

EL ABOGADO NO PUEDE SER OBLIGADO A PRESTAR DECLARACION TESTIMONIAL SI OPTA POR GUARDAR EL SECRETO PROFESIONAL

Por: Hernán Munilla Lacasa

Sumario:

- I- El caso.
- II- Regulación normativa del secreto profesional.
- III- ¿Qué es la justa causa?
- IV- La naturaleza del secreto; ¿a quién pertenece?
- V- El secreto pertenece a la conciencia del abogado.
- VI- Conclusión.

I- El caso:

Un cliente concurre al estudio de un abogado, a fin de consultarle el grave problema legal que lo aqueja. La empresa que preside está atravesando una etapa de aguda crisis financiera; se encuentra ahogado por las deudas y jaqueado por los reclamos de los acreedores. Hombre avezado en negocios, preocupado por la preservación del patrimonio societario, quiere saber qué alternativas legítimas tiene a su alcance para lograr tal objetivo. También pretende conocer las sanciones que podrían corresponderle, para el supuesto de no respetar aquellas opciones que le son enunciadas. El abogado pondera el planteo, expone cuales son las alternativas válidas a su disposición y responde todas las inquietudes del cliente, quien da por concluido el servicio profesional. El abogado no vuelve a tener noticias del mismo, hasta que un tiempo después recibe una citación de un Juzgado Penal, para que comparezca a prestar declaración testimonial. Allí se entera

que el cliente llevó a cabo actos de disposición patrimonial, los cuales fueron interpretados por un acreedor, devenido en querellante, como constitutivos del delito de quiebra fraudulenta.

El cliente, quien se encuentra imputado en la causa, argumentó en su defensa, para descartar la concurrencia de la culpabilidad dolosa requerida por la figura, que no estaba anoticiado de que tales actos podían ser considerados como fraudulentos, asegurando que los había realizado de buena fe. El querellante replicó sosteniendo que sí estaba interiorizado de ello, puesto que previo a adoptarlos consultó con un abogado, quien necesariamente debió informarle acerca de la situación legal, esto es, lo que podía y no podía hacer conforme a derecho.

El Juzgado le requiere al abogado de nuestro ejemplo que preste juramento de ley, y le pregunta si efectivamente dicha entrevista existió. También le hace saber que el cliente lo relevó del secreto profesional.¹

¿El abogado está obligado a declarar?

II- Regulación normativa del secreto profesional:

Los fundamentos que sustentan la protección penal del secreto profesional son claros e indiscutibles. Nadie se animaría, seriamente, a controvertir su esencia, ni su alcance, ni su basamento dogmático, en fin, su razón de ser. Cualquier elogio que se ensaye de tales características hasta pecaría de sobreabundante. Sin embargo, al mismo tiempo que el Código Penal tipifica como delito la “*revelación del secreto sin justa causa*” (artículo 156), el Código Procesal Penal, en su artículo 244, segundo párrafo, establece que el abogado, entre otras personas allí enumeradas, “*no podrá negar su*

¹ Un ejemplo similar al expuesto brinda Alastair Watt, en Revista de Derecho Procesal, 1946-VI-Secc.1º, traducido del inglés por Manuel López-Rey Arrojo.

testimonio cuando sea liberado del deber de guardar secreto por el interesado”.

Surge así, a primera vista, pero en todo caso como premisa a verificar, que la ley procesal viene a introducir la “*justa causa*” requerida por la ley sustantiva. En dicho entendimiento, el abogado que quisiera conservar la confidencialidad de los secretos que le fueron oportunamente confiados, para el supuesto de que su cliente decida “liberarlo” del secreto, estará obligado a deponer bajo juramento legal. Si no lo hace, esto es, si se niega a declarar, el abogado a su vez será pasible de incurrir en el delito tipificado en el artículo 243 del Código Penal (“*Será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo...se abstuviera de ... prestar la declaración respectiva*”), amén de que tal negativa puede significarle sufrir hasta dos días de arresto, conforme lo estipulado en el artículo 247, segunda parte, del citado ordenamiento.

Como vemos, el Código Procesal Penal le confiere al cliente la potestad de guardar o de levantar, a su entera discreción, el secreto profesional que depositó en su abogado, obligando a éste, en el último supuesto, a enfrentar la seria disyuntiva de acatar su voluntad, o de quedar sometido él mismo a proceso en caso de no querer complacerlo. En otras palabras, la integración del tipo penal, en lo que concierne a la “*justa causa*” mencionada por el artículo 156 del Código Penal, es a la sazón definida por el cliente, quien puede, si así lo desea, obligar a su abogado a declarar testimonialmente en una causa de su interés. Todo lo cual es lo mismo que decir que la “*justa causa*” se identifica con la voluntad del cliente. Ahora bien, debemos preguntarnos ¿el cliente alberga siempre una justa motivación para convertir en no operativa, esto es, en disponible, la figura penal que encierra el artículo 156 del Código Penal?

Al margen del interrogante propuesto, que debe ser respondido negativamente -aunque más adelante volveré sobre ello-, podría también sostenerse, desde otro enfoque, que el tipo penal acuñado en dicha norma es una suerte de tipo penal en blanco, pues la “justa causa”, como elemento normativo contenido en la previsión legal, habrá de ser dirimida, finalmente, en el marco del Código Procesal Penal (artículo 244, segundo párrafo), por imperio de la valoración y decisión que adopte el “*interesado*”. Si el “*interesado*” libera a su abogado del secreto confiado, como dijimos, éste no podrá negar ya su testimonio, y por cierto no cometerá el delito de violación de secretos, pues habrá concurrido la “justa causa” a la que alude el artículo 156 del Código Penal. En cierta forma, conforme el criterio expuesto, la ley procesal viene a ostentar así una mayor jerarquía normativa que la ley penal, pues tiene aptitud derogatoria de ésta.

¿Es esto admisible?

