos de preparación de una justa político electoral, así como de participación en las Juntas Electorales, y el en desarrollo mismo de la votación en los propios recintos de sufragio.

Entre otras leyes que le encargan funciones especiales, se puede citar la Ley sobre Organizaciones Comunitarias, Ley 18.893, Como novedad y por apartarse de lo que ha sido tradicional como actuación de los Notarios, se puede citar la norma de la letra e) del artículo 3 de la ley 19.325, en cuanto señala que la primera notificación en los procesos por violencia intrafamiliar puede hacerla un Notario, etc.

CAPÍTULO V:

Principio de la Fe Pública Registral

La Fe Pública, es por naturaleza y definición, una función absolutamente pública y reservada sólo al Estado. Dentro de la actividad estatal, el ejercicio de la fe pública ha sido reservada, en forma primordial a la actividad judicial. Y de aquí en forma más precisa, a la actividad notarial.

Siendo la Fe Pública una función con netas características públicas son varios los órganos del Estado los que pueden estar encargados por la ley de su dación, custodia y garantía.

Sin embargo, hay un funcionario que destaca por sobre todos con mayor nitidez, y a quien, por tradición se le considera como el más fiel exponente de ella: el Notario. No es posible concebir la idea del Notario, Escribano o como quiera llamársele, sin que ella esté asociada a la fe pública.

En éste sentido, don Eduardo Couture dice que “el concepto que se tenga de fe pública es el concepto que se tenga de Derecho Notarial”.

El hombre en general se mueve dentro de la idea que la Fe involucra conceptos de seguridad y de convicción acerca de la existencia o veracidad de ciertas cosas o situaciones sobre las cuales el individuo en forma particular y a través de sus sentidos no ha podido percibir, pero de lo cual si tiene una necesidad de creer, que algo es o existe, y aceptarlo sin mayor cuestionamiento.

La Fe, así, supone necesariamente el tener que asumir como verdadero, real o cierto, algo respecto de lo cual nuestros sentidos no nos han entregado el mensaje que nos indica que han comprobado su realidad.

En el campo de las relaciones humanas del Estado, como supremo regulador de la juricidad, le interesa que el hombre de igual modo deba asumir como ciertos determinados hechos o circunstancias cuando ellos le son manifestados por otro que reúne ciertas condiciones especiales.

La convivencia social y la estabilidad en las relaciones de orden jurídico así lo exigen.

En éste orden de ideas es apropiado el concepto que entrega Couture de la fe pública cuando señala que es “la creencia que da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública”:

Este tipo de Fe puede ser pública o privada, según el agente que la emita, el ámbito en que se desenvuelva y el efecto que se le reconozca. La Fe Pública, a su vez, admite otra división.

La fe privada sólo tiene aplicación dentro de un ámbito restringido de personas como puede serlo la familia. Su valor siempre será relativo y nunca obligará más allá de lo que cada uno estime. El grado de aceptación que tenga dependerá además de la confiabilidad que al receptor le merezca el agente emisor.

La fe pública, en cambio, está destinada en su aplicación a todo un conglomerado. Por ello es la más importante, ya que su trascendencia en el ámbito de las relaciones humanas, y su finalidad inmediata, es producir erga omnes una confianza, una creencia, una seguridad y convicción de que lo afirmado por el agente adecuado es efectivo, ocurrió. Ese es su objetivo.

Según algunos autores, el hombre siempre necesita creer en personas o cosas, pero mientras esta creencia no se fundamenta en la intervención de la autoridad es simplemente “fe privada”, en tanto que, en cuanto la autoridad interviene se transforma en “fe pública”, que no nace de la confianza en la buena fe ajena, sino que de una prescripción de la autoridad que la impone.

De lo expuesto podemos deducir que para que la fe pública pueda tener lugar y producir los efectos que se han querido a su respecto deban reunirse en forma copulativa varios requisitos o condiciones.

Así, en primer lugar es necesaria la intervención del Estado como rector en materia de juricidad, y porque además, la fe pública no puede entregarse a la esfera privada.

El Estado interviene en primer término para crear las condiciones que permitan establecer quién debe otorgar la fe pública. Luego para señalar cuáles son las condiciones que deben reunirse para que el dicho del fideidante sea tenido por cierto. Y más tarde, para establecer la suficiente garantía de que cumpliéndose todas las condiciones prescritas el hecho afirmado por el ente que en esto representa su autoridad será tenido por cierto por todos, sin que a su respecto no pueda existir más impugnación que el juicio de falsedad. Junto a ello, también debe el Estado establecer sanciones graves para aquellos que abusando del poder fideidante que tienen incurran en falsedades. La jerarquía e importancia del cargo deben tener como contrapeso una mayor responsabilidad funcionaria.

Pero el Estado sólo otorga dicha garantía para aquellos actos que a él interesa tener como ciertos, ya que de esa forma asegura que entre los habitantes exista una convivencia normal y adecuada a las necesidades de una relación óptima, lo cual es también una finalidad propia. Y por ello siempre indica que el funcionario responsable de dar fe pública sólo puede actuar como tal respecto de determinadas cuestiones.

Esto no es tan fácil advertirlo en la función notarial, cuyo ámbito de acción es amplio y variado, pero siempre restringido a “*las demás (funciones) que les encomienden las leyes*”, como señala el número 11 del artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales.

Ello nos indica que la fe pública requiere siempre de la intervención de la autoridad pública que garantice la veracidad de ciertas atestaciones o la genuinidad de ciertos objetos, o que impone la creencia de ellos.

La intervención del Estado hace necesario establecer que la organización que éste propicia para conseguir sus fines a través de los poderes clásicos, requiere, para cada uno, una fe pública particular que responda a las necesidades propias. Así, entonces según cual sea el órgano del Estado que emite el respectivo pronunciamiento habrá de hablarse de Fe Pública Ejecutiva, Fe Pública Legislativa, y Fe Pública Judicial, (y además, de la Extrajudicial o Notarial, según algunos).

El fundamento de la fe pública judicial y extrajudicial o notarial dice relación con que en el derecho debe tener una extremada necesidad de certeza; **primero** porque es una norma práctica, es decir, norma de acción y para actuar es necesario superar todas las dudas; **segundo**, porque es norma de vida social, y cuantos más sujetos concurren a un fin, es necesario que cada uno sepa con exactitud su propia función; **tercero**, porque es una norma bilateral, de aquí que se esté siempre en el peligro de ver a una de las partes prolongar sus pretensiones al infinito.

Es deber del Estado cuidar y garantizar los derechos de sus habitantes, pero solamente respecto de aquellos derechos cuya existencia le conste sin posible duda.

