

# EL DELITO DE VIOLACIÓN DE SECRETO Y EL PROFESIONAL CONVOCADO A PRESTAR DECLARACIÓN TESTIMONIAL

por Néstor Jesús Conti \*

SUMARIO: **1.-** Introducción. **2.-** El bien jurídico. **3.-** El secreto y su titularidad. **4.-** El profesional y los secretos que le son confiados en razón de su cargo, oficio, arte o profesión. **4.a.-** ¿Qué pasa en el caso de los psicólogos?. **4.b.-** ¿Qué pasa con los abogados?. **5.-** El secreto y su valoración en caso de que un profesional sea convocado como testigo a un juicio. **6.-** Las dos cuestiones esenciales para desentrañar este tema: la existencia o no de justa causa para una eventual “revelación” y el deber de abstención impuesto procesalmente al profesional. **6.a.-** La existencia de “justa causa” para relevar del secreto. **6.b.-** El profesional llamado como testigo y el deber procesal de abstención de declarar. **7.-** El descubrimiento de la “verdad” como fin del proceso: Los derechos del imputado frente al derecho a la intimidad de una persona. **8.-** Síntesis. Opinión personal.

## 1.- Introducción.

Bajo la denominación de “violación de secretos” el Código Penal, en su Título V, Capítulo III, castiga una serie de conductas atentatorias contra la libertad de las personas en el marco de su esfera más reducida y propia de la intimidad personal.

Así, el descubrimiento y la revelación de secretos, constituyen tipos legales de incriminación tradicionalmente destinados a la garantía de los derechos individuales de reserva e intimidad personales.

El derecho a la intimidad, así entendido, encuentra reconocimiento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como derecho fundamental de la persona humana. Empero, y a partir de la reforma del año 1.994, en virtud del numeral 75 inciso 22º de la Carta Magna, también por los Pactos internacionales a ella incorporados.

Me voy a abocar entonces -y específicamente- al delito de violación de secreto particular (CP., 156)<sup>1</sup>, y a las particularidades que el mismo presenta; pero muy concretamente a como deben interpretarse las normas legales que serán analizadas (de fondo y de forma) en relación al profesional (como posible autor del delito que se viene mencionando) que resulta convocado a prestar declaración como testigo en una causa

---

\* Profesor Ayudante de la Asignatura Derecho Penal. Parte Especial, en la Facultad de Derecho, UNMdP.. Juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Depto. Judicial Mar del Plata.

<sup>1</sup> NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, Argentina, 1.989, p. 125/6. Así lo define el prestigioso autor mediterráneo, toda vez que no necesariamente se necesita ser profesional para poder ser autor de este delito.

acerca de hechos o circunstancias que ha conocido bajo las circunstancias enumeradas por la norma penal.

Con ello quiero dejar en claro que acoto exclusivamente el tema al extremo enunciado precedentemente, dejando fuera de este ensayo la vinculación del delito de violación de secreto con la obligación de denunciar que recae legalmente sobre ciertos profesionales, puesto que se trata éste de un tema (por demás interesante y con muchos vericuetos legales) sobre el que mucho más se ha dicho y escrito. Su desarrollo excedería por completo el objeto de este breve trabajo.

Entonces, habré de individualizar el bien jurídico contenido por la normativa legal a tratar, la titularidad del secreto objeto de protección (no sin brindar algunas precisiones del tipo penal) y qué puede ocurrir y como debe procederse cuando un profesional es convocado como testigo a un proceso en el que se juzga a un tercero sobre el que puede -o no- ser de relevancia “el secreto” que el mismo detenta.

## **2.- El bien jurídico.**

El Estado debe basarse en generalizaciones empíricas para determinar el espectro de posibles intereses subjetivos que debe proteger a través de las normas generales, en esta tarea, tiene la obligación de brindar seguridad jurídica a todos los ciudadanos. Ello se logra a partir de la consagración constitucional del principio de autonomía, entendido como la libertad de todos de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros (CN., 19 y 75 inciso 22º).

La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de bien jurídico nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de los mismos<sup>2</sup>.

En este sentido, los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativas de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática<sup>3</sup>.

Respecto del concepto, naturaleza y alcance del bien jurídico se ha dicho que la puja por la configuración de su contenido encierra, en principio, una disputa para controlar el desmedido avance del derecho penal a partir del establecimiento preciso de normas que tipificaran las conductas jurídicamente relevantes de las que la sociedad o el estado debían protegerse. Ello encierra, naturalmente, una discusión de neto perfil ideológico<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan J. – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 2, Trotta, Madrid, España, 1.999, p. 57/8.