Me parece que no. Núñez explica en su Tratado que el derecho material prima sobre el derecho procesal, y apunta que “*cuando se trata de la justa causa para revelar el secreto profesional, en el derecho procesal no se puede prescindir de la estructura que a ese secreto le ha dado el derecho material*”.²

En esta dirección, no debe perderse de vista que la obligación de prestar declaración, cuando media relevamiento del interesado, está impuesta por una norma procesal (art. 244, 2º párrafo), mientras que la obligación de guardar el secreto profesional está fijada por una disposición de fondo, que tiene una jerarquía normativa superior (art. 156 del C.P.).

Así, en relación a las personas obligadas a denunciar un delito, Creus afirma que “...*el art. 277 depende, en la apreciación de quiénes*

² Ricardo Núñez, “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, pág. 131.

pueden ser autores, de la ley procesal, que es la que determina quienes tienen la obligación de denunciar. Pero la ley procesal no puede establecer una regla que se oponga a las de la ley penal...³. En igual sentido se expiden Soler⁴ y Fontán Balestra⁵.

Para completar la reseña del marco normativo relativo al secreto profesional, conviene señalar aquellas especificaciones que regulan la materia, dictadas en el ámbito de los Colegios de Abogados.

Así, la ley 23.187, que rige el ejercicio de la abogacía en la Capital Federal, impone a los abogados el deber de “*observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado*” (art. 6, inc. f). A su vez, el Código de Ética del Colegio Público (art. 10, inc. h), permite al abogado revelar el secreto profesional cuando así lo autoriza su cliente.

En la vereda opuesta, el Código de Ética de la Provincia de Buenos Aires, en su regla 11º establece, en su segundo apartado: “*La obligación de guardar secreto es absoluta. El abogado no debe admitir que se le exima de ella por ninguna autoridad o persona, ni por los mismos confidentes. Ella da derecho ante los jueces de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar las preguntas que lo expongan a violarlo*”.

En igual sentido, entre las Normas de Ética Profesional del Abogado de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (nº 16), se prevé: “*El secreto profesional constituye a la vez un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirlo; es un derecho del abogado hacia los jueces, pues no podría escuchar expresiones confidenciales si supiese que podía ser*

³ Carlos Creus, en “Protección penal y procesal del secreto profesional”, Colegio de Magistrados de la Provincia de Santa Fé, 1971, pág. 48.

⁴ Sebastián Soler, “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, pág. 127.

⁵ Carlos Fontán Balestra, “Tratado de Derecho Penal”, T. V, pág. 385.

obligado a revelarlas...” (Proyectadas por J.M. González Sabathie y sancionadas por la Federación, en mayo de 1932).

Finalmente, el Código de Ética de la Orden de los Abogados de San Pablo establece que *“prevalece el deber del secreto aun cuando fuere llamado como testigo”*.

El lector comprenderá, en definitiva, que estamos en presencia de un serio conflicto de intereses, el cual no logra conciliarse ni siquiera en el ámbito donde rigen las normas éticas que regulan el ejercicio de la abogacía. Esto es, se enfrentan por un lado el interés social enderezado a probar, testimonio mediante, la verdad en juicio, aspecto que tiende a proteger la administración de justicia, y por otro lado el interés, también social, de resguardar el secreto, con lo cual se afianza la libertad individual, tomada ésta desde la dimensión que abarca la intimidad de las personas. ¿Cuál ha de prevalecer?

A no dudar, si los abogados pudieran ser conminados a declarar bajo juramento, para que ventilen las confidencias recibidas en el ejercicio de su magisterio, se estaría vulnerando la inviolabilidad de la defensa en juicio (artículo 18 Constitución Nacional). No concebimos que esta medular garantía, sobre la cual reposa todo nuestro andamiaje legal, pueda estar menguada por disposiciones de forma, contenidas en el Código Procesal Penal.⁶

Me he anticipado, es cierto, a emitir un rotundo juicio de valor acerca del planteo propuesto en este ensayo. Pero tal apresuramiento no significa, en modo alguno, que haya renunciado a analizar aquellos otros

⁶ “El sagrado derecho de defensa exige, par su mejor cumplimiento y garantía, la inviolabilidad del secreto confidencialmente comunicado, reconocido en todos los tiempos por ser tan antiguo como la misma magistratura y consagrado definitivamente por los códigos como una tradición digna del mayor respeto: No patroni in causa cui patrocinium proestiturunt, testimonium dixant (lib. 22, tít. 5, ley 25, Digesto), citado en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, pág. 701.

aspectos de la materia que indudablemente encierran cuestiones de suma relevancia. Cumpliendo tal premisa, debemos detenernos, seguidamente, en el concepto de “justa causa”.

III- ¿Qué es la justa causa?

Como dice Soler, de ordinario consiste en un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor. La justa causa excluye así la antijuricidad de la revelación del secreto. Ahora bien, si en verdad tiene por finalidad quitar al hecho el carácter de secreto, puede concluirse, según el autor citado, que la primera circunstancia constitutiva de justa causa sería el consentimiento del interesado.

Algunos autores sostienen que ni aún mediando dicho consentimiento el abogado puede declarar, pues con el interés puramente privado concurre, en forma simultánea, un interés público. Ello, sin dejar de mencionar, que no era necesario que el artículo 156 hablara de la existencia de una “justa causa”, pues ella existe cada vez que media una de las causales de justificación mencionadas en el artículo 34 del Código Penal.

Zeballos Cristobo, un autor que en esta materia nos parece insoslayable, aunque discrepemos con él en algunos aspectos, apunta que “*El Código Penal Argentino, al final de su art. 156, habla de justa causa. Esta expresión está mal empleada por una sencilla razón: porque para el derecho penal argentino, la violación del secreto profesional es de orden público, y como tal, la revelación debe provenir de la ley y no de una justa causa, considerando esta dentro, exclusivamente, de un carácter privado y personal entre el sujeto activo y el pasivo*”⁷. Este autor piensa que solo la ley puede liberar de la obligación del secreto profesional, y no la voluntad del particular. Asimismo, tras reafirmar que el objeto de la tutela penal es el interés público,

⁷ “El secreto profesional del abogado”, en “Revista de la Universidad de Córdoba”, N° 1 y 2, de 1928.

sostiene que “*el sujeto pasivo de derecho se reduce, en su importancia legal, a una mínima expresión. Como derivación de esto, el principio de la ‘justa causa’ desaparece*”. Así piensa también Manzini ⁸, para quien “*la violación del derecho atinge en su origen y en su justificación a razones de moralidad y de orden social, superiores a cualquier consideración y dispensa de carácter privado*”.