La Fe Pública, mirada bajo este punto de vista, y por el aval estatal, se presenta como una verdad oficial necesaria para la adecuada convivencia y establecimiento y defensa de los derechos que a cada uno asisten.

Según lo expuesto anteriormente, podemos decir que el Ministro de Fe Pública por excelencia es el Notario.

Ésta es una afirmación que tiene su fundamento en la ley, ya que nuestro Código Orgánico de Tribunales en su artículo 399, al entregar la definición de Notario, dice que “*son ministros de fe*

*pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende*⁴².

De esta forma, el Notario es el Ministro de Fe Pública por excelencia, porque la ley le ha conferido el “poder de dar fe”.

Ignacio Vidal Domínguez, en su obra Derecho Notarial Chileno⁴³, cita a Díaz Sanhueza, según el cual ésta facultad del Notario tiene como fundamento los siguientes principios:

1. Emanada directa e inmediatamente de la ley. Esta es la única fuente y origen de su calidad.
2. Históricamente es un sucedáneo de la autoridad y deviene de cuando el notario, frente a reyes, señores y jueces analfabetos autentificaba los actos.
3. El Notario es un oficial público que actúa como delegado del Poder Público.
4. Obedece a una necesidad social.
5. Es una emanación del Estado, delegada por éste a determinados funcionarios. Es una consecuencia del ejercicio de la soberanía.
6. Tiene antecedentes remotos: los escribas de los hebreos, los argentarios de los griegos, y los tabeliones de los romanos.
7. En el caso de los Notarios, la facultad de otorgar fe reside en forma constante, no así en otros funcionarios que también por ley pueden darla, en los cuales es esporádica y accidental.
8. Es necesaria para el desarrollo del derecho en su normalidad.
9. Asegura la norma convivencia entre los hombres al permitirse a través de la fe pública la defensa legítima de sus derechos.
10. Tiene carácter preventivo, pues asegura una prueba preconstituida.

La certeza y valoración que se da a los instrumentos notariales es tal, que incluso, llegan a tener un respeto mayor que el que se da a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros

⁴² Chile. Código Orgánico de Tribunales. 1943.

⁴³ VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio. "El Secreto Profesional en la Función Notarial". Derecho Notarial Chileno. 2da Edición. Chile: Editorial Fallos del Mes Ltda., 1997. Páginas 19 – 20.

cuando han de surtir efecto en nuestro país. Así, un documento público notarial para surtir efecto en otro país sólo necesita de la legalización correspondiente ante las autoridades administrativas de cada estado, en cambio, una sentencia dictada por un tribunal extranjero requiere del “**exequátur**”.

Sin embargo, es necesario destacar que la fe pública no sólo cumple una función autenticadora de hechos, sino que además, tiene otras como la función legalizadora, la función de dirección o configuración de relaciones jurídicas, la función ejecutiva y la función preventiva.

La función **autenticadora**, consiste en la acción de garantizar, mediante un acto oficial, la certeza de un hecho convirtiendo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad.

La función **legalizadora** es aquella mediante la cual el fedatario verifica el enlace del acto con su significación, es decir, el contraste del acto con la norma del derecho aplicable.

La función ejecutiva es aquella en virtud de la cual el instrumento autenticado por Notario goza de la fuerza ejecutiva sin necesidad de otro reconocimiento.

La función **preventiva** es aquella que en el comercio jurídico tiene una doble finalidad, una primera inmediata, destinada a crear en torno del derecho una sensación de certidumbre; y una segunda mediata, derivada del hecho de que si llegara a producirse un conflicto acerca del derecho documentado, él será el decidido sobre la base de la verdad de los hechos, representados en el documento.

De todo lo expuesto y reflexionado anteriormente, podemos concluir que el objeto de la fe pública consiste en imponer a todos los individuos que viven en sociedad, a través del poder coercitivo del Estado, la veracidad de los hechos que interesan al Derecho, y evitar toda duda sobre el hecho afirmado, en términos tales que se va obviar todo entorpecimiento, y procurar principalmente en el campo del derecho una situación jurídica de seguridad de las relaciones jurídicas de todo orden en la vida.

Por ende, el fin de la fe pública es el de dar forma legal, constituir, dar vida, estructurar jurídicamente el negocio jurídico, y por consiguiente, tener por ciertos los hechos y actos jurídicos que se celebren, ya sea por los particulares, ya sea los de la administración de justicia.

CAPÍTULO VI:

La Aplicación del Secreto Profesional en la figura del Notario Público Chileno

Para las personas que se relacionan en forma lejana, e incluso para aquéllas que están medianamente cercanos al desempeño de la función notarial, resulta un poco extraño esto de hablar de la existencia del secreto profesional en la actividad del ministro de fe, ya que sólo se puede divisar que se trata de una actividad que es de público conocimiento.

Es más, la existencia de la institución del secreto profesional se hace difícil entenderla en aquello que quizás es lo más característico del actuar notarial: la escritura pública.

Ya sabemos que el notario es un funcionario público, instituido por el Estado para recibir, redactar en su caso, transcribir y autenticar conforme a normas de derecho, todos los actos voluntarios que engendran obligaciones y derechos. Es, en otros términos, el artífice por excelencia de instrumentos cuya vida pública, o de publicidad o de conocimiento por extraños, se inicia en su oficio y continúa a través de otros pasando de mano en mano en un interminable acabar.

De esta forma, si aplicamos las normas de procedimiento notarial y registral de nuestro país, y seguimos el curso habitual y normal de una escritura pública cualquiera, es posible establecer que ella queda, en primer término, plasmada en lo que se conoce como la “matriz”, debiendo en definitiva formar parte del libro Protocolo de los Instrumentos Públicos del respectivo oficio, (artículo 429 del Código Orgánico de Tribunales). Su publicidad queda expuesta en ese libro que

es de consulta abierta, (artículo 401 N° 7 Código Orgánico de Tribunales), y además en el Índice que también es de consulta pública, (artículo 431 del Código Orgánico de Tribunales).

Además, si por otra parte, el contrato requiere de su ingreso en oficinas como las de registro, (Conservadores de Bienes Raíces, Comercio, Minas, Registro Civil, etc.) e incluso en algunos casos será menester la publicación en el Diario Oficial de la República, su publicidad será aún más evidente. Y ello no sólo por lo que emana de cada asiento notarial o registral o del propio diario según corresponda, sino porque en cada una de estas instancias es revisado, estudiado, copiado, extractado, etc. por otras personas ajenas al otorgamiento, pasando de esta forma su contenido y el nombre de quienes participan en él a ser ya de divulgación amplia.

Todo este camino involucra que lo secreto que el documento emanado de notario pueda contener según sean los intereses de cada parte, pasa a ser conocido ya no de quienes intervinieron en cada etapa, sino ahora de quienes consulten los registros o el diario por razón de su cargo o simplemente por interés particular.