<sup>3</sup> Ídem, p. 59.

<sup>4</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Sobre el contenido material del bien jurídico penal*, citado por AGUIRRE, Eduardo Luis, *Bienes jurídicos y sistema penal*, Di Plácido Editor, Buenos Aires, Argentina, 2.005, p. 92/3.

Adentrándome al bien jurídico que aquí se analizará, debo comenzar por recordar que nuestra Constitución Nacional enuncia en su Preámbulo los objetivos que se propone alcanzar y, entre ellos, señala el de *“asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”*.

A partir de esta consagración constitucional, la ley penal no puede omitir, entre los bienes que ella contiene, el bien de la libertad; concretamente, la libertad de ejercer todos y cada uno de los derechos que de la Carta Magna emanan.

Este concepto de libertad que consagra la Ley Suprema se deduce de los llamados derechos fundamentales o derechos del hombre, por cuanto la Constitución contiene, dentro de su filosofía, la idea de que el hombre es un sujeto de derecho con capacidad de autodeterminación, esto es, con autonomía de voluntad que debe ser respetada en todos sus aspectos, lo que lleva a que en sí mismo contenga la posibilidad de ejercer su libertad sin trabas, salvo las limitaciones indispensables en sus relaciones con terceros.

Dicha noción tiene su fundamento en los artículos 18, 19 y 33 de la Carta Magna, pero a partir del año 1.994 adquieren particular relevancia al respecto los pactos internacionales; entre ellos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 1º), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 9 inc. 1º) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 7 inc. 1º).

No puede olvidarse que, de acuerdo al texto constitucional, la libertad es patrimonio esencial de todos los hombres y que, como consecuencia, en ella se asienta el principio de igualdad al que regula en sus alcances<sup>5</sup>.

La libertad a la que me estoy refiriendo, la que protege de conducta de terceros nuestro Código Penal, es la libertad civil, es decir, *el derecho que tiene todo ser humano a desarrollar sus actividades, en su propio beneficio o en el de otros, y sin más limitaciones que las que resulten indispensables para mantener el orden social y salvaguardar el derecho idéntico que compete a todos los demás*<sup>6</sup>.

Este es el concepto de libertad que emerge del artículo 19 de la Constitución Nacional y el que debe ser entendido en sus tres aspectos: el modo físico, psíquico y social del ser humano, por lo tanto, la libertad civil comprende la capacidad de obrar del hombre en su triple condición de ser físico, ser psíquico y ser social.

---

<sup>5</sup> MORAS MON, Jorge R. – DAMIANOVICH, Laura T. A., *Delitos contra la libertad*, Ediar, Buenos Aires Argentina, 1.972, p. 41.

<sup>6</sup> GREGORIO BADENI, citado por MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, t. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1.996, p. 12.

La conducta que castiga en abstracto el numeral 156 del Código Penal resguarda, precisamente, uno de los aspectos mencionados: el psíquico; es decir, la libertad de autodeterminación de una persona a confiar un secreto a alguien sin correr el riesgo de que el mismo sea revelado y, así, conocido por terceras personas.

### **3.- El secreto y su titularidad.**

Es unánime la doctrina en señalar que el objeto de protección en la figura comentada es la esfera de reserva que constituye la intimidad de la persona; concretamente, en lo que concierne a los secretos confiados por necesidad a personas que se hallan en determinados cargos, artes o profesiones<sup>7</sup>.

El verdadero fundamento de esta incriminación (la del art. 156 del CP.), reside en la ineludible necesidad en que se encuentran los hombres de acudir a los servicios de sus semejantes para la realización de algunos de sus fines individuales o sociales. Esa necesidad se acrecienta con la división del trabajo social y halla su fundamento natural en la finitud de las fuerzas humanas y de la capacidad del individuo para saber y para obrar. La ley otorga, entonces, a todos aquellos que se ven puestos en la necesidad de acudir a determinados servicios de sus semejantes, la garantía de que éstos conservarán, en un secreto riguroso, todas las noticias que les hubieren llegado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Tal garantía reside en la incriminación legal de toda forma de conducta que importe la divulgación injustificada de la noticia destinada a ser conservada en secreto<sup>8</sup>.