Repasemos la opinión de otros autores. Chauveau-Hélie señala: “*En tesis general, la intervención de la justicia no modifica en absoluto las obligaciones de las personas a las cuales se confían secretos en razón de su estado o de su profesión, y ellas deben abstenerse. Cuando son citadas como testigos, de responder a las interpelaciones que le son dirigidas, limitándose a declarar el título que les impone el silencio*” ⁹.

Este mismo autor refiere: “*El abogado, como el sacerdote, recibe en el ejercicio de su profesión las confidencias de las partes, y debe considerar estas confidencias como un depósito inviolable. La confianza que sólo su profesión le 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*”¹⁰.

De la misma idea es J. des Cressonnières ¹¹, para quien el secreto profesional se funda en el orden público: “*El abogado no podría recibir confidencias si pudiera ser obligado a revelarlas*”. Más adelante dice: “*Llamado a prestar declaración en justicia sobre los secretos que se le confíen en razón de su profesión, el abogado tiene el derecho de declarar o de escudarse en el secreto profesional; este derecho personal, es ejercido libremente por él, sin control, de acuerdo a su conciencia... Incumbe sólo al*

⁸ En su “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, pág. 710.

⁹ Citado por Soler, en su Tratado, op. cit., pag. 144.

¹⁰ Citado en este punto por Clara Campoamor, “El secreto profesional”, en J.A. 1943-IV, 88.

¹¹ “Reflexiones sobre la profesión de abogado y las reglas profesionales”, Rosario, 1927, pág. 61.

abogado, invitado a declarar, apreciar si debe o no responder al interrogatorio”.

Repárese hasta dónde se remontan los antecedentes de este criterio, que fue receptado en un antiguo fallo del Tribunal de Niort, dictado en 1844, en el cual se expresó: *“El abogado está obligado siempre a guardar un secreto inviolable acerca de todo lo que conozca por ese título. Esa obligación es absoluta, es de orden público, y por ello no puede corresponder a nadie el derecho a liberarle de ella. El abogado no tiene en su declaración más regla que su conciencia, y debe abstenerse de todas las respuestas que ella le prohíba”*¹².

Adolfo Parry, autor del conocidísimo libro sobre la “ética de la abogacía”, con cita de André Perraud-Charmantier, señala que *“la obligación del secreto ha sido establecida en un interés general; su violación no hiere solamente a la persona que ha confiado el secreto, hiere a la sociedad entera, porque quita a profesiones en las que la sociedad se apoya, la confianza que las debe rodear”*. Y prosigue su reflexión de esta manera: *“El consentimiento, dado a la divulgación, por la persona que ha confiado el secreto, no podría desligar, al depositario, del deber impuesto a su profesión; él puede, pues, y debe, abstenerse de declarar hechos de que ha recibido la confidencia en el ejercicio de sus funciones”*. Incluso llega a sostener que *“El nombre mismo del cliente que ha concurrido a su estudio, debe quedar en secreto”*¹³.

Por su parte, Rafael Bielsa, al referirse al secreto profesional, sin titubeos afirma que el fundamento del mismo es, *“desde luego, el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional, puesto que si el abogado estuviera obligado a declarar lo que ha*

¹² Fallo recordado por Clara Campoamor. Op. cit. J.A., 1943-IV,90.

¹³ E.D., 1962, T.II, pág. 184.

sabido en el ejercicio de su profesión, no podría honradamente aceptar confidencias; todo esto explica el secreto profesional”¹⁴.

Un enfoque diferente sostiene Soler, que sigue en esto a Binding. Para el destacado penalista la posición correcta es que en caso de mediar consentimiento del interesado desaparece el secreto, desaparece el derecho a callar, pues lo que se incrimina es la voluntad de mantenerlo y, como hemos visto, en el caso analizado precisamente ocurre al revés, ya que la voluntad del interesado es la de revelar o dar a conocer el secreto.

En este punto nos permitimos disentir con la opinión del eminente profesor, pues su posición supone, a nuestro criterio, una interpretación extensiva del tipo penal, demandando en el sujeto pasivo la existencia de un propósito explícito, no requerido en la figura, esto es, la voluntad del interesado en mantener oculto el secreto confiado al profesional; cuando lo que el texto legal exige no es más que la concurrencia de “justa causa”, la cual no necesariamente debe identificarse con el consentimiento del interesado de que se libere el secreto.

La cuestión atinente a la primacía del interés público sobre el interés privado, o viceversa, nos conduce a repasar las diversas concepciones que han esgrimido los autores, enderezadas a explicar la compleja naturaleza jurídica que enlaza la relación entre abogado y su cliente.

Están quienes, dentro del derecho privado y bajo la influencia del derecho romano, entienden que se trata de un contrato de mandato. La refutación que de esta postura realiza Angel Ossorio en su recordada “Alma de la toga”, me exime de abundar en otras disquisiciones. Señala el célebre jurista español y Decano del Colegio de Abogados de

¹⁴ “La abogacía”, Buenos Aires, 1934, pág. 182 y ssgtes., aunque para el citado autor, la obligación del secreto no es absoluta, ya que ésta cede cuando con eso mejora la defensa de su cliente, o cuando un interés superior lo exige.

