

# Violación de secretos y la privacidad

## **Análisis sobre el delito de violación del secreto profesional, Art. 156 C.P.**

*Sumario:* 1. Introducción. 2. El delito de violación de secretos. 3. Normas consecuentes con la prohibición de revelar el secreto profesional. 4. Normas que colisionan con el deber preservar el secreto. 5. La jurisprudencia. 6. Conclusiones.

### **1. Introducción**

El objetivo del presente trabajo es analizar el tipo penal de violación del secreto profesional, previsto en el artículo 156 del Código Penal, incluyendo su vinculación con otras normas, derechos, garantías y principios del derecho penal y procesal penal, a fin de aclarar el panorama que se puede presentar en situaciones en las que existen derechos u obligaciones superpuestas de los implicados en un caso, y que pueden involucrar la errónea o inconsistente aplicación de la ley positiva, incurriendo de esta manera en un apartamiento de los principios generales del derecho de proporcionalidad y

equidad, que deben regir en la materia a fin de alcanzar el ideal de justicia.

### **2. El delito de violación de secretos**

Es capital, primeramente, para adentrarnos en el análisis propuesto, transcribir el imperativo legal que nos convoca:

*Art. 156.— “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil 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 revelar sin justa causa”*<sup>1</sup>

No es ocioso mencionar que dicha norma se encuentra ubicada en el

Título V “Delitos contra la libertad”, Capítulo III “Violación de Secretos y de la Privacidad” del Código Penal, y, claramente, ello guarda relación con el bien jurídicamente protegido.

La obligación de no revelar determinados secretos o cuestiones privadas, tiene sus orígenes más recónditos en el secreto de confesión, sacramento propio de la religión Católica, en el cual el Ministro de la Iglesia debe guardar con el mayor rigor los asuntos que los fieles le ventilan en ese ámbito para acceder al perdón de sus pecados.

Al comienzo, las profesiones poseían gran vinculación con la naturaleza sacerdotal, debido a la alta autoridad que ejercían estas personas, por lo que, con el avance de la secularización, el secreto se fue haciendo extensivo a la sociedad civil en general. Así, por ejemplo, el juramento hipocrático<sup>2</sup>, logró autonomizarse de sus raíces religiosas y se convirtió en una verdadera guía ética para llevar a cabo la práctica de la medicina.

1 Este artículo tiene su fuente en el proyecto de Código Penal de 1891, redactado por la comisión conformada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, que a su vez responde al texto legal del código italiano de 1890. (Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, t. IV. TEA, Buenos Aires, 1988, p.134; citado por M. Grasso en “Delitos contra la libertad”, Luís F. Niño y Stella M. Martínez, Coordinadores., ed. Ad Hoc. 2003, pp. 364-365

2 Ver al respecto: “Historia de los Bioderechos y del pensamiento bioético” en <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/hipocrates.htm>

Por otro lado, el deber de secreto de los abogados tiene sus orígenes en el “Fuero Real de España” y en las Partidas dictadas por Alfonso X “El Sabio”, en el siglo XIII. En un principio se encontraba limitado en la revelación del secreto a la otra contraparte del litigio, pero luego ello se amplió hacia terceros, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, de principios del S XIX.<sup>3</sup>

Ahora bien, la norma menciona como sujetos activos del delito a quienes tomaren noticia de un secreto en función de su “estado, oficio, empleo, profesión o arte”, por lo tanto se trata de un delito propio o de sujeto calificado, pues la norma especifica detalladamente quienes son los que pueden cometer el hecho ilícito.

En este sentido, el “estado” comprende a quienes conocen el secreto debido a la posición o situación concreta en que se hallan en relación a aquel. En todo caso, involucra un acceso al secreto que no obedezca a una actividad lucrativa o contraprestacional particular, por lo que podría vincularse con la posición asignada por un rol social –como el ministro de un culto– o por una situación jurídica determinada –por ejemplo el cónyuge de un abogado o el hijo de un médico–.

El secreto conocido por razón del “oficio”, involucra el acceso a la información debido al ejercicio de cualquier actividad privada, casi siempre de carácter manual. Ello incluye a aquellos sujetos que no son profesionales y, pese a ello, realizan alguna tarea como auxiliares de éstos o en forma libre, y tienen acceso, por lo general a información sensible.

3 M. Grasso en “Delitos contra la libertad”, Luís F. Niño y Stella M. Martínez, Coordinadores., ed. Ad Hoc. 2003, pp. 365, con cita de Cortés Bechiarelli, Emilio: “El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal”, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp. 21, 23/24.

El “empleo” es toda actividad en relación de dependencia, la que puede coincidir o no con el ejercicio de un oficio determinado. La “profesión” es toda actividad, en general lucrativa, que se ejerce tras una habilitación estatal y que por lo general requiere un título habilitante a esos efectos.<sup>4</sup>

Finalmente, en cuanto al “arte” practicado por el sujeto activo, lo más lógico es considerar este concepto como la “Capacidad [o] habilidad para hacer algo” o el “conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer algo”.<sup>5</sup>

La circunstancia de que la información deba ser conocida “por razón” de la actividad que vincula al sujeto pasivo con el activo, conlleva a que el secreto que este último tenga la obligación de conservar, siempre esté vinculado con el desarrollo específico de la diligencia y no con cuestiones ajenas a ella, de las que sólo se enteró casualmente. Creus ejemplifica diciendo que el médico tiene obligación de no revelar la deformidad que posee su paciente pero no el hecho de que cuando concurrió a la visita médica aquel discutió fuertemente con su cónyuge.

