

Defensa de la defensa, garantía del ejercicio profesional y secreto profesional

Cuando mi amigo Oscar Paciello, Presidente del Colegio de Abogados del Paraguay, me pidió que –en oportunidad de la reunión de COADEM en nuestro país– participara de una mesa académica para hablar sobre el tema: “Defensa de la defensa, garantía del ejercicio profesional y secreto profesional”, me pregunté: ¿por qué “defensa de la defensa”?

Me parecía redundante; pero recordé al padre ALONSO, maestro de muchas generaciones de nuestro país, quien señalado por haber utilizado la frase: “muy mucho”, dijo: hay giros del lenguaje que actúan como *licencias literarias* que sirven, como en este caso, para enfatizar una idea.

El padre ALONSO y quien ideó el título de esta charla tienen razón; sobre el tema vale la pena el énfasis, aunque para ello debamos recurrir a figuras gramaticales y ampararnos en licencias literarias.

En *Armas, gérmenes y acero*, JARED DIAMOND (profesor de la UCLA), hace una breve historia de los últimos 13.000 años de la humanidad, analizando la evolución desde el *homo sapiens* hasta nuestra compleja organización social, pasando por la horda, la tribu y el contrato social, tratando de explicar por qué algunas civilizaciones avanzaron sobre otras. Muchas son las razones, y el título del trabajo las resume.

DIAMOND concluye que aquellas sociedades que abandonaron la vida de cazadores-recolectores volviéndose agricultores construyeron estructuras sociales más complejas al elaborar herramientas de metal, domesticar animales, descubrir la escritura y crear organizaciones administrativas ordenadas.

Para ARISTÓTELES el hombre era un animal político y el estado era una creación de la naturaleza; tenía una visión *holística* de la humanidad. “El todo es mayor que la suma de sus partes”, afirmaba. Pareciera que no se equivocó. El hombre renunció a una porción de libertad para vivir en sociedad, transfiriendo al estado la solución de los conflictos, que antes se resolvían por mano propia y, por lo mismo, se volvían interminables, dado que estaban inspirados en la venganza y no en la justicia.

Parece entonces que no podemos concebir una manera de vivir en sociedad que no tenga como finalidad la paz social. Y así, tampoco podemos concebir una sociedad que no tenga normas de convivencia, impuestas por la costumbre o por la ley escrita.

Normas que se explican a partir de la transferencia de derechos individuales hacia el estado, porque ello es lo mejor para todos.

Hoy sabemos que la ley vale por su aceptación social; en tanto y en cuanto se haga en un ambiente de libertad; donde no existan impedimentos para desenvolver la naturaleza social del hombre. Esta es la expresión de “libertad negativa” (ausencia de impedimentos externos) a que aludía ISAIAH BERLÍN (1909-1997), el gran filósofo de Oxford, por oposición a la “libertad positiva” (autocontrol racional y dominio de los propios apetitos).

La convivencia y las normas crean *derechos y obligaciones*; pues no podemos concebir un *derecho* que no tenga correlativamente establecido un *deber*.

De lo dicho, sin necesidad de ir más lejos, queremos recoger tres conceptos: *Derecho*, *Libertad* y *Deber*, para ir definiendo la idea que contiene el título de estas reflexiones.

El Derecho nació como una necesidad del hombre para lograr la paz social. Es un sustituto de la justicia por mano propia, un sistema de reglas que regula la convivencia social en paz e iguala a los hombres. Pero, además, significa lo que es *correcto*, recto, ajustado a lo que manda la razón y el sentido común.

El Poder y el Derecho no siempre se llevaron bien; porque es de la naturaleza propia de uno desbordarse, y del otro limitarlo. La lucha siempre fue y es desigual. Las ideas políticas de turno y las ideologías que las alimentan no siempre se concilian con el ideal de justicia. El Poder siempre es conservador y refractario a las ideas nuevas, tiene una tendencia a mantener las viejas estructuras, mientras que los hombres de derecho representan las ideas liberales y más modernas; la defensa del individuo frente al Estado exige libertad. No es concebible la defensa sin la libertad. Ningún derecho puede ejercerse sin libertad. Por ello, el abogado, defensor natural de los derechos en general, es un símbolo de la libertad.