Madrid que el mandato es una función de representación, mientras que el abogado, por regla general, no representa o no debe representar a su cliente sino que lo asesora y ampara. Además, apunta bien Ossorio, “*en el mandato es esencial la obligación por el mandatario de obedecer al mandante, en tanto que el abogado se deshonraría si aceptase el deber de obedecer a su cliente, pues en su especialísima relación ocurre todo lo contrario: que el cliente le obedece a él o que él abandona la defensa*”¹⁵.

Otros autores refieren que se trata de una locación de servicios, posición que incluso ha concitado la opinión dominante, según nos lo recuerda Bielsa ¹⁶, “*pero ello solo es verdad respecto de los abogados a sueldo que renuncian a su libertad para asistir a quien les paga y cumplir las ordenes que se le dan, pero ello no ocurre con los abogados libres que no aceptan compromiso ninguno, sino que defienden el asunto mientras les parece bien y lo abandonan en cuanto les parece mal*”, según la acertada apreciación de Ossorio.

Finalmente, y sin dejar de mencionar aquellos que califican la naturaleza de la relación como de contrato *sui generis* o innominado, están quienes pregonan la tesis de que el secreto es un depósito, como dice Merger, “necesario, inviolable y sagrado”.

La tesis del depósito, fundamentada por Perraud-Charmentier, es categóricamente rechazada por Gómez¹⁷. “*Es indefendible semejante opinión, porque, de acuerdo con la ley y con la doctrina, el contrato de depósito se verifica cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa. En el supuesto no hay cosa –mueble o inmueble– que sea su objeto, porque no puede atribuirse tal carácter al secreto*

¹⁵ “El alma de la toga”, pág. 53.

¹⁶ Op. cit., pág. 200.

¹⁷ Eusebio Gómez, “Tratado de Derecho Penal”, T. III, pág. 432.

confiado. Atribuírsele, importa un contrasentido, si la palabra cosa ha de conservar, como corresponde, su significado jurídico. Además ¿cómo se opera la devolución del secreto? Y la devolución de la cosa que forma su objeto es de la esencia del contrato de depósito”.

También Ossorio critica la postura del contrato-depósito. Con sensatez afirma *“a cualquiera se le ocurre que un depósito sólo puede constituirse sobre objetos muebles y que una confidencia, una relación, un estado de espíritu no pueden depositarse aunque al que lo recibe se le llame, en lenguaje figurado, depositario del secreto”*¹⁸.

¿En cuál tesis se enrola nuestro Código Procesal Penal?

La norma consagrada en el artículo 244, segundo párrafo, parece ajustarse a la tesis del contrato depósito, pues de acuerdo con la naturaleza jurídica de tal instituto, sólo puede disponer del secreto, esto es, del depósito, su dueño, o sea, el interesado, el cliente.

Dicha teoría se basa en que el secreto profesional tiene por objeto prevenir un daño, el cual, de producirse, daría lugar a una acción por indemnización de daños y perjuicios (artículos 1068 y 1109 del Código Civil). De ello se desprende que si el interesado releva al testigo, a su abogado, de la obligación de guardar el secreto, renuncia implícitamente a la acción y éste no podrá ya negarse a declarar¹⁹.

Tras analizar las diferentes posturas antes mencionadas, concluyo afiliándome, sin duda, en la tesis que propugna la primacía del interés público. Quien más ha influido para convencerme es Gómez, con el

¹⁸ Op. cit. Pág. 57.

¹⁹ Así, Hugo Alsina, en “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, T. III, pág. 547, y entre los penalistas: Florián, Elementos..., pág. 468; González Roura, III, pág. 180; Manzini, VIII, pág. 833; Díaz, pág. 287.

siguiente razonamiento: “*desaparecida la confianza en los profesionales, a todos asaltaría el temor de requerir, a los únicos que se la pueden dispensar, la asistencia de sus intereses morales y materiales*”²⁰.

Este argumento nos conduce a responder otro interrogante: ¿a quién pertenece el secreto?

IV- La naturaleza del secreto. ¿A quién pertenece?:

El concepto de “secreto” es muy laxo y de acuerdo a nuestro texto legal, (art. 156) comprende diversas categorías: estado, oficio, arte, empleo o profesión. Ello significa que abarca a sacerdotes, religiosos y numerosas actividades que no poseen carácter profesional, como los tutores, curadores, administradores. Puede sostenerse entonces que la condición secreta de un conocimiento no depende de la naturaleza del mismo, ni de la materia sobre la cual verse, sino, como apunta Molinario, del interés legítimo que alguien pueda tener en que aquél conocimiento no se revele ni divulgue. En este sentido acota Gómez, “*Los hechos son secretos o dejan de serlo, por la reserva que a su respecto se guarde, o por la revelación o divulgación que de ellos se haga*”²¹.

Se pregunta este autor: “*¿Quién decide acerca de la posibilidad de revelar el secreto sin daño para la persona que lo confió o a quién pertenece? No, ciertamente, los tribunales, que no conocen ese hecho, sus modalidades, sus consecuencias. No puede haber otro juez que la conciencia del profesional para pronunciarse respecto de la naturaleza secreta del hecho, cuando la justicia exige su revelación*”.

²⁰ Op. cit. Pág. 432.

²¹ Op. cit. T. III, pág. 441.

Y de inmediato agrega, “*El secreto, una vez confiado, no pertenece al que hace la confidencia; no pertenece, tampoco, al que la recibe, pertenece a la profesión que ejerce: pertenece a la sociedad, que reclama esa garantía de los hombres a quienes entrega el cuidado de sus más respetables intereses*”-el subrayado me pertenece-.

Coincido plenamente con el citado autor, pero solo en la primera parte. He seguido y comparto, como se ha visto, muchos de los razonamientos vertidos en esta materia por Gómez, pero que el secreto profesional, una vez confiado, pertenezca a la sociedad, como ente difuso e innominado, me parece constituye una bien intencionada declamación, o una alegoría algo distante de la realidad y, por cierto, de la objetivación que requiere la tutela del bien jurídico bajo examen. No obstante ello, sirve para ilustrar, de manera elocuente, el lugar sublime, casi intangible, en que el destacado penalista sitúa la protección del secreto profesional.

