



Violación de Secreto Profesional

Por Carlos Parma

Art. 156: *“Será reprimido con multa de mil quinientos pesos 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.”*

Antecedentes Legislativos.

A.- Código Penal de la Provincia de Buenos Aires. Código de Tejedor.

Encontrándose Bartolomé Mitre el día 12 de Abril de 1862 a cargo del Poder Ejecutivo Nacional inaugura el día 25 de Mayo de ese mismo año el Congreso Nacional. De esta manera se consolida el día 12 de Octubre como Presidente Constitucional de la Nación Argentina. La violencia política era una constante en esos tiempos. Las distintas batallas que libra el Gobierno central contra el caudillo riojano Ángel Vicente Peñaloza tienen su punto final con la muerte de éste sucedida el día 12 de Noviembre de 1863.

Esta notoria crisis política producto de una situación beligerante fue fuente material de tres leyes que se sancionan el día 14 de Setiembre de 1863 a saber: ley nro. 48, 49 y 50.

La ley 48 establecía la competencia de los Tribunales Federales. La ley nro. 49 tipificaba los delitos federales. En tanto la ley nro. 50 consagraba el procedimiento federal.

Es oportuno indicar que el 6 de junio de 1863 se autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a designar redactores de los distintos códigos nacionales.

El plexo normativo señalado –en especial la ley 49- no tenía el correspondiente respaldo de la parte general.

Dada esta situación por decreto del día 5 de diciembre de 1864 se nombra a Carlos Tejedor para la confección del proyecto de Código Penal¹.

Cuando le es confiada la redacción del proyecto de código penal, trabaja aceleradamente, elevando al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, el 30 de diciembre de 1865, la primera parte del proyecto de código penal, destinada a contener las disposiciones generales que se aplican a todos los actos culpables. En su nota de elevación, Tejedor expresa claramente haberse inspirado en el Código de Baviera de 1813 y destaca que aún nos era menester estudiar la institución penitenciaria y crear los establecimientos, razón por la que no suprimió en su texto la pena de muerte.

¹ Carlos Tejedor había nacido en Buenos Aires el 4 de noviembre de 1817, graduándose en esta misma ciudad en 1837. En su obra jurídica, Tejedor escribió “Curso de Derecho Mercantil”, y manuales para jueces de paz. Sin embargo, su obra más importante fue “Curso de Derecho Criminal” de 1860, reeditado en 1871, que abarca dos tomos: “Leyes de Fondo” y “Leyes de Forma”. En 1857 ocupó la titularidad de la cátedra de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires.



El proyecto Tejedor fue presentado en dos partes, en el año 1865 y en el año 1867. Una importante serie de nombres rodearon el camino a la normativización plena. “El 7 de Noviembre de 1868 se designó en comisión “para examinar prolijamente el proyecto”, a los doctores José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana. Esta comisión sufrió las siguientes modificaciones: el 18 de Julio de 1871 fue nombrado el doctor Vicente Fidel López en reemplazo de Pérez; el 27 de Setiembre de 1872, en sustitución del doctor Ugarte, se nombró al doctor Antonio Malaver; el 9 de Febrero de 1873 fue incorporado a ella el doctor Sixto Villegas, el 15 de Noviembre de 1874, el doctor López fue sustituido por el doctor Andrés Ugarriza y por último el 11 de Noviembre de 1877, fue nombrado el doctor Juan Agustín García en reemplazo del doctor Quintana”²

Se fue convirtiendo en código penal de casi todo el país por vía de sucesivas sanciones provinciales. La primera provincia que lo sancionó fue La Rioja en 1876, siguiendo Buenos Aires en 1877, Mendoza en 1879, etc.

Zaffaroni y Arnedo³ dicen que es incorrecto referirse al “Proyecto Tejedor”, cuando en realidad, fue “Código Tejedor”, pese a no haber obtenido sanción por parte del Congreso Nacional como código penal de la Nación.

El artículo contenido en el proyecto es el siguiente:

Artículo 411 - *“Los abogados, médicos, cirujanos y todos los que revelen los secretos que se les confíe por razón de la profesión que ejerzan, salvo los casos en que la ley les obligue a hacer tales revelaciones sufrirán una multa de veinte y cinco a quinientos pesos fuertes.”*

En la nota al mismo se hace referencia al código español que impone al abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicase a su cliente o descubriese sus secretos, según la gravedad del perjuicio que causase, la pena de suspensión a la de inhabilitación perpetua especial, y multa de cincuenta a quinientos duros.

Según dice Chauveau Adolphe, los escribanos no están comprendidos por la disposición, puesto que su profesión no los llama a ejercer como los abogados el sagrado derecho de defensa, y no tienen que recibir para dirigirla revelaciones de ninguna especie. No son siquiera depositarios de los secretos de las partes, porque su misión se limita a recibir las convenciones, y reproducirlas fielmente por escrito.

Observa el mismo autor, que sin la calidad del agente que hace la revelación, no habrá este delito. Respecto de las personas que por su estado o profesión no tienen el mismo deber, la violación de los secretos que se les confía, culpable a los ojos de la moral, escapa del todo a la acriminación de la ley. Consistiendo además el delito en la violación voluntaria del secreto, si la divulgación es el resultado de una casualidad, de una circunstancia fortuita, la reparación del perjuicio no podría ser perseguida por la vía criminal, porque la negligencia y aun a imprudencia, no pueden remplazar la voluntad, elemento esencial de todo delito.

² Gómez, Eusebio; “Tratado de derecho penal”, tomo I, Compañía Argentina de Escritores SRL, Buenos aires, 1939, ps. 9.Aires

³ Zaffaroni, Raúl y Arnedo, “Digesto de Codificación Penal Argentina”, Tomo I, Ed. A-Z, Buenos Aires, 1996, ps. 16-17.



Respecto de “todos los que...”, la máxima se fundaba en el secreto de la confesión. No es como hombre que el sacerdote la recibe, sino como ministro de Dios. Así, no debe cuenta de ella a los hombres. Tal regla no puede variar, porque no deriva de la ley, sino de la religión. La inviolabilidad de la confesión es uno de los dogmas de la fe católica, que está colocada bajo la protección del Estado.

Salvo los casos...antiguamente los abogados y aun confesores estaban obligados a revelar los delitos de lesa majestad que llegaban a su conocimiento. Los médicos se hallaban también obligados por otras disposiciones a dar parte de los heridos que curaban, etc. Hoy solo tendrán esta obligación los funcionarios que adquieren el conocimiento de un delito en el ejercicio de sus funciones, y los particulares que son testigos de un crimen. La regla no cambia aun cuando las revelaciones sean provocadas por la justicia o medie el consentimiento de la parte, si bien en estos casos quedaría justificada la violación del secreto, a menos de probarse la malicia del revelador.

B.- Proyecto Villegas, Ugarriza y García (1881)

Presentado el Proyecto Tejedor al Congreso, éste sancionó la Ley 250 del 16 de octubre de 1868, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión integrada por tres abogados que debía examinar el proyecto e informar al Congreso antes de las primeras sesiones de 1869. Después de sucesivos reemplazos, la comisión quedó integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García. Casi con doce años de atraso, la comisión elevó el proyecto el 3 de enero de 1881. La comisión se apartó notoriamente de su mandato, puesto que más que una revisión del Proyecto Tejedor, fue un nuevo proyecto –como lo hace notar Rivarola-. Este proyecto se apartó del modelo bávaro y se aproximó al texto español de 1870, que a su vez, tenía como antecedente el código de Brasil de 1830.

El Proyecto de 1881 fue sancionado por la Provincia de Córdoba, que fue la única que no adoptó el código Tejedor. Rigió en esa provincia hasta el 1° de marzo de 1887, en que entró en vigencia el código de 1886 para todo el país.

En la carta de elevación del Proyecto, sus autores expresan que “respecto a los capítulos que tratan de la infidelidad en la custodia de los presos y de documentos, revelación de secretos, malversación de caudales públicos y fraudes y exacciones, se ha seguido en su mayor parte el proyecto Tejedor sin alteraciones sustanciales, aunque modificando la redacción para darle mayor claridad en ciertos casos, y la penalidad para armonizarla con el nuevo sistema proyectado.”

El artículo está ubicado en el capítulo séptimo “Revelación de Secretos”, dentro del Título Segundo, que trata de los “Delitos peculiares a los empleados públicos” y expresa:

Artículo 158- “Los abogados, médicos, cirujanos y todos los que revelen los secretos que se les confíe por razón de la profesión que ejerzan, salvo los casos en que la ley los obligue a hacer tales revelaciones, sufrirán multa media.”

C.- Código Penal de 1886.

En sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 23 de octubre de 1885, la Comisión de Códigos dio lectura a un despacho donde presentaba una serie de reformas al Proyecto Tejedor que lo mejoran considerablemente. Seguidamente manifiestan que, por falta de tiempo, las reformas no se



habían redactado por escrito, por lo cual un miembro informante las expondría verbalmente en el recinto. Finalizada la exposición, se discutió y aprobó en general el despacho de la comisión, y se aplazó su consideración en particular hasta el año siguiente. Después de una postergación, se trató el proyecto el 15 de noviembre de 1886, con la presencia del Ministro de Justicia Dr. Filemón Posse. En dicha fecha, se obtuvo la media sanción de la Cámara de Diputados.

El Senado aprobó el proyecto a libro cerrado sobre tablas el 25 de noviembre de 1886. De este modo, quedó sancionado por ley 1920 el primer Código Penal argentino con vigencia en todo el territorio nacional. El artículo 1° de la mencionada ley disponía: “Desde el 1° de marzo de 1887, se observará como ley de la República el proyecto de código penal redactado por el Dr. Carlos tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Códigos de la Honorable Cámara de Diputados.” La edición oficial estuvo a cargo de los Doctores Ernesto Colombres y Juan B. Salanne, designados por decreto del 11 de diciembre de 1886.

Resaltan Zaffaroni y Arnedo, la urgencia en la sanción del código después de veinte años de trámite legislativo, sin embargo, explican que existía una razón: la Argentina era el único país del continente sin código penal sancionado en la forma constitucionalmente prevista, por lo que, la imagen de orden del país, no resistía esta circunstancia.⁴

La norma fue ubicada dentro del capítulo séptimo “Revelación de secretos”, dentro del Título Segundo “De los delitos peculiares a los empleados públicos”

Artículo 265- *“Los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se les hubiese confiado, sufrirán la pena de suspensión por seis meses a un año y multa de veinte y cinco a trescientos pesos.”*

D.- Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo (1891)

Con fecha del 7 de junio de 1890, el presidente de la Nación Juárez Celman, firma un decreto por el que designa una comisión para proyectar un nuevo texto de código penal. La comisión estaba integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo. “El decreto que los nombraba decía: el código penal vigente adolece de defectos que es indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entraña para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación... en los últimos años diversos países han alterado su legislación penal, dictando sus códigos como el resultado de estudios minuciosos y completos que deben tenerse en cuenta: la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas que si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya, como verdades inconcusas, deben tomarse en consideración para aceptar de ellas lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación: además de las deficiencias apuntadas, existen vacios que es menester llenar por el carácter mismo de las leyes penales, que no deben dejar impunes ciertos hechos que pueden ser de gravedad tal que comprometan las relaciones internacionales”⁵.

Fueron fuente de inspiración del proyecto, el código holandés de 1881 y el italiano de 1889, aunque también el húngaro de 1878. En un año elevaron un proyecto con una sólida exposición de motivos y amplio conocimiento de los textos más modernos de su tiempo.

⁴ Zaffaroni y Arnedo, “Digesto de Codificación Penal Argentina”, Ed. A-Z, 1996, T. I, Pág. 32.

⁵ Gómez, Eusebio; ob. Cit. Ps. 11



Los autores expresan en la exposición de motivos que, sobre violación de secretos, en el capítulo III, han refundido la materia contenida en los dos capítulos del Código actual que llevan el rubro de revelación de secretos, aproximando la redacción empleada por los Códigos húngaros e italiano, más clara y más amplia que la de aquél. En cuanto a las penas, opinan que no era necesario reprimir corporalmente a los particulares que se hicieren reos de violación de secretos, bastando para ellos la pena de multa, y reservaron la de penitenciaría para los empleados públicos que cometiesen el referido delito con abuso de sus funciones.

Soler enseña que la redacción del Código Penal (1921) tiene su origen precisamente en este proyecto que en su opinión sigue con bastante fidelidad el Código Italiano de 1890⁶

El artículo está ubicado en el capítulo III, dentro del Título II “Delitos contra el estado civil”, y dice:

Artículo 186. - *“El que, teniendo noticia por razón de su propio estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya revelación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos e inhabilitación especial por seis meses a tres años.”*

E.- Proyecto Segovia (1895)

En 1895, y sin encargo oficial alguno, Lisandro Segovia escribió algunas observaciones críticas al proyecto de 1891, que posteriormente publicó en la “Revista Jurídica y de Ciencias Sociales” de Buenos Aires como “Proyecto de Código Penal”, que no fue receptado parlamentariamente.

Si bien su trabajo penal casi no mereció atención, cabe resaltar, a tenor de lo que exponen Zaffaroni y Arnedo, la introducción de la condenación condicional, la reducción de la pena en el hurto por el escaso monto de la cosa y la supresión de la pena por la reparación del daño y la restitución antes de la acción judicial.⁷

La norma que estudiamos está contenida en el capítulo IV “Violación de secretos y supresión de correspondencia”, dentro del Título IV “Delitos contra la libertad”, y dispone:

Artículo 208.- *“El que teniendo noticia por razón de su propio estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya revelación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa, será reprimido con multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de la profesión o empleo e inhabilitación especial por tres meses a un año, si el hecho no importare un delito de pena mayor.”*

F.- Código Penal Reformado (1903)

En sesión de la Cámara de Diputados del 13 de junio de 1900, se consideró el despacho producido por una comisión integrada por Juan Antonio Argerich, M. J. Moreno y Pedro T. Sánchez, proponiendo la reforma parcial del código de 1886. Las discusiones en diputados se prolongaron hasta el 22 de junio, fecha en que el proyecto se aprobó en general, postergándose su tratamiento en particular para agosto de ese mismo año. Finalmente se aprobó en sesión del 14 de setiembre de 1900.

El proyecto con la media sanción de diputados, fue demorado en el Senado durante tres años. El 2 de julio de 1903 el Senado recepta el despacho de su comisión, integrada por los senadores Palacio,

⁶ Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Editorial TEA, Buenos Aires, 1970, ps. 118.

⁷ Zaffaroni y Arnedo, “Digesto de Codificación Penal Argentina”, Ed. A-Z, 1996, T. I, p. 42.



Mansilla y Pellegrini, que proponían diez enmiendas al proyecto de Diputados. Las discusiones hicieron que el tratamiento se extendiese hasta el 11 de julio, fecha que en se obtuvo su sanción. El proyecto volvió a Diputados, que el 3 de agosto de 1903 aprobó sin objeciones las reformas introducidas por el Senado. De manera que el 22 de agosto de ese año, se promulgó por ley 4189.

La norma está receptada en el capítulo séptimo sobre “Revelación de secretos”, dentro del Título Segundo “De los delitos peculiares a los empleados públicos”.

Artículo 265.- *“Los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se les hubiese confiado, sufrirán la pena de suspensión por seis meses a un año y multa de veinticinco a trescientos pesos.”*

G.- Proyecto de Código Penal (1906)

El 19 de diciembre de 1904, el presidente Quintana, por decreto refrendado por Joaquín V. González, y designa una comisión integrada por seis miembros para redactar un nuevo proyecto de código penal. La comisión estaba integrada por Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero, Cornelio Moyano Gacitúa, Francisco Beazley, Diego Saavedra y José María Ramos Mejía, actuando como secretario José Luis Duffy. El proyecto fue elevado el 10 de marzo de 1906. El Poder Ejecutivo lo remitió al Congreso y la Cámara de Senadores lo giró para su estudio a la comisión, la que nunca produjo despacho.

En la exposición de motivos, los autores explican que ellos han reunido toda la materia de violación de secretos en un solo capítulo, a diferencia del Código que legislaba en dos partes la violación y revelación de secretos. De este modo, consideran que se garantiza de una manera mucho más efectiva la inviolabilidad de la correspondencia, porque penan todos los actos de apoderamiento de toda clase de documentos privados, cartas, telegramas, etc. y la supresión o desviación de su destino y la publicación de su contenido, estableciendo a la vez penas más severas para el empleado de correos o telégrafos que viole en cualquier forma la correspondencia. Las dos últimas disposiciones de este capítulo, se refieren a la violación del secreto profesional y a la divulgación de actuaciones o procedimientos que por la ley deben quedar secretos.

El artículo está regulado en el capítulo III sobre “Violación de secretos”, en el Título V de los “Delitos contra la libertad”

Artículo 164.- *“Será reprimido con multa de doscientos a 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.”*

H.- Proyecto de Código Penal (1917)

Mientras todas estas reformas se producían y sus correspondientes derogaciones algunas leyes permanecían firmes: ley 3335 (de 1895) sobre reincidentes; ley 3972 (1900) sobre falsificación de



monedas; después de 1903, la ley 9.077 referida a los cheques sin provisión de fondos y la ley 9143 sobre prostitución y trata de blancas.

Un importante grupo de jueces y doctrinarios se reunieron en un Congreso Penitenciario en Buenos Aires durante los días 4 al 11 de Mayo de 1914 donde se trató en primer lugar la conveniencia de la reforma penal y la gestión de su aprobación. La afirmativa fue total. El relator fue Octavio González Roura.

En 1916, Rodolfo Moreno (h), resucitó el proyecto de 1906, con una serie de modificaciones por él introducidas (por ej. Supresión de la pena de muerte, disminución del mínimo en la pena del homicidio, derogación –como ley especial- ley 9143, . Al momento de presentar su proyecto a la Cámara de Diputados, explica que su propósito era que el mismo fuera tomado como base para la preparación del proyecto definitivo, por lo que remitió un ejemplar a todos los magistrados y una encuesta. Posteriormente propone que se designe una comisión para que estudie los proyectos de reforma penal y penitenciaria.

El 16 de julio de 1917, Moreno anunció que el despacho estaba listo y que la comisión especial aconsejaba la sanción del proyecto. Así el proyecto conocido como “Proyecto de 1917”, fue defendido en la misma Cámara de diputados por el autor quien la aprobó a libro cerrado⁸ el 22 de agosto de 1917 y remitido en esa fecha al Senado. El Proyecto de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, aprobado por la misma, fue remitido a la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, que demoró dos años en expedirse, haciéndolo recién el 25 de setiembre de 1919.

La norma en examen fue ubicada en el capítulo III “Violación de secretos”, dentro del Título V sobre “Delitos contra la libertad”.

Artículo 156.- *“Será reprimido con multa de doscientos a 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.”*

I.- Código Penal de 1921

La Cámara de Senadores propuso modificaciones al “Proyecto de 1917”, y posteriormente lo remitió a Diputados. En ésta Cámara fue girado a la comisión especial que aconsejó no aceptar la mayoría de esas modificaciones. La Cámara de Senadores insistió con mayoría de dos tercios en sus modificaciones, pero como la Cámara de Diputados era la cámara iniciadora, e insistió a su vez con sus dos tercios, el proyecto quedó aprobado por el Congreso el 30 de setiembre de 1921.

El 1º de diciembre de 1921, se ordena por decreto la edición oficial al cuidado de Ramón Ledesma (h) y Ramón Gené, la que se declaró auténtica por Ley 11.221 de “Fe de erratas a la edición oficial”. Conforme el artículo 303, el código entraba en vigencia a los seis meses de su promulgación, vale decir, el 29 de abril de 1922.

El artículo analizado, quedó en igual ubicación que la que tenía en el “Proyecto de 1917”.

⁸ Sólo hubo un pequeño debate a cargo del diputado socialista Antonio de Tomaso relativo a la represión del duelo.



Artículo 156.- *“Será reprimido con multa de doscientos a 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.”*

J.- Proyecto Coll-Gómez (1937)

Eusebio Gómez y Jorge Eduardo Coll estaban ubicados en las filas del positivismo penal italiano. El 19 de setiembre de 1936 el Poder ejecutivo les encomendó por decreto la redacción de un proyecto de código penal. Los autores elevaron el proyecto el 8 de julio de 1937. Su trabajo innova relativamente poco dentro de la estructura del código de 1921. El Poder Ejecutivo remitió el proyecto a la Cámara de Diputados el 27 de agosto de 1937, donde se le dio algún trámite, pero nunca llegó a tratarse.

La disposición fue ubicada en el capítulo IV “Violación de secretos”, dentro del Título IV que trata los “Delitos contra la libertad”.

Artículo 198.- *“Se impondrá prisión de un mes a un año, en los siguientes casos:*

1°. Al que habiendo cometido alguno de los hechos previstos en los artículos 196 y 197 (violación de la correspondencia y papeles privados), comunicare a otro el contenido de la carta, escrito o despacho de que se trate.

2°. Al que hallándose en posesión de una correspondencia no destinada ala publicidad, aunque haya sido dirigida a él, la hiciere publicar y causare o pudiere causar perjuicio.

3°. Al que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión, arte o de una situación particular que le obligue a guardar reserva, divulgue un secreto o lo revele sin justa causa, si de ello resultare o pudiere resultar perjuicio.”

K.- Proyecto Peco (1941)

El proyecto elaborado por José Peco fue presentado a la Cámara de Diputados por su autor el 25 de setiembre de 1941, completando su obra al año siguiente con la publicación de la “Exposición”. Finalmente el proyecto no fue tratado por el Congreso, debido a la disolución del mismo en 1943.

En su exposición de motivos, explica el tratamiento de los delitos contra la inviolabilidad del secreto en el capítulo quinto dentro del Título IV de los “Delitos contra la libertad”. Menciona que el código noruego los clasifica entre los delitos contra el orden público y el suizo los sitúa en la categoría de los delitos contra los deberes de la función y los deberes profesionales, como si se atacara un bien jurídico del Estado. Sin embargo, el bien jurídico protegido entraña una de las exteriorizaciones más elocuentes de la libertad individual. La persona necesita amparo en la vida de relación contra la injerencia extraña para resguardarse de las indiscreciones, o de la malevolencia. La vida de relación exige que permanezca ignorada la correspondencia que se le destina a una persona, así como que no se difundan los secretos que tienen como escudo la confianza.

Explica, que tampoco considera correcto el criterio del “Proyecto de 1937”, que considera en capítulos separados la violación de correspondencia y papeles privados por una parte, y la violación de



secretos por otra. Opina que el rubro general de delitos contra la inviolabilidad del secreto es el más exacto. Quebranta el secreto el que abre indebidamente una carta, el que se apodera indebidamente de un pliego o de un despacho y hasta el que desvía de su destino una correspondencia que no le está dirigida, si bien de modo indirecto. El proyecto no sólo comprende la violación de la correspondencia, de la comunicación telegráfica o conversación telefónica, el conocimiento o la relación de documentos secretos y la revelación de secretos profesionales como el código actual, sino también la revelación de secretos científicos o industriales, como el código penal italiano.

Artículo 183.- *“Al que teniendo conocimiento, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, divulgare un secreto o lo revelare sin justa causa, o lo usare en beneficio propio o ajeno, si de ello pudiere resultar perjuicio, se le aplicará privación de libertad de un mes a un año o multa de cien a mil pesos.”*

L.- Proyecto De 1951

Producida la reforma constitucional de 1949, se intentó renovar toda la legislación adecuándola a la nueva Constitución, particularmente innovadora en cuanto a la incorporación de los principios del constitucionalismo social. La reforma se impulsa después de la vigencia de la nueva Constitución, y culmina con la remisión del proyecto al Congreso el 1° de agosto de 1951, precedido por un mensaje del presidente Perón.

Fue su autor el Profesor Isidoro De Benedetti. El proyecto se mantenía dentro de los lineamientos del Proyecto de Peco.

Dentro del Título III de los “Delitos contra la libertad”, en el capítulo V, se ubican los “Delitos contra la inviolabilidad de secretos”:

Artículo 228.- *“Al que, teniendo conocimiento por su estado, empleo, profesión, arte u oficio de un secreto total o parcialmente ajeno, lo revelare sin justa causa, o lo usare en beneficio propio o de terceros, se impondrá, si el hecho pudiere causar perjuicio, multa de doscientos a veinte mil pesos”.*

LL.- Proyecto De 1953

Dentro del Poder Ejecutivo, se resolvió elaborar un nuevo proyecto, para lo cual se encomendó a Ricardo Levene (h), Horacio Maldonado y Francisco Laplaza en el año 1952.

Levene elevó su proyecto en 1953, siendo publicado en multicopiador por el Ministerio de Justicia. Conforme a los índices del Diario de Sesiones de las Cámaras de Diputados y de Senadores de los años 1953, 1954 y 1955, el proyecto no registra entrada en ninguna de las dos, por lo que se supone que el Poder Ejecutivo nunca lo remitió.

La norma está prevista en el capítulo VI de los “Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia y de los secretos”, dentro del Título III “Delitos contra la libertad”:

Artículo 181.- *“Al que revelare sin justa causa un secreto, total o parcialmente ajeno, del que tuviere conocimiento por su estado, empleo, profesión, arte u oficio, o lo usare en beneficio propio o de*



terceros, se le impondrá, si el hecho pudiese causar perjuicio, prisión de un mes a un año o multa de cien a diez mil pesos”.

M.- Proyecto De 1960. “Proyecto Soler”

Por decreto 7292 del 13 de octubre de 1958, el Poder Ejecutivo encomendó a Sebastián Soler la redacción de un proyecto de código penal. En el mismo decreto se invitó a designar representantes a la Corte Suprema de Justicia, a las Facultades de Derecho de tres universidades nacionales, a la Federación Argentina de Colegios de Abogados y a la Sociedad Argentina de Criminología, a fin de constituir una comisión asesora, consultiva y revisora para proporcionar al redactor del código penal, un informe con las cuestiones que considere necesarias contemplar y las soluciones que estime procedentes. A solicitud del redactor, se designó a Eduardo Marquardt y a Luis Cabral para que actúen como secretarios ad hoc y lo secunden en la tarea de recopilación y compulsa de antecedentes legislativos y jurisprudencia, tanto del país como del extranjero.

El 31 de marzo de 1960, Soler elevó su proyecto al Ministro, quien lo sometió a la comisión respectiva. La comisión estudió esta presentación y expresó su adhesión, no obstante acompañó una planilla con algunas modificaciones. Allí se recomendaba su sanción. En dictamen separado, también José Peco aconsejaba su sanción. El texto, con las modificaciones aceptadas por el redactor, constituyó el proyecto definitivo que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso. El trámite legislativo se interrumpió con la clausura del Congreso Nacional con motivo del golpe de 1962. El nuevo parlamento elegido en 1963 no retomó los trabajos sobre este proyecto.

En la exposición de motivos se explican las razones para separar material del título de los delitos contra la libertad e integrar con el capítulo de los delitos contra el ámbito de la intimidad. Explican que del tema de los delitos contra la libertad separaron algunas materias, dejando bajo ese título solamente los delitos contra la libertad individual, de reunión y prensa, y agregaron los delitos contra la libertad de determinación, donde se contienen las figuras de coacción y de amenazas. Sacaron del título la violación de secretos y de domicilio. Introdujeron así expresamente la protección de la esfera de intimidad. Opinan que la protección de ésta a través de su vinculación con la libertad, según lo hace el Código y con él la mayoría de las legislaciones resulta algo rebuscada, y no muestra claramente la razón para incriminar las violaciones de secretos y de domicilio. La autonomía de este bien jurídico es modernamente objeto de reconocimiento expreso (por ejemplo en el P. Alemán de 1959, cuyo título séptimo comprende las lesiones al ámbito de la vida privada y reservada). Dentro de este ámbito colocan la protección a las ceremonias de culto, las ceremonias fúnebres y el respeto a los difuntos.

Ubicado en el Título VI “Delitos contra el ámbito de intimidad”, en el capítulo I sobre “Violación de secretos”:

Artículo 202.- *“Será reprimido con prisión hasta un año y con multa de treinta a ciento cincuenta días, el que teniendo noticia por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelare sin justa causa”.*



N.- Anteproyecto Del Año 2006

En el año 2006 se conformó una Comisión de Juristas por orden del Ministerio de Justicia de la Nación, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional. Las resoluciones que llevaban los nros. 303/04 y 136/05 desnudaban –entre otros temas – un ancestral problema cuales eran los fallidos intentos de reformar definitivamente el Código Penal al decir que desde la época de su sanción en 1922 hasta el año 2004 el Código Penal había sufrido 878 reformas (137 en la Parte General y 741 en la Especial), muchas de ellas no integradas, afectando la sistematicidad punitiva, mutilando su coherencia interna y alterando la proporcionalidad de las escalas penales.

Los fundamentos específicos referidos al Capítulo Violación de Secretos fueron muy escuetos. Allí se dijo: “Se ha modificado el Capítulo sobre violación de secretos que ahora se denomina “Violación de secretos y de la privacidad”. De este modo, se actualiza la normativa a los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos y se tipifican lesiones intolerables a la privacidad, mediante la utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes o sonido”.

El texto legal que se propone en el capítulo reza así: Violación de secretos y de la privacidad. ARTICULO 138.- Será reprimido con prisión de QUINCE (15) días a SEIS (6) meses o de DIEZ (10) a DOSCIENTOS (200) días multa, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico, mensaje de correo electrónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un mensaje de correo electrónico, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o mensaje de correo electrónico que no le esté dirigida. Se le aplicará prisión de UN (1) mes a UN (1) año o de DIEZ (10) a TRESCIENTOS (300) días multa, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, mensaje de correo electrónico o despacho.

ARTICULO 139.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años, el que por su oficio o profesión se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia o de un mensaje de correo electrónico. También si se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTICULO 140.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años el que, para vulnerar la privacidad de otro, utilice artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o imagen.

ARTICULO 141.- Se impondrá pena de prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años si se difundieran, revelaran o cedieran a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refiere el artículo anterior.

ARTICULO 142.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años el que indebidamente interceptare, captare o desviare comunicaciones telefónicas, postales, de telégrafo o facsímil o cualquier otro sistema de envío de objetos o transmisión de imágenes, voces o paquetes de datos, así como cualquier otro tipo de información, archivo, registros y/o documentos privados o de entrada o lectura no autorizada o no accesible al público que no le estuvieren dirigidos. La pena será de



UNO (1) a CINCO (5) años si el autor fuere funcionario público o integrante de las fuerzas armadas o de seguridad.

ARTICULO 143.- Será reprimido con multa de DIEZ (10) a CIENTO CINCUENTA (150) días-multa el que, hallándose en posesión de una correspondencia o mensaje de correo electrónico no destinado a la publicidad, lo hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

ARTICULO 144.- Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o inhabilitación especial, en su caso, por el doble tiempo de la condena, al que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

ARTICULO 145.- Será reprimido con prisión de SEIS(6) meses a DOS (2) años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos.

ARTICULO 146.- Será reprimido con la pena de prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años el que ilegítimamente accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales. La misma pena se aplicará al que insertare o hiciere insertar datos falsos en un archivo de datos personales o proporcionare a un tercero información falsa contenida en un archivo de datos personales o revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley.

Sobre los fundamentos en general que motivaron la reforma, la Comisión expresó: “I. Los lineamientos generales orientadores de la labor de la Comisión se han fundado especialmente en la necesidad de adecuación constitucional e internacional del texto vigente, de actualización técnico-jurídica y de proporcionalidad y coherencia de la respuesta punitiva, procurando dotar de mayor eficacia a la ley sustancial —dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales— y alcanzar una mayor unidad, orden sistemático y racionalidad en el Código Penal.

”La Comisión ha consultado los anteriores proyectos sobre la materia (Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano, presentado el 13 de noviembre de 1987, el Anteproyecto de Reformas Puntuales al Código Penal de 1988 —Comisión creada por Resolución M.J. N° 420 del 10 de diciembre de 1997— y el Anteproyecto de 1999 de reforma sustancial al Libro Primero del Código Penal y a algunos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo cuerpo legal). En el orden internacional se ha consultado el Código Penal alemán, y los más recientes códigos, por ejemplo, el de España, el de Portugal, el de Francia y, en nuestra región, el de Paraguay y el de Guatemala, respetando así nuestra tradición continental europea....

”II. En lo que respecta a los fundamentos de índole político-criminal, el objetivo perseguido por esta Comisión es dar una respuesta actualizada, integral y eficiente al fenómeno del delito en la Argentina, en el marco del Estado de Derecho. Esta propuesta es adversa a la política de cambios episódicos, ya que se considera que el modelo contemporáneo de legislación penal debe atenerse a una cosmovisión integradora. Ello demanda como punto de partida el respeto a los postulados político criminales que surgen de la Constitución Nacional, como único modo de orientar desde el Estado la ejecución de cada uno de los cambios necesarios en las diferentes áreas del conjunto.



Las leyes irruptivas, aprobadas siempre bajo advocación de episodios críticos, nunca —ni siquiera excepcionalmente— han servido para disminuir los conflictos penales; sólo han contribuido al deterioro del funcionamiento del sistema jurídico. La política criminal es parte de la política estatal y no un impulso de fracciones. De hecho, importa reconocer que es parte de la política social, y que su planificación no puede prescindir de las medidas económico-sociales destinadas a reducir el fenómeno de la criminalidad.

Si la compaginación entre política social y cada una de las áreas de la política criminal es indispensable, resulta de igual modo obvia la necesidad de interacción entre los componentes de la denominada política penal, es decir, el derecho penal sustantivo, el derecho procesal penal, la organización policial reconocida por todos como umbral de la administración penal y la política penitenciaria.

Es necesario comprender que el abordaje responsable del problema de la seguridad requiere, desde la perspectiva del sistema penal, una consideración conglobada de sus segmentos normativos y de la estructura y funcionamiento de sus agencias.

La reforma aquí proyectada procura avanzar en ese camino, en tanto resulta indispensable poner en vigencia un código penal que, amén de su necesaria adecuación a compromisos y normas del derecho internacional, incorpore modernos institutos, clarifique problemas que fueron motivo de diversos criterios interpretativos y proporcione instrumentos que, bajo condición de respeto irrestricto a los principios constitucionales, dé efectividad y otorgue sentido a la respuesta punitiva. De allí el postulado principal de que todas las penas deben efectivamente cumplirse.

Pero cabe advertir que nada se gana con la excelencia de un código penal, si los juicios se prolongan indefinidamente —sin respuesta jurisdiccional a los conflictos que constituyen su objeto—, si la detención o prisión preventiva se transforman de hecho en pena anticipada y la llamada excarcelación se convierte en un remedio excepcional, si se faculta a la policía para detener por varios días a los “sospechosos”, si no se implementan controles institucionales que reduzcan los espacios de arbitrariedad y, de ese modo, la corrupción, si no se reforma el sistema de investigación de los delitos o si en el ámbito penitenciario persiste la humillación en lugar de una orientación que provea seguridad, respeto a la dignidad humana y una función social.

