

MFN 25641

SECRETO PROFESIONAL (*)

JULIO CÉSAR CAPPARELLI, SUSANA GALTIERI, SUSANA GARCÍA VEGA, MARÍA ELENA GRASSO, MARÍA CECILIA HERRERO DE PRATESI, SUSANA MESSINA y SARA RUDOY DE IMAR
INTRODUCCIÓN

Sobre el tema propuesto para la VI Jornada Notarial del Cono Sur, Punta del Este, "Secreto profesional", ha parecido a los autores de este trabajo interesante rescatarlo para ahondar en los distintos aspectos de este deber - derecho. Se ha incursionado en las distintas definiciones dadas sobre el tema, su fundamento o naturaleza, las normas que rigen su funcionamiento y las responsabilidades que impone su cumplimiento.

NOCIÓN

Según el Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana, secreto es "lo que se tiene reservado y oculto" (1).

Maggiore expresa que "secreto, en sentido literal, es lo que está oculto o debe ocultarse. En sentido jurídico es todo hecho que, por disposición legal o por determinación de una voluntad legítimamente autorizada, está destinado a permanecer escondido a toda persona distinta del legítimo depositario" (2) En esta definición se subraya la ley como fuente de la obligación.

Para Godfrid, "secreto es toda información de carácter reservado y no divulgada respecto de cuyo titular existe una voluntad razonable, expresa o presunta, de que no sea objeto de revelación" (3). En esta definición el acento está puesto en la voluntad del titular del secreto para que el mismo no sea revelado.

A fin de diferenciar estos matices y analizar las características del secreto profesional, conviene tener presente que hay varias clases de secretos:

a) Secreto prometido

Quien toma conocimiento de un hecho en forma unilateral se empeña en guardar secreto aunque no medie obligación ni pedido alguno para que así ocurra.

b) Secreto confiado

Supone un pacto previo y explícito entre el que confía el secreto y aquel a quien se le confía. La obligatoriedad surge de lo convenido.

c) Secreto profesional

En este caso el depositario del secreto es un profesional.

Para Alterini y López Cabana las notas que caracterizan a un profesional son las siguientes: la habitualidad, la reglamentabilidad, el requisito de habilitación y la presunción de onerosidad (4).

En las V Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil que tuvieron lugar en San Isidro del 15 al 17 de junio de 1989 se adicionó como elemento de la noción de profesionalidad en sentido

lato "la condición de experto en una determinada área del saber humano con fundamentos científicos, técnicos y/o prácticos". Por su parte Alterini y López Cabana añaden otras características específicas que se suman a las anteriores: autonomía técnica, sujeción a colegiación, sumisión a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias.

Si en otros casos pueden presentarse dudas, en el del ejercicio del notariado la aplicación de las notas características mencionadas es indudable.

Analizaremos entonces la naturaleza del secreto profesional.

Carrara lo definía como "todo aquello que se confía al profesional en ocasión de su oficio con la intención de que no se divulgue" (5). A su vez Bourdel sostiene que es "la confidencia hecha por una persona a un profesional con la convicción íntima de que éste no la revelará" (6). En estas definiciones se subraya la "buena fe - creencia" del cliente que confía al profesional algo con la intención o con la convicción de que será guardado como secreto.

Para Tomás Diego Bernard (h.) el secreto profesional es "la facultad de retener - facultad que es en determinados casos obligación legal aun ante el interrogatorio judicial (sea penal, civil o comercial) - los hechos de que se ha tenido conocimiento en el desempeño de la actividad profesional" (7). El acento está puesto en la atribución del profesional depositario del secreto que le permite no revelarlo.

De las definiciones citadas surge por una parte un elemento objetivo: lo que ha sido confiado por el cliente. A esto habría que añadir todos aquellos hechos que el notario ha conocido en razón de su profesión aunque no medie confidencia alguna. Por la otra, existe un elemento subjetivo: la intención del cliente de que lo confiado no se ha de revelar. Esto con relación a los particulares.

Respecto del profesional surge la facultad de no revelar lo conocido en el ejercicio profesional. Preferimos subrayar el carácter obligacional de guardar el secreto, más que la atribución de hacerlo.

FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN

Para la teoría contractualista la obligación nace por el convenio celebrado entre el cliente y el profesional, sea expreso o tácito. Esto explicaría la obligación del profesional frente al cliente pero no respecto de terceros que pueden verse perjudicados por la divulgación del secreto.

Otro enfoque del tema ve el fundamento de la obligación en la misma ley. No es el interés particular tan sólo el que ha de ser protegido sino que existe un interés social en el mantenimiento del secreto. La violación afectaría la seguridad jurídica y el bien común.

No es lo mismo el secreto de orden privado que se confía a cualquier persona que el secreto profesional. Este último es necesario para garantizar derechos fundamentales de los particulares, pero más aún para asegurar el ejercicio de las profesiones con todo lo que éstas implican en la estructura social. La sociedad misma está interesada - y no sólo cada particular - en asegurar el ejercicio profesional con la obligación del secreto. Más allá de la buena fe - creencia de los particulares está el valor seguridad jurídica que emana del mandato legal. Sostener lo contrario implicaría desproteger a los particulares. En caso de divulgación debería probarse si ha mediado o no acuerdo acerca de la conservación del secreto. La tesis que enfatiza el orden público hace nacer la obligación *ex lege* y hace recaer sobre el profesional la carga de la prueba de que ha mediado justa causa como eximente de la revelación efectuada. Por otra parte, así como la libertad individual está garantizada por la ley, es justamente la vigencia de la obligación del secreto profesional la que garantiza los derechos personales de raigambre constitucional.

Lo expresado nos lleva a concluir que el fundamento jurídico y ético de la obligación de guardar el secreto profesional está en el orden público.

LA REGULACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL EN LA LEY ARGENTINA

La ley 12990 - reguladora del ejercicio del notariado en la Capital Federal - establece en su art. 28 que la responsabilidad del notario por mal desempeño de sus funciones profesionales es de cuatro clases:

- administrativa,
- civil,
- penal,
- profesional.

El art. 32 define la responsabilidad como "la resultante del incumplimiento por parte de los escribanos de la ley 12990 o del Reglamento Notarial, o de las disposiciones que se dictaren para la mejor observancia de éstos o de los principios de ética profesional".

Dentro de estos últimos principios el art. 11 inc. c) al referirse a los deberes esenciales del escribano cita el "mantener el secreto profesional sobre los actos en que intervenga en ejercicio de su función.

Por su parte el art. 13 los hace civilmente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por incumplimiento de las disposiciones de ese artículo, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria, si correspondiese.

LA RESPONSABILIDAD PENAL

El tema aparece legislado en el Código Penal, art. 156. En él se sanciona con multa e inhabilitación especial, en su caso, al 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".

El art. 156 limita al art. 277 del citado código, que se refiere al encubrimiento. En este último se reprime al que ayuda a eludir las investigaciones de la autoridad u omite denunciar el hecho estando obligado a hacerlo. Justamente la obligación de denunciar el hecho desaparece en razón del secreto profesional. Esta excusa legal rige para satisfacer también una necesidad de orden público.

La figura prevista en el art. 156 contempla como sujeto activo - entre otros - a quien ejerce una profesión.

Se sanciona la divulgación o propalación del secreto conocido en ejercicio de la profesión. No se trata de la intromisión del profesional en asuntos que no se le manifiesten, como es el caso del apoderamiento de cartas y papeles, sino de aquellas cosas que le son confiadas o a cuyo conocimiento accede con motivo de su actuación profesional.

El artículo dice "teniendo noticia" y no se refiere a lo que se le comunica o se le confía al profesional. Puede ser que llegue a su conocimiento por otro medio distinto de la manifestación del cliente. Si el acento estuviera puesto en el secreto en cuanto confiado o en el pacto de sigilo, de no mediar esta circunstancia el profesional podría revelar lo que ha conocido. Esto no es así. El fundamento proviene de la imposición legal. no del acuerdo de partes.

