

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autor: Agustín María Iglesias Diez

EL SECRETO MÉDICO: MITOS Y MALENTENDIDOS

2011

Citar como: Iglesias Diez, A. M. (2010). El secreto médico: mitos y malentendidos. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD]. RID ISALUD.

La falsa creencia *“de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración por parte del juez, parece ser un fenómeno universal”*.

“Puede ser un problema interesante de psicología social el determinar por qué se desea ocultar lo que realmente ocurre en la administración de justicia”.

“Probablemente no hay razón para que nos preocupemos por este ficcionalismo en la administración de justicia, sea que el propio juez crea o no que la fachada de argumentación expresa lo que realmente motivó su decisión. Y sin una investigación a fondo de psicología social no nos animamos siquiera a negar que es probable que esa ficción tenga incluso efectos socialmente beneficiosos”.

Alf Ross, Sobre el Derecho y la Justicia, Eudeba, 1997, pág. 191.

Introducción

Repasando textos de medicina legal, es fácil advertir en muchos de ellos una tendencia a aconsejar a los médicos una conducta “pro denuncia” en relación con el secreto profesional, presentándola como si fuera la única conducta posible que se desprende del texto legal, afirmando categóricamente que ante cualquier delito de acción pública cometido por nuestro paciente el deber jurídico de guardar secreto cede indefectiblemente, y más aún, no se transforma en facultad sino en deber de denuncia, cuya omisión incluso, insinúan, podría ser castigada como encubrimiento. Todo esto sin dar cuenta de la existencia de una polémica de larga data al respecto en nuestros tribunales, sin mencionar que en los principales tratados de derecho penal que son bibliografía obligatoria en las facultades de derecho de nuestras universidades se enseña que dicha conducta es por completo reñida con nuestro ordenamiento jurídico vigente e incluso con inveterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como consecuencia, entre muchos médicos –la mayoría quizás– se ha instalado el mito de que tienen la obligación de denunciar cualquier delito de acción pública de que tengan conocimiento, y que en caso de duda es preferible denunciar, porque si no se exponen a ser procesados por encubrimiento.

Veamos algunos ejemplos:

1) “La necesidad de establecer la verdad es una de las finalidades de la justicia, de cuya eficacia depende el orden social que interesa a todas las personas. Autorizar el silencio, a pesar del requerimiento judicial, puede ser un medio para la complicidad con la inmoralidad o el delito, que aparecerían de tal modo amparados. La jerarquía social de profesiones como la del médico se eleva, precisamente, con estos actos de colaboración con la justicia...”. “El secreto absoluto es un cadáver doctrinario y es necesario enterrarlo para siempre”. “El médico deberá guiarse por el criterio que le marcan la ley, su conciencia y su tacto. No hable sino cuando haya “justa causa” y hágalo siempre buscando el máximo de bien con el mínimo de palabras”. “(...) otras situaciones legales de excepción en el secreto son las del médico como denunciante de un crimen...”. “La denuncia de delitos, ¿es ineludiblemente obligatoria? De ninguna manera. Si el médico no denuncia, ¿tiene la perspectiva de ser condenado por encubrimiento? Pienso que no, por varias razones, pero callar es peligroso...”. (Rojas, Nerio, Medicina legal, 7ª ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1961, págs. 523, 524, 526, 527 y 533).

2) “Si el médico (...) considera que hay justa causa para guardar silencio, lo hará. Si por el contrario considera que hay justa causa para denunciar así lo hará (...) Sintetizando y como colofón: La conducta del médico se reducirá a este binomio capital: hablar si hay justa causa y no hablar si no hay justa causa”. (Bonnet, Emilio, Manual de Medicina Legal, Buenos Aires: López Libreros Editores, 1984, pág. 22).

“El profesional debe atenerse a la ley de fondo, que es clara y concluyente. Si hay “justa causa” (y la comisión de un delito por parte de alguien es suficiente causa justa – agresión a un integrante de la sociedad), la denuncia corresponde” (Bonnet, E., Medicina legal, Buenos Aires: López Libreros Editores, 1967, pp. 30 y 34).

3) “La conciencia del profesional debe decidir si denuncia o no”. (Achával, Alfredo, Manual de Medicina Legal, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, pág. 695).

4) “(...) como dice [Nerio] Rojas “La verdadera interpretación es que el médico tiene la opción entre los dos caminos. En tal trance, él tiene la norma legal forjada por la ley de fondo –el Código Penal– en el concepto de la “justa causa””.// En efecto, si el médico –al igual que los demás profesionales allí mencionados– denuncia el delito por él conocido, no hace más que cumplir con la obligación prescripta por el Código de Procedimientos y fundamentalmente, entendemos por su imperativo moral. Vale decir que en ese caso no

comete el delito de violación del secreto, porque hubo "justa causa", legal y moral para hablar. Esta obligación es imperativa para el médico que actúa como funcionario público. (...) Debemos preguntarnos entonces, ¿la denuncia de delitos es ineludiblemente obligatoria? Consideramos que no. Entonces el médico que no denuncia, ¿tiene la perspectiva de ser condenado por encubrimiento? Entendemos que no (...) Pero, agregamos, callar es peligroso". (Bruno, Antonio, "Secreto Médico". En: Ética en Medicina, Buenos Aires: Fundación Alberto J. Roemmers, 1986, págs. 88-89.

Intentaré con este trabajo contribuir a la clarificación de estos conceptos.

Bases y fundamentos teóricos

Antes que nada, resulta necesario entender que la práctica judicial se halla inexorablemente impregnada de condicionamientos éticos, religiosos, políticos y filosóficos que trascienden el mero derecho positivo, y que muchas de mis opiniones pueden ser objeto de controversia. Por consiguiente, creo pertinente hacer explícito el marco de creencias previas desde el cual encaro el estudio de la jurisprudencia y exponer los fundamentos de las mismas, como marco interpretativo de mi visión general del problema.

Se acepta entre los juristas la idea de que la solución de un caso individual no puede determinarse exclusivamente por el texto de la ley vigente, puesto que el legislador, al formular la norma general, no puede prever –al menos no exhaustivamente– todas las excepciones a las que podría estar sujeto cada caso individual imaginable. Por lo tanto, se afirma que sin que hayan cambiado las leyes, jueces distintos pueden llegar a soluciones diferentes para casos aparentemente análogos, sin que esto constituya necesariamente un error judicial. A veces esto se sintetiza en el aforismo: “la ley dice lo que los jueces dicen que dice”. Sin embargo, pretender que esto significa que los jueces –por medio de la “interpretación”– tienen la facultad de crear y recrear el derecho según su voluntad resulta incompatible con los valores de una sociedad democrática, resulta inaceptable, puesto que veda toda posibilidad de criticar una decisión judicial como incorrecta: si la ley por sí misma nada puede estipular si no es complementada por la “interpretación” de los magistrados en cada caso particular, evidentemente no existiría un criterio o estándar de corrección frente al cual confrontar una sentencia para evaluar si la misma se ajusta a derecho o no. Y esto no es un problema meramente académico. Implica la supresión lisa y llana de una de las más importantes garantías tuteladas por el art. 18 de la Constitución Nacional: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”. Esta garantía constitucional, implica que los ciudadanos tenemos derecho a conocer de antemano si determinada conducta está prohibida por la ley, y si su transgresión es punible, para poder ajustar nuestra conducta al mandato legal. Si la ley no establece con un nivel de claridad inteligible para cualquier ciudadano de inteligencia e instrucción normales que una conducta determinada se encuentra prohibida, imponer una sanción jurídica con fundamento en la interpretación realizada por un juez a posteriori de los hechos, que probablemente no refleje más que la mera voluntad del juez, orientada en el mejor de los casos por su intuición, sus emociones y sentimientos particulares y su ideología política. Y

esto es precisamente la definición de sentencia arbitraria, y por ende, inconstitucional. Y no puedo evitar señalar, como médico escribiendo para médicos, que éste mismo problema constituye la raíz de la mayoría de las sentencias arbitrarias por presunta mala praxis.

Una explicación simplista, sería afirmar que cuando dos jueces distintos resuelven de modo diferente dos casos similares sin que la legislación haya cambiado, las causas posibles serían dos: o bien uno de ellos se equivoca, o bien se ha dejado corromper. Sin duda ambas posibilidades existen, pero no resultan satisfactorias para explicar la totalidad de los casos en que se advierte este fenómeno, que trasciende holgadamente del auténtico error o corrupción judicial.

En un trabajo elaborado por el Seminario de Lógica Jurídica de la Facultad de Derecho de la UBA,¹ se propuso una lista –sin pretensiones de ser exhaustiva ni definitiva- de posibles causas de este fenómeno:

1) La interpretación que se le atribuye a un texto legal puede variar según la época, de modo que la norma pase a comprender casos que antes no incluía, o deje de comprender casos que antes sí abarcaba (este caso presupone que los fallos divergentes se encuentren separados entre sí por largos períodos de tiempo).

2) Pueden promulgarse dentro del ordenamiento jurídico nuevas normas, que desplacen la solución establecida para un caso, al introducir excepciones no contempladas previamente (por ejemplo, la reforma constitucional de 1994, al establecer que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes –antes tenían igual jerarquía- establece una primacía de éstos en perjuicio de las leyes ordinarias, deviniendo estas inconstitucionales en caso de contradicción, aunque no se las haya modificado).

3) El contenido conceptual de una ley no puede precisarse sin tener en cuenta el contexto en el que se lo formula. Otras leyes podrían incidir permitiendo excepciones que no están estipuladas claramente en el texto de la primera.

4) Las leyes están siempre sujetas a los problemas de ambigüedad y vaguedad del lenguaje, por lo que pueden suscitarse controversias en cuanto al significado de ciertas palabras, afectando la aplicabilidad de las normas en casos particulares.

5) Al legislar, las autoridades no pueden considerar más que los casos normales, e incluso los atípicos más frecuentes o más fácilmente imaginables. Pero pueden aparecer

casos muy atípicos, que merezcan una solución diferenciada. Como esta solución diferenciada no está prevista en la ley, la crea el juez en el momento según su mejor criterio, y distintos jueces pueden encontrar distintas soluciones. Incluso algunos podrán afirmar que aunque el caso sea claramente atípico y la solución general prevista en la ley parezca manifiestamente injusta, prefieren apegarse a la solución prevista normativamente, para no afectar la seguridad jurídica (en el sentido de la previsibilidad de las decisiones).

6) Las leyes pueden limitar, pero no eliminar del todo, el margen de discrecionalidad en las decisiones jurídicas. Pero cierta discrecionalidad es siempre inevitable (por ejemplo, para estimar el monto del resarcimiento de un daño).

7) Para poder encuadrar un caso particular dentro de una solución general prevista por la ley, es necesario describir el caso particular. Y esa descripción puede no ser siempre completa, exhaustiva ni verdadera. El juez resuelve encuadrar el caso en una u otra solución según la descripción del caso particular plasmada durante el proceso. Del grado de diligencia o negligencia, pericia o impericia, e incluso creatividad, de los letrados que representan los intereses de cada parte, dependerá la descripción del caso que efectivamente se presente ante el magistrado para, sobre ella, resolver. En definitiva, el tribunal no resuelve sobre la realidad, sino sobre los diversos relatos de la realidad que han logrado construir cada una de las partes involucradas (y a veces ninguno de los relatos es fiel a la verdad).

8) Aunque esta última causa podría ser técnicamente catalogada como error judicial, habitualmente no lo es. Las leyes no deben ser interpretadas de manera aislada, puesto que constituyen un sistema, donde unas inciden sobre las otras. Sólo luego de haber analizado todo el sistema en conjunto, puede conocerse cuál es la solución correcta para un caso. La solución es la que surge de interpretar el sistema jurídico en su conjunto, y no una norma aislada. Al momento de resolver, el juez es responsable de realizar este análisis. Quizás uno de los más grandes mitos del derecho es el viejo aforismo “iura novit curia” (“el juez conoce el derecho”), utilizado en la práctica judicial para significar que la ley aplicable se presume conocida por el juez y, por lo tanto, no es necesario que las partes prueben en un litigio lo que dicen las normas. Este principio sirve para que las partes se limiten a probar los hechos, y no las leyes aplicables. El juez debe someterse a lo probado en cuanto a los hechos, pero puede ampararse en ese principio para aplicar un derecho distinto del invocado por las partes a la hora de resolver. Pero en la realidad, el conjunto de normas de

distinto origen y nivel que integran el sistema jurídico vigente es tan grande y variado, que depende en enorme medida de la diligencia que pongan los abogados de cada parte, en buscar y exponer adecuadamente en el relato la existencia de otras normas del sistema que puedan incidir sobre la interpretación de la principal, y de ese modo hacer notar al juez la existencia de una excepción aplicable al caso particular que de otro modo pasaría inadvertida.

Por último, existe una serie de términos que conviene definir con propiedad antes de abordar cualquier análisis dogmático de las decisiones judiciales:

A) Validez: sentencia válida, es aquella que deriva razonadamente del derecho vigente y de los hechos probados durante el juicio. Una sentencia no válida es aquella que no tiene fundamento en el derecho vigente o en los hechos probados en la causa (porque carece de fundamento, o porque los jueces en sus razonamientos —maliciosamente o por ineptitud— incurren en falacias (formales o de atinencia)* o se valen de normas aisladas y sacadas de su contexto, excluyendo injustificadamente del análisis pruebas o normas legales que son relevantes para la solución del caso, pese a formar parte del ordenamiento jurídico positivo en vigor). La doctrina de la Corte Suprema califica a las sentencias no válidas como *arbitrarias*, por no constituir éstas una derivación razonada del derecho vigente (C.S.J.N. Fallos 291:232; 292:254; 293:176; 303:120; 303:434; 306:717). La descalificación de una sentencia por arbitraria depende de si ella se ha dictado de acuerdo o no (en forma y en *contenido*) con el derecho positivo vigente. Es sentencia arbitraria, y por ende inconstitucional, tanto la que carece en absoluto de fundamentación, como la que tan sólo tiene una fundamentación aparente e inhábil. En definitiva, la sentencia no válida tan sólo trasunta la mera voluntad de los jueces. (Aunque como se advierte por el epígrafe de Alf Ross, considero que este fenómeno de que la sentencia esté impregnada de la voluntad del juzgador es inexorable, creo que es posible distinguir aquellos casos donde el magistrado ha buscado ceñirse en la mayor medida de lo posible a una interpretación razonada del derecho aplicable, mientras que en

* Recordemos que en lógica se denomina falacia a toda argumentación que no puede ser considerada como un razonamiento lógicamente válido (porque viola las reglas de la lógica —falacia formal— o porque pretende sustentar la conclusión en premisas que carecen de relevancia material —falacia de atinencia) pero sin embargo resulta psicológicamente convincente.

otros es evidente el total desapego por el mismo y la voluntad de imponer el propio criterio a cualquier costo).[†]

B) Cosa juzgada: una sentencia se halla firme cuando ya se han agotado todas las instancias en que puede ser revocada o modificada. Cuando los plazos para apelar se vencen o cuando el más alto tribunal con competencia en la causa se expide, ya no queda ningún tribunal al que se pueda apelar para que revise la sentencia, por más que sea evidentemente injusta o errónea, queda firme: incluso el error evidente deviene incorregible. A esto se lo llama principio de cosa juzgada. Esto marca una diferencia radical con el modo de pensar científico propio de la profesión médica. Aquí radica el principal escollo con que tropiezan los médicos para comprender el funcionamiento del sistema judicial, y considero que es un punto en que el abogado que enseña derecho a un médico debería prestar especial atención. El científico tiene por meta principal la búsqueda de la verdad. Por eso, en los casos en que no dispone de información suficiente para decidir una cuestión prefiere abstenerse de opinar, y cuando opina, sus conclusiones son siempre provisionales y revisables.

[†] Un claro ejemplo de esto lo constituye el fallo Zambrana-Daza, que se analizará en extenso más adelante. En ese caso, la CSJN, en su particular integración durante la década del '90 y en un fallo dividido 5 contra 4, abrió un recurso extraordinario en un caso en el cual la decisión inconducta, puesto que la imputada ya había cumplido su condena al momento de ser sobreesidida por la Cámara, tras la anulación del proceso en su contra. Por lo tanto, la decisión resultaba completamente abstracta respecto del caso particular que debían resolver, y dado el carácter restrictivo de la competencia del Alto Tribunal, deviene evidente que el voto mayoritario de ese momento estuvo motivado en una fuerte decisión política para dejar sentada una posición doctrinaria que pudiera incidir sobre casos futuros. La doctrina Zambrana-Daza fue revertida por la actual integración del Alto Tribunal, en forma unánime, mediante el fallo Baldivieso del 20/4/2010, retornando a la postura que ya venía manteniendo la CSJN por décadas antes del fallo Zambrana-Daza.