El tipo comprende tanto el secreto que la víctima le ha confiado al autor como la información a la que éste accedió por causa de su actividad, por más que el sujeto pasivo aún no tenga conocimiento de esa información sensible que, en caso de saberla, no hubiese querido revelar.<sup>6</sup>

4 D’ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, “Código Penal comentado y anotado: Parte Especial” (arts. 79 a 306), Andrés José Dalessio (Director), Ira, ed. Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 368.

5 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Edición del tricentenario. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=3q9w3lk>

6 CREUS, CARLOS. “Derecho Penal Parte Especial, T. 1, 6a Ed. actualizada y ampliada”, Astrea, 1° reimpresión, Buenos Aires, 1998. Pp. 365/366.

El sujeto pasivo puede ser tanto una persona física como una de existencia ideal.

En cuanto a la acción típica, como dice el texto, consiste en *revelar*, es decir, dar a conocer o descubrir la información que se obtuvo por hallarse en alguna de las posiciones aludidas anteriormente, haciéndola accesible a cualquier persona que no se encuentre dentro del círculo de los obligados a conservarla en secreto.

Parte de la doctrina sostiene que la revelación se concreta con la sola comunicación en los términos antedichos, sin que sea necesaria la divulgación o propagación de la noticia,<sup>7</sup> mientras que otros vinculan dicho verbo con la necesaria difusión.<sup>8</sup>

Tampoco importa el medio que se adopte para concretar la revelación lo mismo que el utilizado para tomar conocimiento del secreto: vinculado a esta última cuestión se halla la circunstancia de si el titular del secreto pidió o no reserva al agente. Esto no tendría importancia, dado que la obligación de guardar secreto no se origina en esta solicitud, sino en, como se dijo, el estado, oficio, empleo, profesión o arte del sujeto activo.

En cuanto a los elementos normativos del tipo, se destaca el *secreto*, entendiéndose por éste cualquier información que permanece oculta, inaccesible

7 En esta postura se enrola, entre otros, RICARDO NÚÑEZ, ANDRÉS D’ALESSIO y MARIANA GRASSO. “Es indiferente el modo de realizar la revelación. Puede hacérsela de modo confidencial o público”, de manera activa (comunicando el secreto) u omisiva (dejando que un tercero se entere del secreto). Núñez Ricardo C., “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, 2° reimpresión, Marcos Lerner Editora, Córdoba 1989, p. 124; apud. D’Alessio. Op. Cit. 368.

8 Esta postura es mantenida por Donna en DONNA, Edgardo, Derecho Penal. Parte Especial, T. II-A, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2.001, p. 367; apud. D’Alessio, Op. Cit. 368.

a un grupo indeterminado de personas debido a que su titular, o las personas involucradas en esa información no tienen interés en que sea difundida o tienen la particular intención de que no sea conocida, por diferentes motivos. Estos incluyen desde el ámbito personal de la intimidad y privacidad hasta cuestiones de trascendencia intelectual, científica o técnica, como puede ser un descubrimiento, invento, fórmula o procedimiento industrial del que sean poseedores de los sujetos pasivos.<sup>9</sup>

No todo secreto es protegido penalmente por el derecho, sino que para que así sea, su revelación debe poder causar daño. La norma habla en sentido potencial, por lo que no es preciso que el daño se haya ocasionado, basta la posibilidad de que ocurra.

En este sentido, la concepción de dañosidad es amplia pues deben incluirse perjuicios de índole físico, patrimonial o moral, pero éstos deben surgir de la misma naturaleza de revelación del secreto, o por la situación particular en la que se encuentra el sujeto pasivo: incluso el hecho de poder ser perseguido penalmente, descartándose cuestiones irrelevantes.<sup>10</sup>

Cabe agregar que para que la difusión del secreto pueda causar daño debe revelarse la identidad del sujeto pasivo, puesto que no es típico el descubrimiento de secretos vinculados con sujetos indeterminados.<sup>11</sup>

Finalmente, se debe mencionar que la última parte del artículo 156 del C.P. refiere que para que la acción sea típica, la “revelación” del secreto debe ser sin justa causa. Aquí se deben incluir los supuestos del artículo 34 del Código Penal, que establecen positivamente lo que la dogmática penal denomina las “causas de justificación” y que se analizan en la categoría del análisis de la “antijuridicidad” de la conducta típica.

La doctrina, casi unánimemente, admite las siguientes causas como habilitantes de la revelación de secretos: *a*) el consentimiento del titular, *b*) la legítima defensa propia o de terceros (art. 34, inc. 6 y 7 CP), *c*) el ejercicio de un derecho, deber, autoridad o cargo (art. 34, inc. 4, CP), *d*) obligación de denunciar ciertos hechos establecidos por leyes especiales (obligación de denunciar la enfermedad de lepra, pestes, las enfermedades venéreas en período de contagio –leyes 11.359, 11.843, 12.331 y 16.668–; las enfermedades infectocontagiosas o trasmisibles de la ley 15.465; la obligación de denunciar los nacimientos y defunciones, según ley 14.586; le ley 23.798, de lucha contra el sida y su decreto reglamentario; y la 17.132 del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de colaboración que, en su artículo 11, habilita la denuncia para “evitar un mal mayor”). De esta manera, una aplicación razonable de la ley permite que se le dé preponderancia a la protección de unos bienes jurídicos sobre otros, lo que justifica, ciertamente, que en esos casos la revelación de un secreto conocido en las circunstancias mencionadas en el artículo 156 del C.P., y que cause daño a su titular, no alcance el grado de “ilícito”, por encontrarse justificado.

