

EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

FERNANDO MARIO CAUNEDO *

MANUEL GOROSTIAGA**

1. Introducción

El propósito del trabajo es analizar el alcance del secreto profesional, respecto de las obligaciones de formular denuncias que establecen diversas normas para los profesionales de la salud y, especialmente, las vinculadas con los delitos de acción pública que afectan la vida y la integridad física.

2. Desarrollo

2.1 El secreto profesional en la medicina

Las especiales características del ejercicio de la medicina y otros oficios, artes o empleos vinculados a la atención de la salud, tornan necesaria la obligación de guardar el secreto sobre aquellos aspectos íntimos del paciente, que los profesionales conocen en el desempeño de su labor.

Ya en la conocida fórmula de Hipócrates (siglo I después de Cristo) existía una clara referencia al deber de secreto: *“Juro...callar cuanto vea u oiga, dentro y fuera de mi actuación profesional, que se refiera a la intimidad humana y no deba divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto”*.

El artículo 11 de la ley 11.732, que regula el ejercicio de la medicina, la odontología y las profesiones en colaboración con ambas, establece *“todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya*

* Secretario del Tribunal Oral en lo Criminal, Buenos Aires.

** Secretario de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Buenos Aires.

actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer –salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal– sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”.

Por su parte, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina establece, en el artículo 66, *“el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la respetabilidad del profesional y la dignidad del arte exigen el secreto. Los profesionales del arte de curar tienen el deber de conservar como secreto todo cuanto vean, oigan o descubran en el ejercicio de la profesión, por el hecho de su ministerio, y que no debe ser divulgado”.*

La ley penal tutela el deber de guardar ese secreto y sanciona su violación como delito contra la libertad. Resguarda la esfera de intimidad y reserva que rodea a la persona, ante la necesidad de revelar o verse expuesta a que se conozcan circunstancias que quizás ella misma ignore, cuando requiere la atención de terceros.

El bien jurídico protegido es la intimidad y reserva de la persona y, genéricamente, su libertad.

El fundamento de la incriminación reside en la necesidad en que se encuentran los hombres de acudir a los servicios de otros. Para que lo hagan libremente, la ley le garantiza que estos otros conservarán, en un secreto riguroso, todo lo que conozcan por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, que conciernen a quienes acudieron a su ministerio, ciencia, industria, trabajo o habilidad.

El individuo que acude a los conocimientos o servicios de un semejante, sabe que, en muchos casos, tendrá que poner a éste en posesión de ciertos aspectos de su vida personal cuya reserva le interesa mantener. El afán por guardar tales secretos gravita sobre el espíritu humano a veces con tal fuerza, que la persona en cuestión preferiría sufrir el perjuicio de prescindir de los conocimientos o servicios de sus semejantes, antes que poner a éstos en posesión de su secreto. Al brindarle la ley la seguridad, a través de la incriminación penal de su violación, que el secreto será reservado, garantiza la libertad personal, y facilita el libre desenvolvimiento de las actividades particulares.

2.2 El delito de violación del secreto profesional

El artículo 156 del Código Penal establece una pena de multa –de mil quinientos a noventa mil pesos– e inhabilitación especial por

seis meses a tres años para 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”*.

El hecho es secreto cuando no es conocido por un número indeterminado de personas ni está al alcance de ellas. Quizás ni el mismo paciente lo conozca, como por ejemplo, si se trata de alguna afección que surja del resultado de los estudios encomendados por el galeno. Pierde ese carácter cuando ha trascendido al público, sea por obra del interesado o por cualquier otra causa.

No deja de ser secreto porque sea conocido por un número determinado de personas que, a su vez, estén obligadas a guardarlo en reserva, pero sí cuando el titular manifiesta expresamente su desinterés por la reserva y admite que se comunique a terceros.

En definitiva, el secreto alcanza a todo aquello que quiere mantenerse reservado u oculto. Interesan el hecho mismo, en cuanto a su naturaleza y conocimiento por terceros, la situación en que el titular comunica el secreto y el depositario lo recibe, o éste accede al mismo, y la condición del depositario.

El médico o auxiliar de la medicina debe conocerlo con motivo o en ocasión del ejercicio de su profesión, empleo o arte, pero no es necesario que le haya sido confiado, es decir, comunicado bajo la condición de mantenerlo en reserva. La obligación del silencio deriva de la conexión real y ocasional con el desempeño de la profesión.

La ley no exige que la divulgación cause efectivamente un daño, sino que potencialmente pueda generarlo. Es un delito de peligro, que se consume con la mera divulgación. El daño puede ser de cualquier naturaleza, físico, moral, al honor, la fama, el patrimonio o cualquier otro bien jurídico, no necesariamente de la persona misma cuyo secreto se revela.

La especial condición del autor es exigida cuando se accede al secreto, pero no es necesario que perdure al momento de la revelación.

Si bien el legislador ha procurado evitar la divulgación, la acción típica se limita a revelar, aunque sea a una sola persona. Puede cometerse por acción o por omisión, dejando al alcance de alguien no autorizado la posibilidad de acceder al secreto.

El tipo penal consiste en la revelación del secreto sin justa causa. La justa causa de revelación, cuya presencia elimina la tipicidad, es un elemento normativo del tipo. Comprende a todas las causas de justificación, el estado de necesidad, la legítima defensa propia o de terceros, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Abarca aquellos casos en que existe colisión de intereses, y la ley privilegia otros por encima del derecho a la intimidad, tutelado por el secreto profesional.

Por la particular redacción del tipo penal, en este caso en particular, la "justa causa" elimina la tipicidad misma y no sólo la anti-juridicidad.

2.3 Supuestos de justa causa de revelación

a) El consentimiento del interesado

Si existe consentimiento del interesado, desaparece el carácter secreto del hecho. Así, el profesional que es convocado como testigo, si el interesado lo releva del secreto profesional, debe declarar.

El secreto profesional no ampara al médico o auxiliar de la medicina, sino al particular cuya esfera de reserva la ley tutela. Si hay interés de éste en que aquél declare, deberá hacerlo y no podrá ampararse en el secreto profesional.

Aquí no hay otro interés que el del particular. No hay un interés público subyacente, como en el caso del sacerdote, que está impedido de revelar secretos de confesión aun si el propio interesado lo releva, conforme al derecho canónico.

El artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación impone un deber de abstención "*sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad*" para "*los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar...Sin embargo, estas personas no podrían negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado*".

Particular situación podrá verificarse cuando quien releve al profesional no sea el interesado sino el juez de la causa. En esos casos, la dispensa del tribunal configura la justa causa de revelación que elimina el delito.

Sin embargo, se ha sostenido que la decisión del juez de relevarlo del deber de guardar el secreto autoriza, pero no lo obliga. Y que el profesional podrá declarar si él cree que existe la justa causa requerida por la ley, pero podrá negarse en todos los casos en que crea que el secreto deba ser guardado. En las conclusiones, expondremos nuestra opinión al respecto.

b) Estado de necesidad

Hay estado de necesidad cuando se procura evitar un mal mayor —al que el profesional resulta ajeno— que la revelación del secreto. Por

ejemplo, cuando el médico pone en conocimiento de parientes del enfermo algún peligro de contagio, o cuando el psiquiatra avisa a los familiares que el paciente manifestó su voluntad de suicidarse. También cuando informa al padre del menor alguna enfermedad del hijo.