Los jueces, por el contrario, no tienen por meta suprema la búsqueda de la verdad, sino el poner término a las disputas en forma definitiva, con el fin manifiesto de dar estabilidad a las relaciones entre las personas, para que éstas no puedan seguir intercambiando reclamos y/o acusaciones sin solución de continuidad. Es por ello que la ley impone a los jueces la *obligación* de dictar sentencia en *todos* los casos, incluso en aquellos dudosos o no contemplados por ninguna ley. El juez, por más que no sepa cómo resolver correctamente el caso, se ve forzado a hacerlo de la mejor manera que su inteligencia y conocimientos se lo permitan. Y aunque se equivoque, su decisión será eventualmente irrevisable, porque de ese modo satisface el objetivo primario de la justicia, que es poner fin al conflicto. Si bien la búsqueda de la verdad también es un objetivo de la justicia, lo es sólo en segundo término.

C) Eficacia: una sentencia es eficaz, cuando es aplicada por los jueces en su toma de decisiones y, eventualmente, respaldada por la fuerza pública, es decir, cuando el Estado nos compele a cumplirla mediante el uso o la amenaza de hacer uso de la fuerza pública. Nótese que para la eficacia de una sentencia no se necesita que sea sustancialmente correcta. Basta con que sea cumplida voluntariamente o se obligue a cumplirla.

Resumiendo, la sentencia será válida si ha sido dictada por el juez competente, cumpliendo fielmente todas las normas legales correspondientes (respecto del *órgano* que la debe emitir, el *procedimiento* que debe respetar y el *contenido* al que debe conformarse) mientras que será eficaz si es acatada o hecha cumplir por la fuerza, independientemente de que sea o no válida.

D) Normas sustantivas y adjetivas: en términos generales puede decirse que las normas jurídicas son básicamente de dos tipos: aquellas que estipulan qué procedimientos deben seguirse para producir ciertos efectos jurídicos (cómo hacer un testamento válido, qué procedimiento seguir para casarse, por ejemplo), a las que se denomina normas procesales, rituales o adjetivas, y aquellas que establecen ciertas conductas como prohibidas u obligatorias, disponiéndose sanciones para quien no se comporta del modo debido, denominadas de fondo o sustantivas. Las leyes sustantivas las dicta el Congreso Nacional, son las mismas en todo el territorio nacional, y son superiores en jerarquía a las normas adjetivas. Las normas procesales son de naturaleza provincial. Incluso en el caso de los códigos procesales “nacionales” de aplicación en la justicia federal y ordinaria de la Capital

Federal, son considerados en la interpretación del derecho de jerarquía inferior al código de fondo. Por esto, resulta falaz cualquier argumento que pretenda afirmar que los elementos constitutivos de un tipo penal puedan verse modificados o excepcionados por la ley procesal. De otro modo, una misma conducta podría ser reputada delito en una provincia y no en otra dependiendo de en qué lugar se cometa. Ninguna norma de un código procesal puede ser interpretada en el sentido de que “justifica” la comisión de un delito (por ejemplo, violar un secreto, art. 156, C.P.).

Teniendo presente todo lo anterior, analicemos las normas que regulan la actividad judicial. La labor de los jueces está regulada por leyes que establecen un “riguroso” mecanismo de selección, y leyes que éstos deben obedecer en el ejercicio de sus funciones (normas de procedimiento). De no hacerlo podrán ser removidos de su cargo por los mecanismos previstos legalmente en cada jurisdicción. Y si la desobediencia de alguna de estas leyes constituye, además, una conducta tipificada en el código penal, les cabrá, además, la pena correspondiente, tras un proceso penal ordinario al que serán sometidos una vez destituidos, o tras verse forzados a renunciar al cargo.

Ahora bien, si por una situación de hecho (voluntad del presidente y de los legisladores que a él responden), el mecanismo de control del nombramiento de los jueces por parte del Consejo de la Magistratura y del Senado y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se hallan fuertemente perturbados por la voluntad del poder político de turno, si un juez viola abiertamente las leyes en el ejercicio de su función no habiendo sistema alguno de control destinado a prevenir, evitar y castigar esta conducta, resulta obvio que ella no será ni prevenida, ni evitada, ni castigada. Y para colmo, las sentencias pronunciadas por dichos jueces, aunque puedan no ser válidas, quizás se vuelvan eficaces, y llegadas a la última instancia, quedarán firmes, esto es, no serán revisables.

Es importante que el médico comprenda y tenga presente lo antes dicho al estudiar cualquier caso judicial, puesto que, una vez aprendida la teoría, al encarar la lectura de los fallos que se vienen dictando en los tribunales argentinos desde hace algunos años, el médico advertirá que muchísimos se apartan alevosamente de las soluciones previstas por la ley para los casos que juzgan, la mayoría de las veces con argumentos de escaso rigor técnico o incluso careciendo de toda fundamentación lógica. Y será una ingrata sorpresa para el colega el ver que dichos fallos, por aberrantes que sean, son eficaces. Algunos autores, gastan ríos de

tinta intentando dar justificaciones de por qué los jueces han fallado de tal modo, tratando de presentar así al derecho como un sistema reglado y relativamente seguro, puesto que les causa terror asumir que nuestro sistema judicial resulta inseguro, irregular y a veces arbitrario. Es mi opinión que este tipo de argumentación, aparte de fútil y errada, resulta peligrosa, puesto que cuando un sistema judicial presenta defectos, la solución no está en “barrerlos bajo la alfombra” mediante una hábil retórica, sino en exponer las debilidades del sistema judicial, y hacer un correcto diagnóstico de las causas de sus falencias, pues sólo así será posible, eventualmente, corregirlas. Quienes pretenden esconderlas con el pretexto de preservar la “fe” de la gente en la justicia, quienes sostienen que si la sociedad perdiese la confianza en la justicia quedaría sumida en el caos, en el fondo no hacen más que servir, voluntaria o involuntariamente, los intereses de aquellos que se benefician con la inequidad y la injusticia, con esa configuración social con apariencia de orden que vuelve cada vez más poderosos a los poderosos en detrimento de los débiles, situaciones éstas que florecen a la sombra protectora de una justicia inepta y corrupta.

Al explicar la teoría general del derecho a los médicos, creo indispensable ponerlos al tanto de los peligros de todo sistema judicial, y en particular del nuestro. En la Facultad de Medicina se nos ha enseñado que jamás debemos prometer la curación o el éxito de un tratamiento. Sin embargo, muchos médicos tienden a creer que la impredecibilidad es una particularidad de la medicina, y no reparan en los enormes márgenes de incertidumbre que pueden hallarse en otras disciplinas. El Ex Decano de la Facultad de Derecho de la UBA, el Prof. Atilio Alterini, solía recordar asiduamente a sus alumnos que para ganar un juicio un abogado debe lograr tres cosas: tener razón, saber hacerla valer, y que el juez se la dé. Debe quedar entonces claro para el médico que lo único que podemos hacer es enseñarle a tener razón y a saber hacerla valer, pero de ningún modo podemos garantizarle que si cumple con todas las normas, un juez penal o civil no los vaya a condenar, injustamente, sin que haya a veces remedio legal al que puedan recurrir. Y ante estas flagrantes injusticias, la comunidad médica no debe quedarse en silencio.

E) Cómo se resuelven las contradicciones entre normas de un mismo sistema

Si bien es cierto que los ordenamientos jurídicos pueden siempre ser vistos como sistemas de proposiciones normativas, en los cuales pueden aplicarse las reglas de la lógica de normas, esto es más importante aún en nuestro ordenamiento jurídico. Mientras que en aquellos países en que se aplica el mecanismo de juicio por jurados, rige la regla de la libre convicción, no debiendo dar cuenta el jurado del fundamento del veredicto, en nuestra constitución se establece la regla de la sana crítica. La sentencia debe ser una derivación razonada del derecho vigente y de los hechos probados en el caso. Por lo tanto, el razonamiento del juzgador tiene que sostenerse en reglas de inferencia lógicamente válidas, como parte de la garantía del debido proceso.

Se dice que dos normas entran en colisión cuando dichas normas:

1) deben aplicarse en un mismo caso “x”

y 2) en dicho caso “x”, una de ellas obliga a hacer “y” y la otra prohíbe hacer “y”.

La consecuencia de esto es que como es imposible obedecer ambas normas al mismo tiempo, para cumplir una de ellas deberemos, forzosamente violar la otra, sin que se nos pueda castigar por ello, ya que la ley no puede exigir a un ciudadano que haga algo materialmente imposible. En estos casos, la consecuencia práctica de eso, es que uno puede optar por obedecer la norma que más le convenga, mientras el Congreso no dicte una nueva ley que resuelva la colisión.

Es por ello que en ocasiones los “tergiversadores” toman dos normas que no son contradictorias, pero tratan de interpretarlas forzosamente de forma tal que lo parezcan. Así, pretenden ampararse en esta *aparente* “colisión de deberes”, para poder hacer lo que les plazca, o para convencer a otros de actuar como ellos quieren.

Dicho esto, podemos comenzar con la cuestión de fondo.

Violación de Secretos

La violación de secretos es un delito reprimido por el Código Penal. Por ello, es importante no distinguir allí donde la ley no distingue, y afirmar que los médicos se rigen por las disposiciones del Código Penal de la Nación, que se refieren a la violación de secretos en

general (Título V *Delitos contra la libertad*, Capítulo III *Violación de secretos*), sin hacer distinciones entre secreto médico o no médico, ni profesional o no profesional*:

Art. 156 (Texto vigente por ley 23.077, art. 1; monto según ley 24.286):

“Será reprimido con multa de un \$ 1.500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

Art. 157 (Según ley 16.648; vigente por ley 23.077, art. 1):

“Será reprimido con prisión de 1 mes a 2 años e inhabilitación especial por 1 a 4 años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos”.

En materia penal, resulta un desatino hablar de secreto médico, pues, como ya se ha dicho, en la teoría de la interpretación de la ley se suele considerar un error el hacer distinciones allí donde la ley no las hace. En particular porque dichos comentarios provienen de comparaciones con ordenamientos jurídicos extranjeros, que difieren sustancialmente del nuestro, por lo que sólo resultan de interés al erudito o al legislador que elabora un proyecto de ley, o con normas de orden administrativo, o códigos de ética,[§] pero que al médico sólo pueden llevarlo a error, sin que el trazar analogías con normas de otra naturaleza pueda aportar ningún beneficio, ya que en materia penal, el hacer analogías está expresamente prohibido (art. 2 C.P.P.N.).

* Esta distinción es importante porque el código penal, en su redacción anterior, preveía la violación de secretos sólo por parte de quienes ejercen una profesión que requiere título. Por ello hay que tener cuidado con comentarios u opiniones de juristas que se siguen citando en algunos textos de medicina legal, que se refieren a leyes ya derogadas o modificadas y que por lo tanto carecen de valor y pueden llevar a confusión.

§ Siendo la violación de secretos una conducta reprimida por el Código Penal de la Nación, resulta muy desaconsejable que meras asociaciones civiles, tales como la AMA, pretendan incluir regulaciones al respecto en un código de ética, ya que como tales, en nada pueden modificar la tipicidad de la conducta establecida por la ley penal de fondo, y mucho pueden hacer por confundir al médico —al que a veces le cuesta distinguir entre un genuino deber legal y un simple reglamento de una asociación profesional, de la cual quizás ni siquiera es miembro, cuando están redactados con un formato parecido— respecto de las conductas efectivamente permitidas o reprimidas por la ley.

Tipo Penal

Subjetivo:

Conocimiento y voluntad de cometer el delito (dolo). En este caso, consiste en el conocimiento de que el hecho a revelar es un secreto, en el conocimiento de su capacidad potencial de dañar, y en la voluntad de revelarlo con conocimiento de la inexistencia de justa causa.

Objetivo:

Calidad del autor:

*Persona que por su estado, oficio, empleo, profesión o arte haya tenido noticia de un secreto.**

Acción:**

Revelar sin justa causa un secreto cuya divulgación pueda causar daño.

Sanción:

Multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial por seis meses a tres años.

Secreto es todo “hecho no conocido en general, y sobre cuya reserva recaiga el interés expreso o presunto de la persona”ⁱⁱ. Hay que destacar aquí que una cosa es o no secreto, cuando cumple dos condiciones: la primera, que se trate de un hecho reservado al ámbito de intimidad del paciente. No puede haber violación de secreto, cuando el hecho en cuestión es de público conocimiento, cuando se trata de algo expuesto a la vista de los demás, o cuando se lo comenta con quien ya está previamente al tanto del mismo. La segunda condición es la voluntad del interesado de mantenerlo como tal. Como surge de la definición,

* No importa que la persona ya no revista dicho estado, empleo, oficio, profesión o arte. Basta con que lo haya hecho al momento de conocer el secreto. Por ejemplo, el empleado de un hospital que tuvo acceso a información confidencial, sigue obligado a mantener el secreto incluso luego de su renuncia o despido.

** No es doble como erróneamente escriben algunos autores, se trata de una sola acción con dos características.

dicha voluntad puede ser expresa o presunta, es decir, que cuando el interés de la persona en mantener o no determinada cuestión en secreto no se conoce, debe presumirse la intención de mantener el secreto. En tal sentido, en el ámbito de la justicia nacional, la doctrina es unánime. En la Provincia de Buenos Aires, el código procesal penal lo dispone expresamente en su art. 287: “*Tienen obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan con ocasión del ejercicio de sus funciones. 2) 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, el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá...*”.

Tener noticia por razón de su estado, oficio, profesión o arte, es una fórmula que fue introducida por el legislador para rechazar definitivamente una doctrina que se venía aplicando en algunos casos. Tal doctrina consiste en considerar protegidas sólo las revelaciones verbales hechas por el paciente al médico, y no lo que el médico haya podido inferir a través del examen físico u otros medios. Al respecto dice Soler:ⁱⁱⁱ “La ley dice ‘*teniendo noticia, por razón de su estado, etc.*’. Esta forma de expresarse es terminante y correcta, e importa rechazar la doctrina que, basada en el texto de la antigua ley penal, art. 44, 2º, 265, exigía que se tratara de un secreto *confiado*, esto es, *verbalmente comunicado*. (...) El resultado de la opinión contraria es sencillamente absurdo, pues supondría que un médico puede hablar de todo aquello de lo cual no se le pidió reserva expresa y, así, referirse, por ejemplo, a detalles del cuerpo de una paciente examinada, advertidos en el examen e ignorados por la paciente misma. No es necesario, por lo tanto, que el secreto haya sido conocido por comunicación verbal y con el pedido de reserva. (...) Puede tratarse, por lo tanto, ya de un secreto *comunicado*, ya de un secreto *advertido*”.

Pero, justamente por tratarse de hechos conocidos *en razón del ejercicio profesional*, también debe tenerse presente que “el secreto expresamente comunicado como tal no impone el deber jurídico de silencio, si nada tiene que ver con la profesión o estado o con el motivo que llevó a la asistencia profesional.”.^{iv}

Pongamos un ejemplo: si un médico, para atender a su paciente, ingresa a su domicilio, por el hecho de haber tenido acceso a ese domicilio en virtud de la asistencia prestada, deberá guardar secreto de todo cuanto allí vea, oiga o se entere, incluso de lo

relativo a otras personas que convivieren con el enfermo o que simplemente se hallaren presentes en su domicilio.

Por el contrario, si un paciente consulta a un médico para hacerse un control de rutina, y en ocasión de la consulta comenta que cometió cualquier delito, por ejemplo, un robo, sin que esto tenga nada que ver con la consulta (distinto sería si fuera un cleptómano que va a consultar a un psiquiatra), el médico no está obligado jurídicamente a guardar secreto en los términos del código penal.