Soler enseña que la obligación del secreto emana hasta tal punto del ejercicio de la profesión que el secreto comunicado al profesional, si nada tuviera que ver con el motivo del servicio prestado. no obliga y por ende no cae dentro de la previsión legal(8)

La ley dice que la divulgación "pueda causar daño". No se trata de un daño actual sino potencial. Este punto es particularmente difícil de interpretar. Es sabido que no puede haber delito sin daño. Pero en este caso basta con que el daño sea posible. Deberá dilucidarse

según las circunstancias precisas si el daño podría llegar a producirse o no. No se explicita qué tipo de daño debe ser, de donde se concluye que cualquier bien jurídico es protegido, ya sea de orden físico o moral, de la persona cuyo secreto se revela o de terceros.

El límite de la figura está dado por la justa causa. Si hubiere justa causa no habrá delito. Por lo tanto la revelación hecha de buena fe acerca de la existencia de justa causa es eximente de la imputación del delito.

Lo difícil es establecer cuándo existe justa causa.

En el caso de la práctica profesional de la medicina el tema aparece contemplado por expresas disposiciones legales. El médico debe guardar el secreto profesional, salvo justa causa. Y la ley enseña en qué caso puede mediar justa causa. Así el art. 12 del Dec. - Ley 6216/44 ratificado por ley 19912 dice que "en ningún caso podrá mantenerse el principio de fe profesional frente a la comprobación de la existencia de enfermedades infecto - contagiosas". Aquí aparece claro que el bien común - que es el que exige la existencia del secreto profesional - requiere la divulgación de lo que en otro caso debería mantenerse oculto.

Pero esto que se muestra diáfano en este específico campo, no es tan claro en el ejercicio de otras profesiones, y, en concreto, en el caso del notariado.

No lo establece el legislador y por lo tanto es aquel que está en conocimiento de los hechos en virtud del ejercicio de su profesión el que habrá de hacer el juicio de valor para saber si media o no justa causa que lo exima de la conservación del secreto.

Colisionan aquí dos valores y es menester optar por el más importante. Por un lado la preservación del secreto, por el otro el evitar un mal mayor. El juicio de valor, como hemos dicho, le cabe a quien está obligado por el secreto.

Como principio general debemos decir que debe tratarse de un estado de necesidad que justifique el sacrificio del otro valor jurídicamente protegido.

En general se ha sostenido que ello ocurre cuando la revelación del secreto es imprescindible para la defensa del propio profesional. La solución contraria absolutizaría la obligación de guardar secreto en desmedro del legítimo derecho de defensa.

La dispensa del secreto otorgada por el interesado también constituye un eximente de la obligación en materia penal. Si bien ésta nace ex lege, sostener lo contrario iría más allá de lo previsto por el mismo legislador al imponer la obligación del secreto. Esta existe para preservar un derecho personal, en nuestro caso de los clientes. Si estos mismos dispensan del secreto, la subsistencia de la obligación carecería de sentido. Ello siempre y cuando la revelación no dañase a terceros, en cuyo caso el precepto seguiría en pie.

Podría pensarse que no obstante esta dispensa unilateral el profesional está facultado a guardar el secreto. Desde el punto de vista del encuadramiento en la figura penal lo que debemos saber es si subsiste la obligación o no de mantener el secreto. Si no media obligación jurídicamente hablando, será un tema de índole moral el análisis de la facultad del profesional, pero desde el punto de vista jurídico no hay delito.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En cuanto a la responsabilidad civil, ella puede ser contractual o extracontractual según los casos(9).

Ante el cliente su responsabilidad es siempre contractual, pero si se siguiera un perjuicio respecto de terceros su responsabilidad será aquiliana (art. 1109, art. 1113 y conscs. Cód. Civil).

Para que surja su responsabilidad deben concurrir cuatro elementos: 1) antijuridicidad; 2) atribución de responsabilidad; 3) daño; 4) relación de causalidad.

En lo que hace a nuestro tema, ha de tratarse ordinariamente de una acción. la de revelar lo conocido.

La antijuridicidad surge por la transgresión de lo establecido específicamente en la ley 12990. art. 11, inc. c).

Deberá existir imputabilidad trátese de culpa - causación por impericia, negligencia, etc. - o de dolo.

El tema del daño requiere alguna reflexión particular.

En la figura penal se dice que es sancionado aquel que revele un secreto profesional cuya divulgación pueda causar daño. Se trata de un peligro potencial.

Entre las distintas clasificaciones que la doctrina ha elaborado acerca del daño nos parece importante para este tema la que distingue entre el daño actual, futuro y eventual(10).