Por otro lado, como una muestra de lo público que pueden llegar a ser determinados actos desde su más puro inicio a la vida legal los autores de variados países citan como ejemplo el acto de otorgar un testamento, acto jurídico en que una de sus características esenciales es el de ser personalísimo, y que, sin embargo, cuenta además con la intervención de terceros extraños como lo son los testigos (artículo 1008 inciso quinto del Código Civil).

Además, debemos recordar que el Notario no sólo tendrá “el poder de dar fe”, sino que diariamente concurren personas, incluso los propios abogados, al oficio notarial buscando el consejo y la guía profesional adecuada a sus necesidades. El Notario, de esta forma, y en segundo término, se transforma en un consejero idóneo y, por sobre todo, imparcial. En ésta conversación o entrevista se debe necesariamente confiar al notario del porqué de sus aprensiones o dudas. Así le hacen sabedor y depositario de secretos que de no mediar la inquietud que los mueve no revelarían jamás. Obviamente ésta es la actividad menos conocida de los notarios, pero una gran demostración de que en lo notarial puede haber secretos que se confíen y que se reciban.

Pero el notario no solamente llega a conocer hechos o circunstancias por confidencia o en su calidad de depositario de secretos, sino que muchas veces el normal desarrollo de cualquier gestión le hace sabedor fortuitamente o no, de cuestiones que de no haber tenido él en la ocasión la calidad de ser el profesional a cargo de la atención de dicho asunto de seguro no habría conocido.

Aspectos Constitucionales y Legales del Secreto Profesional

Notarial

Existen razones o fundamentos que determinarán la gran importancia que impone la obligación del secreto profesional y la necesidad de darle tutela. Estas razones o fundamentos podemos clasificarlos en dos grandes tipos: fundamentos **materiales** y los fundamentos **formales**.

Los **fundamentos materiales**, que son principalmente la ética de las personas y las relaciones sociales, estarían dados por el hecho que el secreto profesional se encuentra en la base de relaciones de personas que deben aplicar éstos valores a su tratamiento con el resto de la sociedad. Así, se puede enunciar que los principales fundamentos del secreto profesional son: proteger a las personas como medida indispensable a su seguridad y tranquilidad, garantizar a los abogados la libertad y tranquilidad para que puedan asesorar o patrocinar a sus clientes a conciencia y pleno conocimiento de la causa, amparar los deberes morales en las actuaciones profesionales y en las relaciones humanas, entre otros.

Desde la perspectiva de los **fundamentos formales** del secreto profesional, existe una serie de disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico a partir de las cuales se pueden deducir que es necesario tutelar la inviolabilidad del secreto profesional. Aquí es dónde clasificaremos los aspectos formales constitucionales y los aspectos formales legales del secreto profesional en nuestra legislación.

Para identificar éste deber-derecho del secreto profesional dentro de las garantías constitucionales consagradas en la Constitución Política de la República de Chile de 1980, es menester abocarse

particularmente en el análisis del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. Ésta garantía asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 19 N° 3 de la Constitución Política establece que: “La *Constitución asegura a todas las personas: N° 3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”⁴⁴.

Dicho fragmento de la disposición constitucional, manifiesta claramente que la Constitución consagra el derecho a defensa, y relacionándolo directamente con el secreto profesional, ya que que ésta defensa comprende el derecho de que aquélla no puede sufrir intromisión alguna. Esto que ha sido catalogado como el reconocimiento de manera amplia del “derecho-deber del secreto profesional” y, en consecuencia, está establecido para resguardar los derechos fundamentales de los individuos.

Para la Corte Suprema, el derecho a una defensa técnica reconocido en la Constitución, consiste en que “cualquier persona pueda contar con una defensa técnica y también le asegura su conveniente ejercicio en el conflicto en orden a que desarrolle dicho profesional su defensa con la debida libertad para hacer valer sus pretensiones y excepciones, sin que para estos efectos se vea afectado por actos de otros que le impidan, restrinjan o perturben esa actividad cada defensor es libre de elegir la estrategia procesal que estime conducente a los fines correspondientes asistir a todas y cada una de las audiencias fijadas, ofrecer y rendir prueba e interrogar testigos”⁴⁵.

Asimismo, lo ya señalado tiene concordancia con el principio de inviolabilidad del defensor, el cual consiste en “que el sistema legal y constitucional deber garantizar que el defensor técnico no se

⁴⁴ Chile. Constitución Política de la República de Chile. 1980.

⁴⁵ MATUS, Jean Piere. Informe acerca de la eventual contradicción entre el derecho a la defensa y el art. 37 de la ley N° 20.000. Página 3.

verá expuesto a presiones o sanciones por el hecho de asumir la defensa de personas o delitos determinados”⁴⁶.

Todo lo anterior, se refuerza con lo señalado por el Pacto de Derecho Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos ratificados por Chile, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política Vigente.

Por consiguiente, es posible concluir en éste punto, que existe una consagración constitucional del secreto profesional en nuestro ordenamiento jurídico, y ésta viene aparejada de la obligación del Estado de respetar y garantizar la adecuada defensa jurídica y tomar todas las medidas necesarias para que ello se cumpla, tal como asegurar que el letrado no tenga intervenciones y puede ejercer libremente la estrategia de defensa.

Además, es evidente que otra garantía constitucional que se relaciona directamente con la obligación de guardar el secreto profesional, es la que establece el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República de Chile, que asegura a todas las personas: *“El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”*⁴⁷. Se relaciona ésta garantía con el secreto profesional, ya que las materias acerca de las cuales la ley establece ésta obligación de guardarlo, siempre dirá relación con información que pertenece a la vida privada de la persona que lo deposita en otra, o que no quiere que su conocimiento sea público, por consiguiente, su revelación, sin su consentimiento, sería una violación al derecho de privacidad, garantía que protege nuestra Carta Fundamental.

Afirmado a nivel constitucional el fundamento de la consagración del secreto profesional, cabe enunciar las principales normas del ordenamiento jurídico chileno que son una clara manifestación y que, además, tutelan ese derecho-deber (aunque no refiriéndose expresamente a él):

El artículo 360 del Código de Procedimiento Civil y 201 del Código de Procedimiento Penal, se establece el derecho los abogados de excusarse a declarar cuando son citados como testigos.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Chile. Constitución Política de la República de Chile. 1980

Para algunos autores, estas inhabilidades corresponden a incompatibilidades, por cuanto no es que el abogado sea inhábil para testificar en cualquier causa, sino que dado el cargo del abogado y los deberes que ello importa, no puede testificar respecto de aquellas confidencias realizadas por clientes o terceros en el ámbito de la relación profesional, de lo que se colige una clara tutela al secreto profesional.

