

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA



2021

2. EL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO Y EL DEBER DE DENUNCIAR LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA QUE CONOCEN EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Alberto Sandhagen

PALABRAS CLAVE: SECRETO PROFESIONAL. MÉDICOS. DEBER DE DENUNCIAR. PROCESO PENAL.

Cítese como: Sandhagen, A. (2021). El secreto profesional del médico y el deber de denunciar los delitos de acción pública que conocen en ejercicio de sus funciones. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 48-85.

EL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO Y EL DEBER DE DENUNCIAR LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA QUE CONOCEN EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES*

*Alberto Sandhagen***

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo abordará el tema del secreto profesional del médico que realiza su labor en un hospital público y debe prestar asistencia médica a una persona que interrumpió su embarazo mediante un aborto.

Una de las características del secreto profesional es que fue considerado como un elemento indispensable para el ejercicio de diversas profesiones, y como mecanismo de seguridad en las relaciones dentro de una sociedad. No obstante, la complejidad del desarrollo de la vida en sociedad y el denominado interés público llevaron a cuestionar el carácter absoluto del secreto profesional. De esta forma, se planteó hasta qué punto es admisible una limitación al secreto profesional, que protege un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad. A su vez, este problema se presenta cuando está en juego la investigación de un delito en un proceso penal. Es este el conflicto central que se manifestó en las excepciones al secreto profesional, pues se cuestiona sobre la legitimidad de esos límites y si son tolerables en el ejercicio de la profesión médica.

Nótese que, por diferentes causas, se trata de la intervención de un profesional a quien el derecho positivo obliga a guardar secreto, definido por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) “como lo que cuidadosamente se guarda oculto o reservado”. El paciente confió en terceros profesionales aquello que quiere que se guarde en la esfera íntima, y ellos deben mantener esa confidencia exclusivamente en su poder, sin que trascienda sin una justa causa.

Así, el secreto profesional no es un derecho absoluto y puede ser franqueado cuando exista una “justa causa”, por lo que resultará imprescindible analizar tal concepto como llave para destapar el secreto profesional. Pero también es necesario analizar la obligación de denuncia estipulada en la normativa procesal, tanto sus alcances como sus límites, cuyo incumplimiento derivaría en el delito de encubrimiento, por lo que es muy importante su correcta interpretación.

Dado que es una cuestión delicada que una persona concurra a un centro médico y exponga su propio cuerpo ante el profesional médico, que lo puede utilizar como fundamento de su denun-

* Este artículo es un resumen del Trabajo Final Integrador que fue presentado en el marco de la carrera de *Especialización en Magistratura* de la Escuela del Servicio de Justicia y la Universidad Nacional de La Matanza (que fue aprobado). En esta sinopsis, expongo los principales argumentos con los que, en el trabajo, expuse el secreto profesional del médico, y justifiqué que no tiene el deber de denunciar los delitos de acción pública que conocen en ejercicio de sus funciones oficiales.

** Secretario de primera instancia de la Defensoría General de la Nación. Abogado, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Magistratura, Universidad Nacional de La Matanza-Escuela del Servicio de Justicia. Especialista en Garantías constitucionales de la investigación y la prueba en el proceso penal, Universidad de Castilla La Mancha, Toledo, Reino de España. Maestrando en Derecho Penal, Universidad Austral

cia y, en definitiva, como principal medio probatorio en su contra en un proceso penal, resulta prudente analizar la garantía contra la autoincriminación.

Por último, la investigación de esta problemática jurídica y, si se quiere, social, debido a que repercute en los sectores más vulnerabilizados de la sociedad que buscan asistencia gratuita (ya que quienes tienen medios suficientes concurren a una clínica privada), se realizó para conocer por qué sigue existiendo el impulso de causas en el fuero criminal en lo que, a mi entender, es un tema sellado y de imposible criminalización de la persona que solicita asistencia médica. La idea final es brindar herramientas para una estrategia de defensa sobre tal tópico, desde diferentes concepciones: desde el derecho procesal, desde el derecho penal y desde las garantías constitucionales.

2. SECRETO PROFESIONAL

El término “secreto”, del latín *secretum*, significa “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta, como asimismo el conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia arte u oficio”¹. Asimismo, el “secreto profesional” se define como el “deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de la profesión”².

La protección que se da al secreto profesional se justifica en la necesidad de cuidar del perjuicio que les podría ocasionar a las personas revelar los secretos que confiaron a otra persona. Especialmente, cuando la confesión se hizo necesaria para el ejercicio de la profesión de abogados, médicos, escribanos, etc., en cuyo silencio se confiaba.

El secreto profesional protege la intimidad de las personas y este derecho forma parte de los llamados derechos personalísimos. Como consecuencia, toda persona tiene derecho a que su intimidad sea respetada y, por lo tanto, que se mantengan en secreto los actos de su vida privada.

Así, el derecho a la intimidad está consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, que dispuso que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. La finalidad principal del artículo fue proteger la vida privada de los hombres con el límite del orden, la moral pública y el perjuicio a terceros. En ese sentido, el confidente tiene el derecho de que aquel que recibe la confidencia, la mantenga en secreto y, por su parte, el que la recibe tiene el deber de guardarla.

La esfera íntima de la persona comprende las situaciones que le atañen desde varios puntos de vista: familiar, político, comercial, económico, religioso, etc. El secreto se basó en la necesidad, por diferentes motivos, de confiar a una persona asuntos reservados, debido a su estado, posición, oficio, empleo, profesión o arte.

La tutela del secreto profesional puede provenir de una norma legal (general) o de una regla de ética de la profesión (particular). La primera se encuentra en el Código Penal y el Código Civil y Comercial, y la segunda, en el Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica

¹ Extraído del sitio web: <http://dle.rae.es/?id=XPkxnKN|XPMvDJ8|XPNR6xt>, fecha consulta el 31/10/2017.

² Extraído del sitio web: <http://dle.rae.es/?id=XPkxnKN>, fecha de consulta el 31/10/2017.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Argentina, la ley N° 17.132 del ejercicio de la medicina, la ley N° 24.004 que trató del régimen legal del ejercicio de la enfermería, la ley N° 25.326 de protección de datos personales y la ley N° 26.529 sobre derechos del paciente.

Para continuar, definiré ciertos puntos que le dan contenido y sustento al secreto profesional: el deber de confidencialidad, la relación entre el médico y el paciente, y el derecho a la intimidad.

2.1. Deber de confidencialidad

Se definió la confidencialidad como el reverso del secreto profesional, ya que protege las comunicaciones confidenciales entre la persona que busca asistencia médica y los médicos. Delimitando aún más los conceptos, cuando se analiza desde el punto de vista del paciente, se la puede denominar “privilegio de confidencialidad”, y, desde el punto de vista del médico, se la denomina “secreto profesional” (López Miró 1999, 1).

También se describió como la certeza que se le brinda al paciente de que su privacidad no se verá afectada sin un motivo atendible y de que se mantendrá en reserva –aun luego de finalizada la relación contractual– toda información íntima conocida durante el tratamiento. La protección de la intimidad fundamentó el deber de secreto (Kraut 1998, 279).

Se mencionó que la garantía de confidencia –generalmente implícita– alimenta en sus bases la relación de confianza (idea con la que se vincula, etimológicamente, la confidencia), a partir de la que se estructura la relación médico-paciente. Por ejemplo, en la práctica psiquiátrica, todo un sector del tratamiento se construyó en torno al discurso confidencial del paciente, ligado a las situaciones íntimas de su vida: sus fantasías, sueños, temores, vicios, transgresiones, vergüenzas, deseos, envidias (Kraut 1998, 279).

Paralelamente, se definió a la garantía de confidencia como una regla ética que impide al profesional divulgar las comunicaciones (informaciones o no) que tuvo con su cliente en el ejercicio de su profesión. Es aplicable solamente –como su nombre lo indica– a los profesionales y se extiende a las personas que trabajan o colaboran con él, en calidad de empleados, asesores técnicos, socios o asociados u otra vinculación de similar naturaleza. Esto significa que la regla del secreto profesional rige tanto para él como para cualquier otra persona que conoce la comunicación o información generada entre las partes mencionadas. Entonces, la regla del secreto profesional fue concebida para obligar al profesional, y no al cliente (López Miró 1999).

El deber de confidencialidad no solo rige para el médico que presta asistencia médica en forma directa, sino que obliga a todo el equipo de salud ocupado en la atención del enfermo, y la muerte de este no exime de la obligación a los profesionales.

La confidencialidad es la seguridad que se ofrece al paciente de que su intimidad no será revelada y de que nadie tomará conocimiento de aquello que elige mantener en reserva (Kraut 1988, 753). A lo que apunta la confidencialidad es a preservar en secreto, en la intimidad, en la relación médico-paciente el tratamiento en cuestión. Nótese que la protección de la confidencialidad es tal que la Ley de Salud Pública (ley 26.529), en su artículo 14, establece que la historia clínica³ pertenece al paciente.

³ Sobre esta pieza médica se sostuvo que: “La historia clínica es el instrumento con el cual el médico elaborará el diagnóstico, fundamentará el pronóstico y consignará el tratamiento y la evolución del paciente. Dicha documentación de la actividad médica, que permite razonablemente planear la atención del

El deber de confidencialidad debe interpretarse en un sentido amplio. Es decir, comprende no solamente lo que el paciente pueda manifestar al médico o los hechos que el médico percibe, sino también todo aquello que surja de los exámenes semiológicos o complementarios de la atención y, asimismo, de las deducciones o razonamientos que haga el profesional. Es decir, también entran en consideración la enfermedad y las circunstancias que la concurren. En consecuencia, toda la documentación donde figuran estos datos también debe permanecer a resguardo del conocimiento de terceras personas ajenas a la prestación sanitaria y obliga aun después de la muerte del paciente (Sayago 2001).

Se señaló que la obligación de guardar secreto profesional existe tanto mientras dure el tratamiento como después de concluido. Y se dijo que la responsabilidad por la violación del secreto profesional no solo se impone en función de las normas del derecho penal, sino también de los principios civiles que se refieren al daño y a la obligación de repararlo (Cattani 2007).

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *De La Cruz Flores vs. Perú*⁴, sostuvo que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por su parte, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.

2.2. Relación médico-paciente

La relación médico-paciente es una relación asimétrica: el paciente acude al profesional de la medicina ante una necesidad y, en muchas ocasiones, cuando no sabe lo que le sucede ni cómo solucionarlo. Ante ello, el médico lo ayuda poniendo a su disposición sus conocimientos y capacidad profesional. Así, deberá informarle sobre su patología, los procedimientos a seguir, las posibilidades de tratamiento, su eventual cura y todas aquellas prácticas de rigor que la correcta praxis establezca. La asimetría de la relación radica entonces en la disparidad de roles, aunque también pueden ser distintas las concepciones morales y éticas de cada uno en el aspecto existencial, como en el entendimiento y elección de las opciones terapéuticas (Gonzales Andía 2003).

paciente, debe permanecer archivada en el ente asistencial, a los efectos estadísticos, científicos, para la seguridad del propio paciente frente a un distinto tratamiento o el mismo, etc. Pero también no menos cierto es que se trata de su salud y que el tratamiento se ha efectuado en su cuerpo, en su persona. De esta relación de derechos de una u otra parte contratante, se colige que la historia clínica pertenece tanto al paciente como al médico y/o ente asistencial, pero debe quedar archivada en el ente asistencial o consultorio médico" (Mariona et ál. 1993, 874).

⁴ Corte IDH, *Caso De La Cruz Flores vs. Perú*, Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 115, párrafo 97. En el voto razonado de Sergio García Ramírez, se sostuvo que: "8. En mi concepto, el Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante –o delator– de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión".

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En otras palabras, 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 ejercer dicha profesión y también tienen el deber de respetar que lo que pase en su consultorio no sea divulgado (López Bolado 1979)⁵.

Resulta evidente el contraste en la relación médico-paciente. Mientras que uno acude al otro debido a que se encuentra en riesgo su vida, esa otra parte solo cumple con su trabajo de asistencia médica y, hay que aclararlo, sin el rol de ayudante de la justicia para investigar delitos.

El derecho del paciente a mantener en privado su condición psíquica y física se consideró un derecho personal y, por lo tanto, digno de protección como bien en sí mismo. Pero también es frecuente el argumento de la necesidad de mantener incólume el secreto médico en cada caso particular, como manera de proteger el bien común de una correcta administración del tratamiento médico que se brinda y, con ello, por supuesto, asegurar el bien común de la salud pública.

Por ejemplo, en el caso “Baldivieso”⁶, el razonamiento consistió en el siguiente: si mediante asegurar a cada paciente de que se conservará su secreto médico, se consigue el bien general consistente en la protección del secreto de ese paciente, en el sentido de que se promueve la confianza general de que habrá confidencialidad. De esa manera, al fortalecerse ese lazo médico-paciente, se maximiza la frecuencia de la recurrencia de los pacientes al tratamiento médico. Por el contrario, si los pacientes no esperaran que sus datos íntimos se mantengan con carácter privado, las consultas disminuirían. Es decir que, en definitiva, se promueve la salud pública.

