



Dossier

Secreto profesional y obligación de denunciar: un análisis de la jurisprudencia argentina

Por Emiliano Villa

La **Revista Argentina de Teoría Jurídica** de la **Universidad Torcuato Di Tella** es una publicación electrónica dedicada, fundamentalmente, al análisis de los problemas teóricos que plantea el derecho. En ella se publican, principalmente, ensayos de filosofía jurídica, moral y política, análisis económicos del derecho y doctrina jurídica. Incluye análisis jurisprudenciales, comentarios de fallos que tengan un contenido teórico sustancial, notas y reseñas bibliográficas. El proceso de edición de la revista está a cargo de alumnos de Abogacía quienes, a su vez, tienen la posibilidad de contribuir en ella con trabajos propios. La dirección y coordinación académica de la publicación corresponde a los profesores de la Escuela de Derecho. La revista aparece en julio y noviembre de cada año.

Secreto Profesional y Obligación de Denunciar: Un análisis de la jurisprudencia argentina

*Emiliano Villa**

Hace ya más de 40 años que un fallo plenario de la Cámara Nacional Criminal y Correccional marcó el rumbo con relación a los casos de aborto y la situación penal de las mujeres pasivas de esa intervención. El fallo conocido como "Natividad Frías"¹, de 1966, indica que no procede la instrucción de un sumario criminal contra la mujer que acude a un hospital procurando asistencia médica producto de un aborto ya realizado (por ella o por otro con su consentimiento) sobre la base de la denuncia del médico interviniente. Sólo corresponde la denuncia y posterior instrucción del sumario respecto de coautores, instigadores o cómplices (es el caso de un tercero distinto de la víctima que provoca el aborto con su consentimiento).

En línea con este plenario se encuentran un grupo de fallos que van desde el año 1979 hasta la fecha:

- ∞ 1979 - "Aguirre de Ferreira, María Angélica"²
- ∞ 1982 - "T. de C., M. D. y otros"³
- ∞ 1984 - "Barrios, Angélica"⁴
- ∞ 1985 - "L.D.B. y otros"⁵
- ∞ 1991 - "C.J.V"⁶
- ∞ 1995 - "Segueiras, Ismael"⁷
- ∞ 1995 - "Insaurralde, Mirta"⁸
- ∞ 2003 - "Ferrara, Claudia"⁹
- ∞ 2003 - "Torres Molina, Elisa"¹⁰
- ∞ 2004 - "Katz, Gladys"¹¹
- ∞ 2005 - "Ayardu, Adriana"¹²
- ∞ 2006 - "Cotto, Claudia"¹³
- ∞ 2006 - "Torres Molina, Elisa"¹⁴

* Alumno de 4to año de la carrera de Abogacía de la Universidad Torcuato Di Tella

¹ "Natividad Frías", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Plenario, 26/08/1966. JA 1966-V-69.

² "Aguirre de Ferreira, María Angélica", Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba, 24/12/1979. La Ley 1980-D-475.

³ "T. de C., M. D. y otros", Cámara criminal Guleguay, 24/08/1982. JA 1983-I-571.

⁴ "Barrios, Angélica", Cámara Criminal 1 Paraná, Sala 2, 09/11/84, JA 1985-II-67.

⁵ "L. D. B. y otros", Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de San Martín, Plenario, 05/07/1985. La Ley 1986-A-103.

⁶ "Cacios, J. V.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 29/11/1991. La Ley 1992-D-442.

⁷ "S., I. s/Aborto", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, 04/05/1995. ED 166-225.

⁸ "Insaurralde, M.", Cámara Penal de Rosario, Sala 2, 26/12/1995. JA 1996-II-574.

⁹ "Ferrara, Claudia F.", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, 04/03/2003. c/nº 19.383.

¹⁰ "Torres Molina, Elisa", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, 28/04/03. c/nº 20.973.

¹¹ "Katz, Gladys", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, 8/03/04. c/nº 21.925.

¹² "Ayardu, Adriana", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, 8/02/05. c/nº 24.916.

¹³ "Cotto, Claudia", Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, 23/11/05. c/nº 28.183.