También se tutela el secreto profesional en el artículo 231 y 247 del Código Penal, que trata sobre el delito en el que incurre el abogado al infringir su obligación de guardar el secreto profesional.

Las normas referidas tienen el problema de carecer de un concepto legal de secreto profesional, que de contenido a este derecho-deber y que determine los titulares, obligados, alcance y otros aspectos que pudieran importar al momento de ejercer el secreto profesional. Por ello es necesario recurrir a la reglamentación acabada que otorga nuestro Código de Ética del año 2011, en sus artículos 7, 42, 46 a 64, 110 y 111, desarrollados en el Capítulo II de ésta obra.

No obstante caber hacer presente que el grueso de la nueva regulación se concentra en los artículos 46 a 64 del Código de Ética Profesional del año 2011, que corresponden al Título IV de su primera sección, dedicada a la relación del abogado con su cliente.

El artículo 7 enuncia el deber de confidencialidad como principio general en el contexto del título preliminar.

El artículo 42 establece el deber de uso de la información del cliente en su interés, prohibiendo su aprovechamiento en beneficio del abogado o terceros, sin el consentimiento del cliente. A pesar de que se refiere al manejo de la información confidencial, es un deber fiduciario distinto de la confidencialidad. Por esa razón se lo ubica en el Título III de la primera sección, relativo a los deberes del abogado en la relación profesional.

Finalmente, los artículos 110 y 111 regulan la confidencialidad debida entre abogados de contrapartes.

Extensión del Secreto

La obligación del notario de guardar secreto respecto de aquellas confidencias recibidas o de lo asentado en los registros de que es custodio, envuelve dos aspectos: el puramente moral y el jurídico, es decir, se refiere tanto a las fuentes materiales como a las formales.

Es necesario plantearse y determinar qué cosas, qué confidencias, cuáles hechos conocidos, son los que quedan cubiertos con la obligación del secreto profesional en la función notarial. Para ello es indispensable, hacer algunas apreciaciones sobre la forma como ésta se desempeña.

Falguera, citado por Sanahuja y Soler, según el notarialista argentino Carlos González, reconoce dos orígenes del sigilo notarial: lo que el notario sabe únicamente por revelación de uno de los contratantes, por ejemplo hechos y secretos de familia (es decir, cuando actúa desde el prisma de depositario de secretos); y lo que consta en el mismo contrato que autoriza el notario, o en otros anteriores que se han tenido a la vista.

Así, según todos los autores que tratan éste tema podemos diferenciar dos temas en éste sentido: lo extraprotocolar y lo protocolar.

Es decir aquello que el notario conoce por confidencia o por otras vías, y aquello que el notario conoce por estar asentado en el protocolo que contiene el acto o contrato.

Es indudable que la obligación de guarda del secreto es diferente en cada caso. Cuando el notario conoce de algo por revelación que le ha sido hecha, la obligación de guarda es absoluta y se dice que el secreto es general e inviolable.

En cambio, respecto de aquello que el notario llega a conocer por estar asentado en el protocolo sólo tiene obligación de secreto en cuanto a no hacer saber, por propia voluntad a terceros que dicho documento y su contenido existen.

No llega esta prohibición al extremo que el notario pueda impedir que terceros lleguen a conocer el contenido de dicho documento, pues está en el protocolo y al menos en nuestra legislación notarial

no está prohibida en términos generales la exhibición de los protocolos, ni de otros libros del notario, ni la dación de copias.

Cuando la ley ha querido que no sea posible entregar en forma abierta cualquiera información al respecto así lo ha señalado, como es el caso típico de los testamentos cerrados (artículo 431 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales).

Queda, obviamente excluido lo que algunos llaman el secreto de los protocolos pues mientras la ley no disponga privacidad de estos, ellos tienen la calidad de instrumentos con posibilidad de ser conocidos por cualquiera. La publicidad se las otorga el propio protocolo (artículo 401 número 9 del Código Orgánico de Tribunales)

Por ello, respecto de los hechos que constan en el registro el notario no tiene más obligación de guarda de secreto.

De esta forma, las convenciones asentadas en registros públicos no son privadas, menos aun cuando ellas están destinadas a ser consignadas en otros registros públicos, como los de Conservador, Registro Civil u otras oficinas encargadas de registros.

Lo que sí ocurre es que el secreto a este respecto consiste en que no se puede revelar lo que está contenido en los registros públicos por propia iniciativa o voluntad del notario.

En cuanto a las confidencias recibidas, se establece por algunos autores que lo conocido por confidencias, circunstancias y hechos que teniendo el carácter de privados o personales se le ha confiado para el ejercicio de su función notarial, no pueden ser reveladas por el notario. A este respecto existe obligación absoluta de reserva.

Y ello es casi lógico pues mira directamente al contenido básico de la institución del secreto profesional: guardar celosamente la confidencia.

Pero la obligación de ser mantener en estado de reserva y de la información íntima conocida no es tan sólo referida al hecho o hechos concretos en sí. Para la doctrina se extiende más allá y alcanza a cualquier aspecto relacionado al asunto.

Cuando el notario es depositario de una confidencia, debe entregársele en forma puntual sólo el conocimiento de un determinado hecho o circunstancia y en cuanto ello interesa al fin que se persigue. Por lo general el confidente no le entrega explicaciones acerca de las variadas implicancias o repercusiones que para él puede tener la divulgación de lo confiado. De ahí resulta que el profesional no esté en condiciones de poder dimensionar la cantidad de daño o perjuicio que se pueda hacer al divulgar aunque sea una ínfima porción de lo conocido. Por ello la exigencia de la mayor reserva y discreción es evidente.

No puede el notario, en este caso, divulgar algo de lo que le ha tocado conocer aunque él estime que dicha información no tendría por qué causar daño.

Se concluye así que la obligación de guardar el secreto no puede quedar remitida en forma excluyente sólo a las expresiones verbales o confidencias que se reciben de un cliente, sino que además extenderse a todo aquello que esté relacionado con lo anterior, sea cual sea la forma que ello asuma. Cualquier cosa que se deslice puede servir de elemento suficiente para despertar el conocimiento por otros de las intimidades personales, patrimoniales, familiares o comerciales del confidente. En suma, de lo que es privado, propio de cada persona. De su derecho a la intimidad.

Como puede verse no es fácil establecer qué aspectos de una confidencia o del conocimiento de un hecho pueden quedar comprendidos dentro del secreto profesional. Ante ello, la obligación de sigilo y la prudencia, debe ser extrema.