La ley que protegió la confidencialidad está justificando la necesidad de desarrollar la confianza en el médico de tal modo que los pacientes se sientan libres de revelar los aspectos más íntimos de sus vidas; por lo tanto, la confidencialidad está diseñada para promover el tratamiento curativo y para fortalecer el vínculo médico-paciente como un bien general.

En resumidas cuentas, el secreto médico es un dispositivo tiende a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado, como la información acerca del propio estado de salud psicofísica. El carácter privadísimo de esa información y la sensibilidad de su revelación convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana⁷.

En este punto, cabe efectuar una distinción entre acciones privadas y acciones íntimas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó el correcto alcance acerca de qué es lo que debe entenderse por acciones privadas, en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional. Así pues, en el caso “Spinosa Melo”, los jueces Petracchi y Zaffaroni sostuvieron que:

⁵ Lo expresado concuerda con el artículo 64º: “Siendo el secreto profesional un deber que nace de la esencia misma de la profesión, el interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de la familia, la respetabilidad del profesional y la dignidad del arte, exigen el secreto. Los médicos están en 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 no debe ser divulgado”.

⁶ Precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registrado en Fallos: 333:405, sentencia de fecha 20 de abril de 2010, en los autos caratulados: “Baldivieso, César Alejandro s / causa nº 4733”.

⁷ Punto IV del dictamen del Procurador General de la Nación del precedente registrado en Fallos 333:405 de la Corte Suprema.

[...] el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera el recinto de aquél⁸.

Sostener lo contrario significaría aceptar que la libertad personal fundamental solo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental de que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él⁹.

La Corte Suprema delimitó los conceptos de “acciones íntimas” (protegidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional) y “acciones privadas” (materia de tutela del artículo 19 de la Constitución). Mientras que en las primeras el habitante conserva el derecho de excluir a cualquiera que arbitrariamente pretenda entrometerse en un espacio sustraído a los “ojos” del público, en las segundas, a ese mismo sujeto público se le reconoce el derecho de realizar todas aquellas conductas que no lesionen los derechos de otros y se encuentren prohibidas mediante una ley formal que las desvalore como tales (artículos 19, primer y segundo párrafo de la Constitución Nacional).

En definitiva, la privacidad y la intimidad forman un todo, pero lo privado es más amplio que lo íntimo. Entonces, hay que aceptar que las inspecciones sobre partes íntimas del cuerpo de un paciente en busca del objeto procesal constituye, de por sí, una lesión al derecho de intimidad que tiene toda persona, configura una violación del derecho a la integridad física y una conducta que ofende a la conciencia y al honor de quien es revisado y que viola la dignidad humana. Por ello, el Estado no puede permanecer ajeno a los perjuicios que pueda sufrir el paciente como consecuencia de una investigación y del proceso legal mismo, más aún cuando toda persona tiene derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, al debido respeto a su persona y dignidad, además de que su salud sea preservada por todos los medios.

Por último, el respeto al derecho a la intimidad se materializa con el amparo del secreto profesional y este se protege, en el plano penal, con el delito de violación de secretos. En lo que sigue, desarrollaré cuándo se está en presencia del delito de violación de secretos.

3. VIOLACIÓN DE SECRETOS

El delito de *violación de secretos* guarda estrecha vinculación con el ámbito de privacidad de las personas. Así, el art. 156 del Código Penal expresa que: “Será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos 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”.

La violación de secretos se encuentra integrada al elenco de los delitos contra la libertad. El bien jurídico penalmente tutelado remite a la esfera de intimidad y reserva como manifestaciones

⁸ Fallos: 329:3617, considerando 9°.

⁹ Idénticos estándares sostuvo la Corte Suprema al momento de resolver el conflicto registrado en el precedente “Albarracini Nieves” (Fallos: 335:799). Allí se discutía si, sobre la base de sus creencias religiosas, un sujeto adulto podía negarse a recibir una transfusión de sangre cuando esto conllevaba un riesgo cierto respecto de su propia vida.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas, garantizadas en el art. 19 de la Constitución Nacional (Grasso 2003, 365).

La acción típica consiste en revelar, es decir, dar a conocer a un número indeterminado de personas el contenido de un secreto. El diccionario de la lengua española enseña que revelar es descubrir o manifestar lo ignorado o secreto (Baigún y Zaffaroni 2008, 769).

Retomando el art. 156 del CP, el sujeto activo es la persona que ejerció una actividad manual o intelectual investida de título o autorización, en servicio de otros. Por ejemplo, bajo el supuesto de *estado* se integra, como caso típico, el estado de sacerdote. Supuestos de *oficio* son los de enfermeros libres, esto es, empleados de un sanatorio o de un médico, igualmente obligados a mantener reserva en el marco de la fórmula *empleo*. La pauta legal cubre así la incongruencia que resultaría de reservar el secreto al médico y liberarlo a sus dependientes. Quedan, sin embargo, al margen las actividades irregulares o ilícitas¹⁰.

La acción típica escogida por el legislador se satisface con la comunicación, aunque sea a una sola persona e incluso a título de confidencia, sin que sea necesaria la propalación o difusión del secreto. En cuanto al objeto, es claro que es un *secreto*, entendiéndose por este concepto lo no divulgado, lo no conocido por un número indeterminado de personas y respecto del cual debe existir un interés del titular en mantenerlo fuera del conocimiento de tales personas; interés que puede ser expreso o simplemente inferirse del carácter del secreto (Creus 1996, 387). Consecuente con su acepción, solo pueden revelarse hechos o circunstancias verídicas¹¹. Ello debido a que si no es real lo que está manifestando el médico sobre la paciente, no sería una conducta típica del delito de violación de secretos aunque quedaría como remanente un delito contra el honor¹².

Soler afirmó que no es fácil determinar el concepto de secreto. Desde luego, debe entenderse que se trata de hechos referentes a la vida privada de una persona; pero, para completar la noción, es necesario tomar en cuenta el requisito general de la ley, respecto de la divulgación como generadora de daño en sí misma. No es necesario, por lo tanto, que se trate de un hecho ilícito, ni siquiera de un hecho inmoral: basta con que se trate de un hecho no conocido en general y sobre cuya reserva recaiga el interés expreso o presunto de la persona. 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, solamente por una o por algunas personas (Soler 1992, 139).

La figura también exigió que el sujeto activo tenga noticia del secreto *por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte*. No basta, entonces, con que se trate de un secreto conocido por la actividad, sino que tiene que conocerse *a causa* de la actividad (por ej., el médico está obligado a guardar en secreto el problema de su paciente, pero no la discusión conyugal que ha presenciado al visitarlo), (Creus 1996, 388). Tal secreto pudo haber llegado a conocimiento del agente tanto porque el titular se lo confía –por ejemplo, el psicólogo a quien el paciente le cuenta su problema–, como por otros medios en su actividad profesional o en la propia de su

¹⁰ Sebastián Soler cita los casos de curanderos y avenegras (1978, 117).

¹¹ La doctrina coincide en afirmar que la conducta punible es revelar, esto es, dar a conocer a una o más personas, el contenido de un secreto sin “justa causa” (sobre este concepto, se volverá en particular).

¹² Consecuentemente, en sede civil, se podría accionar por daños y perjuicios por lesionar el honor.

estado, aunque sean hechos o circunstancias que el mismo sujeto pasivo desconoce –por ejemplo, el bioquímico que conoce antes que el paciente el resultado de sus análisis–.

Para la configuración típica, carece de toda relevancia el medio a través del que el secreto fue conocido, como también que el titular del secreto hubiera pedido reserva. Sea en forma verbal, sea por sus propios ojos, sea por palabras oídas en el lugar en el que prestaba funciones, por signos o de manera accidental, la obligación de reserva se mantiene inalterada. Tampoco es necesario que el secreto guarde relación con la situación generadora de la consulta; basta que el conocimiento se origine en el marco del vínculo fuente de la obligación de sigilo (Grasso 2003, 366-367).

Por otra parte, el consentimiento prestado por el confidente elimina la responsabilidad penal por la revelación del secreto profesional, descartando, de plano, su tipicidad por ausencia de uno de los elementos del tipo objetivo de la figura legal en cuestión. Es decir, si la persona/paciente que entró al hospital en busca de asistencia médica y no da “el visto bueno” de revelar lo que acontece en el examen médico (secreto), el profesional se encuentra imposibilitado de hacer la denuncia; al contrario, si otorga su consentimiento de revelar –de tal modo que no queden dudas sobre su voluntad– lo que acontece en la consulta médica, libera al profesional del secreto.

Tampoco habrá violación de secretos cuando se transmite entre personas obligadas a guardarlo. Esto suele ser común en los casos en que estas actividades se comunican a terceras personas por razones profesionales, como pueden ser supervisiones o interconsultas para el beneficio del paciente. En todos estos casos, cuanto más discreta sea la revelación de la identidad del paciente, mejor se resguardará su intimidad (Cattani 2007).

Por otro lado, la norma exige que, para considerar que se provoca un daño¹³, es suficiente la mera posibilidad de que ello ocurra. En la determinación del daño potencial, juegan tanto afectaciones de orden físico como moral, lesiones al honor, a la fama, al patrimonio o a los afectos. En tal sentido, este daño puede ser de cualquier índole –físico, patrimonial o moral– y causado por la misma naturaleza del hecho o circunstancia, o por la particular situación en que se encuentra el sujeto pasivo (por ejemplo, la posibilidad de ser sometido a un proceso), (Creus 1996, 388). Al ser un delito de peligro concreto, es suficiente con que el daño sea potencial. Para Núñez, solo sería necesario un juicio de posibilidad –no de probabilidad– del daño, realizado según las circunstancias concomitantes a la revelación que el juez aprecie, obviamente desde una posición objetiva (Núñez 1989, 125).

Pero que la revelación de un secreto particular sea típica depende, en última instancia, de que se haga *sin justa causa*.

3.1. La violación de secretos en la discusión de este trabajo

Cuando el personal médico denuncia un hecho que conoce en el ejercicio de su profesión vulnera su deber de guardar secreto profesional y, así, incurre en el tipo penal, debido a que el deber primordial que le compete al médico es guardar el secreto profesional. Por lo tanto, no tiene alternativa alguna cuando media secreto y, en consecuencia, no lo debe revelar. El deber de guardar secreto profesional reviste una jerarquía superior ante el delito de esa índole, pues

¹³ No me voy a extender sobre el concepto, sino solo indicar que no requiere que la divulgación sea causa efectiva de daño.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

constituye una manifestación del derecho constitucional a la intimidad, consagrado en los artículos 18 y 19 de la carta magna¹⁴.

Bidart Campos sostiene que tal secreto impone el deber de reserva para proteger bienes o valores tan importantes como la confianza y la seguridad de quien requiere el servicio de salud, no importa dónde: si en un establecimiento público o en uno privado. La relación “médico-paciente” queda encuadrada siempre en los dos supuestos, en el derecho a la intimidad y privacidad, que, puntualmente para nuestra cuestión, es el derecho “a que se guarde el silencio” (Bidart Campos 1998, 545).

Como lo aseveró Edwards (1994, 174), el fundamento del deber del médico de guardar reserva respecto de los hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional radica en la primacía que la ley otorga a la salud del paciente. Fundamento que también debe prevalecer en el caso del médico que es funcionario público, ya que no cumplir con esta ley implicaría someter a quien ha cometido un delito y requiere del auxilio médico al dilema de tener que elegir entre concurrir a un hospital público para salvar su vida o evitar ser objeto de la persecución penal. Esto consagraría un privilegio en favor de quien posee medios económicos para consultar a un médico particular, evitando así que el profesional denuncie el hecho delictivo.

No está demás mencionar que cuando los profesionales de la salud que prestaron asistencia médica en una institución pública denuncian a la mujer que interrumpió voluntariamente su embarazo, no solamente cometen el delito de violación del secreto, sino que, a la par, someten a la mujer a actos que constituyen violencia obstétrica, física, psíquica e institucional¹⁵.

En resumen, no puede arribarse al descubrimiento de la verdad de un hecho delictivo mediante la denuncia o el testimonio de un médico que infringe el secreto profesional. La ley no puede consentir que para perseguir un supuesto delito (aborto) se cometa otro, la violación del secreto profesional. Además, el médico que presencia el hecho en el desempeño de su oficio no se convierte en testigo, y si brinda una declaración testimonial significaría violentar el secreto profesional. El artículo 156 de nuestro Código Penal estableció que solo se puede ceder ante una *justa causa*.

4. ¿QUÉ ES LA JUSTA CAUSA?

El concepto de “justa causa” proviene exclusivamente del artículo 156 del Código Penal y aparece como una valla infranqueable para quien revele un secreto sobre el que tuvo conocimiento en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. En nuestro caso, el médico, solo podría poner en conocimiento de la autoridad judicial competente la situación cuando se tope ante el requisito de *justa causa*.

Concorre el supuesto de *justa causa* cuando la revelación supone la prevención de peligro de contagio a parientes del enfermo, o cuando se trate de la comunicación al padre o guardador de la enfermedad de un menor de edad; también cuando medie el consentimiento del titular o la existencia de un deber legal positivo.

¹⁴ El derecho a la intimidad también está protegido por el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁵ Cfr. Corte Suprema, precedente registrado en Fallos: 343:103 (“Callejas”). Del Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante, del día 8 de marzo de 2017, que la Corte compartió en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados.