Estado “es una situación social en virtud de la cual [la persona] tiene acceso legítimo a secretos independientemente del ejercicio de una profesión y también prescindiendo de la naturaleza lucrativa o no lucrativa de la actividad que esa situación comporta. (...) A esta situación corresponde típicamente el estado de sacerdote, de monja, de estudiante de medicina, de conviviente con persona obligada profesionalmente al secreto”.^v

Cuya divulgación pueda causar daño, en el sentido de que basta con que exista la posibilidad de causarlo, aunque no se lo cause efectivamente. Tampoco se especifica un tipo de daño en particular, por lo que vale cualquier tipo: físico, moral, lesión al honor, a la fama, al patrimonio, etc.. Tampoco es necesario que el daño sea causado al paciente. También puede tratarse de un daño causado a un tercero, puesto que en el marco de la relación médico paciente, el profesional puede llegar a conocer secretos relativos a los familiares, allegados, o amigos del paciente, cuya revelación podría causarles un perjuicio, y también está obligado a guardar tales secretos. Regresaré a este concepto cuando discuta la posibilidad de que la denuncia realizada en violación del secreto profesional pueda ser utilizada en contra de otros partícipes del presunto delito, quedando amparado por el secreto sólo el paciente, tesis que, adelanto, rechazo de plano.

Justa causa significa: 1) cuando leyes especiales lo dispongan; 2) ante un estado de necesidad, ya sea porque se necesita invocar dichos datos en su propia defensa (juicio por mala praxis), o para ejercer un derecho (demandar judicialmente el pago de honorarios), o para evitar un mal mayor. En cuanto a la posibilidad de violar el secreto para evitar un mal mayor, se debe comprender que la obligación de guardar secretos es un instituto tendiente a proteger el bien jurídico *libertad personal*. La ley prevé la posibilidad de que la protección de dicho bien jurídico entre en conflicto con la protección de otro bien jurídico de mayor

jerarquía. En este caso, en nuestro ordenamiento jurídico, sólo el bien jurídico *vida* parece* revestir superior jerarquía al de *libertad*, por lo que sólo sería justificativo para la violación de este secreto el proteger la vida de la misma persona o de terceros, **y no el mero interés de la persecución del delito**.* Así lo ha ratificado la CSJN en el Fallo Baldivieso, del 20 de abril de 2010: *“Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no*

* Prefiero decir que lo “parece”, en lugar de afirmarlo categóricamente, puesto que se trata de una afirmación con la que no todos concuerdan. Hay quienes sostienen –a mi juicio equivocadamente– que, a veces, la obligación de guardar secreto cede frente a la necesidad de proteger otro bien jurídico: la seguridad pública, en concreto, por la necesidad de investigar y perseguir la comisión de delitos.

Por un lado, no puede decirse que la libertad personal o el derecho a la intimidad tengan mayor jerarquía que cualquier otro bien jurídico, salvo el derecho a la vida, ya que según criterio uniforme de la Corte Suprema, todos los derechos y garantías amparados por la Constitución son abstractamente considerados de igual jerarquía, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales decidir, en los casos concretos y según las particulares circunstancias que ellos presenten, si corresponde dar prevalencia a tal o cual derecho que estén en conflicto.

Pero por otro lado, también hay que tener presente que estos argumentos resultan válidos cuando se está en presencia de conflictos entre genuinos *derechos* y no cuando el conflicto se verifica entre un derecho amparado por una garantía constitucional (como la libertad o el derecho a la intimidad) y un simple interés social consagrado en una directiva de acción política (como sería el caso del interés en la investigación y persecución de los delitos). Nadie tiene un genuino derecho que pueda pretender hacer valer para que se investigue y se persiga a alguien por la comisión de un delito. El Estado ejerce la acción penal en resguardo de un interés social, no de un derecho de alguien en particular (sin perjuicio de la actuación promiscua acompañando a la acusación pública que en nuestro derecho pueda acordársele al querellante/particular damnificado). Ronald Dworkin sostiene –creo que con razón– una distinción entre principios que tutelan derechos y directivas políticas (inglés: *policies*), que apuntan a la consecución de fines socialmente útiles, y que nunca un argumento sobre la base de una directiva puede prevalecer en la decisión de un juez (no necesariamente en la de un legislador), sobre un argumento basado en principios. En conclusión, salvo que el legislador haya introducido expresamente una restricción, un derecho siempre prevalece sobre un interés colectivo, y ése es justamente el caso que se da con la violación de secretos.

* Entiéndase por “persecución del delito” a la facultad del Estado de enjuiciar y condenar a quien ha cometido un delito. También es común, desde el discurso político, culpar al Poder Judicial por la situación de seguridad social. La Justicia es comparable al médico forense que va a practicar una autopsia sobre un cadáver. Actúa ante el hecho consumado e irreversible. La seguridad y la prevención del delito dependen de las políticas de seguridad correctamente establecidas y ejecutadas por los otros dos poderes de la república.

puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional. Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado. No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva”.

Téngase presente que revelar no es lo mismo que denunciar. Revelar, significa simplemente poner a un tercero en conocimiento del secreto (que puede o no consistir en un delito). El médico revela el secreto, por ejemplo, cuando remite a un colega la historia clínica de un paciente que le deriva, o cuando notifica a Salud Pública el caso de un paciente infectocontagioso. Por eso se dice que en nuestro derecho el secreto profesional es *relativo*, ya que existen situaciones en las que puede ser legalmente revelado. Por eso también podría ser una justa causa el revelarle a la pareja de un paciente HIV positivo la condición de su concubino, si creemos que éste puede ocultársela y no tomar las medidas profilácticas del caso exponiéndola al peligro de contagiarse. Pero denunciar no es lo mismo que revelar. Denunciar penalmente significa poner en conocimiento de la autoridad competente (al juez penal, o al fiscal o a la policía) la comisión de un *delito*, instando la acción penal correspondiente. Como claramente dijo la CSJN en el fallo citado, sólo puede reputarse justa causa para denunciar un delito de acción pública la existencia de un *peligro* consistente en un *proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros*, y no el mero interés estatal en perseguir y sancionar al autor de un delito ya cometido. Esto no es sino una remisión a las causales de justificación del art. 34 del Código Penal, puesto que, como ya se ha dicho, la tipificación de una conducta penalmente reprimida debe estar contenida claramente en el Código Penal: si como afirman algunos autores citados al comienzo de este trabajo, la “justa causa” dependiese sólo de la conciencia del médico, entonces el delito reprimido por el art. 156 del CP sería inexistente;

¿cómo puede constarle a un juez lo que realmente pasa o no por la conciencia de un médico para condenarlo o absolverlo por este delito? Evidentemente, la apreciación de la “justa causa” requiere el mismo rigor en cuanto a su determinación y valoración que en cualquier otro caso de legítima defensa, propia o de un tercero, prevista en el art. 34º, CP.

El médico que se encuentra obligado a guardar secreto profesional tiene prohibido revelar secretos de sus pacientes (salvo los casos en que legalmente esté autorizado a hacerlo) así como denunciarlos. Esto quiere decir que en ambos casos se expone a las correspondientes acciones civiles (arts. 1068, 1078 y cctes. del Código Civil) y penales (art. 156 del Código Penal). Por otra parte, en el caso de la denuncia, a pesar de ser ésta formalmente válida, todos los elementos probatorios que se obtengan a partir de ella deben ser considerados como absolutamente inválidos para incriminar a las personas amparadas por el secreto profesional e incluso a terceras personas, cuando la *notitia criminis* se obtuvo de manera ilegal (teoría de los frutos del árbol envenenado).

He dicho que la ley no podría exigir al médico tal violación. Y por supuesto, no lo hace. Como veremos, quienes han postulado lo contrario lo han hecho malinterpretando la ley, por error o por malicia. Que quede claro, pues, que no existe ninguna ley ni norma de ninguna especie en el ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina que obligue al médico a violar el secreto profesional para denunciar un delito. Y por lo tanto, el médico tiene terminantemente prohibido denunciar un delito conocido bajo secreto profesional. ¿Qué delitos puede y debe denunciar entonces?, aquellos que no estén bajo el amparo del secreto profesional, es decir, aquellos de los que su paciente sea víctima inocente. Y el concepto de víctima **inocente** es importante: "... supóngase el caso de un herido en duelo, es decir, de un sujeto que ha delinquido. En ese caso, si la denuncia fuera obligatoria, *el herido* se encontraría en el conflicto a que antes nos hemos referido [buscar atención médica, a riesgo de ir a prisión, o dejarse morir] Ése es precisamente el conflicto resuelto por la ley a favor del necesitado. Ése es el caso que tipifica la excepción al principio del art. 165 [177 del Código nuevo]. *No existe deber de denunciar, en consecuencia, y sí deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso*, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal".^{vi} Téngase presente que en el caso de un menor, es al menor, y no a sus padres, a quien debemos considerar nuestro paciente. Por ello, si el menor fuera víctima de abuso o cualquier otra forma de violencia de parte de sus padres, existe la obligación de denunciarlo.

Debemos insistir en que para actuar correctamente en materia de secreto profesional, es necesario conocer en detalle las normas y conceptos pertinentes, a fin de evaluar debidamente cada caso particular, y hallar la solución adecuada. Un error que se ve con mucha frecuencia, consiste en el uso indebido del término *justa causa*. Pongamos el caso de un paciente que llega a una guardia gravemente herido por un accidente ocurrido en la vía pública. ¿Existe justa causa para violar el secreto y hacer la denuncia policial? No, no puede haber justa causa, porque en este caso directamente no hay secreto. Recordemos que un secreto es, en primer lugar, un hecho reservado a la esfera de intimidad de la persona. Un accidente ocurrido en la vía pública, por razones obvias, es de público conocimiento. Ha ocurrido a la vista de la gente. Las lesiones del paciente, cuando no se encuentran en partes ocultas del cuerpo, y están expuestas a la vista de la gente, tampoco son secretas. Además, aun en el caso de que se tratase de un hecho secreto, la ley prohíbe revelarlo “cuando su divulgación pueda causar daño” y, en general y salvo escasas excepciones que el médico deberá tener en cuenta, la denuncia de un hecho del cual el paciente ha sido víctima no puede causarle daño alguno. Por lo que en esos casos existirá la obligación de denunciar, pero NO PORQUE HAYA JUSTA CAUSA, sino porque en dichas circunstancias, el hecho conocido por el médico, NO ES UN SECRETO o, cuando lo es, su divulgación NO CAUSA PERJUICIO al paciente.

Elemento subjetivo: el dolo

Para que el delito de violación de secretos sea punible, es menester probar que el autor tenía al momento de revelar el secreto “el conocimiento positivo de la inexistencia de justa causa. Lo cual excluye la imputación de una revelación hecha de buena fe, por ejemplo, por orden (equivocada) de un juez. No debe confundirse, sin embargo, la conciencia de la falta de justa causa con la *voluntad de dañar*, que no es necesaria”^{vii}.

La pena:

Por otro lado, cabe destacar que la multa se abona al Fisco, no a la víctima, ya que ésta no es una indemnización sino una pena. Además de pagar la multa, el médico que viola el secreto profesional puede ser demandado civilmente, y ser condenado a pagar una indemnización a su paciente o a un tercero perjudicado por la revelación del secreto, y no

existe un tope preestablecido para dicha indemnización, pudiéndola fijar el juez libremente en función de la magnitud del perjuicio ocasionado por la revelación.

La reparación civil:

Independientemente de la acción penal, si el médico viola un secreto, su paciente puede demandarlo civilmente, y solicitar una indemnización monetaria que repare los perjuicios que la violación del secreto le hubiere causado (arts. 1068, 1078 y cctes. del Código Civil).

La denuncia de delitos. Los conceptos de acción e instancia públicas y privadas:

El Código Penal de la Nación, en su Libro I *Disposiciones Generales* Título XI *Del ejercicio de las acciones*, y el Código Procesal Penal de la Nación, en su Libro I *Disposiciones Generales* Título II *Acciones que nacen del delito*, Capítulo I *Acción penal*, y en su Libro III *Juicios*, Título II *Juicios especiales*, Capítulo III *Juicios por delitos de acción privada*, introducen los conceptos de acción e instancia, las cuales podrán ser públicas o privadas. Este punto suele ser fuente de confusiones para los médicos.

Acción es la facultad de dar impulso a un proceso judicial. La acción puede ser pública (cuando el fiscal puede promover por sí mismo —de oficio—, el procesamiento del imputado), o privada (cuando el proceso sólo puede ser iniciado, o continuado a petición de la víctima del delito, que deberá obligatoriamente actuar como querellante; el proceso puede cesar a petición expresa del damnificado, o tácitamente si éste dejara de instar la continuación del proceso por más de 60 días, o no se presenta a las audiencias).

Los delitos de acción pública, se subdividen en delitos de acción pública dependientes de instancia pública (son aquellos en que el fiscal puede pedir que se instruya el sumario sin que medie denuncia previa de la víctima del delito) y delitos de acción pública dependientes de instancia privada (en este caso, sólo podrá iniciarse la instrucción de la causa cuando la víctima del hecho hubiere formulado denuncia; pero una vez iniciado el proceso, ya no es necesario que la víctima actúe como querellante, el fiscal puede continuarlo de oficio, y el proceso no puede ser concluido ni aun por voluntad de la víctima).

Resumiendo:

- 1) Acción pública: 1.1) dependiente de instancia pública
1.2) dependiente de instancia privada

- 2) Acción privada

Habiendo aclarado estos conceptos, citamos los artículos pertinentes de los Código Penal y Procesal Penal vigentes:

Código Penal de la Nación – Libro I *Disposiciones Generales*

Título XI *Del ejercicio de las acciones*

Art. 71:

"Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales [esto significa que se considerará a todos los delitos como de acción pública dependientes de instancia pública], con excepción de las siguientes:

- 1) las [de acción pública] que dependieren de instancia privada;*
- 2) las acciones privadas."*

Art. 72 (Según ley 23.487):

"Son acciones [públicas] dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

- 1) Violación, estupro, rapto y abuso deshonesto cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91 [lesiones gravísimas];*
- 2) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o de interés público;*
- 3) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. [inciso agregado por la ley 24.270].*

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por una de sus ascendientes, tutor, o guardador".

Art. 73:

"Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1) calumnias e injurias;

2) [según ley 16.648] violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 [violación de correspondencia, cuando es cometida por un empleado de correos] y 157 [violación de secretos de Estado, cometida por un funcionario público];

3) concurrencia desleal, prevista en el art. 159;

4) [agregado por la ley 13.944] incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge".

Art. 76:

"En los casos del art. 73, se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores y representantes legales".

Código Procesal Penal de la Nación – Libro I Disposiciones Generales

Título II Acciones que nacen del delito

Capítulo I Acción Penal

Art. 5:

"La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, el que deberá iniciarla de oficio siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por la ley".

Art. 6:

"La acción penal dependiente de instancia privada no se podrá ejercitar si las personas autorizadas por el Código Penal [en su art. 72] no formularen denuncia ante autoridad competente".

Art. 7:

"La acción privada se ejerce por medio de querrela, en la forma especial que establece este Código".

Libro III Juicios – Título II Juicios especiales

Capítulo III Juicios por delitos de acción privada – Sección I Querella

Art. 420:

“El querellante podrá desistir expresamente de la acción en cualquier estado del proceso, pero quedará sujeto a la responsabilidad emergente de sus actos anteriores”.

Art. 422:

“Se tendrá por desistida la acción privada cuando:

- 1) El querellante o su mandatario no instaren el procedimiento durante 60 días.*
- 2) El querellante o su mandatario no concurrieren a la audiencia de conciliación o del debate, sin justa causa (...)”.*

Quiero aclarar al respecto, que en un libro de medicina legal se sugiere que denunciar un delito de instancia privada podría acarrear algún tipo de sanción al médico “pues uno de los elementos de la *justa causa* es precisamente que no incurra en el error de efectuar una denuncia que no le corresponde a él sino al propio agraviado”.^{viii} Esto es un error conceptual importante: intentar denunciar por error un delito de instancia privada no expone al profesional a sanción alguna, puesto que se trataría de un acto imposible de realizar. Por eso decimos "intentar". La denuncia por parte de la víctima constituye un requisito formal de la denuncia de un delito de instancia privada, por lo que si el médico intenta erróneamente interponerla, es casi seguro que no logre hacerlo, y si por error alguien se la recibiese, la misma será desestimada *in limine*.

La Violación de Secretos en el Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984 de 1991)

Obligación de denunciar (Art. 177):

“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

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".