La opinión de Núñez sobre la cuestión no ayuda a despejar el interrogante, y hasta diría que añade algo más de confusión²². Dice el profesor cordobés “*El interesado en el secreto no es su poseedor, ni quien lo lleva a noticia del obligado a guardarlo, sino aquel al que pertenece, se relaciona o afecta directamente el hecho que constituye el objeto del secreto*”.

Hugo Alsina, por su parte, señala que “*No es exacto que el dueño del secreto sea la parte, pues media también una cuestión de ética profesional. No es sólo a aquélla a quien interesa la reserva, sino también al testigo, en cuya probidad y decoro confía la sociedad por razones de orden público. Por consiguiente, ni la parte ni el juez pueden obligar al testigo a revelar un hecho que en su concepto debe reservarlo por respeto a su dignidad profesional*”²³.

²² Op. cit. T. IV. Pág. 127.

²³ Op. cit. Pág. 547.

Existen otros autores que se enrolan definitivamente en la tesis contraria a la defendida, entre otros, por Gómez y por Alsina. Tal el caso de Horacio López Miró, quien señala que el “*carácter de confidencialidad de las comunicaciones entre clientes y abogado está dado exclusivamente en resguardo y beneficio de los intereses del cliente, y así, la facultad o no de divulgar la información confidencial es un derecho privado de la parte y, en consecuencia, ella misma puede decidir, con toda libertad, cuándo exigir o renunciar su cumplimiento. Sólo al cliente le interesa que algo que ha confiado a su abogado, se sepa o no se sepa, de modo que puede, sin duda alguna, dispensar al profesional de la obligación de guardar el secreto profesional*”²⁴.

El criterio esbozado por López Miró nos parece que muy poco contribuye a afianzar la dignidad de la profesión de abogado, por cuanto lo ubica casi como mero dependiente de la voluntad de su cliente; como simple receptor y ejecutor de sus decisiones. Tal concepción le resta esencia, autonomía y valor al magisterio de la abogacía, rebajándola, en forma inconsulta, a las coyunturales conveniencias del cliente, de quien dependerá, en definitiva, que el testimonio del abogado sea utilizado como elemento probatorio, cual estilete en manos del esgrimista. Puesto a servir como instrumento, su dignidad estaría a la merced de quienes se valen de él. “*El abogado, conservando la apariencia del patrono, serviría en la medida que resultara útil a los clientes*”, según la inspirada pluma de Francisco P. Laplaza, quien en su imperdible “Elogio del Abogado”, refiriéndose a la utilidad que presta el abogado, remata diciendo: “*El aparente honor de servir como siervo de la clientela, no debiera ser reivindicado por nuestros colegas*”²⁵.

²⁴ “La ética del abogado”, Edit. Abeledo Perrot, 1995, pág. 112.

²⁵ L.L., T. 129, pág. 1220.

López Miró, que por sus reflexiones parece adherir a la tesis del mandato, no tiene en cuenta que cuando el abogado ejerce la representación de los intereses de su cliente, no pasa a deberle sumisión, acatamiento ni obediencia de ninguna especie, puesto que de lo contrario, al decir de Ossorio, se “deshonraría” a si mismo.

Existen otros autores que postulan el mismo criterio. Así, el ya citado Alastair Watt, dice que el abogado convocado como testigo puede hablar o callar, pero él, el testigo, *“no es juez de dicha cuestión. No basta que consulte su conciencia profesional y que llegue a una decisión, que no es revisable, pues se olvida a veces que el privilegio de guardar silencio es a favor del cliente y no del testigo”*. Agrega que quien debe decidir tan delicada cuestión es el juez que interviene en el caso.

Y añade: *“¿Se puede imaginar la escena, en una audiencia, en la que a un profesional se le permite guardar silencio mientras su cliente le insta a que hable y protesta diciendo que la cuestión no es confidencial para finalmente comparecer en el lugar de los testigos y exponer toda la historia? Para evitar tales absurdos, la Corte debe obligar al testigo a responder cuando el mismo ha sido relevado de guardar secreto”*.

Me permito señalar que la postura de Watt, en cierta forma semejante a la de López Miró, considera al abogado como mero depositario de una confidencia ajena, cuyo titular, así como la dispensa la puede retirar, de acuerdo a su discrecional parecer y sin necesidad de consultar la opinión de su otrora custodio²⁶.

²⁶ Lo más probable es que cuando el cliente releve a su abogado de la obligación de guardar secreto, lo haga con el propósito de mejorar su situación procesal, de afirmar sus pretensiones o sus derechos. Dificilmente haya de pedirle al abogado que declare bajo juramento para perjudicarlo. ¿Debemos en tal caso prestarnos a ser utilizados como herramientas por el cliente?

Este enfoque, reitero, desvaloriza el rol del abogado, convirtiéndolo en un mero dependiente de la voluntad de su cliente. Más adelante desarrollaré los argumentos en que fundo mi discrepancia con esta postura.

En similar dirección se pronuncian Molinario-Aguirre Obarrio, quienes sostienen que no existen derechos absolutos. Concretamente dicen: *“El derecho del profesional a la reserva del secreto aparecería así como un derecho absoluto, como un derecho de cuya existencia y extensión sería único juez su propio titular. Semejante afirmación contraría principios elementales de nuestra organización jurídica. No hay, dentro de nuestra Constitución, derechos absolutos”*²⁷.

Al respecto diré que si bien no hay derechos absolutos (confr. artículo 14 de la C.N.), cuando las leyes reglamentan el ejercicio de tales derechos, muchas veces crean situaciones dilemáticas, generadoras de intereses encontrados, que terminan siendo superadas, leyes o fallos mediante, con la salvaguarda de unos en detrimento de otros, sin que ello autorice a consagrar el absolutismo de ningún derecho. Así, para no desviarnos mucho del tema, solo para mencionar algunos ejemplos vinculados con la materia, repárese la contraposición de intereses entre el médico obligado a denunciar los delitos contra la vida que conozca en el desempeño de su profesión y el secreto profesional; o el abogado, funcionario público, que conoce de la comisión de un delito a raíz de la confianza que le hace un cliente, y el secreto profesional²⁸.