Basta la buena fe del profesional, en cuanto a la valoración del caso, que eliminará el dolo, pues cualquier error al respecto restará tipicidad al hecho, atento a que no está prevista una figura culposa.

c) Ejercicio de un derecho

Como ejemplos de ejercicio de un derecho o de la necesidad de defensa de un interés legítimo, están los supuestos en los que el profesional actúa como parte en un juicio, cuando se encuentra en pleito con su cliente acerca de sus honorarios, demandado por mala praxis, o procesado por lesiones.

En esos casos, el deber de guardar secreto puede hallarse en colisión con bienes jurídicos del propio depositario, y éste puede necesitar efectuar alguna revelación en resguardo a aquéllos. En tales supuestos, también habría justa causa de revelación.

Al respecto, el artículo 73 del Código de Ética Médica ya citado, dispone *“cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios, se limitará a indicar el número de visitas y consultas, especificando las diurnas y nocturnas, las que haya realizado fuera del radio urbano y a qué distancia, las intervenciones que haya practicado. Será circunspecto en la revelación del diagnóstico y naturaleza de ciertas afecciones, reservándose para exponer detalles ante los peritos médicos designados o ante la entidad gremial correspondiente”*.

En cambio, para el supuesto de una demanda de mala praxis, el artículo 69 inciso “g” del citado código lo releva del deber de confidencialidad.

d) Cumplimiento de un deber

Ejemplos de cumplimiento de un deber los brindan determinadas leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas, que obligan a los profesionales de la salud a revelar el hecho a ciertas personas, que a su vez también deben guardar el secreto profesional.

Otro ejemplo son las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas.

Por otra parte, la ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, impone a los profesionales de la salud —entre otros obligados, como los que integran los servicios asistenciales, sociales, educa-

tivos, públicos y privados, y a todo funcionario público en razón de su labor— a denunciar ante la autoridad competente los malos tratos y lesiones en el ámbito familiar.

La norma tiene un fin tuitivo respecto de menores, incapaces, ancianos y discapacitados, y la obligación de denunciar se fundamenta en el mandato ético de la tutela del desprotegido. En estos casos, el secreto profesional protegería sólo al victimario.

El profesional está obligado tanto si ejerce la profesión en forma privada, como si lo hace integrando un servicio de salud. Su relación con la víctima puede ser permanente, ocasional o transitoria. Sin duda, mayor será la responsabilidad en el primer caso.

La obligación nace con la sospecha de maltrato ante la evidencia psíquica o física.

Por último, resta analizar si constituye un supuesto de justa causa de revelación, el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales.

Éste constituye al nudo de la cuestión analizada, el aparente conflicto entre el deber de guardar el secreto profesional y el deber de denunciar, y a él nos dedicaremos a continuación.

2.4 El deber de denunciar delitos de acción pública y el secreto profesional

Por regla general, de acuerdo a la norma procesal, no es obligatorio denunciar los delitos que pueden investigarse de oficio. No hay, en principio, obligación de denunciar delitos, sean estos dependientes de instancia privada o de acción pública. El término “podrá” del artículo 174 del Código Procesal Penal de la Nación no deja dudas al respecto. Sin embargo, existen dos excepciones vinculadas a dicho precepto, tal como se desprende de la lectura del artículo 177 del citado cuerpo legal; la primera de ellas, la relativa a los funcionarios o empleados públicos que conozcan delitos de acción pública en el ejercicio de sus funciones y la segunda —que aquí interesa—, la impuesta a los médicos, parteras y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión.

Para este grupo de personas, en principio, se puede afirmar que tienen obligación de denunciar los delitos de instancia pública que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, con la limitación establecida en cuanto a que sólo la obligación de denunciar

queda limitada a los delitos contra la vida y la integridad física de las personas, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

Cuando se presenta la disyuntiva de denunciar el delito o de guardar el secreto profesional, no se puede soslayar que en realidad se trata de un supuesto conflicto de deberes, cuya solución ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia durante décadas, sin perjuicio del franco predominio que ha tenido la que otorga primacía al secreto profesional.

Como hemos visto, la garantía de reserva del secreto no es absoluta, sino relativa, ante la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos o el interés público. Ello surge de manera diáfana de la redacción del artículo 156 del Código Penal, que elimina la tipicidad cuando existe "justa causa".

La cuestión radica en determinar si la obligación de denunciar que fijan las leyes procesales, configura uno de los supuestos de "justa causa" de revelación.

El problema se acentúa porque, además, en el artículo 277 del Código Penal —en el inciso primero, apartado "d" del texto vigente, conforme a la ley 25.246— se sanciona al que "*no denunciare la perpetración de un delito ...cuando estuviere obligado a promover la persecución penal*".

Con lo cual, aparentemente el profesional de la salud se puede encontrar en la difícil encrucijada de verse imputado del delito de violación de secretos, si formula la denuncia, o de encubrimiento, si omite hacerlo.

En el ámbito federal y en la ciudad de Buenos Aires, el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), como ya se dijo, establece la obligación de denunciar los delitos que pueden ser perseguidos de oficio, en el inciso primero, a los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones y, en el segundo, a "*los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional*".

La norma resulta más clara que su semejante del anterior régimen, el artículo 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372), que circunscribía la excepción, en el caso de que los profesionales de la salud "*hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones que le fueren hechas bajo el secreto profesional*".

Se discutía entonces si la excepción al deber de denunciar se circunscribía al secreto confiado bajo condición de reserva, como parecía sugerir la palabra revelaciones. Pero esa interpretación favorecía la impunidad del delincuente advertido, respecto del inadvertido y de aquel que hubiese sido llevado a la asistencia médica privado de conciencia, resultado que parecía injusto. Además, si el secreto profesional está amparado en la ley penal en todos los casos, confiado o no, era irrazonable que una norma procesal limitara su alcance.

Ahora ha quedado claro que la excepción opera cuando el conocimiento se verifica en el ejercicio de la profesión, independientemente de que el paciente requiera reserva o nada exprese al respecto.

También se ha mejorado la normativa relativa a la declaración testimonial de los profesionales de la salud. El artículo 275 inciso quinto del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372), establecía que *“no podrán ser admitidos como testigos... los médicos, farmacéuticos, parteras y toda otra persona, sobre los hechos que por razón de su profesión les hayan sido revelados”*. En cambio, en el artículo 244 del Código Procesal Penal vigente (ley 23.984), se dispone que *“deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: ... los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar”*.

De manera que ahora la regla es que pueden declarar, y el límite está dado, únicamente, respecto de los hechos amparados por el secreto profesional. Siempre y cuando, como ya se dijo, no hayan sido relevados por el interesado. En cambio, en el régimen anterior, parecía que, de existir en el conocimiento del profesional hechos amparados por el secreto, no era posible su testimonio.

La interpretación tradicional

La doctrina tradicional consideró que prevalecía la ley de fondo, en cuanto sanciona la violación del secreto profesional, sobre la obligación de denunciar establecida en las leyes procesales. Ésta *no existe nunca que medie el secreto* decía Soler, y se circunscribía a los casos de socorro prestado a la víctima.