Los abogados *dicen* el derecho cuando son jueces o defienden los intereses de sus clientes cuando actúan como *ad –auxilium– vocatus* (llamados en auxilio). Son, por tanto, quienes tienen el *deber* de hacer lo que *se debe hacer* para hallar justicia.

El Derecho nació con Roma, y los abogados también. Aunque la historia considera a PERICLES (495–429 a.C.) el primer abogado de la historia, y a CICERÓN (106–103 a.C.) el más grande.

El servicio del abogado es privado porque sirve al cliente; y es público porque sirve a la justicia; es decir, al mantenimiento de la paz social.

El Código de Organización Judicial incluye a los abogados entre los auxiliares de la justicia¹, a quienes el Código Procesal Civil reconoce la misma dignidad que al

¹ **Código de Organización Judicial.**

Art. 3º.- Son complementarios y Auxiliares de la Justicia:

- el Ministerio Público;
- el Ministerio de la Defensa Pública;
- los Auxiliares de la Justicia de Menores;

juez². Sin embargo, considerando que el abogado es parte necesaria en el *debido proceso* –en nuestra opinión– hace a la administración de justicia propiamente dicha.

No hay Derecho sin abogados, y no hay abogados sin libertad (independencia), porque corresponde al abogado la defensa de las personas contra la opresión y la injusticia. Como dijimos, es un freno contra los excesos del poder.

El derecho a la defensa en nuestro país está consagrado en la Carta Fundamental³, es inviolable y supone el *Debido Proceso*⁴.

-
- la Sindicatura General de Quiebras;
 - el Cuerpo Médico Forense;
 - los Abogados y los Procuradores;
 - los Notarios y Escribanos Públicos;
 - la Policía;
 - los Rematadores;
 - los Peritos en general y Traductores; y
 - los Oficiales de Justicia. (*modificado Ley 963/82*)

² Código Procesal Civil

Art.67.- Dignidad del abogado. Deberá guardarse a los abogados, en su actuación profesional, el mismo respeto y consideración debidos a los jueces.

³ Constitución Nacional

Art. 16. - De la defensa en juicio

La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

⁴ **Art. 17. - De los derechos procesales**

En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a:

1. que sea presumida su inocencia;
2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos;
3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales;
4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal;
5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección;
6. que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo;
7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación;
8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas;
9. que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas;
10. el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a
11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial.

A nivel mundial, la Carta Internacional de los Derechos de Defensa (Quebec, 1987) consagra igualmente que:

- El derecho a la justicia y a un proceso equitativo es un derecho fundamental; el derecho a la defensa es uno de los pilares indispensables para una correcta administración de justicia; es inseparable de la independencia de la justicia (art. 1); la defensa efectiva es el medio necesario y la regla esencial para asegurar los derechos fundamentales (art. 2).
- Una defensa libre supone la libertad del defensor: el abogado que represente a un acusado en un asunto penal debe tener la posibilidad de preparar libre e íntegramente una defensa de acuerdo con las exigencias de la justicia, de comunicarse libremente con el acusado y de informar sin estar condicionado por las instrucciones de un órgano o partido oficial, sin encontrarse bajo la amenaza de sufrir una limitación arbitraria de su capacidad profesional, sin estar amenazado en su vida privada, en su vida familiar ni en sus bienes y sin ser interceptado en sus comunicaciones en el ejercicio de la defensa (art. 12).

Pero el Derecho, como herramienta social de convivencia pacífica y los abogados como parte necesaria de un sistema de justicia independiente y en libertad, no son suficiente, si concomitantemente no existiera el deber de silencio, de sigilo, de confidencialidad; el secreto profesional.