Clariá Olmedo también se inscribe en la misma posición que venimos comentando. Sostiene: *“Nada puede impedir que se imponga el*

²⁷ “Los delitos”, T. II, pág. 144.

²⁸ Confr. Martín López Olaciregui, “La doble obligación de los abogados que ejercen su profesión como funcionarios públicos, de guardar el secreto profesional y el de denunciar los delitos de acción pública que conozcan en el ejercicio de sus funciones”, Bs. As. mayo 30 de 2001, Suplemento n° 6248.

testimonio sobre hechos que prácticamente dejaron de ser secretos porque ya se han divulgado suficientemente o el propio interesado pide su revelación en juicio. ¿Acaso no se favorecería el imputado con ese testimonio? ¿Cómo habrá de evitarse la introducción en el proceso de un valioso elemento probatorio ante la invocación de un escrúpulo profesional?”²⁹.

Como se ve, estos simples ejemplos muestran una clara contraposición de derechos, entre la administración de justicia de conocer un hecho delictivo y de obtener un testimonio; y el derecho de aquellas personas que son custodios de confidencias recibidas en el desempeño de su magisterio, por cuanto lo que en este caso se tutela no es el capricho antojadizo de los profesionales en retacear su colaboración a la justicia, sino la incoercibilidad de su libertad, de su intimidad, de su conciencia, por cuanto en ella alojan un secreto del cual no pueden liberarse, ni aún mediando consentimiento del interesado, a quien le ha dejado de pertenecer.

La inviolabilidad de ese secreto está fundada en la propia ley material, que acuña su punición en el artículo 156, pues resulta evidente el interés público de que se protejan las confidencias obtenidas por razón del ejercicio profesional. El interés público, claro está, no puede ser víctima de un contrasentido. En efecto, la ley material que obliga al abogado a guardar un secreto, no puede luego ceder ante la ley adjetiva que lo fuerza a revelarlo.

Sobre el tópico rescatamos el siguiente fallo: *“No ayuda a eludir la investigación de la justicia ni a sustraerse a su accionar, el abogado que cumple con el deber legal de guardar el secreto profesional, porque en caso contrario la seguridad jurídica de quienes confían sus conductas a sus apoderados se vería constantemente amenazada, no pudiéndosele exigir en la*

²⁹ “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T. III, pág. 324.

emergencia otra conducta al profesional, quien, de lo contrario, caería dentro del tipo penal de violación de secretos”³⁰.

Por su parte, el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados ha dicho que *“el deber de reserva constituye un derecho pero primordialmente un deber del abogado, y su violación hiere a la sociedad entera porque quita, a las profesiones en las que la sociedad se apoya, la confianza”³¹.*

Volviendo al interrogante propuesto al comienzo de este capítulo, esto es, ¿a quién pertenece el secreto?, hemos visto que no hay uniformidad de criterio entre los autores para brindar una respuesta unívoca, y ello demuestra, palmariamente, que no es tarea sencilla definir la naturaleza jurídica de la relación existente entre abogado y cliente.

V- El secreto profesional pertenece a la conciencia del abogado:

Por mi parte, considero que el secreto pertenece a la conciencia del abogado. *“Es a su conciencia y a su tacto a quienes corresponde fijar los límites que deba tener el secreto”*, según palabras de Appleton. La conciencia del abogado actúa siempre por encima de los deseos del interesado, y no puede ser condicionada por ninguna otra regulación.

Nadie puede negar el obvio interés del confidente en que se guarde el secreto, pero, como dice Florián, éste resulta insuficiente, pues *“el deber de secreto tiene su razón de ser no en la voluntad del que lo confía, sino en la especialidad de la profesión en virtud de la cual es confiado y en la*

³⁰ Cámara de Acusación, Salta, Sala 2º, “Mansilla y otros”, rta. el 7/5/92.

³¹ T.D., causa nº 3174, Sala III, rta. el 10/9/93.

naturaleza de los deberes que, en el interés general, son impuestos a los profesionales”.

Permítaseme explicar las razones en que fundo mi convicción.

La norma que tipifica el delito de violación de secretos (artículo 156 del C.P.), se refiere al sujeto activo de la conducta reprimida, como aquél que *“teniendo noticias, por razón de ...su profesión... de un secreto, lo revela sin justa causa”*. Es decir, abarca no sólo el secreto confiado, sino también aquel que el abogado haya conocido en el desempeño de su mandato. En otras palabras, puede tratarse de un secreto comunicado, como de un secreto advertido por el profesional (Soler). En forma similar lo expone Parry: *“El secreto se debe no solamente sobre lo que el abogado ‘aprende’, sino sobre lo que el abogado ‘sorprende’ en el ejercicio de su profesión”*.

Por lo dicho, puede ocurrir que el abogado haya conocido algo acerca de lo cual ni el propio cliente está impuesto. En este caso no hay voluntad del interesado en guardarlo, porque no conoce el hecho, y sin embargo el secreto existe y es igualmente exigible para el profesional. Esto demuestra que el bien jurídico protegido es algo difuso³². Reitero, la reserva que debe observar el abogado no está limitada a lo que le confie su cliente, sino también a otros aspectos que obviamente deben quedar bajo estricta reserva. En otras palabras, *la voluntad del interesado no es la única fuente que obliga a callar*. Allí se advierte, a mi criterio, el error en el que incurre López Miró, quien vacía de contenido la noble función del abogado.

¿Por qué se le sustrae al abogado la entidad de sujeto autónomo de la relación profesional?

³² Para Florián es supraindividual (Elementos... pág. 455).