En este sentido, se ha sostenido *“la regla es... la obligación de guardar el secreto revelado; la excepción, en cambio, su denuncia... En otras palabras, el deber de las personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar será, en principio, el de guardar reserva de los delitos contra la vida y la integridad física, perseguibles de oficio, que*

conozcan al prestar auxilio de su profesión, si se da la concurrencia de los requisitos que marca el artículo 156 del Código Penal, esto es, que exista un hecho secreto, que el profesional tenga noticia de él por razón de su ejercicio profesional, que la divulgación del secreto pueda causar daño y que no concurra una justa causa para hacer la revelación (Navarro-Daray "Código Procesal Penal", pág. 366).

Si se trata de delitos de acción pública, los sujetos comprendidos en este inciso segundo tienen obligación de denunciar, siempre que atiendan a la víctima del hecho, a menos que se haya exigido reserva. En cambio, cuando se auxilia profesionalmente al autor, impera la obligación de guardar secreto, aun cuando éste resulte prófugo de la justicia. Idéntica solución corresponde cuando el profesional cumple funciones en un establecimiento oficial, porque la solución contraria—imponerle la obligación de denunciar en estos casos— importa directamente sancionar un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurran a la Asistencia Pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito sería posible en su consultorio, comprarle junto con la tarjeta, el silencio profesional... (Soler, *Derecho...* t. IV, págs 132/134).

Al interés genérico en la tutela de la intimidad, se sumaba la situación de necesidad en que ocurría la intervención médica. Y se estimaba que la ley optaba, frente al conflicto de bienes, a favor del necesitado, aun cuando fuera un delincuente.

No existe deber de denunciar y sí el de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso.

La eventual comisión del delito de acción pública debió haber sido conocida por el galeno en el ejercicio de sus funciones, sean estas pública o privada y si dichas circunstancias no se manifiestan, es evidente que no hay obligación de denunciar el hecho. El conocimiento del hecho debe haberse obtenido también con motivo y al ejercerse la profesión, y no por otra vía, en cuyo caso no estará obligado a informar quien ejerce una profesión sanitaria. Si el conocimiento se adquiere por causa distinta a la profesión, no se presenta la hipótesis presentada en la ley. Sobre este aspecto se ha sostenido que "...si el conocimiento se adquiere por una causa distinta a la de la profesión, no se presenta la hipótesis contemplada en la ley" (Washington Ábalos, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, t. III, pág. 207).

Los códigos procesales hacen expresa excepción al imperativo de denuncia previsto para los profesionales en cualquier rama del arte de curar, cuando se trate de casos que caigan bajo el amparo del se-

creto profesional. En principio, en ningún caso podrá formularse denuncia cuando con ella haya de violarse el secreto profesional (Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, pág. 433).

Debe primar la obligación del médico de atender la salud de su paciente, lo que implica el deber de guardar el secreto profesional. Sobre este punto ha sostenido la doctrina que "...*la reserva encuentra su razón de ser en la prioridad que la ley atribuye al interés de la salud del paciente, ...sobre el interés social de la persecución y castigo de los delincuentes*".

No hay duda de que el médico es uno de los destinatarios directos de la prohibición del artículo 156 del Código Penal, por lo que rige el mandato legal de no revelar el secreto del paciente, en cuyo ámbito entró en razón de su profesión, de manera que aun siendo funcionario, debe proceder como médico para su preservación" (Tozzini, Carlos, *La violación del secreto profesional*, pág 156. Obra citada por Donna en *Derecho Penal*, II A, parte especial, pág 371).

No puede una disposición procesal derogar una disposición de fondo en la materia que le es específica. Como señala Soler "la ley, frente a un grave conflicto, entre dos bienes jurídicos, se pronuncia a favor de la tutela de la persona, aun a costa de sacrificar bienes de altísimos valor."

La vinculación del asunto con el aborto

Como bien señala Francisco D'Albora, "el problema se ha planteado en los casos de aborto causado o consentido por la propia mujer. El profesional del arte de curar que conoció el hecho en ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— debe abstenerse de formular la denuncia que involucre en un proceso penal a la mujer, aunque le corresponde hacerlo en todos los casos de coautores, instigadores o cómplices... Si bien está claro que un médico no puede denunciar el aborto si conoció el hecho a través de la confidencia hecha por su paciente, tampoco cabe aceptar que la mujer transmita la noticia a través de su testimonio; se la colocaría en la situación de declarar bajo juramento sin respetar la imposibilidad de hacerlo cuando pueden derivarse consecuencias adversas —artículo 18 de la Constitución Nacional—; también porque se la coloca en la violencia moral de tener que pronunciarse sobre una cuestión inherente a su más profunda intimidad. En lo que no hay discusión es en evitar que el autor de un hecho doloso quede privado del auxilio curativo, ante la disyuntiva de ser sometido a proceso o arriesgar su vida. En esta situación, el derecho considera justa causa la reserva profesional".

En la Capital Federal, esa doctrina se plasmó en el plenario “Natividad Frías”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resuelto el 26 de agosto de 1966, que ha mantenido vigencia a través del tiempo.

Allí se estableció que no podía instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— pero sí correspondía hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

En dicho fallo se ha expresado *para el médico, en efecto, la abortante, es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; obligarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, sobre recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo a las asistidas, pues muchas de ellas, ante el fundado temor de que la consulta médica sirviese de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos.*

Así como también *“quien recurre a un médico por una afección autoprovocada, aun delictuosa como el aborto, goza de la seguridad de que su secreto no será hecho público”.*

De manera concordante, se ha sostenido que *...la obligación de denuncia sólo existe en los casos en que el profesional sanitario haya prestado su asistencia; por lo tanto, si se anoticia indirectamente, la obligación no existe. La segunda limitación opera en cuanto a los delitos que obligan a hacer la denuncia, estableciéndose que estos sólo serán los delitos contra la vida o la integridad física que hayan sido conocidos al prestar los auxilios de su profesión. El problema aparece cuando los hechos son conocidos bajo el amparo del secreto profesional y, por ello, condicionada su revelación por el delito de violación de secretos. De todas formas este es un típico caso de colisión de deberes, por lo cual, según la doctrina mayoritaria la solución se hallaría en la ausencia de culpabilidad del autor.*

Si el médico tiene conocimiento de la comisión de un delito de acción pública de boca de quien sería su autor y es quien está siendo asistido por él, debe en primer lugar cumplir con su mandato, esto es, practicar las curaciones necesarias para mejorar el estado de salud de dicha persona, por lo cual si denunciara el hecho cometería el deli-

to de violación de secreto previsto en el artículo 156 del Código Penal, aun cuando no se le haya exigido reserva expresa del caso. En el mencionado fallo plenario "Natividad Frías", se ha sostenido, en concordancia con esta postura que, *no podemos admitir, de manera alguna, que la ley exija que la reserva haya sido solicitada en forma expresa. El enfermo que busca los auxilios de un médico piensa que lo hace con la seguridad de que sus males no serán dados a conocer, porque el secreto más estricto los ampara. Es algo sobreentendido, que no es necesario renovar en cada visita o asistencia.*

Como explica Fontán Balestra¹, la Cámara del Crimen de la Capital, hasta el año 1966, había sostenido que era obligación de los médicos que atendían en los hospitales públicos, denunciar los hechos delictuosos que conocían en su actividad, en particular, cuando asistían a la mujer que había abortado, pues el ejercicio de un cargo oficial les relevaba de cumplir con el deber de guardar secreto.