Dije al comienzo que en nuestro sistema jurídico se aplica como marco conceptual la lógica de las normas, llamada lógica deóntica. Simplificando, podemos decir que la forma básica que puede adoptar una norma es la siguiente:

I) "SI p ENTONCES es Obligatorio q " lo que se simboliza como $p \supset O(q)$

II) "SI NO p ENTONCES es Obligatorio q ", o su forma lógicamente equivalente:

"es Obligatorio q SALVO QUE / A MENOS QUE p ", ambas se simbolizan como $\neg p \supset O(q)$, ya que aunque son lingüísticamente diferentes, son lógicamente equivalentes, la diferencia en la redacción no cambia su significado. A lo sumo puede volverla de difícil lectura para el no especialista. Por eso a veces los juristas prefieren utilizar la notación formal simbólica para el análisis de normas complejas.

El art. 177 C.P.P.N. es una norma de la segunda forma. Si la reordenamos según la forma estándar a fin de facilitar su lectura, podríamos redactarla como sigue:

"Los funcionarios o empleados públicos que conozcan en el ejercicio de sus funciones la comisión de delitos perseguibles de oficio, o los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar que al prestar los auxilios de su profesión conozcan la comisión de delitos de instancia pública contra la vida y la integridad física de las personas:

Si los hechos conocidos NO están bajo el amparo del secreto profesional ENTONCES tendrán la obligación de denunciarlos".

Como vemos, esta norma no obliga al médico a formular denuncias penales sobre la base de hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional, y por lo tanto NO le otorga al médico una *justa causa* para violar el secreto, como lo exige el art. 156 C.P.. Por el contrario, la previa inexistencia de un secreto profesional es el presupuesto y condición necesaria para poder aplicar esta norma. ¿Cuáles son los delitos que esta norma obliga al médico a denunciar?: aquellos en que su paciente sea la víctima inocente de un delito de instancia pública contra la vida y/o la integridad física (homicidio, lesiones graves o gravísimas, o las leves cuando mediaren razones de seguridad o interés público, abuso de armas y abandono de personas; nótese que el art. 177 C.P.P. no contempla siquiera la denuncia por delitos contra la integridad sexual, por ser ésta dependiente de instancia privada, pero siempre respetando la voluntad de nuestro paciente para el supuesto de que prefiriese mantenerlo en secreto.

Cabe destacar que más de un autor ha querido ver en los arts. 164 y 165 del antiguo Código Procesal, ya derogado por la ley 23.984 de 1991, una justificación para la violación del secreto profesional. Resumidamente, el art. 164 disponía la obligación de denunciar para los funcionarios o empleados públicos y el 165 para los médicos. Al respecto, decía el Prof. Emilio Bonnet en la 2ª edición de su Tratado de Medicina Legal, citando el voto del Dr. Amallo en el plenario Frías (que se cita textualmente en la sección de jurisprudencia de este trabajo), que el art. 164 no era aplicable a los médicos, ni aun si éstos eran funcionarios públicos, puesto que ello permitiría establecer una distinción inconstitucional entre aquellos pacientes que pueden pagar un médico privado y aquellos que deben atenderse en un hospital público, por lo que sólo el art. 165 era aplicable al quehacer médico, ya fuese en su práctica privada o como médico de un hospital público. Y así lo han entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital, la Cámara Federal de Capital y la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace más de 30 años. Lo que no hay que olvidar es que el Derecho es un sistema de normas, que como tal debe ser aplicado en conjunto, ya que tomar una norma aislada puede llevar a una interpretación que el sistema jurídico no admite o que lisa y llanamente prohíbe. Por ello, no corresponde hablar del art. 165 omitiendo mencionar el 167, que disponía: “*Se exceptúa de lo dispuesto en los dos artículos anteriores el caso en que las personas mencionadas hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones hechas bajo el secreto profesional*”. Este artículo era determinante para una correcta interpretación del régimen legal, puesto que sostiene

justamente que los artículos con los que los médicos “denunciadores” pretendían justificar su actitud, EN NINGÚN CASO SE APLICA A LOS HECHOS CONOCIDOS BAJO SECRETO PROFESIONAL. Omitir el análisis de este artículo o falsearlo restringiendo su aplicación, constituye un grave error conceptual, o un acto francamente malicioso, destinado a violar la ley “haciendo de cuenta” que se la cumple. De todos modos, este artículo resultaba inadecuado por ser más antiguo que el Código Penal. El Código Penal viejo consideraba secreto profesional a las *revelaciones* hechas por el paciente, por lo que en un abuso de interpretación podía permitir a los médicos revelar hallazgos del examen físico, ya que éstos no le eran conocidos por una revelación verbal. Por eso, el art. 156 del Código Penal fue modificado y ahora dice “quien teniendo noticia de un secreto en razón de su(...) profesión”, sin especificar de qué forma se adquirió dicha información. Sin embargo, dicha modificación del Código Penal no fue seguida por una inmediata actualización del Código Procesal, donde se seguía leyendo la fórmula vieja. Si bien todo abogado sabe que el código de fondo es de jerarquía superior al ritual y en caso de contradicciones ha de tenerse por válido lo dispuesto por el código sustantivo, esta discrepancia dio lugar a que muchos médicos, abogados e incluso algunos jueces violaran la ley “haciendo de cuenta que la cumplían”. Por ello, el Dr. Ricardo Levene (h) al redactar el proyecto que habría de convertirse en el nuevo Código Procesal en 1991, sintetizó todas las disposiciones pertinentes en un sólo artículo, compatibilizándolo con lo dispuesto en el código de fondo, para evitar futuros abusos.

Queda así plena e irrefutablemente demostrado, por medio de una deducción lógica formal, único mecanismo de razonamiento válido, que no existe en el derecho argentino actual, ni ha existido jamás en el pasado, ni la obligación de denunciar los delitos conocidos bajo secreto profesional, ni una colisión de deberes que otorgase al médico la facultad de obrar a su antojo, o según su conciencia. Tan sólo ha habido gente que simuló ver y que quiso hacer ver a los demás esta aparente colisión.

En todo caso puede decirse que hay un conflicto entre un interés social (perseguir y reprimir el delito) y derechos individuales del paciente (a la privacidad, intimidad, igualdad ante la ley, defensa en juicio, no autoincriminación y debido proceso penal). Algún autor sostiene que no se puede poner los derechos de un individuo por sobre los de toda la comunidad.

En este tenor puede citarse la opinión de Héctor Hernández (en ob. cit. “Discurso Penal,

Garantismo y Solidarismo”, Buenos Aires: El Derecho –actual publicación jurídico-panfletaria de la UCA, de escaso valor académico, motivo por el cual el Dr. Germán Bidart Campos se alejó de su dirección casualmente, en 1996, fecha de publicación de este artículo, probablemente por vergüenza ajena-, t. 168, p. 174-196)), quien entiende que para dilucidar esta cuestión hay que tener presente que “el *“gran presupuesto” es la concepción que se tenga del bien común político*” proponiendo frente al “*garantismo individualista*”, “*una posición solidarista que preconiza la preservación de las garantías de todos los individuos, constituidos y organizados en Estado, en especial de los inocentes y de las víctimas, y viene a rescatar, de esa manera, un profundo contenido humano pero social y no individualista –y no meramente negativo– del derecho penal*”. Funda esto en que la Constitución tiene por fin proteger a toda la comunidad, esto es a lo que se referiría el Preámbulo con “*proveer a la defensa común*” y “*afianzar la justicia*”, y por ello la correcta interpretación de las garantías constitucionales es dar prioridad a la defensa de las “garantías” de la comunidad y no a las inmorales e individualistas y por qué no también egoístas garantías de los delincuentes. Para comprender cabalmente la postura de este autor (que recientemente se congratuló del fallo de la C.S.J. de Santa Fe en causa “Insaurrealde”, cuya doctrina resume en sentido favorable Hernández diciendo que se desprende como afirmación esta fórmula: “*por lo menos en los casos de aborto, no es nulo el proceso iniciado gracias al anoticiamiento que proviene de fuente médica*”), quizás sea ilustrativo tener presente que en el prólogo a su artículo, comienza lamentándose de la decadencia de los valores morales y del relajamiento del rigor judicial producido por las teorías “garantistas” a partir del retorno a la democracia luego de la última dictadura militar. Es evidente de qué clase de sistema político este autor siente nostalgia... Seguramente el posterior fallo “Baldivieso” de la CSJN, que dio por tierra con la cuestionada doctrina “Zambrana Daza”, arrastrando así también al fallo “Insaurrealde” de la Corte Santaefecina, que se sustentaba en dicho precedente, le habrá causado hondo pesar...

También sostiene Héctor Hernández que dado que se admite la revelación del secreto cuando “*se juegan intereses más bien particulares*” (como, p. ej., la defensa de un derecho propio del profesional, cobro de honorarios, etc.), entonces “*a fortiori constituirá justa causa impedir la impunidad de un delito de acción pública*”.

Para Hernández, el deber de denunciar sería superior en jerarquía al de guardar secreto: el deber de guardar secreto sería una mera obligación contractual (omite el autor mencionar las expresas prohibiciones que surgen del art. 156 C.P. y los arts. 1068, 1078 1072 y 1109 del

Cód. Civil) alegando que *“las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”* (art. 21 C.C.). Por lo que la obligación meramente contractual del médico de guardar secreto no puede tener jerarquía superior a la obligación incondicional de denuncia que impondría el art. 165 del Código Procesal Penal (???!!!).

Por lo demás sería una exigencia del bien común violar el secreto, pues *“contribuye, sin duda, al buen orden social. Todo el mundo ha de saber que si delinque no puede encontrar amparo en ningún supuesto secreto médico. Y esto es bueno. Es muy bueno. Porque es un principio general básico del derecho penal la valiosidad (sic) que tiene combatir el delito. (...) Aplicar esa pena que es un daño para el delincuente es, sin embargo, un bien para la sociedad. Ese es el bien que el juez debe tener en cuenta, que es el bien ordenado exigido por el bien común; y no el bien que resulta para el imputado de escapar a la pena”*.

Con esta suerte de “argumentos”, cuando Hernández trata de justificar ideas de su propio peculio, extrayendo conclusiones a partir de premisas *tomadas de los sistemas morales de teólogos medievales*, no duda en invocar la autoridad de la lógica: *“La secuencia lógica es clarísima: A) es lícito revelar el secreto por el bien común, que tiene primacía sobre el bien particular; B) Denunciar y castigar a los infractores hace al bien común de la república. La conclusión del razonamiento deberá ser necesariamente: C) Revelar el secreto profesional para denunciar los delitos es legítimo”*. Pese a tan impecable muestra de silogismo hipotético, acto seguido se despacha diciendo que debe dejarse de lado la *“lógica pura”*, *“fría y aséptica, al modo del silogismo teórico”*, cuando se trata de sacar conclusiones a partir de *leyes* que se oponen a su catecismo. ¡Qué bello ejemplo de honestidad y coherencia argumentativa! ¿No será que con lo que este “insólito” autor no concuerda, *más que con la lógica en sí*, es con las *premisas* de las que debe partir un razonamiento jurídico, que no son otras que *las leyes nacionales vigentes*?

En realidad, lo que parece incomodar a Héctor Hernández es el propio instituto de las garantías procesales: *“Que la posición nulificante fomenta la impunidad y asume ribetes ridículos es tesis corriente entre los que se oponen a la doctrina “garantista”*. *“Absurdos a que se llega por la doctrina en análisis: (...) autor de cualquier delito que “en combinación con un abogado le cuenta todas sus andanzas y le pide que lo denuncie. Así lo hace el letrado y allí se corta el largo brazo de la ley. Para el profesional, ningún problema, pues lo protege la acción privada del art. 73, inc. 3º del cód. penal” (...) Como se presentan las cosas la*

justicia penal ha de quedar para los arrepentidos o para los estúpidos". (ob cit., p. 193).
Semejante exabrupto me exime de todo comentario.

Regresando al terreno de la cordura, como ya ha resuelto la CSJN *in re* "Baldivieso", no se trata aquí propiamente de un conflicto de derechos. En segundo lugar, lo opuesto –poner el "derecho" de la sociedad por encima de todo derecho individual– tampoco es admisible, puesto que eso sería ni más ni menos que un régimen totalitario, a la manera del comunismo de Stalin, el nazismo de Hitler o el fascismo de Mussolini. Por lo demás, según se ha visto, entre un interés social y un derecho individual debe prevalecer éste último. Nuestra Constitución Nacional y el respeto a los ideales democráticos no permiten que la maquinaria del Estado avasalle los Derechos Fundamentales del Hombre consagrados universalmente desde la revolución americana de 1776, la francesa de 1789, y receptados en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales firmados por nuestro país, incorporados a la Constitución en la reforma de 1994. Evidentemente es necesario fijar un estándar, que determine con claridad y precisión dónde comienzan los derechos de uno y dónde terminan los del otro. Y esto sólo puede surgir de una ley, votada por consenso en el Congreso Nacional. No puede quedar librado a la voluntad, discrecionalidad y/o conciencia de un particular, como lo es el médico, porque de ser así, generaríamos una situación de gravísima inseguridad jurídica. La suerte de una paciente que –por ejemplo– ha cometido el delito de aborto, quedaría librada a la conciencia de su médico. Si éste no tiene objeciones de conciencia contra el delito del aborto, no denunciará. Mientras que si lo considera un crimen, lo hará. Esto significaría dejar la puesta de límites entre los intereses públicos y particulares en manos de la conciencia de cada médico, y como no todos piensan igual, cada uno los fijaría a su manera, quedando el paciente sujeto a la discrecionalidad del profesional. Esto genera una desigualdad repugnante e inadmisibile en los términos de la Constitución Nacional, que consagra como garantías inviolables –en el sentido de que el Congreso Nacional tiene prohibido dictar leyes que las violen, y los jueces y ciudadanos deben abstenerse de malinterpretar las leyes para violar en la práctica lo que las leyes mandan en su letra– las del debido proceso penal, no autoincriminación, privacidad e intimidad, defensa en juicio, y en particular la de IGUALDAD ANTE LA LEY (art. 16 C.N.). Dejar librado al

arbitrio de cada médico la decisión de denunciar o no, es una clara violación de esta garantía. Es por ello que el concepto de justa causa previsto por el art. 156 del Código Penal no puede ser interpretado sino a la luz de disposiciones legales expresamente previstas.

Que quede claro entonces que no le está permitido al médico denunciar a su propio paciente cuando éste fuere autor de un delito, porque ninguna ley lo manda, y porque ninguna ley podría mandarlo porque nuestra Constitución Nacional lo prohíbe en su art. 18. Además de que estaría cometiendo el delito de violación de secreto.

El médico como testigo:

Código Procesal Penal de la Nación

Art. 244:

“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 ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos y parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término.

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

Resumiendo, la conducta apropiada del médico que es citado como testigo cuando el juez, el fiscal, o el abogado de la querella le formulan alguna pregunta que no pueda responder sin violar el secreto profesional, es notificar al juez de dicha situación; si aun así el juez le ordena responder, el médico deberá hacerlo, pero solicitando que se deje constancia en actas de que el profesional considera que dicha cuestión se halla protegida por el instituto del secreto profesional y que la pregunta se responde por orden expresa del juez. De este modo, si el juez hubiese impartido esa orden ilegalmente, él deberá hacerse responsable de ello, y se expondrá a ser sancionado, y en todo caso la declaración tenida por nula por la Alzada, pero el médico habrá dejado a salvo su responsabilidad.

El médico como perito:

Dice el Código Procesal Penal de la Nación:

Art. 255:

"No podrán ser peritos: los incapaces; los que deban o puedan abstenerse de declarar como testigos o que hayan sido citados como tales en la causa; los que hubieren sido eliminados del registro respectivo por sanción; los condenados o inhabilitados".

Art. 266:

"El perito deberá guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

El juez podrá corregir con medidas disciplinarias la negligencia, inconducta o mal desempeño de los peritos y aun sustituirlos sin perjuicio de las responsabilidades penales que puedan corresponder".

Recientemente, en el marco de la investigación por el homicidio de José Luis Cabezas, la defensa del ex policía Prellezo acusó a los peritos psiquiatra y psicólogo de violación de secretos por revelar al juez instructor que, al entrevistarse con el imputado con el fin de practicar la evaluación psiquiátrica solicitada por el juez Macchi, éste les habría confesado que el presunto instigador del crimen sería Alfredo Yabrán. Y el juez Macchi aceptó este planteo y dispuso no incorporar la declaración de los peritos al expediente. Decisión que fue posteriormente revocada por la Cámara de Apelaciones, con una severa reprimenda para el Inferior. Es por este antecedente que ha tenido trascendencia pública que estimo pertinente dedicar algunas líneas a este tema.