De acuerdo con lo dicho, uno de los aspectos anteriormente señalados del concepto de intimidad (CN., 19) encuentra debido resguardo en el deber de confidencialidad terapéutica.

En este sentido se ha dicho que *el secreto profesional tiene por objeto dicha esfera íntima de la persona, considerada tanto en su entidad física como moral. Quedan excluidas las sanciones que le atañen desde varios puntos de vista: familiar, político, comercial, económico, religioso, etc.. Este secreto se basa en la necesidad, por diferentes motivos, de confiar a una persona asuntos reservados debido a su estado, posición, oficio, empleo, profesión o arte*<sup>9</sup>.

Conforme a todo ello, y que quede claro desde el mismo comienzo de este trabajo<sup>10</sup>, el titular del bien jurídico objeto de protección es, precisa y únicamente el titular del secreto,

---

<sup>7</sup> Entre otros, DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2.001, p. 365/6; CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1.998, p. 364; GRASSO, Mariana, *Violación de secretos*, en NIÑO, Luis – MARTÍNEZ, Stella Maris, *Delitos contra la libertad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2.003, p. 365; etc..

<sup>8</sup> MOLINARIO, Alfredo, ob. cit., p. 129/30.

<sup>9</sup> CIFUENTES, Santos, *El derecho a la intimidad*, El Derecho, t. 57, p. 838.

<sup>10</sup> Pues es ésta mi opinión razonada.

es decir, la persona que confía por necesidad a un profesional -por ejemplo- alguna cuestión relativa a su intimidad.

#### **4.- El profesional y los secretos que le son confiados en razón de su cargo, oficio, arte o profesión.**

Muchos son los casos en que una persona puede verse compelida a confiarle “su” secreto a distintos profesionales.

Ello ocurre en innumerable cantidad de supuestos; empero, a los efectos de acotar la labor emprendida, habré de tomar como ejemplos los que, me parecen, resultan ser los más significativos casos en que un profesional “debe” necesariamente guardar el secreto que se le confía por “necesidad”.

La omisión de nombrar a los médicos no es meramente casual, sino, por el contrario, caprichosa; toda vez que respecto de estos profesionales se vincula mucho más la obligación que su oficio o profesión les impone de efectuar denuncias y con temas como la “prohibición de autoincriminación”, cuyo tratamiento -ya adelante- dejaré para otra oportunidad<sup>11</sup>.

##### **4.a.- ¿Qué pasa en el caso de los psicólogos?**

La Ley 23.277, en su artículo 8º, en su inciso 4º, establece que los profesionales que ejerzan la psicología están obligados a *“Guardar el más riguroso secreto profesional sobre cualquier prescripción o acto que realizare en cumplimiento de sus tareas específicas, así como de los datos o hechos que se les comunicare en razón de su actividad profesional sobre aspectos físicos, psicológicos e ideológicos de las personas”*.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que *“La ley 23.277 que regula el ejercicio de la psicología, en el ámbito de la Capital Federal, establece en su artículo 8, inciso 4 el deber de los profesionales de guardar el más riguroso secreto profesional sobre cualquier prescripción o acto que realizaren en cumplimiento de sus tareas específicas, así como de los datos o hechos que se le comunicare en razón de su actividad profesional sobre aspectos físicos, psicológicos o ideológicos de las personas”*<sup>12</sup>.

Esta obligación impuesta por ley a los profesionales psicólogos debe analizarse de manera conjunta y armónica a lo dispuesto por el artículo 156 del Código Penal anteriormente analizado, por cuanto la manifiesta intención del legislador no ha sido otra que la de asegurar la preservación de la intimidad del paciente que se ve obligado a confiar sus secretos a un profesional.

<sup>11</sup> Sobre la actividad médica y el derecho a la ética, puede verse un interesante trabajo de Alain Garay, *Consentimiento y rechazo al acto médico: del derecho a la ética*, publicado en Revista Nova Tesis. Doctrina y Jurisprudencia, n° 7, septiembre de 2.006, p. 50 a 60.

<sup>12</sup> Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, Sala IIº, octubre 9/2003, C., R. C. y C., J. M. s/nulidad (causa n° 20.105), publicado en Revista *El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dirección de Alberto Mahiques, junio de 2.004, p. 41.

Además, el tratamiento terapéutico importa una relación singular entre el profesional y el paciente, la que conlleva -siempre- la confidencialidad de las cuestiones relativas a la intimidad de éste último.