En el plenario Natividad Frías se modificó ese criterio, con algunas disidencias.

Allí se sostuvo, como ya ha sido expuesto, que el profesional, en cargos públicos o en el ejercicio privado de la profesión, debía guardar el secreto profesional. Se consideró inadmisibles y contradictorio que el orden jurídico se valiera, para imponer penas, de denuncias delictivas, en violación a ese secreto; que la mujer se encontraba ante la opción de elegir entre la cárcel y la vida, frente al peligro de muerte si procuraba lograr la impunidad; y se destacó la discriminación sociológica que implicaba para las mujeres de escasos recursos, que terminaban lesionadas luego de abortos clandestinos, con escasa garantía de higiene y salubridad, en tanto las que gozaban de una posición acomodada, podían abortar impunemente en clínicas privadas, con auxilio profesional obligado al secreto.

También se destacó que la admisibilidad de la denuncia de los médicos, en esos casos, implicaba una violación a la garantía constitucional contra la auto-incriminación, pues la mujer se encontraba, obligada por la necesidad de atender su salud, brindando testimonio vivo, con su propio cuerpo, del delito cometido.

En sentido similar, se expidieron también en pleno las Cámaras de Apelaciones de San Martín, el 5 de julio de 1985², y de Morón, el 8 de julio de 1986³.

¹ En la obra citada en la bibliografía, pág. 412, nota al pie.

² Causa "L.D.B y otros sobre aborto", JA, 1985-III-282.

³ Causa "R., R. s/aborto", JA, 1986-III-593.

En cambio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, también en una causa por el delito de aborto⁴, entendió que la circunstancia de que el médico no esté obligado a denunciar, no implicaba que le estuviera prohibido hacerlo. Y pese a que hubiese cometido el delito de violación de secreto, ello no ocasionaba la anulación de lo actuado.

La identificación del problema analizado, con las cuestiones de política criminal vinculadas al aborto⁵, cuya desincriminación muchos proponen, a nuestro modo de ver complica la cuestión, pues a veces se extreman argumentos, en uno u otro sentido, que tienen más que ver con la postura asumida respecto de este delito, que con el problema que representa para el médico, la reserva del secreto profesional, frente a la obligación de denunciar delitos de acción pública.

Lo demuestran algunos de los argumentos esgrimidos en los mencionados plenarios, como así también su crítica y la versión opuesta, en la jurisprudencia de otros tribunales⁶.

La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En la causa “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737”, resuelta el 12 de agosto de 1997, el Alto Tribunal resolvió de manera diferente al plenario “Natividad Frías”, cuya línea había seguido la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al anular todo lo actuado desde la instrucción del sumario, a partir de la denuncia de un profesional de la salud.

No era un caso de aborto sino de transporte de estupefacientes. La mujer se había atendido en un hospital público, a raíz de que habían explotado bombitas de látex alojadas en su estómago para el transporte de clorhidrato de cocaína desde Bolivia.

En fallo dividido, se anuló la decisión del tribunal de alzada.

⁴ Causa “I, D.I.”, LL, 1994-B-553.

⁵ Que excede el objeto de este trabajo, de modo que nada diremos al respecto.

⁶ Conf. El fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, del 12 de agosto de 1998, en la causa “I, M –aborto provocado- recurso de inconstitucionalidad”, publicado en *La Ley Litoral*, 1998-1490, con enjundioso voto del doctor Vigo, y la crítica de Bidart Campos en la nota publicada en *La Ley*, 1998-F, página 545, citada en la bibliografía, como así también el voto del doctor Héctor P. Iribarne –en minoría, pues se resolvió igual que el plenario Natividad Frías– en el fallo del Tribunal Superior del Neuquén, del 14 de abril de 1988, en la causa “M, M. E. y otra”, ED, 129-388, con el comentario de Jorge Guillermo Portela y Nemesio González, citado en la bibliografía.

La mayoría, integrada por los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez, consideró que, como los agravios conducían a determinar el alcance de las garantías del debido proceso legal y la prohibición de la autoincriminación, existía cuestión federal que habilitaba el recurso extraordinario.

En cuanto al fondo del asunto, entendió que *era inadmisibile interpretar la referida garantía, de modo que conduzca inevitablemente a calificar de ilegítimas las pruebas incriminatorias obtenidas del organismo del imputado en todos los casos en que el individuo que delinque requiera asistencia médica en un hospital público. La debida tutela de la mencionada garantía constitucional, en necesaria relación con el debido proceso legal, requiere un examen exhaustivo de las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad del imputado.*

En el caso, la autoridad pública se había limitado a proporcionar asistencia médica requerida por la imputada, sin requerir de ella una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias. No existía la menor presunción de que la expulsión de las cápsulas con sustancias estupefacientes hubiera sido generada con engaño o coacción, que viciara la voluntad de aquélla. Tampoco hubo una intromisión del Estado en su ámbito de privacidad, toda vez que fue la propia conducta discrecional de la mujer la que permitió dar a conocer a la autoridad los hechos delictivos.

El riesgo del sujeto que delinque y decide acudir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material.

Lo que prohíbe la Constitución Nacional es compeler física o moralmente a una persona con el fin de procurar comunicaciones o expresiones que deben provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que las evidencias son de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.

Era inadmisibile plantear la prohibición de la autoincriminación desde la opción prisión o muerte, pues el legítimo derecho de la imputada de obtener asistencia médica en un nosocomio debía relacionarse con los requerimientos fundamentales del debido proceso en la administración imparcial de la justicia penal. La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse del delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de manera que ninguno de ellos sea sacrificado.

El privilegio contra la autoincriminación no podía ser invocado en el caso, donde no existía el más mínimo rastro de que la incautación de los efectos del delito hubiera sido obtenida por medios compulsivos para lograr la confesión.

Agregó que los jueces tenían el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios.

La nulidad de todo lo actuado era más grave en el caso, porque ese malentendido respeto a la garantía de defensa del imputado —que exige una afectación sustancial, que no había sido alegada por la imputada ni invocada por la defensa, y tampoco demostrada por la cámara de apelaciones— tornaba prácticamente imposible la persecución penal de graves delitos de acción pública, en cuya represión debía manifestarse la preocupación del Estado, como forma de mantener el delicado equilibrio entre los intereses en juego en todo proceso penal.

En el considerando 17, la mayoría entendió que por la función pública desempeñada por la médica del hospital, ésta tenía el deber de denunciar los delitos de acción pública, y no era aplicable en el caso la excepción del artículo 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal. Destacó también que su omisión configuraba el delito de encubrimiento.

El doctor Boggiano también integró la mayoría, pero con un voto concurrente, donde compartió, con otros términos, casi todos los argumentos reseñados.