Es que, en efecto, como bien ha establecido la doctrina desde antiguo, ningún derecho es absoluto, y todos deben ser ejercidos de la manera más armónica posible, salvaguardando, primeramente aquellos que tienen mayor jerarquía (como la vida) y luego todos los que en consecuencia le siguen (libertad, honor, salud, etc). En esa dirección se sancionaron las leyes citadas, pues denotan, básicamente, el objetivo de proteger la salud pública.

Hay que resaltar aquí que, como se mencionó, propicio es que el legislador establezca por ley en qué casos se puede quebrantar el secreto profesional, puesto que cuando la cuestión queda librada a la interpretación del

agente, se puede dar lugar a decisiones equivocadas, que derivan en su judicialización. Similares cuestiones se suscitan cuando se acude normativamente a conceptos tales como “moral social” o “cuestiones de alto interés público” u “orden público” como modo de “justa causa” para la revelación de secretos, puesto que constituyen nociones indefinidas y ambiguas que, aparte de sembrar gran inseguridad jurídica, no cumplen con los caracteres propios del principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional<sup>12</sup>. Sin perjuicio de que, de aplicarse estas generalidades, siempre jugarían un papel desvinculante del sujeto activo, por ampliar la justificación.

No obstante las justas causas mencionadas, es claro que llegado el momento en que el profesional toma conocimiento de un secreto, comenzará una lucha en su interior en torno a cuál es la decisión correcta a tomar. En algunos casos, decidir será más fácil que en otros, pero lo cierto es que, en definitiva, sólo él sabrá cuando una información sensible tiene los caracteres aludidos por la ley, que habilitan o le obligan a revelarla o denunciarla.

Ello pues, siempre va a ser el criterio del profesional (genéricamente hablando) el que se aplique al caso, y es él el único que puede y debe evaluar si existe justa causa o no, en los términos del artículo 156 del C.P., con el riesgo que ello implica desde el punto de vista de la responsabilidad penal.

En este aspecto, debe considerarse que desde un ángulo axiológico, y con base en varias normas del derecho positivo<sup>13</sup>, la única persona habilitada a relevar del deber de guardar secreto es el interesado, sujeto pasivo cuyo derecho a la intimidad se intenta proteger, y que es el obligado quien tiene la mayor información acerca del asunto y solo él

9 D'ALESSIO, Op. Cit. P. 368.

10 CREUS, op. Cit. P- 365.

11 Ibidem. P. 366.

12 GRASSO, Op. Cit. Pp. 368/369.

13 Entre otros el art. 244 del C.P.P.N., 236 del C.P.P.B.A. y 123 del C.P.P.C.A.B.A.

puede determinar bajo qué circunstancias violará o no las normas éticas de su profesión.<sup>14</sup>

Por esta razón, es mayoritaria la postura que sostiene que el juez no debe ni puede relevar al testigo del deber de abstención de declarar, lo cual tiene que ajustarse únicamente al consentimiento del interesado, toda vez que se encuentran en juego altos compromisos profesionales y éticos.<sup>15</sup>

En esta dirección, Carrara ha dicho que es indudable que el juez no puede imponer la violación del secreto profesional<sup>16</sup> y se ha sostenido también que no hay mejor juez que la propia conciencia del profesional convocado como testigo a juicio para declarar por el hecho y su determinación acerca de la existencia de justa causa cuando la justicia exige su revelación.<sup>17</sup>

### 3. Normas consecuentes con la prohibición de revelar el secreto profesional

Dentro del gran universo de normas que pueden llegar a contemplar la obligación de conservar el secreto profesional, vale la pena destacar algunas de las más importantes. Como se indicó al inicio, el deber de preservar el secreto

posee sólidos fundamentos éticos, anclados en el ejercicio mismo de la profesión que se trate, y para apuntalar la relación entre el profesional y su cliente o paciente.

Por un lado, la el artículo 8, inciso 4 de la ley 23.277 de ejercicio de la psicología impone “[g]uardar el más riguroso secreto profesional sobre cualquier prescripción o acto que realizare en cumplimiento de sus tareas específicas, así como de los datos o hechos que se les comunicare en razón de su actividad profesional sobre aspectos físicos, psicológicos o ideológicos de las personas”.<sup>18</sup>

El secreto médico, tiene su génesis en el juramento hipocrático, en el cual el profesional jura: “...[g]uardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deba ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas...”.<sup>19</sup>

Asimismo, el Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina regula el Secreto médico en el capítulo 7, y afirma que el “secreto profesional en salud es todo aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa.” (art. 101). Entiende que “es un deber ético que en el miembro del equipo de salud nace de la esencia misma de su profesión y se relaciona con el respeto a la libertad del paciente. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la respetabilidad del profesional, y la dignidad de la medicina, exigen el secreto”. (art. 102). Menciona que “el secreto profesional y de confidencialidad son derechos

inalienables de los pacientes; el equipo de salud está obligado a constituirse en celoso custodio de los mimos...” (art. 217).