Tipos de Secreto

En el mismo sentido en que se dirige la investigación, hay que destacar una clasificación del secreto profesional aplicado a la función notarial que ha elaborado la doctrina. Dicha clasificación dice relación con la fuente de la confidencia de la cual el escribano sea custodio, es decir, atiende a si el secreto proviene de una actuación de éste como consejero privado (depositario de una confidencia), o proviene de un acto o contrato del cual ésta ha dado fe y del cual ha quedado registro en el protocolo, el cual tiene el carácter de público).

Por lo tanto, el secreto profesional en su aplicación a la figura del Notario Público y a la Función Notarial que éste desempeña, puede revestir dos formas: Secreto Absoluto y Secreto Relativo.

El secreto tendrá el carácter de absoluto en cuanto el notario actúa como consejero privado, aún como configurador del documento. Ello ocurre cuando un interesado se llega al oficio notarial y conversa con el ministro de fe planteándole alguna inquietud y requiriendo de éste el consejo a su problema. Situación que es de ordinaria ocurrencia.

En cambio, se transformará el secreto en relativo, con respecto al fedatario propiamente dicho cuando aquella inquietud planteada se vuelca al protocolo, libro en el que se asienta la manifestación volitiva de las partes, y que, como hemos dicho puede ser examinado por personas ajenas obligadas por razón de su cargo u oficio, como de terceros totalmente extraños y sólo movidos por el afán de la curiosidad.

Con todo, como también se ha dicho, el notario mantiene la obligación de divulgar. En el primer caso (secreto absoluto) en forma definitiva, y en el segundo (secreto relativo) hasta la facilitación de consulta del protocolo.

La doctrina (particularmente Pondé, Roque Pondal) también se ha pronunciado respecto a ésta distinción:

Según refiere Pondal, en el caso del secreto relativo, se debe agrupar a todos los actos jurídicos que por mandato legal deben ser inscritos en cualquier registro público. Pertenecen a esta clase las escrituras públicas, los índices, los protocolos, el repertorio, y todo libro que se lleve en los oficios notariales y cuya consulta pública sea permitida por la ley.

Ya es sabido que en nuestra legislación el protocolo notarial un carácter de abierto a todo público para consulta o información, por ende, no puede hablarse acá de un secreto absoluto.

Además, las copias o testimonios de lo que se encuentra asentado en los protocolos y que aparte de estar obligado el notario a darlas a quien lo solicite, debe pasar por manos de otras instancias ya sea para su registro, (Registros de Conservador, Registro Civil, etc.) o toma de conocimiento, (Diario Oficial) o fiscalización, (Servicio de Impuestos Internos, Servicio Agrícola y Ganadero, etc.).

De esta forma quedan comprendidos dentro del secreto relativo aquellos actos o contratos contenidos en los protocolos y los cuales el notario no puede negarse a revelar cuando alguien solicite el testimonio respectivo.

La revelación que puede afectar al secreto relativo puede tener su origen en la ley, (la obligación de dar copia), o por el requerimiento judicial, (citación a deponer en la causa).

En cambio, pertenecen a la categoría en que hay obligación de secreto absoluto aquellas cosas de las que el notario tome conocimiento extraprotocolo y que no están asentadas en él. Un ejemplo es el caso del otorgamiento de las escrituras públicas, o más bien, respecto de los contratos que ellas contienen. En este caso si bien el acto o contrato goza del secreto relativo al estar inserto en el protocolo, ocurre que durante la etapa de su gestación se han hecho al notario, así como al abogado que interviene por alguna de las partes, consultas o requerimientos específicos en torno al contenido, alcance o pretensión de los contratantes. Y estos temas, con carácter como se dice extraprotocolo, están amparados por el secreto absoluto.

Cabe destacar que de lo expuesto fluye que, en el caso de las escrituras públicas, se presenta la dualidad de situaciones. Se da el secreto relativo y el secreto absoluto.

Fuentes del Secreto Profesional Notarial

Las Fuentes del Secreto Profesional Notarial son los **Actos Jurídicos**, la **Consulta**, el **Conocimiento Circunstancial**, la **Consulta “a lo amigo”**, las **Instrucciones**.

A continuación analizaremos cada una de ellas:

A) Actos Jurídicos

El secreto profesional consiste en el deber que pesa sobre ciertas personas cuando ellas ejercen alguna profesión, de no divulgar aquellas cuestiones de las que han tomado conocimiento en razón precisamente de su actuación como tal, en forma simplista aparece como no muy aventurado sostener, que ello no es posible en el caso de los Notarios Públicos en atención precisamente a las

características propias de la de sus actuaciones, que están dadas principalmente por el principio de la Fe Pública Registral.

Quienes así opinan, estiman que no puede haber secreto respecto de lo que se dice en una escritura pública, que por definición y esencia es un instrumento que no sólo goza de publicidad desde el momento en que se encuentra asentada en los registros notariales, que son públicos, sino que además en su trayectoria posterior ha de pasar por muchas manos que la leerán, estudiarán y tomarán conocimiento de su contenido y alcance. Lo propio ocurre con las inscripciones o anotaciones que deban efectuarse.

Por regla general, nuestra legislación no ha impuesto el secreto del protocolo ni de los actos jurídicos. La excepción que confirma la regla, se presenta en el caso de los testamentos cerrados, en que ha establecido para el notario una especie de secreto relativo.

En efecto, el artículo 431 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales señala que respecto de este tipo de actos de última voluntad el notario llevará un índice que deberá mantener reservado, “no teniendo obligación de exhibirlo” sino en los casos que indica. Nótese que ésta disposición deja a criterio del Notario su decisión de informar o no.

Los contratos “privados”

Dentro de los Actos Jurídicos como fuente del secreto profesional notarial, es necesario destacar las llamadas “escrituras privadas”, en contraposición a la escritura pública, y que contienen los también llamados “contratos privados”.

Debemos entender por “documento privado”, todo aquel instrumento que conteniendo actos o contratos de cualquier índole, no se otorga mediante escritura pública.

Estas escrituras son de otorgamiento cotidiano en todo oficio notarial y contienen en sí transacciones a veces muy simples y otras a veces bastante complejas y de montos significativos. Algunos ejemplos de estos instrumentos son los contratos de compraventa sobre vehículos automotores y muebles en general, arriendos, contratos de leasing, de algunas especies de prenda, traspasos de acciones, declaraciones, cartas poder, etc.

Estos documentos, por regla general al igual que los contenidos en escritura pública sólo interesan a sus otorgantes y mientras no pasen a formar parte de los libros de la notaría o de registros públicos mediante su protocolización o inscripción registral carecerán de publicidad. Por lo tanto, cabe preguntarnos, ¿estas escrituras privadas están amparadas por el secreto?