La eficacia de la ley penal nada tiene que ver con marcos penales elevados, penas indeterminadas o agravantes irracionales. Esta afirmación ha sido históricamente comprobada. Las políticas populistas basadas en el intervencionismo penal extremo no pasan de ser un recurso simbólico con funcionalidad pragmática de corto alcance. En el mediano plazo quedan en evidencia: no resuelven los problemas, tienen costos económicos altísimos (tan altos como inútiles) y, como si fuera poco, resignan el respeto a las normas constitucionales y mediatizan a la persona.

La eficacia, en cambio, debe medirse en su efecto real sobre las conductas lesivas a los bienes jurídicos. Por ello, el proyecto utiliza una técnica que facilita la interpretación y aplicación de la ley, delimita el ámbito de lo punible a partir del bien jurídico reconocido y especialmente de la lesividad de los comportamientos. Asimismo, procura concentrar la persecución penal en aquellas conductas delictivas verdaderamente relevantes, facilita la reducción de la sobrecarga para los órganos de



persecución penal y el sistema penitenciario a través de una despenalización moderada de conductas de bagatela o en situaciones donde el conflicto ha sido superado.

En orden a los fundamentos de índole normativa, se ha procurado una adecuación de la ley interna a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y se ha avanzado en una reforma que no sólo se proyecta sobre el sistema de las consecuencias jurídicas del delito y la necesidad de dotar de proporcionalidad y racionalidad a las escalas penales, así como la previsión de sanciones para personas jurídicas, sino —además— sobre la regulación del hecho punible, receptando —en base a los avances de la ciencia penal, la legislación comparada y nuestra jurisprudencia—, nuevos institutos que constituyen cambios sustanciales sobre algunas cuestiones que la doctrina y jurisprudencia han reconocido de manera amplia. También se ha avanzado en una revalorización de la víctima —privilegiando la solución del conflicto—, y se han introducido modificaciones sustanciales al ejercicio de la acción penal, consagrándose criterios de oportunidad, ampliándose el catálogo de acciones dependientes de instancia privada y de acciones privadas.

Estas razones —que podrían ampliarse— que encuentran sustento en estadísticas oficiales, encuestas de victimización y cuadros comparativos de la realidad normativa actual, constituyen argumentos suficientes para proyectar una reforma integral al Código Penal que apunte a recomponer su parte general, incorporar modernos institutos y nuevas pautas de intervención penal, nuevas figuras delictivas y readecuar las escalas penales de la parte especial retomando la racionalidad y proporcionalidad, para facilitar así una respuesta más eficiente y a la vez respetuosa de las garantías.

Bien Jurídico Protegido

1.- Bien Jurídico Protegido en la Teoría del Delito.

Se ha entendido en la dogmática jurídico penal, que el bien jurídico protegido es un estandar que legitima la punibilidad, constituyéndose este instituto en una “conditio sine quanon” para el examen previo de cualquier ilícito.

Si cupiera analizar los delitos impresos en la parte especial del Código Penal tempranamente saldría a la luz que se trata de un sistema clasificatorio de bienes jurídicos que tiene en cuenta la gravedad de los delitos⁹.

La función del derecho penal se encuentra ligada estrechamente con la concepción que se tenga de la pena. Una bizantina discusión que versa si la pena tiene algún fin o alguna función incide en el tema abordado porque compromete —de suyo— a la política criminal y el rol del Estado. De esta manera “se ha deducido que un principio fundamental del Derecho Penal es la exigencia de que todo delito constituya, por lo menos, la lesión de un bien jurídico” (Bacigalupo)¹⁰.

En los orígenes la determinación dogmática de qué es lo que tutela el derecho penal fue difusa. Los estudiosos alemanes ya visualizaban una dicotomía en torno a qué se protege. Así Birnbaum, en la

⁹ La referencia histórica la encontramos en la famosísima Escuela Toscana del Derecho que tuvo por epicentro la Universidad de Pisa y por destacado “ordenador” a Giovanni Carmignani. Lo continuarán Carrara, Ferri, entre otros.

¹⁰ Cornejo, Abel ; “Teoría de la insignificancia”, Rubinza Culzoni, Buenos Aires, 2006, ps. 34 y 35. Cita a: Bacigalupo Enrique; “Derecho Penal. Parte General”, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, ps. 34.



década de 1930, se opuso a Feuerbach con la idea de que el Derecho penal tenía que proteger "bienes"¹¹ y no derechos subjetivos. Maurach dice que fue en 1932 cuando Birnbaum acuña el concepto intentando elaborar la idea de legitimar preceptos penales¹² pero recién en 1934 introduce este "Concepto" cuya discusión actual transita especialmente en determinar cuales serían los bienes que merecen ser protegidos por el derecho penal¹³

El pensamiento de Feuerbach responde a una época donde las ideas iusnaturalistas y racionalistas logran eclipsar el régimen absolutista, de allí la importancia de los derechos subjetivos como algo plasmado en la naturaleza del hombre, base de derechos con la cual posteriormente formulará el "contrato".

A contrario en la idea de Birnbaum el bien jurídico es algo trascendente y por ende se encuentra "más allá del derecho" lo que hace que esta noción sea fundamento del plexo jurídico¹⁴.

A partir de allí la Ciencia penal ha venido formulando sin cesar una multitud de enunciados discursivos sobre el objeto de la protección jurídico penal¹⁵, que han cristalizado en el principio fundamental de que el Derecho penal únicamente es legítimo para la protección subsidiaria de *bienes jurídicos* y como *ultima ratio*.

Roxin, con meridiana claridad, relata lo siguiente: "La exigencia de que el Derecho penal puede proteger "bienes jurídicos" ha desempeñado un importante papel en la discusión" doctrinaria... "El punto de partida concreto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por lo tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político criminalmente sólo puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado". Para terminar conceptualizando el tema así: "los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"¹⁶

En sentido *formal*, bien jurídico es "todo bien, situación o relación deseada y protegida por el Derecho"¹⁷. En sentido *material*, sin embargo, no parece posible aprehenderlo en la forma de un "concepto" clasificatorio¹⁸, sino sólo en la de un "tipo" o *directriz normativa*¹⁹. Alcácer Guirao advierte

¹¹ Birnbaum, AdC-Neue Folge, t. 15, 1834, pp. 149 ss. y AdC-Neue Folge, t. 17, 1836, pp. 560 s.

¹² Jescheck, H.; "Tratado de derecho penal", Tomo 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, ps. 351.

¹³ Stratenwerth, G.; "Derecho penal. Parte general I, el hecho punible", Ed. Edersa, Madrid, 1976, ps. 4.

¹⁴ Bustos Ramírez, Juan; "Manual de derecho penal español", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, ps. 51.

¹⁵ En Binding es inmanente a la norma, en Von Liszt no están en la norma sino que ésta los protege. Puede verse: Hormazábal Malarée, Hernán; "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho", PPU, Barcelona, 1991, ps. 13 ss.

¹⁶ Roxin, Claus; "Derecho Penal Parte General", Tomo I, Quinta Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2010, ps. 52, 55 y 56.

¹⁷ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, pp. 4 s.; Cerezo Mir PG I, 6ª ed., 2004, p. 14, quien no obstante atribuye carácter "material" a tal descripción (nota 6 de p. 14) y Gracia Martín, Fundamentos de Dogmática penal, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, p. 215.

¹⁸ Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Ed. Atelier, Barcelona, 2003, pp. 77 s.

¹⁹ Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 77 s. También Ferrajoli, Derecho y razón (n. 5), p. 471.



con razón que “más importante que el mero concepto de bien jurídico es el *programa* ético-político del que deban emanar los fundamentos, y los argumentos, de lo que se considera valioso”²⁰. El bien jurídico no es ni un objeto de la realidad en cuanto tal²¹ ni un valor ideal²², sino una “composición” o síntesis entre un *substrato de la realidad* (objeto de valoración) y una determinada valoración de éste (valoración del objeto)²³. El *substrato* es siempre una realidad con consistencia física o incorporal²⁴, la *valoración* tiene que derivarse de las “directrices axiológicas” del programa ético-político fijado, y la relación entre el uno y la otra es de interdependencia, pues un substrato real sólo puede obtener el valor de bien jurídico en virtud de su potencial de realización de los fines y objetivos del programa ético-político. Los substratos de los bienes jurídicos son así instrumentos que proporcionan “posibilidades de acción” para el logro de fines y de metas mediante su potencial de realización. Por esto, los bienes jurídicos tienen que comprenderse y explicarse como instrumentos *dinámicos* y *funcionales*²⁵, pues si como advirtió *Welzel*, “*toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos*”, entonces su existencia sólo puede comprenderse como un “*estar en función*”²⁶. La necesidad de reconocer bienes jurídicos es consecuencia de la *escasez* de los substratos con potencial de realización, y de que éstos son susceptibles de usos sólo *alternativos* y, en la mayor parte de los casos, *excluyentes*²⁷. Si fueran abundantes y susceptibles de uso y consumo ilimitados para cualquiera, entonces no sería necesaria ninguna distribución *normativa* de ellos *conforme a fines* ni, por eso, su reconocimiento como objetos dignos y necesitados de protección por el Derecho. Y puesto que la dinámica de los usos y consumos funcionales de bienes jurídicos produce siempre determinados *efectos* en el contexto social, y éstos generalmente tienen que ser soportados por los mismos bienes jurídicos utilizados o por otros distintos²⁸, de aquí tiene que resultar que, una vez que ya se ha reconocido a determinados substratos reales como bienes jurídicos, tenga que resolverse otra cuestión ulterior cuyo objeto es la decisión *política* acerca de qué usos y consumos de aquéllos tienen que permitirse y cuáles prohibirse.

Si bien la idea de bien jurídico, precede al juicio de la tipicidad, hoy hay estudiosos de la dogmática que exigen que la conducta se vea contrastada con una norma legal específica, por lo que se

²⁰ *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), p. 71, con cita de *Papageorgiu*; también *Paredes Castañón*, RDPC n° 11, 2003, pp. 95 ss. y especialmente pp. 107 ss., y *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n° 63, 1981, p. 136.

²¹ *Mir Puig*, PG, 8ª ed., 2008, p. 162 nm. 40.

²² *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n° 63, 1981, pp. 126 y 132 ss.

²³ *Mir Puig*, PG, 8ª ed., 2008, pp. 162 s.; *Díez Ripollés*, en su *Política criminal y Derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 35; *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 72 s.; *Soto Navarro*, La protección penal (n. 35), pp. 290 ss.

²⁴ Este componente material es lo que permite comprobar empíricamente la existencia de un *daño* o de un peligro; véase *Alcacer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? (n. 251), pp. 72 s. y en sentido similar *Díez Ripollés*, JD, n° 30, noviembre de 1997, p. 17 ss.

²⁵ *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n° 63, 1981, p. 139.

²⁶ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140 y *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 5. Se observa el carácter dinámico del bien jurídico protegido, que no será por cierto la función específica del derecho penal el protegerlo.

²⁷ *Terradillos Basoco*, RFDUCM, n° 63, 1981, p. 131, y *Jakobs*, *Sociedad. Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, p. 45.

²⁸ *Welzel*, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin/New York, 1975, p. 140, para quien los bienes jurídicos están en función *para “producir y soportar efectos en su contexto social”*.



le resta trascendencia a la afección del bien jurídico protegido²⁹. En este tópico corresponde practicar una aclaración en torno a esta porción doctrinaria minoritaria.

El bien jurídico surge *en* la dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado con respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos y, por ello, éstos producto de decisiones *políticas* dentro del sistema cuyo contenido dependerá del grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales, lo que en definitiva es la política criminal. Bacigalupo rescata que “la función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se siga”, por eso, en esta misma inteligencia, al decir de Mir Puig, “un Estado social y democrático de derechos sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social ...”, tornándose así aconsejable la idea de prevención limitada³⁰.

Sin hesitación es Günther Jakobs quien “pone en vilo” el sistema tradicional, sosteniendo: “... el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques... porque el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el Derecho es la estructura de la relación entre personas... así una persona encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona, precisamente a esos bienes... de esta manera “el derecho penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes... el derecho penal garantiza la vigencia en la norma”³¹. Si bien acepta que la doctrina dominante compromete a la norma en la protección de bienes jurídicos su oposición puede ejemplificarse en estos dichos: “la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico... por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques”.... “El derecho penal como protección de bienes jurídicos significa que *una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona*”. En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquél al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete”³².

Debe considerarse que la teoría de Jakobs contiene gravísimas contradicciones³³. Pero aún dentro de su esquema, el ex profesor de Bonn, considera que la teoría del bien jurídico protegido tiene importancia en los casos de legítima defensa o de consentimiento del ofendido.

²⁹ Es oportuno recordar la posición de Günther Jakobs, negándole trascendencia al bien jurídico protegido, como teoría fundamentadora del Derecho Penal. “El derecho penal no busca la protección de bienes jurídicos, sino asegurar las expectativas normativas defraudadas”... lo que se persigue es “mantener la vigencia perturbada de la norma”, por eso el delito para Jakobs es un “rol que la norma no autoriza”, en definitiva “el quebrantamiento de la vigencia de la norma, que supone una comunicación defectuosa”. Parma, Carlos; “El pensamiento de Günther Jakobs”, 2da. Reimpresión, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, ps. 104 y ss.

³⁰ Lascano, Carlos (h); “Lecciones de Derecho Penal, Parte general, tomo I; Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, ps. 16 y 19.

³¹ Jakobs, Günther: “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. Conferencia dictada en Agosto de 2.000, en el Poder Judicial de la Ciudad de Mendoza, Argentina.

³² Jakobs, Günther; “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?; Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2001, ps. 28/29.

³³ Parma, Carlos; “Derecho Penal Convexo”, Ed. Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz, Bolivia, 2008, ps. 25/44.



Resumiendo conceptos, la visión de Jakobs pasa por ser fiel al orden jurídico pues el déficit de fidelidad indicará la culpabilidad del sujeto, de allí que sostenga que “la culpabilidad material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas”³⁴.

Jakobs entonces reemplaza la teoría tradicional del bien jurídico por una teoría centralmente basada en el daño social y bajo los siguientes parámetros: a. La norma como bien jurídico protegido y b. El sistema social como sistema de interacción institucionalizada. Se protege la confianza en el cumplimiento de las expectativas, es decir, en las normas³⁵

A guisa de síntesis es útil apreciar que “el bien jurídico tiene cuatro funciones básicas: limitadora, sistemática, función de guía de interpretación y función de criterio de medición de la pena... Función sistemática: a partir de los derechos lesionados por los distintos grupos de delitos, se los distingue en clases (Títulos). Aunque, ha menester aclarar, la defectuosa técnica de nuestros legisladores actuales, ha hecho que en la Parte General también existan figuras delictivas v. gr. Art. 51, último párrafo)... El título V, Delitos contra la libertad, brinda un manto de seguridad a la libertad individual ... a la inviolabilidad del domicilio... 1) **la libertad de guardar secretos** (CN, arts. 18, 43 tercer párrafo, 75, inc. 22; DUDH, art. 12, DAD, art. X; CADDH, art. 11 inc. 2; CADH, Art. 11 inc. 2; PIDCP, art 17; CDN, art. 16)³⁶

Más allá de esta fundamentada y seria posición de Jakobs, mayoritariamente se ha insistido que lo que el legislador ha intentado es siempre proteger un bien jurídico, cual es en la especie la **intimidad** o esfera de reserva de un individuo (tema desarrollar extensivamente en el próximo acápite). Para cumplir con el resguardo del bien jurídico la ley penal sanciona a aquellos “confidentes necesarios” que ultrajen lo que les ha sido dado en calidad de secreto.

Bajo Fernández, indica que el bien jurídico protegido en el llamado secreto profesional, es la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad, porque hay una necesidad individual de recurrir a estos servicios profesionales y también un interés público en garantizar instituciones sociales que tienen su fundamento en una relación de confianza³⁷. Del mismo modo el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “*el fundamento del secreto profesional médico es la intimidad del paciente, único titular para oponerse al uso de la historia clínica*”³⁸.

2.- La Intimidad como Bien Jurídico Protegido

³⁴ Jakobs, Günther; “El fundamento del sistema jurídico penal”, Editorial ARA, Lima, 2005, ps. 115.

³⁵ Jaén Vallejo, Manuel; “Cuestiones básicas del derecho penal”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1998, ps. 125.

³⁶ Balcarce, Fabián; “Introducción a la parte especial del derecho penal nuclear.”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, ps. 65, 66 y 68.

³⁷ Bajo Fernández, Miguel; “El secreto profesional”; t. 34, Anuario de Derecho Penal, Madrid, 1980, ps. 598.

³⁸ Auto del TC 600/1989 y STC 37/1989.



La intimidad de una persona es en tiempos posmodernos el bien jurídico más vulnerable. El derecho a la intimidad, se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el derecho penal³⁹.

La intimidad es un ámbito de reserva que tiene la vida de una persona, sus acciones, sus asuntos, sus sentimientos, sus creencias, sus afecciones y hasta aquello que aun ignora. Es algo personal, privado e interior, que rescata el carácter de irrenunciable, inalienable e imprescriptible.

La *intimidad* debe ser siempre entendida como derecho esencial e inherente a la persona humana. Esta intimidad viene definida en el Diccionario de la RAL como “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de la familia*”. Al decir de Bajo Fernández, “*es un ámbito personal, reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraizaría la personalidad*”⁴⁰. Así, la privacidad se asentaría en una capa menos profunda de la persona. Acogiendo el concepto de LÓPEZ DÍAZ, cabría definir la privacidad como “*el derecho de los individuo, grupos o instituciones a determinar por ellos mismos, cuándo, cómo y cuánta información acerca de sí es comunicada a otros*”. En definitiva, cabe afirmar que la privacidad y la intimidad forman parte de un todo, pero que lo privado es más amplio que lo íntimo... En cuanto a la *confidencialidad*, es una cualidad de lo confidencial. Esto quiere decir lo que se hace en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas que lo dicho no se va a propagar o de ocurrir sólo va a ser en base a un marco preestablecido. Esta actitud que se le pide al sujeto conocedor del dato o hecho de la intimidad o privacidad de la persona examinada supone en el caso del profesional la obligación de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente. La confidencialidad en tanto es un concepto próximo a la intimidad, de manera que cuanto más íntimo sea el dato, será preciso un mayor grado de confidencialidad. Justo es diferenciar la intimidad del *derecho a la protección de datos de carácter personal*, ya que presenta rasgos propios que lo hacen merecedor de un tratamiento diferenciado, como se advierte de la propia reforma al Código Penal en su artículo 157 bis, precisamente por la utilización de las nuevas tecnologías en el tratamiento de bancos de datos personales.

El término intimidad en la relación médico – paciente implica la facultad que tiene éste último de controlar la información que se tenga sobre su persona por parte de los prestadores de salud, de tal manera que se le garantice la tranquilidad y seguridad suficiente que puede volver a ser tratado en un ámbito de reserva.

Este derecho personalísimo permite sustraer a la persona de la exposición pública o de otra intrusión a su vida privada.

Ya lo afirmaba el maestro Pablo Ramella cuando con su elocuente sabiduría se refería a la intimidad diciendo: “Debido a que el hombre vive más en multitud y a la mayor difusión de los medios de comunicación social, va perdiendo su vida íntima...”⁴¹. Agregando: “La vida en las grandes ciudades

³⁹ Muñoz Conde, Francisco; “Derecho Penal”, Parte Especial ; Editorial Tirant lo Blanch ; Valencia, año 1996, ps. 216..

⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., “El secreto profesional en el proyecto de Código Penal”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1980, pág. 599.

⁴¹ Ramella, Pablo; “Derecho Constitucional”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, ps. 322.



y los medios de comunicación de masas han invadido el recinto de los hogares y de la vida privada, violando de manera descarada este derecho que forma parte del espíritu del hombre⁴².

Para Pedro Frías basta que la injerencia sea no deseada o inoportuna. Refiere el maestro cordobés a Goldenberg, definiendo a la intimidad como el derecho que le permite al individuo preservar, mediante acciones legales, su intimidad, es decir *la parte de su existencia no comunicable*. Frías sigue a Orgaz al decir: “el derecho a la intimidad es el de toda persona a ver respetada su vida individual y familiar, a no ser sujeto de injerencias arbitrarias o no deseadas, en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia⁴³.

Hay un “santuario de la conciencia”⁴⁴, que el Estado, ni ningún individuo debe vulnerar, un marco que la persona conserva para sí y que lo hace sentirse precisamente eso: persona. Rawls, más contundente aun en la defensa de los derechos, decía que “en una sociedad justa, los derechos concedidos por la justicia a los individuos, no están sometidos a la negociación política, ni al cálculo del interés social⁴⁵, algo así como aquella máxima Kantiana que el individuo es un fin en sí mismo⁴⁶.

La intimidad entonces es en sustancia un derecho subjetivo con características propias: a) Es innato ya que se configura con el comienzo mismo de la persona; b) Es vitalicio por su trayectoria ad vitam; c) Es necesario porque no puede faltarle salvo que se desnaturalizara a la persona; d) Esencial, al no depender de una adquisición posterior y exterior; e) Inherente, en razón de su intransmisibilidad; f) Extrapatrimonial, por la imposibilidad de valorarlo en dinero; g) Relativamente indisponible, puesto que solamente resulta posible consentir temporaria y parcialmente la disposición dando un nuevo destino al derecho; h) Absoluto, por ser oponible erga omnes; i) Privado, en virtud de que se trata especialmente el problema de la interferencia entre particulares; k) y autónomo, en orden a que todas las connotaciones enunciadas lo muestran como un derecho singular, no identificable más que con los personalísimos, también llamados derechos de la personalidad, los cuales participan de igual naturaleza jurídica y caracteres.

Es radicalmente cierto que la intimidad incursiona en “una parte muy personal, reservada, de los asuntos o afecciones de una persona o de su familia”⁴⁷, como todo aquello que incida en el sentir, en el querer, en el mismo ser de la persona. En la misma inteligencia: “Existe un ámbito de intimidad que está reservado al individuo, del que cada cual tiene la titularidad exclusiva y que nadie debe vulnerar”⁴⁸.

Así este inconmensurable derecho acompaña al ser humano en su naturaleza, es como saberse propietario exclusivo de los propios pensamientos⁴⁹, de las ideas, del sentir, del querer.

⁴² Ramella, Pablo; “Introducción al derecho” Ed. Universidad Católica de Cuyo ; San Juan ;1980, ps. 411.

⁴³ “Comunicaciones y privacidad”; Frías, Pedro; Rev. “Entre abogados” del Foro de Abogados de San Juan, nro. 2, año 1999, pág. 162.

⁴⁴ Maritain, Jacques; “Los derechos del hombre”; Editorial Dedalo, Buenos Aires, 1961, ps. 125.

⁴⁵ Rawls rubrica esta idea diciendo : “ cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia que no está limitada por medidas que pudieran beneficiar a toda la sociedad...” (“Teoría de la Justicia”, John Rawls, pág. 17 y sig.s. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, año 1997).

⁴⁶ Immanuel Kant, considerado el gran filósofo de la “ilustración”, entiende que hay un camino largo y complejo que conduce a profundizar en la interioridad del sujeto, que él designa como “unsere innere natur” (nuestra naturaleza interior), que lo lleva al hombre por naturaleza a *ser respetado y a manifestar respeto por los demás* hombres.

⁴⁷ Cfr.” Diccionario Enciclopédico Aleph” ; año 1978, Austral Editora.

⁴⁸ “ Diccionario de Derecho Penal; Goldstein; pág. 839; Editorial Astrea, año 1993.

⁴⁹ Ya dijo de sí, en explosiva frase Mohamed, aquel temerario sultán conquistador de Bizancio : “ Si un pelo de mi barba, se enterara de mis pensamientos, me lo arrancaría” (puede verse en “La conquista de Bizancio”, en Momentos Estelares de la



Nos encontramos de cara a un instituto de largo alcance, de mayúsculas consecuencias, del cual se ha llegado a decir que “supera la vida privada”⁵⁰. Hay entonces un umbral, que no se puede transponer: el de la privacidad.

La generosa doctrina civilista ha dado aportes de magnitud. Rivera definía al derecho de la intimidad, como “el derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de un ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que pueden provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y a la moral pública, ni perjudique a otras personas”⁵¹.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha estado ausente en la conceptualización de este instituto en estudio, así lo ha descrito como “aquel que protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad”⁵².

En un fallo señero este Tribunal dijo: “El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y, salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen (de la doctrina del caso “Ponzetti de Balbín”)”⁵³. Pues bien, este derecho es razonable recordar que en forma genérica encuentra su amparo en el art. 19, 18, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional⁵⁴.

Este criterio tenía sus antecedentes en el máximo Tribunal cuando se protegió el “señorío del hombre a su cuerpo, su identidad, su honor, su INTIMIDAD, sus creencias trascendentes, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad que se proyecta en el plano jurídico como transferencia de la persona humana”⁵⁵.

Véase finalmente que los Tratados de Derecho Humanos vinculan el secreto profesional con el derecho a la intimidad. En esta dirección la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que el derecho a la intimidad garantiza “un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades

Humanidad, de Stefan Zweig, pág. 52, Editorial Andrés Bello, Año 1994.

⁵⁰ González Gaitano distingue entre intimidad y vida privada. La vida privada de algunas personas “son prácticamente públicas”, y esto hace que se las pueda recortar. Casi diría en mi opinión, darle un marco, o si se quiere ser más extremista “limitarla”. Vale entonces la opinión de Norberto, González Gaitano, cuando afirma que no se puede transponer el umbral de la intimidad, eso “no se puede recortar” (Ver. “El deber de respeto a la intimidad” ; pág. 31 y siguientes ; Editorial Eunsá, Pamplona, España ; año 1990).

⁵¹ Rivera, Julio César; “Instituciones de Derecho civil”; Parte General; tomo II, Editorial Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1993, ps.79.

⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa: “ Dirección General Impositiva contra Colegio de Abogados de la Capital Federal”, del 13 de Febrero de 1996, publicado en J.A. año 1996-II-295.

⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/10/2007, Franco, Julio César c. Diario “La Mañana” y/u otros, LA LEY, 14/12/2007, 6; DJ, 02/01/2008,9.

⁵⁴ Pitlevnik, Leonardo; “Jurisprudencia penal de la Corte suprema de Justicia de la Nación”, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2012, ps. 21.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa: “ Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar”, de fecha 6 de Abril de 1993, publicado en J.A. tomo IV año 1993, pág. 558. Con nota de Rivera.



absolutamente personal para cada individuo”. Más, en la temática directa que atañe a este trabajo, la Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho que se viola esta garantía cuando los Estados partes tienen leyes que obligan a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto, recomendando la confidencialidad al respecto⁵⁶.

El término intimidad encuentra sutil analogía en privacidad. Veamos: Intimidad: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Privacidad: “Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”⁵⁷.

De aristas complejas sería trasvasar esta aparente disidencia entre lo íntimo y lo privado cuando resulta hasta complejo dividir el universo de lo público y lo privado. Los pueblos suelen ser marcadamente diferentes en su concepción moral, religiosa y social, por lo que resulta impensado fijar cánones rígidos a la intimidad. Sin embargo es fácil advertir que quienes tienen una proyección pública, auto limitan su privacidad, ocupan “un rol” de índole social, ellos se ven así y la sociedad así los acepta. En definitiva: viven expuestos.

El eje de la polémica -si cupiera sintetizarlo-, pasa por decir que ambos conceptos marcan matices diferentes o rangos de compromiso social de no intromisión, y no son por ello una mera disquisición semántica. Razonablemente González Gaitano instaló la polémica en España, convalidando que “pierde su condición de íntimo aquello que los demás, pocos o muchos conocen”.

La Intimidad se presenta como algo que funda la esencia de lo humano, pleno, sensible, totalizador del ser, abarcativo de lo espiritual. Lo privado alude a un marco físico, material, social. Alegóricamente se podría pensar que la intimidad es un contenido que encaja perfectamente en la privacidad que sería su continente⁵⁸. La privacidad está vista como “el derecho que tiene una persona a decidir por sí mismo y en qué medida desea compartir con otros sus pensamientos, sus sentimientos y su vida personal”⁵⁹. Este derecho a la privacidad está siendo cada vez más vulnerable ante la cultura de la sociedad de la información que relativiza o pulveriza los conceptos de espacio y tiempo a través de internet y desde allí en las redes sociales. Personas “conectadas” a Internet y aquellas con imagen pública están en riesgo permanente, sin embargo un atisbo de sensatez se vislumbra al momento de resolver cuestiones puntuales de parte de la jurisprudencia, como ocurrió en el caso “Naomi Campbell”⁶⁰.

⁵⁶ Puede verse: “Caso X e Y contra Argentina, informe nro. 38/96, caso 10.506, sentencia 15 de Octubre 1996” (Informe anual Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996). Comité de Derecho humanos de Naciones Unidas, Observaciones 65 período de sesiones, Chile UN Doc. CCPR/C/79. Add 104, 30/3/99.

⁵⁷ Diccionario de la lengua española. Real Academia española. www.rae.es

⁵⁸ Es decir que si alguien podría tener sólo para sí un cuadro de su ser, la privacidad sería el marco de esa obra única y personalísima.

⁵⁹ Herrán Ortiz, Ana; “el derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información”, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, ps. 11.

⁶⁰ La revista británica “The mirror” obtuvo información que la famosa modelo Naomi Campbell concurría a un grupo de narcóticos anónimos por lo que publicó comentarios falsos (que concurría dos veces por día durante tres meses) y puso su foto en la portada con un texto que decía: “Naomi: I am a drug addict” (soy una adicta a las drogas). La Corte de Justicia de Gran Bretaña por tres votos contra dos le dio la razón a Campbell condenando a la contraparte por el uso indebido de información personal. Dijo además que en el caso la privacidad era parte esencial del tratamiento en tanto que la libertad de expresión de la prensa debía ceder pues la limitación era racional y justa. Puente de la Mora, ximena; “nuevas tendencias del derecho a la privacidad. Caso Naomi Campbel”, Revista de investigación y análisis, “De jure”, año 6, ntro. 4, Universidad de Colima, México, 2006, ps. 78 (Cita a: Zacharías, Diana; “New tendencies concerning the right to privacy”, Aachen, shaker, 2005, ps. 3).



La realidad es que “cualquiera sea la profesión, el derecho al secreto se vincula esencialmente a la intimidad, y esta atadura muestra, desde el principio, la complejidad del problema”⁶¹, son muchos y variados los aspectos que involucran a la intimidad de un individuo. Quizá una “Construcción hipotética”⁶², como pueden ser : sus pensamientos, sus emociones, su vida en familia, escritos privados, grabaciones, filmaciones, conversaciones telefónicas o vía electrónica (chat, e mail, etc.), objetos que guarde como recuerdos, su domicilio, la correspondencia, su situación extra familiar, su situación económica, su comportamiento sexual, su sentido de moral, etc.⁶³. Esta “intimidad”, sin duda estará “atada” al individuo, a su forma de ser, a sus vivencias, a su querer, a su sentir, a su carácter, a su singularidad, a sus rasgos de personalidad o carácter, a su plano profundo, a su sustrato moral, etc.

También se ha expresado que la intimidad se refiere a “los aspectos personales y reservados de la existencia del hombre que, por estar marginados de la relación social, no pueden ser objeto de la intromisión del Estado o de los particulares sin el consentimiento del titular de esa libertad”⁶⁴

Hay un ámbito de autonomía individual que se protege y que guarda relación directa con los sentimientos, hábitos y costumbres de los individuos⁶⁵, que precisamente deben estar amparados por “el derecho a la intimidad” en tanto este individuo haya exhibido una expectativa actual de privacidad y que la sociedad lo considere razonable⁶⁶.

Un breve paneo de esta suerte de “intimidad diezmada” de la cual son “víctimas”, personas famosas⁶⁷, políticos, gobernantes⁶⁸, actores, deportistas, empresarios, etc., es útil para entender que hay personas que han decidido vivir compartiendo su esfera íntima. Ocurre en lo cotidiano que distintas personalidades tengan “una vida pública”, hasta podría decirse “exageradamente pública” -si se admite el término- “anhelan la notoriedad”. Crean en cierta medida un mito para que millones de personas se acerquen a ellos⁶⁹, la cultura de la “imagen”. Así las cámaras de televisión entran en su domicilio, muestras cuanta faceta social se les conoce, deambulan incansablemente entre sus sentimientos y sus alcobas, se conocen sus hábitos, sus querencias. Responden cuanta pregunta se les formule, no conocen

⁶¹ Panizo Orallo, Santiago; “Riesgos del deber del secreto profesional para la eficacia del derecho”, en Sánchez de la Torre, Angel - Hoyo Sierra, Isabel: “Eficacia del derecho. Teorías y aplicaciones”, 1ra. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, ps. 229.

⁶² Para definir la “personalidad” Caprara y Gennaro, han elegido este término que apunta a : un conjunto jerárquicamente organizado de características ; un estilo de vida ; todo lo que refleja el comportamiento del individuo y que hace a la realidad cultural que pertenece ; la subjetividad del individuo, su unicidad y singularidad” (ver : “Temperamento, carácter y personalidad” ; Fedeli, Mario ; pág. 247, editorial San Pablo, Argentina ; año 1993.

⁶³ Puede verse sobre el tópico, “Fundamentos de Derecho Constitucional” ; Nino, Carlos Santiago ; páginas : 328 y siguientes, Editorial Astrea, año 1992.

⁶⁴ Ver “Instituciones de Derecho Constitucional” ; Badeni, Gregorio ; pág. 301, Editorial Ad - Hoc ; año 1997.

⁶⁵ Así se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos, 306.1892.

⁶⁶ Es el criterio que siguió la Corte de los Estados Unidos de Norte América, en “Katz vs. United States”, y sobre el cual es necesario extremar precauciones interpretativas para no caer en un funcionalismo, que sacrifique el ser humano en aras de la sociedad.

⁶⁷ “En el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión”..Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 28/08/2003, La Ley, Buenos Aires,2003-F, 421.

⁶⁸ “La protección del derecho a la intimidad se atenúa en la hipótesis de un funcionario público —en el caso, el magistrado judicial que fue objeto de comentarios en un programa televisivo, relativos a su vida privada, rechazándose el reclamo a título de daño moral deducido a raíz de ello—, así como también en la de todas aquellas personas que desarrollan una actividad fuera del ámbito íntimo, expuesto a la consideración y oposición pública”.. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 07/02/2005, O., N.M. c. T., M. y otro, LA LEY, 2005-B, 789.