El artículo 503 establece que “toda persona asistida tiene derecho y configura además un deber ético para quien o quienes la tratan, el respeto al secreto profesional que garantiza su intimidad y preserva el ejercicio de sus derechos y dignidad como persona”. El artículo 504 incluye el deber de confidencialidad del “personal administrativo que maneja archivos de historias clínicas”.<sup>20</sup>

A nivel nacional, el secreto médico está regulado por la ley de Ejercicio de la Medicina, Odontología y actividades de colaboración (ley 17.132), que en su artículo 11 establece: “Todo aquello que llegare 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”.

También la ley 26.528, de los Derechos del Paciente en su relación con los profesionales de la Salud, menciona que la intimidad constituye uno de los derechos esenciales y que debe observarse el “estricto respeto a la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326”. Del mismo modo, alude a la confidencialidad de la documentación clínica, y que toda persona que participe en su elaboración o manipulación debe guardar reserva, “salvo expresa disposición en contrario emanada de

14 De Luca, Javier - Lacman, Valeria A., “El secreto profesional y su relevamiento en el proceso penal”, RDPy PP, Lexis Nexis, septiembre de 2007, p. 1.741/1; Apud. Conti, Néstor Jesús. “El delito de violación de secreto y el profesional convocado a prestar declaración testimonial”. Disponible en <http://www.criticapenal.com.ar/wp-content/uploads/numero3/conti.pdf>

15 DE LUCA JAVIER A., El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 43; Apud. Conti... Op. Cit. p. 10.

16 CARRARA, FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal. Parte General, T. 2, Temis, Bogotá, Colombia, 1957, p.442.; Apud. Conti, Op. Cit. p.9.

17 GÓMEZ, EUSEBIO, Tratado de Derecho Penal, T. III, Cía Argentina de Editores, Buenos Aires, Argentina, 1939, p. 441; Apud. Conti, Op. Cit. p. 10.

18 Sancionada el 27 de septiembre de 1985. Promulgada de Hecho: noviembre 6 de 1985.

19 El contenido del juramento se ha adaptado a menudo a las circunstancias y conceptos éticos dominantes de cada sociedad. El Juramento Hipocrático ha sido actualizado por la Declaración de Ginebra de 1948. Disponible en <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/hipocrates.htm>

20 Código de Ética para el Equipo de Salud. 2001, Siglo XXI, año 1. En conmemoración de los 110 años de la Asociación Médica Argentina (1891-2001). Disponible en [https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/cod\\_espanol.pdf](https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/cod_espanol.pdf)

*autoridad judicial competente o autorización del propio paciente...*

Mismo tratamiento otorga la aludida ley 25.326 de protección de datos personales, en el artículo 8.

En cuanto al ejercicio de la abogacía, la ley 22.192, del año 1980, en su artículo 14, inciso d), menciona la obligación de guardar el secreto profesional.

Refiriéndonos a la normativa procesal penal, es interesante mencionar que el Código de nación, en su artículo 244, regula el deber de abstención de “*los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar...*” en relación a los secretos que conocieren en razón de su estado, oficio o profesión. Sin embargo, la ley deja a salvo el deber de declarar cuando fueren relevados del secreto por el interesado, salvo en el caso de los ministros religiosos.

El artículo 123 del Código Procesal Penal de la CABA mantiene un redacción similar pero, párrafo aparte, agrega expresamente que “[s]e entenderá que rige el secreto profesional en el caso de los/as médicos/as y demás profesionales del arte de curar, cuando una persona involucrada en un delito hubiera recurrido a sus servicios a fin de preservar su integridad física o la del/la ofendido/a”.

Resulta interesante mencionar en este punto que, a diferencia de la regulación existente a nivel federal, el digesto ritual de la CABA solo obliga a denunciar los delitos de acción pública a los funcionarios que los conozcan en ejercicio de sus funciones (art. 81). De esta manera, al suprimirle esa exigencia a quienes ejercen el “arte de curar” mantiene una regulación compatible y armoniosa con sus mismos preceptos.

A nivel supra legal, es preciso mencionar que el secreto profesional encuentra acogida dentro de los Tratados de Derechos Humanos, incorporados al bloque de constitucionalidad a partir

de la reforma del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, del año 1994.

En este sentido es que debe interpretarse la protección del derecho a la intimidad, la privacidad y libertad, de los artículos 1 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. I de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 9, inc. 1 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7, inc.1 y 11 de la CADH

Por su parte, nuestra Constitución Nacional regula la temática, con sus diferentes matices, en los arts. 18 y 19. Como colofón de todo lo dicho hasta aquí ha de subrayarse que el bien jurídicamente protegido por el enunciado bloque normativo, que incluye al secreto profesional, es la intimidad o esfera de reserva de la persona, que necesariamente conlleva a que las personas calificadas como “confidentes necesarios” no ventilen lo que les fue informado secretamente. En esta misma dirección, afrenta tal estaría direccionada también a restringir la libertad de las personas, como patrimonio esencial de toda la humanidad y de cada individuo en particular, sobre la que se asienta el principio de igualdad de todas las personas.<sup>21</sup>

La libertad civil que protege el derecho desde distintos ángulos incluye el aspecto físico, psíquico y social de las personas. Las normas en estudio ponen el foco en el aspecto psíquico, ya que están orientadas a conservar la libertad de autodeterminación de los individuos, permitiéndoles confiar un secreto a una persona determinada, no por mero antojo sino por la posición

21 MORAS MON, Jorge R. Damianovich, Laura T. A. “Delitos contra la libertad”, Ediar, Buenos Aires, 1972, p.41. Apud. Conti, Néstor Jesús. “El delito de violación de secreto y el profesional convocado a prestar declaración testimonial”. Disponible en <http://www.criticapenal.com.ar/wp-content/uploads/numero3/conti.pdf>

que aquella ocupa, preservándolas del riesgo de que sea difundido a terceros.