El deber de guardar secreto reconoce su origen en la relación de confianza entre el obligado a guardar secreto y el titular del secreto (si no lo circunscribimos al secreto médico), y no en la mera posesión de un título profesional. Una persona, por el sólo hecho de ser un profesional de la salud, no está obligada a guardar secreto respecto de todo lo que conoce, sino de los secretos del paciente que se halla bajo su atención o cuidado.

Del mismo modo que un sacerdote católico está obligado al secreto de lo que se le revele en el marco del sacramento de la confesión, pero no en una charla informal de café.

El médico que actúa como perito, reviste el carácter de funcionario auxiliar de la justicia. El médico perito no está encargado de la atención o cuidado de los imputados, no es su médico tratante. Es un asesor técnico del juez, y en tal carácter, presta sus servicios al Poder Judicial, y no al paciente. No lo une un vínculo contractual con el paciente. No es elegido por el paciente, es designado por el juez, de lo cual el paciente es plenamente consciente y de lo cual está informado. Para examinarlo y elevar un informe de ese examen al magistrado. Es por ello que el médico tratante del imputado tiene prohibido actuar como perito (art. 255 C.P.P.N.). Y es por ello también que el médico perito podrá informar al juez de todo aquello que conozca en el ejercicio de su cargo, sin ocultar nada, ya que no debe ninguna obligación de secreto al imputado, que no es su paciente. Mientras que sí tiene una obligación de guardar secreto respecto del Poder Judicial, puesto que para él trabaja: por eso, el perito deberá abstenerse de revelar fuera del Tribunal (p. ej., a la prensa), todo aquello que hubiese conocido en el ejercicio de su cargo (art. 266 C.P.P.N.).

Encubrimiento y secreto profesional

Código Penal de la Nación

Art. 277 (Según ley 23.468):

“Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes:

1) ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo;

2) procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o a asegurar el producto o el provecho del mismo;

3) adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos que sabía provenientes de un delito, o intervinere en su adquisición, recepción u ocultamiento, con fin de lucro. Si el autor hiciere de ello una actividad habitual, la pena se elevará al doble”.

Art. 279 (Según ley 23.468):

“Están exentos de pena los que hubieren ejecutado un hecho de los previstos en los incs. 1 y 2 del art. 277 a favor del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiesen especial gratitud”.

Evidentemente resulta imposible que un médico cometa este delito al guardar un secreto profesional, puesto que el mismo sólo puede cometerlo quien omite denunciar un delito ante la justicia en lo criminal, cuando *estuviere obligado a hacerlo*, y el art. 177 del C.P.P.N. establece que los médicos no están obligados a denunciar los delitos de acción pública cuando los conocieren bajo el amparo del secreto profesional. No existe ninguna otra ley que imponga la obligación a los médicos de formular denuncias penales.*

Máxime considerando, como surge de la lectura del art. 279, que el legislador ha contemplado que existen ciertos deberes morales de lealtad que están por encima de la exigibilidad legal de la denuncia, aun en los casos de delitos contra la vida y la integridad física.

Sin embargo, hemos visto al comienzo que algunos textos de medicina legal han sembrado el mito que el profesional se expone a ser acusado de encubrimiento si no denuncia todos los delitos de acción pública de los que tenga conocimiento.

El secreto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

Art. 444:

"El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas:

1) si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor;

* No hay que confundir —pese a que se utiliza ambigüamente el mismo término— la denuncia penal en sede judicial con las denuncias ante autoridades administrativas (Salud Pública, Registro Civil), que no tienen por fin instruir un proceso judicial contra una persona, sino recabar información con fines estadísticos, epidemiológicos, etc.. Tampoco la prevista en el art. 2 de la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, ya que dicha ley dispone, en su art. 1, que la denuncia será formulada "ante el juez con competencia en asuntos de familia", es decir, un juez civil, sin competencia penal.

2) *si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial*".

Llegando a este punto ya es legítimo preguntarse por qué el secreto médico ha recibido por parte de tantos juristas un tratamiento diferencial respecto del de otros profesionales, y por qué se han ventilado tantas causas judiciales en relación con este tema, mientras que la jurisprudencia respecto de la violación de secretos, de los abogados, por ejemplo, es mucho menos abundante. Y la única respuesta que me resulta plausible es que, debido a la ignorancia de los médicos de su deber de guardar secreto, ignorancia que no comparten abogados ni sacerdotes, éstos han formulado un gran número de denuncias, que llegan entonces a ventilarse en los tribunales (promoviendo así la formación y avance de una causa), y por ello es que muchos jueces, al encontrarse con la posibilidad de condenar a quien ha cometido un delito, son reacios a decretar la nulidad del sumario, y ensayan infinidad de argumentos que les permitan llevar adelante la investigación. Y no puedo descartar que muchos magistrados instructores lo hagan con plena conciencia de que, al final, la causa terminará en nulidad, pero previendo aplicar entre tanto al imputado el mayor plazo de prisión preventiva que pueda, desvirtuando así la medida cautelar y convirtiéndola en anticipo o sustitución de la pena que sabe que no le podrá ser aplicada...

El secreto médico

Ahora sí, cubierto el ámbito de las responsabilidades penal y civil en cuanto a la “violación de secretos”, podemos poner en su justo lugar al “secreto médico”, el cual, desde un punto de vista histórico y académico, cabe destacar que surge de diversas fuentes y reviste distintos caracteres. Por un lado, existe como norma ética de la profesión, y como tal forma parte del juramento profesional, tanto en su antigua forma Hipocrática, como en la moderna Fórmula de Ginebra: “Respetar el secreto de quien se os haya confiado a vuestro cuidado”.

También se halla contemplado el secreto médico en el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina, que dedica al tema todo su capítulo VIII. Sin embargo, este Código adolece de un grave defecto: al haber sido escrito con posterioridad al Código Penal, no ha sido el Código de Ética el inspirador de las normas legales, sino que el Código de Ética se ha basado en la ley. Por ello, sus disposiciones en materia de secreto profesional no aportan nada a lo que la ley ya dice. En realidad, el Capítulo VIII del Código de Ética parece ser un resumen de todas las disposiciones legales en materia de secreto, reformuladas, explicadas y simplificadas, con el fin de hacerlas entendibles a los médicos, y como ya he dicho antes, quizás oscurezcan más de lo que aclaran. Los códigos de ética no deberían incorporar reproducciones de lo que ya está reprimido por la ley penal. Si lo hacen bien, nada aportan. Si lo hacen mal, nos ponen en riesgo de cometer un error.

Dado que todas esas normas ya han sido explicadas en este texto, y que además, en el Código de la Confederación Médica, un par de artículos se hallan redactados de manera correcta, pero confusa para quien no conoce previamente el tema, y considerando que en definitiva, dicho cuerpo no aporta nada nuevo a lo ya dicho, en honor a la brevedad prefiero no citarlo, recomendando a los médicos no encarar su lectura sin asesoramiento letrado. Me limitaré a citar el único artículo que considero como una verdadera norma ética, en el sentido técnico de la palabra:

Art. 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.

Hasta aquí he mencionado normas éticas. En tal carácter, no son más que deberes morales, y como tales, no son susceptibles de análisis jurídico, quedando relegados a la conciencia de cada profesional. *"La diferencia entre derecho y moral consiste en que el derecho constituye un orden coercitivo, es decir, que el derecho procura producir un determinado comportamiento en los hombres vinculando al comportamiento opuesto un acto de coerción como sanción: la privación compulsiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos o de otro tipo. Cuando alguien roba, ha de ser encarcelado, si fuera menester, a la fuerza. Mediante esta norma el derecho prohíbe robar. También la moral procura producir un determinado comportamiento en los hombres, y también ella prevé sanciones. Pero estas sanciones consisten en la aprobación del comportamiento adecuado a la moral y en la desaprobación del comportamiento contrario a ella, no en actos de coerción; y la función de estas sanciones no es la de generar un comportamiento acorde con la moral"*.^{ix}

El segundo concepto de Secreto Médico sí es jurídico, y surge, en la C.A.B.A., de la ley 17.132, (y de las correspondientes leyes homólogas que regulan el ejercicio profesional en cada provincia) tal como se desarrollará en este apartado.

La ley (o más propiamente Decreto-Ley del dictador Onganía) de ejercicio profesional de la medicina y odontología en la Capital Federal, pone bajo el amparo del Secreto Médico *todo* aquello que llegase a conocimiento del médico o sus colaboradores con motivo o en razón del ejercicio de su profesión. Veamos:

Ley 17.132, art. 11

"Todo aquello que llegase a conocimiento de las personas cuya 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 facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal".

Asimismo, establece a quiénes y en qué condiciones dicho secreto podrá ser revelado.

Nótese que la presente no es una ley penal, y la infracción a la misma se sanciona como “falta administrativa”. En este sentido, y en función de la expresa remisión que la presente ley hace al Código Penal, debemos entender que esta ley viene a construir el concepto de violación del secreto médico complementando el concepto de violación de secretos en general previsto en el art. 156 C.P., al que no modifica ni deroga, y respecto del cual no establece excepción alguna. En otras palabras, en el Código Penal se prohíbe a toda persona que en razón de su estado, empleo, oficio, profesión o arte haya tenido conocimiento de un secreto, revelarlo sin justa causa. Además, en el caso particular en que dicha persona sea un médico, la ley del ejercicio profesional de la medicina, lo expone, aparte de la causa penal por violación de secretos, a un sumario administrativo ante el Ministerio de Salud por infracción al art. 11 de la Ley 17.132, que será sancionado con una multa, y a un eventual juicio civil, por el que se lo condenará a una reparación económica (indemnización). Además, para evitar la ya explicada interpretación “errónea”, o más probablemente malintencionada, consistente en tratar como secreto sólo aquello respecto de lo cual el paciente haya solicitado expresamente reserva, derivada del texto del código procesal vigente en aquel momento (año 1967) en lugar de la palabra “secreto” esta ley recurre a la fórmula “todo aquello que llegase a su conocimiento”.

Leyes especiales que autorizan la revelación del secreto médico (no la denuncia penal)

A continuación cito algunos ejemplos de leyes especiales que obligan a revelar un secreto profesional, constituyendo justa causa para tal revelación. Como ya he explicado, ninguna de ellas sirve para incriminar penalmente al paciente, lo que resulta lógico, ya que nuestra Constitución y los Códigos Penal y el Procesal Penal lo prohíben.

Ley 14.586 (Registro del Estado Civil de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires)

Art. 28

“Cuando ocurra el nacimiento de un hijo extramatrimonial, o cuya filiación se ignore, el padre o la madre que lo reconozca, o en su defecto el facultativo o la partera que hubieren asistido al nacimiento o la persona en cuya casa haya tenido lugar el parto, estarán obligados a declarar el hecho al Registro dentro de los cinco días hábiles”.

Art. 53

“... toda persona capaz que hubiere visto el cadáver... deberá denunciar [la defunción] por sí o por otro, al registro del estado civil, dentro de las 24 horas de ocurrida aquella. Si la defunción ocurriese en establecimientos públicos o privados, las autoridades del mismo están obligadas por sí o por otro a efectuar la correspondiente denuncia”.

Art. 54

“El facultativo que hubiese asistido al difunto en su última enfermedad y, a falta de él, cualquier otro, requerido al efecto, deberá examinar el cadáver y extender el certificado de defunción. Este consignará en cuanto sea posible, el nombre y apellido, domicilio y sexo del fallecido, la causa de la muerte y el día y hora en que tuvo lugar, debiendo indicarse si dichas circunstancias constan por conocimiento propio o de terceros...”

Ley 11.359 (Profilaxis de la lepra)

Art. 1

“Desde la promulgación de la presente ley, declárase obligatoria la denuncia de los enfermos de lepra en el territorio de la República”.

Art. 2

“La denuncia tendrá carácter reservado y será dirigida a las autoridades sanitarias nacionales, y donde éstas no existan, a las autoridades sanitarias provinciales o municipales de la localidad, en la forma determinada por la reglamentación de la presente ley”.

Art. 3

“La denuncia es obligatoria para el médico que asista, haya asistido o conozca al enfermo, o fuere llamado para reconocerlo”.

Ley 11. 842 (Profilaxis de la peste)

Art. 2

“Es obligatoria también, la denuncia de cualquier caso declarado o sospechoso de peste humana (bubónica, septicémica o pulmonar) al Departamento Nacional de Higiene por intermedio de la autoridad nacional, municipal más próxima”.

Ley 15.465 (Régimen de notificación obligatoria de enfermedades): por ser de interés prácticamente todo el texto de la ley, se acompaña fotocopia de la misma al final del artículo.

Ley 22.914 (Internación y egreso de establecimientos de salud mental)

Arts. 2, 3, 4, 5 y 6

Prescriben la obligación, a los encargados de estos establecimientos, de poner en conocimiento de la internación de un paciente psiquiátrico al juez, de los asesores de menores e incapaces, y a los parientes del internado o a quienes el paciente indique; cuando el paciente haya sido internado a por orden judicial, deberán, además, mantener informado al juez de las novedades que se produzcan en su historia clínica.

Decreto 130.827/42 (Prescripción de alcaloides)

Establece que al prescribir una receta de alcaloides, en las que normalmente el médico está obligado colocar el nombre y demás datos de su paciente, cuando el profesional considere necesario reservar la identidad del mismo, podrá completar el casillero destinado al nombre con la sigla S.M. (Secreto Médico).

Ley 23.798 (SIDA)

Art. 2

“Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

...

c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva;

...

e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada.”.

Decreto 1.244/91, Anexo 1 (Reglamentación de la ley 23.798–SIDA)

Art. 2

“
...

c) Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra afectada por el virus H.I.V., o se halla enferma de S.I.D.A., tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo en las siguientes circunstancias:

- 1. A la persona infectada o enferma, o a su representante, si se trata de un incapaz.*
- 2. A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de una persona infectada o enferma.*

3. A los entes del SISTEMA NACIONAL DE SANGRE creado por el art. 18 de la Ley N° 22.990, mencionados en los incisos a), b), c), d), e), f), h) e i), del citado artículo, así como a los organismos comprendidos en el artículo 7° de la Ley N° 21.541.
4. Al Director de la Institución Hospitalaria o, en su caso, al Director de su servicio de Hemoterapia, con relación a personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando resulte necesario para dicha asistencia.
5. A los Jueces en virtud de auto judicial dictado por el Juez en causas criminales, o en las que se ventilen asuntos de familia.
6. A los establecimientos mencionados en el artículo 11, inciso b) de la Ley de Adopción, N° 19.134 **[Esta ley fue derogada por la 24.779, art. 4, que es la nueva ley de adopción, en la que no se menciona ninguna institución en ninguno de sus artículos, por lo que la primera parte de este inciso quedó tácitamente derogado]. Esta información sólo podrá ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes.**
7. Bajo responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor.

...

e) Se utilizará, exclusivamente, un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento. Los días y meses de un sólo dígito serán antepuestos del número CERO (0)".

Ley 24.193 (Transplante de órganos y materiales anatómicos)

Art. 7:

"Los médicos de instituciones públicas o privadas que realicen tratamientos de diálisis deberán informar semestralmente al Ministerio de Salud y Acción Social a través del INCUCAI, la nómina de pacientes hemodializados, sus condiciones y características".

Art. 8:

"Todo médico que diagnosticare a un paciente una enfermedad susceptible de ser tratada mediante un implante, deberá denunciar el hecho a la autoridad de contralor dentro del plazo que determine la reglamentación".

Art. 26:

"Todo médico que mediante comprobaciones idóneas tomare conocimiento de la verificación en un paciente de los signos descritos en el art. 23, está obligado a denunciar el hecho al director o persona a cargo del establecimiento, y ambos deberán notificarlo en forma inmediata a la autoridad de contralor jurisdiccional o nacional, siendo solidariamente responsables por la omisión de dicha notificación".

Ley 24.417 (Protección contra la violencia familiar)

Art.1:

"Toda persona que sufriendo lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho".

Art. 2:

"Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público".

Decreto 235/96 (Reglamentario de la ley 24.417 – Violencia familiar)

Art2:

"Registro de Denuncias. El CONSEJO NACIONAL DEL MENOR Y LA FAMILIA, llevará un Registro de Denuncias, por agresor y por víctima, en el que deberán especificarse

los datos que surjan del formulario de denuncia que, como Anexo I, forma parte de este decreto. En el Registro también se tomará nota del resultado de las actuaciones.