⁶⁹ Esto puede verse desarrollado en “Vida privada e información : un conflicto permanente” ; Miguel Urabayen, Editorial Euns, Pamplona España ; año 1977.



el silencio, ostentan una curiosa y manipuladora “transparencia” y utilizan como artificio la mentada frase : “aquí estoy para dar la cara”. Justo es decir, que estas personas han negado su privacidad, no la persiguen. Es más, “viven de lo público”. Y aquí no cabe endilgarle responsabilidad a la prensa, pues ésta va o está porque la llaman, o de alguna manera se admite su presencia. Mostrando lo que le conviene o lo que vende.

Sagüés delimita el ámbito privado del público distinguiendo dos tipos de acciones: las internas y las externas⁷⁰. Las primeras están constituidas por los comportamientos y las conductas íntimas que tienen su comienzo y su fin en el sujeto que los realiza. No trasciende a éste. Nadie puede percatarse.

Las acciones privadas externas son conductas que trascienden. Son conocidas por los demás, sin afectar el orden ni la moral pública o bien afectar a terceros. Es decir no comprometen el bien común.

Aparte del amparo Constitucional (arts. 19 y 18 de la C.N.), este Derecho a la Intimidad, se encuentra incorporado (art. 75 inc. 22 C.N.) en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 11, inc. 2, donde dice : “ nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada...”, situación idénticamente prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su art. 17 ; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 12 y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su art. 5.

Pero a pesar de todo lo expuesto en este acápite, nuestra CSJN oportunamente refiriéndose específicamente a la vida privada dijo: “sólo la ley puede justificar la intromisión a la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen”⁷¹

El Tipo del Delito de Violación de Secretos

Objetivamente infringe la norma quien **revela un secreto**. Esto es **“quien lo pone en conocimiento de una o varias personas que no están dentro del círculo de obligados a conocerlo”**. Dentro de los autores clásicos, este concepto es opinión unánime (Fontán Balestra, Soler, Núñez, etc.)⁷².

Urge escrutar la naturaleza del verbo revelar. Revelar algo implica descubrirlo o ponerlo de manifiesto, es decir, “darlo a conocer” a otro u otros, que no debían conocerlo en la voluntad del dador del secreto.

Véase que con que una sola persona se entere, ya estaría consumado el delito, pues aquí no se requiere divulgación, cuyo concepto se aproxima al de publicación. La doctrina en este sentido ha sido pacífica : “una sola persona basta” para que el secreto se vulnere. Levene dijo que “la divulgación es sólo una pauta para estimar la potencialidad dañosa del secreto revelado”. Si cupiese admitir este análisis, quedará para apreciarse la acción en los términos del art. 40 y 41 inc. 1 del Código Penal, como circunstancia agravante.

⁷⁰ Sagüés, Néstor; “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo 2, Segunda Edición Actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 314.

⁷¹ Fallos 306: 1892; 316: 703.

⁷² Sánchez Freytes, Alejandro; “Violación del secreto particular” ; Revista del Colegio de Abogados de Córdoba, Córdoba, nro. 17, año 1983, ps. 82.



Esta persona que accede al secreto no tiene ninguna autorización de ninguna especie, es una persona ajena o extraña al hecho. No es llamado en consulta, ni a dar opinión de experto sobre tópicos que afecten la confidencia (ver sigilo sacerdotal).

Para que la conducta “reveladora” sea típica, es necesario que ninguna justa causa la atrape, precisamente porque es la norma la que exime al indiscreto cuando estamos en presencia de esta “justa causa”.

Es obvio que lo revelado debe ser conocido por el autor pues quien inventa o miente totalmente deberá responder –en su caso- ante otra norma penal.

Por su parte, desde el aspecto subjetivo del tipo se trata de un delito doloso; es admisible el dolo eventual⁷³, -así, el profesional que deja en manos de un tercero los medios necesarios para conocer el secreto, representándosele la posibilidad de que éste tome conocimiento y resultándole indiferente tal situación-.

Como la materialidad de la acción punible es “revelar un secreto”, oportuno sería intentar una aproximación a esta idea, que de suyo, parece ser central en el tratamiento del estudio de la figura delictiva: qué es el secreto.

Lo secreto es **“lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto”**. Así secreto es definido como la: **“Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta” o bien “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”**⁷⁴.

Cuando nos referimos al secreto profesional la cuestión reviste un interés legal. Arturo Orgaz definía al secreto profesional de esta manera: “La reserva impuesta a ciertos profesionales, en unos casos, y autorizada como legítima, en otros, en cuya virtud deben abstenerse de divulgar y comentar las confesiones o manifestaciones confidenciales que les hacen quienes se sirven de ellos, o el contenido de documentos que deben considerarse secretos”⁷⁵.

La palabra secreto viene de “scenere”, que quiere decir separar o segregar. El término latino es “secrétum”. En lingüística se ha identificado al término secreto con lo “oculto, ignorado, escondido y reparado de la vista o del conocimiento de los demás”. También se ha dicho: “cualquier cosa arcana o muy recóndita, que no se puede comprender o explicar”. En este sentido, secreto sería: “noticia que alguien adquiere y guarda con sigilo acerca de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en alguna ciencia, arte u oficio”⁷⁶.

En autorizada doctrina extranjera se dice que “Secreto expresa algo que sólo es conocido por su titular o por quien él determine, y que además versa sobre un contenido susceptible de conocimiento por parte de los demás, con total independencia de si el mismo es valioso o no, relevante o intrascendente, positivo o negativo, sustantivo o vacuo, íntimo y reservado o no, pues la barrera de lo privado y secreto es subjetiva y la establece el legítimo titular del soporte material en que se asienta”⁷⁷.

⁷³ CREUS, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial". Ed. Astrea. Buenos Aires. 1993. T. I. Pág. 393.

⁷⁴ Real Academia Española: www.rae.es

⁷⁵ Orgaz, Arturo; “Diccionario de derecho y ciencias sociales”, 3ra. Edición, Editorial Assandri, Córdoba, 1961, ps. 323.

⁷⁶ Ver : “Diccionario Enciclopédico Hispano Americano”, Tomo XIX, pág. 875, Ediciones Montaner y Simón, año 1912.

⁷⁷ Polaino Navarrete, Miguel; “Curso de Derecho Penal Español”; Parte Especial I; Edición dirigida por Cobo del Rosal; Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 399.



Manzini, en oportunidad de expresar opinión a los secretos concernientes a la seguridad o a otro interés político, ensayó una tesis sobre el tema diciendo: “Secreto, en sentido jurídico, es un concepto de relación material o personal, e indica el límite puesto por una voluntad jurídicamente competente a la cognoscibilidad de un hecho, de un acto o de una cosa, de modo que éstos queden actualmente destinados a permanecer ocultos para toda persona distinta de las que legítimamente los conocen, o para aquellos a quienes no se los manifieste el que tiene el poder jurídico de extender o suprimir dicho límite, o por fuerzas voluntarias o involuntarias independientes de la voluntad de quien tiene la disponibilidad jurídica del secreto”⁷⁸. Irónicamente también se afirmó “el concepto de secreto, es un secreto”⁷⁹.

Sujeto Activo y el Objeto del Secreto.

Es objeto del secreto profesional todas aquellas circunstancias y situaciones conocidas por el profesional –en el caso del médico- a través de la anamnesis en ejercicio de sus funciones. La responsabilidad se extiende a todo personal a su cargo.

Similar cuestión ocurre en cada profesión (Abogacía, contador Público, etc.) donde la responsabilidad es del profesional y del personal a su cargo.

Tipo Subjetivo: Dolo.

La distinción entre tipo subjetivo y objetivo es dable aclarar que es sólo de índole académica o doctrinaria no así normativa. El tipo subjetivo en nuestra legislación penal se deduce a raíz de los principios impuestos en el Art. 34 del C.P. en otras legislaciones la cuestión surge en forma nítida, por ejemplo: porque así lo establece la ley expresamente (art. 5 CP Esp.) o porque se deduce de las normas positivas referentes al error (§§ 16 y 17 CP alemán, 8 del CP austriaco; arts 19 y 20 CP suizo; art. 12 CP. Per. art. 18 CP Par.; arts. 14 CP. Esp.).

El Art. 156 del C.P. expresamente indica una conducta DOLOSA de parte del sujeto activo, lo que –de suyo- implica un obrar personal y de conocimiento en la realización del tipo penal objetivo. A fines del siglo XIX se pensaba que sin tal participación del aspecto subjetivo del ser humano “sólo actuaría una parte del yo empírico”⁸⁰. Pero en los años 30 y 40 todavía se planteaba la cuestión de por qué la responsabilidad subjetiva había reemplazado a la objetiva por la mera producción del resultado⁸¹. Sin perjuicio de esta discusión, superada por el estado de la legislación, es posible decir, a los fines de este trabajo, que el dolo, es decir, la forma más grave de participación personal en el delito es considerada como la manifestación de una actitud particularmente grave de negación del derecho porque se la relaciona con el carácter libre y consciente del acto.

En los comienzos de la codificación moderna del derecho penal (1810, fecha del Código Napoleón) *Feuerbach* llevó ideas renovadas a la práctica en su Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern (1810/1813). El art. 39 del *Proyecto de Feuerbach*:

⁷⁸ Manzini, Vincenzo; “Tratado de Derecho Penal”; Parte especial I; Ediar Editorial , Buenos Aires, 1957, ps. 249.

⁷⁹ Molinario dice : “ si secreto es “algo” ... “algo” puede ser una acción realizada por el interesado u otro ; un estado, una situación en que se encuentra alguien ; también puede ser una creencia, una idea, una opinión, un descubrimiento, un plan, una consecuencia”. Cfr. “Los delitos” ; Molinario, Alfredo ; Tomo II, pág. 127 y 128, Editorial Tea, año 1996.

⁸⁰ Confr. R. Frank, en ZStW 10 [1890] pp. 169 y ss.

⁸¹ Confr. E. Kohlrausch, en ZStW, 55 [1936] pp. 384 ss.; E. Mezger, Fest. f. Kohlrausch, 1944, pp.180 y ss.



exigió que el delito “provenga de dolo antijurídico”, pero limitó considerablemente el efecto práctico de esta premisa admitiendo la *praesumptio doli*. El art. 41, a su vez, limitó el contenido del dolo, excluyendo la relevancia del error de prohibición. También el CP español de 1848 siguió el mismo modelo. Pacheco⁸² explicó los fundamentos de la presunción de la siguiente manera: “La voluntad humana y el libre albedrío (...) son los fundamentos de la justicia penal”⁸³. Pero, consideró al mismo tiempo que voluntad y libertad eran tan obvias que su prueba era innecesaria. En este sentido decía Pacheco: “el hombre es un ser inteligente, reflexivo y libre” (...) “la coacción y la falta de intento o de juicio son situaciones excepcionales” (...) por ello “claro está que lo primero es lo que de ordinario ha de presumirse, porque es lo que de ordinario sucede”⁸⁴. Por lo tanto, “*sin voluntad no hay delito. La voluntad se presume, mientras no se pruebe otra cosa contraria*”⁸⁵.

La idea de dolo

Por lo tanto, no existe ninguna duda sobre la necesidad de una participación subjetiva del autor en el hecho, como condición de la responsabilidad penal. Es una exigencia tanto de los principios como de las leyes hoy vigentes. Desde *v. Liszt* el prototipo básico ha sido el *delito activo de resultado material* en su modalidad *dolosa*: era una teoría de la *transformación del mundo exterior*, en la que los delitos de omisión y el delito imprudente fueron vistos como especies del género, a veces difícilmente compatibles con él.

Dable es advertir que en los tiempos que corren hay una sobre dimensión adquirida por la *teoría de la imputación objetiva*, que pone de manifiesto un desplazamiento de la estructura de la ilicitud del delito culposo hacia el delito doloso: en el sistema clásico (tanto causalista como finalista) el dolo operaba como un *elemento limitador de la causalidad*; ello no era posible en el delito imprudente, dado que en este supuesto, por definición, el autor imprudente actuó *sin dolo*. Por ello, en el delito culposo la función limitadora del dolo se reemplazó por criterios normativos de imputación⁸⁶, que hoy se aplican también al delito doloso. Ya no se trata sólo de atribuir un resultado a una acción, sino la realización del tipo a una acción peligrosa para la realización del tipo. La teoría de la imputación objetiva, por otra parte, permite tratar ya en el marco del tipo objetivo hipótesis, tradicionalmente vinculadas al conocimiento de la causalidad y estudiadas como supuestos de error de tipo. Tal es el caso de la desviación (esencial) del nexo causal, del *aberratio ictus*, del dolo alternativo o del *dolus generalis*⁸⁷. La *posición de garante*, por otra parte, no es ahora un elemento sólo de los delitos omisivos. En los delitos activos la posición de garante tiene también significación dogmática, inclusive sin aceptar las llamadas *teorías negativas de la acción*⁸⁸.

⁸² CP. comentado, 2ª ed. 1856.

⁸³ Ibidem., p. 73.

⁸⁴ Ibidem., p. 80.

⁸⁵ Ibidem., p. 81.

⁸⁶ Ver *Welzel*: Derecho penal alemán, 11ª ed. 1969, p. 132: peligro permitido; principio de confianza (pp. 132/133).

⁸⁷ E. *Bacigalupo*, Principios de Derecho Penal, PG, 5ª ed. 1998, pp. 235 y ss. Sobre las relaciones entre la teoría de la imputación objetiva y el dolo ver también: G. *Marinucci*, en Studi in Memoria di Pietro Nuvoione, 1991, pp. 331 y ss.

⁸⁸ Confr. R. D. *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; H-J *Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979. E. *Bacigalupo*, Principios, citado, pp. 164 y ss.



Bajo estas condiciones es posible afirmar que el dolo ya no es el elemento que limita la causalidad y que las omisiones alcanzan una especial relevancia. Por ello, actualmente, se puede considerar que el prototipo básico que se ha sumado a la dogmática es *el delito culposo de omisión*.

La dogmática española dominante entiende que el dolo es entendido como “conocimiento y voluntad de la realización del tipo”, constituido, por lo tanto, por dos elementos: el cognitivo y el volitivo⁸⁹. Algo similar se puede percibir en la *dogmática italiana*⁹⁰, que refleja el estado de la discusión y que propuso definir el dolo como “*voluntad consciente de la realización del hecho ilícito*”, aclarando que “*la conciencia debe abrazar todos los aspectos de los que depende la tipicidad del hecho cometido*”. Con relación al dolo de la omisión se afirma que “*requiere la consciencia de la situación típica, y la representación de la conducta omitida*”⁹¹. Desde la inmortal investigación de *Armin Kaufmann* sobre los delitos de omisión⁹² el dolo de la omisión sólo se compone de conocimiento o de un elemento: el cognitivo. “Una voluntad de omitir o un dolo de omitir -decía *Kaufmann*-, en el sentido de voluntad de realización, tal como es propio de la dirección final, no existe” en los delitos de omisión⁹³. Por eso, desde el punto de vista de la teoría de la voluntad, *Kaufmann* consideraba que el dolo de los delitos de omisión es un “cuasi dolo”, es decir, un dolo sin voluntad! No debería extrañar, en consecuencia, que en una dogmática orientada al prototipo de los delitos omisivos, la tradicional noción de dolo basada en la voluntad, esté, como lo está, sometida a revisión.

Por otra parte, también es generalmente reconocido que el elemento volitivo del dolo no puede tener un alcance paralelo al elemento cognitivo, como aparece en las definiciones de la doctrina española mayoritaria, dado que hay elementos del tipo objetivo que el autor no puede querer ni no querer, p. ej. la edad de la víctima en el delito de abusos sexuales (art. 119 primer párrafo del C.P.) .

Jakobs considera que el autor habrá obrado con dolo cuando, en el momento del hecho, pensó que la realización del tipo, como consecuencia de su acción, es decir, de la creación de un riesgo no permitido, *no es improbable*⁹⁴. *Roxin*, considera que la esencia del dolo se manifiesta en la idea de “realización de un plan”. “Un resultado será doloso, cuando se corresponda con el plan del autor objetivamente considerado”⁹⁵. En el conocido ejemplo del fumador que fuma en la cama y que provoca un incendio (ejemplo ya propuesto por *Frank*, ZStW 10 [1890], 169 ss., [210]), considera *Roxin* que la conducta *no es dolosa* porque el incendio no era el plan del fumador.

Retomando la cuestión liminar me inclinaré por la idea central que el elemento subjetivo en el delito de violación de secretos previsto en el art. 156 del código Penal Argentino es el

⁸⁹ En este sentido: *J. Cerezo Mir*, Curso de D. Penal Español, PG II 1968, p. 131; *J. Bustos Ramirez*, Manual de Derecho penal, PG 3ª edición, 1989, p. 176; *D. Luzón Peña*, Curso de Derecho Penal, PG I, 1996, p. 405; *M. Cobo del Rosal/ T. Vives Antón*, Derecho Penal, PG 5ª edición 1999, p. 619; *F. Muñoz Conde/M. García Arán*, Derecho Penal, 1993, p. 245; *S. Mir Puig*, Derecho Penal, PG. 6ª edición 2002, p. 240. Un punto de vista diferente, basado en la teoría de la probabilidad, puede verse en *E. Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho Penal, 1976, 3ª edición 1990, p. 259, que combate la identificación de dolo y voluntad y considera dolosamente producidas “aquellas consecuencias cuya producción el sujeto estimó con suma probabilidad irían vinculadas al resultado que directamente perseguía”.

⁹⁰ Como *F. Palazzo, P. Pisa, D. Pulitanò, S. Seminara y F. Sgubbi*, junto con otros juristas.

⁹¹ Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del Codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998. Sobre el dolo en los delitos de omisión en la doctrina italiana: *G. Fiandaca/E. Musco*, Diritto Penale, 1990, pp. 347 y ss.; *M. Romano*, Commentario Sistematico del Codice Penale, I 1987, Art. 43, p. 369.

⁹² Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; ver también: *E. Bacigalupo*, Delitos Impropios de Omisión, 1970, pp. 81 y ss.

⁹³ Loc. cit., p. 81.

⁹⁴ Strafrecht, AT, 2ª edición, p. 271; ver también *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, pp. 117 s.

⁹⁵ Strafrecht, AT, 3ª edición 1997, nº12/6 (p. 365).



CONOCIMIENTO que tiene el sujeto activo de estar REVELANDO UN SECRETO del cual ha tomado conocimiento a través de una relación profesional, sabiendo que la difusión del tema puede causar perjuicio al confidente. Se impone aclarar que el dolo puede ser directo o eventual.

Ámbitos Especiales Del Secreto

Secreto Periodístico

I) Una de las libertades más importantes que tiene el hombre es aquella relativa a posibilidad de expresar sus ideas. Así, aparece la tarea periodística como uno de los valuartes más importantes de todo sistema republicano.

El secreto periodístico puede definirse como la garantía que tiene el periodista de negarse a revelar el origen de la información que obtiene en ejercicio de su función contra las autoridades o particulares que se lo requieran.

La información que consiguen y aportan quienes ejercen la libertad de expresión como oficio resulta posible en virtud de los datos que les son suministrados por sus informantes, personas o contactos de toda índole con que cuenta el reportero para poder cumplir eficazmente su misión de informar. Es por esto que la protección de la fuente resulta algo tan estratégico para el periodista como la libertad de expresión lo es para el gobierno republicano. Lo uno no puede subsistir sin lo otro⁹⁶.

Cabe destacar que fue la jurisprudencia italiana la que al tratar un caso en 1903 dio origen a la cuestión de la protección del secreto profesional del periodista⁹⁷. En aquella ocasión se trataba la posibilidad de un testigo, periodista, no declarara en un proceso amparándose en el secreto profesional. El Tribunal de Roma le negó tal derecho.

También se discute el secreto periodístico en otro plano, cual es el de guardar silencio ante noticias criminales que puedan interferir, influenciar, coaccionar o determinar resoluciones judiciales. El Código Procesal Italiano de 1988 en su art. 329 (conc. Art. 114 y ss) ordena el secreto de sumario hasta la terminación de la investigación. En cuanto la normativa de fondo el art. 326 del Código Penal reprime la violación del secreto profesional.

En muchas de las Constituciones de distintos países se le reconocido protección a las fuentes de información -Paraguay (art. 29 Constitución de 1992), Brasil (art. 5, inc. XIV Constitución de 1988), Mozambique (art. 74, inc. 3 Constitución de 1990), Perú (art. 2, inc. 18 Constitución de 1993), Haití (art. 28. 2 Constitución de 1987) y Colombia (art. 74 Constitución de 1991)-.

En Francia se ha discutido intensamente el tema si los periodistas deben guardar secreto de noticias o informaciones criminales que conozcan y puedan interferir el andamiaje de la Justicia. El art. 434 – 16 del Código Penal Francés castiga la publicación antes de la resolución judicial definitiva de los comentarios que tiendan a ejercer presión para influir en las declaraciones de los testigos o en la resolución de los Tribunales de juicio. En tanto el Código de Procedimiento Penales establece en su art.

⁹⁶ DIEGUES, Jorge Alberto. “La protección del secreto periodístico”. LL, 16/04/2009, 6.

⁹⁷ ISLAS MAGALLANES, Olga. “Delito de revelación de secretos”. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 57.



11: “toda persona que participa en un proceso está obligada por el secreto profesional en las condiciones y bajo las penas de los arts. 216-13 y 226-14 del Código Penal”.

En Estados Unidos, además de la cláusula de prensa contenida en la Primera Enmienda de la Constitución Federal, 31 de los 50 Estados contienen leyes que protegen el secreto periodístico. Sin embargo, con las excepciones de Alemania -a través de la ley sobre el derecho a negar las fuentes de información del año 1975- (7), España (art. 20, inc. 1, ap. "d" Constitución de 1978), Portugal (art. 38, inc. 2, ap. "b" Constitución de 1976) y Andorra (art. 12 Constitución de 1993), no acontece lo propio en Europa (8)⁹⁸.

En Alemania no existe derecho federal unificado respecto de la prensa, solamente el art. 5.1. frase 20 de la ley fundamental (GG) garantiza la libertad de prensa y comunicación audiovisual, mas éste se encuentra limitado por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁹⁹

El secreto en el derecho germánico se impone a los periodistas bajo sanciones penales castigando la publicación de informaciones no autorizadas protegiendo el texto del acta de acusación y otros documentos oficiales presentados en un proceso penal antes de la vista del juicio (art. 353 d St GB). El contenido de la instrucción preliminar no está destinado a ser hecho público y sólo en la etapa intermedia o en la principal, las autoridades podrán informar sobre la investigación siempre que consideren que las revelaciones dadas no afectarán al resultado del proceso y respetan los intereses de la víctima. Esas revelaciones solamente pueden darlas el jefe de la fiscalía, el presidente del Tribunal o sus representantes.

Resulta ilustrativo referenciar la opinión del Maestro Roxin: “la difusión de documentación del procedimiento preliminar, no sólo daña la neutralidad de los roles procesales de los funcionarios, sino que también contradice el principio de inmediación en la adquisición de la prueba que preside el debate”¹⁰⁰.

En Inglaterra el interés de la Justicia es de una magnitud tal que se encuentra sobre el derecho a la información. Existe de suyo una limitación: la imputación, en palabras simples la prensa es libre de decir lo que entienda sobre los hechos pero antes de que una persona sea imputada. Pretorianamente se ha dicho que la publicación de informaciones con la intención de influir en eventuales persecuciones penales es punible¹⁰¹ cualquiera que sea el momento de hacerse pública¹⁰². Los ingleses apelan a un instituto jurídico: el Contempt of Court¹⁰³. Los medios de prensa entonces deben guardar secreto en torno a lo que conozcan de procesos judiciales pues la idea del Contempt no es más que un acto de

⁹⁸ DIEGUES, Jorge Alberto. “La protección del secreto periodístico”. LL, 16/04/2009, 6.

⁹⁹ La norma custodia el derecho a la libertad de expresión precisando que “este derecho comprende (...) la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y dispone que “el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades” entre las cuales figura la obligación para el periodista de dar una información objetiva, y autorizando restricciones “necesarias en una sociedad democrática” destinadas a proteger la reputación de los demás y a “garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹⁰⁰ Roxin, Claus; “*Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung*”, en “*Neue Zeitschrift für Strafrecht*”, n°4, Munchen/ Frankfurt a. M., 1991, ps 158 y ss.

¹⁰¹ Son punibles por ejemplo, los testimonios prestados en la fase preparatoria del proceso y el aporte de elementos que permitan la identificación de menores víctimas o delincuentes o que sirvan para identificar a la víctima de una violación.

¹⁰² “Attorney General vs. NewsGroup Newspapers” (1989, Q.B. 110). En la misma dirección se ha dicho: “el interés público en la libertad de expresión debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia...”

Lord Donaldson. Asunto A-G v. News Group Newspapers Ltd. (1987).

¹⁰³ Rodríguez Bahamonde Rosa, *El secreto de sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 1999, ps 78 y ss.



desobediencia o de desacato hacia un órgano de la administración de justicia o de la administración del Estado, o como una interferencia en el ordenado desarrollo de la justicia o de las funciones de la administración que lleva generalmente aparejada una pena impuesta en un proceso sumario¹⁰⁴. De esta manera la prensa crea riesgos reales para la administración de Justicia que sintéticamente se expresan en a) daños morales y difamación de Jueces y Tribunales; b) dar a luz ciertas actuaciones judiciales o pruebas que se terminan rindiendo en medios televisivos de imposible reproducción judicial, como así también “expedientes paralelos” donde el periodismo asume el “rol” de Juez; c) Presión manifiesta sobre la independencia y la autoridad de los jueces. Atentado contra la imparcialidad de los juicios.

El tratamiento de este sutil instituto tuvo un vuelco con el fallo “Sunday Times” donde la Corte Europea de los Derechos Humanos entendió que la posición restrictiva en la comunicación –en este caso concreto- violaba el art. 10 del Convenio¹⁰⁵.

La Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo la relatividad del secreto periodístico al fallar la causa "Branzburg v. Hayes" en el año 1972. Por cinco votos contra cuatro, señaló que "La primera enmienda no releva a un periodista de la obligación que tienen todos los ciudadanos de comparecer ante un Gran Jurado y responder preguntas relevantes para una investigación criminal, ni le autoriza a ocultar hechos relevantes para la investigación de un Gran Jurado concerniente a un delito o al origen y la prueba de la conducta delictiva" (24). Mantuvo indirectamente este criterio en "Lewis" (25), y "New York Times v. Jasclevich" (26). Pero es importante señalar, como lo hacen Nowak y Rotunda, que la Suprema Corte ha procurado mantener incólume el secreto en causas civiles¹⁰⁶.

II) En nuestro país, hay un punto de inflexión: la reforma Constitucional de 1994 donde en el artículo 43 dispone que "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". De este modo, el secreto periodístico goza de expresa protección constitucional contra cualquier forma de afectación.

Así, parte de la doctrina entiende que el secreto periodístico posee como mínimo las siguientes características (Diegues): “1) Es una garantía -más que un derecho- que tiene el periodista frente a toda persona y el Estado de no divulgar, sin su conformidad, el contenido de la información que recibe. 2) Su alcance no se circunscribe exclusivamente a la acción de habeas data, sino a cualquier medida que conduzca directa o indirectamente a la afectación de la fuente. Quedan comprendidos así no solo el comparendo de personas a declaración testimonial, sino la presentación de papeles y toda otra documentación con virtualidad bastante para revelar el origen de la información brindada por la fuente. 3) Como consecuencia necesaria de lo anterior, es mi criterio de que el secreto periodístico protege tanto al periodista como a la fuente, de modo que aunque quien brinda la información al periodista, aun no siendo reportero, queda amparado de rendir cuentas en el caso aun cuando el conocimiento de la fuente hubiere acaecido por medios ajenos al periodista. 4) Aunque en la mayoría de los casos ampara a los reporteros profesionales, estimo que la garantía protege no solo al periodista sino a todo aquel que ejerza

¹⁰⁴ Goldfarb. The Contempt Power (2ª. edición) Columbia University Press. Nueva York, 1964, pág. 1.

¹⁰⁵ Bertoni, Eduardo; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabricio y Gullco, Hernán; “Libertad de Prensa y Derecho Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 251/327.

¹⁰⁶ Diegues, Jorge Alberto; “La protección del secreto periodístico”; LL, 16/04/2009, 6.



la expresión. 5) Es renunciable por el propio periodista, siendo inválidas aquellas normas que prohíban al reportero brindar su propio testimonio”¹⁰⁷.

En torno a las limitaciones al secreto periodístico, la cuestión fundamental resulta en determinar si el secreto periodístico es una garantía absoluta o relativa.

Quienes sostienen que el secreto periodístico no puede removerse, pues se trata de una garantía absoluta, argumentan –entre ellos Badeni- que "el secreto profesional es un supuesto de conciencia individual, que difícilmente puede ser apreciado por un tercero o un juez. De modo que, en salvaguarda de la conciencia del periodista profesional y de la libertad institucional de prensa, su protección sólo podría ceder con la conformidad expresa del periodista o de la persona que le suministró la información con el compromiso de no revelar la fuente informativa, y prescindiendo de los intereses privados o públicos comprometidos".

Por el contrario, el criterio mayoritario considera que estamos en presencia de una garantía relativa que cede en determinadas situaciones. Según el criterio de Vanossi únicamente puede allanarse en el caso de datos referidos a una causa penal, quedando inmunes a toda intromisión las opiniones y todos aquellos datos no ventilados ni atinentes a un expediente criminal. Spolansky entiende que únicamente queda inmune frente a delitos penales consumados -seguramente en la inteligencia de que con tal conducta el daño no es grave-, pero corresponde su levantamiento cuando el delito no ha sido consumado o, habiéndolo sido, continúa acaeciendo.

Sostiene Diegues que ambos criterios resultan interesantes, pero insuficientes. Primeramente porque aun en los casos de delitos continuados o por acontecer el allanamiento de la fuente debería tenerse como último recurso. En segundo lugar, porque aun así sería necesario practicar un juicio de proporcionalidad entre la compulsión hacia el periodista de revelar la fuente y la magnitud del delito que se quiere evitar. Así, el autor pone como ejemplo que si se busca impedir el estallido de una bomba en un parque de diversiones, el secreto habrá de ser levantado; pero que no acontecería lo mismo cuando se optase por sacrificar la privacidad de la fuente para impedir por caso el libramiento de un cheque sin fondos (art. 302 C.P.).

Javier Pradera, buscando las diferencias entre el ámbito del secreto periodístico y otros ámbitos señala que “El sacerdote no busca el secreto, sino que es buscado como destinatario forzoso de su contenido, igual ocurre con los abogados en su bufete y con los médicos en su consulta. Los periodistas, en cambio, no se limitan a recibir un secreto sino que lo buscan. En suma, los periodistas no se limitan pasivamente a recibir los secretos, sino que los persiguen”¹⁰⁸.

Por su reconocimiento constitucional se puede decir que estamos en presencia de un derecho fundamental, de carácter instrumental, configurado como un derecho limitado, siendo el bien jurídico protegido la identidad de la fuente de información y no la intimidad. Así se puede hablar del derecho al secreto profesional, es el derecho a silenciar las fuentes de información -FERNANDEZ MIRANDA-. Así y a diferencia de otros ámbitos en que se brinda protección a lo *secreto*, en donde ésta funciona a

¹⁰⁷ Diegues, Jorge Alberto; “La protección del secreto periodístico”; LL, 16/04/2009, 6.

¹⁰⁸ Citado por Frigola Vallina, Joaquín - Escudero Moratalla, José Francisco. “LA CLÁUSULA DE SECRETO PROFESIONAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995”. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Revista del Poder Judicial n° 40. Octubre-Diciembre 1995.



manera de *deber profesional*, en el secreto periodístico la protección aparece como un *derecho* del profesional periodista¹⁰⁹.

El secreto profesional protege al periodista, únicamente como testigo, nunca como autor. Es decir, le concede protección para guardar secreto, cuando un juez le pida testimonio de unos hechos que haya conocido en el ejercicio de su actividad profesional.

A diferencia de la protección del secreto de otros profesionales, en el secreto periodístico el profesional no tiene el deber de guardar silencio sobre lo que su fuente revela sino sobre la identidad de su fuente. Así, el secreto no recae sobre el contenido de la información, sino sobre la identidad de quien ha proporcionado esa información.

Los titulares de este derecho de reserva, evidentemente son los periodistas, redactores y directores son los titulares de este derecho. Marc CARRILLO considera como sujeto activo a todo aquel profesional que, como trabajo principal, regular y retribuido, se dedica a obtener y elaborar información para difundirla o comunicarla por cualquier medio de comunicación, de forma cotidiana o periódica, extendiendo a los colaboradores habituales la condición de sujetos activos del derecho al secreto profesional, así como al periodista autónomo, y excluyendo en todo caso, al colaborador circunstancial¹¹⁰.

Así, algunos sostienen que lo que se protege es la fuente de información, mientras otros entienden que el periodista que conoce situaciones que se consideran secretas se encuentra incluido entre aquellos profesionales obligados a guardar secreto¹¹¹.

Sin embargo, en una interpretación más laxa, otros autores van más lejos, incluyendo no sólo al colaborador circunstancial como sujeto activo, sino también a cualquier ciudadano que se dirija a un medio de comunicación a través de la sección “Cartas al Director”, por entender, que no sólo puede estar expresando una opinión o aclaración..., sino que también puede estar difundiendo una información, y como tal, estar amparado por la cláusula del secreto.

El Secreto Sacerdotal o Sacramental

La fuerte influencia del derecho canónico en nuestras legislaciones hizo que los parámetros dados por la legislación de indias y las Partidas tuvieran su respuesta en los antecedentes legislativos descriptos en el primer capítulo de este texto, de allí la vital importancia de este tema que va a ser la piedra angular de la doctrina del siglo XIX y gran parte del XX. Por sigilo sacramental se entiende la obligación estrictísima de guardar bajo secreto las cosas o cuestiones que el penitente declaró en la confesión en orden a la absolución sacramental.

¹⁰⁹ HIGUERAS, Inmaculada. “Derecho a la información en España”; en CARREÓ CARLÓN, José – VILLANUEVA, Ernesto (Coordinadores). “Temas fundamentales de Derecho a la Información en Iberoamérica”. Ed. Fragua. Madrid. 1998.

¹¹⁰ Citado por Frigola Vallina, Joaquín - Escudero Moratalla, José Francisco. “LA CLÁUSULA DE SECRETO PROFESIONAL EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995”. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Revista del Poder Judicial nº 40. Octubre-Diciembre 1995.

¹¹¹ ISLAS MAGALLANES, Olga. “Delito de revelación de secretos”. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 58.