- ∞ 2006 – “E., A. T.”¹⁵
- ∞ 2008 – “Luque, Viviana Beatriz”¹⁶

Sin embargo, si bien el plenario “Natividad Frías” marcó una tendencia hacia la descriminalización de la mujer que acude a un hospital en busca de asistencia por un aborto ya producido, en los años recientes algunas resoluciones comenzaron a poner en duda esos efectos. En el año 2007, la Sala VII de la Cámara del Crimen porteña dictó un nuevo fallo (“G., N.”¹⁷) revocando el sobreseimiento dictado a una mujer que había acudido al hospital Argerich tras haberse practicado un aborto en su undécima semana de gestación. En este fallo, se planteó una posición más restrictiva, en la que el secreto profesional debe ceder ante la obligación de denunciar.

En línea con este fallo se encuentran:

- ∞ 1981 – “Marturano, Amelia”¹⁸
- ∞ 1986 – “R., R.”¹⁹
- ∞ 1990 – “Fernández, Gladys y otra”²⁰
- ∞ 1992 – “Iñiguez, Dominga”²¹
- ∞ 1998 – “Insaurralde, Mirta”²²

Entre los argumentos más fuertes planteados en uno y otro caso se encuentran los siguientes:

Declarar contra sí misma

En “Natividad Frías” el tribunal hizo hincapié en el precepto legal consagrado en el art. 18 CN según el cual “*nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”, tomando la búsqueda de auxilio médico de la mujer abortante como una declaración en sí misma. Según la Cámara, su presencia ante el profesional en el arte de curar para tratar un aborto que si bien provocó ahora no puede controlar, implica mostrar su cuerpo, descubrir su más íntimo secreto, confesar su delito.

En “G.N” el tribunal hizo una interpretación más restrictiva del art. 18 CN, apelando a su fuente; la VI Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Esta enmienda expresamente establece que la prohibición de obligar a declarar contra uno mismo solo aplica al “juicio criminal”. La Cámara hizo un *distingo* entre el caso en que se declara en juicio (caso que quedaría protegido) del caso en que la confesión es extrajudicial, es decir, al

¹⁴ “Torres Molina, Elisa”, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, 7/03/06. c/nº 4192.

¹⁵ “E., A. T.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/06/2006.

¹⁶ “Luque, Viviana Beatriz s/nulidad”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 04/06/08. c/nº 34.953.

¹⁷ “Gallo, N.”, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, 17/04/07.c/nº 30.739

¹⁸ “Marturano, Amelia”, Cámara Penal de Lomas de Zamora, Plenario, 02/07/1981, JA 1981-IV-453.

¹⁹ “R. R.”, Cámara Penal de Morón, Plenario, 08/05/1986. JA 1986-I-593. DJ 1986-465.

²⁰ “Fernández, Gladys s/Aborto”, Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 03/04/90. AyS, 1990-1, p. 670/675.

²¹ “I. D. I.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/07/1992. ED 152-523.

²² “Insaurralde, M.”, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 12/08/1998. La Ley 1998-E-335.

margen de todo proceso, como es el caso de la mujer que acude al hospital en busca de ayuda²³.

Violación del secreto profesional

En “Natividad Frías” el tribunal entendió que el anoticiamiento del médico que interviene en la asistencia de una mujer que ha abortado responde exclusivamente al ejercicio de la profesión del arte de curar y que, como tal, merece la tutela del secreto profesional prevista en el art. 177 CPPN²⁴. La denuncia, por tanto, constituiría una flagrante violación de este secreto, figura receptada en el art. 156 CP.

En “G.N.” el tribunal sostiene que el bien jurídico “vida” (en el caso, el de la persona por nacer) no puede ceder ante un deber de fidelidad como lo es el secreto profesional. La obligación de denunciar no exige la ausencia de un deber negativo sino que surge de la violación del derecho a la vida del concebido no nacido.

Aplicación de la “teoría del fruto del árbol venenoso”

En “Natividad Frías” el tribunal entendió que la acusación del médico interviniente o de todo aquel alcanzado por el secreto profesional constituye un delito previsto y penado (art. 156 CP) y que por ende, tal denuncia es a su vez delictuosa y por tanto no puede tener otro destino que el de la nulidad. Para la Cámara, el ordenamiento legal es hermético, y permitir la instrucción de un sumario en tales condiciones, sería admitir su propia violación.

En “G.N.” el tribunal sostuvo que el código de procedimiento no señala la nulidad de las actuaciones iniciadas por el galeno en violación del secreto profesional. Para la Cámara las actuaciones que surgan de esa violación son válidas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al denunciante (el médico o cualquiera con acceso a la información con la obligación de guardar secreto) por la violación del art. 156 CP.