#### 4. Normas que colisionan con el deber preservar el secreto

a. Así como se destacó que el Código de procedimiento penal de la Ciudad de Buenos Aires conserva una lógica interna y también externa en relación a otros conceptos normativos, hay que resaltar, del mismo modo, que el tratamiento de la cuestión no es similar en el ámbito nacional/federal.

En efecto, se da una clara oposición entre el enunciado de las normas expresadas en los apartados anteriores y el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación, que en su inciso 2, dispone los casos en los que las personas que ejercen el arte de curar están obligadas a denunciar.

Veamos la redacción:

*Obligación de denunciar*

Art. 177.— *Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:*

1) *Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el 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.*

Entonces, tienen obligación de denunciar todos los delitos de acción pública (no dependientes de instancia privada art. 72 C.P.) que conozcan en ejercicio de sus funciones, los funcionarios y empleados públicos.

Por otro lado, aquellas personas que se desempeñan en el arte de curar, sólo tienen la obligación de denunciar aquellos delitos de acción pública perseguibles de oficio (que no dependan de instancia privada) contra la vida o la integridad física.

El agregado final de la norma, que hace la salvedad en caso de que los hechos se encuentren al amparo del secreto profesional, en verdad, no agrega ningún dato de interés, puesto que en virtud de lo visto hasta aquí quien se halle en una de las posiciones mencionadas en el artículo 177, siempre va a estar amparado por el secreto profesional, constituyendo éste la regla general aplicable, que sólo puede ser soslayada por la existencia de “justa causa” (art. 156 C.P.)

Ahora bien, ¿Quiere decir, acaso, este artículo que los delitos contra la vida y contra la integridad física perseguibles de oficio conforman una hipótesis de “justa causa” de las aludidas en la figura del art. 156 C.P.? ¿Deja librado así el legislador, acentuando esa última frase –“salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”–, al criterio y ética del profesional la decisión final de revelar el secreto que involucra la *notitia criminis* que conoció por razón de su función? Este parece ser, a mi criterio, el razonamiento más lógico a fin de lograr una aplicación armoniosa de las normas involucradas y que se condice y es congruente con lo que hasta aquí venimos desarrollando.

Es que, como se dijo oportunamente, no existen los derechos absolutos, éstos siempre tienen que ser sopesados en función de aquellos con los que se vinculan, a fin de poder otorgarles preponderancia a algunos por sobre otros, según el caso y los bienes jurídicamente protegidos en juego. De este modo, puede aclararse un poco el panorama a fin de lograr una aplicación más justa y equitativa del derecho en su ámbito de protección.

Una cuestión de alta relevancia en el asunto se advierte cuando se analizan situaciones en las que sobre un mismo profesional recaen las obligaciones del inciso 1 y 2 del art. 177 por tratarse, por ejemplo, de un médico que se desempeña en un hospital público,

en ese caso reuniría las condiciones de funcionario/empleados público y de profesional de la salud. Las hipótesis, mutuamente excluyentes, a las que se puede arribar, entonces, son: tiene obligación de denunciar por ser funcionario público (art.177.1), se encuentra relevado de la obligación de denunciar en caso de que el delito no sea contra la vida o la integridad física (art.177.2) o se encuentre impedido de denunciar por aplicación del artículo 11 de la ley 17.132.

De allí la inseguridad jurídica con la que el profesional maneja estos asuntos.

No obstante la doctrina es pacífica en que, en estos casos rige un principio de especialidad del inciso 2 por sobre el 1, debido a que *“la admisión del principio contrario importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurren a la Asistencia Pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito, sería posible, en su consultorio, comprarle, junto con la tarjeta, el silencio profesional considerado por todos, en ese caso, como obligatorio. La obligatoriedad del secreto no depende en absoluto de la forma gratuita o remunerada con que fue prestado, sino de la naturaleza misma del socorro, de su carácter necesario, y esta condición la tiene tanto el socorro del médico particular como el del médico empleado, y aun es más frecuente que la intervención de los servicios públicos tenga lugar en situaciones extremas.”*<sup>22</sup>

b. Por otro lado, más allá de las controversias existentes en cuanto a la posibilidad de su aplicación, algunos

autores y jurisprudencia<sup>23</sup> encuadran la omisión de denunciar de los médicos, en el delito de encubrimiento (*artículo 277, inciso 4 del C.P.*)

c. A estos supuestos, se agrega lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Nacional 26.485 –ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales–, a la que la adhirió la Ciudad de Buenos Aires mediante ley 4203, en la que se obliga a las personas que se “desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, (...) a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito.

## 5. La jurisprudencia

Uno de los precedentes más destacados en la materia, que mantiene aplicación aún hoy, es el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “*Natividad Frías*”<sup>24</sup>, que sentó como doctrina que *“[n]o 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”*.