El concepto de confidencialidad es absoluto y debe ser norma aquello que “todos los hechos conocidos por el profesional son motivo de secreto”<sup>13</sup>.

En este mismo sentido, ha dicho la jurisprudencia que *el secreto profesional presume una relación de confianza que es el valor defraudado con la revelación*<sup>14</sup>.

En definitiva, queda sumamente claro, la regla que deben observar estos profesionales es la prohibición de revelar el secreto que, en razón del ejercicio de su actividad, les fuera confiado.

#### **4.b.- ¿ Qué pasa con los abogados?.**

En líneas generales; es decir, en principio, les rige la misma obligación de guardar el secreto a estos profesionales; empero, deben de ponerse de resalto algunas particularidad que hacen al ejercicio de esta profesión en concreto.

Me resulta de interés hacer mención -a esta altura- que el celoso resguardo que la ley le impone a estos profesionales también viene previsto por las normas de ética profesional que regulan el ejercicio de la abogacía en la provincia de Buenos Aires (dictadas en función de lo normado por el art. 25 inciso 8º de la ley 5.177/54 y del art. 32 inc. b) del decreto nº 5410/49), por cuanto el artículo 11 de dicho cuerpo legal establece que “*el abogado debe guardar rigurosamente el secreto profesional*”, y en el inciso IIº) de dicha norma específicamente se establece que “*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 al abogado el derecho ante los jueces, de oponer el secreto profesional y de negarse a contestar las preguntas que lo expongan a violarlo*”.

En este sentido, claramente expone D´Albora<sup>15</sup> que es inconcebible la declaración del abogado en el cumplimiento de su ministerio; si se desconociese este límite se coloca a dichos profesionales frente a la alternativa de violar el secreto o desobedecer la orden judicial. Para realizar tal afirmación cita un fallo de la CCC, Sala IV (publicado en J.A., 1996-II, p. 565).

Me pregunto si podría imponérseles la obligación de declarar sobre hechos o circunstancias conocidas en el ejercicio de su profesión a los abogados, aún sin existir normativa procesal al respecto, ante estas claras y contundentes normas de ética. La respuesta -creo- ni siquiera necesita ser expresada.

---

<sup>13</sup> ROJAS, Nerio, *Medicina Legal*, Ateneo, Buenos Aires, Argentina, 1.996, p. 531.

<sup>14</sup> TCPBA., causa nº 5.200 de la Sala IIIª y causa nº 6.353 de la Sala Iª.

<sup>15</sup> D´ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación. Ley 23.984*, 3º edición, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1.997, p. 357.

## 5.- El secreto y su valoración en caso de que un profesional sea convocado como testigo a un juicio.

Como muy bien señalara Sebastián Soler, pocos temas son objeto de interpretación tan vaga y contradictoria como el que se refiere a la violación de secreto profesional<sup>16</sup>. A ello contribuyen interpretaciones (algunas equivocadas, según el autor), no ya de la disposición penal que castiga la figura mencionada, sino de leyes procesales vinculadas con aquella y, además, de una de las figuras del encubrimiento<sup>17</sup>.

Habiéndose dejando aclarado que el último de los supuestos mencionados no será objeto de análisis, transcribiré las normas -de fondo y de forma- que hacen al objeto de este ensayo.

El artículo 156 del Código Penal establece que *“Será reprimido con multa de mil quinientos pesos como mínimo a noventa mil pesos como máximo e inhabilitación especial, en su caso, por 6 meses a 3 años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”*,

Por otro lado, el artículo 236 del ordenamiento ritual bonaerense dispone, bajo el título “Deber de abstención”, que *“Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo sanción de nulidad, los ministros de un culto admitido, los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.*

*Sin embargo, estas personas no podrán negarse a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado.*

*Si el testigo invocare erróneamente el deber de abstención, con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá, sin más, a interrogarlo”.*

Por su parte, y con el mismo texto, el numeral 244 del ritual nacional establece el mismo deber de abstención.

Como puede advertirse, cobra fundamental importancia la interpretación que se haga de estas disposiciones legales, puesto que, según se verifique en cada caso en particular, podría llegar a materializarse el caso en que una declaración deba ser fulminada de nulidad por inobservancia de las disposiciones adjetivas o, por el contrario, que un órgano jurisdiccional “colabore” en la producción de prueba manifiestamente ilegítima.

El tema es por demás interesante.

---

<sup>16</sup> Yo diría, mejor, secreto particular -siguiendo a Núñez- o, simplemente secreto.