Se llama “sigilo” (que viene de “sello”... “sigillum”) metafóricamente. Precisamente se usa esta terminología por la costumbre de sellar o lacrar las cartas o documentos que tenían el carácter de secreto.

A esto se refiere expresamente el canon 983 del Código Canónico que textualmente dice: “ El sigilo sacramental es inviolable, por lo cual está terminantemente prohibido al confesor descubrir al penitente, de palabra o de cualquier otro modo, y por ningún motivo...”.

El legislador formula y determina en norma positiva una gravísima obligación de *iure divino*: el absoluto, permanente e inviolable secreto (sigillum) que el confesor debe guardar por siempre sobre todos los pecados que el pertinente le confiese. Dice Santo Tomás que el sigilo “nihil aliud est quam debitum confessionem celandi”. Dicho sigilo sacramental, jamás y por ningún motivo debe ser violado por el ministro de este sacramento, incluso con el riesgo de perder su propia vida.

Tal obligación está inequívocamente anexa e implícita en la institución de este sacramento. Así lo enseña y entiende el magisterio de la Iglesia y la unánime doctrina teológica - canónica¹¹².

El canon 984 se refiere a “hacer uso en perjuicio....”. Está terminantemente prohibido al confesor hacer uso, con perjuicio al penitente, de los conocimientos adquiridos en la confesión, aunque no haya peligro de revelación¹¹³.

La ratio legis del secreto sacerdotal

La “ratio legis” de esta norma canónica es múltiple, a saber:

a) *Derecho Natural*: El mismo derecho natural que prohíbe no difamar ilegítimamente a nadie y traicionar su intimidad personal manifestada, conforme lo establece el canon 220, es el fundamento de esta norma. Véase que está ínsita en el texto la idea de “respetar” la “intimidad” y ese respeto deviene de una máxima iluminadora “haz el bien nunca el mal”, porque precisamente la revelación es incorrecta y esto en acto o en potencia es dañino.

La ley natural además prohíbe que se atente contra la fama de nadie, usando la palabra como arma para herir al otro.

a) *Cuasi – contrato*: es tácito pero inequívoco, entre confesor y penitente. Por el mismo hecho de acusar éste sus pecados, con la evidente condición implícita de que siempre han de permanecer totalmente secretos.

Este cuasi – contrato exige una condición al menos: que el sacerdote no revele a nadie el secreto dado en confesión.

b) *Derecho Divino Positivo*: puesto que Cristo instituyó este sacramento y su necesidad para la salud del alma y bien espiritual del penitente. Cristo lo fijó a modo de “juicio”, y el penitente actúa en él como reo, acusador y único testigo, todo lo cual supone implícitamente la obligación estricta de guardar secreto. Se sostiene que, si la confesión no se hiciera bajo riguroso secreto, sería aborrecible, odiosa, escandalosa y verdaderamente nociva, contra la expresa intención de Jesucristo.

¹¹² Puede verse a: Magna indignatione de S. León Magno; Conclusiones del Concilio Lateranense IV, capítulo 21; Conclusiones del Concilio de Trento, Capítulo 1.

¹¹³ Código de derecho canónico, Biblioteca de autores cristianos (BAC), Madrid, 1992, ps. 479.



c) *Derecho Positivo Eclesiástico*: tutela a través del canon en forma absoluta y sin excepción el “sigilo sacramental”¹¹⁴. Esto se advierte perfectamente en el canon 983 donde se observa que el confesor debe guardar muy bien el secreto, no pudiendo descubrir en lo más mínimo al pecador ni de palabra, ni por ningún signo, ni de cualquier modo, ni por ninguna causa.

Fundamento Dogmático

El sacerdote actúa en este sacramento (oye, conoce, juzga y absuelve) como ministro de Dios, “in persona Christi”, todo lo que se le acusa en confesión, a Dios se le confiesa, y debe quedar sellado (sigillum) para siempre, de modo irreversible e irrevocable, en el fuero divino.

La “ratio legis” de esta disposición es doble: *tutela la santidad del sacramento y protege los derechos de los fieles*.

Los sujetos del Secreto Penitencial

Indica el canon 990 que todos aquellos que tuvieran “conocimiento de los pecados por la confesión, sea cual fuere el modo o el medio por lo que llegaron a dicho conocimiento, ya sea por sí mismos (involuntaria o maliciosamente); por otras personas (por ejemplo revelación por terceros), deben estrictamente guardar reserva.

El confesor es sujeto esencialísimo junto con el penitente en el sacramento. Pero puede ocurrir que aparezcan otros sujetos voluntarios o involuntarios.

Los llamados sujetos voluntarios son traídos por el propio confesor y pueden ser: *el intérprete y el asesor*.

El intérprete debe guardar secreto. Tal situación es común, por ejemplo, cuando sea necesario traducir el idioma del penitente. El asesor es aquel a quien se le va en consulta (generalmente es un versado en cuestiones teológicas o de fe). Al teólogo consultado también lo abarca el sigilo, y las razones serían las siguientes. Por el penitente: por la confesión que va a hacer con él mismo y que por lo tanto comienza la consulta, pero no si se lo consulta por una confesión ya hecha o que va a hacer con otro sacerdote. Por el confesor: con *permiso expreso* del penitente, acerca de la confesión, que viene a continuarse de ese modo. Aquí el asesor el consultado por el propio confesor, manteniéndose la regla que quien oiga confesiones, permanece también ligado “ex iure divino”, al mismo sigilo, por su misma condición sacerdotal, y también queda ligado “ex iure positivo” al secreto penitencial.

Liberación del Secreto

El sigilo sacramental es absolutamente inviolable en sí mismo. Se sostiene que puede cesar únicamente por autorización o licencia explícita del penitente al ministro para que pueda revelarlo.

Santo Tomás lo explicaba de este modo “puede el penitente hacer que lo que el sacerdote conocía como ministro de Dios, lo conozca también en cuanto hombre, y así lo hace cuando le da licencia para

¹¹⁴ Cfr.: “Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico (Volumen III/1), Dirigido por Marzoa, Miras y Rodríguez Ocaña, comentario a cargo de Fernando Loza, pág. 819, Editorial EUNSA, Pamplona, año 1977. Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra.



publicarlo; de aquí que, si habla, no quebranta el sigilo de la confesión. Sin embargo, debe evitar todo escándalo, para no ser considerado como violador de dicho sigilo”.

En base a ello es recomendable que el confesor solicite al penitente que esa “autorización” le sea dada fuera del sacramento, es decir que tal “liberación” la exprese no durante la confesión.

El Delito de Violación de Secreto en el Derecho Canónico. Rasgos y Penalidades

La violación del secreto penitencial queda tipificado como delito en el canon 1388.

Esta violación puede ser directa o indirecta. Es directa cuando se revela claramente el nombre del penitente y el pecado cometido, aunque sea levísimo. Es indirecta cuando, sin revelar el nombre o el pecado, se dice o hace imprudentemente alguna cosa por donde los demás pueden conjeturarlo de algún modo.

La violación directa no admite jamás parvedad de materia. Aquí se entiende que la grave injuria está proferida no sólo al penitente sino al sacramento de la confesión.

La iglesia castiga severísimamente, con las máximas penas eclesiásticas, el horrendo delito de quebrantar el sigilo sacramental en forma directa. De allí que tal delito haga incurrir a quien lo realice en excomunión “*latae sententiae*”, reservada a la Sede Apostólica.

Menor es la pena para quien lo haga “indirectamente” como así también al intérprete.

La excomunión, reservada al Papa, con que castiga el Código Canónico al sacerdote, recae sobre el que quebranta con perfecta advertencia y consentimiento (canon 1321).

En definitiva, no se permite la menor alusión, directa o indirecta, de las cosas oídas en confesión.

La Prohibición: Objeto.

La razón de guardar este conocimiento es que es “*in foro Dei*” y no debe salir, en modo alguno, del fuero sacramental.

La norma canónica prohíbe usar, para el gobierno exterior, el conocimiento de los pecados adquiridos por confesión.

Al ser interrogados, aun por un superior jerárquico, sobre las cosas que saben bajo sigilo, el confesor puede y debe decir: “no lo sé con ciencia comunicable a los demás”. La restricción es estricta y sobre el particular pueden verse las magistrales consideraciones que formula Santo Tomás al respecto.

El Secreto del Abogado.

Pocas profesiones tienen tanta importancia para una sociedad como son la del médico o del abogado. En efecto, la vida, la salud, la libertad y el patrimonio de las personas se ponen en manos de aquellos profesionales. Es por esto que el ámbito del secreto profesional en el ámbito del abogado adquiere un importante perfil.

Se han dado diversos y múltiples fundamentos al deber que tienen los letrados a silenciar cuanto les llegue a sus sentidos a través de su profesión por lo que en resguardo de los derechos humanos básicos debe decirse que el secreto profesional en la abogacía es un derecho indiscutible que se ampara a la luz del principio de humanidad, de inviolabilidad, intimidad, privacidad de la persona humana. Desde



antafío —como se ha anticipado— lleva el insoslayable designio de carácter moral y ético que en nuestra legislación encuentra amparo constitucional (arts. 16, 18, 75, inc. 22, C.N.), con más el reconocimiento expreso de pactos y convenciones internacionales¹¹⁵. La ley 23187 (año 1985) de colegiación Obligatoria¹¹⁶ es un primario referente. Hay importantes referencias internacionales a tener en cuenta: el Código de Responsabilidad Profesional de la Asociación de Abogados (ABA-CPR: American Bar Association, Code of Professional Responsibility), adoptado en los Estados Unidos de Norteamérica a partir del 1º de enero de 1970, así como también el examen de las Reglas Modelo de Conducta Profesional, adoptado en 1983 (ABA-RPC: American Bar Association, *Rules of Professional Conduct*).

El abogado en ejercicio de su profesión tiene la misión de proteger y defender los derechos de las personas. Y en función de la defensa en el ámbito penal tendrá por fin convertirse en auxiliar de aquellos a lo que el Estado le ha imputado la comisión de un hecho que se pretende delito. Tal es la importancia que tiene la presencia de un ejercicio defensivo en todo proceso penal, que el propio Estado a través de los códigos procesales establecen que en caso de que el imputado no designe un abogado de su confianza, aquél le proveerá uno, a fin de que la mentada garantía de la defensa en juicio sea efectivamente realizada.

En otra esfera de análisis se ha dicho que al guardar el secreto profesional se evita el enriquecimiento ilícito del letrado, ya que utiliza indebidamente una información, sin derecho¹¹⁷.

Se requiere entonces que el abogado conozca situaciones y hechos que las personas consideran que deben quedar resguardadas en un ámbito de reserva y que son reveladas al profesional en virtud de lograr precisamente una mejor tutela de aquellos intereses. Un ejercicio defensivo no llegaría a alcanzar el grado de plenitud necesario si no fueran conocidos todos los hechos que rodean las circunstancias del caso, pero para que ello ocurra se le tiene que garantizar a las personas que lo revelado al abogado permanecerá resguardado.

¹¹⁵ Distintos organismos profesionales se inclinan por la protección, a saber: Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), la Unión Internacional de Abogados (UIA), la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados (UIBA), y la Federación Internacional de Abogados (FIA). A guisa de ejemplo en el Congreso Nacional de Ética Profesional, organizado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y desarrollado durante los días 25 y 26 de marzo del año 2004, se defendió la necesidad —Ponencia de Marcos Azerrat (Comisión n° 7) que fue aprobada por unanimidad en el Plenario respectivo— de reformar el Código de Ética vigente en ese Colegio en relación al art. 10, inc. h), el que quedaría redactado de la siguiente manera: “El abogado debe respetar rigurosamente todo secreto profesional y oponerse ante los jueces u otra autoridad al relevamiento del secreto profesional, negándose a responder las preguntas que lo expongan a violarlo. Sólo queda exceptuado: a) Cuando se tratare de su propia defensa”; derogar, asimismo, el art. 6º, inc. f) (ley 23.187), en lo referido a: “salvo autorización fehaciente del interesado”. También se aprobó la postura en el sentido de “propiciar la derogación del art. 244 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) en lo que se refiere a la obligatoriedad de testimoniar, aun cuando mediare autorización del cliente” (cfr. puntos 6,7 y 8, respectivamente).

¹¹⁶ Artículo 7: Son derechos específicos de los abogados, sin perjuicio de los acordados por otras disposiciones legales, los siguientes: a) Evacuar consultas jurídicas y percibir remuneración; (**Nota:** Por art. 1º apartado 6º del Decreto N° 240/1999 B.O. 23/3/1999, se identifica como normativa derogada la parte del Artículo 7º inciso a) de la Ley N° 23.187 que dice: “no inferior a la que rijan las leyes arancelarias”). b) Defender, patrocinar y/o representar judicialmente a sus clientes; c) Guardar el secreto profesional; d) Comunicarse libremente con sus clientes respecto de los intereses jurídicos de éstos, cuando se hallaren privados de libertad; e) La inviolabilidad de su estudio profesional, en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio. En caso de allanamiento, la autoridad competente que hubiere dispuesto la medida deberá dar aviso de ella al Colegio al realizarla, y el abogado podrá solicitar la presencia de un miembro del Consejo Directivo durante el procedimiento, sin que ello implique suspenderlo.

¹¹⁷ Pérez Serrano Jauregui, Nicolás; “Reflexiones actualizadas de la ética profesional de la abogacía”, Boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid”, nro. 11, Madrid, 1999, ps. 13.



El secreto del abogado es por naturaleza inviolable, pues no está concebido en el interés particular de su cliente sino en el interés de toda la sociedad¹¹⁸. Se basa en una cuestión de inalterable confianza entre partes, por eso, como advierte Pérez Cepeda, la lealtad para con la reserva es “la base fundamental y primaria de la figura delictiva”¹¹⁹.

A guisa de corolario, este principio intangible, garantiza dentro de un Estado de Derecho un correcto y justo funcionamiento entre el asistido y el profesional.

Doctrina: Principales opiniones doctrinarias sobre el Secreto Profesional

Como ya dijéramos supra, la norma no protege el secreto confiado a cualquier persona, sino que vincula algunas circunstancias y personas con ciertas cualidades, para resguardar un conocimiento que le es confiado. Sin perjuicio de lo que se expresará, ya se advirtió supra sobre las bondades del término “secreto particular”.

Así, Moreno, González Roura y Gómez, entienden que el secreto adquiere tal cualidad de profesional cuando ha mediado confidencia de quien ha solicitado los servicios profesionales, opinión que es refutada por Núñez debido a que la cualidad del secreto no puede depender de “semejante artilugio legal”, y que resulte beneficiado quien por más advertido no sólo se hace asistir por el profesional, sino que lo toma por confidente¹²⁰.

En opinión de Ricardo Núñez¹²¹ la denominación usual de “violación del secreto profesional” sólo se refiere al caso de la revelación del secreto particular conocido por razón del ejercicio de su función por los profesionales. Dice el maestro cordobés que el artículo 156 no protege sólo a los clientes de los profesionales, sino a todos los que utilizan o son asistidos por personas que sin ser profesionales prestan servicios propios de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. El artículo 156 se refiere, en verdad, a los casos en un secreto particular se viola en forma punible, y restringe esa punibilidad en razón de que la calidad de la actividad que da acceso al secreto, sea o no una calidad profesional.

La ley ha especificado que son responsables por la violación de los secretos particulares, las personas que hayan tenido noticia de él por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. Se trata de personas que por cumplir funciones o desarrollar actividades que son necesarias en la vida social y que exigen confianza en quien se sirve de ellas, se encuentra en condiciones de recibir o captar los secretos de los terceros. La calidad del autor, determinada por su función o actividad, debe existir en el momento de la adquisición de la noticia del secreto. Puede o no persistir en el momento de su revelación.

El *estado* que abre el acceso a los secretos ajenos es la situación de las personas, determinada por su ministerio religioso, caritativo, educativo (preceptores), social (asistentes sociales), etc., o por su

¹¹⁸ ISLAS MAGALLANES, Olga. “Delito de revelación de secretos”. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 53.

¹¹⁹ Pérez Cepeda, Ana Isabel; “Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, ps. 49.

¹²⁰ Ver : “ Código Penal , Comentado ” ; Vázquez Iruzubieta, Carlos, tomo III, pág. 154, Editorial Plus Ultra, año 1970.

¹²¹ Debe consultarse: “ Tratado de Derecho Penal ”; Ricardo Núñez; tomo IV; pág. 115 y siguientes; Editorial Lerner, año 1976.



vinculación no laboral a instituciones o personas. Se trata, como dice Soler¹²² de una situación social en virtud de la cual ella tiene acceso legítimo a secretos independientemente del ejercicio de una profesión y también prescindiendo de la naturaleza lucrativa o no lucrativa de la actividad que esa situación comporta, aunque, por regla, el lucro no entra en consideración. Lo importante es que se trate de una situación asumida por la persona con caracteres de duración o permanencia.

A esta situación corresponde típicamente el estado de sacerdote, de monja, de estudiante de medicina, de conviviente con una persona obligada profesionalmente el secreto. Generalmente cuando la situación o estado sea lucrativo, caerá dentro de los conceptos de oficio o empleo.

La obligación jurídica del secreto sacerdotal suele ser considerada como la más amplia que la obligación canónica referente al secreto de confesión, lo cual no es extraño, pues inclusive comprende personas religiosas que nada tiene que ver con la confesión, y ministro de otras religiones.

Por su parte, el *oficio* es la ocupación habitual de quien no es empleado ni profesional ni practica arte, como es, por ejemplo, la de cerrajero, institutriz, masajista, enfermero libre, agente de negocios, gráfico, etcétera, cuyos servicios se vinculan y utilizan voluntariamente o necesariamente en la vida social. Esto no sucede, *verbi gratia*, con los periodistas, porque si bien el periodismo es un oficio, no es un servicio utilizable particularmente por los terceros. Oficio es palabra empleada en un sentido llano o vulgar, para designar funciones privadas no propiamente profesionales. Nos inclinamos a creer que el empleo de esa expresión, que acuerda a la figura una extensión inusitada, es el resultado de un error de traducción de la palabra italiana “*ufficio*”, en el cual ha incurrido la Comisión de 1891. Los italianos comprenden bajo esa designación las *funciones* de tutor o curador.

Para Soler¹²³, sin embargo, no es ése el sentido de la palabra, y es fuerza comprender dentro de esta clasificación a los que desempeñan un oficio propiamente dicho. Por otra parte, frente a la ley italiana, las situaciones que para nosotros están definidas, aquí suelen ser comprendidas por la doctrina bajo la genérica designación “profesión o arte”. Así, por modesto que sea un oficio, da lugar a veces al ingreso en esferas de secretos y, en ciertos casos, hasta importa una continua intervención dentro de cosas reservadas: cerrajeros, institutrices, masajistas, enfermeros libres, es decir, no *empleados* de un sanatorio o de un médico; los domésticos, los que desempeñan un oficio entro de un taller en el cual aplican un secreto cuya revelación puede causar daño; los periodistas, etcétera. De esta manera, si alguna duda cupiera acerca del mayor alcance de nuestra ley, se agrega, aun, la condición de *empleado* (por razón de empleo), expresión con la cual no se mencionan exclusivamente a los empleados públicos. En efecto, para el secreto *oficial* hay otras disposiciones expresas en el Código, 157 y 222. La figura del artículo 156 se refiere a secretos privados, y no hay razón alguna para suponer que la condición de empleado *público* sea aquí un elemento constitutivo. Aparte de ello, como en otros casos, es razón de peso también la que se deduce de la definición expresa del artículo 177.

“Dentro de esta categoría está, por lo tanto, el empleado de un estudio de abogado o de otro profesional; siempre que aquél, por razón de su empleo, deba tener acceso a los secretos que obligan a su principal. Sería, en realidad, irrisorio que no pudiera exigirse declaración del defensor; pero que se

¹²² “Derecho Penal Argentino”; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.

¹²³ “Derecho Penal Argentino”; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.



pudiese llamar al dactilógrafo o al taquígrafo que le presta su trabajo. Sería lo mismo que hacer callar a los médicos y dejar hablar a las enfermeras”.

Más allá de lo expresado, el término *oficio*, ha dado lugar a varias interpretaciones por parte de la doctrina nacional¹²⁴. Gómez, siguiendo a Florián y Mazini, y con ellos a la doctrina italiana, considerando que cuando la ley emplea la palabra “oficio” se refiere, en este caso, no a una ocupación manual, sin al ejercicio de determinadas funciones, aunque no sean permanentes, que no tengan caracteres profesional. Pone el ejemplo de los tutores y curadores, los cuales –dice- desempeñan oficio en el sentido de la ley. En igual sentido, en líneas generales, se orientan Molinario y Oderigo; Malagarriga incluye también a los funcionarios públicos. Nuñez piensa que es la ocupación habitual de quien no es empleado, ni profesional ni practica arte. La solución, sostiene Fontán Balestra, depende de la extensión que se da a la palabra *profesión*, también contenida en el artículo, pues si para esta última es necesaria la exigencia de un título o Autorización especial – como nosotros creemos- el término oficio ha de entenderse con amplitud. La limitación está dada por la misma naturaleza del oficio la cual determina si él es o no apto para penetrar en la esfera de secretos, de modo que la posible víctima resulte, en cierto modo, obligada a confiárselos.

En función de la norma, el *empleo* significa aquí trabajo de cualquier índole, retribuido o no, a las órdenes de un empleador público o privado. Empleado, es quien trabaja a las órdenes del otro¹²⁵. La ley se refiere tanto a los empleados públicos como a los que dependen de particulares (Moreno). Entran en esta categoría las personas que desempeñan tareas accesorias para los profesionales que pueden ser receptores de secretos, como, por ejemplo la dactilógrafa del escribano o el abogado (Nuñez) o el empleado de un sanatorio (Soler). Estas personas, como dice Fontán Balestra, *no son, por lo común, depositarias del secreto por parte del interesado, pero tiene acceso a él*. También los empleados bancarios pueden ser sujetos del delito, sin dan a conocer un hecho que ha sido confiado a la institución con voluntad de que sea mantenido en reserva. El concepto comprende a las personas cuyas ocupaciones son accesorias a profesiones, oficios o artes susceptibles de ser receptáculos de secretos de sus clientes. Por ejemplo, el dactilógrafo o el taquígrafo el abogado, la enfermera del médico o el empleado del sanatorio.

El concepto también comprende a los empleados particulares en general en relación a los secretos de su empleador o de terceros, conocido en razón del ejercicio de su empleo. Entran en esta categoría, el administrador, dependiente o doméstico. Por último, se incluyen aquí los funcionarios o empleados públicos que sin estar encargados de la investigación o juzgamiento respecto del caso, tiene acceso en forma general o eventual a los secretos de los particulares. La violación de secretos administrativos por parte de funcionarios, empleados o particulares, esté prevista por el artículo 157.

La *profesión* a que alude la ley es la llamada “profesión liberal” o actividad cuyo ejercicio requiere título o autorización y matrícula oficial. En lo que atañe al artículo 156, no es decisivo el ejercicio continuo y lucrativo. Se trata de la actividad basada en el conocimiento de determinada ciencia o arte, que requiere título o autorización especial, y que constituye, por lo general, el medio de la vida de quien

¹²⁴ Debe consultarse: “Tratado de Derecho Penal”; Carlos Fontán Balestra; tomo V; pág. 402 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1992.

¹²⁵ Fontán Balestra, Carlos; “Tratado de Derecho Penal”; tomo V; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 402 y ss.



la ejerce¹²⁶. Esto último no es indispensable, pues un médico o un abogado que se dediquen a actividades comerciales y que no ejerzan su profesión, pueden ser, sin embargo, depositarios de secretos en razón de su profesión. Son profesionales, entre otros, los abogados, procuradores, escribanos, médicos, cirujanos, dentistas, farmacéuticos, parteros, veterinarios, ingenieros, arquitectos, contadores, químicos y peritos inscriptos oficialmente.

Los autores no hacen distinción entre la profesión y el arte. Enumerados a la par del *arte*, la profesión y el oficio, de conocimientos o técnicas especiales y superiores, como sucede con los que practican las llamadas “bellas artes”, los técnicos industriales y los peritos no matriculados oficialmente. La más importante categoría es la que abarca a los que desempeñan una *profesión o arte*, porque es en este terreno especialmente en el que la *necesidad* de recurrir a esa clase de personas expertas torna imprescindible y hace más intensa la obligación de reserva. Aquí se comprende abogados, procuradores, escribanos, médicos, cirujanos, dentistas, parteras. En general, toda clase de actividades que suponen un título o autorización especiales, ejercidas como medio lucrativo de vida, y reconocidas jurídicamente como legítimas. En virtud de este último requisito, no pueden considerarse comprendidas las actividades ilícitas o irregulares: curanderos, avenegras¹²⁷.

El autor del delito: Vinculación de la calidad personal con El Secreto.

En referencia a las condiciones del autor, Núñez entiende que la persona dotada de una de las cualidades estudiadas anteriormente, no incurre en el delito de violación de un secreto particular cada vez que, teniendo noticia de él, lo revela. El médico o el abogado, por ejemplo, no viola un secreto particular por su calidad de tal, es decir, porque por su condición le esté vedado comunicar cualquier secreto de un tercero que conozca en cualquier forma. El tipo del artículo 156 exige que el secreto se conozca en el ejercicio de la calidad personal: que la persona tenga noticia del secreto *por razón de* su estado, oficio, empleo, profesión o arte; lo que equivale a decir que conozca el secreto sirviendo en esa calidad a un tercero y que el secreto se refiera al objeto del servicio. El secreto conocido por simple ocasión del servicio prestado, pero ajeno al servicio sacerdotal, profesional, funcional o artístico de que se trate, no obliga a su reserva, y su revelación es impune. Por ejemplo, así sucede si en el curso de su servicio en la casa del cliente, el cerrajero, por la indiscreción del cliente o de un tercero, se entera de un secreto extraño a su oficio; o si en el curso de la confesión, el sacerdote advierte el defecto físico que el enfermo padece y oculta. Si el médico, el masajista o el bañero conoce una enfermedad o deformidad física de la persona sometida a su cuidado, está obligado a conservar el secreto, pero no a mantener oculto lo que el paciente le haya confiado, en ocasión al cuidado, sobre sus convicciones políticas o su situación comercial.

El artículo 156 del Cód. Penal ha ampliado así el alcance del artículo 265 del Código de 1.886, que castiga a “los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella *se les hubiesen confiado*”. En su acepción rigurosa, el secreto se confía al profesional cuando el cliente, revelándoselo, lo fía a su cuidado, lo hace su depositario. Dentro de este concepto no resultaría legítimo

¹²⁶ “Tratado de Derecho Penal”; Carlos Fontán Balestra; tomo V; pág. 402 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1992

¹²⁷ “Derecho Penal Argentino”; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.



ampliar el alcance de la fórmula, equiparando a la revelación del secreto su confidencia táctica, por el hecho de entregarse su confianza al profesional. Precisamente, esta extensión cabe con la fórmula nueva, la cual incluye también los casos en que ni siquiera existe una confidencia tácita, como sucede con los enfermos en estado de inconsciencia o incapaces de voluntad o con los sometidos en examen médico obligatorio. La fórmula *tener noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte*, comprende, en síntesis, los secretos manifestados por su poseedor con motivo del servicio que le presta el sacerdote, el profesional, etcétera, y los secretos relativos al objeto del servicio advertido por éste en esa ocasión.

Corresponde ahora adentrarse en la opinión de Sebastián Soler¹²⁸. Éste califica la revelación del secreto profesional diciendo que pocos temas son objeto de interpretación tan vaga y contradictoria entre nosotros como el que se refiere a la violación del secreto profesional. A ello contribuyen interpretaciones, que creemos equivocadas en muchos casos, no ya de la disposición penal que pensamos examinar, sino de leyes procesales vinculadas con aquéllas, y, además, de una de las figuras del encubrimiento, C.P., 277.

Para mayor confusión se suelen suponer cuestiones estrictamente jurídicas con cuestiones de carácter moral que rebasan con mucho el tema jurídico.

El conocimiento del secreto de parte del profesional, empleado, etc., debe derivar del ejercicio mismo de la profesión o provenir de la especial situación que da acceso al secreto, no por intuición. La ley dice “teniendo noticia, por razón de estado, etc.”. Esta forma de expresarse es terminante y correcta, e importa rechazar la doctrina que, basada en el texto de la antigua ley penal, art. 44, 2º, 265, exigía que se tratara de un secreto *confiando*, esto es, *verbalmente comunicado*. En nada puede alterar esa conclusión la letra del art. 167 del C. De P. P. De la Capital, que se refiere a *revelaciones hechas bajo el secreto*. El resultado de la opinión contraria es sencillamente absurdo, pues supondría que un médico puede hablar de todo aquello de lo cual no se le pidió reserva expresa y, así, referirse, por ejemplo, a detalles del cuerpo de una paciente examinada, advertidos en el examen e ignorados por la paciente misma.

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

Según Fontán Balestra¹²⁹ el carácter secreto de un conocimiento no depende solamente de su naturaleza, sino de la calidad de la persona a la que se hace depositaria de él y de las circunstancias o la forma en que se lo hace. *Sujeto activo* de este delito pueden ser las personas que tengan determinado estado, oficio, empleo, profesión o arte y que por razón de él hayan tenido noticia del secreto. es evidente que la obligación no nace de la actividad que el individuo desempeña, sino de lo que haya conocido con motivo de las tareas propias de esa actividad, que el individuo debe desenvolver en el momento de ser receptor del secreto, sin que sea necesario que continúe en ella en el momento de la

¹²⁸ Debe consultarse: “Derecho Penal Argentino”; Soler, Sebastián; tomo IV; pág. 117 y siguientes, Editorial Tea, año 1978.

¹²⁹ Debe consultarse: “Tratado de Derecho Penal”; Carlos Fontán Balestra; tomo V; pág. 402 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1992.



revelación. Puede apreciarse que el título *revelación del secreto profesional* empleado por la doctrina, que nosotros también utilizamos por razones tradicionales, resulta estrecho para la figura acuñada por la ley argentina, pues a través de la enumeración legal se eche a ver que no son profesionales todos los posibles autores previstos. El secreto debe haber sido conocido por razón de estado, oficio, empleo, profesión o arte del autor.

Este mismo autor enseña que, el autor ha de haber tenido noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. ¿Cómo debe interpretarse esa exigencia?, ¿Es preciso que haya sido comunicado con determinadas advertencias? Sobre este punto pueden verse opiniones dispares. Una parte de la doctrina requiere que medie confidencia o que haya confiado verbalmente (González Roura, Crivellari); sin embargo, la mayoría se inclina a no exigir tal registro (Gómez, Soler, Díaz, Carrara). La primera solución parece ser consecuencia de la doctrina sentada durante la vigencia del código derogado, cuyo artículo 265 disponía: *los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ellas se les hubieren confiado, sufrirá la pena de suspensión por 6 meses a un año y multa de 25 a 300 pesos*. Además el artículo 44, inciso 2º, situado en el título de los encubridores considera exentos de pena por ocultación a “los sacerdotes, médicos y abogados, cuando el secreto *les haya sido confiado* en ejercicio de sus funciones”. Coadyuva a formar este criterio la disposición contenida en el artículo 167 del Código de Procedimientos Criminales para la Capital, al exceptuar la obligación de declarar a los médicos, cirujanos, y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar (art. 165, Cód. de Procedimientos Criminales) cuando hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones *que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta última norma, por ser anterior a la vigencia del Código Penal y por su carácter de ley de forma, no podría modificar la ley de fondo.

Según la norma contenida en el artículos 156 del Código Penal, no es preciso que lo que se revela haya sido confiado y menos aún que se haga la advertencia de que debe quedar en secreto. Es necesario, si, que se trate de hecho o noticias vinculadas directamente a la actividad del autor, de las que ha tenido conocimiento por *razón* de su estado, oficio, etc., y que se trate de secretos (Gómez, Nuñez). Estas exigencias tienen su fundamento en el hecho de que el titular del secreto recurre a esas personas obligado por las circunstancias, a veces muy a su pesar, y lo así conocido es lo que debe ser mantenido en reserva.

Existen distintos criterios al momento de la determinación de cuál es la fuente de la obligación de reserva de los profesionales.

Una de estas posturas sostiene que aquella obligación nace del contrato celebrado entre aquéllos; y al momento de precisar cuál es ese contrato algunos sostienen que se trata de un contrato de depósito, otros estamos en presencia de un contrato mandato, otros de una locación de servicios y están los que sostienen que en realidad de lo que se trata es un contrato innominado. Es cuestionable esta tesis contractualista pues tiene un punto débil que no se logra explicar, cual es, encontrar la existencia de una declaración de voluntad común tendiente a reglar sus derechos por parte de los contratantes.

Por otro lado, la tesis publicista pretende encontrar el fundamento de la obligación de guardar secreto en cuestiones de orden e interés público. Así con un fundamento moral y social, quien adquiere conocimiento en razón de su profesión de una situación o hecho que por su especial índole debe



permanecer en secreto debe resguardarlo, pues la existencia y desempeño de aquella profesión son necesarios a la sociedad¹³⁰.

Elemento del Tipo: La posibilidad del perjuicio

El revelar un secreto no alcanza para la punición, el tipo exige que de esa revelación pueda derivar un perjuicio.

Naturalmente se extrae que el perjuicio no necesariamente debe recaer sobre la persona que aspiró la reserva, puede alcanzar a un tercero¹³¹.

Este perjuicio puede ser de cualquier naturaleza : material o moral. Ya se trate de una cuestión económica, honorífica, psicológica, legal, etc.

Soler –citado por Manigot- entendía que el daño puede ser potencial, físico o moral, a cualquier bien jurídico, no necesariamente de la persona misma cuyo secreto revela¹³²

No es indispensable que se cause efectivamente el daño, pues el peligro es suficiente, en tanto sea “posibilidad de causar un daño o perjuicio”.

Moras Mom entiende que se trata de un elemento objetivo del tipo, que “consiste en una lesión a la víctima en cualquier aspecto de su personalidad o del desarrollo de sus actividades en el medio en que el secreto se divulga por parte del agente, porque si no fuera en uno distinto no existiría su aptitud perjudicial”¹³³.

Sujeto Activo del Delito

La obligación de guardar el secreto profesional la tienen todos aquellos sujetos que, con motivo u ocasión del ejercicio de una profesión, cargo o estado se han enterado de hechos o sucesos que están destinados a que permanezcan ocultos¹³⁴.

Doctrina: causas de liberación. cese del deber. La guarda del Secreto.

La doctrina ha entendido en general que el deber de guardar secreto cesa en los siguientes casos: En primer lugar cuando el mismo interesado permite revelación. En este caso el consentimiento¹³⁵ de aquél convierte a la revelación en atípica, exculpa, etc.. En segundo lugar se piensa –con razón- que cuando la materia del secreto haya tomado estado público no queda bien jurídico posible a tutelar; aquí si que no hay duda y la conducta será atípica, pues lo secreto dejó de ser tal. Y en tercer lugar no existe el deber de guardar secreto cuando existe una justa causa de revelación.