23 Ver KESSLER, MIGUEL, El delito de encubrimiento por omisión de denuncia. Reflexiones a la luz de la ley 25.246, Ed. N° 10.195, año XXXIX; Apud. D’Alessio Op. Cit. p. 909; y CNFed. Crim y Corr., Sala II, “Rimoldi C.A.” c. 16.810. rta. 19/10/2000

24 Fallo Plenario CCC “Natividad Frías”, rta. 26/8/1966, (J.A. 1966, V, 69).

22 SEBASTIÁN SOLER, Derecho Penal Argentino, Tea, Buenos Aires, 1946, Tomo IV, pág. 146

Los votos fueron 10 contra 7, y entre los argumentos se sostuvo la posición de 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...” Se agregó que si el legislador hubiera querido que los médicos denunciaran a cualquier precio, hubieran legislado en ese sentido, y que, no obstante, el interés público no podía “justificar este dilema humano: o la muerte o la cárcel”<sup>25</sup>

También se puso el foco en que “para el médico...la abortante es, antes que nada, una paciente a la que está obligado a asistir...; obligarle, en tales condiciones a denunciar a su propia cliente, sobrecargar 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 sirviera de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres y curanderas...”<sup>26</sup>

El juez Amallo, entre otras cuestiones, agregó que la denuncia del profesional de la salud sí queda habilitada cuando su paciente resulta ser víctima del delito conocido, puesto que el agente en ese caso es un tercero que no forma parte de la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por ley. Resaltó, además, que no corresponde distinguir entre los médicos públicos o particulares y que la denuncia, a todo evento, viola el secreto profesional y la garantía constitucional contra la autoincriminación

(art. 18 C.N.), puesto que su presencia en el nosocomio es urgida por el derecho a vivir.

En Zambrana Daza<sup>27</sup> el tribunal cimero del país se abocó al estudio de un caso iniciado a partir de la denuncia de un médico que informó a las autoridades policiales la concurrencia al nosocomio de una mujer en grave estado, quien había ingerido 48 bombitas de látex que contenían clorhidrato de cocaína.

La Corte tildó de irrazonable la decisión del tribunal anterior que había absuelto a la imputada, puesto que la garantía de prohibición de la autoincriminación no puede conducir a la ilegitimidad de las pruebas obtenidas del organismo del imputado en todos los casos en los que quien delinque requiera asistencia médica de un hospital. Insistió en que el servicio médico no había requerido ninguna cooperación de la imputada y que la propia asistencia médica prestada le había permitido expulsar la droga. Que tampoco había existido engaño o coacción que viciara la voluntad de la agente.

Negaron que hubiera habido una intromisión del Estado en la vida privada de la imputada, puesto que había sido su propia conducta la que había permitido dar inicio al sumario.

Destacaron que queda a cargo de la persona que delinque el riesgo de tener que concurrir a un hospital y que su conducta ilícita sea conocida por las autoridades. Que ello no implica violar la prohibición de la autoincriminación sino que ésta solo se vulnera cuando desde el Estado se compele moral o físicamente a alguien para que comunique o exprese cuestiones que deben sujetarse sólo a su libre voluntad. Rechazaron la lógica prisión o muerte. Se apoyaron en la importancia de lograr el equilibrio entre las garantías de los imputados y el interés de la sociedad

de defenderse del delito y del Estado de perseguirlos, máxime si se trata de tráfico de estupefacientes, donde la argentina ha contraído especiales obligaciones persecutorias y sancionatorias de índole internacional.

Finalmente, aseveraron que “al tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario en todos los casos, no hallándose prevista excepción alguna al deber de denunciar del funcionario, dado que la excepción a la mencionada obligación –prevista en el art. 167– no es extensiva a la autoridad o empleados”

Otro precedente de importancia lo constituye la causa “Insaurrealde”, dictado en el año 1998 por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe<sup>28</sup>, que en sentido adverso a la doctrina del plenario mencionado más arriba destacó que “la decisión de la alzada que se ha pronunciado por la absolutización del secreto médico, en una elección que, en tanto conduce de hecho a la desincriminación del aborto, resulta incongruente con exigencias objetivas de nuestro sistema jurídico, y desatiende el sustancial interés del estado en tutelar, desde el momento mismo de la concepción, la existencia del nuevo ser que, con su aparición en este mundo, enriquece a la humanidad en su conjunto; y cuya supresión debe dar lugar al ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado”

En el año 2004, la Sala IV de la Cámara del Crimen se pronunció en la causa “Ferrara”<sup>29</sup>, donde confirmó la doctrina del plenario “Natividad Frías” agregando que se había violado el derecho a la intimidad de la abortante (art. 19 C.N.) y que “no puede sostenerse que fue la propia conducta discrecional de la mujer la que permitió dar a conocer a

28 Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, “Insaurrealde Mirta, aborto s/ rec. De inconstitucionalidad”. Rta. 12 de agosto de 1998.

29 CCC, Sala IV, causa nro. 19.383, “Ferrara, Claudia” rta. 19/03/04

25 Del voto del juez LEJARZA.

26 Del voto del Juez PENA,

27 CSJN, Z. 17. XXXI. “Recurso de hecho - Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”. 12 de agosto de 1997.

la autoridad pública los hechos del caso, pues no actúa por libre decisión quien requiere auxilio médico para salvar su vida, dado que en esas circunstancias la persona se encuentra forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación...”

En el año 2006, la SCBA siguió esta misma línea, ratificando “Natividad Frías”, haciendo especial mención de la vulneración de la garantía constitucional contra la autoincriminación<sup>30</sup>; a la que se sumó la sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Sante Fe al fallar en la causa “D.R.B.” el 12 de diciembre de 2006.