Sostuvo que la expulsión de las cápsulas con sustancias estupefacientes del organismo de la encartada se produjo como consecuencia de un tratamiento médico que en modo alguno resultó lesivo de la intimidad, pues tuvo el propósito de conjurar el peligro que se cernía sobre su salud.

Más adelante afirmó que *no cabe equiparar en forma mecánica... los supuestos de autoincriminación forzada con la situación de quien delinque y concurre a un hospital exponiéndose a proceso. Este último realiza un acto voluntario con el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado. No es posible, en tal hipótesis, afirmar que existe estado de necesidad, pues el mal que se quiere evitar no ha sido ajeno al sujeto sino que, por el contrario, es el resultado de su propia conducta intencional (arg. art. 34 inc. 3 del Código Penal). En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la enjuiciada, según surge de su confesión, “decidió poner fin a esta situación en que se vio involucrada y por tal motivo no dudó en*

dirigirse al Hospital, sabiendo que (en) toda guardia se encontraba personal policial y quedaría detenida” ...Que, de lo expuesto, se sigue que no cabe construir –sobre la base del derecho de asistencia médica– una regla abstracta que conduzca inevitablemente a tachar de nulidad el proceso cuando el imputado recibe tratamiento en un hospital público, pues ello impediría la persecución de graves delitos de acción pública. En efecto, la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, procurándose así conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente.

En cambio, se apartó del voto mayoritario en la interpretación del artículo 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto si bien no menciona a los empleados o funcionarios públicos, tampoco establece una prohibición expresa de denuncia en esos supuestos, sino que se limita a disponer que aquélla no es obligatoria.

La minoría, integrada por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, por el contrario, entendió que el fallo impugnado se ajustaba a la doctrina especializada dominante en la materia, y a la jurisprudencia del fuero penal; que tenía suficiente sustento en el análisis armónico de las normas de derecho común –penal y procesal penal–; que no resultaba descalificable por arbitrariedad –limitada a los casos de absoluta carencia de fundamentación o apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso–; y que la cuestión federal planteada –la garantía de la prohibición de la autoincriminación– no tenía incidencia fundamental, por cuanto los preceptos de derecho común y las cuestiones de hecho sobre los que se apoyaba el pronunciamiento impugnado, resultaban suficientes para la solución integral del caso, y el análisis de la aquélla no la modificaría eficazmente.

3. Conclusiones

Luego del relevamiento anterior de la cuestión a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, en conjunto podemos decir que:

Creemos que la disposición del artículo 177 inciso segundo del Código Procesal Penal es clara en cuanto a que no existe, para el profesional de la salud, la obligación de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física, cuando los

conozcan bajo el amparo del secreto profesional. En consecuencia, tampoco cometerá encubrimiento, si omite formular la denuncia por respeto al secreto.

En este sentido, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que no regirá aquella obligación, cuando la denuncia implique la posibilidad de que el paciente quede sometido a proceso, y sí cuando la persona atendida sea la víctima del delito. Siempre que, por los motivos que fueran, la víctima no solicite reserva al profesional. En ese supuesto, no existirá la obligación, porque el pedido expreso de reserva somete la situación al amparo del secreto profesional. Es que el pedido de reserva implica la consideración, del particular, de que la divulgación le acarreará un daño.

Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la primera regla de interpretación es la letra de la ley, conforme al sentido propio de las palabras empleadas por el legislador, sin violentar su significación específica (entre muchos otros, Fallos 295:376, 299:167 y 300:700). Y en el caso, la misma es clara y no deja lugar a dudas.

No cabe, entonces, acudir a otros métodos, en función de la personal concepción que se tenga sobre el tema, para privilegiar el interés social en la represión de los delitos contra la vida y la integridad física, cuando la voluntad del legislador, en cuanto a otorgar primacía al secreto profesional sobre aquél, ha sido clara y manifiesta.

También coincidimos con la interpretación tradicional de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, en que, mediando secreto profesional, cesa la obligación de denunciar para los profesionales de la salud, actúen en el ámbito privado o en servicios de asistencia pública. Pues ante la doble condición de funcionarios públicos y profesionales de la salud, prevalece la última, por su carácter especial frente a aquélla.

Además, el argumento de la igualdad –garantizada en el artículo 16 de la Constitución Nacional– es inobjetable, pues la principal diferencia para la atención del paciente en uno u otro sistema de salud, radica fundamentalmente en los medios económicos. Y no puede interpretarse, de manera razonable, que el legislador haya procurado establecer distinciones de clase, para favorecer con la garantía del secreto –y la consecuente impunidad– a los ricos, y a la vez negarla a los pobres, que por falta de recursos acuden al servicio público.

Sin perjuicio de esas conclusiones conjuntas, a continuación presentaremos otras en forma independiente, con la finalidad de enriquecer el trabajo.

Conclusiones del Dr. Fernando Mario Caunedo

La obligación de denunciar establecida en el artículo 177 del Código Procesal Penal no constituye "justa causa" para revelar el secreto profesional, porque precisamente en los supuestos en que éste rige, no existe esa obligación. Consecuentemente, tampoco habrá encubrimiento si el médico no formula denuncia.

Pero la circunstancia de que no haya obligación de denunciar, no implica que la denuncia en esos supuestos esté prohibida, como sostuvo con acierto el doctor Boggiano en la causa Zambrana Daza.

La prohibición no surge del texto legal. En todo caso, al eliminarse la obligación, rige el principio general de la facultad de denunciar, prevista en el artículo 174 del mismo código, para todo aquel que resulta damnificado de un delito de acción pública o, sin serlo, tenga noticias de él.

De modo que, si media la denuncia de un profesional de la salud, que haya conocido el delito en circunstancias en que lo obliga el secreto profesional, no cabe desechar la validez de esa denuncia de manera automática, por entender que, al no estar obligado a la denuncia, ésta es nula por violación del secreto.

La cuestión a determinar será si existe "justa causa" para la revelación, que en ese caso nada tendrá que ver con la norma del artículo 177 del Código Procesal Penal.

Creo que la cuestión se ha confundido a partir de la jurisprudencia sentada sobre la materia en los casos de aborto. Porque muchos han parcializado el enfoque, para convertirlo en un modo práctico de despenalizar ese delito, ya que como se trata de hechos que ocurren en la intimidad, si se veda la posibilidad del inicio del proceso cuando su complicación motiva que la mujer acuda a un centro de salud, pocas posibilidades quedan para que se sancione.

El peligro que representa la confusión temática señalada, es que todo lo que se afirme, en miras a desincriminar –fácticamente– el aborto o, cuanto menos, por la conmoción que puede generar la particular situación de las mujeres de escasos recursos que, tras manio-bras caseras o en condiciones precarias, ven peligrar su vida y deben acudir a la asistencia pública, valdrá para todos los casos en que un delincuente acuda al mismo lugar, y quizás en determinados supuestos no estaremos convencidos de que, axiológicamente, la solución deba ser la misma.

No cabe duda de que todo ser humano, por más delincuente que sea, merece la asistencia médica, si está afectada su integridad física

y, con más razón, si peligra su vida. Pero ello, de suyo, no implica que la asistencia que se le brinde conlleve también la impunidad de su delito.