En este sentido, se completa el concepto tanto en la existencia de una norma legal, imperativa o permisiva; el consentimiento del interesado; la necesidad de defender el buen nombre profesional o de salvarse o salvar a otro de un peligro actual e inevitable de otro modo; como en la causa razonablemente creída justa según la moral social o en servicio de un alto interés público (Oderigo 1957, 215).

La justa causa, para Soler, consiste en un verdadero estado de necesidad, en el que se legitima la revelación para evitar un mal mayor. La existencia del requisito de la justa causa en la figura penal hace que, para la procedencia de esa exigencia, baste el juicio laico de buena fe acerca de la necesidad de evitar un mal mayor. Si el sujeto estuvo en error acerca de esa necesidad, sea cual sea su carácter, no habrá delito, porque aquí no solamente vale el juicio del juez acerca de la necesidad: vale también el del imputado. Lo que el juez debe determinar es que el juicio del imputado haya sido posible honestamente.

En realidad, esas situaciones son las que constituyen justa causa en un sentido técnico estricto, porque el efecto del consentimiento o la existencia del deber legal positivo de dar a conocer el hecho a la autoridad, implican, en el fondo, quitar al hecho el carácter de secreto, ya en modo absoluto, ya en modo relativo, con referencia a determinados círculos de personas. Se la examina bajo este rubro, sin embargo, en cuanto pueden constituir ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. Así, la primera circunstancia constitutiva de justa causa sería el consentimiento del interesado (Soler 1992, 141-142).

Núñez menciona que constituye justa causa el consentimiento del interesado en el secreto, para revelarlo. También el propio interés, en la defensa de sus propios derechos (Núñez 1989, 126-127). Balcarce sostiene que existe justa causa para revelar el secreto si el interesado ha prestado su consentimiento, cuando sea necesario para la defensa del propio interés, el ejercicio del propio derecho, o en el caso de que exista deber legal de comunicar o denunciar el hecho a la autoridad (Balcarce 2007, 360). No era necesario que el artículo 156 hablara de la existencia de una “justa causa”, pues está cada vez que media una de las causales de justificación mencionadas en el artículo 34 del código penal (Munilla Lacasa 1104, 2004).

Para finalizar, el tipo penal del artículo 156 del Código Penal es un tipo penal en blanco, pues la justa causa, como elemento normativo contenido en la previsión legal, habrá de ser dirimida, finalmente, entre otras, en el marco del Código Procesal (art. 244, segundo párrafo¹⁶), según la valoración y la decisión que adopte la mujer que va a buscar asistencia médica. Así, si la mujer libera a su médico del secreto confiado¹⁷, este no podrá negar ya su testimonio en un proceso y, por cierto, no cometerá el delito de violación de secretos, pues habrá concurrido la justa causa que alude el artículo 156 del Código Penal.

4.1. ¿Quién define la justa causa de revelación?

¹⁶ Artículo 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, 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”.

¹⁷ Como se verá más adelante, la titular del secreto profesional es —en nuestro caso— la mujer. Y solo ella puede disponer de ese secreto.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En las sentencias que tratan el tráfico de estupefacientes, se hizo hincapié en que la justa causa se origina cuando el médico encontró material de este tipo en el cuerpo del paciente, lo que convierte en “justa” la causa de la revelación¹⁸. En otras palabras, para algunos jueces, la “justa causa” constituye una apreciación, una estimación del mérito que dependerá de cada causa y que en cada caso deben efectuar los médicos intervinientes. Tal valoración, como no puede ser de otra forma, se hará en función de los principios morales del profesional examinador.

No pienso que, en ese caso, el hallazgo de material estupefaciente¹⁹ en el cuerpo de la persona –por parte del médico– justifique la violación del secreto profesional. Además, hay que admitir la incongruencia y arbitrariedad que se daría si algunos médicos discreparan en tal ponderación. Con lo cual el secreto médico, al depender de la apreciación de las “causas” –justas o injustas– que los profesionales efectúen en cada caso particular, se convierte en una obligación disponible para el profesional, que buscará en su conciencia, pero no en la ley, cuándo corresponde despojarse de la confidencialidad, sin asumir consecuencias penales. Para ser más preciso, en esa línea, ya no se trata de una obligación, sino de una facultad.

Con buen criterio, López Bolado sostiene que la revelación del secreto no debe dejarse al arbitrio del médico ni de un tercero (aun cuando este sea un juez), ni fundarse en causas morales o culturales, siempre imprecisas y subjetivas. Lo que dicte una conciencia individual no puede ser suficiente criterio para decidir sobre la revelación de un secreto. Solamente una ley, que establezca normas generales y por razones de interés superior, puede establecer concretamente la causa justa que releve de la obligación de reservar ese secreto (López Bolado 1979).

La idea de que la *justa causa* provenga de la propia letra de la ley y no de otros indicadores o sugerencias –ya de por sí difusas–, en el derecho penal, se ampara en el principio de legalidad. Si el criterio que abrió este apartado se impone, la mujer que se efectúa un aborto será denunciada a los órganos correspondientes, en el caso de que el médico, a quien acude para salvar su vida por haberse practicado una maniobra abortiva, considere que esa circunstancia es una justa causa y que, por ello, está por encima del secreto profesional.

Soler cuestionó con énfasis que se hable del “derecho” o de la “facultad” de guardar el secreto. Señaló que la ley no acuerda privilegios a nadie, antes bien, hace incidir deberes sobre determinadas personas. Concretamente, argumentó que la ley tutela un bien jurídico en la esfera de la intimidad de las personas, y que no se inclina ante la decisión arbitraria de un profesional, en cuyas manos quedaría la suerte de los particulares. Y agregó que, además, si se tiene en cuenta la disposición del art. 277 del Código Penal, resulta absurdo hablar de facultad, porque se subordinaría la existencia de encubrimiento a un supuesto arbitrario de la propia voluntad del infractor, y no a la norma objetiva que le impone el deber de denunciar (Soler 1992, 146).

Respecto del deber legal del profesional de denunciar a la autoridad competente el hecho que es objeto del secreto como justa causa de revelación, Núñez señala que la reserva se funda en la prevalencia que la ley le atribuye al interés de la salud del paciente, incluso si este es un delincuente convicto, sobre el interés social en su prosecución y castigo (Núñez 1980, 473). Por otro lado, la función que le cabe a la buena fe del autor en el tipo penal del artículo 156, no convierte a la justa causa para revelar, así como al secreto profesional, en una cuestión de con-

¹⁸ Como ejemplo, ver el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, registrado en Fallos: 320:1717 (“Zambrana Daza”), sentencia de fecha 12 de agosto de 1997.

¹⁹ En nuestro caso, la práctica abortiva en el cuerpo de la mujer gestante.

ciencia del profesional involucrado. La materia o el objeto sobre los que recae la buena fe es la concurrencia de una causa jurídica que autoriza la revelación (Núñez 1989, 126).

Núñez, en coincidencia con Soler, explica que la regla es el secreto y la excepción es el deber de revelarlo por justa causa, y postula la primacía del derecho material sobre el procesal. En ese sentido, señala que los delitos perseguibles de oficio que los médicos conocen por su ejercicio profesional no se pueden denunciar, bajo pena de incurrir en violación punible de su secreto. Y agrega que los preceptos procesales que les exigen a los médicos para la denuncia de los delitos perseguibles de oficio que hayan conocido al prestar sus servicios, no pueden, por la prioridad del artículo 156 sobre el punto, imponer el deber de denunciar cuando concurren esos requisitos, pues el derecho material obliga a no revelar el secreto, sea por comunicación a terceros, sea por denuncia (Núñez 1989, 132).

Como se ve, Soler y Núñez, postularon la primacía del secreto, desechando la posibilidad de que la justa causa provenga del deber procesal de denunciar los delitos de acción pública que los médicos conozcan debido a su profesión.

Por su parte, Donna expresó que no hay conflicto entre el deber de guardar secreto y el deber de denunciar para el médico, porque rige la primera obligación, y no constituye justa causa que el médico advierta un delito de acción pública bajo el amparo del secreto profesional (Donna 2005, 370 y ss.). Con mayor precisión expuso que se trata, si se quiere, de la salud de la madre y la obligación procesal de denunciar, y no de la vida del feto que ya se ha interrumpido. Por ende no hay conflicto alguno, sino, por el contrario, rige la obligación de guardar secreto, y, además, no hay justa causa para revelarlo (Donna 2005 374-375).

En este mismo orden de ideas, Parma expresó que el choque entre la obligación de mantener el secreto profesional y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos que advirtieran en ejercicio de sus funciones es superada al entender que las manifestaciones de la paciente respecto de su aborto no alcanzan a configurar la *justa causa* que el Código reclama para justificar la violación del secreto profesional (Parma 2013, 82).

Entonces, parece indudable que si una mujer con problemas físicos –producto de un aborto mal realizado– va a un hospital público en busca de asistencia médica, lo hace porque no tiene dinero para pagarle a un profesional que realice abortos en condiciones seguras de asepsia. En este contexto, me pregunto ¿puede considerarse que la revelación del secreto profesional por parte del médico, que activa la persecución penal, está sustentada en una “justa causa”? Si la respuesta es afirmativa, el contenido de *justa causa* consiste en no contar con recursos suficientes para concurrir ante un profesional competente; es decir que se traduce en la triste realidad de ser pobre (Gil Domínguez 1998, 552).

En consecuencia, la justa causa debe provenir taxativamente de la ley y no dejar al arbitrio de los profesionales de la salud su individualización. En esa senda, el derecho fundamental de la intimidad solo puede ser franqueado por una causa expresa del legislador.

4.2. Interés del Estado en reprimir los delitos

Cuando el Estado tiene la necesidad de reprimir el delito de aborto, lo que al final se encuentra en juego, en palabras de Munilla Lacasa, es la libertad individual incoercible de aquella que tiene la necesidad de recurrir al auxilio médico, aun cuando voluntariamente se haya colocado en esa apremiante situación. En otras palabras, pareciera entenderse que si no medió engaño o

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

coacción, si la voluntad de la doliente no fue viciada, debió asumir el riesgo de su propia conducta sin que nadie la compeliere a confesar el hecho delictivo, entonces, quien quebrantó en tales condiciones el orden legal no podría reclamar la tutela de su intimidad. Aquella que delinquirió y resultó lastimada y necesitada de auxilio médico, se despoja a sí misma del manto de protección constitucional que sí se concede a los ciudadanos que no violan la ley.

Se puede parafrasear del siguiente modo: “Señora delincuente-herida: el Estado la cura, porque su vida está en peligro, pero también la denuncia penalmente, porque cometió un delito”. Sin dudas, puede afirmarse que esta interpretación de hacer prevalecer el interés del Estado en castigar los delitos, tiene un alto costo: el de soslayar un bien jurídico con hondas raíces constitucionales –la libertad–, y una consecuencia punitiva adicional, y por ende *extra legem*, que es hacer diferencias allí donde la ley no las hace, castigando a la imputada por el delito que cometió y castigándola, además, al desconocerle o, mejor dicho, al despojarla de su capacidad de ser víctima del delito de violación de secretos, en cuya descripción, basta leer la figura, no aparecen restricciones de ninguna índole (Munilla Lacasa 2004).

Munilla Lacasa se pregunta: ¿puede considerarse libre la decisión del imputado de concurrir a un hospital público cuando está herido, o intoxicado a causa de una ingesta masiva de estupefacientes? Para decirlo de manera más sencilla: ¿fue al hospital porque quiso? Por obvia, salteo la respuesta. El médico se encuentra, así, frente a frente, con un paciente en estado urgente –el intoxicado o el herido no sacan turno previo–, que puede estar consciente o inconsciente, que le puede confesar o no el delito que cometió, y que puede exigirle o no un compromiso de reserva. El médico, de cualquier forma, está allí para socorrerlo, para auxiliarlo, para salvarle la vida. ¿No es esta, acaso, una intervención profesional que concita la operatividad del deber que nace de la esencia misma de la medicina: el deber de guardar secreto (art. 66, Código de Ética de los médicos)? Sin duda alguna, en tal caso, a nuestro criterio, se origina tal deber para el médico, porque nace en ese preciso momento la relación con el paciente. A pesar de que el paciente no aporte su voluntad libre, o que no reclame en forma expresa la guarda del secreto –porque no hace falta hacerlo– la confianza que el paciente deposita en el profesional no se limita a la ciencia o arte de su magisterio, sino que abarca, también, el resguardo sobreentendido al secreto profesional (Munilla Lacasa 2004).

La especial relación bilateral que se entabla entre ambas personas, donde los dos, paciente y profesional entregan algo esencial de sí, su cuerpo y su intimidad uno, su formación y consejos el otro, encuentra en el interés público una respuesta privilegiada; porque el interés público no puede desentenderse de la protección y de la seguridad de los enfermos; del respeto a la profesión y dignidad del médico; de la libertad y privacidad individual; de la vida y de la salud. Todos estos constituyen valores superiores a la obligación de los médicos de denunciar los delitos de acción pública que conozcan en el ejercicio de su profesión (Munilla Lacasa 2004).

Pero, además, es el propio art. 156 del Código Penal que garantizó a quien necesite los servicios del médico que este conservará rigurosamente el secreto que le confió; y la legislación, por cierto, no hace ninguna distinción acerca de si el paciente es un perseguido por la policía o alguien que no cometió algún delito.