Por regla general los contratos privados no quedan guardados en el oficio notarial. Un alto porcentaje de ellos son retirados por los interesados al momento de estar autorizados por el notario. Por ésta razón no se podría establecer una razón para que no estén amparados. Además si se aplica a la escritura pública, con mayor razón podrá aplicarse a la escritura privada.

Si los dichos contratos o actos privados no se protocolizan, reducen a escritura pública o se insertan de alguna forma en el registro que lleva y guarda el notario, este no podrá, aunque quisiera, dar copia de ellos pues no están en su poder.

Si, por el contrario, en alguna forma han pasado a formar parte del registro público, deben serle aplicadas las mismas normas de secreto dichas más arriba.

B) La Consulta

Ésta segunda fuente del secreto profesional notarial se constituye en el otorgamiento de toda escritura pública, así como de cualquier otro documento que se suscriba en una Notaría, ya que siempre estarán rodeados de una serie de circunstancias, conversaciones, consultas acerca del alcance de tal o cuál cláusula, etc., que necesariamente implican para el Notario entrar a conocer asuntos que no llega a contener el instrumento, que no forman parte de él, pero que han servido de base para su configuración.

Estas confidencias, recibidas en las circunstancias descritas, imponen al Notario el deber de silencio.

Ya se ha dicho que la función del Notario no sólo implica intervenir en la escrituración de actos o contratos, sean públicos o privados, sino que, es de continua ocurrencia que le corresponde recibir de parte de sus clientes consultas aparte, las que son esporádicas y que se pueden relacionar con

actos o contratos que pueden o no llegar a ser otorgados tanto en su oficio como en otro cualquiera. Se le consulta, podríamos decir, casi como un abogado en ejercicio profesional.

Por consiguiente, en éste sentido, la consulta queda amparada por la obligación de guarda absoluta del secreto confiado.

C) El Conocimiento Circunstancial

Ésta tercera fuente del secreto profesional notarial apunta a la posibilidad que durante el desempeño de las actividades propias de su profesión, el Notario, tome conocimiento en forma accidental de ciertos hechos que no le son confiados en forma directa por su cliente.

El Notario, en el otorgamiento de cualquier documento, sea escritura pública o documentos privados, puede llegar a conocer situaciones de las que ha estado al margen. Es normal escuchar, en su oficio o con razón del cargo, una conversación ajena sin el ánimo preconcebido para ello, o el escuchar fortuitamente, también en su oficio o con razón del cargo, una conversación privada en la cual los involucrados no han tomado precauciones mínimas para no ser oídos por terceros. Pero éste conocimiento accidental, ¿queda también amparado por la obligación de guardar el secreto?.

Creemos que sí porque si bien no fue entregada la confidencia en una consulta directa o indirecta al Notario, sí lo fue en relación a un documento, acto o contrato, a suscribirse en su oficio.

D) La Consulta “a lo Amigo”

La hipótesis de ésta cuarta fuente del secreto profesional notarial se representa en la situación en que el Notario recibe una llamada telefónica, o una pregunta en la calle, en alguna recepción, etc., de parte de algún cliente o conocido circunstancial. Ésta es la consulta que se conoce como “a lo amigo”.

Se considera por la doctrina que este tipo de consulta no escapa a la regla general y debe ser mantenido el secreto de aquello que se confía al profesional.

En todo caso, se debe precisar que dicha consulta debe tratarse de cuestiones estrictamente relacionadas con la actividad profesional del Notario.

E) Las Instrucciones al Notario

Ésta quinta fuente del secreto profesional notarial, es una práctica que no se encuentra normada en la ley, pero que en la actualidad goza de un amplio y cotidiano uso.

Dicha práctica consiste en la entrega al Notario de un escrito mediante el cual las partes que han celebrado un contrato le hacen depositario de valores o documentos para que él, cumpliéndose las condiciones que le señalan, proceda a su vez a hacer entrega de lo depositado a quien corresponda.

Las instrucciones referidas pueden ser entregadas en forma escrita, o bien en forma verbal. Se dice que éste es el más típico de manifestaciones de voluntad al notario con características de privacidad absoluta, pues en ellas muchas veces se explica al notario la razón de por qué se dejan, lo cual sólo interesa a los directamente involucrados, y a nadie más.

Por ende, dado al carácter bastante privado que ellas tienen es evidente que quedan cubiertas con la obligación de guardar secreto.

Sanciones y Responsabilidad a que está afecto el Notario al Faltar al Secreto Profesional

La obligación de guarda de secreto no está explícita en el Código Orgánico de Tribunales respecto de la figura del Notario Público Chileno.

Por consiguiente, se debería concluir que el Notario sólo estaría afecto a responsabilidad (en éste caso penal), en cuanto incurriera en una violación a la obligación de guardar el secreto (delito contemplado en el artículo 231 del Código Penal), en cuyo caso se debería aplicar la norma del artículo 247 inciso segundo del mismo código.

Sin embargo, considerando las diferentes fuentes del secreto profesional notarial, es evidente que la violación de éste da lugar a una responsabilidad jurídica, además de la moral, tanto en la esfera civil (podría ser condenado a una eventual indemnización por perjuicios a los afectados con la revelación del secreto), como en el campo penal. Analizaremos ésta última posibilidad.

En el Código Penal chileno, existe el delito de revelar el secreto profesional, tipificado en el artículo 231 del mismo cuerpo legal. Dicha disposición legal establece: *“El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”*⁴⁸.

Este delito está contenido en el título V de dicho código, sobre crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio o desempeño de sus cargos, bajo el párrafo cuarto, es decir, como un delito de prevaricación. En general, y como se desprende de la lectura de las disposiciones penales presentes bajo ese título, estos tipos de delitos son aquellos cometidos por los profesionales del aparato judicial, desde jueces hasta abogados y procuradores, tendientes a romper ciertos deberes legales de la profesión, así como la relación de fidelidad que se tiene en virtud de su cargo.

La duda respecto a éste tipo penal es, si la mera infracción del deber de guardar el secreto profesional basta para configurar el ilícito, o acaso se requiere de un resultado perjudicial para el cliente, es decir, si se requiere de un resultado dañoso.