²³ Portela, Jorge G. y González, Nemesio, "Sobre si son válidos los procedimientos judiciales seguidos contra la mujer abortante en los casos previstos en el art. 88 , CPen.", ED 129-388

²⁴ En el caso, los tribunales refieren al artículo 167 del Código de Procedimientos en materia Penal. Si bien no está vigente, las disposiciones del antiguo Código tenían un alcance que –con ciertas salvedades- es similar al actual.

El art. 165 del decía que:

“Los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, harán conocer dentro de las veinticuatro horas, o inmediatamente, en caso de grave peligro, los envenenamientos y otros graves atentados personales cualesquiera que sean, en los cuales hayan prestado los socorros de su profesión...”.

El art. 166, por su parte, establecía

“Cuando sean varias las personas que hayan concurrido a la curación o asistencia de la persona lesionada, todas ellas están obligadas a prestar la declaración prescripta en el artículo anterior.”

El art. 167, finalmente, señalaba

“Se exceptúa de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, el caso en que las personas mencionadas hubieran tenido conocimiento por revelaciones que le fueren hechas bajo el secreto profesional”.

Disyuntiva “morir o ir a la cárcel”

En “Natividad Frías” el tribunal entendió que la mujer que causa su propio aborto o consciente en que otro lo causare que acude al auxilio médico lo hace en una situación de desesperación extrema, producto de intervenciones inhumanas y/o en recintos que carecen de estándares de higiene básicos. La cámara considera que permitir la denuncia del médico y en consecuencia la instrucción de un sumario colocaría a la mujer en una disyuntiva delicada: agonizar y esperar un milagro que la salve de un previsible deceso (morir), o acudir al hospital y ser enjuiciada (ir a la cárcel). El interés público no podría nunca justificar este inhumano dilema.

En “G.N.” el tribunal consideró que no existe tal dilema sino la alternativa previa de conservar o perder el hijo que lleva en su seno. La Cámara entiende que ubicar el problema en una etapa posterior es minimizar la vida del no nacido, y que aún cuando pudiera hablarse de tal dilema, éste no tiene entidad suficiente frente a la pérdida de una vida en gestación.

Desigualdad social

En “Natividad Frías” el tribunal se refirió a la desigualdad social negando la distinción entre médicos que ejercen su profesión en privado y aquellos que lo hacen como funcionarios públicos respecto de los casos en que procedería la denuncia y en los que no. La Cámara sostuvo que de ningún modo podría cambiar la situación de aquel que por contar con medios recibe asistencia privada respecto de aquel que por no contar con ellos, necesita concurrir a un hospital oficial.

En “G.N.” el tribunal sostuvo básicamente que del hecho de que ciertos sectores de la población sean los más afectados respecto de ciertos delitos (en el caso, el delito de aborto), no se sigue una justificación para sustentar una tesis desincriminante. En todo caso, agrega, esto responderá a la existencia de un sistema penal deficiente²⁵. Agregar Zambrana Daza!!

Reflexiones Finales

El Art. 177 CPPN²⁶ dispone que *“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.”*

La parte que nos ocupa en este trabajo responde al inciso 2) de este artículo. En primer término corresponde precisar que para que se torne operativa la obligación de

²⁵ Este argumento no responde al argumento dado en “Natividad Frías” sobre desigualdad. El argumento contrario al dado en “G.N.” sería el siguiente: “La criminalización del aborto no impacta en las clases sociales con más recursos quienes de un modo u otro encuentran la forma de realizarse abortos seguros y en secreto. Las víctimas del aborto (en ambos sentidos: el riesgo de practicarlo y la responsabilidad penal posterior) seguirán siendo las mujeres más pobres, que no tienen más remedio que intervenir clandestinamente y en escenarios escalofrantes. Escenario que las termina llevando a hospitales públicos donde comienza su persecución penal.”

²⁶ Si bien el artículo 177 CPPN sólo es aplicable en la Capital Federal, el resto de los Códigos Procesales Penales receptan (palabras más, palabras menos) la misma normativa.

denunciar debe tratarse de delitos contra la vida y la integridad física. Asimismo debe existir un juego armónico entre la obligación de denunciar y la violación de secreto contemplada en el art. 156 CP.