Supongamos un hecho de suma violencia, como los que son noticia frecuente en la actualidad: un asalto llevado a cabo por varias personas en un lugar cerrado, lleno de público, con gran despliegue de armas de fuego, donde se toma como rehenes a particulares y, tras un tiroteo con la policía, uno de los delincuentes termina herido y luego de lograr huir del escenario de los hechos, acude a un hospital público. En ese caso, ¿sería tan clara la primacía del secreto profesional, respecto del interés público en la represión de los delitos, frente a un hecho que quizás mantiene en vilo a la población de un centro urbano durante horas, por la toma de rehenes, aunque tenga un final feliz, sin ninguna muerte ni heridos graves?

Y aun cuando admitamos que los profesionales de la salud que lo atienden, no estén alcanzados por la obligación de denunciar —debido al secreto profesional— prevista en el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación, la obligación de guardar el secreto, ¿alcanzaría para negar a la autoridad policial y/o judicial toda información al respecto, que pudiese solicitar, si por prueba testimonial llega a conocer que uno de los prófugos ingresó al hospital? Téngase en cuenta que, como la cuestión se vincula con el secreto profesional, regirá la norma del artículo 244 del citado código.

Por eso creo que el análisis relativo a la “justa causa” deberá ser particular para cada caso. El juicio al respecto deberá ponderar los intereses en juego, de acuerdo a la preponderancia axiológica que pueda corresponder a uno u otro, y al principio de proporcionalidad, para medir la afectación del derecho que eventualmente deba sacrificarse y, consecuentemente, la razonabilidad de esa limitación, de acuerdo al interés superior que prevalece.

No corresponde establecer reglas generales al respecto, porque múltiples factores pueden incidir y deberán analizarse en cada caso en concreto.

Como se sostuvo antes, al tratar el secreto profesional a la luz de su tutela penal, la creencia del obligado al secreto de que existe justa causa para su revelación, si ésta no es absurda y tiene mínima razonabilidad, sin duda eliminará el dolo.

Pero el juicio al respecto, en el proceso penal iniciado en función de su denuncia, quizás exija un análisis más sutil y profundo. De modo que, aun cuando el médico no haya incurrido en el delito de

violación de secreto profesional, por falta de tipicidad subjetiva, probablemente el proceso se invalide, si el juicio de valor sobre el conflicto de intereses presentado en el caso, que efectúe el tribunal —como guardián del debido proceso legal y de la legitimidad de las pruebas reunidas— arroja la preeminencia del ámbito de intimidad que tutela el secreto profesional, sobre el interés social en la punición del delito.

Y esa evaluación también corresponderá al tribunal, para resolver el eventual relevamiento del secreto profesional, cuando el testimonio del médico pueda aportar elementos de importancia en la investigación de un delito. Si en el caso concreto, el análisis exhaustivo de todas las circunstancias, determina que el interés social prevalece sobre el individual que tutela el secreto, podrá relevarlo. Y entonces el médico no cometerá delito alguno, pues la dispensa del tribunal será, para él, la “justa causa” de revelación, como ya se dijo.

Lo mismo sucede en cuanto al aporte de prueba documental que pueda exigirse a un profesional de la medicina o a un centro de salud, si está amparado por el deber de confidencialidad.

De manera coherente con lo que venimos exponiendo, entiendo que en esos casos ni el profesional de la salud convocado a declarar como testigo —y relevado del secreto— ni el centro de salud requerido a aportar información o documentos confidenciales, pueden negarse legítimamente a la orden judicial.

Si lo hacen, pese a ser debidamente enterados de las excepcionales circunstancias que motivan al relevamiento —que tienen derecho a conocer— eventualmente podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Esta norma dispone que “*será reprimido con prisión de quince días a un año, el que ... desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones*”.

Es que es el juez quien decide en definitiva cómo debe resolverse un conflicto de intereses. Claro está que no de manera discrecional, sino a través de una decisión fundada, sujeta al contralor del tribunal superior, por la vía recursiva y, en definitiva, a la responsabilidad funcional, civil e inclusive penal, en el supuesto de un manifiesto y arbitrario abuso de poder.

Admitir lo contrario implica dejar la decisión en manos del profesional médico —o del centro de salud— en abierta oposición a legítimas razones de interés público, cuando éstas concurren, conforme a un adecuado análisis particular del caso.

Conforme a esta interpretación, pueden responderse las preguntas que formulé antes, en el ejemplo del asalto con toma de rehenes.

Seguramente el interés social, en ese caso, prevalecerá sobre el del delincuente por su impunidad. Y la llave para ello, constituirá la “justa causa” a que alude el artículo 156 del Código Penal, con cuya presencia no hay tipicidad por la revelación del secreto.

Un ejemplo del análisis particular de un caso concreto, ponderando los intereses en conflicto, la preponderancia de cada uno y la proporcionalidad de la eventual restricción de uno de ellos, a favor del otro, como se propone aquí, lo brinda el fallo “Z. v. Finlandia”, de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁷.

En varios procesos penales acumulados, se imputó a “X” la comisión de delitos sexuales –sucesivos en el tiempo– en perjuicio de distintas víctimas. En el curso de la investigación, se había tomado conocimiento de que “X” tenía sida y existía la posibilidad de que se hubiera contagiado de su esposa, “Y”, demandante ante la CEDH.

La condición de esposos del imputado y la demandante, y la transmisión sexual de la enfermedad, otorgaban importancia a la precisión de las fechas en que la mujer había enfermado, y del eventual contagio al imputado, porque si era anterior a la comisión de los hechos, era posible ampliar la imputación por violación, a tentativa de homicidio.

La mujer se negó a prestar testimonio contra su marido y el tribunal finlandés convocó entonces a los médicos que la habían tratado. Ante las objeciones de éstos, amparados en el secreto profesional –inclusive uno de ellos leyó una carta donde la mujer expresamente le había pedido silencio–, el tribunal les ordenó declarar, conforme lo autorizaba la ley finlandesa en supuestos de delitos graves, e incorporó toda la prueba relativa a la atención de la mujer, a puertas cerradas y con carácter confidencial. Luego la mujer terminó declarando como testigo, atento a que las cuestiones que a ella concernían, de todos modos habían sido abordadas por el tribunal. Entre otras cosas, dijo que ella no se había contagiado de su esposo.

Finalmente, la Corte de Apelación de Helsinki condenó a “X” por tentativa de homicidio en todos los hechos, porque entendió que por las fechas en que había enfermado su esposa y otras circunstancias particulares, aunque él no se había hecho los análisis enseguida, conocía la alta probabilidad de su contagio y, consecuentemente, había obrado con indiferencia respecto de la transmisión a sus víctimas de violación, es decir, intencionalmente.

⁷ Resuelto en Estrasburgo el 25 de febrero de 1997; Recueil 1997-I. He tomado una traducción de Mónica Karayan, de la versión oficial en inglés, y de Luis M. García, de la versión oficial en francés.

Junto con la condena, la Corte de Apelación confirmó la decisión del tribunal de Helsinki de que los documentos del caso debían permanecer confidenciales por un plazo de diez años.

En los periódicos finlandeses, que habían dado importante cobertura al caso, se mencionó el nombre de la demandante y su condición de enferma de sida.