Es más acertado quedarse con la primera postura, ya que la redacción del artículo no es clara, y dada la naturaleza del delito de violación del secreto y tomando en cuenta que se trata de sancionar una obligación impuesta por la ética profesional, la existencia del perjuicio no debe suponerse exigida. Por consiguiente, el mero quebrantamiento del secreto vulnera los fundamentos del artículo 231 del Código Penal. Esto porque el deber profesional que posee el abogado (y por ende el Notario), de fidelidad en la relación con su confidente (cliente), deber que se encuentra institucionalmente expresado en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, se rompe con la mera puesta en conocimiento, de la información reservada, a un tercero ajeno a dicha relación. Es decir, desde el ámbito del Derecho Penal, nos encontramos frente a un delito de

⁴⁸ Chile. Código Penal. 1875.

resultado o de mera actividad, en el caso particular del artículo analizado estimamos que nos encontramos frente a un delito de este segundo tipo.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que el Notario al revelar el Secreto Profesional podría ser responsable tanto civilmente (por ser condenado a una eventual indemnización por los perjuicios que pudieran afectar a una persona), como también penalmente, cometiendo el delito de revelar el secreto profesional, contemplado en el artículo 231 del Código Penal.

Conclusiones

El secreto, en su acepción común, constituye un importante e imprescindible auxilio al desarrollo de un eficiente ejercicio de una determinada actividad profesional, en éste caso en la figura notarial. Es más, el ejercicio de muchas actividades profesionales implica, de forma necesaria, que quienes la desempeñen tomen conocimiento, respecto de las personas que acuden a ellos, de aspectos de su vida privada o pública, que tienen la calidad de íntimos o privados, y que, por ende, les interesa que no sean revelados o conocidos por terceros. Dichas confidencias se harán con el objeto de que el profesional pueda dimensionar el problema y responder de forma apropiada a la expectativa de solución que se le pida.

Por lo tanto, al profesional le interesa conocer el aspecto privado de la cuestión como una forma de imponer seriedad, responsabilidad y solvencia a su respuesta.

Pero, para lograr que se genere ésta confianza, que tiene el carácter de necesaria e indispensable para que permita al cliente expresarse libremente en sus consultas, es menester que el profesional tenga la obligación ética y jurídica de ser un celoso custodio de lo conocido en aquellas confidencias.

Por consiguiente, la obligación de guardar el secreto obedece a razones que son más bien morales que jurídicas, pero que, no obstante, para ser suficientemente protegida necesita el reconocimiento legislativo que lo establezca formalmente e imponga sanciones al transgresor.

En éste sentido, es posible encontrar la figura del "Secreto Profesional", que corresponde a la obligación legal que tienen ciertos profesionales de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes.

Las profesiones a las cuáles se aplica dicha obligación son diversas, tales como abogados, médicos, psicólogos, periodistas, etc. No obstante, para la profesión de abogado, el secreto profesional consiste en la absoluta confidencialidad de lo revelado por el cliente, lo cual representa, una extraordinaria fidelidad y lealtad a las informaciones suministradas, así como las actuaciones

profesionales, absorbiendo también en ello el material que le sea confiado al abogado para la mejor defensa de los derechos e intereses del patrocinado.

Vimos que, si bien el deber de guardar el secreto (profesional, en éste caso), es eminentemente moral, es necesaria su regulación jurídica para su efectivo cumplimiento por parte de los obligados a él.

En éste sentido, que el Código de Ética del Colegio de Abogados del año 2011, regula en forma acabada y completa la institución del Secreto Profesional, y su aplicación al ejercicio profesional de un hombre del Derecho. Éste texto normativo introduce una regulación novedosa y extensa en materia de secreto profesional, dedicándole 15 disposiciones distribuidas en cuatro apartados diversos. Así, en el Título preliminar (artículo 7) se enuncia el deber de confidencialidad como principio general; en el artículo 42 se establece el deber de uso de la información del cliente en su interés prohibiendo su aprovechamiento en beneficio del abogado o de terceros sin consentimiento del cliente; el grueso de la nueva regulación se concentra en la relación del abogado con su cliente; y, por último, los arts. 110 y 111 regulan el deber de confidencialidad debida entre abogados de contrapartes. De este modo, el Código de Ética distingue entre el deber de confidencialidad y los deberes relativos al uso de información confidencial, al tiempo que diferencia entre la confidencialidad hacia el cliente y la debida al abogado de la contraparte.

Además, la institución del Secreto Profesional tiene fundamentos materiales, que se refieren principalmente a la ética de las personas y las relaciones sociales, y fundamentos formales, estando, incluso, protegida por dos garantías constitucionales: el derecho de las personas a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (contemplado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República de Chile), y el derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (establecido en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República de Chile).

Todo lo expuesto tiene como finalidad desarrollar el objetivo principal de la presente investigación: Identificar la aplicación del secreto profesional en el notario público chileno en el ejercicio de su función notarial.

Al inicio de la presente obra, se enfatizó que puede resultar extraño hablar del secreto profesional en la actividad del Notario Público Chileno, esto es, en el desempeño de la función notarial. Lo que tiene lugar, principalmente, porque para todos nosotros, la figura del Notario Público, da cuenta de una función que sería absolutamente pública, ya que, a éste se le otorga, a través de la ley, el poder de dar fe pública, es decir, el Notario Público debe investir a todos los actos en que interviene, de una presunción de veracidad que los hace aptos de imponerse por sí mismos de las relaciones jurídicas. Es decir, les da forma legal, constituye, da vida, estructura el acto jurídico de que se trate.

En éste mismo sentido, nuestra legislación, en general, se encuentra inspirada en el principio de la Fe Pública (Extrajudicial o Notarial, en éste caso), cuyo principal objetivo es que los actos en que interviene el Notario Público (quién es, por excelencia, el representante de éste principio depositado en el Estado), hayan sido otorgados con una extrema certeza y seguridad, tanto para las partes que intervienen en el acto, como para los terceros y para la comunidad, debido a que es deber del Estado cuidar y garantizar los derechos de sus habitantes, pero para cumplir con ésta obligación, es necesario que la existencia de dichos derechos conste sin dar lugar a posibles dudas.

En éste orden de ideas, llamará la atención que en la función notarial pueda existir algo "secreto", ya que no existe en los protocolos a cargo de los notarios nada que sea privado. Lo mismo ocurre con respecto a los registros y libros a cargo de otros funcionarios públicos, tales como conservadores y archiveros judiciales.

Sin embargo, a través de la presente investigación, se ha podido observar que la aseveración que de la función del Notario Público es absolutamente pública, es errónea, debido a que ésta publicidad puede ser restringida en virtud de la aplicación del Secreto Profesional en la función notarial.

El Notario Público es un abogado, y por lo tanto, está obligado a cumplir, el deber de custodiar el secreto profesional, deber que se encuentra contemplado y regulado extensamente para la profesión, en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados del año 2011.

En éste mismo sentido, debe respetar el deber de no revelar el secreto profesional, ya que si incurre en él, no sólo la responsabilidad será moral o ética, sino que puede estar sujeto a responsabilidad civil, por los perjuicios que pudiere causar a terceros con la revelación de la información que tiene el carácter de confidencia, como a responsabilidad, por cometer el delito de revelación del secreto profesional, que se encuentra tipificado en los artículos 231 y 247 del título V del Código Penal, sobre crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio o desempeño de sus cargos.