Si el secreto médico no rigiera para aquellos casos en los que los pacientes cometieron un delito, entonces debería indicarse claramente en el propio texto de la ley. Así, el art. 156 del Código Penal debería aclarar que se entiende como “justa causa” la comisión de un delito de acción pública para revelar el secreto. Y, a la vez, el Código Procesal Penal, en sus artículos 177, inc. 2°

y 224, primer apartado, deberían establecer que el secreto profesional del médico cede cuando la causa de su intervención es la comisión de un delito de acción pública (Munilla Lacasa 2004).

Si el legislador hubiera querido expresar que los médicos y sus ayudantes deben denunciar todos los casos que atiendan de personas que cometan presuntos delitos, cualquiera sea la forma en que conozcan esta circunstancia, lo hubiera establecido sin rodeos.

Bastaría afirmar, entonces, junto con los principios generales del derecho, que si la ley no se refiere expresamente a excepciones, tampoco puede hacerlo el intérprete²⁰, y que cuando la ley quiere hacerlo, lo dice. Si no lo quiere, calla²¹.

En palabras de Munilla Lacasa, el paciente que se presenta herido o intoxicado en un hospital, de urgencia, no busca confesar un delito, busca una curación o, al menos, un alivio para su padecimiento. Se descarta, por ende, que haya concurrido por propia voluntad²². Su necesidad de auxilio médico inmediato, a causa de instinto de supervivencia, hace pasar a un segundo plano la ostensible impronta de su proceder ilícito. Para el afectado, adquiere claro predominio la preservación de su vida, objetivo que, si bien comparte el médico, a este difícilmente le pase inadvertido el origen de la dolencia. Cabe, entonces, preguntarse ¿el testimonio del cuerpo se halla incluido dentro del secreto profesional? ¿Pueden estas evidencias corporales utilizarse como pruebas válidas en un proceso penal iniciado a partir de la denuncia del médico que atendió al paciente? La respuesta es que el individuo necesitado de socorro médico no es una persona fragmentada, que el profesional pueda bifurcar: curar su cuerpo, por un lado, y denunciar su confidencia, por el otro, aunque esta no provenga de una confesión expresa (Munilla Lacasa 2004).

En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no solo para el bien privado, sino también —y, quizás, ante todo— para el bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados por la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que, ciertamente, no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores.

Sobra describir la crisis que traería la inversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculcado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión —que constituye, incluso, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental—, la misma consideración se debe hacer en la relación entre el médico y el enfermo²³.

²⁰ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

²¹ *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

²² En el conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Zambrana Daza”, se señaló, en el Considerando 8°, a nuestro criterio, equivocadamente, que el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, asume el riesgo de que la autoridad pública tome conocimiento del delito. En verdad, en tan extrema situación, el individuo no “decide” libremente. Allí reside el núcleo del problema.

²³ En el voto de Sergio García Ramírez, en el caso *De La Cruz Flores*, de la Corte IDH párrafo 9°.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En otro orden, por un lado, el derecho a la confidencialidad que le corresponde a quien requiere asistencia profesional, como una acción privada aun cuando realiza una conducta delictiva, en tanto parte de su autonomía individual (art. 19, CN), y, por otro lado, el interés estatal en la persecución penal conllevan a la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena. En este punto, hay que recordar que 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 Estado²⁴.

En definitiva, nunca el interés estatal de perseguir y reprimir los delitos puede primar y avasallar los derechos fundamentales de una persona –como la vida o la integridad física o la intimidad– ni puede ser justa causa para revelar el secreto que se le ha confiado.

4.3. Sinopsis

En honor al principio de máxima taxatividad legal habrá causa justa de revelación del secreto cuando esté estipulado concretamente en una ley formal; o sea, cuando concurra un verdadero estado de necesidad, en el que se legitima la revelación por evitar un mal mayor; cuando se trate de la defensa del propio interés, en caso de que el obligado a mantener el secreto necesite repeler un ataque del titular del secreto en contra sus intereses; cuando medie el ejercicio de un derecho, tal como el caso del cobro de los honorarios correspondientes al servicio prestado; cuando opere el consentimiento del interesado (art. 244, párr. 2º, del CPPN); y en aquellos casos en los que es la propia ley la que establece la justa causa de revelación: supuestos de nacimientos y defunciones (art. 71 de Registro Civil); profilaxis (ley 11.843); profilaxis de enfermedades venéreas (ley 12.331); enfermedades de denuncia obligatoria (ley 15.465); certificado prenupcial (ley 16.668 de la CABA); salud pública (ley 22.914); sobre el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (ley 23.798); protección contra la violencia familiar (ley 24.417).

Por último, en lo que no hay discusión es en evitar que el autor de un hecho doloso quede privado del auxilio curativo ante la disyuntiva de ser sometido a proceso o arriesgar su vida. En esta situación, el derecho considera justa causa la reserva profesional.

5. OBLIGACIÓN DE DENUNCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL

En el ordenamiento procesal, el deber de denuncia se encuentra establecido en el artículo 177 del CPPN. En tal sentido, el artículo señaló 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.

Por otra parte, la facultad de denunciar del art. 174 del código de rito se torna obligatoria, en las circunstancias que supone el precepto, para los funcionarios o empleados públicos y para los profesionales del arte de curar, con respecto a los delitos perseguibles de oficio, y se excluye,

²⁴ Cfr. “Baldivieso”, Fallos: 333:405 ya citado.

por tanto, a los de acción privada y a los que son de acción pública, pero dependen de que la instancia sea promovida por quien se encuentre exclusivamente habilitado para ello (Navarro y Daray 2010, 464).

Del juego armónico entre ambas normas, la obligación es la de denunciar los delitos perseguibles de oficio. Esto es, los delitos de acción pública, con lo cual quedan descartados los delitos de acción privada y los que dependen de instancia privada.

A su vez, los enunciados de la norma del art. 177 del código de rito establecen dos estándares diferentes, uno para los funcionarios y empleados públicos, otro para las personas que ejerzan el arte de curar. Los primeros tienen el deber de denunciar todo delito que llegue a su conocimiento en ejercicio de sus funciones, los segundos solamente los delitos contra la vida y la integridad física que no hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando se trata de personas que revisten ambas calidades, esto es, actúan en carácter de funcionarios y de médicos en forma simultánea, se presenta el problema de decidir cuál de los dos deberes deben cumplir, puesto que el significado de uno y otro se diferencian y, al momento de su aplicación, pueden incluso resultar mutuamente excluyentes.

Esto sucede cuando los funcionarios-médicos toman conocimiento, por su trabajo, de un delito que sí se dirige contra la vida o la integridad física. En tales circunstancias, el mismo sujeto se encontraría, a la vez, obligado a denunciar por ser funcionario (art. 177.1), y relevado de denunciar, por ser médico y no tratarse de un delito contra la vida o la integridad física (art. 177.2), e, incluso, impedido de denunciarlo, por tratarse de un hecho conocido con motivo o en razón de la atención médica (art. 11 de la ley 17.132). Ahora bien, debido a esta confluencia de normas sobre el quehacer de los médicos, esa circunstancia concurrente nunca puede redundar en perjuicio de la persona que va en busca de atención médica y desencadenar la imputación de un delito.

Al referirse al deber legal del profesional de denunciar a la autoridad competente el hecho objeto del secreto como justa causa de revelación, Núñez señaló que la reserva se basa en la prevalencia que la ley le atribuye al interés de la salud del paciente, incluso si puede ser o es un delincuente convicto, por sobre el interés social en la prosecución y castigo de los delincuentes (Núñez 1980, 473).

Por su parte, Soler señala que la obligación de guardar secreto es genérica, de manera que la obligación de denunciar no existe nunca cuando medie el secreto. Y menciona que el conocimiento del secreto por parte del profesional, empleado, etc., debe derivar del ejercicio mismo de la profesión o provenir de la situación especial que da acceso al secreto, no por intrusión, ya que la ley dice "teniendo noticia, por razón de su estado", etc. Esta expresión es terminante y correcta, e implicó rechazar la doctrina que, basada en el texto de la antigua ley penal, exigía que se tratara de un secreto confiado, esto es, comunicado verbalmente. La opinión contraria es sencillamente absurda, pues supondría que un médico puede hablar de todo aquello sobre lo que no se le pidió reserva expresa y, así, referirse, por ejemplo, a detalles del cuerpo de una paciente examinada, advertidos en el examen, y que la misma paciente ignora (Soler 1992, 137-138).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En forma terminante, Parma afirmó que no existe deber de denunciar, pero sí el deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al paciente a un proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal (Parma 2013, 53).

En síntesis, el conjunto de las normas del código procesal, a saber, de los arts. 174, 177 y 244, protegen a la mujer que busca asistencia médica, puesto que estos artículos consideran el derecho a la salud y a la intimidad como bienes supremos que se deben preservar.

5.1. Protección a la víctima o al victimario del delito

El ordenamiento procesal exceptúa de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que ejercen en cualquier rama de la salud cuando tuvieron conocimiento del delito por revelaciones que les hicieron bajo secreto profesional. Por lo tanto, la obligación de denuncia desaparece esos casos.

Sin embargo, los médicos tienen la obligación de denunciar cuando asistan a la víctima de un hecho. En este sentido, se sostiene que toda persona que, en el ejercicio de la medicina, haya asistido a un individuo víctima de un envenenamiento o de algún otro atentado personal grave, debe denunciar el hecho a la autoridad competente (Molinario 1996, 136-137). Además, según Soler, la obligación de denunciar existe cuando el socorrido tenga el carácter de víctima (1978, 132-133). Un claro ejemplo es la ley 24.417 sobre Protección contra la Violencia Familiar, que expresa que el médico debe denunciar cuando los damnificados son menores o incapaces, ancianos o discapacitados²⁵.

La denuncia del victimario, sobre hechos que se conocen bajo el amparo del secreto profesional, implica el delito de violación de secretos.

La solución que propugno no es un abrazo a la impunidad de ciertos delitos, sino que no se puedan averiguar por ese cauce de investigación. Una solución contraria sería inadmisibles y llevaría, sin más, a la diferencia entre el enfermo que tiene medios para pagar un médico particular –y, con ello, compra su silencio–, y el paciente que carece de medios, que debe concurrir al hospital público y exponerse a una denuncia penal.

Para aclarar la cuestión, Niño afirmó que a nadie se le ocurriría abogar por la nulidad de un procedimiento por robo o por tenencia de armas, si quien concurre al hospital porta, en sus bolsillos o en su maleta, los elementos que lo relacionen con tales delitos. De lo que aquí se trata es de evitar que quien lleva en su propio cuerpo las señales inequívocas del ilícito que cometió, por ejemplo, un aborto clandestino o un transporte de estupefacientes, pueda ser perseguido por entregar su cuerpo a las manos del profesional, quien lo asistirá operando, precisamente, en la neutralización del riesgo que esas mismas señales materiales conllevan para la vida de su paciente (Niño 2006, 9).

La cuestión, desde ya, tiene sus bemoles, pues tampoco resulta simple imaginar cómo debemos resolver el caso de la persona que se presenta a los gritos en una guardia con heridas cortantes, pidiendo ser atendida a la par que reclama protección constitucional. La casuística es la que

²⁵ Artículo 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 y educativos, públicos o privados; los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor”.

permitirá distinguir situaciones donde el paciente ha exhibido, en el vínculo con su médico, una expectativa de privacidad que la sociedad está dispuesta a aceptar como razonable, de otras donde consideramos que es la misma conducta del imputado la que lo ha excluido de la protección que reclama. La enseñanza de “Baldivieso” es que el simple hecho de haber delinquir no significa *per se* una renuncia al derecho a mantener lejos del poder estatal aquello que hemos confiado al cuidado de un profesional médico (Carrió 2014, 557).

Corresponde resolver el problema en favor de la tutela de la persona que busca asistencia médica, aun cuando fue el autor de un hecho ilícito, y a costa de sacrificar otros bienes de alto valor, como el interés de la sociedad en reprimir los delitos.

5.2. ¿Se tiene que hacer diferencia entre un hospital público y un hospital privado?

La situación conflictiva se planteó con el médico del hospital público que, por un lado, es un funcionario público y tiene, por ello, la obligación de denunciar, pero, por otro lado, en su calidad de médico, debe guardar reserva en relación con los hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional.

Desde la jurisprudencia, se evidencian dos posiciones encontradas. Una primera alternativa sostiene que el médico del hospital público tiene la obligación de denunciar al revestir la calidad de funcionario público, aunque conozca el hecho en condiciones amparadas por el secreto profesional. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el precedente “Zambrana Daza”²⁶.

En ese caso, el delito que motivó la denuncia de una médica de un hospital público no consistió en un aborto, sino en el transporte de estupefacientes, ya que la persona denunciada había expulsado por vía bucal cuatro bombitas de látex que contenían clorhidrato de cocaína. En el voto de mayoría del alto tribunal, se señaló:

Que la aseveración del tribunal anterior en grado referente a que la función pública desempeñada por la médica de un hospital público no la relevaba de la obligación de conservar el secreto profesional, constituye un tratamiento irrazonable de la controversia de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, puesto 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 públicos²⁷.