Varias fueron las objeciones planteadas ante la CEDH, y una de ellas fue, precisamente, la que aquí nos ocupa.

La CEDH sostuvo en lo que concierne a las órdenes obligando a los médicos y al psiquiatra de la requirente a testificar, la Corte destaca que ellas fueron expedidas a raíz de que Z había hecho uso del derecho que le ofrecía la legislación finlandesa de no deponer en contra de su marido... Ellas tenían por objeto establecer únicamente, a partir del testimonio de los médicos, en qué fecha X había conocido que él era seropositivo o tuvo razones para sospechar de ello. A la época de los hechos estos testimonios eran susceptibles de jugar un papel determinante para responder a la cuestión de saber si X era solamente culpable de infracciones sexuales o si también, lo que es más grave, de tentativa de homicidio, en lo que concierne a las dos infracciones perpetradas antes del 19 de marzo de 1992, fecha en la cual X había tenido conocimiento de los resultados positivos del test de detección. No da lugar a dudas de que las autoridades nacionales competentes estaban en el derecho de pensar que intereses públicos extremadamente serios militaban a favor de la conducción de una investigación y de una persecución contra X por el cargo de tentativa de homicidio por el conjunto de las cinco infracciones cometidas y no simplemente por tres de ellas. La Corte destaca, por otra parte que, en los términos de la legislación finlandesa pertinente, no es sino en pocos casos que los médicos de la requirente podían ser constreñidos a testificar respecto de la requirente sin su consentimiento informado: en el marco de la investigación y de la persecución por las infracciones penales graves penadas al menos con seis años de prisión... La audición tuvo lugar a puertas cerradas ante el tribunal de Helsinki, el cual había ordenado de antemano que su expediente, comprendidas en él las actas de declaración de los testigos, permaneciesen confidenciales. Todas las personas relacionadas con el procedimiento estaban obligadas a respetar la confidencialidad de estas informaciones, en su defecto, ello daba lugar a su responsabilidad civil y/o penal, de conformidad con la legislación finlandesa. La afectación a la vida privada y familiar de la requirente provocada por las medidas incriminadas estaba, pues, so-

metida a importantes restricciones y provista de garantías efectivas y suficientes contra los abusos...La Corte juzga que las órdenes precitadas, citando a testificar a los médicos de la requirente, se fundaban en motivos pertinentes y suficientes, correspondientes a una exigencia imperiosa dictada por las finalidades legítimas perseguidas...existía una relación de razonable proporcionalidad entre estas medidas y las finalidades en cuestión...no ha habido violación del artículo 8...⁸.

Sí consideró, en cambio, que había existido violación de las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto al término de confidencialidad de la información obtenida en el juicio y a la publicidad de la identidad de la reclamante y su enfermedad, de modo que condenó al estado finlandés a indemnizar a Z únicamente por ello.

En otro orden, entiendo, compartiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado, que la cuestión analizada no se vincula con la prohibición de la autoincriminación, garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Y es que la garantía rige respecto de la autoridad policial, fiscal o judicial, en el marco del proceso penal e históricamente tuvo un propósito claro y determinado: desterrar las antiguas prácticas de torturas para obtener la confesión. Fuera del proceso penal, la actividad del delincuente que libremente —en el sentido de no coaccionado por terceros, menos aún por autoridad alguna— acude a un centro de salud para reparar las consecuencias no deseadas de su delito, no contraría la prohibición constitucional.

La “necesidad” que lo mueve, para preservar su salud, no puede equipararse a la “obligación” prohibida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “...nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...”.

Tampoco puede equipararse la evidencia material que surja del examen de su cuerpo, o la manifestación que efectúe al profesional de la salud, con la “declaración” a que alude la disposición constitucional, que mira al procedimiento penal, de acuerdo al contexto donde se encuentra ubicada.

⁸ El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y que ella constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria a la seguridad nacional, a la seguridad pública, al bienestar económico del país, a la defensa del orden y a la prevención de infracciones penales, a la protección de la salud o de la moral, o a la protección de los derechos y libertades de otros”.

Si bien la interpretación analógica efectuada en la jurisprudencia analizada, beneficia al imputado, no por esa sola razón corresponde aceptarla sin más, cuando constituye una exagerada ampliación de la garantía constitucional, cuya aplicación en todos los casos arroja un resultado injusto. Máxime cuando la eventual afectación de la garantía así interpretada, acarrea el vicio de la inconstitucionalidad y nulidad de sus consecuencias, más allá de la voluntad expresa del constituyente.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su interpretación de la enmienda V, ha circunscripto la referida garantía a la prohibición de la obligación de testificar contra uno mismo. En "Holt vs. United States", sostuvo que la prohibición de compeler a un hombre a atestiguar contra sí mismo en un proceso criminal, impide el uso de la fuerza física o moral para obtener su declaración, pero no excluye a su cuerpo como evidencia cuando sea de tipo material. Y en "Schmerber", que el privilegio protege a un acusado sólo de ser compelido a atestiguar en su contra, o de proveer al Estado con evidencia de naturaleza testimonial o comunicativa⁹.

En síntesis, mis conclusiones son las siguientes:

- 1) Las obligaciones legales impuestas a los médicos en las leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas, las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas, y las obligaciones de los profesionales de la salud previstas en la ley 24.417 –de Protección contra la Violencia Familiar– constituyen justa causa de revelación del secreto profesional;
- 2) En cambio, no constituye justa causa de revelación el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales, cuando expresamente se exceptúan del deber los hechos conocidos al amparo del secreto profesional. En esos casos los profesionales de la salud no están obligados a formular denuncia y, consecuentemente, tampoco están expuestos al delito de encubrimiento si guardan silencio;
- 3) En la Capital Federal, está vigente el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccio-

⁹ Precedentes citados por ROJAS y GARCÍA, en la obra mencionada en la bibliografía.

nal dictado en la causa "Natividad Frías", conforme al cual no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no— pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. De modo que en esa materia específica del aborto, conforme a la interpretación jurisprudencial, está prohibida la denuncia del profesional de la salud;

4) En los otros delitos contra la vida o la integridad física, fuera de los casos de aborto, no existe la obligación de denunciar prevista en los códigos procesales, pero subsiste la facultad de hacerlo si el médico entiende que existe "justa causa" que, conforme al artículo 156 del Código Penal, lo releva del secreto profesional. El análisis deberá efectuarse en cada caso, ponderando los intereses en conflicto. En general, si el motivo es razonable, aunque el criterio del juez que reciba la denuncia no coincida con el del médico que la efectúa, éste no cometerá delito, por falta de tipicidad subjetiva;

5) En los procesos que no se inician con la denuncia del profesional de la salud, éste puede ser convocado como testigo y ser relevado del secreto profesional por el juez, cuando el particular análisis del conflicto de intereses permita concluir que prevalece el interés público sobre el secreto profesional. Igualmente, podrá requerirse información a los centros de salud, pese al deber de confidencialidad, cuando el interés público prevalezca sobre el secreto que protege al paciente. En ambos casos, ni los médicos ni los responsables de los centros de salud cometerán el delito de violación del secreto profesional, porque para ellos el requerimiento judicial constituirá la "justa causa" prevista en el artículo 156 del Código Penal;

6) En los supuestos mencionados en el punto anterior, los profesionales de la salud no podrán negarse ante el requerimiento judicial, argumentando el secreto profesional. Si bien tienen derecho a conocer las excepcionales circunstancias que motivan el relevamiento de la obligación de secreto, si pese a ser debidamente informados de ellas se niegan, podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Penal.