<sup>17</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1.996, p. 133. En el mismo sentido, salvo en lo que hace a la denominación del delito, NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., p. 131 (nota n° 159).

**6.- Las dos cuestiones esenciales para desentrañar este tema: la existencia o no de justa causa para una eventual “revelación” y el deber de abstención impuesto procesalmente al profesional.**

**6.a.- La existencia de “justa causa” para relevar del secreto.**

La doctrina admite, de manera casi unánime, como justas causas de revelación **a)** el consentimiento del titular del secreto, **b)** la defensa del interés propio o de terceros (CP., 34 incisos 6º y 7º), **c)** el ejercicio de un derecho (CP., 34 inc. 4º) y **d)** la obligación de denunciar ciertos hechos -ej., los médicos tienen la obligación de denunciar nacimientos, defunciones, delitos perseguibles de oficio, etc.<sup>18</sup>.

Conforme a lo hasta aquí señalado, tenemos que el delito de violación de secreto se configura al verificarse la realización de la conducta típica prevista por la norma (CP., 156), consistente en revelar un secreto, es decir, descubrirlo, ponerlo de manifiesto o darlo a conocer a una o varias personas; careciendo de relevancia que el receptor ya conozca, por otra vía, el contenido de la noticia o información revelada<sup>19</sup>.

Conceptualmente, coincide la doctrina mayoritaria en que secreto es lo que está oculto, reservado y limitado a un número determinado de personas, lo no divulgado por su titular, el que debe tener un interés en mantenerlo en ese estado<sup>20</sup>.

Por su parte, la revelación<sup>21</sup> del secreto sólo es punible si su divulgación “puede causar daño”, o sea, que de la conducta derive la posibilidad de un perjuicio para un tercero, por lo que se trata de un delito de peligro concreto; pudiendo ser, a su vez, el detrimento referido de cualquier naturaleza, esto es, físico, moral, patrimonial, social, etc.<sup>22</sup>.

Finalmente, y en este punto es unánime la doctrina, el tipo penal se completa cuando la revelación ha sido hecha “*sin justa causa*”, es decir, en forma ilegítima.

A partir de ello, si la revelación está justificada, no se verifica uno de los elementos normativos del injusto penal, por lo que la ausencia del mismo deviene en la atipicidad de la conducta.

---

<sup>18</sup> NÚÑEZ, Ricardo, ob. cit., p. 126/8; SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 141/50; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, Mave, Corrientes, Argentina, 2.000, p. 626/9; CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7º edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2.007, p. 398; KRAUT, Alfredo J., *Tratamiento psiquiátrico y secreto profesional*, La Ley, 1.988-C, p. 753; entre otros.

<sup>19</sup> BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 624.

<sup>20</sup> MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, T. IV, Temis, Bogotá, Colombia, 1.972, p. 516; DONNA, Edgardo, ob. cit., p. 368; ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, T. 2, 2º edición, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2.007, p. 271/2; RIQUERT, Marcelo, *El delito de violación de secretos (consideración general y su conexión con los deberes de denunciar y atestiguar)*, en FERRARA, Juan Alberto (Director), *Temas de Derecho Penal argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2.006, p. 468/9; entre otros.

<sup>21</sup> Que no es otra cosa que la conducta típica prevista por la norma, es lo mismo que descubrir, es poner el secreto en conocimiento de una persona que no lo conoce. Ello, según nos ilustra FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, actualizado por Guillermo Ledesma 14º edición, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1.995, p. 365.

<sup>22</sup> BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 625.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que la justa causa señalada por el artículo 156 del Código Penal se refiere a una causa exclusivamente legal<sup>23</sup>.

Amén de ello, vale decirlo, de existir “justa causa”, el único que puede (y debe) evaluarla es el profesional interesado, pues será quien decida si la misma justifica o no revelar el secreto que le fuera confiado y arriesgarse (o no) a un proceso penal por el delito castigado por el numeral 156 del elenco sustancial o por un delito contra el honor; máxime, cuando sean convocados a prestar declaración como testigos en un proceso penal y tengan que decidir o bien declarar, o bien, ampararse en el secreto profesional, por cuanto no es el juez quien debe (ni puede) relevar al testigo de dicho compromiso profesional y ético.

Eso debe quedar claro, pues ninguna duda puede abregarse al respecto.