El criterio volvió a repetirse en los fallos “Silva”<sup>31</sup> y “Luque”<sup>32</sup>, de la Sala VI de la Cámara de Apelaciones de la Capital. En este último los integrantes de la sala aclararon que “la averiguación de la verdad deberá verse desplazada ante la posible afectación de los derechos de raigambre constitucional que alcanzaban a Luque al poner en conocimiento de un médico la situación que atravesaba.” También dejaron en claro que se “impone la inmediata aplicación de las reglas de exclusión por haber sido producto de una autoincriminación de la imputada en un estado de desesperación (...) y en atención a que el origen de estas actuaciones presenta un vicio insubsanable, y no existiendo otros canales de investigación autónomos que permitan abordar el hecho que habría protagonizado Luque (...) corresponde (...) declarar la nulidad del acta de fs. 1/1vta. del principal y de todo lo actuado en consecuencia”.

En abril de 2007, la Sala VII de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal

30 SCBA, “E.A.T.”, Rta.07/06/2002, La ley 2006

31 CCC, Sala VI, c.n° 33.494 “Silva, Adriana”, rta. 23/10/07

32 CCC, Sala VI, causa Nro. 34.953 “Luque, Viviana Beatriz s/nulidad”, Juzgado de Instrucción Nro. 44, Sec. Nro. 114. Rta. 04/06/08.

y Correccional de esta ciudad, en el fallo “Gallo”<sup>33</sup>, se opuso a esta doctrina que tenía principal sostén en el plenario “Natividad Frías”, al resolver que “[c]uando la Constitución Nacional garantiza que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, hace efectiva alusión a la existencia de actuaciones preventivas o judiciales (...) en las que se protege al acusado de la autoincriminación forzada, lo que no ocurre en las situaciones aquí analizadas, puesto que al momento de la concurrencia al facultativo u hospital (...) no puede sostenerse en verdad que esté declarando en juicio.” Esto es lo que se desprende, aseguró, del art. 8.2.g de la C.A.D.H. A ello se suma que la abortista no concurrió al hospital compelida por terceros ni por ninguna autoridad, sino tan solo por el hecho que ella misma causó o consintió que le causaran. En la misma dirección, se aseguró que la “coerción resulta espuria solo cuando emana de procedimientos administrativos o judiciales” para que el imputado confiese el delito. Recordando a “Zambra Daza”, refirieron que la delincuente había decidido tomar el riesgo al cometer el delito y con ello que la autoridad pública tome conocimiento de su comisión.

Vinculado con el secreto profesional, el tribunal aseguró que en el caso “[h]ay más que justa causa de revelación la denuncia de un hecho que precisamente da cuenta de un delito contra la vida, como presupuesto ontológico de los demás derechos, en el caso, desde el momento mismo de la concepción en el seno materno, sin perjuicio de la apuntada inexistencia de daño en los términos referidos para la figura de violación de secretos”

Se destacó que entre la perspectiva de la mujer abortante y el principio del bien común –ambos subyacentes–, analizando el problema desde la necesidad

33 CCC, Sala VII, “Gallo N. s/ aborto”, Juzgado de Instrucción Nro. 33, Sec. Nro. 170. rta. 17/04/07.

de no dejar impune un hecho de esa naturaleza, debe preponderar la obligación de denunciar porque hay justa causa de revelación, ya que se trata de un delito contra la vida cuya protección está garantizada a nivel constitucional. En palabras de Tomás de Aquino, mencionó el tribunal que “revelar secretos en perjuicio de una persona es contrario a la fidelidad, pero no si se revelan a causa del bien común. El cual siempre debe ser preferido al bien particular. Y por esto no es lícito recibir secreto alguno contrario al bien común (Suma Teológica, II-II, q68, a.1, BAC, Madrid, 1946, Tomo VIII, pag. 535)”.

“...no es posible limitar la discusión al enfrentamiento entre la madre que resulta denunciada y el profesional de la salud que habría revelado el secreto, si la atención médica se ha relacionado con el hecho de haber dado muerte a su propio hijo” con la afrenta que ello significa a la constitución e instrumentos internacionales respecto del derecho a la vida.

Finalizó aludiendo a la situación de indefensión en la que se encuentra la víctima del delito cometido por la mujer quien, a diferencia de otros supuestos análogos, tampoco podrá perseguir el crimen de que fue objeto; y detalló que “[d]e otro modo, las pautas de la opinión mayoritaria fijada en el plenario “Natividad Frías” no hacen más que otorgar un carácter absoluto al secreto médico, anclar el problema en una garantía –prohibición de autoincriminación– inaplicable en la situación de la mujer, consecuentemente, dejar en la práctica en absoluta indefensión a quien carece de otra forma de tutela, a contrario de lo que la propia Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos proclaman.” (el subrayado me pertenece).

Para concluir, se mencionará someramente el fallo “Baldivieso” de la CSJN, del año 2010.<sup>34</sup>

34 CSJN, B. 436. XL. Recurso de hecho: Baldivieso, César Alejandro s/ causa n°

En un caso muy similar en los hechos al de “Zambrana Daza”, el Superior tribunal del país resolvió, en oposición a lo que decidió en esa oportunidad, declarar la nulidad de todo lo actuado y absolver al encausado. Para ello, la mayoría sostuvo que existía una colisión de derechos en juego: por un lado el derecho a la vida de quien concurre al médico –quien tiene derecho a que se respete su ámbito de autonomía individual (art. 19 C.N.)– y, por el otro, el interés estatal de perseguir delitos.