¹³⁰ ISLAS MAGALLANES, Olga. “Delito de revelación de secretos”. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 37.

¹³¹ Cfr. : “Derecho Penal ; parte especial” ; Fontán Balestra ; 15va. Edición ; pág. 365, Editorial Abeledo Perrot, año 1998.-

¹³² Manigot, Marcelo; “Código penal. Anotado y comentado”, Tomo I, 4ta. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, 499.

¹³³ Ver : “ Delitos contra la libertad” ; Moras Mon y Damianovich ; pág. 266, Editorial Ediar, año 1972.

¹³⁴ ISLAS MAGALLANES, Olga. “Delito de revelación de secretos”. Ed. Talleres Gráficos de la Nación. México. 1962. Pág. 36.

¹³⁵ Dice Roxin: “A diferencia del consentimiento (expresión de la libertad de actuación del titular del BJP), que excluye ya el tipo, el consentimiento presunto (se interfiere sin permiso...) es una causa de justificación”. Roxin, Claus; “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, 5ta. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2010, ps. 765.



Que significa el consentimiento del interesado

La circunstancia de que el profesional revele el secreto con el consentimiento de su titular –por ejemplo el médico informe a terceros sobre la salud de su paciente, habiendo éste prestado el consentimiento- no es una cuestión que ha suscitado la unanimidad doctrinaria. Se discute de este modo si el consentimiento del interesado afecta la tipicidad o la antijuridicidad.

En general se ha sostenido que el bien jurídico protegido, la intimidad (o, en su caso, la libertad) podría perfectamente renunciarse, pues no tendría razón de ser que el derecho proteja algo que es propio del sujeto y éste no desea proteger.

Se considera que el bien jurídico protegido intimidad está en el “secreto” y éste es tal en la medida que el interesado lo considere así (arcano). Puede entenderse que del art. 19 de la C.N. se extrae la siguiente regla: no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro, pero tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acción que pueden ser dañosos para el ente con que se relaciona. Esta regla es la matriz constitucional de la aquiescencia y, a la vez, de la definición liberal de delito como lesión a los derechos de otro.

Cuando se pretende separar al bien jurídico de su titular (Jescheck, Hirsch, Amelung, y ots.) o cuando se trata de imponerlo imperialmente, no se hace otra cosa que destruir el mismo concepto. Sobre esta imposibilidad es concluyente Roxin al señalar que se pretende separar lo inseparable. Si la tutela se funda en esta variante a costa de la víctima y más allá de su voluntad, el sujeto pasivo se vuelve pretexto para penar un programa no conflictivo apelando a la ficción hegeliana de interés general como lo único racional. Se formaría una tríada indisoluble: intimidad – sujeto – Bien Jurídico Protegido.

Parte de la doctrina y jurisprudencia francesa clásica ha puesto en duda este criterio, haciendo laxo el criterio para el profesional actuante que en el caso del médico hace que “pueda” o no testimoniar¹³⁶.

Atipicidad: Conocimiento público del contenido del secreto

Amerita una muy breve consideración decir que el secreto debe estar oculto. Aunque sea una contradicción en si misma es oportuno indicar que lo público no es secreto, por lo que toda cuestión que se sepa y sea de carácter público no implica revelación alguna.

El Ejercicio de un Derecho

Como ejemplos de ejercicio de un derecho o de la necesidad de defensa de un interés legítimo, Caunedo y Gorostiaga señalan que entre los supuestos en los que el profesional actúa como parte en un juicio, cuando se encuentra en pleito con su cliente acerca de sus honorarios, demandado por mala

¹³⁶ Caso “Non-Marine Underriters contra Dusablon”, 48 R.J. 500, revd. (1944) 2 D.L.R. 737, 11 Ins. L.R. 86. “Dans mon opinion -dice Mr. Justice Galipeault- il importe peu que celui qui a fait les confidences veuille délier son aviseur du secret professionnel; ce dernier sera toujours libre de ne pas témoigner sur le sujet, de ne pas parler” (En mi opinión no importa que quien ha hecho las confidencias quiera desligar a su consejero del secreto profesional ; éste último podrá siempre libremente no testimoniar sobre la cuestión, no hablar). Watt, Alastair M.; “El secreto profesional”, Revista de Derecho Procesal, Año VI, Director Hugo Alsina, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1946, ps. 368.



praxis, o procesado por lesiones. En esos casos, el deber de guardar secreto puede hallarse en colisión con bienes jurídicos del propio depositario, y éste puede necesitar efectuar alguna revelación en resguardo a aquéllos. En tales supuestos, también habría justa causa de revelación. Al respecto, indican los autores que el artículo 73 del Código de Ética Médica ya citado, dispone "*cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios, se limitará a indicar el número de visitas y consultas, especificando las diurnas y nocturnas, las que haya realizado fuera del radio urbano y a qué distancia, las intervenciones que haya practicado. Será circunspecto en la revelación del diagnóstico y naturaleza de ciertas afecciones, reservándose para exponer detalles ante los peritos médicos designados o ante la entidad gremial correspondiente*".

En cambio, para el supuesto de una demanda de mala praxis, el artículo 69 inciso "g" del citado código lo releva del deber de confidencialidad¹³⁷.

La revelación en cumplimiento de “Un Deber”.

El cumplimiento de un deber los brindan determinadas leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas. Estas obligan a los profesionales de la salud a revelar el hecho a ciertas personas, que a su vez también deben guardar el secreto profesional. Otro ejemplo, según los autores, son las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas.

Por otra parte, sostienen que la ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, impone a los profesionales de la salud entre otros obligados, como los que integran los servicios asistenciales, sociales, educativos, públicos y privados, y a todo funcionario público en razón de su labor a denunciar ante la autoridad competente los malos tratos y lesiones en el ámbito familiar. La norma tiene un fin tuitivo respecto de menores, incapaces, ancianos y discapacitados, y la obligación de denunciar se fundamenta en el mandato ético de la tutela del desprotegido. En estos casos, el secreto profesional protegería sólo al victimario.

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

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

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

Es necesario además indicar la problemática de la llamada “justa causa”. Siempre se ha dicho que ésta se da en forma natural por el consentimiento del interesado. A esto se le suman las causales previstas por el art. 34 del C.P. y las leyes especiales (por ej. Profilaxis).

a) El “consentimiento” del interesado (en realidad desaparece el secreto) en forma tácita o expresa, sea antes, durante o después del secreto.

¹³⁷ CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. “El secreto profesional médico”. <http://www.eldial.com.ar/publicado>



b) “defensa del propio interés o de otro” (art. 34 inc. 6 y 7 del C.P.). Se deben dar los presupuestos de la legítima defensa. Otros entienden que debe estarse ante “el estado de necesidad” (art. 34, inc. 3 del C.P.) en el cual se legitima la divulgación por evitar un mal mayor. También puede pensarse en una causa supralegal de justificación, de “no exigibilidad de otra conducta”. El “ejercicio de un derecho” (art. 34, inc. 4 del C.P.). Es opinable y no debe darse abuso (algunos dicen reclamo de honorarios).

c) Leyes especiales : 1. Ley 12.331 (de profilaxis, impedimento matrimonial, etc.) ; 2. Ley 16.668 (certificado prenupcial femenino) ; 3. Ley 14.586 (Registro de Estado Civil de las Personas - Bs. As.) ; 4. Ley 11.359 (profilaxis de la lepra) ; 5. Ley 11.842 (profilaxis de la peste) ; 6. Ley 15.465 (notificación obligatoria de enfermedades... con reserva de identidad del paciente, al sólo fin epidemiológico... se discute mental) ; 8. Ley 23.798 (sobre el SIDA¹³⁸) y decreto 1.244 anexo I ; 9. Ley 24.193 (transplantes de órganos) ; 10. Ley 24.417 (protección contra la violencia familiar) y decreto reglamentario nro. 235/96 . Estas revelaciones se dan a instituciones o persona determinada y por un imperativo si hay revelación de secreto) ; 7. Ley 22.914 (internación y egreso de establecimientos de salud legal).

El Decreto 44/2007 establece que quedan relevados de la obligación de guardar secreto en los términos de la Ley Nº 25.520, quienes integren o hayan integrado organismos de inteligencia, las Fuerzas Armadas, de Seguridad y las Policiales, o fueran o hayan sido funcionarios o personas alcanzadas por dicha obligación, cuando fueren llamados a prestar declaración respecto de los hechos o informaciones a los que hubieren tenido acceso en ejercicio de sus funciones y que pudieran conducir a la obtención de elementos de interés en el marco de las causas judiciales por las graves violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar que asolara al país entre los años 1976 y 1983, como también respecto de los hechos que de cualquier manera se vincularan con el terrorismo de Estado.

Las lecturas clásicas sobre justa causa decían: “habrá justa causa en la revelación de secreto: cuando medie consentimiento del interesado o razones de necesidad; casos de defensa en juicio o de defensa de un interés superior; o cuando medie deber jurídico de revelar (González Roura, III –151); v. gr. Obligación de denunciar, impuesto: a) por las leyes sanitarias; b) por las leyes procesales; c) por la ley civil (nacimientos, etc.)... Carrara considera que el abogado llamado a declarar como testigo, que revela en juicio las confidencias de su cliente, en la creencia de que cumple un deber, y afronta la coacción de la ley en trance de ser encarcelado por el juez , no puede ser responsabilizado; si por el contrario se niega a declarar amparándose en el secreto profesional , no hay motivo para la duda; se respeta la conciencia del abogado y otro tanto ocurre con el confesor; y si es el médico el llamado a

¹³⁸ En Argentina la ley 23.798 fue sancionada en 1990 y el decreto reglamentario 1.244 en 1991. El art. 2º establece que en ningún caso se podrá... a) afectar la dignidad de la persona: b) producir cualquier efecto de marginación , estigmatización, degradación o humillación; c) exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretará en forma restrictiva; d) Incursionar en el ámbito de privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos deberán llevarse en forma codificada. A su vez el art. 2º inc. C) del Decreto precisa que los médicos como todo individuo que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentre infectada por el virus de HIV , o se halla enferma de Sida, tiene prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla...(hay excepciones).



testificar, afirma Carrara –con Puccioni– que la justicia nunca debe obtener sus fines por medio de actos inmorales (Programa ... t.4, p.460, pár. 1647)”¹³⁹.

A guisa de corolario la doctrina tiene un punto en común que parte del principio “*volenti non fit iniuria*”,¹⁴⁰ lo que traducido en el lenguaje que nos ocupa sería: no realiza injusto penal alguno quien altera negativamente un bien jurídico individual con la aprobación previa de su titular.

Finalmente no puedo soslayar que en un sentido más amplio y pretencioso se advierte que respecto de las causas de justificación, éstas pueden provenir de las costumbres, aunque como lo creemos (dice Bustos Ramirez), ello siempre requiere de la intermediación de la ley por medio del ejercicio del Derecho¹⁴¹.

Doctrina: Justa Causa en el Tema de la Violación de Secretos.

Opinión de Ricardo Núñez: Según Núñez la punibilidad de la revelación de un secreto particular depende en última instancia de que se haga *sin justa causa*. La ausencia de ésta es un elemento normativo cuyo efecto es transformar el dolo del autor, introduciendo como contenido suyo, a la par del conocimiento de lo que aquél hace, la conciencia de que lo hace ilegítimamente. La consecuencia de esto es que el tipo del artículo 156 queda excluido no sólo por la consecuencia efectiva de una causa que justifique jurídicamente la revelación del secreto, sino, igualmente, por la buena fe del autor acerca de que esa causa existe.

En esos casos no se trata de una violación del secreto justificada o inculpable, sino que no existe violación del secreto.

Es preciso subrayar, sin embargo, que la función que le cabe ala buena fe del autor en el tipo del artículo 156, no convierte la justa causa para revelar, y así al llamado secreto profesional, en una cuestión de conciencia del profesional interesado. La justa causa para revelar el secreto tiene como presupuesto la necesidad de que el Derecho la considere tal. Con esa fórmula, el legislador no ha querido introducir un subjetivismo cuya consecuencia sea la que en el caso de ser contrarios, el juicio del autor sobre lo que ha considerado legítimo, pueda oponerse a lo que jurídicamente es lo justo. La buena fe del autor se debe mover en este ámbito. la materia u objeto sobre que recae la buena fe no puede ser otra que la concurrencia de una causa jurídica autorizadora de la revelación. El saber o la duda acerca de su inexistencia llevará el dolo y así al tipo del artículo 156; por el contrario, la creencia, exacta o no, sobre su existencia, conducirá ala inculpabilidad y a la falta del tipo, incluso si el error del autor se debe a su propia culpa. Pero, procesalmente, lo que objetivamente aparece como un error grosero, inadmisibile, puede ser, según el caso, un indicio de dolo.

Las causas jurídicas autorizadoras de la revelación del secreto particular son muchas.

Constituye justa causa el *consentimiento del interesado* en el secreto, para que se lo revele. Tratándose de un bien renunciabile, el consentimiento de su titular excluye el interés en mantener el secreto y constituye de esa manera una justa causa para que sea revelado. El *interesado* en el secreto no

¹³⁹ Manigot, Marcelo; “Código Penal. Anotado y comentado”, 4ta. Edición, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1978, ps. 500.

¹⁴⁰ De la fórmula de Ulpiano: “nulla iniuria est, quae in volentem fiat” plasmada en el Digesto 47. 10. 1.5.

¹⁴¹ Creus Carlos: “Derecho Penal “ – Parte General – Pág. 309. Edit. Astrea. 1994.



es su poseedor, ni quien lo lleva a noticia del obligado a guardarlo, sino aquel al que le pertenece, se relaciona o afecta directamente el hecho que constituye el objeto del secreto. Prestado el consentimiento, antes, durante o después de la recepción del secreto, el obligado a su guarda puede revelarlo, y, debe ser admitido como testigo y no tiene el deber de abstenerse de declarar, aunque se lo imponga el estatuto particular de su estado o actividad, no incorporado al derecho positivo.

Es una justa causa la defensa del propio interés. Porque no se trata de un estado de necesidad (C. P., art. 34, inc.3º), sino de la defensa de los derechos propios (C. P., art. 34, inc.6º), no se requiere que el interés definido con la revelación del secreto sea de mayor valor que el ofendido por ella. La defensa procede si el obligado a mantener el secreto necesita repeler un ataque contra sus intereses por parte del interesado en el secreto. También es legítima, aunque el interés defendido no sea de mayor valor, la revelación del secreto hecha en la *defensa de los derechos de otro* (C. P., art. 34, inc. 7º). Pero esta situación exige, por supuesto, que ocurran los requisitos legales necesarios (C. P., art. 34, inc. 6º, letras a y b, y 7º). Para justificar la causa de la revelación del secreto son aplicables igualmente los principios del *estado de necesidad* (C. P., art. 34, inc. 3º). El artículo 12 del Decreto Ley N°12912, que establece que el secreto profesional perteneciente a la rama de las ciencias médicas podrá violarse cuando mediante esa violación se trate de evitar un mal mayor, de verdadero daño social, modifica respecto de esas ramas de la ciencia, los requisitos del artículo 34, inciso 3º del Código penal.

Constituye justa causa el *ejercicio de un derecho*. Tiene esa naturaleza el cobro de los honorarios correspondientes al servicio prestado. Sobre todo, en el ámbito de los honorarios por servicios profesionales, hay discrepancia: unos lo admiten sin otra exigencia que la necesidad, aunque no sea jurídica, pero sí ética; otros aceptan la justicia de la revelación siempre que no se refiera a hechos muy graves y vergonzantes y que resulte indispensable para la demanda y la prueba; otros, en fin, no admiten que esa revelación obedezca a una causa justa. La solución está dada por el principio que refiere que, para justificar, el ejercicio del derecho sea legítimo, lo cual implica la necesidad de que se lo haga sin exceso o abuso.

Cuando en una u otra forma, *la ley dispone la comunicación del secreto particular*, establece una justa causa para revelarlo. Esto sucede en los siguientes casos:

a) Si la ley le impone al profesional en el arte de curar, el deber de denunciar o comunicar a la autoridad ciertos hechos, por ejemplo, en el caso de los nacimientos (L. Reg. Civil, art. 38), defunciones (L. Reg. Civil, art. 71) o enfermedades infecto-contagiosas. En estos casos, el secreto no desaparece, pues los que oficialmente reciben la denuncia o comunicación están, como empleados, obligados a guardar el secreto, salvo que éste, en el ámbito de las enfermedades declaradas contagiosas o transmisibles por la Ley 12.317 (art. 3º), afecte los servicios de sanidad pública.

b) También ocurre una justa causa para revelar el secreto, si la ley obliga a los funcionarios o empleados públicos a denunciar los delitos a los funcionarios o empleados públicos a denunciar los delitos perseguibles de oficio que conozcan en el ejercicio de sus funciones (C. Proc. En lo Crim., Capital, art. 164; Cód. Proc. Penal de Córdoba, art. 183, inc.1º). De esta manera, para los funcionarios o empleados públicos que como tales no presten o cooperen a prestar los auxilios propios de una profesión, la obligación de reserva de los secretos particulares sólo existe si se trata de hechos que no



tiene la calidad de delitos perseguibles de oficio. Por lo contrario, su omisión de comunicar la noticia de un delito a la autoridad, constituye encubrimiento (C. P., art. 277, inciso 6).

c) Por último, existe una justa causa para revelar el secreto, si la ley obliga a los profesionales en el arte de curar a denunciar a la autoridad los atentados personales en los cuales hayan prestado los socorros de su profesión (C. De P., en lo Crim. para la Capital, art. 156), o los delitos perseguibles de oficio que conozcan al prestar los auxilios de su profesión (C. P.P. art. 183, inc. 2º). Este es un asunto cuestionable. ¿Tratándose de la denuncia de delito, cuál es el alcance de la obligación de denunciar del profesional?

No cabe duda de que la obligación sólo comprende los delitos perseguibles por acción pública ejercida de oficio (C.P., arts., 71 y 72, 2º, 2º disposición), pues además de que esto resulta de los textos legales mencionados, en los delitos de acción privada no cabe la denuncia (C.P., arts., 73 a 76) y en los delitos perseguibles por instancia privada la facultad de denunciar está reservada al agraviado o su tutor, guardador o representante legal (C. P., art., 72, 2º, 1º disposición).

Las discrepancias surgen cuando se quiere establecer cómo funciona esa obligación de denunciar de los profesionales del arte de curar, frente al secreto profesional que la ley también les exige.

La antítesis, “obligación de denunciar –prohibición de hacerlo”-, no sólo está expresada para el profesional del arte de curar por las leyes procesales, sino, también, por el Código penal, que, por un lado, castiga al profesional como encubridor si se deja comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión (art. 277, inc. 6º), y por otro lado, lo reprime si viola el secreto profesional (art. 156). La solución correcta del problema depende de una cuestión previa; ¿la antítesis se debe resolver en el ámbito del Derecho Procesal o en el del Código penal?

Por lo general, la solución se busca mediante la interpretación de los preceptos de las leyes procesales y partiéndose de que la obligación de denunciar (Capital, art. 167; Córdoba, art. 183, inc. 2º), es una regla general que sufre excepción sólo si el profesional ha tenido conocimiento del delito por revelaciones o manifestaciones que le fueron hechas bajo el secreto profesional (C. Capital, art. 167; C. Córdoba, art. 183, inc. 2º, in fine)

Opinión de Sebastián Soler sobre justa causa: En el criterio de Soler, este requisito es, en realidad, el que genera las mayores confusiones en esta materia. Por una parte, es necesario no confundirlo con la posibilidad de daño, que es otra cosa, pues, mediando justa causa, el hecho no es delictivo *aunque cause daño*. Por otra parte, este punto impone la comparación de este precepto con disposiciones legales de carácter procesal, a las cuales suelen acordarse un sentido que, en definitiva, resulta derogatorio de la figura, precisamente en los casos más graves. Dejando aparte el aspecto subjetivo, cuando medie justa causa, el hecho dejará de ser típico, ya que expresamente la ley requiere ese extremo *en la figura*. De ordinario la presencia de una causa de justificación presupone una acción en si misma típica.

Aparte de las relaciones de esta figura con las cuestiones judiciales (deber de denunciar o de atestiguar y encubrimiento, que a continuación estudiamos) pueden presentarse situaciones en las cuales la revelación sea hecha con justa causa, no ya ante la autoridad, sino ante un particular, como por



ejemplo cuando el médico pone en conocimiento de parientes del enfermo algún peligro de contagio, o a la nodriza sobre la posibilidad de contagio nutricional, o al padre de un menor acerca de alguna enfermedad de su hijo. En estas situaciones el obligado al secreto debe resolver en conciencia un problema a veces delicado para determinar si existe o no existe justa causa.

Ordinariamente, la justa causa consistirá en un verdadero estado de necesidad, en la cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor. La existencia del requisito de la justa causa en la figura hará que para la procedencia de la excusa de justa causa baste el juicio laico de buena fe acerca de la necesidad de evitar un mal mayor. Si el sujeto ha estado en error acerca de esta necesidad, sea cual sea el carácter de aquél, 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 un juicio honestamente posible.

En realidad, esas situaciones son las que constituyan propiamente justa causa en un sentido técnico estricto, porque el efecto del consentimiento o la existencia de un deber legal positivo de dar a conocer el hecho a la autoridad, importan, en el fondo, quitar al hecho el carácter del secreto, ya en modo absoluto, ya en modo relativo, con referencia a determinados círculos de personas. Se las examina bajo este rubro, sin embargo, en cuanto puede constituir ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.

En este sentido, la primera circunstancia constitutiva de la justa causa sería el consentimiento del interesado se discute la generalidad absoluta o no del principio, y si el consentimiento hace obligatorio para el profesional declarar cuando es llamado como testigo. Algunos entienden que ni en ese caso deben considerarse dispensados del secreto cierto sujeto, en particular el sacerdote, cuando concurre con el interés puramente privado, un interés público simultáneo.

La opinión general y correcta admite que en ese caso desaparezca el secreto, ya que, según lo dice Binding, por medio de esta infracción no es protegido el interés del mantenimiento del secreto, sino la voluntad de que sea mantenido.

Con respecto a las disposiciones procesales sobre el deber de testimoniar el efecto del consentimiento es el de hacer desaparecer el derecho a callar; pero el C. De P. P. De Córdoba, art. 260, hace una excepción expresa a favor del sacerdote, al cual, aun en ese caso, le reconoce el derecho de callarse. Según el moderno derecho canónico, en ese caso, el sacerdote está también obligado al silencio.

Otras veces, la ley acuerda franco predominio a otros intereses jurídicos por encima del interés del secreto e impone de manera positiva a ciertas personas el deber de revelar, generalmente la determinada manera y en formas preestablecidas, alguna circunstancia o hecho conocido en el ejercicio de la profesión. Esta obligación de dar cuenta de ciertos hechos se refiere algunas veces a casos de enfermedades peligrosas (leyes 11.359, sobre lepra; 12.317, sobre enfermedades contagiosas y transmisibles; 12.331, sobre enfermedades venéreas). En estos casos, sin embargo, se entiende lícita únicamente la revelación ordenada por la ley, y no otra, ya que los propios funcionarios que reciben la denuncia quedan, a su vez, expresamente obligados al secreto profesional en cuanto este no ofrece los servicios de sanidad, ley 12.317, artículo 2º.



Análogas son las obligaciones creadas por la ley de Registro Civil, artículos 38 y 71, referentes a nacimientos y defunciones, comunicaciones éstas en las cuales pueda existir la necesidad de hacer manifestaciones ordinariamente secretas.

Finalmente, la ley procesal impone la obligación de denunciar “los envenenamientos y otros graves atentados personales, cualesquiera que sean”, en los que el médico o persona que profesa el arte de curar haya prestado socorro, C. De P.P., 165; esta disposición es precisamente la acusante de las mayores confusiones, a nuestro juicio, sin razón, porque el deber que en ella se impone rige siempre menos cuando media secreto profesional, art. 167. De este modo, en realidad, la ley procesal respete en todo caso el secreto profesional.

Con referencia particular 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 el secreto. Este caso, según lo dijimos, importa desde el punto de vista del derecho, una verdadera colisión de bienes, porque, en general, además del interés genérico en la tutela por los derechos de la intimidad, la intervención médica se produce en situaciones de necesidad. En estos casos, el derecho no tiene otra solución que *sacrificar* uno de los dos bienes en conflicto. El derecho puede no ampara al necesitado, estableciendo la obligación para el médico de denunciar al que estando en falta necesitó de sus servicios: en ese caso, se pronuncia a favor de un bien jurídico cual es la certeza de la punición de los delitos; pero los que así se pronuncian han de reconocer que sacrifican positivamente *en general*, lo que es grave, a la personalidad. Ahora bien, obsérvese que en muchos casos para el necesitado existirá el conflicto entre dejarse morir por falta de asistencia o denunciarse con el acto de concurrir al medico. Ante tal situación, parece de aplicación estricta el principio de Hegel, según el cual negar el derecho de necesidad importa declarar al hombre en general carente del derecho, pues se le niega la vida. Con más sencillez, dice Carrara, refiriéndose a ciertas prohibiciones severas contra la revelación de secretos: “había mayor prudencia y mejor corazón en aquellos que castigaban a los divulgadores de las gravideces ilegítimas, que el que hay en ciertos maníacos que se obstinan en la ineficaz crueldad de castigar con la muerte a las desventuras.

El nudo de la cuestión reside ahí. El médico esté obligado a denunciar el hecho en la situación a que se refiere el art. 165, porque la letra de esta disposición se refiere *al socorro prestado a la víctima*. Pero la regla del secreto no es derogada por ese principio, sino precisamente al contrario: hay casos de los comprendidos normalmente dentro del art. 165, en los cuales el médico debe callar, porque el art. 167 no crea el secreto profesional sino que lo hace aplicable precisamente al art. 165, con lo cual viene a ocurrir como si se dijera que ni siquiera la obligación de denunciar lo hace excepción a la regla general del secreto. El art. 167 no se refiere a cualquier caso, sino a aquellos en los cuales existiría el deber de denunciar, si no mediara el secreto.

Para aplicar ese principio, a nuestro juicio, se hace necesario atender a la naturaleza de la función y a la relación que debe mediar entre su ejercicio y el conocimiento del secreto. Aquí podemos servirnos del ejemplo puesto por Molinario: un médico atiende a un señor herido por la esposa, según el enfermo se le dice en confianza. A nuestro juicio, no cabe duda de que debe denunciar que atendió a *la víctima de una lesión*. Lo demás como si no se hubiera dicho. Por otra parte, para estos casos ya es antigua,



según Carrara, la subdistinción entre lo que se refiere a la materialidad del delito y lo atinente a la imputación cuando este detalle es secreto.

Pero supóngase el caso de un herido en duelo, es decir, de un sujeto que ha delinquido. En este caso, si la denuncia fuera obligatoria, *el herido* se encontraría en el conflicto al que antes nos hemos referido. Ese es precisamente el conflicto a que antes resuelto por la ley a favor del necesitado. Ese es el caso que tipifica la excepción al principio del art. 165.

No existe deber de denunciar, en consecuencia, y si deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal.

En general, no se tiene por justa causa de la revelación al interés científico ofrecido por un caso. La forma correcta de utilizar el caso como material consiste en despojarlo de todo detalle individualizador.

Opinión de Carlos Fontán Balestra sobre justa causa:

Según Fontán Balestra, la ilegitimidad del hecho resulta de que el secreto sea revelado *sin justa causa*. Se trata de una exigencia de la figura, cuya ausencia quita tipicidad al hecho y que debe ser abarcada por el dolo del autor. Considera que si bien, algunos vinculan el registro a la antijuricidad, en el derecho argentino la falta de justa causa es un elemento de tipo. Señala el autor que es preciso distinguir cuatro situaciones:

a) Prohibición de revelar; b) Obligación de revelar; c) Casos en que el silencio hace incurrir al autor en el delito de encubrimiento; d) Autorización sin obligación de revelar.

La ley es la fuente de la que resulta de modo más concreto la justa causa. En estos casos, la regla es la facultad de revelar pero no el deber jurídico de hacerlo.

El consentimiento del interesado, que haya sido prestado en las condiciones de eficacia, resta la tipicidad al hecho. El consentimiento debe ser anterior o coetáneo a la revelación, aunque puede ser posterior al momento en que fue confiado.

Las leyes contienen, también, normas que imponen el *deber jurídico* de poner el hecho en conocimiento de la autoridad. En estos casos la situación jurídica sobrepasa las exigencias de la justa causa. Algunas disposiciones se refieren a los funcionarios o empleados públicos, tales como la obligación de denunciar a las autoridades de los delitos perseguibles de oficio de los que tengan conocimiento del ejercicio de sus funciones en estos supuestos, el silencio configura el delito de encubrimiento (art. 277 del Cód. Penal). Además, señala el autor que otras normas imponen a los profesionales de la medicina la obligación de denunciar a las autoridades nacimientos y defunciones (arts. 38 y 71 de la Ley de Registro Civil), y casos de enfermedades infecto-contagiosas. También existe esa obligación cuando hayan intervenido profesionalmente en envenenamientos y otros casos graves atentados personales o en hechos de los que resulte la comisión de delitos perseguibles de oficio (art. 183, inc. 2º, Código de procedimientos de Córdoba).

Aparecen aquí, desempeñando el papel de justa causa para denunciar las obligaciones impuestas por disposiciones de carácter procesal.



Entrando en el análisis del conflicto que generan las disposiciones del Cód. Penal con el ordenamiento procesal, opina el autor que el art. 277 del Cód. Penal reprime al que omitiere denunciar si estuviere obligado a hacerlo. Pero la obligación enunciada desaparecen los casos en que el hecho ha sido confiado al profesional *bajo secreto*, porque juzga en este caso, en su ámbito de vigencia. Por su parte, los ordenamientos procesales, exceptúan de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, cuando hubieren tenido conocimiento del delito por *revelaciones que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta norma, que a juicio de Fontán Balestra, resulta insuficiente para sentar la regla general que exigiera que la noticia haya sido revelada bajo el secreto profesional en todos los casos, porque se opone una disposición en forma a una de fondo, pero si parece para el autor, en cambio, fundamento bastante para que el profesional pueda negarse a revelar el secreto, puesto que concurren normas procesales de las que una impone la obligación, que es la regla y la otra la excepción que libera de ella y que debe prevalecer (del mismo modo opinan Gómez, González Roura, Molinario).

Sostiene así el autor que sobre la legitimidad de mantener el secreto en estos casos, no quedan dudas. Ahora bien, queda aún el problema para los supuestos en que, dándose las mismas circunstancias, el hecho no ha sido confiado bajo el secreto profesional. Por un tiempo se ha limitado la facultad del silencio a los casos comprendidos en la específica previsión del ordenamiento procesal. Razones de justicia, que Núñez señala y encuentran su apoyo en el derecho de fondo, deciden a Fontán Balestra a ampliar la facultad de reserves también a los casos en que el profesional ha tenido conocimiento de los hechos con motivo de su actividad profesional y sin que se la haya hecho mención expresa del secreto profesional. La razón de justicia parece palmar ante la reflexión de que el delincuente advertido pueda escapar a la acción de la justicia, invocando ante el profesional el secreto, en tanto que el inadvertido será motivo de denuncia. El que ha sido dejado en el consultorio del médico en estado de inconsciencia, mal podrá pedir la reserva del secreto profesional. Por lo demás, el Código penal fija la regla del secreto en el artículo 156, y por él, no está obligado el profesional únicamente en los casos expresamente confiados bajo reserva, sino en todos, y esta norma no puede retroceder ante otra de carácter procesal y de sanción anterior como es la del Código de procedimientos. No puede tampoco ser desestimado el hecho de que el artículo 156 del Código de procedimientos criminales para la capital se refiere a la víctima, y no al autor del delito. Ciertamente, para que esta solución tenga validez, parece sobrado decirlo, han de concurrir todas las circunstancias que hacen del hecho un secreto no revelable para el Derecho penal.

Opinión de Jorge Moras Mom: Este insigne profesor santafecino, entiende que el legislador al señalar “justa causa” no ha querido indicar “inexistencia de causas de justificación”, de ser de esa manera se advertiría un error de técnica, Moras Mom concibe a la justa causa como un *elemento subjetivo condicionante de la culpabilidad porque el autor obra con la conciencia de que no debe revelar el secreto. Tales supuestos –dice- están comprendidos en la justificante legítimo cumplimiento de un deber, autoridad o cargo, en algunas oportunidades, y en otras, tampoco constituyen la actividad típica en el sentido más estricto porque derivan del ejercicio de alguna función donde el agente tiene la*



obligación genérica de denunciar o de investigar actividades diferentes a la mera revelación, porque aunque sean de una forma calificada y especial de ésta están sujetas a exhaustiva regulación”¹⁴².

Sobre La Justa Causa en La Revelacion de Secretos: Ideas Finales

Estimo que en nuestro sistema de garantías la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, la que nunca podrá ser la sola finalidad de exponer al necesitado a un proceso penal¹⁴³.

En esta inteligencia se ha dicho que “Podrá haber en algunos casos justa causa para violar el secreto profesional y denunciar penalmente al paciente, pero para ello será necesario, por ejemplo, que exista una amenaza de un mal futuro que pueda evitarse para el mismo enfermo, el facultativo o terceros, pero no por el sólo interés en el castigo de los delitos... Por otro lado, si uno repasa los otros casos de excepción al deber de confidencialidad, advertirá que en todos ellos la finalidad es la de evitar o prevenir daños serios a otras personas, como el contagio de enfermedades o epidemias o situaciones de violencia familiar, pero nunca por el mero interés de la persecución penal”¹⁴⁴. Uno de los planteos que pueden ocurrir es que se haga mención al ESTADO DE NECESIDAD. Bacigalupo dice que hay dos formas de estado de necesidad: una en la que colisionan intereses jurídicos, y en otra deberes jurídicos, y que el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado, puesto que primero se formuló el principio de ponderación de bienes que sostiene y se limita a la ponderación a bienes jurídicos – considerados como si fueran una necesidad estática. El conflicto que caracteriza un estado de necesidad está determinado por numerosos factores y como principio más amplio se ha propuesto el de ponderación de intereses, cuya misión sería la de considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación.¹⁴⁵

Se debe tener en cuenta, - según este autor – tres aspectos para merituar esa diferencia, partiendo de la teoría de los Intereses Jurídicos: a) relación jerárquica de los bienes jurídicos como sería la relación entre la vida y la propiedad, o verdad documental y el honor, etc. b) merecimiento de protección del bien jurídico de mayor jerarquía en la situación social concreta (como el caso vida de las personas después del nacimiento es de mayor jerarquía – atendiendo a la pena con que los códigos penales amenazan la lesión de cada uno de estos bienes – que la vida humana en germen; sin embargo la práctica del aborto para salvar la vida de la embarazada contra la voluntad de la madre no puede ampararse en el estado de necesidad); c) debe ser esencial la diferencia de valor de los intereses, no cualquier diferencia, sino una diferencia considerable en tal sentido, se excluiría cuando la salvación de uno de ellos requiera la lesión de un interés jurídico altamente personal (la vida, la integridad personal, el honor, etc.)¹⁴⁶

Ponderación de vidas humanas: Uno de los casos que requieren un análisis y que no resulta sencillo de solucionar, y determinar el mal menor, es cuando están en juego vidas humanas o valores vinculados inseparablemente a la personalidad.