Conclusiones del Dr. Manuel Gorostiaga

En ningún caso corresponde iniciar proceso penal por denuncia del médico que atendió al paciente que podría resultar imputado de un delito. El proceso tendría un origen ilícito ya que se habría iniciado por un acto ilegítimo concretado por parte del facultativo. A mi juicio, debe primar, en todos los casos, la obligación de guardar el secreto profesional por parte del médico o de quien ejerza cualquier rama del arte de curar, si es que conoce el hecho en el ejercicio de su profesión.

Surge como más acertado el argumento expuesto por los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al analizar el caso "Zambrana Daza" —dispusieron la nulidad de todo lo actuado y la absolución de la imputada—, al señalar que la médica que la atendió había transgredido el secreto profesional que amparaba a aquélla y que su calidad de funcionaria pública no la revelaba de su obligación de guardar dicho secreto.

En este sentido, se ha sostenido que el voto mayoritario del fallo de la Corte desatiende algunas cuestiones importantes. Por lo pronto, parece valiosa la idea que subyace en el fallo de la Cámara, acerca de que la garantía contra la autoincriminación significa algo adicional a la proscripción de coaccionar a una persona para que declare en su contra. Toda la construcción de la Corte estadounidense en el caso "Miranda", atendió a imaginar qué escenarios eran potencialmente destructivos de la libertad de que debe gozar un individuo al decir si opta o no por incriminarse. Las mismas razones que llevaron a los tribunales a decir que no puede ser procesada la mujer que concurre a un hospital para atenderse de las lesiones provocadas por un aborto que ella ha consentido previamente, son las que la Cámara de Apelaciones tuvo en cuenta en este caso para considerar nula la denuncia de la médica que atendió a la imputada.

La idea es que no por haber delinquido una persona pierde la protección de la Constitución, pues lo que se pretende es evitar que esa persona se vea forzada a producir evidencias que la incriminan¹⁰.

Resulta inadmisibles que el Estado se beneficie con un hecho ilícito —violación del secreto profesional— para facilitar la investigación de delitos en los que el propio paciente podría estar involucrado. La garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo presupone, justamente, que aquel que asumió voluntariamente la posibilidad de

¹⁰ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 4ta. ed., Hammurabi, pág 395.

ser penado, a pesar de ello, no esté obligado a denunciarse, de modo que el haber cometido un delito no sólo no reduce el valor de la garantía, sino que es, precisamente, lo que le otorga sentido. La principal función del médico, o de quien ejerce el arte de curar, es restablecer la salud de su paciente y no producir, a partir de dicha atención, un proceso penal en contra de quien a él le confió su salud o vida.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha sostenido que no constituye justa causa —lo que excluiría la antijuridicidad de la revelación del secreto profesional— la denuncia de un delito de acción pública. Por ello, es nulo todo lo actuado como consecuencia de lo manifestado por un abogado que, actuando como patrocinante de un síndico, lo denuncia como autor de un delito del que tomó conocimiento por dicha relación profesional¹¹. El paralelo entre esta situación y el punto bajo análisis es bien imaginable y ello refuerza aún más esta posición.

Distinto sería el supuesto en que las actuaciones criminales se iniciaran como consecuencia de la actividad prevencional desplegada por parte del personal policial que se encuentra frecuentemente de guardia en los centros de atención a la salud, toda vez que si el proceso se iniciara como consecuencia de esta actividad, ningún obstáculo constitucional existiría para la prosecución de las actuaciones y el descubrimiento de la verdad, por lo menos, desde mi punto de vista.

BIBLIOGRAFÍA

- BATTAGLIA, Alfredo, "Aborto. Secreto profesional. Derecho Penal y Política Criminal", en *ED*, 182-1342/1354.
- BIDART CAMPOS, Germán J., "Denuncia de aborto y secreto profesional del médico (nota a fallo)", en *ED*, 166-224-225.
- "Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad)", *LL*, 1998-F-545-551.
- CARRIÓ, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cuarta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, págs. 392-396.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones jurídicas Cuyo, t. III.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. I, págs. 386-391.

- D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, anotado, comentado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, págs. 253-254.
- DONNA, Edgardo, *Derecho Penal-Parte Especial*, t. II-A, Rubinzal-Culzoni.
- DONNA, Edgardo y MAIZA, Cecilia, *Código Procesal Penal comentado*, Buenos Aires, Astrea, 1994.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Parte Especial, segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. V, págs. 383-418.
- LAMBERTI, Silvio y VIAR, Juan Pablo M., "El profesional de la salud frente al secreto profesional", en *Bioética y Bioderecho, cuestiones actuales*, AAVV, Blanco, Luis Guillermo, compilador, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2002, págs. 135-171.
- LEVENE (h.), CASANOVAS, Hortel, *Código Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- MOBILIO, José, *Práctica de Buena-Praxis, para médicos y abogados, procedimientos legales, urgencias, emergencias*, con prólogo del doctor Alberto J. Bueres, Buenos Aires, Nuevo Pensamiento Judicial, 2000.
- MOLINARIO, Alfredo, "El secreto profesional y la obligación de denunciar delitos", en *Revista de psiquiatría y criminología, órgano de la Sociedad Argentina de Criminología y de la Sociedad de Psiquiatría y Medicina Legal de La Plata*, julio-agosto de 1944, año 9, 48, págs. 237-258.
- NAVARRO-DARAY, *Código Procesal Penal de la Nación*, Pensamiento Jurídico Editora, t. I., págs. 364/369.
- NÚÑEZ, Ricardo C., "¿Constituye el aborto justa causa para revelar el secreto profesional? (nota a fallo)", en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, 1983, N° 18, págs. 98-100.
- *Tratado de Derecho Penal*, segunda reimpresión, Editora Córdoba, octubre de 1989, t. IV.
- PÉREZ MORENO, Eugenio, "El secreto profesional frente al deber de testimoniar y a la obligación de denunciar", en *Cuadernos de los Institutos*, N° 101, Instituto de Derecho Procesal, N° VIII, año 1968, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, págs. 79-112.
- PORTELA, Jorge Guillermo y GONZÁLEZ, Nemesio, "Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el artículo 88 del Código Penal", *ED*, 129-388.

- ROJAS, Ricardo M. y GARCÍA, Luis M., "Las inspecciones corporales en el proceso penal. Un punto de tensión entre la libertad individual y el interés en la averiguación de la verdad", en *Doctrina Penal*", Buenos Aires, 1990, N° 53-54.
- SEGAL, María Cristina, "El aborto: ¿facultad de denunciar o violación del secreto profesional? Secreto médico y deber de denunciar", en *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación*, AAVV, Ghersi, Carlos A., coordinador, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, págs. 203-265.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, t. IV, págs. 98-137.
- WASHINGTON ÁBALOS, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, t. III.