En la otra vereda, se ubican quienes sostuvieron que debe prevalecer el secreto profesional del médico del hospital público sobre su deber de denunciar. Se aseveró no se puede instruir un sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su aborto o consentido que otro se lo cause, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional médico que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión. Es decir, el deber de guardar secreto dispuesto por la ley en tales condiciones tutela la libertad individual inviolable de la mujer que aborta, que lo ha confiado en su forma más íntima, y prevalece sobre la obligación genérica de denunciar el posible delito, a tal punto que impone considerar jurídicamente inexistente una denuncia semejan-

²⁶ Resuelto con fecha 12 de agosto de 1997, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²⁷ Precedente “Zambrana Daza” ya citado.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

te y, en consecuencia, ineficaz en absoluto para la formación de sumario criminal respecto de ella.

En esta línea, resulta contundente el precedente “Baldivieso” de la Corte Suprema, en donde la mayoría²⁸ sostuvo que:

Los valores en juego en el caso en 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 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 destacar toda otra hipótesis conflictiva.

Se advirtió que el deber de no revelar el secreto se impone al médico que lo conoció en el ejercicio de su actividad profesional en cualquier caso, sin necesidad de que las revelaciones les fueran hechas bajo el secreto profesional, porque esa afirmación se fundamenta en el derecho de fondo, y no hay razones para hacer una excepción con los médicos de los hospitales. El profesional funcionario está sometido a los mismos deberes que el particular (Fontán Balestra 1980, 278). En este sentido, al revestir la doble calidad de médico-funcionario, debe priorizar el deber de guardar el secreto.

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 privado o en la sala, gabinete o dispensario público. Esto nos enfrentaría, también, a la injusta distinción entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que necesita concurrir a un hospital oficial. Para unos, podría no admitirse la denuncia. Para los otros, tal denuncia sería obligatoria. El simple planteo de esta discriminación demuestra la falacia que contiene. Sostener lo contrario implica ignorar el art. 16 de la Constitución Nacional, convertirlo en letra muerta y hacer de la igualdad ante la ley un precepto caduco (López Bolado 1979).

Si seguimos esta línea, parece que los médicos que desempeñan funciones en un hospital público, por su condición de funcionarios estatales, estarían obligados a denunciar. Sin embargo, no es así. Soler brindó la respuesta cuando advirtió que esa conclusión ha suscitado algunas dudas con respecto a los médicos empleados en hospitales públicos. Pero la admisión del principio contrario conlleva sancionar directamente un privilegio de clases inmoral, pues la gente de bajos recursos que concurren a la asistencia pública o a los hospitales de caridad se pondría de inmediato en manos de la justicia. Como punto máximo de esta duplicidad, al mismo médico,

²⁸ Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni.

cuando no atiende en el servicio hospitalario gratuito, podría comprársele, en su consultorio privado, el silencio profesional considerado, por todos, como obligatorio (Soler 1992, 134).

Entonces, resulta inaceptable diferenciar la situación del médico consultado en una clínica privada de aquel que desempeña sus tareas en un hospital público. Si hiciéramos tal distinción, conduciría a una discriminación entre quienes tienen recursos económicos y quienes no, y los últimos estarían sometidos a escoger entre su vida –necesitada del auxilio sanitario– o su procesamiento y condena por el delito que afectara a su salud.

En consecuencia, esto también sería contrario al principio de igualdad ante la ley. Si el médico del hospital público está obligado a denunciar por un precepto del código de forma, y no lo está el médico de un hospital privado, debido a que no hay norma que lo obligue a actuar en tal sentido, queda clara la desigualdad. Así, no queda lugar a dudas que dispensar un trato distinto a las personas según si se atienden con un médico que es funcionario público o uno que no lo es sería introducir una discriminación arbitraria entre ellas, violatoria de la cláusula constitucional de igualdad ante la ley. Dicha garantía exige, entre otras, que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en idénticas situaciones y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias.

En este sentido, señaló Bidart Campos que las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias se entienden las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan favores indebidos o privilegios (Bidart Campos 2003, 533). Si a los médicos funcionarios públicos se les exige el deber de denunciar, propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas con acceso a la medicina privada y aquellas que solo tienen acceso a los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección del secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplia que las segundas. Por otra parte, el objetivo de las normas sobre secreto médico atañe tanto a los médicos públicos como a los privados: facilitar un ámbito protegido que permita obtener toda información relevante sobre la salud o estado físico que el paciente pueda brindar. Partiendo de esa base, es razonable entender que el menor alcance del deber de denunciar que pesa sobre los médicos, establecido en el art. 177, inc .2 del código ritual, concierne tanto a una como a otra clase de facultativos (Bidart Campos 2003, 533).

5.3. Otra visión sobre el tema

Por lo que resta, interesa destacar lo postulado por Luis Niño: al sortear el obstáculo de si el médico del nosocomio público debe o no denunciar, se traslada la cuestión a los operarios del sistema penal. En efecto, sostuvo que no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal puede implementar sobre tal denuncia contra la persona obligada, por las circunstancias, a autoinculparse. Asumir esa perspectiva en torno al problema que se analiza permite prescindir de las interminables disquisiciones creadas en torno a la doble calidad del médico-funcionario y a las obligaciones que derivarían desde ella (Niño 2006, 5-6). El acento no debe colocarse sobre lo que el profesional de la salud pueda hacer ante la evidencia de un hecho contrario a la ley, sino sobre lo que jueces y fiscales no deben hacer si el médico decide informar a la policía de consigna en el nosocomio (Niño 2006, 6). También expresó que lo trascendente es que esa información, obtenida en el marco de interacción entre médico y paciente, no puede ser empleada válidamente por los operadores del sistema penal para avanzar contra quien la ha confiado al profesional de la salud (Niño 2010, 1538).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Niño concluye que los fiscales y los jueces encargados de la primera fase del proceso deben abstenerse de materializar ese objetable aprovechamiento de las circunstancias, ateniéndose a la cláusula prohibitiva tantas veces invocada en esta labor, sin perjuicio de llevar a cabo su actividad adquisitivo-probatoria para individualizar a posibles autores, partícipes o encubridores del hecho contrario a las leyes descubierto y puesto en su conocimiento por el facultativo asistente (Niño 2006, 15).

5.4. A modo de colofón

Soler explicó que, con referencia al caso del médico, debe observarse que la obligación de guardar el secreto es genérica, de manera que la obligación de denunciar no existe nunca que medie secreto. Este caso supuso, desde el punto de vista del derecho, una verdadera colisión de bienes porque, habitualmente, además del interés genérico en la tutela de los derechos a la intimidad, la intervención médica se produce en situaciones de necesidad. En estos casos, el derecho no tiene más solución que la de sacrificar uno de los dos bienes en conflicto.

El derecho no puede amparar al paciente, estableciendo la obligación del médico de denunciar a quien, estando en falta, necesitó de sus servicios: en ese caso, se pronuncia a favor de un bien jurídico, la certeza de la punición de los delitos; pero, así, hay que reconocer que se sacrifica positivamente –lo que es grave– a la personalidad. Ahora bien, obsérvese que, en muchos casos, para el paciente existirá el conflicto entre dejarse morir por falta de asistencia o denunciarse con el acto de ir al médico. Ante tal situación, parece de aplicación estricta el principio de Hegel, según el cual negar el derecho de necesidad entrafía declarar al hombre carente de derecho, pues se le niega la vida (Soler 1992, 107).

Resulta oportuno señalar que el secreto profesional constituye una garantía de la vida privada, en cuanto a que las personas tienen derecho a la protección contra las injerencias ilegales o arbitrarias. El objetivo de la protección que ofrece el secreto profesional es asegurar que toda persona pueda tener acceso a un médico para preservar su vida, su integridad física o su salud, sin riesgo a ser denunciado por lo que ha develado para recibir asistencia médica, aunque lo develado constituya la revelación de hechos que no forman parte de la vida privada. Quien acudió a un médico para requerir asistencia tiene la garantía de que no podrá ser denunciado por lo que le revele al médico, y no debe verse en la disyuntiva entre asumir un riesgo para su vida, integridad o salud, por un lado, y un riesgo de persecución penal, por el otro.

La idea de que el secreto no ampara al paciente cuando concurre a un hospital público es inadmisibles; porque reniega de la naturaleza de la función pública que incumbe a los médicos de un hospital público. Estos son funcionarios públicos de una categoría especial. Su función y cometido están relacionados con la salud pública, establecida por el Estado en cumplimiento de otro deber: crear las condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y los servicios médicos; deber que es instrumento de garantía de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y a la salud.

Cuando están en discusión estos derechos, no puede invocarse el inciso 1º del art. 177. Si está en juego la función de salud pública, con independencia de quién presta el servicio –médico empleado de un hospital público o médico de un servicio privado–, el secreto profesional abarca por igual a ambos, porque en este hay un interés público de privilegiar el acceso a un tratamiento médico que asegure de modo igualitario el más alto nivel posible de salud física y mental; acceso que no puede depender de tratarse o correr el riesgo de empeorar la salud, de un daño a la integridad física, o, incluso, un riesgo de vida.

Resuelta la cuestión del médico de establecimiento público o privado, la obligación del médico de denunciar un hecho delictivo se refiere solo a aquellos casos en los que el paciente que haya recurrido a su asistencia como víctima (por ejemplo, de tentativa de homicidio; lesiones graves o gravísimas; aborto no consentido, etc.), pero no cuando el paciente haya sido el autor del hecho delictivo; porque si acudió a su asistencia con el peligro de ser denunciado, preferirá poner en riesgo su vida antes que ser detenido. De este modo, se debe privilegiar la vida del paciente por sobre el interés social de reprimir el delito²⁹, así, pesará sobre el médico la obligación de guardar el secreto profesional, absteniéndose de denunciar o testimoniar acerca del hecho.

6. EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

Considero pertinente describir aquí este delito ya que se podría argüir que, si las personas que participan en la actividad asistencial no denuncian penalmente, podrían ser imputadas del delito de encubrimiento por omisión de denuncia.

El bien jurídico protegido por este delito es la administración de justicia, la que puede ser perturbada o entorpecida por evitar la individualización de los autores y partícipes de un delito a causa de la conducta del encubridor.

El artículo 277, inciso 1º, del CP, en su anterior redacción consideró autor de encubrimiento a quien: “Ayudare a alguien a substraerse a las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de esta, u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo”. Con posterioridad, la ley 25.246 modificó el artículo 277, párrafo 1º inciso d), que quedó redactado de la siguiente manera:

1) Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

[...]

d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

El Código Procesal Penal de la Nación estableció la obligación de denunciar los delitos de acción pública para los funcionarios públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones y para los profesionales de la salud cuando se trata de delitos contra la vida y la integridad física³⁰.

Según la anterior redacción del art. 277 del Código Penal, tanto el médico del hospital público como el médico de la clínica privada tenían la obligación de denunciar los delitos contra la vida y la integridad física que conocieran al prestar los auxilios propios de su profesión.

En caso de omitir la denuncia, cometían el delito de encubrimiento, en la modalidad de favorecimiento personal, salvo que conocieran los hechos bajo amparo del secreto profesional; inclu-

²⁹ Como lo sostuve en el apartado anterior.

³⁰ Artículo 177 de CPPN: “Obligación de denunciar. Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que lo 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”.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

so, para el médico del hospital público, se planteaba la cuestión de que, aunque conozca el hecho bajo el amparo del secreto profesional, predomina la calidad de funcionario público, y está obligado a denunciar por el inc. 1) del citado art. 177 de la ley procesal nacional (Edwards 2009, 10).

No obstante, la actual redacción del art. 277, inciso d, se limitó a tipificar la conducta de *promover la persecución penal de un delito de esa índole*. Así, quedó claro que la obligación se impone a quienes deben promover la persecución penal solo con referencia a determinados delitos, omitiendo actos como denunciar al autor del delito previo o, más específicamente, individualizarlo.

D'Alessio mencionó que, conforme a la estructura del tipo, el sujeto activo debe haber tomado conocimiento de la comisión de un delito –que está obligado a denunciar–, o hallarse interviniendo en una investigación en la que se procura individualizar a los responsables de un ilícito ya conocido (D'Alessio 2007, 910). El nuevo texto sustituyó la palabra “hecho” por “delito”, descartando de este modo la tipificación de la conducta que favorezca personalmente al autor de un hecho antijurídico de naturaleza extrapenal. Por otra parte, cabe destacar que la obligación de denunciar debe tener su origen en la ley.

Si bien la reforma legislativa incrementó el marco punitivo de la figura, modificó la formulación típica incorporando una calidad específica del agente, que especializa el sujeto activo, variando la calidad de *delicta* propia que ya gozaba respecto de la remisión que realizaba el artículo anterior a los funcionarios con obligación de denunciar.

6.1. Promover la persecución penal de un delito de esa índole

El tipo penal dispuso la premisa de la *obligación de promover la persecución penal*, por lo que constituyó una norma penal en blanco, pues habrá que remitirse a la ley y a los reglamentos que, según el caso, determinarán el alcance funcional y, con ello, la tipicidad de la conducta.