Zaffaroni sostiene que una vida humana siempre vale para el Derecho, tanto como la otra.

¹⁴² Ver: “Delitos contra la libertad” ; Moras Mom – Damianovich; pág. 267 y 268; Editorial Ediar; año 1972.

¹⁴³ M. A., P. s/ nulidad". Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (30.04.2009).

¹⁴⁴ M. A., P. s/ nulidad". Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (30.04.2009).

¹⁴⁵ Bacigalupo E.: Derecho Penal – Parte General – 2da Ed. Edit. Hammurabi , Buenos Aires, 1999, ps. 378

¹⁴⁶ Bacigalupo E.: Ob. Cit, Ps. 75/76..



Son bienes que están en la cúspide de la valoración humana a los fines de la cúspide del reconocimiento de la legitimidad del resguardo necesario. Jimenez de Asúa, entiende que solo para un juez tanto vale la vida de uno como la del otro, por lo tanto no se trata de un hecho que pueda ser justificado¹⁴⁷.

En general, son inadmisibles – refiere Roxin – todas las posibles graduaciones entre vida valiosa y menos valiosa: por lo tanto no se podría sacrificar a un débil mental para salvar la vida de un premio Nobel.

En el caso de conflicto entre dos vidas humanas conocido como el de la tábula unius capax, en el que dos naufragos se disputan la tabla salvadora y uno desaloja al otro provocándole su muerte, no puede aquí admitirse la tesis de la justificación, sólo se puede aspirar a un criterio exculpante.

Frías Caballero, hace una crítica a Soler, cuando éste interpreta que dos vidas humanas en conflicto, son iguales objetivamente y subjetivamente desde el punto de vista del agente que salvó la suya no; es preciso colocarse en la situación del hombre común o medio, el que siempre valorará su propia vida como superior al del otro; pero aceptar este criterio – dice el primer autor – sería consagrar la ley de la selva.

Es interesante al respecto, la opinión de Roxin “... cuando está en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones. Ante el Derecho toda vida humana... tiene el mismo rango, y no existe un diferente “ valor vida”¹⁴⁸.

En tal sentido, al no comprenderle la causa de justificación no se puede alegar defensa de su vida, ni que deba apelarse al derecho de la fuerza, o que un tercero actúe como árbitro de la cuestión para beneficiar a uno contra el otro.

Se ha discutido si el principio de la no ponderabilidad de la vida humana, también se puede mantener en los supuestos de la denominada comunidad de peligro, y en los que para una mejor explicación Roxin da los siguientes ejemplos: Un montañero cae, estando sostenido a una cuerda, a otro que de no cortar la soga, ambos caerán. El del globo aerostático y uno para salvarse arroja al otro, de lo contrario se desploma; el del piloto del Ferry, que transporta un grupo de niños y por sobrecarga puede hundirse, y el piloto hecha al agua unos niños para salvar a los demás; el del velero británico que habiendo naufragado por la tormenta al estar sin alimentos el capitán sacrifica la vida del grumete, que estaba moribundo para alimentar a los restantes con su carne y sangre; y el de la eutanasia de la época de Hitler, donde se mata a unos enfermos mentales para salvar a todos los internos.

Algunas opiniones, entienden es posible la justificación, con ciertas restricciones, en razón que no podría estar prohibido disminuir un mal que si no será inevitable y aún mayor. Que un Derecho razonable no puede prohibir que al menos se salve una vida cuando es imposible salvar ambas. Que si bien nadie se puede arrogar una vida sobre otra, cuando no habiendo oportunidad de salvación para el que se mata en bien de los demás, parece requerida la justificación.

Los que consideran que este tipo de conducta resulta simultáneamente correcta como equivocada, por lo tanto el Derecho debe dejar la decisión a la conciencia del particular, que será conforme Derecho,

¹⁴⁷ Gallino Yanzi, C.: “ La Antijuridicidad y el Secreto Profesional “. Edit. Zavallía. Buenos Aires, 1972, p. 54

¹⁴⁸ Cortés de Arabia, Ana., “Derecho Penal Parte General”, dir. Carlos Lascano (h), Editorial Advocatus, Córdoba, 2002, ps. 161.



en la medida que sea “in concreto”, admitiendo la justificación cuando ya está marcado por el destino como condena a morir y no tenga – según Eb. Schmit – que seleccionar las víctimas como en el caso de la eutanasia. Como en la posición de la teoría que remite las colisiones entre vidas en caso de comunidad en peligro al espacio situado fuera del Derecho, al levantar la prohibición de matar.

Mientras que la doctrina dominante, que entiende que aunque se esté frente a la comunidad de peligro no puede justificarse una ponderación de vidas, y en los casos descriptos se ha actuado antijurídicamente.

Basados en un pensamiento ético de la preservación de la vida, en una comunidad de peligro, se prohíbe someter la vida humana a un cálculo de ponderación como meras partidas contables en una cuenta global. Que si aparece que una persona pueda estar condenada a muerte, es una construcción intelectual, puesto que en realidad nunca se puede saber con seguridad lo que ocurrirá, ya que puede salvarse milagrosamente.

Cabe mencionar los casos de *estado de necesidad defensivo*, en los que se producen conflictos desencadenados por seres humanos donde están en juego la salud y en otros hasta la vida, por lo que es procedente según la opinión de algunos autores la fundamentación de estos principios a fin de lograr una solución.

Roxin en su obra de Derecho Penal, señala cuatro grupos de casos en los que la defensa frente a un peligro de origen humano debe enjuiciarse por la justificación del estado de necesidad.

Si lo defendido es de menor entidad, o sea el bien jurídico protegido es valor inferior que el dañado, estamos ante una ponderación de intereses, dado que nadie tiene porque indefenso amenazas, que vienen de fuera, (que no se trata de una causa suprallegal de justificación por analogía).

El caso del niño que previo a nacer se advierte una constitución del mismo (hidrocefalia) y ello pondría en peligro la vida o salud de la madre (que muestra dos vidas en conflicto, o sea valores del mismo rango). Se admite el principio de estado de necesidad defensivo como última instancia para salvar a la madre, debiendo ésta, previo soportar en la medida de lo posible los daños de mediana entidad, dado su posición de garante.

En tal sentido y como mejor solución se inclina la Doctrina a seguir el criterio de la ponderación de intereses y de esa manera responder al deber de salvar a la madre como deber superior rango.

Como último grupo, cabe señalar el de la legítima defensa preventiva, que se manifiesta con un ejemplo: El dueño de un bar oye como unos clientes se conciertan para atacarle tras el cierre del establecimiento, y entonces les pone narcóticos en la cerveza para dormirlos, porque no cabría la posibilidad de hacerles frente.

Vemos que el dueño del bar, se ve inmerso en una amenaza latente, que si bien no constituye un peligro concreto, lo es aquella intención que se pondrá en movimiento en cualquier momento, generando el riesgo para la vida y patrimonio de aquel, que no puede enfrentarlos, acudiendo a un medio preventivo defensivo, durmiendo a los futuros agresores porque no tenía otra posible solución (Roxin).

Entiende la tesis de la diferenciación: la justificación se da por los diferentes valores que representan los bienes y se trataría si fuesen iguales, de un estado de necesidad exculpante, excluyente



de la culpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta, sin perjuicio que hay autores que lo plantean como coacción o fuerza moral (Nuñez).

Cuestiones Controvertidas. Secreto Profesional Medico Frente al Deber de Denunciar.

La cuestión más controvertida en la materia está a cargo de los “funcionarios públicos” que son médicos en hospitales públicos y de esta manera conocen del secreto profesional en ejercicio de sus funciones. Se ha dicho normativamente que por su calidad de funcionarios públicos cargan con el deber de denunciar ilícitos perseguibles de oficio que conozcan a raíz de sus funciones, conforme lo establecen leyes procesales. Los senderos se bifurcan: deber de denunciar o guardar secreto.

A) Parte de la doctrina considera que el médico que conoce un ilícito en razón de su función como empleado o funcionario público no debe denunciar, si lo hace este “anoticiamiento es antijurídico” y torna nula las actuaciones procesales.

B) Quienes sostienen que hay que denunciar, entienden que el deber de secreto no es absoluto. La recriminación del aborto (situación más común) tiene su sustento jurídico en la Constitución Nacional y en el Código Penal, como delito de acción pública. En tanto la violación de secretos son acciones privadas (art. 73 inc. 2 del C.P.), que pueden llevar a la “desincriminación del aborto de la madre”, delito “aberrante”, que vulnera el valor vida (Trib. Sup. Alemán) y el “derecho a SER”, amparado este derecho en Tratados internacionales incorporados a la Constitución (por Ej. Declaración de los Derechos del Niño). Suman a estos argumentos una cuestión de ética profesional (Vigo).

Aunque sintéticos, esta primera aproximación a la problemática estamos de cara a **un dilema o tal vez una aporía** cuya respuesta aun no la han podido esclarecer totalmente los hombres de derecho. Las leyes procesales avalan directamente la denuncia del galeno ante el conocimiento del ilícito, en tanto la norma prevista en el art. 156 del Código Penal exige el secreto, pero colocó allí el legislador dos palabras JUSTA CAUSA que, lejos de traer la necesaria claridad al tema, abonaron un terreno de incertidumbre jurisprudencial y doctrinaria.

Puede ocurrir la posibilidad que quien sea receptor del secreto sea a la vez funcionario público. Como se anticipó no es esta advertencia una cuestión menor, pues se trata de una importante colisión de normas, valores e intereses que el jurista debe resolver. Es oportuno admitir que en torno al profesional médico es donde gira el núcleo del conflicto, el cual –aun- se muestra irresoluto.

El actual Código Procesal Penal de la Nación establece dos supuestos de denuncia obligatoria. El primero respecto de los funcionarios públicos que conozcan el delito en su ejercicio, y el segundo pesa sobre de los médicos y otros profesionales del arte de curar por los delitos "contra la vida y la integridad física", "salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional" (art. 177 del C.P.P.). Los Códigos provinciales tienen disposiciones análogas.

La obligatoriedad de denuncia lo es bajo apercibimiento de incurrirse en delito de encubrimiento por omisión de denuncia (art. 277, inciso d) del C.P.). Debe consignarse aquí lo que claramente expresan Figari y Bailone: “... 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 respecto a la perpetración de un delito o de la individualización del autor o partícipe de un delito ya conocido, rige sólo 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. Esto es tarea de los fiscales o de los jueces”¹⁴⁹. “Sólo puede ser autor quien se halle incluido en la obligación, es decir, los obligados a promover la persecución penal del delito”¹⁵⁰.

A su turno el Código Penal incrimina la revelación de un secreto cuya divulgación pueda causar daño (art. 156).

Estamos necesariamente en presencia de un conflicto de deberes. Las normas primarias y las secundarias son normas de obligación pero con contenidos y destinatarios distintos. Ambas son normas de deber. La norma primaria responde a la noción estándar de deber jurídico (la obligación de sancionar es explícitamente formulada). Por un lado la norma secundaria responde a la noción kelseniana de deber jurídico (la obligación de hacer u omitir surge por derivación). Así las normas primarias son dirigidas a los jueces penales, obligándoles a imponer sanciones en el marco de un proceso judicial en el que se verifique un delito (acción, típica, antijurídica y culpable). Las normas secundarias se dirigen a los ciudadanos en general, estableciendo obligaciones de hacer u omitir diversas conductas.

En esta dirección –se ha dicho– un subconjunto de normas secundarias regula la conducta de los ciudadanos respecto de un universo del discurso determinado. Por ejemplo diversas disposiciones del Código Penal Argentino y del Código Procesal Penal de la Nación (art. 156 del C.P. y art. 277 del CPPN) regulan el secreto profesional, estipulándose el deber de guardar secreto bajo ciertas circunstancias (relación médico – paciente) y, contrariamente, el deber de no guardar secreto (obligación de revelarlo) bajo otras circunstancias. Tales deberes surgen por “derivación kelseniana” toda vez que las conductas opuestas están correlacionadas con sanciones ¹⁵¹

Se advierte así la tensión aparente que genera la composición de normas al médico que conoce la existencia de delito. ¿Cuándo se está obligado a denunciar y cuando a guardar el secreto profesional? La denuncia violatoria del secreto hará incurrir en delito, al igual que la preservación del secreto en supuestos de denuncia necesaria.

Como dice Godfrid¹⁵², “He aquí planteado el angustioso dilema de siempre en cabeza de los médicos, que en general y ante semejante disyuntiva suelen optar por lo que suponen el “mal menor” y denuncian a la paciente, generándose así un mal de mucha mayor envergadura: el sometimiento de dicha paciente a un proceso penal. Ante esta lamentable realidad, ellas tratan de eludir esas consecuencias apelando a precarios y antihigiénicos auxilios sanitarios, con las graves secuelas de notoriedad.

¹⁴⁹ Figari, Rubén – Bailone, Matías; “El aborto y la cuestión penal”, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, ps. 152.

¹⁵⁰ Figari, Rubén; “Encubrimiento y lavado de dinero”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, ps. 66.

¹⁵¹ Alonso, Juan Pablo; “Normas penales y conflicto de deberes”, Tesis doctoral, Universidad de Buenos Aires. Publicado en la Revista discusiones nro. 9, ps. 25 y 26; www.cervantesvirtual.com

¹⁵² “Aborto, secreto médico y denuncia”. Mario Alberto Godfrid.



“Claro está, como fácilmente ha de colegirse, que este desenlace sólo recae sobre mujeres carentes de medios para acceder a una atención adecuada, lo cual constituye el dramático e injusto final anunciado de este tremendo drama, tan inicuo como injusto.

“...Esa confusión de los médicos... siempre fue alimentada por la interferencia de aspectos religiosos o moralistas en un terreno legal y penal que debiera ser totalmente aséptico y despojado de toda influencia extraña, porque por su propia naturaleza no admite ninguna intromisión de esa especie, so pena de deformar las normas originales de mención, confundiendo sus claras disposiciones y la interpretación correcta emanada de la doctrina y jurisprudencia más relevante en la materia, por cierto muy profusa y jerarquizada.

“Que quede muy claro también, por su conexión con la temática de marras, que ningún juez del país tiene atribución alguna para “relevar” a nadie del estricto respeto del secreto médico, en ninguna circunstancia, por la sencilla razón de que si existe un secreto que respetar quien no lo hace comete un delito y, por ende, ningún juez puede autorizar la comisión de este ni de ningún otro delito, lo cual es tan evidente y elemental que constituye una verdad de perogrullo.

“Si bien la normativa en vigencia no debiera requerir el auxilio de nadie ni de ninguna otra disposición legal para eliminar esta tan infundada como falsa controversia, habría que aceptar la bondad del dictado de algunas normas, idealmente nacionales o aunque más no fuere hasta locales, tal como algún funcionario próximo a comenzar su desempeño lo ha sugerido, de modo que de ahí en más ningún médico en funciones asistenciales tanto públicas como privadas pueda jamás dudar en denunciar o no a su paciente en emergencia post abortiva, absteniéndose rigurosamente de hacerlo, sin riesgo de contingencia alguna personal por ese motivo”.

El C.P.M.P. establecía que el funcionario público tenía obligación de denunciar (art. 164). Por su parte, los médicos tenían obligación de denunciar, indicando "donde se encuentra la víctima" y las "demás circunstancias que puedan importar para la averiguación de los delincuentes" (art. 165). Aquella obligación cedía en caso de revelación hecha bajo secreto profesional (art. 167). Así, en el antiguo ordenamiento procesal nacional sólo obligaba la denuncia del médico particular en caso de asistencia a la víctima de delito (con una delimitación bastante amplia de los tipos de delitos involucrados). La denuncia del victimario importaba delito de violación de secretos. Incluso, hasta la propia víctima podía desobligar a la denuncia revelando expresamente bajo secreto profesional. Así, el médico que no cumplía funciones en un centro público (y por ende no era funcionario) nunca podía denunciar al victimario. Y, quien ejercía funciones en un hospital público estaba obligado a denunciar al delincuente como funcionario, pero a su vez con la paradójica restricción del secreto profesional (que parecía ceder por propio mandato de la ley).

Al respecto, parte de la doctrina considera que el médico que conoce un ilícito en razón de su función como empleado o funcionario público no debe denunciar, si lo hace este “anoticiamiento es antijurídico” y torna nula las actuaciones procesales.

Por su parte, encontramos a quienes sostienen que hay que denunciar, entienden que el deber de secreto no es absoluto. La recriminación del aborto (situación más común) tiene su sustento jurídico en



la Constitución Nacional y en el Código Penal, como delito de acción pública. En tanto la violación de secretos son acciones privadas (art. 73 inc. 2 del C.P.), que pueden llevar a la “desincriminación del aborto de la madre”, delito “aberrante”, que vulnera el valor vida (Trib. Sup. Alemán) y el “derecho a SER”, amparado este derecho en Tratados internacionales incorporados a la Constitución (por Ej. Declaración de los Derechos del Niño). Suman a estos argumentos una cuestión de ética profesional (Vigo).

Las leyes procesales avalan directamente la denuncia del galeno ante el conocimiento del ilícito, en tanto la norma prevista en el art. 156 del Código Penal exige el secreto, pero colocó allí el legislador dos palabras JUSTA CAUSA que, lejos de traer la necesaria claridad al tema, abonaron un terreno de incertidumbre jurisprudencial y doctrinaria.

Respecto a los profesionales -especialmente médicos- que prestando servicios en hospitales oficiales, revisten, al mismo tiempo, el carácter de funcionarios o empleados públicos. Si se admite, como dice Fontán Balestra¹⁵³, que el deber de no revelar el secreto se impone al médico que lo ha conocido 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, no se ven razones para hacer una excepción con los médicos de los hospitales. Le profesional funcionario está sometida a los mismos deberes que el particular. Ninguna razón existe para hacer diferencias, si esos deberes resultan del balance de las disposiciones del Código penal y su vinculación con otras normas de derecho.

La Cámara del Crimen de la Capital Federal sostuvo, hasta el año 1966 la obligación del médico funcionario de denunciar los hechos delictuosos que conoce en su actividad hospitalaria; concretamente, en los casos de aborta en que se asiste a la mujer abortante¹⁵⁴. El mismo tribunal había reconocido que el ejercicio de un cargo oficial no revela de cumplir con el deber de guardar secreto¹⁵⁵. En la causa F. N., resuelta el 26 de agosto de 1966, en fallo plenario, con disidencia, declaró que no puede instituirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no- pero si corresponde hacerlo en todos los casos respecto d sus coautores, instigadores o cómplices¹⁵⁶. Reconociendo que el punto es discutible, la solución de fondo que se alcance debe ser aplicable en todos los aspectos. Y así, si no puede instruirse sumario, contra la abortada, no se ven razones para que pueda hacerse por virtud de la misma denuncia contra los coautores, instigadores o cómplices, y a la inversa. porque si tal imposibilidad resulta del carácter ilícito de la denuncia, esta no debe valer par nadie, y si vale, debe serlo para todos, ya que la abortada no es aquí víctima en los términos del artículo 165 del Código de procedimientos, sino autora por disposición del artículo 88 del Código penal, y está en idéntica situación jurídica que los demás partícipes. El mismo tribunal tiene declarado que la madre, en tales casos, inviste una sola calidad: la de víctima¹⁵⁷.

¹⁵³

¹⁵⁴ *Jurisprudencia Argentina*, T. 1962-IV, p. 101 ; *La Ley*, T. 108, p. 740.

¹⁵⁵ *La Ley*, T. 115, p. 711.

¹⁵⁶ *Jurisprudencia Argentina*, T. 1966-V, p. 69 ; *La Ley*, del 28 de septiembre de 1966.

¹⁵⁷ *La Ley*, T. 108, p 740.



A diferencia de lo que para los profesionales de la medicina ha quedado dicho, la situación del abogado defensor es totalmente distinta, puesto que, en ningún caso, existe para él el deber jurídico de denunciar el secreto, confesión o lo que fuere del sospechado o procesado, y todo lo que haga en su defensa no podrá nunca ser contemplado desde el punto de vista del favorecimiento. Por cierto que esta afirmación se limita a la reserva del secreto, y no a actos que nada tengan que ver con la argumentación, reunión de pruebas descargo o refutación de las de cargo, etc., propios de la función profesional¹⁵⁸.

Una última cuestión importa tratar aquí, y es la que se refiere al **profesional que, hallándose en posesión de un secreto, es citado a deponer como testigo** y “relevado” por el juez del secreto profesional para ese caso. El artículo 243 del Código penal sanciona con prisión de quince días a un mes el que siendo legalmente citado como testigo, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración respectiva. La norma es ineludible, el testigo debe concurrir y declarar. Esto no se discute. Por otra parte, el artículo 275 del mismo texto legal castiga con prisión de uno a cinco años al testigo que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o parte. ¿cuál es la situación del testigo en estos casos? Gómez cree que no hay más juez que la propia conciencia del profesional para pronunciarse sobre la naturaleza del hecho cuando la justicia exige su revelación¹⁵⁹.

La situación del profesional citado a declarar como testigo, es exactamente la misma que hemos señalado en los puntos anteriores en lo que se refiere a la facultad y el deber de relevar el secreto. La decisión del juez de relevarlo del deber de guardar el secreto, autoriza, no obliga. El testigo puede entonces declarar sobre el hecho o conocimiento en cuestión si él cree que existe la *justa causa* requerida por la ley. Pero la justa causa no crea siempre un deber jurídico, su efecto es tornar atípica la conducta. Es decir, que el profesional podrá negarse a declarar en todos los casos en que crea que el secreto deber ser guardado. Dentro de esas condiciones, y sólo entonces, queda sí librada a la conciencia del testigo declarar o no sobre el punto en cuestión. Juega aquí la buena fe del testigo, que crea que le asiste justa causa con la decisión del juez, excluyendo el dolo el delito.

Retomando la cuestión debe tenerse en cuenta el carácter administrativo que tiene el médico que presta servicios en un hospital público es el de empleado público que trasciende en la esfera administrativa al de funcionario público. Queda en claro entonces que el derecho administrativo lo integra a este concepto.

De allí que se diga que se trata de toda persona que en forma permanente o accidental participa del ejercicio de las funciones públicas.

Bielsa¹⁶⁰ ensaya un concepto similar, reconociendo que el funcionario público, es designado por el Estado en la forma que se determine para realizar una actividad de manera continua y “constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social”.

¹⁵⁸ Cámara Federal de la Capital, La Ley, T. 55, p. 708.

¹⁵⁹ Gómez, Eusebio. Tratado, cit., T. III, p. 441

¹⁶⁰ Bielsa, Rafael *Derecho Administrativo* t. III La Ley 1964 p. 34 con cita de Romano, Santi *Principii* núm. 70.



Específicamente la caracterización de funcionario público – según Kelsen¹⁶¹- lo hace la permanencia, profesionalidad y retribución fiscal. Expone que las características esenciales de un órgano en el sentido estricto del término, es decir funcionario público, son las siguientes: “es nombrado o electo para una función específica; la realización de ésta tiene que ser la actividad principal o incluso legalmente privativa de la persona que funge como órgano; dicha persona tiene el derecho de recibir un salario que se pago con cargo al erario”. En esta misma dirección afirmaba: “si y bajo que condiciones la función desempeñada por determinado hombre puede ser atribuida al Estado”¹⁶², lo lleva a concluir que “un individuo sólo es considerado órgano del Estado cuando, conforme a procedimiento determinado por el orden jurídico, es llamado a desempeñar esa función”¹⁶³, es decir, que es órgano porque y en cuanto realiza una función creadora o aplicadora de derecho¹⁶⁴.

En el caso de los “funcionarios” -Borja y Borja¹⁶⁵-, estamos hablando de la competencia propia, en contraposición de la competencia de los empleados, que depende en su totalidad de normas individuales que otro órgano dicte. Además, entiende, que a la competencia *ratione materiae* o *retione rei* del funcionario puede añadirse competencia que le corresponde al empleado, pues no son incompatibles. Sostiene así la clasificación de los órganos del Estado en funcionarios públicos y empleados públicos¹⁶⁶.

Desde lo estrictamente personal considero que el médico no constituye un órgano mediante el cual el Estado exterioriza sus potestades y voluntad, sino un sujeto primordial en la ciencia médica, cuya actividad en el proceso del aseguramiento de la salud (en este caso de la salud pública) le está conferido con AUTONOMIA sin subordinación jerárquica que no sea a la *lex artis* y su conciencia, todo en base a la idoneidad técnica que porta y que se acredita con su título profesional.

La CSJN en el caso “Baldivieso” y la imagen de funcionario público.

La doctrina fijada en el caso “Baldivieso” de la Corte suprema de Justicia de la Nación implica un apartamiento sobre la interpretación clásica de la calidad de funcionario público de un médico de hospital público. Es así que en su voto Argibay afirma que la disyuntiva que se les debe haber planteado a los médicos que atendieron a Baldivieso es la que reza que el médico de hospital público es funcionario público, obligado a denunciar, el que a su vez también está obligado por el secreto médico, obligado a mantener la privacidad de su relación con el paciente. Luego cita a Soler y dice que existe un efecto social discriminatorio, dado que si al médico que atiende en un hospital público, destinado generalmente a las personas de escasos recursos, se lo obliga a denunciar y no así al médico particular que atiende en su consultorio, se genera la mencionada desigualdad, entre quienes pueden acceder a un médico particular y quienes no. Señala entonces que “el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá” y que “además de no encontrarse obligados a

¹⁶¹ Kelsen, Hans Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho* Porrúa, México, 1995, p. 300/1

¹⁶² Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho* Porrúa, México, 1995, p. 296.

¹⁶³ Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho* Porrúa, México, 1995, p. 297.

¹⁶⁴ Kelsen, Hans *Teoría General del Derecho y del Estado*; Textos Universitarios, México, 1969 p. 229.

¹⁶⁵ Borja y Borja, Ramiro *Teoría General del Derecho y del Estado* Depalma, Buenos Aires, 1977 p. 53.

¹⁶⁶ Borja y Borja, Ramiro *Teoría General del Derecho y del Estado* Depalma, Buenos Aires, 1977 p. 53.



dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo".

Criterios doctrinarios sobre el médico y La "obligación de denunciar"

Terragni dice: "la confluencia de normas que se produce en la persona del médico, quien tiene la obligación de denunciar un caso de aborto y a quien la ley le impone simultáneamente el deber de no revelar el secreto, conocido por razón del ejercicio profesional, da lugar a ésta, mi interpretación:

Hay dos normas en juego, que son las siguientes:

La primera: *"Denunciarás el delito; porque si no hicieses quedará impune, ya que el Estado no lo conocerá y no podrá poner en movimiento los mecanismos necesarios para localizar al autor y hacerle pagar su culpa"*.

La segunda: *"No revelarás un secreto que has conocido a raíz de tu profesión, porque ese secreto no te pertenece, causarás daño a quien te lo ha confiado, y si obrases de otra manera nadie más podrá depositar su confianza en tí y así, indirectamente, le privarás del auxilio, que está en tus manos proporcionar"*.

Continúa diciendo **Terragni**: "A mi juicio la elección no ofrece dudas: El interés del Estado de ejercer el *ius puniendi*, no puede llegar hasta el extremo de violentar la conciencia del médico, ya que rige el caso lo dispuesto por el art. 19 C.N.: No hablar es una decisión privada que, de ningún modo ofende el orden o la moral públicos ni afecta derecho de terceros.

El silencio del médico no cambia la situación jurídica del hecho. Si el Estado desea investigarlo, tiene que hacerlo por otros medios, prescindiendo de la delación que, además de ser jurídicamente inexigible, constituye una inmoralidad.

El médico, pues, no tiene obligación de denunciar.

Pero si, por ser débil y pusilánime lo hiciese, enfrentado a un proceso penal en virtud de lo que dispone el art. 156 C.P., seguramente podrá alegar que la conducta no se adecua al tipo penal, pues éste requiere la inexistencia de "justa causa". Y ésta, conforme al argumento defensivo que intuyo, sería la existencia de aquella regla, que lo obliga a denunciar.

Sin embargo, para que mi interpretación del tema conserve coherencia, debo decir que ***no existe una causa justificada que ampare la acción de revelar. Lo que habrá sí, es una colisión de deberes***. Esta reduce la libertad para decidir y, por consiguiente, elimina la responsabilidad por el hecho"¹⁶⁷.

Criterio de Carlos Fontán Balestra: decía el maestro que este tema ha suscitado algunas dudas con respecto a los médicos empleados en hospitales públicos. Pero la admisión del principio contrario importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurren a la asistencia pública o a las hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito, sería posible, en su consultorio *comprarle*, junto con la tarjeta, el silencio profesional, considerado por todos, en ese caso, como obligatorio; la obligatoriedad del secreto no depende en absoluto de la forma gratuita o remunerada con que fue prestado el socorro, sino de la naturaleza de este, de su carácter necesario, y

¹⁶⁷ Opinión del Profesor de la Universidad Nacional de Rosario, Dr. Marco Antonio Terragni, en Setiembre de 2.000. Conferencia dictada en el colegio de abogados de Mendoza.



de esta condición la tiene tanto el socorro médico particular como el del médico empleado, y aún es más frecuente que la intervención de los servicios públicos tenga lugar en situaciones extremas.

Según Fontán Balestra, la ilegitimidad del hecho resulta de que el secreto sea revelado *sin justa causa*. Es esta una exigencia de la figura, cuya ausencia quita tipicidad al hecho y que debe ser abarcada por el dolo del autor. Algunos autores vinculan el registro a la antijuricidad; en el derecho argentino la falta de justa causa es un elemento de tipo. Así, es preciso distinguir cuatro situaciones: a) Prohibición de revelar; b) Obligación de revelar; c) casos en que el silencio hace incurrir al autor en el delito de encubrimiento; d) autorización sin obligación de revelar. Analicemos las circunstancias que pueden constituir justa causa, y dentro de ellas las situaciones señaladas. La ley es la fuente de la que resulta de modo más concreto la justa causa. Entran en juego, en primer término las causas de justificación legal. En estos casos, la regla es la facultad de revelar pero no el deber jurídico de hacerlo. Quien es objeto de una agresión legítima, por ejemplo, puede defenderse legítimamente, pero no está obligado a hacerlo. El consentimiento del interesado, que haya sido prestado en las condiciones de eficacia, resta la tipicidad al hecho. El consentimiento debe ser anterior o coetáneo a la revelación, pero puede ser posterior al momento en que fue confiado. Interesado es aquél a quien el secreto pertenece o afecta directamente el hecho que lo constituye. Las leyes contienen, también, normas que imponen el *deber jurídico* de poner el hecho en conocimiento de la autoridad. En las tales supuestos la situación jurídica sobrepasa las exigencias de la justa causa. Algunas disposiciones se refieren a los funcionarios o empleados públicos, tales como la obligación de denunciar a las autoridades de los delitos perseguibles de oficio de los que tengan conocimiento del ejercicio de sus funciones (art. 164, Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital) en estos supuestos, el silencio configura el delito de encubrimiento (art. 277, C. P.). Otras normas imponen a los profesionales de la medicina la obligación de denunciar a las autoridades nacimientos y defunciones (arts. 38 y 71 de la Ley de Registro Civil), y casos de enfermedades infecto-contagiosas. También existe esa obligación cuando hayan intervenido profesionalmente en envenenamientos y otros casos graves atentados personales (art. 165, Código de procedimientos en lo criminal para la Capital) o en hechos de los que resulte la comisión de delitos perseguibles de oficio (art. 183, inc. 2º, Código de procedimientos de Córdoba). Aparecen aquí, desempeñando el papel de justa causa para denunciar las obligaciones impuestas por disposiciones de carácter procesal. El código penal castiga, en el artículo 277, al que omitiere denunciar si estuviere obligado a hacerlo. Pero la obligación enunciada desaparecen los casos en que el hecho a sido confiado al profesional *bajo secreto*, porque juzga en este caso, en su ámbito de vigencia, el artículo 167 del Código de procedimientos criminales para la Capital, que exceptúa de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, cuando hubieren tenido conocimiento del delito por *revelaciones que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta norma, que nos pareció insuficiente para sentar la regla general que exigiera que la noticia haya sido revelada bajo el secreto profesional en todos los casos, porque se opone una disposición en forma a una de fondo, nos parece, en cambio, fundamento bastante para que el profesional pueda negarse a revelar el secreto, puesto que concurren normas procesales de las que una impone la obligación, que es la regla y la otra la excepción que libera de ella y que debe prevalecer.



Entrando en el análisis del conflicto que generan las disposiciones del Cód. Penal con el ordenamiento procesal, opina el autor que el art. 277 del Cód. Penal reprime al que omitiere denunciar si estuviere obligado a hacerlo. Pero la obligación enunciada desaparecen los casos en que el hecho ha sido confiado al profesional *bajo secreto*, porque juzga en este caso, en su ámbito de vigencia. Por su parte, los ordenamientos procesales, exceptúan de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar, cuando hubieren tenido conocimiento del delito por *revelaciones que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Esta norma, que a juicio de Fontán Balestra, resulta insuficiente para sentar la regla general que exigiera que la noticia haya sido revelada bajo el secreto profesional en todos los casos, porque se opone una disposición en forma a una de fondo, pero si parece para el autor, en cambio, fundamento bastante para que el profesional pueda negarse a revelar el secreto, puesto que concurren normas procesales de las que una impone la obligación, que es la regla y la otra la excepción que libera de ella y que debe prevalecer (del mismo modo opinan Gómez, González Roura, Molinario).