En caso de existir denuncia del galeno que se aparta del secreto profesional y los efectos jurídicos de esa denuncia existen dos posturas bien diferenciadas antes enunciadas. Por un lado, se sostiene que esa denuncia "ilegítima" no acarrea necesariamente la nulidad de todo lo actuado, aún cuando pudiera sancionarse al médico denunciante²⁷. La Corte Suprema ha establecido que no hay intromisión del Estado en el ámbito de privacidad, cuando la propia conducta discrecional del imputado permite dar a conocer los hechos originantes de la causa, y que se excluyen de las prohibiciones de la CN los casos en que la evidencia obtenida es de índole material y producto de la libre voluntad del encausado. Se concluye que el médico de un hospital público está obligado a denunciar. Quienes adhieren a esta postura señalan que la norma del art. 177, inc. 2 CPP no prohíbe ni sanciona de nulidad la denuncia formulada por un profesional del arte de curar en las condiciones citadas. Sólo apunta a que no es obligatoria. Nótese, en este sentido que la norma comienza con la expresión "*tendrán obligación de denunciar...*". De modo entonces que si los casos de "prohibición de denunciar" (art. 178 CPP) no generan la invalidez, menos aún se puede predicar tal sanción procesal en los supuestos en que no se observare la excepción a la "obligación de denunciar" (art. 177 CPP)²⁸.

En sentido adverso se dijo que, cuando el sumario se originó en la violación del secreto profesional, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado. Quienes adhieren a esta posición consideran que exigir a la mujer cuya vida está en riesgo una conducta distinta (a la de acudir a un hospital) es imposible, dado que en esas circunstancias la persona se encuentra forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación. No puede permitirse que el autor de un hecho doloso quede privado de auxilio curativo, ante la disyuntiva de ser sometido a proceso o arriesgar su vida. En esta situación, el Derecho considera justa causa la reserva del profesional²⁹. De lo expuesto, se concluye que no resulta procedente la persecución penal contra una mujer que consintió o procuró su propio aborto.

Por otra parte, resulta imposible referirse al artículo 177 CPPN sin hacer mención del artículo 156 CP sobre el secreto profesional.

El art. 156 CP dispone que "*Será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelar sin justa causa*"

²⁷ Creus, Carlos, "Protección penal y procesal del secreto profesional", Colegio de Magistrados del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 1971

²⁸ Código Procesal Penal de la Nación Comentado y Anotado, Comentado por Miguel Angel Almeyra – 1ª ed. – T. II, p. 16/17, Buenos Aires, La Ley, 2007

²⁹ Código procesal penal de la Nación, comentado por Francisco J. D'Albora – 5ª ed. – p. 352/255, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.

El sistema seguido por nuestra ley en materia de violación de secretos puede decirse clásico, porque, en el fondo, toda la materia está estructurada sobre la base de dos tipos básicos muy generales.

- A) Intrusión en la esfera de secretos
- B) La propalación de secretos³⁰

La sistemática actual responde a un concepto ampliado de la libertad, por el que queda protegida la integridad personal del hombre. La figura que reprime la violación de secretos, no tiende a la protección de meras palabras o pensamientos: aunque éstos no están excluidos, su protección se extiende a situaciones en que la persona puede hallarse en la vida en relación³¹. Se pone aquí de manifiesto la existencia de una esfera protegida de intimidad personal, ante la cual se detienen hasta ciertos considerables intereses sociales, mostrando que para el orden jurídico los individuos no son valores sólo cuantitativamente apreciados, sino dotados de ciertas cualidades y rodeados de respeto y protección en su calidad de personas.³²

La propalación de secretos (la revelación del secreto profesional)

Éste grupo contempla casos en los que el secreto llega a conocimiento del médico legítimamente, es decir, como resultado de una actividad normalmente desplegada, dentro de la cual se tiene acceso a cuestiones secretas y cuya delictuosidad se integra por la comunicación o divulgación del secreto que se tiene. Complica la comprensión de este problema el carácter complejo asumido por el bien jurídico tutelado por esta infracción. En este terreno, juntamente con el fin genérico de tutelar la libertad mediante la protección dispensada a la esfera de intimidad y reserva, concurren, en numerosos casos, verdaderas situaciones de necesidad. En estos casos, la ley se pronuncia a favor de la tutela de la persona, aún a costa de sacrificar bienes de altísimo valor.³³

Respecto del sujeto en que se pone la obligación de guardar el secreto (profesional, empleado, etc.), dicho conocimiento debe derivar del ejercicio mismo de la profesión o provenir de la especial situación que da acceso al secreto, pero nunca por intrusión. (Sería irrisorio hacer callar a los médicos –por el secreto profesional – y dejar hablar a las enfermeras). La ley dice “*teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, etc.*”. Esta forma de expresarse es terminante y correcta, e importa rechazar la doctrina que, basada en el texto de la antigua ley penal, exigía se tratara de un *secreto confiado*, esto es, verbalmente comunicado³⁴. 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 incluso ignorados por la paciente misma. No es necesario, por lo

³⁰ Sobre la materia, conf. la importante monografía de Fernando Bayardo Bengoa, *La tutela penal del secreto*, Montevideo, 1961.