Se dice que un daño es actual si se ha producido al tiempo de la sentencia y que es futuro si acaece después, en cuyo caso la sentencia ha de estimar el perjuicio. En cuanto al daño eventual, no es principio resarcible(11). Para que sea resarcible debe ser cierto y no meramente hipotético o conjetural(12).

Deberá acreditarse la certeza del daño para hacerse acreedor de la indemnización. En el caso que analizamos, el peligro de la revelación debe concretarse en un daño cierto. Dicho de otro modo, no debe tratarse de un futurible, es decir, de algo que podría haber sido y no es ni lo será nunca.

Lo dicho no excluye que corresponda una sanción disciplinaria al profesional que infrinja la norma, no obstante no haberse acreditado la existencia de un daño cierto. Pero no cabría responsabilidad civil.

Por último cabe recordar que debe mediar relación de causalidad entre el incumplimiento - en nuestro caso la revelación del secreto - y el daño. Esto es importante para poder imputar el daño al autor y para mensurar la extensión del resarcimiento(13).

La responsabilidad indirecta está legislada en el art. 1113, cuyo texto dice: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. . ."

Es evidente que el personal de la escribanía toma conocimiento de muchas cosas que entran en la órbita de lo que debe ser preservado por el secreto profesional. Existe una relación de dependencia de los empleados respecto del notario y es este último el que ha de instruirlos acerca de sus obligaciones. De ahí que la transgresión haga recaer sobre el profesional la responsabilidad que el artículo establece.

También debe contemplarse el supuesto en que el secreto llegue a ser conocido por acceder a "las cosas de que se sirve" el profesional, v.gr. computadoras y procesadoras de textos.

El art. 1113 exime de responsabilidad "si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián". Pero no cabe duda que así como se toman precauciones para que la documentación reservada o el protocolo no llegue a manos de terceros, otro tanto corresponde para impedir que dichos aparatos puedan ser utilizados. La negligencia del profesional lo hará responsable por la divulgación del secreto.

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Para los escribanos de la Capital Federal, surge de la ley 12990, art. 32 y art. 11, inc. c). Se sancionará en consecuencia a quien no mantenga el secreto profesional, pero no se establece en qué consiste dicho secreto y cuáles son sus límites.

Consideramos que este silencio debe ser cubierto por la reflexión doctrinaria.

Entendemos por lo tanto que lo dicho al principio de este trabajo acerca de qué debe entenderse por secreto profesional es de aplicación en este lugar. Veamos su extensión y alcance.

I. Extensión

A nuestro entender quedan comprendidos en el ámbito del secreto profesional los siguientes:

a) Hechos conocidos por el ejercicio del asesoramiento profesional. Así p.ej.: las confidencias o circunstancias manifestadas por los particulares, ya sean clientes, colegas o bien de otras personas en razón del ejercicio de la función de asesoramiento como profesional de derecho. En la misma situación se encuentran los documentos entregados al notario.

b) Hechos conocidos por el ejercicio como fedatario. Se trata de todas aquellas cosas que llegan a conocimiento del profesional en virtud de su actuación, ya sea que ésta se refleje en actos protocolares o extraprotocolares (actas, certificaciones) .

Cabe aclarar que la ley 12990, art. 11. inc. a) impone la obligación de conservación y custodia del protocolo notarial. Si bien se trata de registros de contratos públicos, ello no significa que su contenido deba ser revelado al que así lo requiera. Por el contrario, su carácter público emana de la posibilidad de los particulares de acceder a este servicio profesional, pero no implica su divulgación sino todo lo contrario. El protocolo sólo puede ser exhibido a las partes, a los escribanos que así lo requieran en virtud de la relación de antecedentes para un estudio de título o a requerimiento judicial(14)

En este sentido el protocolo no es público sino secreto. Es cierto que muchos de esos actos obtienen publicidad por su inscripción en registros creados a ese efecto. En consecuencia los terceros tendrán derecho a ocurrir ante los registros públicos en procura de la información que necesitan y ateniéndose a la regulación específica para ello. Esta circunstancia no debilita en modo alguno la obligación del secreto para el notario autorizante.

c) Hechos conocidos en ejercicio de una actividad distinta a la estrictamente notarial pero ligada a ella. La confianza que los particulares depositan en los notarios los lleva muchas veces a elegirlos para ser depositarios de documentos y otros objetos o administradores de algunos bienes o apoderados, etc. Esta relación entre el particular y el notario - aparentemente desligada del ejercicio de la función profesional - se establece no sólo intuitu personae sino también en virtud de que la persona elegida es notario, o sea también intuitu professionis personae. Si ello ocurre entendemos que dicha actividad conexas con el ejercicio profesional queda también comprendida en el ámbito del secreto profesional.