Sostiene así el autor que sobre la legitimidad de mantener el secreto en estos casos, no quedan dudas. Ahora bien, queda aún el problema para los supuestos en que, dándose las mismas circunstancias, el hecho no ha sido confiado bajo el secreto profesional. Por un tiempo se ha limitado la facultad del silencio a los casos comprendidos en la específica previsión del ordenamiento procesal. Razones de justicia, que Núñez señala y encuentran su apoyo en el derecho de fondo, deciden a Fontán Balestra a ampliar la facultad de reserves también a los casos en que el profesional ha tenido conocimiento de los hechos con motivo de su actividad profesional y sin que se la haya hecho mención expresa del secreto profesional. La razón de justicia parece palmar ante la reflexión de que el delincuente advertido pueda escapar a la acción de la justicia, invocando ante el profesional el secreto, en tanto que el inadvertido será motivo de denuncia. El que ha sido dejado en el consultorio del médico en estado de inconsciencia, mal podrá pedir la reserva del secreto profesional. Por lo demás, el Código penal fija la regla del secreto en el artículo 156, y por él, no está obligado el profesional únicamente en los casos expresamente confiados bajo reserva, sino en todos, y esta norma no puede retroceder ante otra de carácter procesal y de sanción anterior como es la del Código de procedimientos. No puede tampoco ser desestimado el hecho de que el artículo 156 del Código de procedimientos criminales para la capital se refiere a la víctima, y no al autor del delito. Ciertamente, para que esta solución tenga validez, parece sobrado decirlo, han de concurrir todas las circunstancias que hacen del hecho un secreto no revelable para el Derecho penal.

Posición de Alejandro Sánchez Freytes: este destacado jurista cordobés, observa que la jurisprudencia y la doctrina ha planteado una verdadera colisión de deberes del médico. Se trata que siendo funcionario público, le cabe atender una paciente cuyo mal conoce en función de su ministerio, surgiendo la obligación de denunciar y la obligación de guardar secreto.

Sánchez Freytes cita a Soler, diciendo: “corresponde resolver el problema planteado pronunciándose a favor de la tutela de la persona, aún a costa de sacrificar bienes de altísimo valor, como lo es el interés de la sociedad en reprimir los delitos”. Existen normas de carácter sustancial y de



carácter procesal, que rigen esta antítesis, esta aparente colisión de bienes. La solución correcta del problema – aquí se razona con Núñez -, debe ser resuelta en el campo del derecho procesal o sustantivo.

Siguiendo finalmente a Núñez, Sánchez Freytes encauza la solución a través de la primacía de la norma material sobre la norma procesal (art. 31 de la C.N.). Hay dos cuestiones de fundamental importancia: que la regla es el secreto profesional y –por otra parte- el contenido del mismo no debe revelarse, en tanto lo advierta del ejercicio de su ministerio.

Remata diciendo este autor que “una solución contraria sería inadmisible y llevaría sin más, al distingo entre el enfermo que tiene medios para pagar un médico particular y con ello su silencio, y el paciente que carece de medios y debe concurrir al hospital público¹⁶⁸. Se muestra a favor de guardar el secreto en un médico que atiende a un criminal herido, prófugo de la justicia y, cuando se exhibe partidario de la nulidad de una causa penal abierta en violación a esta disposición contra la autora (en caso de aborto) , no vería prosperar tal penalización procesal para con partícipes, encubridores, etc.¹⁶⁹.

Tesis de Soler y Núñez: ambos autores coinciden en la idea que debe resguardarse el secreto. Núñez dice que “debe privilegiarse el mantenimiento del secreto médico, aun frente a la obligación de denunciar delitos perseguibles de oficio, puesto que de lo contrario se sacrificaría la salud o la vida de las personas incurso en delitos de acción pública que necesitaran asistencia médica... la regla es el secreto profesional y, la excepción, el deber de revelarlo con justa causa... cualquiera que sea el espíritu que en esos momentos esté aflorando en el país y que pueda ver esa prevalecencia como objetable y peligrosa, esa razonable determinación legal debe prevalecer”¹⁷⁰.

Soler entiende que la obligación de guardar secreto del médico es “genérica”. Admite la colisión de bienes jurídicos y ante eso dice “que el derecho no tiene más solución que la de *sacrificar* uno de los dos bienes en conflicto, por lo que debe tutelar la intimidad, ya que la intervención médica se produce en situación de necesidad. Concluye diciendo el maestro “no existe deber de denunciar, en consecuencia, y sí el deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal”¹⁷¹.

Criterio de Jorge Buompadre: este notable y prestigioso autor correntino, obtiene una serie de conclusiones en torno al conflicto normativo, a saber: 1) el médico que atiende a un paciente que ha cometido un delito de acción pública está obligado a observar el secreto profesional. Por tanto sobre él pesa la prohibición de realizar la denuncia por ese hecho. 2) si realiza la denuncia o comunica la existencia del hecho, comete el delito del art. 156 del C.P.. 3) la prohibición legal comprende tanto a los médicos particulares como a los que ejercen su actividad en hospitales, salas, dispensarios, etc., pertenecientes al Estado Nacional, Provincial o Municipal. 4) la denuncia del médico no es delictiva sólo en aquellos casos en que hubiese mediado justa causa para la revelación. 5) el conflicto de bienes jurídicos que se presenta entre la libertad individual del enfermo y la administración de justicia debe

¹⁶⁸ Argumenta que se violaría el artículo 16 de la Constitución Nacional.

¹⁶⁹ Ver: “ Violación de Secreto Particular”; Sanchez Freytes, Alejandro; pág. 91, Revista del Colegio de Abogados de Córdoba; nro. 17; año 1983.

¹⁷⁰ Cfr.: “ Manual de Derecho Penal”, parte especial; 2da. Edición actualizada por Reinaldi; pág. 180, año 1999, Editorial Lerner. También puede consultarse el “Tratado” en el tomo IV, pág. 129 y un trabajo publicado en La Ley año 1980 – D – pág. 473, comentario a fallo: “Violación de secreto profesional y denuncia de aborto”

¹⁷¹ “Derecho Penal Argentino”; Sebastián Soler; tomo IV, pág. 130/132; Editorial Tea, año 1978.



resolverse por el sacrificio del segundo. 6) en consecuencia, puede afirmarse que la observancia del secreto profesional siempre es la regla, mientras que la obligación de denuncia es la excepción¹⁷².

Opinión de Eusebio Gómez: dice este destacado autor que “no puede sostenerse que la obligación de denunciar, impuesta por el Código de Procedimientos en las precedentes disposiciones, importe quebrantar el principio de la inviolabilidad del secreto profesional, pues la denuncia obligatoria es la de envenenamientos y otros graves atentados personales cualesquiera que sean, en los cuales los médicos, cirujanos y demás personas que profesen cualquier ramo del arte de curar hayan prestado los socorros de su profesión”.

Gómez entiende que “para el Código de Procedimientos no existe la obligación del silencio sino en relación a aquello de que se hubiere tenido conocimiento por revelaciones hechas bajo el secreto profesional, es decir, bajo la fe del mismo. En consecuencia *el secreto debe ser exigido al confidente. Sólo así, el profesional podrá eximirse de la obligación de denunciar*”. Por eso para Gómez, únicamente para los hechos revelados bajo la fe del secreto profesional existe el amparo de la ley.

Visto de esta manera, la ley procesal, al limitar la obligación del silencio, encuentra una justa causa¹⁷³.

Opinión de Fabián Balcarce: “La revelación del secreto debe realizarse sin justa causa. Se trata de un elemento normativo jurídico expresivo de causas de justificación genéricas concurrentes. 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”¹⁷⁴.

Opinión de Marcelo Riquert: este autor entiende que la discusión se da sobre un “dilema ficticio” donde la ley en realidad no presenta contradicción normativa, sino que es clara. Aclara este autor que adhiere “a la tesis que considera que la vida de la persona por nacer tiene protección constitucional en el marco del derecho a la vida ... sin perjuicio de ello, insisto en la necesidad de apartarse de este tipo de condicionamientos por lo evidente que resulta que una declaración de nulidad en un caso de violación no puede leerse como una opción por la despenalización de los delitos contra la integridad sexual, ni otra nulidad por un allanamiento ilegal en una causa por robo como que se propicie la desprotección de la propiedad. Entiendo que la consideración sobre las consecuencias de la noticia de fuente médica no debe variar por razón del delito que se trate. No debe ser diversa en el caso del aborto, que en el de un robo o unas lesiones graves... a la luz del art. 156 del C.P. es claro que está prohibido denunciar lo conocido bajo secreto profesional, tal el mandato del legislador. Cuando éste entendió necesario levantarlo (y no lo hizo a los fines penales), expresamente lo ha dispuesto. Así por ejemplo en la ley 11.359, 11.842, 23.798 (sobre SIDA), básicamente leyes de profilaxis”¹⁷⁵

Ricardo Levene (h) considera que en casos de conflicto “ el interés del secreto queda *subordinado* a otros intereses jurídicos en juego”¹⁷⁶; **Molinario** dice que el “profesional debe guardar el

¹⁷²“Derecho Penal”, parte especial; tomo 1; Buompadre, Jorge; pág. 627 y 628, Editorial Mave, Año 2.000. Idéntica posición en “Delitos contra la libertad”, Buompadre, J.; pág. 204 y 205, Editorial Mave, año 1999.

¹⁷³ “Tratado de Derecho Penal”; Gómez, Eusebio; tomo 3; pág. 435 y 436; Editorial Ediar, año 1940.

¹⁷⁴ Balcarce, Fabián; “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Córdoba, M.E.L. Editor, 2007, ps. 360.

¹⁷⁵ Riquert, Marcelo; “El delito de violación de secretos”, en “Temas de Derecho Penal”, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, ps. 473/480.

¹⁷⁶ Cfr. “Manual de Derecho Penal”, parte especial; Ricardo Levene (h), pág. 296; Editorial Zavallía, año 1978.



secreto, aun cuando nadie se lo haya exigido expresamente”¹⁷⁷; **Estrella - Godoy Lemos**, establecen algunos supuestos necesarios para el análisis, diciendo: “se deberá examinar en el caso concreto si el hecho es secreto, si fue conocido con motivo del ejercicio profesional, si su revelación puede, o no, causar perjuicio y si existe justa causa para su revelación... dadas estas condiciones, el profesional no estará obligado a su revelación, siendo aplicable, en su caso el art. 156 del C.P. y no las normas procesales que lo obligan a denunciar”¹⁷⁸; **Dayenoff**, se apoya en la jurisprudencia al decir “cuando el sujeto se pudiera ver expuesto a proceso, cesa para él este deber de denunciar”¹⁷⁹; **Oderigo** afirmaba que “importa justa causa: 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; la causa razonablemente creída justa según la moral social o en servicio de un alto interés público”¹⁸⁰; **Manigot** cita en su apoyo el Plenario Natividad Frías de la C.C.C., cuando dice: “en caso de aborto causado por la mujer o consentido por ella, no puede instruirse sumario criminal a su respecto (pero sí respecto de los coautores, instigadores y cómplices) sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, oficial o no”¹⁸¹; **Laje Anaya y Gavier**, sostienen que “cuando la denuncia exponga al necesitado a un proceso, debe guardarse el secreto”¹⁸².

Breglia Arias enseña que “los médicos tienen obligación de comunicar y de denunciar. En el conflicto que se produce entre esta última obligación y la de la guarda del secreto del profesional, el criterio rector es que cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, no hay deber de denunciar”¹⁸³; **De Luca**, distingue entre el secreto absoluto (obligación de callar siempre) y el secreto relativo, que lo divide en dos vertientes, advirtiendo que una de ellas “el secreto lo es sólo ante la conciencia del titular. Su conciencia le dirá si debe hablar o callar –con cita de Nerio Rojas, en Medicina Legal-¹⁸⁴; **Corvalán**, sostiene que el caso del médico al que concurre una mujer con un aborto ya realizado y procura su asistencia médica para salvar su vida... “es entonces cuando funciona a pleno la garantía de la reserva profesional y le está impedido al médico revelar lo ocurrido, por grave que fuera... la información recibida para ser pasible de protección debe referir a un hecho ya ocurrido, nunca a un suceso en vías de desarrollo o que va a cumplirse en el futuro”¹⁸⁵; **Tozzini**, entiende que “la denuncia médica, el ser vehículo y modo de concreción de una acción ilícita, se torna inadmisibile y, como tal, rechazable de oficio”. Disiente con el Plenario Frías, por considerarlo insuficiente, ya que este autor niega cualquier tipo de investigación, no sólo sobre el autor, sino también sobre cómplices, coautores, etc.¹⁸⁶; **Frías**

¹⁷⁷ Cfr.: “Los delitos”, tomo II; Molinario, Alfredo; pág. 137; Editorial Tea, año 1996.

¹⁷⁸ Cfr.: “Código Penal – Comentado”; Parte Especial, tomo 2; Estrella – Godoy Lemos; pág. 242 y 243, Editorial Hammurabi, Año 1996.

¹⁷⁹ Cfr. “Código Penal – Comentado”; Dayenoff, David; pág. 388, Editorial A-Z; año 1996. Acoto que se debe referir a la posibilidad de causar perjuicio al confidente.

¹⁸⁰ Cfr.: “Codigo Penal – Anotado –”; Oderigo, Mario; pág. 215; Editorial Depalma, año 1962.

¹⁸¹ Cfr.: “Código Penal – Anotado –”; Manigot, Marcelo; pág. 499; Editorial Abeledo – Perrot; año 1978.

¹⁸² Cfr.: “Notas al Código Penal Argentino”; tomo II; parte especial; Laje Anaya – Gavier; pág. 278, Editorial Lerner; año 1995.

¹⁸³ Cfr.: “Código Penal – Comentado –”; Breglia Arias y Gauna; pág. 508 y 509, Editorial Astrea, año 1993.

¹⁸⁴ Cfr. “El secreto de las fuentes periodísticas en el Proceso Penal”; DE Luca, Javier; pág. 38 y 39; Editorial Ad Hoc, año 1999.

¹⁸⁵ Ver: “La reserva de la fuente de la información periodística y la búsqueda de la verdad en el proceso penal”; Corvalán, Víctor; en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, del 19/7/96; pág. 15.

¹⁸⁶ Cfr.: “Violación del secreto profesional médico en el aborto”; Tozzini, Carlos; pág. 159; en Doctrina Penal 17, año 1982. En comentario favorable al fallo: “Aguirre de Ferreyra, María y ot. S/ aborto”; Cámara de Acusación de la Ciudad de



Caballero, opinaba que “si nadie está obligado a declarar contra sí mismo, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por una necesidad insuperable”¹⁸⁷; **Ure**, ilustraba diciendo: “ El delito de aborto es de acción pública y, en consecuencia, debe instruirse sumario cualquiera sea el conducto por el que la noticia llegó a conocimiento de la autoridad judicial o policial... Aun en la primera hipótesis –que el profesional haya incurrido en violación de secreto-, parece claro que la comisión de este último delito no tiene poder excluyente del otro”¹⁸⁸; **Elbert**, consideraba que “el estado de necesidad en el que actúa la mujer que consintió su aborto y se hace tratar medicamente para salvar su vida, como así también el secreto profesional, invalidan la notitia criminis como legítima, por tanto, la prueba obtenida es ilegítima y nula”¹⁸⁹. **Millán** concreta que el médico debe formular siempre la denuncia cuando el atendido es la víctima, cuya omisión lo haría incurrir inexorablemente en el delito de encubrimiento... pero debe guardar secreto si ésta se lo pide”¹⁹⁰. **Superti** entiende que las controversias y discrepancias transitan en elegir en situaciones extremas si se sacrifica el secreto profesional para efectivizar la pretensión punitiva o a la inversa¹⁹¹. **Córdoba y Sánchez Torres** en su obra sostienen que todo aquel que en razón de su profesión, arte, oficio o empleo, conoce por haberle sido confiado por otra persona, datos cuestiones, conocimientos, razones, antecedentes, testimonios, etc., debe mantener la confidencialidad de los mismos pudiendo repeler o hacer cesar cualquier intento particular o estatal, en pos de la revelación de esos secretos, esta obligación, como surge del concepto en la práctica se extiende a Abogados, Médicos, Contadores, Periodistas, etc.¹⁹².

Cafferata Nores, entiende que “el interés público en el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva deberá ceder frente al derecho individual al resguardo de confidencias que las circunstancias hicieron necesario transmitir, lo que implica la prohibición respecto del confidente tanto para anotar el hecho, como para, eventualmente, actuar como testigo respecto de los mismos, previsto esto también expresamente y bajo pena de nulidad, en nuestro ordenamiento ritual, salvo que sean liberados de guardar secreto”¹⁹³.

La aguda y reflexiva opinión de **Sagüés** es insoslayable. Piensa el destacado constitucionalista que cualquier interpretación debe hacerse desde la Constitución y –de suyo- las Convenciones Internacionales incorporadas a ésta. Pero claro, la propia Constitución posee tres ideologías: una de carácter “individual”, otra “cristiana” y finalmente “una social”. Obviamente la respuesta sobre este tema será diferente de acuerdo a la ideología del intérprete. No deja de observar la teoría de la “Constitución viviente” que estará a los problemas o necesidades de la sociedad hoy, inminente.

Sagüés prontamente reflexiona sobre “los valores en juego”, de allí que haya que estar a *cuáles son esos valores*. Sin embargo, le preocupa al ilustre profesor que pueda existir una franca desigualdad entre las personas que acuden a un hospital público, y por ende son atendidas por un médico funcionario público, y aquellos que asisten a un hospital privado donde el médico no es funcionario público y sobre

Córdoba, resolución nro. 162 del 24 de Diciembre de 1979.

¹⁸⁷ Del Voto del Dr. Frías Caballero, Jorge; en el plenario “Natividad Frías” de la CNCC, 26/8/66, en L.L. , 123-842.

¹⁸⁸ Del Voto del Dr. Ure, en el plenario “Natividad Frías”, supra indicado.

¹⁸⁹ Del voto en minoría del Dr Elbert, en el fallo “Cacios “ de la CNCRIM. Y C., Sala VI, del 29/11/91, en L.L. año 1992-D-442.

¹⁹⁰ Citado por Jauchen en Estudios de Derecho Procesal Penal, pág. 62 y 63; Editorial Jurídica Panamericana, año 1994.

¹⁹¹ Superti, Héctor; “Derecho Procesal Penal”, Rosario, Editorial Juris, 1998, ps. 324.

¹⁹² Córdoba, Jorge – Sánchez Torres, Julio; “Derechos personalísimos”, Córdoba, Editorial Alveroni, 1996.

¹⁹³ Cfr.: Derechos individuales y proceso penal” (secreto profesional); Cafferata Nores, José; Editorial Lerner, año 1984.



él no pesa la obligación de denunciar. **Sagües** dirá que aceptar que uno denuncie y el otro no, es una interpretación “demasiado irritativa”, precisamente por la desigualdad, y el principio de igualdad es sagrado, debe respetarse”¹⁹⁴.

Bidart Campos formula distintas críticas al fallo que dictara la Corte Suprema de Santa Fe el 12 de Agosto de 1998, en autos nro. 98.211, sosteniendo que el médico no debe denunciar. Este constitucionalista advierte “ab initio” (en lo que parece ser la columna vertebral de su argumento) que “la vida en gestación que se había destruido con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que, también con realismo, tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado”. **Bidart Campos** dice: “ que el deber de guardar secreto profesional reviste una jerarquía superior al interés de la persecución penal que es tomado en cuenta para la obligación de denunciar el delito; desde hace tiempo sostenemos que el secreto profesional de cualquier índole se aloja como un bien jurídico en el derecho constitucional que viene amparado por la intimidad o privacidad del art. 19, y ello aunque tal naturaleza de secreto es compartida en el caso por dos personas (profesional y cliente) y no es privativa de una sola”. Este autor insiste en que no “debe lesionarse la igualdad real de oportunidades y de trato, que ahora impone y garantiza el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional”¹⁹⁵. **Rosenbusch**, sostiene que el secreto profesional no sólo se impone en virtud de lo que dispone el Código Penal, sino también como una consecuencia de la obligación que surge de los principios civiles que se refieren al daño y a la obligación de repararlo, prevista en el art. 1109 del C.C. por ello el testigo no puede ser obligado a contestar preguntas que puedan afectar el secreto profesional cuya apreciación está librada a la conciencia individual y al propio criterio y decisión del profesional, pudiendo ser relevado de tal obligación por el interesado o por requerimiento judicial¹⁹⁶.

Desde la Corte suprema de Justicia de Santa Fe, con el voto de **Falistocco**, se sostuvo que “El secreto profesional no es absoluto en cuanto a las obligaciones que impone el facultativo de guardar el mismo, debiendo admitirse que cuando existe justa causa, la revelación llevada a cabo por el profesional no encuadra dentro del tipo previsto en el art. 156 del C.P.”¹⁹⁷.

Luis Niño, suscribe que: “no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado pudiere implementar sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias a autoinculparse”.¹⁹⁸.

Singular y profundo análisis desarrolla **Mariano Castex**, al decir que el secreto profesional del médico, remite al peculiar terreno de la “justa causa”, para revelar un secreto cuya divulgación puede causar daño. En este punto es necesario remitir también al artículo 11 de la ley 17.132, al capítulo VII,

¹⁹⁴ De conversaciones mantenidas con el Profesor Néstor Pedro Sagües en las XIII Jornadas Científicas de la Magistratura en Paraná, en Setiembre de 2.000.

¹⁹⁵ Ver: “Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico”; Germán Bidart Campos; en La Ley, tomo 1998 – F; pág. 545 y siguientes.

¹⁹⁶ Rosenbusch, Edwin; “La invocación del secreto profesional en la prueba de testigos”, J.A., 1945, tomo III, ps. 169.

¹⁹⁷ De su voto en la causa I.M. s/ inconstitucionalidad, de fecha 12 de Agosto de 1999, autos nro. 48.795, de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe.

¹⁹⁸ Niño, Luis; “El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble”, en Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia, Ed del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 6



art. 64 y siguientes del Código de Ética de la Provincia de Buenos Aires, y al capítulo VIII, art. 66 y siguientes del Código de Ética Médica de la Confederación Médica Argentina. Igualmente es oportuno recordar a la Declaración de Ginebra, de la World Medical Association (1948, 1968 y 1983) en donde se pone especial insistencia en el tema del secreto, insistencia que se refleja tanto en el Código Internacional de Ética Médica (1949, 1968 y 1983) ¹⁹⁹. **Rombola y Reboiras**, sostienen que “ el secreto no pierde tal calidad ni su protección legal cuando su titular admite que sea conocido por determinadas personas que se encuentran obligadas a mantener bajo reserva lo que se les ha revelado...”²⁰⁰

López Bolado entiende que “la obligatoriedad de la denuncia para el médico, queda excluida en el caso de que el conocimiento del delito se hubiera obtenido por revelaciones hechas bajo el amparo del secreto profesional. Porque éste es un deber primigenio para el médico, a la vez que una garantía para el paciente”²⁰¹.

Nerio Rojas, un clásico de temas médicos, decía que “el médico debía hacer tan sólo las revelaciones menos desagradables y las indispensables a su acción judicial”²⁰².

Niño avala el plenario “Frías” diciendo que “en tanto y en cuanto se limita a prescribir que no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no-, sin perjuicio de que sí corresponda hacerlo respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. Agrega este autor que “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...”²⁰³”. **Rosenbusch**, sostiene que el secreto profesional no sólo se impone en virtud de lo que dispone el Código Penal, sino también como una consecuencia de la obligación que surge de los principios civiles que se refieren al daño y a la obligación de repararlo, prevista en el art. 1109 del C.C. por ello el testigo no puede ser obligado a contestar preguntas que puedan afectar al secreto profesional cuya apreciación está librada a la conciencia individual y al propio criterio y decisión del profesional, pudiendo ser relevado de tal obligación por el interesado o por requerimiento judicial²⁰⁴.

A esta altura de las apreciaciones doctrinarias resulta útil destacar el aporte de **Gabriel Vitale** a la temática: “... la inviolabilidad del secreto profesional, se multiplica por los aspectos personalísimos de la mujer. La perspectiva de género, en relación a la eliminación de todas las medidas discriminatorias, inclusive las sanitarias, con el fin de poder ejercer eficazmente el derecho a la salud, de manera igualitaria con respecto a los demás miembros de la sociedad, se encuentra cuestionada por la denuncia de la Agente Social Hospitalaria y de esta forma, se ingresa al estudio de su declaración... Su estado de vulnerabilidad como estereotipo de “...concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca; estado que se integra con los datos que hacen a su status social, clase, pertenencia laboral o

¹⁹⁹ Cfr.: “ El secreto médico en la peritación”; Castex Mariano y Alicia Vermé; en Cuadernos de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, año 1988, Actualizaciones en Medicina y Psicología Forense, página 4 y 5.

²⁰⁰ Cfr. “ Código Penal de la Nación. Comentado”; Rombola y Reboiras; pág. 396, Editorial Ruiz Díaz, año 2.000.

²⁰¹ Cfr.: “ Los médicos y el Código Penal”; López Bolado; pág. 199; Editorial Universidad, año 1981.

²⁰² Ver: “Medicina Legal”; Rojas, Nerio; tomo II, pág. 357.

²⁰³ Niño. Luis; “El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble”, en “Garantías constitucionales en la investigación penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, ps. 6.

²⁰⁴ Rosenbusch, Edwin; “La invocación del secreto profesional en la prueba de testigos”, J.A., 1945, tomo III, ps. 169.



profesional, renta, estereotipo que se le aplica..”(Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar Alejandro, Derecho Penal. Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000 citado por Pensamiento Penal) han sido los elementos utilizados por Estado, realizar todas las tareas tendientes a corroborar la existencia de un delito.

Esta situación de alta vulnerabilidad, desprovista de protección Constitucional y autoincriminación, es el meollo en el cual nos encontramos dilapidando recursos humanos y materiales ante las contradicción de pensamientos.

La averiguación de la verdad por parte de los Agentes Criminalizantes, hecha mano a cualquier medio, violentando garantías constitucionales de defensa en juicio, debido proceso e igualdad ante la ley por haber utilizado la Salud Pública como espacio, ya que seguramente un sistema de salud privado de ningún modo hubiese colaborado con el inicio de la persecución penal estatal, por lo que adelantó no corresponderá otorgar valor probatorio a las manifestaciones indirectas que se encuentran incluídas en el presente proceso.(art. 18 CN)²⁰⁵.

Veamos ahora el planteo que formula **Jauchen** sobre el particular: “ Surge el legítimo interrogante sobre esta aparente contradicción entre un obrar que la ley procesal impone mientras que la ley de fondo obliga a reservar. Con mayor razón si se tiene presente que la violación de cualquiera de ambas conductas importa la comisión de un ilícito penal.”. Agregando: “Cabe entender que la reserva es tácita o implícita, quedando sobreentendido que el facultativo aunque el paciente no lo solicite expresamente debe guardar secreto... la obligación de denunciar no existe nunca ante la presencia del secreto. Se plantea entonces la colisión de deberes, debiéndose sacrificar uno de los bienes en conflicto. Pues por un lado está el de la certeza en la punición de los delitos y en su averiguación a tal efecto, exigiéndose el deber de denunciar. Y por el otro lado está el paciente que necesita inexorablemente la asistencia del médico y que estando incurso en algún delito se verá ante la dramática opción de no hacerse atender ante el temor de la eventual denuncia del facultativo²⁰⁶”. Jauchen, se refiere también al principio de incoercibilidad del imputado, consagrado en nuestra Ley Fundamental, por el cual todo habitante de la Nación, imputado de un delito, tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, “abarca no sólo sus manifestaciones confesorias concretas sino toda clase de manifestación o aporte de cualquier tipo de elemento, sea material, documental, expresivo, gestual, etc, que pueda comprometerlo en su situación frente a la atribución delictiva que se le realiza²⁰⁷. **García Ramírez**, en su voto razonado dijo: “estimo necesario excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confidencia que éste le hace con motivo del acto médico²⁰⁸”.

Retomando la idea de **Eusebio Gómez** basada en que la obligación de denunciar no quebranta el principio de inviolabilidad del secreto profesional, el maestro examina medularmente la temática concluyendo que “para el Código de procedimientos no existe la obligación del silencio sino en relación

²⁰⁵ Juzgado de Garantías nro. 8, Lomas de Zamora, causa: Investigación Penal Preparatoria nro. 00-026698-12, de fecha 6 de Agosto de 2012.

²⁰⁶ Cfr.: “ Estudios sobre el proceso penal”; Jauchen, Eduardo; pág. 59 y siguientes; Editorial Jurídica Panamericana; año 1994.

²⁰⁷ Jauchen, Eduardo; “Derechos del imputado”, Rubinzal Culzoni Editores, buenos Aires, 2005, pág 401

²⁰⁸ Caso “de la Cruz Flores”, del 18/11/04, de la Corte IDH, voto razonado de Sergio García Ramírez, serie C, nro. 115.



a aquello de que se hubiere tenido conocimiento por revelaciones hechas bajo el secreto profesional, es decir, bajo la fe del mismo. En consecuencia el secreto debe ser exigido al confidente. Sólo así el profesional podrá eximirse de la obligación de denunciar”²⁰⁹. **Moreno (hijo)** aplica la siguiente regla: “La ley, de acuerdo con los principios de conservación del organismo social, entiende que todo delito de aquellos que dan nacimiento a la acción pública, debe ser perseguido a los efectos de defender a la sociedad. Por eso se castiga a los que teniendo la obligación de hacer saber a la autoridad la comisión de cualquier delito, no lo comunican a la misma. Pero teniendo en consideración que ciertos profesionales pueden recibir confidencias, y que éstas deben ampararse, los libera de la obligación de denunciar y declara que no cometen delito cuando guardan silencio. La ley *protege el secreto profesional* y nada más, no les impone la reserva sino que la autoriza, creando una excepción al principio genérico”²¹⁰. En su tiempo **Carrara** en su Programa partía de la idea que es secreto todo lo que confiamos a un profesional en virtud de su oficio, con la condición de que no lo divulgue, pues de esta divulgación puede resultar algún daño que nos perjudique en los afectos del corazón, en el patrimonio o en la honra (t. IV, 1645). El Maestro de Pisa textualmente decía: “Los cirujanos tienen la obligación de denunciar las heridas o lesiones a cuyo examen han sido llamados, aunque el cliente mismo les recomiende el secreto... el interés público de que la justicia conozca las acciones criminosas, ha hecho esto se admita generalmente, pero en cuanto a las circunstancias de la imputación, creo que no hay ese deber, por esto, si el herido le cuenta al cirujano que Pedro lo hirió al sorprenderlo en el lecho conyugal o robando en su casa, el cirujano no tiene la obligación de denunciar el delito confesado por su cliente”²¹¹.

Por su parte **Caunedo**²¹² sostiene que la obligación de denunciar establecida en el artículo 177 del Código Procesal Penal no constituye “justa causa” para revelar el secreto profesional, porque precisamente en los supuestos en que éste rige, no existe esa obligación. Consecuentemente, tampoco habrá encubrimiento si el médico no formula denuncia. Pero la circunstancia de que no haya obligación de denunciar, no implica que la denuncia en esos supuestos esté prohibida. La prohibición no surge del texto legal. En todo caso, al eliminarse la obligación, rige el principio general de la facultad de denunciar, prevista en el artículo 174 del mismo código, para todo aquel que resulta damnificado de un delito de acción pública o, sin serlo, tenga noticias de él.

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

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

“Creo que la cuestión se ha confundido a partir de la jurisprudencia sentada sobre la materia en los casos de aborto. Porque muchos han parcializado el enfoque, para convertirlo en un modo práctico de despenalizar ese delito, ya que como se trata de hechos que ocurren en la intimidad, si se veda la

²⁰⁹ Cfr.: “Tratado de Derecho Penal”; Gomez, Eusebio; Tomo 3; pág. 436; Ediar Editora; año 1940.

²¹⁰ Moreno, Rodolfo (hijo), “El Código Penal y sus antecedentes”, Tomo V, Buenos Aires, Editor H.A. Tommasi, 1923, ps. 37.

²¹¹ Carrara, Francesco; Programa, tomo 4, Parágrafo 1646, ps. 457/458.

²¹² CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. “El secreto profesional médico”. <http://www.eldial.com.ar/publicador>



posibilidad del inicio del proceso cuando su complicación motiva que la mujer acuda a un centro de salud, pocas posibilidades quedan para que se sancione”.

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

“No cabe duda de que todo ser humano, por más delincuente que sea, merece la asistencia médica, si está afectada su integridad física y, con más razón, si pelagra su vida. Pero ello, de suyo, no implica que la asistencia que se le brinde conlleve también la impunidad de su delito”.