En lo relativo a la extensión del secreto, el Notario, además de ostentar el poder de dar fe pública (siendo su actividad más reconocida), también se desempeña en su oficio notarial como un depositario de confidencias, ya sea que provengan de particulares, de abogados, etc., como un consejero técnico, que resolverá las dudas que se le planteen y ofrecerá los caminos legales más convenientes a los intereses de quién se lo consulte; y es en ésta esfera de su actividad, donde la institución del Secreto Profesional, va a tener su mayor aplicación en la función notarial, rompiendo con el esquema mental de que la actividad del Notario es netamente pública,

En atención a lo anterior, la doctrina ha establecido una distinción que es posible observar en la función notarial, con el objeto de determinar de una mejor forma cuáles serán las informaciones que reciba el Notario que estarán afectas y protegidas por el Secreto Profesional. Así, según todos los autores que tratan éste tema, es posible establecer en la función notarial: lo extraprotocolar y lo protocolar. Es decir aquello que el notario conoce por confidencia o por otras vías, y aquello que el notario conoce por estar asentado en el protocolo que contiene el acto o contrato.

Por ende, la obligación de guarda del secreto variará de acuerdo a lo que se trate la confidencia, ya que si el notario conoce de algo por revelación que le ha sido hecha, la obligación de guarda es absoluta y se dice que el secreto es general e inviolable. Por el contrario, respecto de aquello que el notario llega a conocer por estar asentado en el protocolo sólo tiene obligación de secreto en cuanto a no hacer saber, por propia voluntad a terceros que dicho documento y su contenido existen. Dicho documento está en el protocolo y al menos en nuestra legislación notarial no está

prohibida en términos generales la exhibición de los protocolos, ni de otros libros del notario, ni la dación de copias.

Ya establecido que en la función notarial, fundamentada principalmente en la Fe Pública, no es absolutamente pública, la doctrina elaboró una clasificación de los tipos de secreto que podemos encontrar en la función notarial. Ésta clasificación se hace en atención a la fuente de la confidencia de la cual el Notario sea custodio, es decir, atiende a si el secreto proviene de una actuación de éste como consejero privado, en su faz de depositario de una confidencia (secreto absoluto); o proviene de un acto o contrato del cual ésta ha dado fe y del cual ha quedado registro en el protocolo, el cual tiene el carácter de público (secreto relativo).

Por consiguiente, el secreto profesional en su aplicación a la figura del Notario Público y a la Función Notarial que éste desempeña, puede revestir dos formas: **Secreto Absoluto** y **Secreto Relativo**.

El secreto tendrá el carácter de absoluto en cuanto el notario actúa como consejero privado, aún como configurador del documento que se otorgue ante él para dar fe pública de su otorgamiento.

En cambio, el secreto será **relativo**, cuando aquella inquietud planteada se vuelca al protocolo, libro en el que se asienta la manifestación volitiva de las partes, y que puede ser examinado por personas ajenas obligadas por razón de su cargo u oficio, como de terceros totalmente extraños y sólo movidos por el afán de la curiosidad.

El secreto absoluto será en el que tendrá una mayor aplicación el Secreto Profesional, debido a que en éste ámbito es donde el Notario se desempeñará como un depositario de confidencias.

Por último, existen fuentes desde dónde se constituye la institución del Secreto Profesional y su aplicación en la figura del Notario Público Chileno. Estas son: los Actos Jurídicos (que generalmente son escrituras públicas); la Consulta circunstancias, conversaciones, consultas acerca del alcance de tal o cuál cláusula, etc., que necesariamente implican para el Notario entrar a conocer asuntos que no llega a contener el instrumento, que no forman parte de él, pero que han servido de base para su configuración); el Conocimiento Circunstancial (que se refiere a aquéllas

informaciones de que él Notario tome conocimiento en forma accidental de ciertos hechos que no le son confiados en forma directa por su cliente); la Consulta “a lo amigo” (que se puede presentar en diversas situaciones, una pregunta en la calle, en el almuerzo, etc.); y por último, las Instrucciones al Notario (es decir, la entrega al Notario de un escrito mediante el cual las partes que han celebrado un contrato le hacen depositario de valores o documentos para que él, cumpliéndose las condiciones que le señalan, proceda a su vez a hacer entrega de lo depositado a quien corresponda).

En conclusión, si bien el Notario Público Chileno desarrolla la función Notarial, la cual está construida fundamentalmente sobre el principio de la Fe Pública, ya que por la ley se le otorga el poder fedetario, esto es, el poder de dar fe pública de los actos que se otorguen ante él por los particulares, por ser el representante extrajudicial, por excelencia, de la Fe Pública del Estado, podemos responder a la pregunta de investigación que **dicho principio no es absoluto, debido a la aplicación del secreto profesional en la figura del Notario Público en Chile**. Ya que mediante ésta investigación, y reflexión de las materias que fueron objeto de ella, es posible identificar que el Notario Público chileno, se encuentra afecto al cumplimiento del deber de mantener el secreto profesional en ciertos y determinados casos.

Por consiguiente, es posible acreditar que la hipótesis planteada al inicio de ésta obra es efectivamente real, es decir que: **El principio de la fe pública y el principio de publicidad registral notarial no tienen el carácter de absolutos, debido a la aplicación del secreto profesional en la figura del notario público en Chile**.

Bibliografía

- VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio. *"El Secreto Profesional en la Función Notarial"*. Derecho Notarial Chileno. 2da Edición. Chile: Editorial Fallos del Mes Ltda., 1997.
- ARROYO TORRES, Ledo. *"El Secreto Profesional"*. Buenos Aires, 1957
- CARRERA BASCUÑAN, Helena. *"El Secreto Profesional del Abogado"*. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1963.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Revista de Estudios de la Justicia Nº 15. Deber De Confidencialidad Y Secreto Profesional Del Abogado*. 2011.
- VILLARPANDO DE UGRINOVIC, Luz. *.Fides et Ratio - Revista de Difusión cultural y científica de la Universidad La Salle en Bolivia; El Secreto Profesional del Notario y sus colaboradores*.
- VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio. *Revista Ius et Praxis v.8 n.2 Talca 2002 - El Secreto Profesional Ante El Notario*.
- MATUS, Jean Piere. *Informe acerca de la eventual contradicción entre el derecho a la defensa y el art. 37 de la ley Nº 20.000*.
- *Constitución Política de la República*, 1980.
- *Código de Ética Profesional*, 2011.
- *Código Orgánico de Tribunales*, 1943.