Nótese la gran diferencia que hay entre las dos normas: la derogada se refería al acto procesal de denunciar y era más amplia al no vincular el delito llegado a conocimiento del sujeto obligado, con una naturaleza determinada, o sea, cualquier delito que llegara a conocimiento con motivo u ocasión de sus funciones. En cambio, en la norma actual, solo están obligados a actuar aquellos funcionarios públicos que tuvieran la carga de promover la persecución penal en relación con un delito determinado, entre los que se encuentra el cometido por el sujeto al que se pretende ayudar³¹.

Preciso los conceptos, “promover la acción de la justicia” no es lo mismo que “denunciar”. Aquí radica el quid de la cuestión. La *denuncia* es el acto por el que una persona pone en conocimiento de la autoridad la posible comisión de un delito.

³¹ Asimismo, el art. 274 del Código Penal se refiere al “funcionario público que dejare de promover la persecución”, y en el artículo 277, inciso 1, subinciso “d”, al que “no denunciare cuando estuviere obligado a promover la persecución”. El primero rige únicamente cuando ya existe noticia de la comisión de un delito, transmitida por un funcionario público (ya sea de los obligados a promover su persecución penal o de otra clase) o por cualquier persona, y el agente es renuente en proseguir la sustanciación del sumario.

En cambio, la *promoción de la acción* es un concepto más amplio, pero, a la vez, más preciso. Amplio porque, como señala Cevasco, es un concepto que está vinculado al ejercicio de la garantía constitucional que protege el derecho de recurrir ante los órganos jurisdiccionales en pos de la resolución de los conflictos (arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional, que amparan el derecho de petionar ante las autoridades y la defensa en juicio de las personas y los derechos), (Cevasco 2002, 26). Así, si la denuncia fuera desestimada, la acción no habrá sido promovida (arts. 180, 188, 195 y concordantes, del Código Procesal Penal de la Nación). También es un concepto preciso porque *promover la acción* es una función asignada estrictamente y en forma exclusiva al Ministerio Público en el art. 120 de la Carta Magna y establecida la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (27.148)³², en el rol de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, aunque el ejercicio de la acción pueda corresponder concomitantemente a los ciudadanos que la ejerzan por el mencionado derecho constitucional, así como a otros organismos del Estado autorizados por ley a querellar³³.

La reforma que introdujo la ley 25.246 al art. 277 del Código Penal, principalmente respecto de la omisión de denuncia, provocó una especialización del sujeto activo de dicho delito, dado que la nueva redacción establece que solamente incurrirán en el delito de omisión de denuncia los que estuvieran “obligados a promover la persecución penal de un delito”. Al respecto, la doctrina coincide en afirmar que solo pueden ser autores de este delito los representantes del Ministerio Público Fiscal, la policía y los jueces, en las legislaciones procesales que permiten al juez iniciar de oficio la instrucción, ya que son los únicos sujetos que puede promover la persecución penal de un delito (Edwards 2009). De ello, se deduce que se encuentra excluido el médico.

Donna sostiene que al especializar al autor y determinar que únicamente podrán ser autores aquellos que están obligados a promover la persecución penal de un delito de esa índole. La ley deja solo, a nuestro juicio, tres posibles personas: el fiscal, en los casos de sistemas acusatorios o semiacusatorios como el Código Procesal de la Nación, las fuerzas policiales y los jueces; estos

³² Normas aplicables: “Artículo 1° – Misión general. El Ministerio Público Fiscal de la Nación es el órgano encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes. [...] Artículo 3° – Funciones en materia penal. El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública, conforme lo establece el Código Procesal Penal de la Nación y las leyes complementarias, en todos los delitos federales y en aquellos delitos ordinarios cometidos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mientras su competencia no haya sido transferida a la jurisdicción local. [...] Artículo 12. – Funciones y atribuciones. Las funciones y atribuciones del Procurador General de la Nación son: a) Diseñar y fijar la política general del Ministerio Público Fiscal de la Nación y, en particular, la política de persecución penal que permita el ejercicio eficaz de la acción penal pública. [...] Artículo 18. – Fiscal coordinador de distrito. El fiscal coordinador de distrito será el responsable directo del buen funcionamiento de la institución en el área respectiva. Ejerce la acción penal pública y las atribuciones que la ley le otorga al Ministerio Público Fiscal de la Nación. [...] Artículo 21. – Unidades fiscales de fiscalía de distrito. Las unidades fiscales tendrán una composición dinámica y flexible y estarán integradas por fiscales generales, fiscales, auxiliares fiscales, asistentes fiscales, funcionarios y empleados del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Ejercerán la acción penal y llevarán adelante la investigación de los delitos cometidos en su ámbito territorial y la gestión de las salidas alternativas al proceso penal. El personal de la unidad fiscal será designado por el Procurador General a propuesta de su titular.

³³ También los ciudadanos podrían constituirse en parte querrelante en la medida en que satisfagan los requisitos subjetivos. Por otro lado, cabe señalar que la acción popular no está prevista en nuestro medio como sí ocurre en otras latitudes, por ejemplo, en España.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

últimos, en particular en los casos de sistemas inquisitivos. De modo, se puede sostener que el tipo penal transforma este inciso en un delito especial propio y que solo obliga a un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos (Donna 2008, 566-567)³⁴.

En esta línea, Figari y Bailone expresaron que la obligación de denunciar respecto a los médicos y demás personas que ejerzan el arte de curar resulta una exigencia inexistente, aunque sean funcionarios o empleados públicos, ya que el actual inc. 1, letra d), del art. 277 (ley 25.246) ha derogado en los códigos procesales penales las disposiciones que prescribían tal obligación, al establecer que la obligación de denuncia de la perpetración de un delito o de la individualización del autor o partícipe de un delito ya conocido rige solo cuando se estuviese obligado a promover la persecución de un delito de esa índole, ergo, los médicos, como las demás personas que ejerzan el arte de curar, no tienen la obligación legal de promover la persecución de delito alguno. Esta tarea corresponde a los fiscales o a los jueces (Figari y Bailone 2006, 152).

En definitiva, solo puede ser autor quien se halla incluido en la obligación, es decir, los obligados a promover la persecución penal del delito. La modificación legislativa transformó a este ilícito en un delito especial, indicando, en síntesis, que el obligado solo puede ser un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos.

En efecto, a mi criterio, la nueva ley acotó el alcance de la norma dirigiéndola exclusivamente contra aquellas personas que tienen como función legal la promoción de la persecución penal de un delito.

En el orden penal, se trató de un rol constitucionalmente asignado a los integrantes del Ministerio Público Fiscal, vinculado con el ejercicio de la acción pública, pues el alcance del verbo “promover” da una idea clara de continuidad en su ejercicio y, fundamentalmente, hace al concepto de proceso acusatorio que contempla la Constitución Nacional.

Bidart Campos, en un claro ejemplo, utilizando un vocabulario nada jurídico, sino, más bien, deportivo, expresó que en los delitos de acción pública, el *ius persecuendi* y el *ius puniendi* necesitan que el ministerio público le dé el puntapié inicial a la pelota acusadora para hacerla ingresar al campo de la jurisdicción penal. Pero, una vez que ese primer pelotazo da el impulso, quien va a manejar la pelota para condenar o absolver va a ser el tribunal judicial (Bidart Campos 2003, 207). Si el Ministerio Público Fiscal no da ningún puntapié inicial a la investigación, no promovió en ningún momento la acción penal respecto del delito y, por lo tanto, no se puede proseguir.

En este sentido, fue entendido el concepto de “promoción de la acción” en la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 27.148) cuando, sus arts. 3, 12, 18 y 21, le asignan el rol de “promover y ejercer” la acción pública en materia penal.

Por lo que resta, Cevasco (2002, 27) afirmó que si promover la acción fuera simplemente denunciar, no tendría sentido, pues hubiera sido “promovida” en primera instancia. Se trata, pues, de un verbo vinculado al ejercicio constitucionalmente asignado de la acción y cuando la ley

³⁴ Donna también mencionó allí que el: “[a]utor de este delito, en síntesis, pueden serlo tanto los funcionarios que integran las fuerzas de seguridad (policía, gendarmería, policía aeronáutica), como los funcionarios públicos que integran el Ministerio Público Fiscal, como también los jueces que deban actuar de oficio” (567).

citada se refiere a “ejercer” o “continuar” está aludiendo a la titularidad de la acción, que se manifiesta plenamente con la facultad que tiene de desistirla³⁵.

Ahora bien, con respecto a los delitos de acción pública, habrá funcionarios a los que se les encomiende la obligación concreta de denunciar, como una cuestión principal o *sine qua non*, a fin de que los órganos respectivos promuevan la persecución penal de los hechos que lleguen a su conocimiento, por ejemplo: los integrantes de las fuerzas de seguridad y organismos semejantes.

En este sentido, deberá entenderse que en el concepto de promoción de la persecución penal comprende a la denuncia, en los casos en que esta fuera obligatoria. No obstante, la obligación deberá estar vinculada con alguna conducta delictiva específica, porque así lo manda el tipo penal al indicar *cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole*. De manera que no basta con la obligación genérica prevista en el art. 177 inciso 1º del Código Procesal Penal de la Nación, pues se refiere a cualquier delito que llegue a conocimiento del funcionario, mientras que el tipo de encubrimiento mencionado solamente alude a delitos de “la misma índole” que el cometido por el sujeto encubierto.

Para sintetizar, desde la reforma de la ley 25.246 se redujo el círculo de posibles autores del delito de encubrimiento por omisión de denuncia, por lo que ahora los médicos quedan excluidos de tal círculo, y no pueden ser sujetos activos de esta clase de favorecimiento personal.

En definitiva, solo podrá reprocharse en los términos del artículo 277 inciso “d” al funcionario público que, para ayudar a un tercero, omite denunciar o perseguir un delito llegado a su conocimiento por sus funciones, cuando legalmente estuviera obligado a promover la persecución penal de ese tipo de delitos.

Por otra parte, la obligación que impone el inc. 2º del art. 177 del código de forma a los médicos de denunciar los delitos que conozcan al prestar los auxilios de su profesión no tipifica el delito de encubrimiento por omisión de denuncia. Tal atipicidad debería desalentar las numerosas, e innecesarias, denuncias que hacen los médicos tanto del ámbito público como privado, supuestamente para evitar cometer un delito, antes bien, deberían concentrarse en cumplir con su deber como profesionales de la salud de preservar la vida, aunque se trate de una persona que podría haber cometido un delito (Edwards 2009).

Resta mencionar que en relación con el art. 177, inc. 2, del Código Procesal, cuando el posible denunciante de un secreto profesional pudiese recibir ataques del interesado en el secreto o verse expuesto a proceso, quedará dispensado de tal revelación³⁶.

6.2. Breve reflexión sobre el artículo 277 inciso 4º

³⁵ Para ser aún más precisos, hay que destacar que la acción se promueve o ejerce en el momento en que una autoridad competente para la persecución penal (o la presunta víctima en las legislaciones que lo admiten) formula una acusación y requiere la apertura de un juicio público. La acción se ejerce allí. En la etapa preliminar, todavía no se sabe si la acción será ejercida. Aunque la propia legislación penal establece un mandato de ejercerla (obligatoriedad), ello presupone un grado de convicción probatoria (probabilidad positiva de la veracidad de la hipótesis y la consecuente condena) que demanda una actividad procesal penal previa en forma de etapa preliminar.

³⁶ Ya que se encontraría en un estado de necesidad.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

De la lectura del art. 277, inc. 4, del Código Penal surge que el legislador ha contemplado que existen ciertos deberes morales de lealtad que están por encima de la exigibilidad de denuncia, aun en los supuestos de delitos contra la vida y la integridad física, así:

Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado a favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c).

Este inciso del artículo 277 eximió de responsabilidad criminal al autor, mientras que en la anterior redacción se lo eximía de pena.

La eximente puede operar por circunstancias totalmente objetivas, como la vigencia del matrimonio o la relación de parentesco, o subjetivas que habrá de demostrar, como la relación de amistad íntima y una especial gratitud respecto del autor del delito precedente (Cevasco 2002, 47).

En virtud de la fórmula *se debiese especial gratitud* no se puede exigir la denuncia del médico en contra de su paciente, debido a la estrecha relación de lealtad o fidelidad que se forja entre ambos por la práctica de la medicina. La solución que aquí ofrezco es la que más se corresponde con los principios de estricta legalidad y *pro homine*, los que obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad. La decisión relativa al alcance del precepto *se debiese especial gratitud* se encuentra limitada por esos principios que obligan, respectivamente, a priorizar una exégesis que esté en consonancia con el principio político-criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y a privilegiar la interpretación del precepto legal que más derechos otorgue al ser humano frente al poder estatal.

7. AUTOINCRIMINACIÓN

Aquí no solo se encuentra comprometido el derecho al secreto profesional que resguarda a la mujer que se practicó un aborto, sino que también se ve comprometida la garantía que proscribe la autoincriminación. En efecto, el deber de decir la verdad con el objeto de obtener un tratamiento adecuado activó la aplicación de la garantía contra la autoincriminación que prevé el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto a que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”³⁷.

³⁷ Asimismo, el artículo 8.2. g de la Convención Americana de Derechos Humanos estableció como una de las garantías mínimas del proceso penal “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”, mientras que el artículo 8.3, a su vez, dispuso que: “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresó: “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...] a las siguientes garantías mínimas: [...] g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. También el artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que: “nadie será sometido a tortura ni a [...] tratos crueles, inhumanos o degradantes”, y en su artículo 10 señaló que: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresó, en el artículo XXVI, que: “se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable”. Todas estas cláusulas deben ser entendidas como disposiciones que sostienen el derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo.