Probablemente porque no se haya terminado de comprender, en su verdadera dimensión, que el abogado en el ejercicio de su profesión cumple con un altísimo magisterio; y que ese mismo magisterio, para merecer el respeto indisputable y desinteresado de la comunidad, debe estar coronado con el sello inexpugnable de la confidencialidad.

Repárese que al abogado, como al médico, es necesario recurrir. Es una imperiosa necesidad de orden práctico. No se concibe el desenvolvimiento de una sociedad jurídicamente organizada sin la tarea de los abogados (*advocatus, vocatus ad*: “llamado a socorrer”). Se lo consulta sobre los más diversos quehaceres y, muy especialmente, en relación a hechos referentes a la vida privada de las personas que no están al alcance de terceros, o de cualquiera; aunque no necesariamente deben constituir hechos ilícitos o inmorales.

Se requiere la opinión de abogados en cuestiones patrimoniales, de orden moral, societarias, familiares, laborales. Cualquier emprendimiento, privado o público, comercial o de la índole que fuera, reclama la consulta y participación de asesores letrados. Cualquier acto de la administración pública, o de particulares, que tiende a restringir los derechos de las personas, su capacidad volitiva, espiritual, intelectual y física, genera la inmediata intervención de abogados, en sus diferentes especialidades. A todas estas personas que necesitan dicho auxilio, la ley penal les garantiza que aquellos a quienes recurren guardarán estricto secreto de todas las noticias que hubieran obtenido, en forma revelada o descubierta, en el ejercicio de dicha profesión.

Es más, no sólo se necesita el asesoramiento de un abogado, también es menester tener la seguridad de que nadie, si así le conviniese, habrá de enterarse de las causas determinantes de su necesidad.

Lo que el cliente revela al abogado, se trata por lo general de hechos no conocidos y que el autor de la confidencia aspira a que no se divulguen, que no trasciendan, ni siquiera a una sola persona. El bien jurídico, entonces, reposa en la protección de la intimidad de las personas, o de la libertad civil, como la llama Molinario. Porque ese interés en que se conserven tales secretos gravita en el espíritu de las personas de tal forma que constriñe su desenvolvimiento o comportamiento. Esta circunstancia no puede resultar indiferente a la ley penal. Si la ley no protegiese esa confianza, dice Gómez, estatuyendo una pena “*para los que la traicionan, para aquellos que entregan su patrimonio moral, los ciudadanos se verían cohibidos en su libertad de buscar la defensa para sus bienes morales y materiales*”³³.

Con envidiable claridad reflexiona Rafael Gallinal: “*El ministerio del abogado exige de parte del cliente las confidencias más íntimas y absolutas; cómo podría él dar una opinión sin tener bajo sus ojos todos los actos que directa o indirectamente se relacionen. Y la ley que provoca, que impone estas confidencias de los ciudadanos para con los abogados, no puede exigir de éstos que la traicionen. Las leyes que acuerdan al abogado el título de consultor, no pueden forzarlo después a que revele las confesiones que se le han hecho. Tal sistema pondría a la ley en contradicción consigo misma, sería inmoral, inicuo y absurdo. La inviolabilidad del secreto no es sólo para los abogados una cuestión de honor, sino también de la esencia de su ministerio*”³⁴.

El abogado, en el ejercicio de su magisterio, ha conocido de parte de su cliente las revelaciones más íntimas, detalladas y secretas, ¿acaso no se afectaría notablemente la libertad de tal ministerio si el abogado

³³ Op. cit. pág. 453.

³⁴ Acerca de sus estudios sobre el Código de Procedimientos civil del Uruguay, citado por M.M. Cristoforetti en J.A. t. 1, pág. 491.

fuera convertido de pronto en testigo, y obligado a la divulgación pública de lo que ha sabido merced al secreto profesional?³⁵.

La relación que se entabla entre cliente y abogado es bilateral, compuesta e integral. Se genera una corriente de comunicación en ambos sentidos, fecunda y desinhibida, en la cual el cliente va abriendo poco a poco su alma, entregando hasta los más nimios detalles de los hechos materia de consulta o, en su caso, de proceso. El abogado conoce así, ilimitadamente, la intimidad de todos esos componentes, y para él ese conocimiento es sagrado, porque el cliente, al decir de Zeballos, “*le confió el destino de su vida*”.

Entre otras tareas del abogado figuran las de reunir datos y coordinarlos, encontrando el hilo que los vincula; descubrir gestos y miradas; ordenar y guardar, bajo el escudo de su silencio, todos esos elementos que laten en lo más íntimo del ser. Algunas veces tendrá que penetrar en capas más recónditas, sin ofender ni lastimar. Otras veces tendrá que sosegar pasiones que enturbian el entendimiento y, con paciencia, aportar claridad y medida para percibir e incorporar las confidencias del cliente.

Como ha dicho magistralmente Ceferino Merbilháa: “*El abogado goza de la más amplia libertad, a diferencia de los jueces, que se ven constreñidos a ignorar oficialmente todo lo que no esté cosido en el expediente. El abogado puede interrogar a las partes y a los testigos sin cortapisas, y obtener de ellos el mayor grado de sinceridad de que sean capaces, pues el cliente se confiesa con su letrado y los demás hablan en su presencia con menos inhibiciones que ante el juez y puede enfrentarlos sobre el terreno mismo donde las cosas mal llamadas inanimadas suelen tener un*

³⁵ Parry, en su obra, vierte una reflexión semejante y comenta la siguiente referencia: “Una consulta de los veinticinco más antiguos abogados de la Corte de Casación de Francia fue de opinión que el abogado debe ser dispensado de declarar como testigo sobre los hechos profesionales”. Y de inmediato agrega: “Todos los autores, civilistas y criminalistas, salvo algunas raras excepciones, reconocen este derecho al abogado”.

*lenguaje más expresivo que el de los hombres. Le es dado interpelar, sorprender, pesquisar*³⁶.