Así, remitiéndose al plenario “Natividad Frías”, dijeron que el imputado se encontraba en el “*inhumano dilema: la muerte o la cárcel.*” Y que el Estado no podía aprovecharse de medios inmorales para perseguir delitos, como es el inminente peligro de muerte de una persona que acude al médico. Afirmaron que no había en juego ningún otro interés, ni proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o integridad física de terceros, descartando así cualquier otra hipótesis conflictiva.

Es destacable el voto de la ministra Argibay, que, en primer término, descartó que hubiera implicancias contra la garantía que prohíbe la autoincriminación cuando se inicia un sumario por denuncia de un médico en una situación como la del caso. La prohibición de la autoincriminación forzada se dirige a los abusos del Estado o de terceros pero no contra la acción de la naturaleza.

Argumentó que la doctrina del fallo “Natividad Frías” no podía implementarse aisladamente, sin tener en cuenta el contexto que rodeaba a la problemática de las mujeres abortantes.

Aclaró que el principio de reserva del art. 19 de la C.N. sólo permitía las injerencias del Estado en la vida privada de los individuos en caso de afectación a terceros y que, para acceder al ámbito privado protegido por el 18 C.N., se

debían cumplir ciertos requisitos como la orden de la autoridad competente. En este sentido, a diferencia de la mayoría, aseguró que la conducta de Baldivieso –tráfico de drogas– sí era dañosa y ofensiva, puesto que presentaba un peligro para la salud pública. (cons. 6). Sin embargo, puso de manifiesto que la injerencia del estado en este tipo de conductas debía estar reglamentada y que en el caso de la relación médico-paciente estaba restringida por el secreto profesional (art. 156 C.P. y art. 11 de la ley 17.132) y sólo estaba prevista ante la hipótesis de delitos contra la vida y la integridad física. (art. 177.2 CPPN), lo que no estaba configurado en el caso de Baldivieso.

## 6. Conclusiones

Luego de haber repasado las distintas cuestiones que atañen a la obligación de conservar el secreto profesional, tanto desde la obligación civil como la conminación penal, entiendo que se aclara medianamente qué es lo que busca el sistema normativo, en su integralidad, cuando les exige a los ciudadanos que lo cumplan. Como se dijo: que contemos con cierta tranquilidad a la hora de requerir los servicios de algún profesional o especialista, cualquiera sea la necesidad que nos lleve a requerir sus servicios, en cuanto a que no revelará a terceros las cuestiones que se le ventilan, con el riesgo de sufrir un perjuicio. Pero claro, todo tiene un límite –y ello no es sólo así en el ámbito jurídico– y razonablemente no puede pretenderse que la obligación de conservar un secreto sea absoluta, puesto que si de éste modo se está posibilitando el acaecimiento de un daño o perjuicio mayor al que se provocaría rompiendo el silencio, un daño que involucra el bien común o bienes jurídicos de mayor jerarquía, no se estarían alcanzando los ideales de justicia, equidad, proporcionalidad y racionalidad, a los que aspira

toda sociedad fundada sobre el principio republicano de gobierno.

En este sentido, creo que no puede sostenerse sin resquemor alguno la legitimidad del secreto profesional absoluta. Si esto es así, y hay leyes que prescriben en qué casos debe darse a conocer la información dada en confidencia, ¿Por qué entonces no cumplir la ley y, sea como sea, intentar buscar la forma de invalidarla?

Al redactar el artículo recordaba los primeros aprendizajes basales de la Facultad de Derecho: “ningún derecho es absoluto, todos son relativos”, “el derecho a la vida es el primero y mayor de los derechos porque de él se derivan todos los demás”, “la Constitución Nacional y los tratados internacionales son la ley fundamental de nuestro país”, “el abuso del derecho”, “el principio ‘favor debilis’ en el derecho”, “el cumplimiento irrestricto de la ley por parte de los jueces”, “igualdad, equidad, justicia” etc.

Allí se advierten, sin mayor esfuerzo, las herramientas necesarias para resolver los casos que se presentaron más arriba, tan solo por aplicación de los principios generales del derecho, sin distorsión ni necesidad de subvertir los valores que los forjaron, ni intentos deshonestos de interpretaciones forzadas de la letra de las leyes y de los valores de la sociedad, vinculadas a los intereses propios o de una ideología narcisista y apegada al hedonismo contemporáneo.

Si el secreto profesional no es absoluto, como ningún derecho lo es y como la misma norma bien lo especifica, ¿por qué entonces darle tal operatividad? Si un delito contra la vida –bien jurídico invaluable en el que se enraízan constitucionalmente todos los restantes–, cometido contra un ser que carece de toda posibilidad de defensa y por parte de quien se espera lo proteja, no habilita prescindir del secreto profesional, cabe preguntarse ¿cuál será entonces el supuesto que permita hacerlo?

Creo, entonces, que muchos operadores del derecho deben sincerarse y evaluar seriamente cuál es el rol histórico que les toca cumplir y, en función de ello, llevarlo a cabo con responsabilidad, dejando de lado los despreciables

intereses que se fomentan desde algunos sectores políticos, que mancillan la dignidad de las personas y llevan a dejar de lado cuestiones elementales del derecho y del sentido común, como lo vimos en algunas de las decisiones

que mencionamos, que son las que necesariamente se han aplicado desde los inicios de la civilización en pos de una comunidad más justas para todos.