¿Qué quiere decir la frase *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*? El constitucionalista Bidart Campos expresa que la inmunidad que acuerda el artículo 18 se debe interpretar como la exclusión de todo método y de toda técnica que, antes o durante el proceso y ante cualquier autoridad –sea administrativa o judicial– tienda a obtener por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar su conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo. Si los castigos corporales están abolidos como pena, tampoco pueden emplearse como medios de investigación previa a la sentencia. Los demás sistemas que, sin usar la fuerza física, disminuyen biológicamente y psíquicamente la capacidad de la persona, o penetran en su intimidad para descubrir hechos que no está obligada a declarar, agravan por igual a su dignidad y deben considerarse prohibidos por la misma constitución (Bidart Campos 2003, 324).

El privilegio contra la autoincriminación priorizó la dignidad de la persona y de su ámbito de su privacidad –que le debe garantizar un Estado de derecho– por sobre el objetivo de averiguar la verdad en un procedimiento penal; por más que sea una verdad que solo conoce el imputado.

Definida la garantía de la autoincriminación, delinearé cuando se torna operativa y, para ello, conviene analizar cuándo se adquiere la calidad de imputado, cuándo estamos en presencia de una “declaración”, cómo se aplica en el presente caso, qué se entiende por la “teoría del riesgo asumido” y, por último, como se debe proceder ante la prueba ilegal.

7.1. ¿Cuándo se adquiere la calidad de imputado?

Para determinar la calidad de imputada de una persona se debe hacer una exégesis cabal de los artículos 72, 73 y 279³⁸. Se advierte que el ordenamiento adjetivo fijó un estándar amplio respecto de la determinación de la calidad de imputado, pues no limita la asunción de tal carácter a la existencia de un acto concreto de legitimación pasiva por parte de los órganos del Estado (art. 73, CPPN); basta que la persona sea indicada “de cualquier forma” como partícipe de un hecho delictivo (art. 72, CPPN) y los derechos inherentes a tal calidad pueden ejercerse cuando el proceso esté por iniciarse o ya haya comenzado (art. 279 del mismo código).

Sobre la previsión del artículo 72 del código procesal, Maier mencionó que la discusión terminó, la propia ley fijó el punto inicial en el momento en el que una persona es indicada, de cualquier forma, como partícipe en un hecho punible (2003, 190-197). Ese señalamiento debe ocurrir ante alguna de las autoridades encargadas por la ley de la persecución penal (policía, fiscal, juez).

Así, se puede considerar que la calidad de imputado no se adquiere a partir del llamado a prestar declaración indagatoria, sino cuando se es indicado, de cualquier modo, como autor, partícipe, instigador, encubridor, etc., de un hecho delictivo.

³⁸ Para llegar a ello, interesa señalar que el artículo 72 del CPPN estableció: “Calidad de imputado. Los derechos que este código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma de partícipe de un hecho delictivo”. En sentido concordante, el artículo 73 del CPPN regula que: “La persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tiene derecho, aún cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, pueden ser útiles”. A su vez, el artículo 279 prevé que: “La persona contra la cual se hubiera iniciado o esté por iniciarse un proceso, podrá presentarse ante un juez competente a fin de declarar”.

7.2. ¿Cuándo estamos ante una declaración?

Como complemento de lo anterior, Binder manifestó que otra discusión que se ha entablado en este campo se refiere a si el término “declaración” debe ser entendido en su sentido rigurosamente literal de “ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita de alguien”, o si se debe entender en un sentido más amplio. Por ejemplo: si se hace una consideración amplia del término “declaración”, el imputado tampoco estaría obligado a prestarse a un acto del que se pueda inferir fácilmente algo que cause algún tipo de perjuicio a su defensa penal como a su responsabilidad civil (Binder 2005, 183).

La decisión de la mujer de acudir al hospital convierte en coetáneos los instantes de conocimiento del delito y de su propia inclusión dentro de los límites de una investigación penal, circunstancia que torna inocua la exigencia de que un órgano de persecución penal proceda en contra de su persona, ya que se debe priorizar la inmediata efectividad de las garantías que la amparan desde su reconocimiento como imputada (Kallis 2007, 1701).

El código procesal, en el artículo 72, acordó la calidad de imputado reconociéndole todos los derechos, que para esa situación contempla, a cualquier persona que sea sindicada de cualquier forma como partícipe de un hecho ilícito. Se entiende que esa situación puede suceder mucho antes de que se produzcan medidas cautelares propias de una investigación penal. La conclusión, en nuestro caso, es la misma, dado que el propio sujeto pasivo del proceso es quien presenta, a partir de las consecuencias relacionadas con su asistencia al hospital, suficientes indicios de culpabilidad en su contra como para adquirir esa calidad, con lo que se le reconoce el inicio del ciclo de la garantía que examinamos (Kallis 2007).

Una correcta comprensión del principio no puede limitar su aplicación al ámbito de un procedimiento penal ya promovido, ni a la situación procesal de haber sido indicado en él como partícipe del hecho punible objeto de procedimiento. Según creo, la garantía que proscribe la autoincriminación forzada rige en todas las etapas del proceso, tanto en los actos iniciales como en el desarrollo de las etapas preparatorias y, obviamente, en las que le siguen.

7.3. La confesión debe ser voluntaria

La Constitución Nacional no contiene ninguna referencia especial sobre la confesión del imputado, pero los tratados internacionales sobre derechos humanos regulan específicamente la confesión, admitiéndola, aunque su validez depende de que se realice sin mediar ningún tipo de coacción³⁹.

Maier recordó que no es posible obligar al imputado a brindar información sobre lo que conoce, dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción (1996, 664-665). Y, como derivación de este principio, el autor precisa que sus consecuencias consisten en: la facultad del imputado de abstenerse a declarar; la voluntariedad de su declaración, que no puede ser menoscabada por ningún medio, es decir, la libertad de la decisión que no puede ser coartada por ningún acto o situación de coacción física o moral (Maier 1996, 666).

³⁹ Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispuso, en su artículo 8, apartado 3, que “la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su artículo 14, apartado 3, inciso g, que toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser obligada “a confesarse culpable”

En efecto, la mujer que se practicó un aborto y concurrió al hospital público no puede equipararse a que prestó libremente su consentimiento para hacer públicos los signos de un accionar delictivo, ya que el dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario; pues la actuación autoinculpatoria no ha tenido lugar en un marco de libertad.

Como ya se dijo, según Munilla Lacasa, el individuo que necesita ayuda médica no es una persona fragmentada respecto de la que el profesional pueda dividir su cometido: por un lado, curarla; por otro lado, denunciar su confidencia, aunque no provenga de una confesión expresa. Y agregó que la persona es una unidad, no escindible, y que el conocimiento que obtenga el médico del origen de la dolencia para sanarla queda indefectiblemente incluido dentro del secreto profesional (Munilla Lacasa 2004). Si el paciente supiera que el médico a quien recurre lo va a traicionar, sometiéndolo al “daño” que supone la iniciación de un proceso penal emergente de la denuncia, entonces, se lo someterá al claro dilema comentado por Soler, entre dejarse morir por falta de asistencia o de denunciarse a sí mismo con el acto de acudir al médico⁴⁰. En consecuencia, hay allí una vulneración de la garantía constitucional de la no autoincriminación.

Si la comisión de las prácticas abortivas no fue inferida científicamente a partir del estado de la paciente, sino que fue confiada por ella a quien la atendía, tal revelación no puede dar origen a la instrucción de un sumario en contra de la paciente. No caben dudas de que elegir el riesgo de la incriminación para proteger la salud, en una situación de extrema necesidad, acarrea obligar a una persona a incriminarse (López Bolado 1979)⁴¹.

El imputado es un sujeto procesal incoercible. Esto no significa que no se lo pueda detener, incomunicar o custodiar por la fuerza pública. En su forma más amplia, plantea la imposibilidad de poner, en ningún caso, al imputado en la necesidad de destruir o confirmar por sí su estado de inocencia, y, en su aplicación concreta, significa que no se puede forzar al imputado a actuar en su contra, ni se le puede impedir toda legítima actividad que tienda a su defensa. De esta regla derivan, como corolarios, los siguientes: prohibición de influenciar de cualquier modo para obtener de la imputada prueba en su contra, prohibición de exigir prueba de descargo a la imputada y necesidad de que a la imputada actúe libre en su persona (Claria Olmedo 2008, 507-508).

Según el principio de incoercibilidad no es posible, entre otras cosas, influenciar de cualquier modo para obtener que el imputado suministre prueba en su contra. Este aportará material probatorio a su favor o en su contra solo voluntariamente, tomando la decisión libremente, sin coacción de ninguna naturaleza. No es permisible de manera alguna constreñirlo a brindar información, porque nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo (Jauchen 2007, 402).

La garantía que prohíbe la autoincriminación implica necesariamente que cuando el imputado declara o ingresa información en el proceso penal, su voluntad debe ser libre, por ende, no puede estar viciada ni sufrir menoscabo alguno.

Cuando la mujer que interrumpió un embarazo concurre a un hospital y expresa su consentimiento para un examen y/o chequeo por las complicaciones que le trajo tal interrupción, no significa la libre expresión de la voluntad, exenta de los vicios enunciados, sino que se encuentra

⁴⁰ Munilla Lacasa se refiere al “daño” al que alude el art. 156 del Código Penal.

⁴¹ El autor sostuvo que “la confesión de un paciente a su médico acerca de la autoría de un delito, no es prestada por libre voluntad sino para obtener la asistencia del profesional”.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

contaminada por la situación que está atravesando. De hecho, expresa su voluntad para la experticia médica, pero no para proveer pruebas para que se inicie un proceso penal en su contra.

Para finalizar, Bidart Campos afirmó que si la enferma fue voluntariamente al hospital y puso en conocimiento de la médica la comisión de su delito desde evidencias físicas, nadie violó su garantía de no autoincriminarse. Pero no sería razonable argumentar tal cosa, porque la paciente necesitaba evitar y superar los riesgos de su daño, de forma que lo que supo la profesional que la asistió a través de su cuerpo y sus signos corporales mal puede reputarse como una “declaración voluntaria de autoincriminación”. Nunca debe presumirse que alguien quiera confesarse autor de un delito; el concurrir a un hospital porque, como consecuencia de un delito, sufre en su salud está a enorme distancia de suponer que la evidencia que pueda dar con su cuerpo equivale a la voluntad de declararse autor del delito (Bidart Campos 1998).

7.4. Teoría del riesgo asumido

Esta teoría es desarrollada en el fallo “Zambrana Daza”, cuando se sostuvo que:

[...] el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando, en casos como el de autos, las evidencias son de índole material. En ese sentido cabe recordar que desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado⁴².

Como contrapartida, entiendo que la mera presencia en el hospital de la mujer autora de su propio aborto implicó una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por la supervivencia, puesto que acude en demanda angustiada de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible aseverar que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse en favor de la prevalencia del interés social –si bien discutible– de reprimir su delito, con desmedro del derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada. Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo –según el derecho vigente–, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable.

En el fallo “Baldivieso” se dijo que el argumento, alguna vez esgrimido, de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, puesto que remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes⁴³. Esa *teoría del riesgo* que se asume es una ficción construida *ex profeso* para evitar examinar la decisión del sujeto de la garantía en el momento en el que se presenta la necesidad vital de obrar (Kallis 2007).

En efecto, si la imputada actuó impulsada por la situación de emergencia en la que se encontraba, requiriendo atención médica urgente frente a maniobras abortivas, y aun cuando hubiera actuado en conocimiento de las consecuencias que podría tener su comportamiento y de los

⁴² Del considerando 8°).

⁴³ El voto de la mayoría en el último párrafo del fallo –que no está separado por considerandos–.

derechos que le asistían, emergentes de la cláusula constitucional de abstenerse de proporcionar cualquier tipo de información en su contra, no se hallaba libre para consentir la autoincriminación que formuló, ya que el dilema –prisión o muerte– en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario.

En tal sentido, si la persona que se presenta ante el médico con evidencias ciertas de haberse practicado su propio aborto debiera cargar con sus costos, debido a que esa situación se generó por su propia responsabilidad, entiendo que tal criterio es violatorio de la garantía contra la autoincriminación.

Por otro lado, la discusión pasa por la teoría de la *actio libera in causa*. En este orden de ideas, puesto que se trata de una situación o estado de inculpabilidad provocado para cometer el hecho delictuoso, se trata de resolverlo por la doctrina del *actio libera in causa*, dado que la provocación suficiente, es decir, la conducta de colocarse en estado de necesidad exculpante, no es típica del delito que se realiza, con lo cual esta teoría se traduce en una forma de extensión de la tipicidad violatoria del principio de legalidad penal (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2003, 627).

Kallis afirmó que la manera en que se analiza la *actio libera in causa* en la dogmática de la culpabilidad se pretende referir a aquella previa marcha responsable del curso de los acontecimientos y la posterior consecuencia de convertirse la mujer en sí misma en portadora de evidencias de índole material. Así, menciona que no comparte esa perspectiva, puesto que la consecuencia debe haber sido conocida, o al menos cognoscible, por la mujer, con lo que resulta objetable concluir la presencia de ese aspecto cognitivo (Kallis 2007).