II. Alcance

Se trata de esclarecer hasta qué límites rige la obligación de guardar este derecho - deber del secreto profesional.

El tema ha sido abordado por las normas previstas para el ejercicio de la abogacía.

Las Normas de Ética del (Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 11. apartado II establecen: "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."

El límite lo fija en el mismo cuerpo legal el art. 12 al decir: "La obligación del secreto profesional cede a las necesidades de la defensa personal del abogado cuando es objeto de acusaciones por su cliente. Puede, entonces, revelar tan sólo lo que sea indispensable para su defensa y exhibir los documentos que aquél le haya confiado."

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, en sus Normas de Etica, art. 10, inc. h), establece la obligación del secreto profesional y lo exceptúa del mismo en dos supuestos: "a) Cuando el cliente así lo autorice; b) si se tratare de su propia defensa."

Coinciden ambos colegios profesionales al limitar el alcance de la obligación del secreto en caso de defensa propia del profesional. Discrepa el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal al admitir la dispensa del propio cliente.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación trata el tema en el art. 444. Su texto es el siguiente:

Art. 444. Negativa a responder. El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas.

1° Si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor.

2° Si no pudiese responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial.

Nos interesa el segundo apartado del artículo.

Si bien es cierto que los particulares están obligados a comparecer ante la requisitoria judicial, el testigo "podrá rehusarse" a contestar para no revelar un secreto profesional. La comparecencia es necesaria por cuanto el testigo no conoce el tenor del interrogatorio y sólo una vez que se le formulan las preguntas podrá saber si la respuesta está vinculada a la conservación del secreto profesional(15). Entendemos que quien valora la circunstancia es el testigo y por más que el juez lo dispense, el testigo tiene derecho por razones de conciencia a no declarar. Por eso creemos que el juez del secreto es el testigo y no el juez que lo interroga. Esto no excluye que el juez pueda apreciar que la pregunta nada tiene que ver con el ejercicio profesional en cuyo caso el testigo podrá ser considerado incurso en la negativa a declarar.

La dispensa judicial del secreto exime de sanción penal y civil, pero el testigo - como decíamos anteriormente - tiene derecho en conciencia a no hacer uso de ella.

Del contenido de las normas citadas podemos concluir que la obligación no rige cuando se trata de la defensa del propio profesional.

Es dudosa la solución del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que admite la dispensa efectuada por el cliente. Tratándose de un derecho - deber dicha dispensa exime obviamente de responsabilidad frente a él, pero no excluye la negativa del profesional por una razón de conciencia.

Creemos que es importante distinguir entre la ética personal, las normas de ética profesional y las demás normas jurídicas.

Desde el punto de vista de la responsabilidad profesional entendemos que no cabría sanción disciplinaria alguna si el profesional revela el secreto ya sea que se trate de su defensa o que hubiera sido dispensado por el cliente (si no se sigue daño a terceros). Las normas de ética profesional no deben exigir más. Esto no excluye que desde el punto de vista de la ética personal la exigencia pueda ser mayor y en ese sentido decimos que el profesional tiene derecho aun en los supuestos señalados a callar. Pero si no lo hiciera en esos casos no podría ser penalizado.

Creemos que visto desde otro ángulo, el del derecho del profesional a conservar el secreto, no sólo basta decir que en los casos en que medie justa causa precedentemente citados, el que revelare el secreto no ha de ser penalizado. Conviene agregar además que si no quisiera valerse de dicha exención de responsabilidad no podrá ser obligado a revelar el secreto profesional, ni por el juez ni por las partes(16). El profesional tiene derecho a conservar celosamente dicho secreto ajustándose a un imperativo de conciencia que las normas de ética profesional deben reconocer.