Si fuese el juez, como sostienen algunos de los autores antes citados, quien debe evaluar la pertinencia de relevar el secreto del abogado, ¿no implica ello, acaso, que el juez deba interiorizarse, en primer término, de todos los detalles que, precisamente, se trata de reservar? Que el magistrado pueda juzgar la aplicación de la regla y de la excepción, acatando la reserva o relevándola según fueran las circunstancias de hecho, ¿no atentaría contra la inviolabilidad del secreto? ³⁷.

Buen abogado, y la ley obviamente no pudo ser concebida en su desmedro, es aquél que se distingue por ser orgulloso poseedor de su independencia, porque sabe que está exento de toda clase de servidumbres, porque dicha independencia, como apunta Bielsa, lo *“puede hacer al hombre, noble sin nacimiento, rico sin bienes, elevado sin dignidades, feliz sin ayuda de la fortuna”*.

El abogado, en el ejercicio de su magisterio no obra en forma imparcial, y no lo hace porque no debe hacerlo. De la misma forma procede su adversario. Es el juez quien debe buscar, encontrar y dispensar imparcialidad³⁸. Y si el defensor es y debe ser un razonador parcial, *“un razonador que trae agua a su molino”*, según el expresivo concepto de Carnelutti, ¿cómo puede forzarse su declaración testimonial, que por definición exige revelar la cruda verdad de cuanto supiere, admonición

³⁶ Conferencia del autor citado sobre “El alma del abogado”, en el Instituto Popular de Conferencias, septiembre de 1945.

³⁷ Confr. Raymundo L. Fernández, en J.A., t. 48, pág. 486, en relación al secreto médico.

³⁸ “El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no sólo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de éste; porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor la reacción equilibradora de una parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria”, Piero Calamandrei, “Elogio de los Jueces”, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 126/7.

punitiva mediante, sin sacrificar la parcialidad para la cual fue educado, sin martirizar su conciencia, sin despojarlo de su intimidad?

Suscribo íntegramente la recordada máxima de Juan Manuel González Sabathié: *“El secreto profesional constituye a la vez un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirle; es un derecho del abogado hacia los jueces, pues no podría escuchar expresiones confidenciales si supiese que podía ser obligado a revelarlas”*³⁹.

Frente al imperativo de los jueces que pretenden torcer la convicción de la inviolabilidad del secreto, pregona Zeballos, el abogado debe oponer la severidad del juramento prestado y el escudo de su propia conciencia, la cual, como concepto cultural inherente a la formación moral de cada ciudadano, tendrá diferente grado de rigidez, pero no por ello podrá arrebatarle la posesión del secreto a aquél a quien la sociedad y la propia ley sustantiva han destinado como su digno custodio⁴⁰.

VI- Conclusión:

La conciencia es un juicio de la razón práctica sobre la bondad o malicia de los actos morales que se realizan y han de realizarse. La conciencia, todos lo sabemos, acusa, excusa, remuerde, alaba y justifica; también nos traiciona, nos combate y hasta nos delata⁴¹.

Se nos podrá señalar que atribuirle la pertenencia del secreto a la conciencia del abogado, sería, valga el juego de palabras, una contumaz inconciencia, una concesión inmerecida porque hay abogados que

³⁹ Norma de Etica Profesional del Abogado, Colegio de Abogados de Rosario, 1982.

⁴⁰ “El abogado tiene el derecho y el deber de abstenerse de contestar a toda pregunta que se les haga por un juez instructor, y ellos son los únicos jueces para discernir si las respuestas pedidas pueden o no comprometer el secreto que deben guardar”, Moreu, citado por Clara Campoamor, op. cit.

⁴¹ “Ella misma nos sirve de verdugo y nos azota sin cesar con su látigo invisible”, Juvenal XIII, 195.

carecen de ella, o bien la tienen anestesiada; como si se pretendiese resguardar una valiosa pintura en una habitación sin techo ni ventanas⁴².

Sí, indudablemente la integridad, vigor y sensibilidad de la conciencia tiene que ver con las virtudes morales de su poseedor. Ciertamente es que la conciencia no es un vestido que, cual sombrero, pueda ser advertido a simple vista. Pero el cliente busca un abogado cuya conciencia, o lo que quede de ella, no le resulta indiferente. Con lo cual, si la conciencia es un atributo que nos distingue de los demás seres animados, cabría hacer la misma observación a quienes sostienen que el secreto pertenece al cliente. ¿Es digno éste, según el espesor de su conciencia, de conminar a su abogado a revelar el secreto confiado? ¿Acaso el mismo Juez puede escapar a esta reflexión?

Entregarle al abogado la llave que cierra y abre el cofre donde guarda el secreto ¿es más peligroso que hacerlo con el cliente, o con el propio magistrado? ¿No son éstos últimos tan humanos y falibles como el primero, entrenado y educado para ser un celoso guardián de las más íntimas confidencias?

Si se repara que al cliente que decide relevar a su abogado del secreto confiado sólo lo inspira un interés particular, que no siempre ha de coincidir con el interés de la justicia, dualidad ésta sólo cognoscible por el abogado; si se repara que a éste último lo guía el legítimo propósito de mantener incólume la confianza que en su magisterio deposita la comunidad, entelequia compuesta por cientos de hipotéticos clientes, que así verán en él una ciudadela incoercible, entonces se comprenderá, sin demasiado esfuerzo, que conceder prioridad a la decisión interesada del ocasional particular, como lo hace el Código Procesal en su artículo 244 con el eufemismo de “justa

⁴² “Existe siempre una masa de hombres que estudian el derecho como hubieran estudiado cualquier cosa; sin pena ni gloria; no para obedecer un mandato íntimo sino por motivos externos y circunstanciales”, nos recuerda Ceferino Marbilaháa, antes citado. Por mi parte diré que los malos abogados, escoria de todas las épocas, no lograron nunca impedir la existencia de los abogados honestos y decentes.

causa”, terminará por aniquilar el magisterio mismo de la abogacía y, en consecuencia, de socavar la seguridad jurídica que la nutre y ampara.