Es una obligación de no hacer y un derecho a guardar silencio. Pero es más que nada una obligación moral, que responde a los principios éticos de confianza y lealtad comprometidos.

La medida del sigilo es el propio abogado. Sólo el abogado sabe qué decir y qué callar, según los dictados de su conciencia. Tan es así, que el deber de mantenerse el silencio existe aún frente a los hechos conocidos, porque –como decía OVIDIO, el gran poeta Romano (43 a.C – 17 d.C): “Las causas están ocultas. Los efectos son visibles para todos”.

Así lo entendieron la Primeras Jornadas argentinas sobre “Defensa de la defensa”, organizadas por la FACA (1996), que concluyeron:

- Que el secreto profesional es un deber moral y una obligación legal.
- Que el secreto profesional es un derecho humano fundamental y esencial para el derecho a la defensa.
- Que este derecho deber ser reconocido por las autoridades.

Siendo así, está constituido en interés del cliente (protege a la persona), del profesional (garantiza la independencia y libertad del abogado) y de la sociedad (asegura la convivencia social en paz).

Ampara al abogado *in personam* y también a su despacho, que –en nuestra opinión– debe constituirse en amparo y reparo de la información que contiene.

Para reforzar la idea, propugnamos imitar el art. 133 de la Constitución brasileña, que –textualmente– dice: “El abogado es indispensable para la

administración de justicia, inviolable por sus actos y manifestaciones en el ejercicio de su profesión, con los límites de la ley”.

El secreto profesional está fundado en la protección de la persona⁵.

⁵Art. 4. - Del Derecho a la vida

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

Art. 18. - De las restricciones de la declaración

Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive.

Los actos ilícitos o la deshonra de los imputados no afectan a sus parientes o allegados.

Art. 23. - De la prueba de la verdad

La prueba de la verdad y de la notoriedad no serán admisibles en los procesos, que se promoviesen con motivo de publicaciones de cualquier carácter que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas, y que se refieran a delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta Constitución o la ley declaran exentas de la autoridad pública.

Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso fuera promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley.

Art. 24. - De la libertad religiosa y la ideológica

Quedan reconocidas la libertad religiosa, la de culto y la ideológica, sin más limitaciones que las establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna confesión tendrá carácter oficial.

Las relaciones del Estado con la iglesia Católica se basan en la independencia, cooperación y autonomía.

Se garantizan la independencia y la autonomía de las iglesias y confesiones religiosas, sin más limitaciones que las impuestas en esta Constitución y las leyes.

Nadie puede ser molestado, indagado u obligado a declarar por causa de sus creencias o de su ideología.

Art. 33. - Del derecho a la intimidad

La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Art. 34. - Del derecho a la inviolabilidad de los recintos privados

Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrá ser allanado o clausurado por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrá serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad.

Art. 36. - Del derecho a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada

El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los registros, cualquiera sea su técnica, los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones telefónicas, telegráficas, cablegráficas o de cualquier otra especie, las colecciones o reproducciones, los testimonios y los objetos de valor testimonial, así como sus respectivas copias, no podrán ser examinados, reproducidos, interceptados o secuestrados sino por orden judicial para casos específicamente previstos en la ley, y siempre que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los asuntos de

Aceptando que el secreto profesional está fundado en la necesidad de proteger a las personas, obvio es concluir que entre sus fundamentos está la defensa de la intimidad (art. 33 CN)⁶. Aunque es necesario distinguir lo *íntimo* (aquello que no puede conocerse) del *secreto* (aquello que conocido no puede revelarse).

Violar el deber de silencio es un delito penal⁷. Por ello la ley regula la prueba confesoria (absolución de posiciones)⁸, a la que el abogado deber de comparecer,

competencia de las correspondientes autoridades. La ley determinará modalidades especiales para el examen de la contabilidad comercial y de los registros legales obligatorios.

Las pruebas documentales obtenidas en violación o lo prescripto anteriormente carecen de valor en juicio.

En todos los casos se guardará estricta reserva sobre aquello que no haga relación con lo investigado.