#### **6.b.- El profesional llamado como testigo y el deber procesal de abstención de declarar.**

Entiendo acertado el criterio del sector de la doctrina contemporánea, al analizar el punto aquí tratado, en sostener que el conflicto, en realidad, se verifica entre la obligación de guardar secreto que tiene el profesional y la obligación que tiene el mismo de atestiguar con veracidad<sup>24</sup>.

Sin embargo, considero que suele confundirse la justa causa de revelación con la obligación de testificar cuando, en realidad, las excepciones que establece la ley procesal (o, incluso, la material) son justamente para los casos en que no existe obligación jurídica de mantener el secreto. De esta forma, no veo que exista contradicción alguna, empero, ello merece algunas explicaciones.

Cuando un profesional es llamado como testigo a un proceso tiene la obligación, por regla, de producirse con verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, bajo apercibimiento de cometer el delito previsto por el artículo 275 del elenco sustancial. Ahora, esta misma disposición legal deja a salvo las excepciones a la regla por ella instaurada (CPPBA., 232, 2º párrafo).

La cuestión suele controvertirse, en estos casos, en determinar quien puede o debe relevar del secreto al profesional convocado como testigo al juicio.

Desde antiguo se sostiene que *es indudable que el juez no puede imponer la violación del secreto profesional*<sup>25</sup>; de acuerdo con ello, se ha sostenido también que no hay mejor ni más juez que la propia conciencia del profesional convocado como testigo al juicio

---

<sup>23</sup> SCBA., P. 38305 S 3-4-1990, La Ley, 1990-C, p. 599.

<sup>24</sup> RIQUERT, Marcelo, ob. cit., p. 486.

<sup>25</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, T. 2, Temis, Bogotá, Colombia, 1.957, p. 442.

para pronunciarse sobre la naturaleza del hecho y la existencia de justa causa cuando la justicia exige su revelación<sup>26</sup>.

Con ello quiero decir -insisto- que es el propio profesional quien debe evaluar si existe o no justa causa para revelar algún secreto que le haya sido confiado en razón de su profesión. Frente a ello, podrá optar el testigo por prestar declaración y manifestarse con verdad de todo cuanto supiere y le fuere preguntado, o bien, negarse a declarar amparándose en el deber de abstención que consagran los artículos 236 del ordenamiento ritual bonaerense y 244 del Código adjetivo nacional, obviamente, para no cometer el delito previsto por el artículo 156 del Código Penal.

Tal como hiciera referencia párrafos antes, y como consagran las normas procesales anteriormente citadas, el deber de abstención cesará cuando la liberación de guardar el secreto provenga del interesado, es decir, del titular del mismo.

De acuerdo con ello, el único que puede relevar al profesional que guarda el secreto de su obligación de mantenerlo, es la persona que se lo confió, no el juez<sup>27</sup>.

A ello debe agregarse que, aún así, el profesional no queda obligado a revelar secreto alguno, pues sólo él puede evaluar la existencia o no de la justa causa que le permita realizar la mentada conducta de manera impune, toda vez que, como dicen De Luca y Lacman<sup>28</sup>, es él quien tiene la mayor información, y sólo él puede determinar bajo qué circunstancias violará o no las reglas de ética que rigen su profesión.

Resulta importante destacar que la apreciación acerca de si el testigo se halla o no en situación de “secreto profesional” (de estado, oficio o profesión) es privativa de quien declara pues es quien tiene la mayor y más importante información al respecto. Debe entenderse que esa persona no puede ser obligada a prestar testimonio en estos casos, más allá de eventuales responsabilidades penales y procesales en que pudiese incurrir<sup>29</sup>.

Ahora, y tal como ya mencionara precedentemente, liberado el profesional de la obligación de guardar el secreto, el Tribunal debe poner en su conocimiento dicha circunstancia y será éste quien decida revelarlo o callarlo, pues sólo él puede determinar bajo que circunstancias violará o no las reglas de ética que rigen su profesión.

---

<sup>26</sup> GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, Argentina, 1.939, p. 441.

<sup>27</sup> En igual sentido, DE LUCA, Javier Augusto, *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1.999, p. 43.

<sup>28</sup> DE LUCA, Javier A. – LACMAN, Valeria A., *El secreto profesional y su relevamiento en el proceso penal*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, septiembre de 2.007, p. 1.740/1.

<sup>29</sup> GRANILLO FERNANDEZ, Héctor M. – HERBEL, Gustavo A., *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2.005, p. 507.