Considero que la teoría en cuestión vulnera el principio de legalidad al castigar como delito una conducta no incriminada, ya que al retrotraer el momento del hecho al del actuar libre, en ese momento la conducta era atípica y, por ende, lícita.

Además, dicha teoría es incoherente, en cuanto pretende reprochar un injusto típico con la culpabilidad de una conducta atípica de colocarse en un estado de inculpabilidad, lo que en definitiva lleva a desconocer el principio de culpabilidad.

Por otro lado, Gullco y Tarraubella agregan que aun cuando el imputado se ponga en un estado de inconsciencia para cometer el hecho, por sí solo esto no puede servir para negarle la tutela de las garantías constitucionales, pues la tutela es independiente del mayor o menor riesgo que haya conocido el imputado (Gullco y Tarraubella 2004, 714)⁴⁴.

Más aún, esa teoría del riesgo que se asume no es sino una ficción construida *ex profeso* para evitar examinar la decisión del sujeto de la garantía en el momento en el cual se presenta la necesidad vital de obrar. Si se analiza detenidamente este aspecto, se advierte que su posición relega, en el paso analítico de la concurrencia de la mujer al hospital, la nota de actuación consciente de aquellas consecuencias simultáneas, lo que obliga a entenderlo como un comportamiento activo de aporte de prueba de cargo a las autoridades encargadas de la investigación, en el sentido de las “comunicaciones” (Kallis 2007).

⁴⁴ Así, por ejemplo, si bien el individuo que manda una carta que contiene un plan criminal corre el riesgo de que las autoridades postales abran su correspondencia sin la debida orden judicial y tomen conocimiento del plan, de ninguna manera se legitima un procedimiento.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Con razón, Bidart Campos indicó que los valores comprometidos en la garantía de no autoincriminación y una interpretación flexible nos conducen, actualmente, a dar una audaz respuesta afirmativa: las evidencias corporales de naturaleza material no pueden usarse como prueba del eventual delito cometido por la persona que las hace presentes al médico con el que se atiende; el deber profesional del secreto se vincula indisolublemente con la prohibición de obligar a declarar contra sí mismo (Bidart Campos 1999, 164).

En definitiva, el Estado de derecho no puede servirse del infortunio de quien reclama uno de los derechos fundamentales de toda persona, sobre la base que sufre tal situación por haber emprendido previamente una conducta contraria al ordenamiento jurídico, pues esa suerte de aplicación tortuosa del principio *versari in re ilícita* lo rebajaría a la condición de mero Estado policial, al contrariar el axioma delimitador de la superioridad ética mediante no respetar la dignidad humana (Niño 2010, 1538).

8. BREVES CONCLUSIONES

El derecho al secreto profesional abarca a todo ciudadano, incluido quienes, sin contar con medios materiales ni cobertura asistencial prepaga, se ven obligados a acudir a un servicio dependiente del Estado. Esta observación, que parece una verdad de Perogrullo, es fundamental para la resolución de un caso de aborto, pues el médico que presta servicios en un hospital público tiene el mismo deber de secreto que el facultativo que se desempeña en clínicas privadas. La interpretación contraria acarrea, entre otras inconsecuencias, el absurdo de sostener que un mismo facultativo, que presta servicios en un hospital público durante la mañana y en una clínica privada a la tarde, estaría obligado a guardar silencio o a violentar la relación de confidencialidad según el momento del día.

Por otra parte, si una mujer se vio forzada a acudir a un hospital público por carecer de medios económicos para afrontar la atención médica privada (opción en la que sí se habría visto amparada por el secreto profesional); es una falsedad predicar una conducta discrecional respecto de quien, privado de medios y de contactos que le garanticen asistencia profesional privada, se vea en la disyuntiva de perder la vida o requerir asistencia médica. En ese sentido, la mujer no tiene real oportunidad de “optar” entre acudir a un hospital público y a uno privado, o entre requerir asistencia médica o prescindir de ella.

La referencia a la “decisión” adquiere importancia preeminente, pues precisamente a partir de la constatación de la falta de libertad, se configura la hipótesis compulsiva alrededor de la que se ubica la garantía de la autoincriminación. Es decir, la mujer no decide concurrir a un hospital público, reitero, lo hace porque no cuenta con medios que le garantizarán asistencia particular –posibilidad que le garantiza el secreto profesional–, y porque su vida depende de una urgente asistencia médica.

Por otro lado, la idea es no victimizar a una mujer vulnerable (sea que se provocó un aborto o tenga cápsulas de clorhidrato de cocaína en su cuerpo –mulas–), sino que esta vulnerabilidad debe ser utilizada para darle mayor protección y así remediar esa inequidad.

Por lo expuesto, se debe otorgar a la mujer arbotante una posición protegida y privilegiada, ante la situación penosa de interrumpir el embarazo, dentro del sistema penal.

De este modo, se canalizan las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos de garantizar a la mujer la no discriminación y a proporcionar servicios de salud en condi-

ciones adecuadas, seguras y respetando su intimidad, y con ello, me atrevo a mencionar, considero que tampoco sería responsable el profesional que intervenga.

En definitiva, la posibilidad de incriminar a una ciudadana por un delito no constituye una justa causa que permita relativizar el ejercicio del derecho a la intimidad, pues la jerarquía del bien personalísimo involucrado impide privilegiar el interés del Estado en la persecución del delito. No puede admitirse que la obligación de denunciar, la punición del delito y la defensa de la sociedad habilitan la violación del secreto profesional y, consecuentemente, la lesión del derecho fundamental a la intimidad como expresión de la dignidad humana.

Asimismo, la garantía que prohíbe la autoincriminación implica que la libertad de decisión no debe ser coartada por ningún acto o situación de coacción física o moral, circunstancia que se constató respecto de quien había ingerido cápsulas con cocaína y concurre al hospital en busca de auxilio, pues se encontraban amenazadas su vida y su salud.

Finalmente, la obligación de los médicos que desempeñan funciones en hospitales públicos de denunciar delitos de acción pública conocidos en ejercicio de su profesión cede cuando los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

BIBLIOGRAFÍA

Baigún, David y Eugenio Raúl Zaffaroni. 2008. *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Balcarce, Fabián. 2007. *Derecho penal. Parte especial*, tomo I. Córdoba: M.E.L. Editor.

Bidart Campos, Germán J. 2003. "El recaudo constitucional y procesal de la acusación penal". *La Ley* 2003-A, 207. Cita en línea: AR/DOC/5132/2001.

Bidart Campos, Germán J. 1999. "Denuncia de un delito del que tuvo noticia el médico por evidencias corporales de su paciente". *La Ley* 1999-B, 164. Cita en línea: AR/DOC/17335/2001.

Bidart Campos, Germán J. 1998. "Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico - (entre medio: aborto, vida, salud, igualdad)". *La Ley* 1998-F, 545. Cita en línea: AR/DOC/4748/2001.

Bidart Campos, Germán J. 2003. *Manual de la Constitución reformada*, tomo I. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Binder, Alberto. 2005. *Introducción al derecho procesal penal*, 2° edición, actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Carrió, Alejandro D. 2014. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 6° edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Cattani, Horacio R. 2007. "Deber de confidencialidad y obligación de denuncia por los integrantes de equipos asistenciales". *RDP* 2007-9, 1685. Cita en línea: AR/DOC/9193/202007.

Cevasco, Luis Jorge. 2002. *Encubrimiento y lavado de dinero*. Buenos Aires: Editorial Di Plácido.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

- Claria Olmedo, Jorge A. 2008. *Tratado de derecho procesal penal*, tomo I. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.
- Creus, Carlos. 1996. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- D'Alessio, Andrés José. 2007. *Código Penal: comentado y anotado: Parte especial: Artículo 79 a 306*, 1° edición. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Donna, Edgardo Alberto. 2008. *Derecho Penal. Parte especial*, tomo III, 2° edición actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Donna, Edgardo A. 2005. *Derecho Penal, parte especial*, tomo. II-A. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Edwards, Carlos Enrique. 2009. "El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?". *Suplemento Penal 2009* (junio), 01/01/2009, 10 - *La Ley* 2009-D, 1. Cita en línea: AR/DOC/2136/2009.
- Edwards, Carlos Enrique. 1994. *Régimen del Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984*, 2° ed. actualizada. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Figari, Rubén - Bailone, Matías. 2006. *El aborto y la cuestión penal*. Córdoba (Argentina): Editorial Mediterránea.
- Fontán Balestra, Carlos. 1980. *Derecho Penal. Parte especial*, 9° edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gil Domínguez, Andrés. 1998. "Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza". *La Ley* 1998-F, 552. Cita en línea: AR/DOC/21451/2001.
- Gonzales Andía, Miguel. 2003. "Actos de disposición del propio cuerpo y los límites al principio de autonomía". *La Ley* 2003-B, 1125. Cita en línea: AR/DOC/14012/2001.
- Grasso, Mariana. 2003. "Violación de secretos". Luis Fernando Niño y Stella Maris Martínez (coord.). *Delitos contra la libertad*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc.
- Gullo, Hernán Víctor y María Patricia Tarraubella. 2004. "Las inspecciones corporales y la garantía contra la autoincriminación". *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año II, nros.1-2.
- Jauchen, Marcelo M. 2007. *Derechos del imputado*. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Kallis, Matías. 2007. "Una autoincriminación involuntaria que pone a prueba el alcance de la garantía del art. 18 CN". *RDP* 2007-9, 1701. Cita en línea: AR/DOC/9194/2012.
- Kraut, Alfredo. 1998. *Responsabilidad civil de los psiquiatras*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Kraut, Alfredo J. 1988. "Tratamiento psiquiátrico y secreto profesional. (Artículo 1071 bis del Código Civil)". *La Ley* 1988-C, 753. Cita en línea: AR/DOC/13552/2001.

López Bolado, Jorge. 1979. "El secreto profesional de los médicos y el deber de denunciar delitos". *La Ley* 1979-C, 172. Cita en línea: AR/DOC/19164/2001.

López Miró, Horacio G. 1999. "Las pruebas confesional y testimonial, el secreto profesional y el privilegio de confidencialidad". *La Ley Litoral* 1999, 01/01/1999, 1. Cita en línea: AR/DOC/321/2001.

Maier, Julio B. J. 2003. *Derecho procesal penal*, tomo II. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maier, Julio B. J. 1996. *Derecho procesal penal*, tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mariona, Fernando G., Esteban Sandoval Luque y Junyet Bas de Sandoval. 1993. "Derechos del paciente. Comunicación y documentación en la relación médico-paciente: el consentimiento informado y la historia clínica". *Jurisprudencia Argentina*. Cita en línea: 0003/011999.

Molinario, Alfredo. 1996. *Los delitos*, tomo II. Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Buenos Aires: TEA.

Munilla Lacasa Hernán. 2004. "El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional". *La Ley* 2004-D, 1104. Cita en línea: AR/DOC/1294/2004.

Navarro, Guillermo Rafael y Roberto Raúl Daray. 2010. *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2° edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

Niño, Luis. 2010. "La superioridad ética del Estado de derecho desplazando superfluas antinomias: el fallo 'Baldivieso'". *Revista de Derecho Procesal Penal y Procesal Penal*, vol. 2010-9. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Niño, Luis. 2006. "El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble". *Garantías constitucionales en la investigación penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Núñez, Ricardo C., 1989. *Tratado de derecho penal*, tomo 1 V. Córdoba: Marcos Lerner Editora.

Núñez, Ricardo C. 1980. "Violación de secreto profesional y denuncia de aborto". *La Ley* 1980-D, 473. Cita en línea: AR/DOC/18164/2001.

Oderigo, Mario A. 1957. *Código Penal anotado*, 3° edición. Buenos Aires: Ed. Depalma.

Parma, Carlos. 2013. "Artículo 156. Violación de secreto profesional". *Revista Asociación Pensamiento Penal*, Código comentado de acceso libre, p. 82 (extraído el día 27/04/2017, del sitio web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37763-art-156-violacion-secreto-profesional>).

Sayago, Roberto D. 2001. "El secreto médico: su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética". Cita en línea: 0003/008434.

Soler, Sebastián. 1992. *Derecho penal argentino*, tomo IV. Buenos Aires: Editorial TEA.

Soler, Sebastián. 1978. *Derecho penal argentino*, tomo IV. Buenos Aires: Editorial TEA.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. 2003. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Jurisprudencia nacional

CSJN, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, sentencia de 1° de junio de 2012. Fallos: 335:799.

CSJN, “Baldivieso, César Alejandro s / causa nº 4733”, sentencia de 20 de abril de 2010. Fallos: 333:405.

CSJN, “Callejas, Claudia y otra s/ violación de secretos”, dictamen de la procuradora fiscal, sentencia del 27 de febrero 2020. Fallos: 343:103.

CSJN, “Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. CM° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y CultoC s/ empleo público”, considerando 9°, sentencia de 5 de septiembre de 2006. Fallos: 329:3617.

CSJN, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”, sentencia de 12 de agosto de 1997. Fallos: 320:1717.

Jurisprudencia internacional

Corte IDH, *Caso De La Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 115.