El Registro deberá amparar adecuadamente la intimidad de las personas allí incluidas.

El CONSEJO NACIONAL DEL MENOR Y LA FAMILIA tendrá a su cargo la elaboración de un programa para registrar los datos sobre violencia familiar, en el que se asentarán las denuncias y comunicaciones que se reciban de los organismos correspondientes".

Art. 3:

"Formulario. Todo denunciante deberá completar el formulario de denuncia mencionado en el artículo 2º".

Art. 4:

"Obligación de denunciar los hechos de violencia. La obligación de denuncia a que se refiere el artículo 2º de la Ley Nº 24.417, deberá ser cumplida dentro de un plazo máximo de SETENTA Y DOS (72) horas, salvo que, consultado el programa previsto en el tercer párrafo del artículo 2º de esta reglamentación, surja que el caso se encuentra bajo atención o que, por motivos fundados a criterio del denunciante, resulte conveniente extender el plazo".

Art. 5º:

"Asistencia letrada. No se requiere asistencia letrada para formular las denuncias. Se garantiza la asistencia jurídica gratuita a las personas que la requieran y no cuenten con recursos suficientes a través de los Defensores de Pobres, Incapaces y Ausentes en lo Civil y Comercial, de los CENTROS de ATENCIÓN JURÍDICA COMUNITARIA dependientes de la SECRETARÍA DE ASUNTOS LEGISLATIVOS del MINISTERIO DE JUSTICIA y de los consultorios jurídicos dependientes de la MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y de otros organismos públicos.

El MINISTERIO DE JUSTICIA abrirá y llevará un REGISTRO DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES (O.N.G.) en el que podrán anotarse aquellas que estén en condiciones de prestar asistencia jurídica gratuita. La presentación se registrará por convenios que el MINISTERIO DE JUSTICIA suscribirá con esas instituciones, en

los que podrá incluirse el compromiso de las entidades de brindar capacitación especializada en temas de violencia familiar.

A los mismos fines, el MINISTERIO DE JUSTICIA podrá celebrar convenios con la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES y con el COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE LA CAPITAL FEDERAL".

La denuncia ilegal: nulidad.

Cuando, pese a todo lo explicado, el médico viola el secreto para denunciar: ¿qué ocurre? Normalmente, la causa termina extinguiéndose por nulidad. Como el mero denunciante no es parte en el proceso penal, jamás se lo notifica, y por lo tanto, el médico denunciante jamás se entera de la suerte corrida por su denuncia.

EL PLENARIO FRÍAS (Denuncia formulada por un médico en violación del secreto profesional)

En 1966, llegó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal la causa de Natividad Frías, una mujer que había cometido el delito de aborto previsto en el art. 88 C.P., y que había sido encausada a partir de la denuncia de una médica de un hospital público que conoció el hecho bajo secreto profesional, pero entendió que el art. 164 del antiguo Código Procesal Penal que establecía la obligación de denuncia para los funcionarios públicos la obligaba a denunciar el hecho, creyendo erróneamente que este artículo constituía la justa causa requerida por la ley para proceder a revelar un secreto.

Dada su relevancia, la claridad y contundencia de su fundamentación, al menos en algunos aspectos, aunque adolece de un serio defecto en otro, citaré textualmente las partes pertinentes de dicho plenario:

“Buenos Aires, agosto 26 de 1966 – A la cuestión planteada de “Si 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 ejercicio de un cargo oficial”.

“El doctor José M. Lejarza dijo:

“Antes de entrar en la materia de este plenario (...) Quiero dejar sentado que, como juez, estoy inalterablemente dispuesto a condenar, cuando fueren de mi incumbencia, todos los delitos previstos en las leyes represivas.

Lo que no empece a que ponga mi mayor empeño en fustigar ciertas desviaciones injustificadas...

... sobre el art. 156 del Código Penal que condena la revelación “de un secreto cuya divulgación puede causar daño” cuando no medie “justa causa”, habré de decir, como tantas otras veces, que esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que solamente una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto.

*En ningún caso el simple interés público puede llegar a ser la causa justa porque ese interés llegaría siempre dando al traste con todos los secretos. Nada justificaría la reserva del sacerdote o la del abogado o la de cualquier otro profesional y no la de los versados en el arte de curar, puesto que la confesión o el conocimiento que éstos obtienen están generalmente condicionados por un mayor y más urgente apremio.**

El art. 18 de la Constitución Nacional dice que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito, delito éste conocido o por una confesión que le ha sido prácticamente arrancada, o por un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines, como no lo es tampoco el empleo de drogas, por ejemplo.

“Justa causa” es la del médico cuando atiende ciertas enfermedades contagiosas, pero las razones habidas por el legislador son otras. Debe considerarse que el primer beneficiario es el enfermo mismo, porque se supone que en un lazareto ha de recibir mejor atención que con tratamiento ambulatorio; el segundo beneficiario son sus familiares expuestos al contagio por la convivencia; el tercero, la sociedad que en este caso se condice con el ajetreado interés público.

Es increíble que las gentes, en general, y los funcionarios y magistrados judiciales, en particular, piensen que los legisladores no pueden expresar con claridad sus pensamientos. Si quisieran que los médicos y sus acólitos o ayudantes denuncien en todos los

* Esto quiere decir que, puesto que la ley no distingue entre el secreto profesional de religiosos, médicos o abogados, no existe ningún fundamento legal para darle al secreto profesional del médico un alcance menor que al del abogado defensor. Menos aun, considerando que el paciente gravemente enfermo que acude a un médico, se encuentra en un estado de indefensión que lo pone en una situación de vulnerabilidad mucho mayor, lo que, en todo caso, requeriría una mayor y no una menor protección de parte de la ley.

casos a los delincuentes que asistan cualquiera sea la forma en que conozcan el origen de su mal ¿por qué no establecerlo sin ambages?

En mi concepto todo el régimen procesal–penal que rige la institución del secreto médico oscila entre dos extremos, 1) el de la denuncia obligatoria prescripta en los términos del art. 165 del Código de Procedimientos y penada su omisión bajo el rubro del encubrimiento en el art. 277 del Código Penal, y 2) la observancia del secreto impuesta por el art. 156 de este código y redundantemente recogida en la disposición del art. 167 de la ley formal.

(...)

El ejercicio de un cargo oficial no releva de cumplir con el deber de guardar secreto.

(...)

En anteriores votos también he dicho hasta el cansancio que no puede instruirse un sumario sobre una denuncia delictuosa porque el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación.

(...)

Voto por la negativa...”

El doctor Mario H. Pena dijo:

“El problema procesal tiene un sobrentendido presupuesto cuya solución es decisiva: resolver la colisión de deberes impuestos al profesional.

... parece que “en estos casos, el derecho no tiene más solución que sacrificar uno de los dos bienes en conflicto” (Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, t. IV, p. 121).

Si se acepta este punto de partida la solución habrá de ser buscada en la propia ley y del conjunto de normas que establecen la obligatoriedad de la denuncia debe “sin embargo quedar excluido el caso en que ese conocimiento del delito se hubiera obtenido por revelaciones que le fueren hechas bajo el amparo del secreto profesional”, conforme a expresa prescripción del art. 167 del Código Procesal Penal de la Nación. Esta excepción, que significa una prohibición de denunciar y, por ende, limitativa tanto de la imposición

como de la facultad para hacerlo se explica desde el punto de vista sustancial porque la violación de ese secreto está expresamente prevista como delito por el art. 156 del Código Penal (Claría Olmedo, Jorge A. "Derecho Procesal Penal", t. III, p. 38).

... la culpable intervención que tuvo la autora o consentidora de aborto es noticia que el médico recibió en razón y ejercicio de su profesión, y como tal se encuentra bajo la tutela de la prohibición. Aceptar la validez de las manifestaciones incriminatorias que el confidente pueda hacer respecto de su asistida lleva a la pérdida de las garantías que para ella representa el deber del secreto reglado. "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, además de recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo de las asistidas, pues muchas de ellas, ante el fundado temor de que la consulta médica sirviere de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos" (Quintana Ripollés, A., "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", t. I, p. 520).

Contesto negativamente al cuestionario que se nos propuso, y con el alcance del voto del doctor Lejarza".

Los doctores Mario S. Rassó y Julio A. Negri adhirieron al voto precedente.

El doctor Roberto A. Amallo dijo:

"... 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. Pensar otra cosa sería como admitir que los fieles que se acercan al confesionario, en busca de alivio a su conciencia y de perdón a sus pecados, tendrían que requerir esa misma reserva al confesor. Ello sería sencillamente absurdo; puesto que, como lo destaca el doctor Sebastián Soler, el secreto es el mismo, sea o no comunicado o advertido.

Para el autor citado, la regla en estos casos es la reserva, que se impone siempre, incluso en los casos del art. 165, porque para que se esté obligado a denunciar es necesario que no se trate justamente de un secreto. Contra lo que comúnmente se supone, no

existe para el médico lo que el mismo Soler llama “zona de facultad”; en los casos del art. 165 debe denunciar siempre que no haya secreto o callar si lo hay (autor cit., “Derecho Penal Argentino”, t. IV, p. 132).

La aparente oposición entre ambas disposiciones legales, debe interpretarse en el sentido de que 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; en cambio, no ocurre lo mismo cuando el atentado lo ha producido un extraño... En estos casos el facultativo debe denunciar el hecho delictuoso ejecutado por terceros, salvo en casos como los de los delitos contra la honestidad, en que la viabilidad de la acción depende de la instancia privada, para cubrir los riesgos del “strepitus fori”.

Es verdad que podría hacerse la distinción entre los médicos que ejercen su profesión en forma privada y los que lo hacen con el carácter de empleados o funcionarios públicos, cuya conducta frente al conocimiento del hecho delictuoso podría estar reglada por el art. 164 del Código de Procedimientos y a los cuales no se referiría el art. 167 del mismo código.

El planteo es, a mi juicio, más aparente que real, desde que la ley, en el primero de los textos citados, no pareciera haber incluido al médico, incluyéndolos, en cambio, de manera específica en el art. 165. En esta dualidad funcional –médico y funcionario– predominan necesariamente factores de índole profesional que se originan en normas morales y jurídicas que rigen el ejercicio de la medicina, como profesión, en la que está interesado el orden público.

Por otra parte, una solución contraria nos llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional, según actuara en su consultorio particular o en la sala, gabinete o dispensario público. De hecho nos encontraríamos frente al irritante distingo entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita concurrir a un hospital o fiscal. Para uno no podría admitirse la denuncia, para los otros tal denuncia sería obligatoria y de esa manera el art. 16 de la Constitución Nacional sería letra muerta y la igualdad ante la ley un precepto caduco. El simple planteo de esta discriminación nos demuestra la enormidad del absurdo en ella contenido.

Debo también agregar que si los médicos y demás profesionales en el arte de curar, no pueden ser admitidos como testigos (...) para deponer sobre hechos que por razón de su profesión les han sido revelados –y aquí no se hacen distinciones de ninguna especie–, lógico es pensar que tampoco puedan denunciar esos mismo hechos, desde que en ambos casos la “ratio legis” es la misma.

(...)

Por último, tampoco encuentro colisión entre la obligación de los médicos (...) de mantener el secreto profesional en estos casos, con lo dispuesto en el art. 277, que sanciona por el delito de encubrimiento a los que dejen de comunicar a la autoridad las noticias que tuvieren acerca de la comisión de un delito, cuando estuvieren obligados a hacerlo... Las razones de que he hecho mérito anteriormente demuestran... que aquellos profesionales no sólo no están obligados a denunciar los casos de aborto provocado por la propia paciente, sino que la denuncia invade la órbita de lo ilícito. Tal conclusión me exime de otros argumentos.

Si la denuncia a que he venido refiriéndome no debería haberse formulado, por contrariar disposiciones legales de indudable aplicabilidad y normas de conducta que constituyen el fundamento moral de una profesión que, como la medicina, tan íntimamente está ligada al orden social del país, dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno contra la denunciada.

Por estas razones y lo expuesto por los doctores Lejarza y Pena, voto contestando negativamente.”

El doctor José L. Romero Victorica dijo:

“El derecho a vivir –que no pierde quien ha delinquido– y el de no autoacusarse –que tiene precisamente en aquel caso su pleno sentido– no deben ser situados en posición de conflicto irreductible. Se trata de derechos humanos esenciales, y es preciso no sacrificar uno al otro. Ello está en el interés no sólo del individuo titular de esos derechos, sino también, al mismo tiempo, en el de la sociedad, que, como sociedad de personas –solidaria, por tanto, con éstas–, reconoce como lo más valioso del bien común la vigencia de los derechos esenciales inherentes a la personalidad, y su primacía incluso sobre la facultad estatal de reprimir los delitos, la cual tiende a salvaguardar bienes jurídicos y no a allanar los más fundamentales.

El que nadie está obligado a declarar contra sí mismo es expresión constitucional de esa primacía. Y es norma de derecho positivo que conduce directamente a la solución de la cuestión planteada en esta convocatoria: Si es injusto obligar a quien delinquirió a que provoque, acusándose, su propia condena, es igual y, consiguientemente injusto, condenarla sobre la base de una autoacusación a la que se vio forzada...

En tal sentido doy mi voto."

El doctor Jorge Frías Caballero dijo:

"... debo decir que mi opinión es coincidente con la tesis de los camaristas que se han pronunciado por la negativa con diversos fundamentos atendibles que, en general, comparto y juzgo inútil repetir aquí... pienso que no puede instruirse sumario criminal en contra de la 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 ejercicio de su profesión o empleo (sea este último público, esto es, oficial, o privado)..."

Los doctores Néstor Panelo y Jorge A. Quiroga adhirieron al voto precedente.

[Cabe destacar que los votos minoritarios por el sí, fueron muy breves, carentes de la debida fundamentación, y parecían en general motivados más por un imperativo político o religioso tendiente a perseguir penalmente a la abortante, aunque esto significase violar la ley. Siempre debemos tener presente la época y contexto sociopolítico en que se dictó este fallo.

Nótese sin embargo, que incluso en dichos votos en disidencia, **los jueces no se atrevieron a sostener que la violación del secreto profesional por parte del médico no fuese delito**, sino que resultaba admisible juzgar a la paciente por abortar a pesar del carácter ilícito de la denuncia, es decir, consideraron aceptable sustentar un proceso sobre la base de pruebas obtenidas ilegalmente.

Como muestra de ello, transcribimos el voto de los doctores Ure y Argibay Molina *completo* (nótese su brevedad y pobreza argumentativa)]

El doctor Ernesto J. Ure dijo:

"El delito de aborto es de acción pública y, en consecuencia, debe instruirse sumario cualquiera sea el conducto por el que la noticia llegó a conocimiento de la

autoridad judicial o policial. Si el profesional incurrió o no en el delito de violación de secreto (art. 156, C.P.) por la delación de una confidencia, es cuestión ajena al temario propuesto y aun en la primera hipótesis, parece claro que la comisión de este último delito no tiene poder excluyente del otro. Adhiero, pues, a la tesis afirmativa.”

El doctor José F. Argibay Molina, por las razones dadas por el Dr. Ure, votó por la afirmativa.

¿Cuál es entonces el grave defecto de este fallo? (O al menos de cierta interpretación que a veces se le da).

Que la cuestión puesta a consideración del Plenario fue “Si 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 ejercicio de un cargo oficial”.

Sin embargo, luego de la votación, el secretario general de la Cámara de Apelaciones concluye:

“Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede el Tribunal resuelve: “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 ejercicio de su profesión o empleo —oficial o no—, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”.

No se debatió, no se argumentó, no se fundamentó, si correspondía o no hacerlo respecto de los cómplices (y al carecer de fundamentación, no puede interpretárselo como acto jurisdiccional válido) que “sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”. En todo caso, debería decir “nada dijo este Tribunal respecto de los coautores, instigadores y cómplices, porque la cuestión no ha sido objeto del plenario, ni se ha debatido en él”. Porque, en efecto, esa fue la realidad. Nada dijeron los jueces al emitir sus votos.