## **7.- El descubrimiento de la “verdad” como fin del proceso: Los derechos del imputado frente al derecho a la intimidad de una persona.**

Podría llegar a alegarse que, en caso de no relevarse de la obligación de guardar secreto al profesional o no “obligarlo” a decir cuanto supiere y le fuere preguntado, se puede llegar a afectar el derecho de defensa en juicio y el descubrimiento de la verdad de los hechos, por cuanto -con dicha testimonial- se puede llegar a develar alguna circunstancia o hecho favorable a los intereses del imputado.

Es cierto que el proceso penal tiene como objetivo manifiesto el descubrimiento de la verdad; lo que también resulta acertado es afirmar que el concepto de “verdad” es de difícil delimitación.

Con prístina claridad enseña el profesor Maier que desde el punto de vista del conocimiento histórico, reproductor de objetos reales, que existen en el tiempo y en el espacio, *verdad es la relación de concordancias entre el pensamiento y el objeto pensado*. Que el concepto de verdad alude siempre a una relación de conocimiento, la que se establece entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido, o a conocer, trascendente a él. Desde este ángulo de observación verdad es, entonces, la representación ideológica correcta de una realidad ontológica<sup>30</sup>.

Conforme a ello, deviene manifiesta la imposibilidad del conocimiento -en un proceso penal- de la verdad real de un suceso histórico pasado, por cuanto lo que se busca, a todo evento, es el descubrimiento de la verdad formal (o forense).

Al respecto, continúa ilustrando el distinguido procesalista citado, la verdad real y la verdad formal no son significados que apunten a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad. Se puede decir que la diferencia estriba más en las formas con las que los diferentes procedimientos judiciales atacan la investigación de la verdad o en los condicionamientos formales para fijar el objeto de la averiguación y para incorporar el material necesario a fin de conocer la verdad histórica, que en el núcleo significativo del concepto. El derecho procesal penal -y de allí su especificidad por vía de principio- objetiviza más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico-procesales, por la trascendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad<sup>31</sup>.

Lo que no debe perderse de vista es que este objetivo manifiesto del proceso penal reconoce límites formales, por cuanto no a cualquier costo puede el Estado pretender llegar al conocimiento de la verdad.

---

<sup>30</sup> MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal. T. I. Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2.002, p. 841/2.

<sup>31</sup> MAIER, Julio, ob. cit., p. 851.

En efecto, suele afirmarse que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el proceso penal es el instrumento establecido por la ley para la realización del derecho penal sustantivo y, por tanto, satisface su misión mediante la decisión que actúa (positiva o negativamente) la ley penal. En fin, la decisión penal puede ser incorrecta, desde el ángulo de observación relacionado con la averiguación de la verdad, incluso ser conocida esta circunstancia y, no obstante, ser alcanzada la finalidad social y jurídica del procedimiento judicial, hasta llegar a predicar que la decisión es perfectamente válida, aún desde el punto de vista jurídico<sup>32</sup>.

Dado que el pretendido objetivo de la averiguación de la verdad reconoce como herramienta legal la valoración de la prueba obtenida lícitamente durante el curso del proceso judicial, el límite formal al que he hecho referencia precedentemente no es otro que la prohibición legal de incorporar prueba ilícita al juicio o, de haberse ya incorporado, excluir la misma del debido proceso legal.

Estos límites reconocen expresa previsión legal mediante la regulación del régimen de la prueba.

Claramente Alberto Binder señala al respecto que el régimen de la prueba no está al servicio de la búsqueda de la verdad, sino que es un obstáculo para ella, en la medida que las reglas de prueba limitan la adquisición de la información<sup>33</sup>.

De acuerdo con ello, no sólo está prohibido el ingreso al proceso penal de medios de prueba manifiestamente ilícitos, supuesto en que procederá su debida exclusión del mismo, sino que no puede el juez promover la producción de prueba que adolezca de estas deficiencias.

Como ya se adelantara, el texto expreso del artículo 236 (2º párrafo) del ordenamiento ceremonial bonaerense (al igual que el numeral 244 del Código adjetivo nacional) establece que el interesado es el único que puede relevar del secreto profesional a un testigo comprendido por el deber de abstención y no así el juez o tribunal; aunque, como ya lo dijera, aún así no queda el profesional obligado a declarar.