⁶ Constitución Nacional

Art. 33.- Del derecho a la intimidad. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

Ley 1682/01.-

Artículo 4º.- Se prohíbe dar publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables.

Se consideran datos sensibles los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias.

⁷ Código Penal

Art. 147.- Revelación de un secreto de carácter privado

- 1º El que revelara un secreto ajeno:
 1. llegado a su conocimiento en su actuación como,
 - a) médico, dentista o farmacéutico;
 - b) abogado, notario o escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda;
 - c) ayudante profesional de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión; o
 2. respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley una obligación de guardar silencio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.
- 2º La misma pena se aplicará a quien divulgue un secreto que haya logrado por herencia de una persona obligada conforme al inciso anterior.
- 3º Cuando el secreto sea de carácter industrial o empresarial, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta tres años. Será castigada también la tentativa.
- 4º La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte.
- 5º Como secreto se entenderá cualquier hecho, dato o conocimiento:
 1. de acceso restringido cuya divulgación a terceros lesionaría, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado; o
 2. respecto de los cuales por ley o en base a una ley, debe guardarse silencio.

⁸ Código Procesal Civil

relevado de decir la verdad, con obligación de guardar silencio respecto de aquellas cuestiones protegidas por el secreto profesional.

Igualmente la prueba testifical⁹, que también obliga al abogado a comparecer, a decir la verdad, con obligación de guardar silencio respecto de aquellas cuestiones protegidas por el deber de secreto profesional.

Y la prueba de informes¹⁰, que obliga a callar cuando se está sometido al deber de secreto.

De todo lo dicho concluyo que no existe sociedad organizada sin un sistema jurídico en el cual no esté garantizada la defensa en juicio, ejercitada a través de abogados que aboguen en libertad, sometidos/amparados en el deber del secreto profesional.

La libertad de la defensa y el secreto profesional son garantía del *debido proceso* y, por lo mismo, la razón de ser de los abogados. Sin ellos no se justifica la abogacía.

MANUEL RIERA ESCUDERO

Ex-Presidente del Colegio de Abogados del Paraguay

Octubre 18, 2012
Asunción - Paraguay

Art.281.- Quiénes pueden ser citados. Además de las partes, podrán ser citados a absolver posiciones:

- a) los representantes de los incapaces por hechos en que hubieren intervenido personalmente en ese carácter; y
- b) los apoderados, por actuaciones cumplidas o realizadas en virtud de un mandato vigente, en nombre de sus mandantes. Las informaciones o instrucciones recibidas del poderdante que no hubieren dado lugar a las actuaciones, se considerarán secreto profesional.

Art.285.- Contenido de las posiciones. No podrán ser materia de posiciones:

- a) los hechos respecto de los cuales la ley no admita este medio de prueba, o cuando incidieren sobre derechos que el confesante no pudiese comprometer, renunciar o transigir válidamente;
- b) los hechos respecto de los cuales el absolvente se halle amparado por el secreto profesional;
- c) los hechos cuya investigación esté prohibida por la ley; y
- d) los hechos que se opusieren a las constancias de instrumentos públicos agregados al expediente y no argüidos de falsos.

⁹ **Art.330.- Negativa a responder.** El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas:

- a) si la respuesta lo expusiere a un enjuiciamiento penal o comprometiere su honor; y
- b) si no pudiese responder sin revelar un secreto profesional, o similar.

¹⁰ **Art. 372.- Materia de los informes.** Los informes deberán versar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso, relativos a actos o hechos que resulten de los registros contables, documentación o archivo del informante. Asimismo, podrá requerirse a las oficinas públicas la remisión de expedientes, testimonios o certificados, relacionados con el juicio. Cuando el requerimiento fuere procedente, el informe o remisión de los documentos solicitados solo podrá ser negado si existiere justa causa, o por razón de reserva o secreto, circunstancia que deberá ponerse en conocimiento del juzgado dentro de quinto día de recibido el oficio.