DISCUSIÓN Y PERSPECTIVAS

Un enfoque superador: La violación de la garantía del debido proceso penal

A la luz de los cambios habidos en la doctrina en los últimos 30 años, hoy en día, sería preferible fundamentar la improcedencia de la denuncia violatoria del secreto profesional, no sólo en el derecho a la no autoincriminación previsto en el art. 18 C.N., invocado en el Plenario Frías, sino también en la garantía del debido proceso penal, también de rango constitucional, y receptada además en el art. 1 del Código Procesal Penal de la Nación, al decir que "Nadie podrá ser juzgado (...) ni penado sin juicio previo (...) sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley...". De tal suerte que nadie puede ser condenado por un sumario instruido a partir de un acto ilegal (denuncia violatoria del secreto profesional), y por medio de la aplicación de la ya mentada "regla de exclusión", con los alcances establecidos por la C.S.J.N., tampoco serían válidas todas las pruebas obtenidas a partir de la investigación iniciada tras esta denuncia delictuosa. Y esto viene a ampliar lo ya establecido en el plenario Frías, puesto que este admitía (por ser ajena a la cuestión sometida a debate) la procedencia de la denuncia contra instigadores, coautores o cómplices, etc.. Mientras que de acuerdo con la nueva doctrina, no podría instruirse sumario ni siquiera contra estos últimos. Ello por cuanto, como ya hemos dicho, el secreto profesional ampara también los secretos de terceros que fueren conocidos en función de la relación asistencial (además, también sería cuestionable desde ciertas teorías de la accesoriedad en la participación criminal)³. Nótese

3 La mayoría de la doctrina local sigue la teoría de la accesoriedad limitada, como plantea Eugenio Raúl Zaffaroni (Manual de Derecho Penal: Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, pp. 621-622) sostiene que la participación es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro; por lo que para él: **"...la participación debe ser siempre accesoria de un injusto ajeno. No puede haber participación criminal (sea instigación o complicidad) en la conducta de otro, si la conducta del otro no es típica y antijurídica."**

Es cierto que otros autores niegan que la participación tenga naturaleza accesoria y afirman que se trata de tipos independientes, es decir, de una "autoría de participación", que funciona con un disvalor propio, en forma independiente del disvalor de la conducta en la que se participa. Zaffaroni se los despacha diciendo que: **"Si la participación consistiese en tipos independientes, se admitiría la tentativa de participación, es decir que sería punible la mera proposición que hiciese alguien para decidir a otro a cometer un delito (tentativa de instigación) o el hecho de que alguien le prestase a otro un cuchillo filoso para que mate a su mujer (tentativa de complicidad), aun cuando el primer sujeto rechace la proposición y el segundo use el cuchillo sólo para cortar un pollo"**.

También otros plantean teorías de la accesoriedad extrema (Donna, La autoría y participación criminal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 98), según la cual los partícipes deben seguir la suerte del autor principal, cuando no es punible. Pero en el caso de la violación de secretos, no es este el único fundamento de la imposibilidad de perseguir a los cómplices, sino como se expuso, que el secreto tutelado por el art. 156 CP, es

que admitir lo contrario, y recordando que la ley no distingue entre el secreto debido por curas, médicos, abogados y otros profesionales, importaría permitir también que el sacerdote que conoció por secreto de confesión la identidad de los cómplices de aquél a quien recibió en confesión, no podría denunciar a éste pero sí a aquellos. De igual manera, un abogado defensor podría denunciar a los cómplices de su defendido. Tal absurdo muestra la necesidad de interpretar extensivamente la obligación del secreto.

Como ejemplo de esto, tenemos este ejemplar fallo de la justicia cordobesa:

“La obligación de denunciar, igualmente (art. 181 inc. 2º, Cód. Proc. Penal) surge para los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos estén por la ley bajo el amparo del secreto profesional. Por ello no tienen obligación de denunciar (art. 181 inc. 2º Cód. Proc. Penal) los profesionales que tuvieron acceso a la noticia o caso o hecho, interviniendo como tales (en forma particular o funcional) mediando entre él y su paciente, cliente, etc., relación de la que surja que, a los hechos accedió bajo la coyuntura de respetar el secreto profesional que por ley está obligado a hacer. Resulta así indudable que al defensor y a sus adherentes les asiste razón en la impugnación planteada, “no puede pretenderse el cumplimiento de la ley, si para ello se empieza por violarla” y ello es lo que sucedió en la especie. El doctor R. y el doctor L. anoticiaron a la autoridad policial de un aborto consentido por la imputada F., hecho que conocieron como médicos que debían velar por la salud de la misma y guardar el secreto de la desventura porque así lo establece la ley (...) razón más que sustancial para hacer uso de las disposiciones procesales que conllevan a nulificar todo lo actuado (...) revistiendo la nulidad de que se trata el carácter de absoluta, no pudo ni puede ser subsanada y al afectar a todo el proceso, desde los actos preventivos que ponen en movimiento la acción penal (...) y los jurisdiccionales, el efecto aniquilador de éstos debe recaer para toda y para todos los afectados por la instancia”. (El subrayado es nuestro).

(Cámara de Acusación de Córdoba, diciembre 24-979 – A. de F., M. A. y otra.)

el secreto conocido en virtud del accionar profesional, sea este secreto del paciente o de un tercero, y por aplicación de la “regla de exclusión”, con el alcance ético y jurídico que le da la CSJN, mucho más sólido que el argumento meramente pragmático de la Corte Suprema de Estados Unidos, como ya fuera comentado previamente en este trabajo.

La denuncia ilegal: nulidad. La teoría de los frutos del árbol envenenado.

Ya vimos, como antecedente histórico, el Plenario Frías, limitado al caso de denuncia por un médico del delito de aborto. Posteriormente, la CSJN va a ampliar esta doctrina, para todos los delitos que se investiguen, y para todos los actos ilegales cometidos o consentidos por los funcionarios en el curso de un proceso penal.

En efecto, si por un acto, pre-procesal o procesal, se viola una garantía constitucional, la prueba así obtenida es inválida, por lo que no puede producir efectos jurídicos.

La prueba obtenida ilegalmente y en violación de garantías constitucionales ha dado origen a la "teoría de los frutos del árbol envenenado".

En conformidad con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.J.N.) ha resuelto "Que no puede otorgarse valor al resultado de un delito y apoyar en él una sentencia judicial; no sólo "porque es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla beneficiaria del hecho ilícito". (C.S. Fallos 303: 1938)

En efecto, la C.S.J.N., a través de diversos fallos, ha hecho uso de la llamada "regla de exclusión", según la cual no pueden utilizarse en contra del titular de una garantía constitucional las pruebas que se obtengan en transgresión a esa garantía, y que esa prohibición alcanza a aquellas otras pruebas a las que se haya llegado a partir de la que se tiene por ilegítima, en la medida en que no pueda decirse que existía la posibilidad de adquirirlas por una vía o causa independiente.^x

De conformidad con estos criterios expuestos por la C.S.J.N., el Tribunal Oral N° 9, en la causa N° 59, con fecha 15 de diciembre de 1993, al anular el acta de detención y todo lo actuado en su consecuencia, fundó su opinión como sigue:

"La mayoría de este tribunal ha declarado in re "Juarez, Pedro Antonio s/ Robo simple", al resolver una cuestión análoga vinculada con la garantía de la inviolabilidad del domicilio, que la llamada regla de exclusión según la cual está prohibida la valoración en juicio de los elementos materiales adquiridos para un proceso penal por medio de un proceso inconstitucional, no es una mera creación judicial desprovista de sustento normativo, sino, por el contrario, la consecuencia obligada del respeto a las garantías constitucionales... La

regla decisiva es la del debido proceso legal, emanada de la primera parte del art. 18 de la C.N. en cuanto establece que nadie puede ser penado sino en virtud de un juicio previo fundado en ley. Las pruebas materiales obtenidas por medios inconstitucionales de ejecución de la ley no pueden ser valoradas en juicio porque no son compatibles con la idea de un proceso penal fundado en la ley. Ya ha dicho la Corte que el acatamiento por parte de los jueces de los mandatos constitucionales no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de la violación constitucional, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al constituirla beneficiaria del hecho ilícito (Fallos 303: 1938). A diferencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha fundado la regla de la exclusión sobre la idea utilitaria de disuadir a los agentes de la ejecución de la ley de futuras infracciones (confr. United States V. Calandra, 414 U.S 338, 354 y Carrió Alejandro D., Justicia Criminal, Buenos Aires , 1986, p. 75), nuestra Corte Suprema de Justicia, en varios precedentes, ha sentado la regla de la exclusión en un principio ético (Fallos: 46: 36; 306: 1752; 308: 1938). El Estado no puede valerse en el proceso de pruebas obtenidas por medios ilegales pues no puede sacar provecho de la violación de una garantía constitucional que él mismo ha prometido. Ésta es en definitiva la exigencia de un proceso tramitado conforme a la ley en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional, tal como lo ha reconocido expresamente la Corte Suprema en Fallos: 308: 733, cons 5ª, al afirmar la vinculación de la regla de la exclusión con la garantía del debido proceso".

Tal temperamento se impone, toda vez que de conformidad con la Doctrina de la C.S.J.N., emanada de los precedentes Montenegro (Fallos: 303: 1938), Fiorentino (fallos : 305: 1752) y Daray (LL 1995-B-349) debe excluirse como prueba de cargo toda aquella que sea obtenida por medios ilegales (por ejemplo, mediante la denuncia formulada y a la información aportada por un médico en violación del art. 156 del Código Penal, incluso la que afecte a terceros, y no sólo al propio paciente); por otra parte, existiendo en el proceso un solo cauce de investigación viciado de ilegalidad, esta circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubiesen originado a partir de aquél, esto último según lo resuelto por la C.S.J.N. en Francomano (LL 1988-B-454), Rayford (Fallos: 308: 733) y Daray (ya citado).

Nuestro ordenamiento jurídico vigente, como Estado de Derecho que es, posee estrictas limitaciones a la privación de la libertad de los individuos, que surgen de los arts. 18 y 14 de nuestra Carta Magna, como corolario de los principios éticos de la autonomía, inviolabilidad y dignidad de las personas.

A tenor de ello el Cód. Procesal Penal de la Nación prescribe en su art. 280 que "la libertad personal sólo podrá ser restringida de acuerdo a las disposiciones de este Código, en los límites **absolutamente indispensables** para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley.

Por su parte el art. 2º del citado cuerpo legal dispone que "Toda disposición legal que coarte la libertad personal... deberá ser interpretada restrictivamente".

En la causa "Monticelli de Prozillo, Teresa B.", dijo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, agosto 10-1984 (LL 1894-D-373):

"El delito es una conducta que afecta de modo grave la convivencia social, por ello el Estado debe tratar de prevenirlo, o cuando ocurra, esclarecer lo sucedido e imponer pena a su autor para que éste no vuelva a delinquir. De esta manera proveerá a la seguridad jurídica disipando la alarma social que todo delito acarrea."

"Sin embargo, existen límites en la persecución penal. El descubrimiento de la verdad debe ser efectuado en forma lícita, no sólo porque hay de por medio un principio ético, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo al autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo estado de derecho."

Por lo demás cabe mencionar también que la Convención Americana sobre derechos humanos, ley 23.054 en sus arts. 5º (inc. 1º), 110 incs.(1º, 2º y 3º) dispone que: toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física y moral, al respeto a su honra y al reconocimiento de su dignidad y que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni

ataques ilegales a su honra o reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esos ataques. Esta norma se encuentra incorporada actualmente a nuestra Constitución Nacional.

Recordemos que para nuestra ley, no existe diferencia entre la obligación de guardar secreto que tienen los médicos, y la de los abogados o sacerdotes. Al respecto ha dicho la Justicia:

“Por ley y por ética profesional le está vedado al letrado defensor denunciar lo revelado por sus clientes”. (Cámara Federal de la Capital, 14/9/49, LL 55–708).

“La denuncia por el letrado defensor de los hechos revelados por sus clientes, en la eventualidad de haberla presentado en infacción a su deber, los expondría a un proceso y sería repugnante que el defensor se constituyera en testigo voluntario y delator de los secretos de su cliente”. (Cámara Federal de la Capital, 14/9/49, LL 55–708).

“La primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, propósito que no debe ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación”. (C.S.J.N., Competencia Nº 77.XXIII, Prez c/ Empresa de Transportes Los Andes, S.A., 27/12/90. En idéntico sentido ver C.S.J.N., La Plata Cereal Co. S.A., 3/7/87 y C.S.J.N., A. 443, Arancibia Clavel, 9/9/80).

“El inciso 2º del art. 177 del C.P.P. impone a los médicos el deber de denunciar los delitos de acción pública, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional, y si la comisión del aborto... fue confiada por ésta a quien le prestaba el auxilio de su profesión, (sin perjuicio de que en la [aparente] colisión de ambos deberes la facultativa creyere erróneamente que tenía preeminencia el que la obligaba a denunciar), tal revelación –por aplicación del fallo plenario “Frias, Natividad”–, no podía dar origen a la instrucción de un sumario en contra de aquella...”

a) La mujer que consiente un aborto incurre en la comisión de un delito (art. 85, C.P.), por lo cual, ella no puede dar noticia del mismo a través de su declaración testimonial, pues si así fuera interrogada, al ser obligada a prestar juramento de decir verdad y estar conminada por las penas previstas para quien mienta o calle lo que sepa – C.P.P., arts. 240, 247, 249 y 252, y art. 275 del C.P.– estaría coaccionada para declarar

contra sí misma, lo que importaría una grosera violación a la respectiva garantía constitucional –art. 18 de la C.N.–, por lo que tal actuación deviene insanablemente nula...

b) La madre de quien ha practicado un aborto no debió ser interrogada como testigo, pues su relato no sólo constituye una imputación para el médico que habría practicado el legrado, sino también para su propia hija, lo que viola lo dispuesto en el art. 242 del C.P.P., sin perjuicio de que podría importar el reconocimiento de haber participado en el hecho, al abonar al profesional la suma convenida de antemano, por lo que tan improcedente testimonio también constituye una violación a la garantía constitucional del art. 18 de la C.N.”.

(CNCrim., Sala VII, c. 2.748, “Sequeiros, Ismael“, 4/5/95).

“Si el médico (...) hiciera la denuncia del acto ilícito que conoció por revelaciones amparadas en el secreto profesional (...) dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno; es insanablemente nula desde su comienzo. Y, por el contrario, su exteriorización implica una violación delictiva del secreto debido”.

(Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, mayo 24–1983 –M., A.M. y otra – P. 31.366–), E.D. del 10/8/84, p. 13.

“Solamente una ley que establezca normas generales y por razones de interés superior, puede concretamente establecer la causa justa que releve de la obligación de reservar el secreto. Esto de acuerdo con lo dispuesto por la ley 17.132 (ADLA, XXVII–A, 44), que regula el ejercicio profesional del médico, cuando expresa en su art. 11 que todo aquello que llegue a conocimiento de estos profesionales, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer, salvo: 1), en los casos en que otras leyes así lo determinen: ó 2), cuando se trate de evitar un mal mayor”.

(Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, mayo 24–1983 –M., A. M. y otra – P. 31.366–), E.D. del 10/8/84, p. 13.

“Al respecto, este Tribunal ha sostenido desde antaño, en consonancia con un importante sector de la doctrina, que la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, siendo la *previa inexistencia de un secreto profesional* una condición requerida para que surja la obligación de denunciar (conf.

Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, TºIV, ed. Tea, Bs.As, 1973, pp.130/2; Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Bibliográfica Omega, 1967, Tomo V, pp. 131/2; Sucar, Rodríguez e Iglesias, “*Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, nº 8-B, Ad. Hoc, 1998, pp. 209/15. De esta Sala, causa nº 13.778 “Zambrana Daza”, ya citada; causanº 17.181 “Morelli” reg. nº 18.507 del 23/03/01; causanº 20.105 “C, P. y C, J.M.s/ nulidad”, reg. nº 21.608 del 9/10/03 y de la Sala I, causanº 25.883 “Zambrana Daza”, reg. nº 64 del 14/02/95; causanº 30.744 “Tenca”, reg. nº 518 del 8/7/99; y causa “Muñoz Alcalá”, ya citada).

Asimismo, como ya se ha adelantado, debe señalarse que la persecución de un delito, aunque fundada en un interés estatal indudablemente legítimo, no constituye -en principio- una justa causa para relevar al médico del secreto profesional, siendo necesaria para su configuración la amenaza de un mal futuro que pueda evitarse para el mismo enfermo, el facultativo o terceros (conf. Núñez y Soler, ob.cit.).” (Cámara Federal de la Capital, Sala II, sentencia del 11/6/09, causa Orekhov, Alexey s/nulidad. Del voto unánime de los Dres. Cattani, Irurzun, Farah).