³¹ Clariá Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, t. III, p. 38

³² Soler, *Derecho Penal argentino*, t. IV, 1978, Ed. TEA, p. 117

³³ Son, por lo tanto, equivocadas las fundamentaciones del secreto profesional que buscan su base en una especie de convenio o pacto de reserva y en general, las que acuerdan un sentido privado a la infracción. Una cosa es que el delito sea de acción privada y otra que el interés tutelado en el particular sea también puramente privado. Conf. Garraud, V, p. 53; Chauveau-Hélie, V, p.19, n. 1879; 2ª ed., p. 532.

³⁴ Así opina González Roura, III, p.178-9.

tanto, que el secreto haya sido conocido por comunicación verbal y con el pedido de reserva³⁵; basta que de ello se tenga conocimiento por razón del estado o cargo³⁶, esto es, que el ejercicio de la actividad correspondiente suponga el acceso a una esfera de secretos, aun no directamente consistentes en el secreto en el cual piensa el que reclama auxilio profesional.

En cuanto al concepto de lo *secreto*, ha de entenderse que se trata de hechos referentes a la vida privada de una persona; pero, para completar esa noción es necesario tomar en cuenta el requisito general puesto por la ley, referente a la divulgación como en sí misma generadora de daño. No es necesario, por lo tanto, que se trate de un hecho ilícito, ni siquiera de un hecho inmoral: basta que se trate de un hecho conocido en general, y sobre cuya reserva recaiga el interés expreso o presunto de la persona. Como dice Finger, el secreto es un concepto con un contenido negativo: es secreto lo que no puede ser conocido ni por todos ni por un círculo indeterminado de personas, sino solamente por una o por algunas³⁷. La ley no requiere que la divulgación sea fuente efectiva de daño, sino que *pueda causarlo*. Se trata, por lo tanto, de mero daño potencial cuya existencia o inexistencia deberá ser apresada en cada caso, teniendo en cuenta que no se hacen distinciones acerca de la naturaleza de ese daño.

Por último resta analizar el alcance del término *revelar* y *falta de justa causa* tal como aparece en el art. 156 CP. Revelar, es una acción consistente en dar a conocer algo real. Quien hace manifestaciones inexactas de cosas o hechos supuestamente de otra persona, podrá cometer eventualmente calumnias o injurias; pero no el delito de revelación de secretos. La exigencia de falta de justa causa, finalmente, no puede importar solamente una mera referencia a las causas genéricas de justificación. Como en los demás casos en los cuales se hace una referencia expresa de este tipo en una figura especial, el enunciado imprime una particular fisionomía subjetiva a la figura, por la cual se hace apoyar la culpabilidad sobre 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 ciencia de la falta de justa causa con la voluntad de dañar, que no es necesaria. Basta la posibilidad de dañar, y respecto de ella rigen los principios generales de la culpabilidad.

Cuando como en el caso, los doctrinarios y magistrados discurren sobre la verdadera voluntad del legislador, esta circunstancia revela la necesidad de una urgente clarificación legislativa. La existencia de un plenario que las propias Salas desatienden, da la pauta del escándalo jurídico de proporciones que una figura penal insuficientemente legislada, genera. Además, la grave situación de desprotección fáctica que en los profesionales médicos produce la contradicción entre los dos principios rectores de conductas previamente analizados (deber de denunciar - secreto profesional), de similar relevancia según sea la posición de cada uno de los actores protagonistas, constituye una señal importante para no demorar la necesaria acción de cambio legislativo. Desde la opinión crítica de este trabajo, pretendemos contribuir a la conciencia necesaria para que ese cambio se produzca.

³⁵ Conf. Díaz, p.288; Gómez, p.449; N. Rojas, Medicina Legal, II, p.336.

³⁶ Gomez, Eusebio, "Tratado de Derecho Penal", t. III, p. 436

³⁷ Finger, Der Geheimnisbruch, v. D. B. VIII, p.295.