Resulta clarificante sobre este punto volver sobre las palabras del maestro Carrara, quien (respecto de un tema ya abordado) decía que debe aplicarse la regla general que exige que sea respetado el secreto, ya que de guardarlo no puede provenirle al inocente

---

<sup>32</sup> MAIER, Julio, ob. cit., p. 853.

<sup>33</sup> BINDER, Alberto, *El régimen de la prueba como parte del sistema de garantías*, publicado en Revista Garantías, de la Defensoría General de la Pcia. de Bs. As.; citado por FALCONE, Roberto A. – MADINA, Marcelo A., *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, 2.005, p. 314.

ningún peligro, y aunque la justicia pierda las declaraciones que esperaba obtener del testigo, bien está que haga ese sacrificio en honor de un sumo principio ético<sup>34</sup>.

Con todo ello quiero decir que si el juez o tribunal impone al testigo (profesional) el deber de atestiguar relevándolo de su obligación de guardar secreto, colabora -sin duda alguna- en la producción de una prueba manifiestamente ilícita, por cuanto -desde una concepción restringida- permite la incorporación al proceso de información en franca violación a los derechos fundamentales de las personas, contenidos en la parte dogmática de nuestra Constitución Nacional y, desde una concepción más amplia, infringe abiertamente una norma procesal que regula la adquisición de la prueba en el proceso penal<sup>35</sup>, por lo que el actuar mencionado por parte del órgano jurisdiccional resulta, a todas luces, ilícito, toda vez que existe una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, por lo que queda vedada cualquier posibilidad de actuación que violase dicho precepto<sup>36</sup>.

Por otra parte, en nada hace al derecho de defensa en juicio (CN., 18 y 75 inc. 22°) que debe de asegurársele a cualquiera ciudadano sometido a proceso penal, por cuanto el profesional que es llamado como testigo nunca será otra cosa que un “testigo de oídas”, por lo que todo se reduce a una cuestión probatoria, es decir, al valor convictivo que puede o no tener dicho testimonio para el órgano jurisdiccional que la recepciona.

En definitiva, se ha sostenido, cuando se trata de “testimonios” y no de “hechos o datos objetivos y concretos” la revelación que pueda realizar el profesional no conduce a una absolución, cualquiera sea el caso, puesto que los jueces deberán arreglárselas con la prueba que tienen. Por tal motivo, el problema se disuelve por carecer de valor práctico<sup>37</sup>.

## **8.- Síntesis. Opinión personal.**

En resumidas cuentas, considero que cuando un profesional (de cualquier especialidad) es llamado a prestar declaración como testigo en un proceso penal acerca de algún conocimiento que haya adquirido bajo alguna de las circunstancias enumeradas por el artículo 156 del elenco penal, tiene la obligación el juez o tribunal de tomarle juramento e imponerle de lo normado por los artículos 236 del CPPBA. y/o 244 del CPPN. para, luego, preguntarle si declarará o no (supuesto en que se amparará en su obligación ética de guardar el secreto que oportunamente le fuera confiado).

Luego de ello, quien decide si revela el secreto declarando es el propio profesional, nada ni nadie puede imponerle dicho actuar, ni siquiera el propio titular del secreto, pues el

---

<sup>34</sup> CARRARA, Francesco, ob. cit., p. 441.

<sup>35</sup> FALCONE, Roberto A. – MADINA, Marcelo A., ob. cit., p. 314.

<sup>36</sup> MIRANDA ESTRAMPES, F., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 1.999, p. 30.

<sup>37</sup> DE LUCA, Javier A. – LACMAN, Valeria A., ob. cit., p. 1.743.

portador del mismo decidirá en ese momento si -a su criterio- existe “justa causa” (supuesto en que no cometerá delito alguno), si declara cometiendo el delito previsto por el numeral 156 del elenco fondal<sup>38</sup>, o si se amparará en el deber de abstención que las pautas éticas de su profesión le imponen.

Y, en definitiva, no resultando ser otra cosa que una cuestión meramente probatoria el tema aquí abordado, debe afirmarse que el “testimonio” (de oídas) del profesional (en caso que efectivamente lo preste) queda sujeto -simplemente- a valoración del juez, por lo que no afectará nunca el derecho de un imputado, toda vez que, en caso de perjudicarlo, no podrá ser utilizado en su contra; ello, por el deber de abstención impuesto por la normativa adjetiva.

---

<sup>38</sup> Ello conllevará la nulidad de su declaración y la subsiguiente posible acción penal y/o civil contra el mismo.