“B. Interpreto que la comunicación de la información advertida por la médica en el contexto de su atención profesional a Mauricio Roberto Daniel GEREZ carece de justa causa. Sólo sería justificativo para la violación de un secreto, el proteger la vida de la misma persona o de terceros y no el mero interés de la persecución del delito (“Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio”, Germán Sucar, Jorge L. Rodríguez y Agustín María Iglesias, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, pp. 191 y sttes, Ad-Hoc, Bs. As, diciembre de 1998).

En opinión del suscripto los valores y bienes que con el secreto médico se preservan prevalecen sobre la obligación de denunciar. Al fundamentar la opinión sustentada, Germán Bidart Campos tuvo oportunidad de manifestar “el secreto, la confianza, la doble relación recíproca entre un profesional y su cliente, cobra un muy especial matiz cuando ese profesional es un médico y su cliente es un paciente, porque con la tutela del secreto, de la seguridad y de la confianza se está deparando cobertura a bienes de tanta alcurnia como la

salud y la vida". ("Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico -entre medio: aborto, vida, salud, igualdad-", LL t.1998-F, pp. 545/551).

C. Por otra parte, entiendo que **la colisión de deberes no ha pasado desapercibida para el legislador bonaerense, quién ha previsto ésta situación contemplando excepciones a la norma que obliga a denunciar.**

Así, la redacción de la parte final del inciso 2do, art. 287 del CPP prescribe con meridiana claridad que **está prohibido denunciar aquello que resulta conocido mediando secreto profesional.**

De manera que resulta clara la aplicación del adagio *lex specialis derogat generalis*, en virtud del cual desaparece la obligación de denunciar del profesional, ligado al deber de mantener el secreto, obligación que desplaza a la de denunciar (en igual sentido, ver voto Dr. Cortelezzi en "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infr. Ley 23.737", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal nro. I, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nro. 8, pags. 275/282, con cita de Maier, Julio, DPPa, t.1, p. 256 y sttes).

La expresa salvedad a la obligación de denunciar para los casos que están bajo el amparo del secreto profesional, permite interpretar que **lo que debe denunciarse en forma obligatoria son aquéllos actos en que la persona atendida por un galeno evidencia señales o informa haber sufrido una agresión de un tercero** (Vázquez Rossi, Jorge "Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso", Suplemento de Jurisprudencia Penal, LL, septiembre 1998, pp. 26 y sttes).-

D. No puede soslayarse que la denuncia, como acto jurídico, implica un hecho voluntario lícito que tiene por objeto la transmisión a la policía judicial o al Ministerio Público del conocimiento relativo a la posible comisión de un delito público.

En el caso de autos **la denuncia conlleva en su génesis un hecho ilícito, cuál es la divulgación de una conducta que debió mantenerse en reserva**, al punto que su publicidad sin causa justa ha implicado la violación de un deber de secreto.

En éste contexto, resulta inadmisibles que el Estado se beneficie con un hecho delictivo para promover la persecución de los delitos, debiendo seguirse la **regla de exclusión** de todo medio probatorio obtenido por vías ilegítimas sentada por doctrina de la Corte de la Nación (doctrina CSJN casos "Montenegro", Fallos 306:1938; "Rayford, R." Fallos 308:733).

E. Aún de no compartirse la interpretación efectuada, participo de la opinión que **el inicio del proceso importa un acto que viola la cláusula contra la autoincriminación coaccionada (art. 18 CN).**

Es evidente **que la voluntad del imputado de confesar su delito al menos desde su exposición corpórea, se halla claramente coaccionada:** el acto por el cual abre la vía a su persecución penal fue realizado en una situación extrema, de gravísimo riesgo en la vida de la persona (en este sentido, ver Falcone, Roberto - Madina, Marcelo "El proceso penal en la provincia de Buenos Aires", pp. 295 ss, 2da edición actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007).

En efecto, de no haber existido esa urgente demanda de atención médica, no sólo que el proceso penal no se hubiera iniciado, al desconocerse la acción típica, sino **que probablemente GEREZ hubiera fallecido ante el deterioro de su salud.**

En definitiva, el peligro que existía para la vida de GEREZ, **le ha impedido decidir libremente acerca de la información que le conviene o no ingresar al proceso.**

F. Fundamentado el criterio por el cual estimo ilegítimo el inicio de las actuaciones, **corresponde disponer la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/vta, extendiendo dicha sanción procesal al resto de las actuaciones, ya que las mismas son consecuencia directa de la actuación viciada.**

Consecuentemente, no existiendo un cauce de investigación autónomo v válidamente incorporado al proceso, **habré de ordenar el sobreseimiento de Mauricio Roberto Daniel GEREZ, en estricta aplicación de lo dispuesto por el inc. 2do del art. 323 CPPBA, ordenando su inmediata libertad (art. 327 CPPBA)."**

(Sentencia del Tribunal de Garantías n° 4 de Mar del Plata, 27/7/07, causa: "Gerez, Mauricio s/ inf. Ley 23737").

El mito de la denuncia obligatoria

¿Por qué sigue ocurriendo esto? Pareciera que en el ambiente médico existe una suerte de mitología médico legal. Decía el Dr. Francisco Maglio, médico infectólogo y antropólogo, en una curiosa conferencia dictada en el Hospital Muñiz titulada "Cultura y magia en el uso de antibióticos. Hacia una ética de la antibioticoterapia", que si bien existen médicos que prescriben antibióticos excesivamente y sin criterio científico alguno, el problema más grave en el uso abusivo de antibióticos lo constituye la automedicación: más de la mitad de los antibióticos que se venden en Argentina se venden sin receta. Y si bien a esto contribuyen los intereses de laboratorios y farmacéuticos inescrupulosos, el factor preponderante es de tipo cultural. Todos sabemos lo que ocurre: "tengo fiebre, y si tengo fiebre hay que tomar antibióticos". O peor aún, la madre lleva a su hijo al pediatra, y cuando ve que el médico no le prescribe nada dice "pero doctor, tiene fiebre, ¿cómo no le va a dar un antibiótico?"; ante una eventual negativa, y sintiéndose estafada –porque el paciente no paga la consulta médica esperando la prestación del servicio de consulta médica, sino la entrega de un producto: la prescripción médica– la madre intentará con otros pediatras hasta dar con uno que le recete la medicación que ella quería. Más grave todavía: la madre sale del consultorio del pediatra conforme, sin intenciones de medicar al chico, y al llegar a casa cae en las garras de la abuela: "¿qué clase de médico es ese, cómo no le dio un antibiótico al nene, ese matasanos no sabe nada, tenés que darle algo: no ves que tiene fiebre?".

Resulta irónico que los mismos médicos que protestan por esta conducta de sus pacientes, se comportan de idéntica manera en las cuestiones médico-legales. En general, los médicos basan su conducta en las cuestiones de relevancia jurídica en los consejos de otros médicos, y no de un abogado. De este modo, ha llegado a conformarse en el ambiente médico una suerte de "mitología jurídica", compuesta de una serie impresionante de creencias y conceptos jurídicos absolutamente erróneos, transmitidos por los médicos entre sí, generación tras generación. Una de estas falsas creencias es que el médico tiene la "obligación" de denunciar "todos los delitos de acción pública de los que tenga conocimiento", dando "inmediata intervención a la policía", en particular cuando uno es "médico de un hospital público, porque actúa como funcionario público". Como hemos visto, el médico, como regla general, no sólo NO tiene la obligación de denunciar delitos, sino que lo tiene terminantemente prohibido, y si aun así lo hiciera, los jueces se verán obligados a archivar la denuncia y cerrar el sumario sin procesar a nadie, porque nadie puede ser procesado sobre la base de una denuncia ilegal. El

antibióticos irracionalmente que suelen justificarse con expresiones del tipo “por las dudas, yo me cubro con un antibiótico” (nótese el pronombre: “yo ME cubro”, no “cubro al paciente”). Lo mismo se aplica a los médicos que dicen “yo denuncio para cubrirme“. En mi experiencia personal, cuando quien no sabe trata de “cubrirse“, más que cubrirse se “entierra“. Ninguna conducta mecánica puede reemplazar al estudio, la prudencia, el análisis y el razonamiento metódico, y la valoración de cada caso individual. El que actúa sin pensar siguiendo esquemas rígidos y sobresimplificados, tarde o temprano se equivoca, y paga muy caras las consecuencias de su error.

Pero lamentablemente, muchos médicos no lo entienden. Para ellos, pareciera que este tema es una cuestión de Fe, por lo que no admiten prueba en contrario. Y así como el paciente que está convencido de que debe recibir antibióticos, por más que los médicos le digan lo contrario, continuará buscando hasta hallar un colega inepto o complaciente que le prescriba lo que él quería tomar, del mismo modo los médicos "denunciadores", descalifican a los abogados que les aconsejan prudencia con el falaz y ridículo argumento de que "en materia de derecho todo es opinable", “hay una biblioteca que dice una cosa y otra que dice otra“, o peor “en todos los manuales de medicina legal dice que hay que denunciar”.

Sin duda el debate sobre este tema no terminará pronto. Nuestra democracia es todavía joven, y los valores e ideas democráticos tardarán todavía bastante en arraigarse en nuestra sociedad. Y en el fondo de la cuestión del secreto profesional yace uno de los pilares de un Estado de Derecho: las garantías penales y procesales penales. Se trata de un punto en el que se enfrentan, como ya se ha dicho, un interés y un derecho. La justicia debe tutelar el interés público, entendido éste como la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos. Este interés público debe constituir el alma de las leyes y el criterio de los jueces. Pero la tutela del interés público debe tener límites. En un Estado democrático, esos límites son los derechos y garantías individuales. Esos límites no deben ser transgredidos jamás, a riesgo de que el Estado de Derecho se transforme en un Estado de Policía. Proteger los derechos y garantías no es proteger a los delincuentes, es proteger un sistema político en que el Estado está al servicio y para bien de los ciudadanos, por oposición a un sistema autoritario en que los ciudadanos son súbditos del Estado.

Por eso dice la Constitución Nacional: “Artículo 28º.— Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.”. Por eso dice la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.” (art. 10), “La Ciudad garantiza: (...) El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte inviolable de la dignidad humana...” (art. 12), “La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas: (...) **Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos...**” (art. 13). Por eso dice el Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 1 que “Nadie podrá ser juzgado(...) ni penado (...) sin juicio previo (...) sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley (...) ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza”, y en su art. 2 que “toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho (...) deberá ser interpretada restrictivamente”,* y en su art. 3 que “en caso de duda deberá estarse a lo que sea **más favorable al imputado**”.

Cuando se inicia una causa valiéndose de una violación de secreto médico, se afectan las garantías que salvaguardan la intimidad y privacidad de las personas arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Asimismo se violan los siguientes Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), que vienen a consolidar y ampliar las garantías constitucionales que se encuentran consagradas en la parte dogmática de nuestra Carta Magna:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12); b) Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Art. V); c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17); d) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 11).

* Recordemos que la violación de secretos está catalogada en el Código Penal de la Nación en el capítulo dedicado a los delitos contra la libertad personal, por lo que la limitación del derecho al secreto, según el propio Código, será de carácter estrictamente excepcional, y de ningún modo debe tenérsela por práctica habitual.

Del análisis de estas normas resulta visible que cuando se trata de invadir los ámbitos de libertad, intimidad o privacidad de las personas, se extreman las precauciones, y por ello es que el legislador impone rigurosos requisitos a fin de que en pos del poder jurisdiccional del Estado y su consiguiente facultad de averiguar la verdad y descubrir hechos delictivos que dañan a la sociedad, no se vean avasallados los derechos que las garantías constitucionales están llamados a proteger.

Sólo en los precisos y taxativos límites impuestos por las leyes es que la autoridad puede legítimamente invadir las esferas de libertad, intimidad y privacidad de la personas. Siempre que la potestad estatal se encuentre frente a un ámbito constitucionalmente protegido de algún derecho individual, debe actuar en tal forma que no lo soslaye ni desvirtúe, esto es respetando las garantías constitucionales que están destinadas a salvaguardar esos derechos de las arbitrarias injerencias. Y un claro ejemplo de ello son las citadas normas relativas al secreto profesional.

Lo cierto es que para proceder a la revelación o denuncia de un hecho amparado bajo la esfera del secreto profesional se debe actuar con suma cautela. Y ello por cuanto el profesional se ve expuesto a las responsabilidades penal (art. 156 C.P.) y civil (arts. 1068 y 1078 C.C.) correspondientes. Por lo demás, frente al caso de la denuncia, no olvidemos que indefectiblemente devendrá nulo todo lo actuado en función de ella. Todo ello es consecuencia de la jerarquía constitucional que poseen estos derechos e independientemente de que se encuentre o no explícitamente regulado en los códigos de forma o leyes de rango jerárquicamente inferior. Para colmo, en el caso que nos ocupa, sí está explícita y claramente regulado.

Conclusiones:

La violación del secreto profesional por parte del médico no es parte de las herramientas legítimas que debe poseer la Justicia, como consecuencia del poder jurisdiccional del Estado para descubrir delitos. Es, por el contrario, un avasallamiento de las garantías que posee todo ciudadano. Convalidar este acto inválido de procedimiento es contradecir la Constitución y abrir las puertas para un régimen totalitario.

Para una correcta aplicación de la ley, es necesaria la división de tareas. Por ello, un abogado puede desempeñar alternativamente el rol de juez, fiscal, o abogado defensor, pero tales roles son mutuamente excluyentes y no pueden ser ejercidos en forma simultánea. Del mismo modo, el médico, en su tarea asistencial, debe velar por el interés de su paciente; no es ni juez, ni fiscal, ni policía, y no le corresponde a él procurar la persecución del delito. Distinto es el caso cuando su paciente es víctima de un delito, distinto es el caso cuando no cumple un rol asistencial, sino que actúa como auxiliar de la justicia (perito), como médico de una compañía de seguros, médico laboral, médico policial, etc. Pero nótese justamente que tales roles también son excluyentes, y no pueden desempeñarse simultáneamente.

Entenderlo de otra manera sería interpretar de tal modo las garantías constitucionales que se las vaciaría de contenido, sería recurrir a un vicioso artificio interpretativo para desmentir en la práctica derechos consagrados en nuestra Carta Magna.

Las normas cobran vigor y existencia en el reconocimiento y aplicación por parte de quienes están encargados de velar por su cumplimiento.

Thomas Paine escribió que "una constitución es para la libertad, lo que la gramática es para el idioma" y del mismo modo que si no se enseñara y aplicara la gramática los pueblos perderían el valor de la lengua que los caracteriza, del mismo modo si no se enseña y aplica la constitución se perderían los verdaderos valores que ella está llamada garantizar.

Frente al deber indiscutible que tiene el Estado de averiguar la verdad material en el proceso, mediante los órganos habilitados al efecto, se encuentran las garantías

individuales y del debido proceso que son inviolables. Éste es el límite jurisdiccional para investigar la verdad.

Hay un interés de la sociedad para perseguir la comisión de los crímenes que la amenazan, pero ese interés no puede vulnerar derechos individuales por el procedimiento vicioso de la ilegalidad.

El Estado no puede, so pena de caer en la peor de las contradicciones, pretender imponer el imperio de la ley pagando como precio su propia transgresión.

BIBLIOGRAFÍA:

-
- ⁱ Rodríguez, J, Sucar, G, *Las trampas de la derrotabilidad*. Revista Doxa, Vol. 21-II (1998), págs. 403-420.
- ii. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Tea (1992), Tomo IV, pág. 139.
- iii. Soler, ob. cit., págs. 137-138.
- iv. Soler, ob. cit., pág. 138.
- v. Soler, ob. cit., pág. 135.
- vi. Soler, ob. cit., pág. 148.
- vii. Soler, ob. cit., pág. 140.
- viii. Bonnet, Emilio, *Manual de Medicina Legal*, Buenos Aires: López Libreros Editores (1984), pág. 22.
- ix. Kelsen, Hans, *La función de la Constitución*, en "Derecho y Psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática", Buenos Aires: Hachette (1987), pág. 82.
- x. Alejandro Carrió "Justicia Criminal", Ed. Lerner y "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Ed. Hammurabi.

Universidad ISALUD

Venezuela 931/758 - C1095AAS - Bs. As. Argentina - Tel +54 11 5239-4000
web: www.isalud.edu.ar - mail: informes@isalud.edu.ar