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

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

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

“No corresponde establecer reglas generales al respecto, porque múltiples factores pueden incidir y deberán analizarse en cada caso en concreto... Como se sostuvo antes, al tratar el secreto profesional a la luz de su tutela penal, la creencia del obligado al secreto de que existe justa causa para su revelación, si ésta no es absurda y tiene mínima razonabilidad, sin duda eliminará el dolo... Pero el juicio al respecto, en el proceso penal iniciado en función de su denuncia, quizás exija un análisis más sutil y profundo. De modo que, aun cuando el médico no haya incurrido en el delito de violación de secreto profesional, por falta de tipicidad subjetiva, probablemente el proceso se invalide, si el juicio de valor sobre el conflicto de intereses presentado en el caso, que efectúe el tribunal como guardián del debido proceso legal y de la legitimidad de las pruebas reunidas arroja la preeminencia del ámbito de intimidad



que tutela el secreto profesional, sobre el interés social en la punición del delito... esa evaluación también corresponderá al tribunal, para resolver el eventual relevamiento del secreto profesional, cuando el testimonio del médico pueda aportar elementos de importancia en la investigación de un delito. Si en el caso concreto, el análisis exhaustivo de todas las circunstancias, determina que el interés social prevalece sobre el individual que tutela el secreto, podrá relevarlo. Y entonces el médico no cometerá delito alguno, pues la dispensa del tribunal será, para él, la "justa causa" de revelación, como ya se dijo...lo mismo sucede en cuanto al aporte de prueba documental que pueda exigirse a un profesional de la medicina o a un centro de salud, si está amparado por el deber de confidencialidad". Continúa diciendo: "De manera coherente con lo que venimos exponiendo, entiendo que en esos casos ni el profesional de la salud convocado a declarar como testigo y relevado del secreto ni el centro de salud requerido a aportar información o documentos confidenciales, pueden negarse legítimamente a la orden judicial...Si lo hacen, pese a ser debidamente enterados de las excepcionales circunstancias que motivan al relevamiento que tienen derecho a conocer eventualmente podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Esta norma dispone que *"será reprimido con prisión de quince días a un año, el que desobedeciere a un funcionario en el ejercicio legítimo de sus funciones...* Es que es el juez quien decide en definitiva cómo debe resolverse un conflicto de intereses. Claro está que no de manera discrecional, sino a través de una decisión fundada, sujeta al contralor del tribunal superior, por la vía recursiva y, en definitiva, a la responsabilidad funcional, civil e inclusive penal, en el supuesto de un manifiesto y arbitrario abuso de poder... Admitir lo contrario implica dejar la decisión en manos del profesional médico o del centro de salud en abierta oposición a legítimas razones de interés público, cuando éstas concurren, conforme a un adecuado análisis particular del caso...Conforme a esta interpretación, pueden responderse las preguntas que formulé antes, en el ejemplo del asalto con toma de rehenes...Seguramente el interés social, en ese caso, prevalecerá sobre el del delincuente por su impunidad. Y la llave para ello, constituirá la "justa causa" a que alude el artículo 156 del Código Penal, con cuya presencia no hay tipicidad por la revelación del secreto... En otro orden, entiendo, compartiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado, que la cuestión analizada no se vincula con la prohibición de la autoincriminación, garantizada en el artículo 18 de la Constitución Nacional... y es que la garantía rige respecto de la autoridad policial, fiscal o judicial, en el marco del proceso penal e históricamente tuvo un propósito claro y determinado: desterrar las antiguas prácticas de torturas para obtener la confesión. Fuera del proceso penal, la actividad del delincuente que libremente en el sentido de no coaccionado por terceros, menos aún por autoridad alguna acude a un centro de salud para reparar las consecuencias no deseadas de su delito, no contraría la prohibición constitucional...La "necesidad" que lo mueve, para preservar su salud, no puede equipararse a la "obligación" prohibida en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que *"nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"*... Tampoco puede equipararse la evidencia material que surja del examen de su cuerpo, o la manifestación que efectúe al profesional de la salud, con la "declaración" a que alude la disposición constitucional, que mira al procedimiento penal, de acuerdo al contexto donde se encuentra ubicada...Finalmente concluye el autor que " 1) Las obligaciones legales impuestas a los médicos en las leyes de profilaxis de



enfermedades contagiosas, las denuncias que impone la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas, y las obligaciones de los profesionales de la salud previstas en la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar constituyen justa causa de revelación del secreto profesional; 2) En cambio, no constituye justa causa de revelación el deber de denunciar los delitos de acción pública contra la vida y la integridad física que establecen, para los profesionales de la salud, las normas procesales, cuando expresamente se exceptúan del deber los hechos conocidos al amparo del secreto profesional. En esos casos los profesionales de la salud no están obligados a formular denuncia y, consecuentemente, tampoco están expuestos al delito de encubrimiento si guardan silencio; 3) En la Capital Federal, está vigente el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dictado en la causa "Natividad Frías", conforme al cual no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en el ejercicio de su profesión o empleo oficial o no pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices. De modo que en esa materia específica del aborto, conforme a la interpretación jurisprudencial, está prohibida la denuncia del profesional de la salud; 4) En los otros delitos contra la vida o la integridad física, fuera de los casos de aborto, no existe la obligación de denunciar prevista en los códigos procesales, pero subsiste la facultad de hacerlo si el médico entiende que existe "justa causa" que, conforme al artículo 156 del Código Penal, lo releva del secreto profesional. El análisis deberá efectuarse en cada caso, ponderando los intereses en conflicto. En general, si el motivo es razonable, aunque el criterio del juez que reciba la denuncia no coincida con el del médico que la efectúa, éste no cometerá delito, por falta de tipicidad subjetiva; 5) En los procesos que no se inician con la denuncia del profesional de la salud, éste puede ser convocado como testigo y ser relevado del secreto profesional por el juez, cuando el particular análisis del conflicto de intereses permita concluir que prevalece el interés público sobre el secreto profesional. Igualmente, podrá requerirse información a los centros de salud, pese al deber de confidencialidad, cuando el interés público prevalezca sobre el secreto que protege al paciente. En ambos casos, ni los médicos ni los responsables de los centros de salud cometerán el delito de violación del secreto profesional, porque para ellos el requerimiento judicial constituirá la "justa causa" prevista en el artículo 156 del Código Penal; 6) En los supuestos mencionados en el punto anterior, los profesionales de la salud no podrán negarse ante el requerimiento judicial, argumentando el secreto profesional. Si bien tienen derecho a conocer las excepcionales circunstancias que motivan el relevamiento de la obligación de secreto, si pese a ser debidamente informados de ellas se niegan, podrán incurrir en el delito de desobediencia, previsto en el artículo 239 del Código Penal”.

El Maestro **Tomás Jofré** sostenía que no siempre, es obligatoria la denuncia. No debe olvidarse la razón de humanidad que pueda exigir el secreto. Es imposible admitir que el enfermo o herido quede privado de los socorros de la ciencia o el arte de curar, por el temor de que tal socorro importe el descubrimiento de un delito, imputable, que puede ser puesto en conocimiento de la justicia. La excepción está fundada en razones de interés social. Los médicos y demás profesores en el arte de curar, tienen que instruirse por razón de su profesión de muchos delitos fáciles de ocultar, como



envenenamientos, abortos, infanticidios, etc., que escaparían, en la generalidad de los casos, a la acción de la justicia si ellos no los denunciaron...". En el Proyecto (nota al art. 109 allí citada) agregaba que esos profesionales "sólo deberán denunciar los delitos contra la persona de naturaleza grave, y eso mismo en el caso de que la denuncia no pueda exponer a un procedimiento penal a la persona asistida, al cónyuge o a otros parientes muy cercanos"²¹³.

Jurisprudencia de la Corte de Justicia de La Nación

Existen tres fallos liminares en la materia: "Natividad Frías", "Zambrana Daza" y "Baldivieso". Separados en el tiempo han servido de proemio para el fructífero desarrollo de la doctrina vernácula. Tal vez por su perfil creativo, especialmente por involucrar planos axiológicos y éticos, el fallo "Zambrana Daza" de la C.S.J.N. e "I.M." y su antecedente de la C.S.J. de Santa Fé, merezcan especial detenimiento.

En carácter de prólogo a cualquier análisis se debe rubricar que el caso "Natividad Frías" resuelto en plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (1966) es en sí mismo una pieza de alta calidad jurídica. Allí, en ajustado voto de la mayoría, se sostuvo que no correspondía iniciar causa contra la mujer que había causado su propio aborto punible basándose en la denuncia del médico que la había atendido, aunque sí correspondía la persecución penal de los coautores, instigadores o cómplices. Este último criterio de persecución es aceptado por la gran mayoría de la doctrina²¹⁴.

El plenario tuvo dos ejes principales de debate: a) si el interés público por la investigación de delitos podía someter al sospechoso a enfrentarse al dilema entre prisión o muerte y, b) en que medida la denuncia derivada de la concurrencia necesaria (para la minoría "voluntaria") de la victimaria a la asistencia médica importaba una autoincriminación prohibida.

En las entrelíneas de la resolución se advierte que, los votos de la minoría, tienen notoria influencia por el disvalor del delito de base, cuya necesidad de perseguir hacen primar.

Años después la Corte Suprema resolvió la causa "Zambrana Daza". Allí se revocó -también con reñida mayoría- la resolución que había decidido absolver a la imputada de transporte de estupefacientes que había sido denunciada por el médico que la asistió por una complicación derivada del transporte de la sustancia.

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el caso I.M. por Aborto provocado, sobre recurso de inconstitucionalidad, resuelto el día 12 de Agosto de 1998, causa nro. 48.795²¹⁵, anulando una sentencia de Cámara, instaló la posición que "el anoticiamiento del galeno es válido y no viola el secreto profesional". Este fallo tuvo aristas novedosas en materia de ética profesional. Aquí la Corte sostuvo en síntesis que "la máxima jerarquía que reviste el derecho a la vida y la gravedad que tiene un ilícito como el aborto, confieren innegable legitimidad a las denuncias efectuadas por profesionales médicos en los casos de pacientes con cuadro de aborto provocado, sin que ello implique una violación del secreto

²¹³ Jofré, Tomás; Código de Procedimientos Penales, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1965, ps. 54 y ss.

²¹⁴ Asturias, Miguel y Bustos, Ventura, en "Código Procesal Penal de la Nación", dirigido por M. A. Almeyra, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, Tomo II, pág. 14.

²¹⁵ El fallo se encuentra publicado entero en El Derecho, tomo 179, página 193 y siguientes. El trabajo del Profesor Eduardo Roberto Sodero se titula: "ABORTO, SECRETO Y ARGUMENTACION JURIDICA JUDICIAL. Se recomienda la lectura íntegra del mismo.



profesional; en razón de que en tales supuestos está comprometido el bien común de la sociedad, interesado en la protección de la vida de sus miembros y en el castigo de quienes atenten contra la misma”... “Cuando como en el caso de autos, se encuentran confrontados dos valores, cuales el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la salud de la madre, cuya ponderación por el ordenamiento jurídico es incuestionable, no cabe duda de que el primero cuenta con la más decidida protección tanto en las disposiciones de la Constitución Nacional como en los numerosos antecedentes del más Alto Tribunal...”. Véase que en I. M. se sostiene “la presentación de una persona en un hospital revelando haber cometido un aborto o consentido que otro lo causare no implica autoacusación forzada para preservar su vida, sino el desenlace en todo caso natural de una acción ilícita que habría sido ejecutada conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse. La comunicación del aborto a la autoridad policial efectuada por el médico de la paciente no es típica del delito de violación de secretos, no sólo porque no impone un daño en el sentido de injusta afectación de bienes jurídicos amparables, sino también porque existe justa causa de revelación”²¹⁶.

Analizando el fallo de la Corte de Santa Fe, Sodero²¹⁷ entiende que “las reglas de interpretación no son otra cosa que “los puntos de vista”, “pautas rectoras” o “cánones” de que se vale un jurista, cuando frente a un enunciado normativo debe establecer *que* contenidos de significado son aceptables racionalmente. Destaca así Sodero la falacia del adagio “in claris non fit interpretatio” y concluye este primer ítem de análisis diciendo que “toda labor interpretativa supone contar con dos órdenes de reglas: las constitutivas o fuentes del derecho, que definen las conductas, y las regulativas, que definen el procedimiento del discurso, esto es, definen cómo usar las fuentes del derecho. En orden a la perspectiva *justificatoria* en sentido amplio, sostiene que esta le permite al Juez (siguiendo a Aarnio) la “justificación de la elección entre alternativas posibles”. En tanto la justificatoria en sentido estricto, es la que le interesa al Derecho Constitucional. Por eso se cita a Carnelutti cuando decía: “la sentencia que dice bien y razona mal, no satisface la justicia”. En definitiva *siempre deben haber argumentos racionales* en las decisiones de los jueces. Sodero examina que toda interpretación es un asunto lingüístico, observando el significado de las palabras (semántica) y su distribución en la oración (sintaxis). El análisis sistemático –enseña Sodero–, se da cuando se intenta atribuir a un enunciado de comprensión dudosa un significado sugerido por el resto de las normas del ordenamiento jurídico. Por ello los jueces deben “derivar razonadamente”²¹⁸ desde todo el derecho vigente la solución justa para el conflicto”. Sin perjuicio de lo expuesto –continúa diciendo Sodero–, debe aspirarse a la *coherencia del sistema*, a través de la necesaria armonización de las normas en juego. Pero véase que en el caso que nos ocupa –al menos en mi opinión personal–, el hermeneuta se encuentra en una encrucijada sin retorno, donde la ingeniería interpretativa deberá esforzarse al plano de transitar una solución justa, que dejará seguramente un sesgo de injusticia como remanente (en esto no coincidimos con Hernández). Resulta entonces inevitable afectar un derecho o bien jurídico protegido. Esta observación que formulo apunta a señalar que la coherencia no se logra, si se aspira, pero no se llega a ella. Pues cualquiera de las dos

²¹⁶ Gulco, Hernán, *La tutela de la intimidad y el rechazo de “Natividad Frías”* en JA 2007-IV-295. Cepede, Analía de los Angeles, *El secreto profesional médico en materia de aborto*, Doc. Jud. 2010-543.

²¹⁷ Sodero, Eduardo; Ibidem

²¹⁸ Desde tiempo se insiste en la palabra “razonable” como fuente de inspiración o línea de argumentación en importantes sentencias de Corte en Estados Unidos, Alemania, España, etc.



soluciones implica la afectación a algún derecho, y así son las cosas. Por eso deviene útil recordar a Popper cuando enseñaba: “el lenguaje no puede hacer que las cosas sean lo que no son”. Véase que éstos principios que la sentencia acepta, no sólo están referidos a los derechos individuales, sino también expresan “derechos comunitarios” o bienes colectivos de modo que ambas categorías deban ser tomadas en serio a la hora de decidir²¹⁹.

Veremos a continuación el análisis de **Héctor Hernández** sobre esta misma sentencia de la Corte de Santa Fe²²⁰. **Hernández** sostiene que lo que está en la mente de los jueces en este caso es que “la doctrina sentada se aplica a cualquier caso de secreto – delito y no solamente a algunos de especial gravedad o relevancia institucional como el aborto”. Resume este comentarista los distintos votos de esta manera: a) Vigo: lo funda en que la médica, por ser funcionaria pública, debía denunciar (Código Procesal). Además tal imperativo se encuentra en los Códigos de ética profesional. Luego advierte este Ministro que la vida es un bien jurídico tutelado consagrado por la Constitución Nacional, los tratados y principios jurídicos naturales e internacionales. Agrega Vigo que la denuncia sería facultativa. b) Ulloa: insiste en el derecho a la vida, considerando de aplicación la justa causa del art. 156 del Código Penal. c) Barraguirre: intenta resolver el tema desde el punto de vista “técnico” del llamado “secreto – proceso”; d) Falistocco: entiende que “todos los médicos” están *obligados* a las denuncias de estos delitos (citando a Rodolfo Moreno hijo); e) Alvarez: ratifica la idea que la vida es un bien jurídico protegido por la Constitución y que la ley procesal exige al médico que denuncie.

Objeta que se diga en la sentencia que hay valores en conflicto. Esto no puede existir, pues no es posible admitir a la vez y desde el mismo punto de vista, en concreto, en una conducta, valor y disvalor. Asimismo realiza objeciones “filosóficas” y “semióticas” sobre la sentencia, al decir que no puede hablarse de la vida como principal derecho y atribuirle la necesaria “condición – para”, pues así cedería su jerarquía. Tampoco puede hablarse –continúa diciendo Hernández- de los Derechos Humanos como principios (son derechos subjetivos). Finalmente dice que si entendemos al derecho “parte natural y parte positivo” (Aristóteles), no se debe decir que haya derechos que “preexistan al orden jurídico”²²¹. Trae a su favor notable y extensa bibliografía propia, precisamente en una temática en la cual Hernández es un modelo y también un ejemplo de doctrinario²²².

Concluye entonces este maestro en que se acertó en lo principal: defender penalmente la vida de los niños no nacidos, evitando la impunidad de sus muertes²²³.

Alfredo Battaglia, también comentando el fallo indicado, sostiene que en esta discusión subyace lo primordial que es la vida humana, que como bien superior hay que proteger con mayor consagración dogmática que la esfera de la intimidad de la persona humana. Además no se trata de una vida cualquiera, sino de una persona humana en indiscutible estado de indefensión, concluyendo sin

²¹⁹ Al respecto puede consultarse “Los derechos en serio”; Dworkin; Ronald; Editorial Ariel; Barcelona, año 1984.

²²⁰ Ver: “Superación de “Natividad Frías”: luces y sombras de un discutido fallo”, en El Derecho, nro. 9977, del 3 de Abril de 2000.

²²¹ En contra de esta posición se recomienda ver el excelente trabajo de Renato Rabbi – Baldi Cabanillas: “Los derechos humanos como derechos “anteriores” o “preexistentes”: un examen a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en “El derecho” el 10/12/97, pág. 7 y siguientes.

²²² Pueden verse: “Valor y Derecho” Derecho subjetivo – Derechos Humanos (Doctrina Solidarista); “La norma jurídica”; Verdad y Derechos Humanos”, “Abortismo pretoriano”, etc. todos de Héctor Hernández. Es un autor de sólidos conocimientos filosóficos, de fuerte autoridad moral e intelectual.

²²³ Hernández ha continuado aportando trabajos doctrinarios sobre el tema. Así dio a conocer una “serie” de escritos denominados “Abortismo pretoriano”, la cuarta parte puede verse en El Derecho del 15 de Noviembre de 2000.



hesitación que es doctrina jurídicamente imperante que el aborto u otro ilícito debe ser denunciado, cualquiera sea la vía que se llegue a conocer, porque es JUSTA CAUSA de revelación del secreto profesional y porque ninguna disposición procesal de carácter local puede predominar sobre un Tratado Internacional y la Constitución Nacional²²⁴.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente el plenario “Natividad Frías” ha tenido -y aun mantiene- fervientes adherentes. En prieta síntesis el plenario sostuvo: que se imponía el sobreseimiento automático de una mujer que habiendo practicado o dejado practicar el aborto de su hijo concurría a un centro de salud a fin de atenderse de alguna secuela de dicha práctica por las siguientes razones: 1) Que se estaría obligando a la mujer a declarar contra sí misma de utilizarse la asistencia médica como medio de imputación de un delito; 2) que el haber practicado el aborto queda dentro del marco de reserva del médico, por lo que su divulgación importaría la comisión del delito de violación del secreto profesional por parte del galeno; 3) que la declaración del médico, en caso de hacerla, no tiene validez y es nula de nulidad absoluta en aplicación de la teoría del “fruit of poisonous tree”; 4) que se obliga a la mujer a elegir entre la disyuntiva “morir o ir a la cárcel”; 5) que el delito tiene sólo por finalidad criminalizar a las mujeres de una determinada clase social.

Otro fuerte argumento que suele utilizarse es la violación al principio de igualdad previsto en la Constitución Nacional, pues en la práctica el punitivismo ha servido para criminalizar la pobreza. Véase que la mujer que posee un buen status económico jamás acudirá a un hospital público y –de suyo- nunca se topará con un funcionario público.

Véase que la salud pública está reconocida como un bien innato al individuo. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el Estado se halla obligado a “proteger la salud pública” (Fallos: 31:274), con lo que surge naturalmente el derecho que cada habitante tiene para poner en marcha esta manda. Se trata de un derecho constitucional no enumerado, reconocido a través del art. 33 de la Constitución Nacional²²⁵. La cuestión ha tenido insospechadas resultantes que sólo han servido para violar los derechos de las personas extranjeras que faltos de recursos económicos debían comparecer a un hospital público para su tratamiento²²⁶. Como puede observarse, la solución de la discriminación aun está lejana en nuestro plexo normativo.

En definitiva, según el plenario “Frías”, nadie “que haya causado su propio aborto” puede ser denunciado. Sí deben denunciarse -según esa postura- los coautores, instigadores y cómplices de esa acción. Así, “*el principio legal es el deber de guardar el secreto profesional cuando la denuncia expone a la paciente a proceso*”.

La tendencia jurisprudencial ha reiterado lo resuelto en el Plenario en el sentido de que: “*No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices*”²²⁷.

²²⁴ Cfr.: El Derecho, pág. 5, 31 de Mayo de 1999, en Der. Penal y Política Criminal, Serie Especial.

²²⁵ Quiroga Lavié, Humberto; “Derecho constitucional”, Buenos Aires, 1978, ps. 211.

²²⁶ Puede recordarse el art. 103 de la derogada ley de migraciones nro. 22.439 que obligaba a denunciar la situación irregular migratoria.

²²⁷ S.C. Buenos Aires, 24-mayo-1983 M.A.M. y otra; C.Crim.Paraná Sala 2, 9-novbre-1984; C.Penal San Martín en Pleno, 5-julio-1985; C.Penal Morón en Pleno, 8-mayo-1986; T.S. Neuquén, 14-abril-1988, M., M.E. y otra; C.N.Crim y Corr.Sala



Los fundamentos de la resolución señalan: la cláusula del artículo 18 de la Constitución Nacional por la que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; y en el caso de una mujer que confiesa su aborto ante un profesional del arte de curar, en busca de su auxilio médico, se ha entendido que la obligación a declarar contra sí misma es urgida por el derecho a vivir (del voto del Dr. Amallo en el Fallo Plenario);

La colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional (cuya violación está penada por el artículo 156 del Código Penal) y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos de los que tuvieren conocimiento en ejercicio de sus funciones, es superada entendiendo 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 ²²⁸. *“Aceptar la validez de las manifestaciones inculpativas que el confidente pueda hacer respecto de su asistida lleva a la peridia de las garantías que para ella representa el deber del secreto reglado. ‘Para el médico, en efecto, la abortante es antes que nada una paciente a la que está obligado a asistir y procurar curación; obligarle, en tales condiciones, a denunciar a su propia cliente, sobre recargar su conciencia y constituir una flagrante violación del secreto profesional, redundaría a buen seguro en grave perjuicio y riesgo de las asistidas, pues muchas de ellas ante el fundado temor de que la consulta médica sirviere de antesala a la prisión y al deshonor, preferirían ocultar su estado o seguir entregadas al arbitrio de comadres o curanderos’ (Quintana Ripollés, A., Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, tomo I, pag. 520)”* (del voto del Dr. Pena en el Fallo Plenario Natividad Frías). El efecto de la aplicación de la doctrina arriba enunciada es la nulidad de las actuaciones iniciadas por denuncia de los profesionales que atendieron a la mujer.

Demos señalar que en 1986 la Cámara Penal de Morón en pleno, se expidió en sentido contrario al del Plenario Natividad Frías, al admitir la validez de la instrucción penal de oficio por la posible comisión de delito de aborto, cuando la noticia criminis proviene de la denuncia formulada por un profesional del arte de curar que conoció el hecho a raíz del ejercicio de su profesión²²⁹.

La posición del Plenario “Natividad Frías” se vió refutada virulentamente a través de un fallo: “Núñez del Prado del Carpio, Hugo”, de fecha 15 de Setiembre del año 2005, emanado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B²³⁰. Corresponde reproducir el análisis que se practicó en la especie: Refutación a la declaración contra sí mismo: los jueces, en primer lugar, consideraron que no puede interpretarse un derecho como la negación de otro, sino que deben ser interpretados de manera armoniosa a fin de conservar la vigencia de todo el ordenamiento legal. Siguiendo dicho parámetro, consideraron que declaración –en contra de uno mismo–, es aquella que se formula en un proceso judicial o durante un procedimiento policial. Los datos aportados al médico no pueden ser tenidos como declaración, en los términos del artículo 18 CN y los pactos internacionales, mientras no se le haya engañado para obtener una “confesión” del delito, la cual también está protegida por los pactos internacionales de derechos humanos. Refutaron los jueces (Pizzatelli-Hornos-Grabivker)

VI, noviembre 1991; C. Penal Rosario Sala 2 26-diciembre-1995.

²²⁸ Artículo 156 : “Será reprimido con multa e inhabilitación especial, en su caso, por 6 meses a 3 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.”

²²⁹ C. Penal Morón, en pleno, 8-mayo-1986.-R.R.

²³⁰ L.L. 17/11/2005 con nota de Hernán Munilla Lacasa.



por el absurdo la tesis contraria sostenida por los doctrinarios abortistas: si a quien acude a un hospital por secuelas de un aborto o un aborto sin terminar no se le debe instruir sumario alguno, también debería estar exento de la persecución penal una persona herida de bala –que tras una investigación penal posterior se prueba que recibió el disparo como consecuencia de un accionar ilícito-, y también no debería ser sancionado ni perseguido, quien solicita ayuda a un médico para evacuar cocaína o droga encapsulada en su estómago que fue ingerida con fines de narcotráfico.

Citaron los magistrados el fallo “Jonkers de Sambo” de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la que se afirmó que: “si la autoridad pública no requirió de la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica que permitió expulsar las cápsulas con sustancias estupefacientes que había ingerido...sin engaño ni mucho menos coacción...no se advierte que haya sido violada la garantía de raigambre constitucional invocada sino antes bien concertada con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio de las potestades estatales”.

Refutación del principio de reserva de la actuación médica y el ilícito del médico: para los jueces de este fallo “Gallo”, las declaraciones realizadas por la mujer que abortó o la visualización del médico de rastros inequívocos de un aborto jamás pueden quedar en la esfera de reserva por ser conductas que afectan derechos de un tercero -artículo 19 CN-. Dicho tercero es el feto.

El delito, que tiene se encuentra legalmente tipificado, tiene su propio disvalor de acto y su afectación a un bien jurídico –en este caso vida-, constituye un delito ante el cual el médico se encuentra, según la propia norma, obligado a denunciar. La pregunta ahora es ¿el aborto se produjo en un estado de necesidad justificante que impida la conversión del injusto en un delito?. Para hacer frente a este cuestionamiento los jueces citaron un voto del ex juez de la Corte Antonio Boggiano, en el que se aplicó nada más y nada menos, que la dogmática penal sobre las causas de justificación: “...no cabe equiparar en forma mecánica, como lo hace el fallo impugnado, los supuestos de autoincriminación forzada con la situación de quien delinque y concurre a un hospital exponiéndose a un proceso. Este último realiza un acto voluntario con el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado. No es posible, en tal hipótesis, afirmar que existe estado de necesidad, pues el mal que se quiere evitar no ha sido ajeno al sujeto sino que, por el contrario, es el resultado de su propia conducta intencional...”

Respecto a la declaración del galeno, por tratarse de un delito, no está incluido dentro de su secreto profesional, por lo que al igual que pasa con los heridos de bala y las “mulas” del narcotráfico, tiene la obligación de dar aviso a la policía. Por ser un acto lícito, no es posible aplicar la teoría del fruto del árbol venenoso.

Refutación de la disyuntiva “muerte o cárcel”: sobre este punto, los jueces consideraron que tal aseveración es una apreciación dogmática –tal vez sofisticada- que no resulta de aplicación para la totalidad de los fenómenos de la realidad, y carece de cualquier sostén empírico y científico. Primero, el delito tiene una pena ínfima que permite la excarcelación del imputado, por lo que su libertad puede no verse afectada en caso de una condena condicional. Más allá de esta especulación penológica, señalaron que la disyuntiva “muerte o cárcel” no está impuesta por el Estado, sino que nace de la decisión propia del victimario. Es decir, morir producto de las heridas producidas por el aborto o ser enjuiciada por



acudir a un hospital es una consecuencia ex post facto de un acto ilícito que es el aborto. La decisión de morir –en caso de no querer acudir a un nosocomio- o de riesgos a su salud es una decisión íntima de la propia mujer que dispone de su propio bien jurídico vida, luego de disponer de la vida de un tercero –la del feto-. Finalmente citó el tribunal: "...enfáticamente dice el juez Prats Cardona en el plenario "Frías", que no puede invocarse "el remanido argumento de que la amenaza de ser denunciada, coloca a la abortante ante el dilema de arriesgar su vida o perder su libertad. Todas las cosas tienen un precio que hay que pagar cuando el motivo determinante que las causa no ha sido extraño a la propia conducta...". En este caso, la decisión de ponerse en peligro –auto puesta en peligro de la propia víctima- impide que el dilema en cuestión pueda ser transmitido al Estado para justificar la desprotección al bien jurídico vida de la persona por nacer. En referencia al argumento de la impunidad por discriminación social: los jueces aceptaron que desde las más modernas teorías criminológicas, determinados delitos tienen sujetos activos de una determinada clase social, ya que los más pudientes pueden perpetrarlo con una complejidad mayor que impide cualquier sanción penal –clínicas privadas, abortos en el extranjero, abortos en aguas internacionales, etc-.

Para el tribunal, esa circunstancia no justifica la punición de aquellos que han cometido el ilícito, sino que en todo caso el Estado debería desarrollar políticas adecuadas para que todos los infractores sean ajusticiados sin importar su capacidad para no ser vulnerables al sistema penal. "...debe reeditarse aquí lo dicho por el juez Vigo en el caso "Insaurralde", por su claridad: "si bien es un lugar común en el pensamiento de los criminólogos modernos la idea de la discriminación social que genera el fenómeno de la 'cifra negra' en ciertos delitos, por los que sólo serían penados ciertos sectores de la población, tal circunstancia –que, en todo caso, pondría en evidencia ciertos defectos inherentes al sistema penal- no es razón ni excusa suficiente para sustentar una tesis con efectos desincriminantes" sino que impone, como sostiene el juez Iribarne en el citado fallo, "el agotamiento de toda instancia que asegure la correcta y general aplicación de la ley...". En esta inteligencia se concluye que no por ser apresados sólo integrantes de una clase social en un determinado delito –aborto, hurto, robo, etc- dichos delitos deberían ser derogados y no aplicados por los jueces.

En el caso "Zambrana Daza", nuestro más Alto Tribunal 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 las evidencias son de índole material". Con referencia a la garantía que prohíbe la autoincriminación, la Corte dijo también que la autoridad pública no había requerido una activa cooperación de la imputada en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica solicitada. De igual modo se dijo que "tampoco ha existido una intromisión del Estado en el ámbito de privacidad de la acusada, dado que ha sido la propia conducta discrecional de aquélla la que permitió dar a conocer a la autoridad pública los hechos que dieron origen a la presente causa". El voto de minoría en el citado precedente, integrado por los ministros Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, se pronunció por la postura opuesta, afirmando que "la interpretación de la cámara establece un juego armónico de todas las normas que coliden en el examen del caso... El medio que permite ese juego integral está dado por la extensión del secreto profesional respecto del médico que es, a la vez, funcionario público".



En el mismo sentido se ha dicho que “Cuando la Constitución Nacional garantiza que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, hace efectiva alusión a la existencia de actuaciones preventivas o judiciales ya iniciadas legalmente, en las que se protege al acusado de la autoincriminación forzada, lo que no ocurre en las situaciones aquí analizadas, puesto que al momento de la concurrencia al facultativo u hospital para su atención, más allá de examinarse si la situación ha sido o no tan desesperante que lo obligue a confiar un delito o surjan de su humanidad rastros o elementos reveladores de un hecho criminoso, no puede sostenerse en verdad que esté declarando en juicio... Véase que la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la garantía de “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”, pero ello “durante el proceso” (art. 8.2.g). Además, la mujer²³¹ que concurre en las condiciones referenciadas para su atención no aparece compelida por terceros ni por ninguna autoridad, sino en el entendimiento de que un profesional de la salud le proporcione los respectivos auxilios médicos, por cierto a consecuencia del hecho que ella misma causó o cuya causación consintió”²³².

El Tribunal Superior de Neuquén en oportunidad de pronunciarse sobre la citada garantía sostuvo que siempre ha tenido un neto carácter procesal, de modo que “si no existe proceso no puede válidamente afirmarse que rige el privilegio. Y en nuestro caso, es tan claro que no existe proceso cuando la abortante va al médico, que la misma formación del proceso nace por los dichos de éste. Nadie ajeno impone a la abortante a ir al médico; para que opere la garantía es necesario que la compulsión provenga de un extraño a quien la sufre”²³³.

Volviendo a la doctrina de “Frías” se ha dicho recientemente que “En nuestro sistema de garantías la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa, la que nunca podrá ser la sola finalidad de exponer al necesitado a un proceso penal... Es por este motivo que, más allá del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, resulta decisivo para la solución de este caso tener en cuenta que aquí no se encontraban en juego otros intereses que permitieran justificar el proceder de la médica, pues el transporte del estupefaciente ya se había frustrado, y nada indicaba que este sujeto estuviese en condiciones de seguir su plan. El imputado, a diferencia de lo que sugiere el recurrente, no le estaba pidiendo a la médica que se transformase en cómplice o encubridora de su delito, sino sólo que le salvase la vida... El Estado cuenta con suficientes herramientas para tomar conocimiento de los delitos sin necesidad de recurrir a los médicos para que delaten a sus pacientes en violación al secreto profesional, pues ello significaría privarle a una porción de la población, que por lo general suele ser la más vulnerable y necesitada -como lo son las personas utilizadas como mulas en el tráfico de droga- de gozar del derecho esencial a la vida y a la salud”²³⁴.

Cuando la jurisprudencia ha tenido que abordar el tema, más que frecuente por cierto, de la violación de secretos por parte del médico en los casos de aborto, ha dicho que “si...hay casos en que por existir intereses jurídicos por encima del interés del secreto, se impone el ‘deber de revelar’ -tal el ejemplo de la ley 11.359 sobre enfermedades peligrosas, la ley 12.137 sobre enfermedades contagiosas y

²³¹ En el caso se trataba del ingreso por parte de la misma a un hospital público por un aborto incompleto.

²³² “G., N. S/ Sobreseimiento- Aborto” - CNCRIM Y CORREC - Sala VII - 17/04/2007.

²³³ Tribunal Superior de Neuquén, causa “M., M.E.”, del 14-4-1988.

²³⁴ M. A., P. s/ nulidad”. Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal (30.04.2009)



transmisibles-, me pregunto cómo no puede permitirse la revelación del secreto para casos en que la noticia es nada más y nada menos que la eventual comisión de un aborto, que sin dudas, reviste una repugnancia mayor a todo el ordenamiento jurídico que las mencionadas con anterioridad”²³⁵. De ese modo, “Entonces debe atenderse que, en los casos de ingresos de abortantes a hospitales públicos, rige la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio por los "funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones" (art. 177, inciso 1º, del Código Procesal Penal)... Tal precepto debe ser integrado con lo dispuesto por la Ley 17.132, relativa al ejercicio profesional de la medicina, por cuyo art. 11 "todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer -salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal-... Congruentemente, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (art. 70), en cuanto a la obligación de denunciar delitos, establece que "El médico sin faltar a su deber, denunciará los delitos de que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión, de acuerdo con lo dispuesto por el C.P.. No puede ni debe denunciar los delitos de instancia privada contemplados en los arts. 71 y 72 del mismo código... Y aun más, desde la perspectiva de la deontología médica, muy claramente su art. 72 prevé que "Cuando el médico es citado ante el tribunal como testigo para declarar sobre hechos que ha conocido en el ejercicio de su profesión, el requerimiento judicial ya constituye 'justa causa' para la revelación y ésta no lleva involucrada por lo tanto una violación del secreto profesional. En estos casos el médico debe comportarse con mesura, limitándose a responder lo necesario, sin incurrir en excesos verbales”²³⁶.

Al respecto tuvo oportunidad de pronunciarse la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en una causa que se inició con la recepción de un certificado precario médico de un hospital público en la oficina de guardia de una seccional policial, que daba cuenta del ingreso al nosocomio de una mujer que refería maniobras abortivas²³⁷. Allí el tribunal bonaerense sostuvo la plena aplicación de la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional que prohíbe la autoincriminación, del art. 8, ap. 2, g, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el "derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable", el art. 14, ap. 3, g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece la garantía de toda persona "a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable".

El fallo sostiene que la concurrencia de la mujer que había practicado las maniobras abortivas al hospital público no puede equipararse a que prestó un libre consentimiento para hacer públicos los signos de su accionar delictivo, ya que "el dilema en el que se encontraba no permite calificar su comportamiento como voluntario"; así se señaló que la actuación autoinculpatoria de la procesada no ha tenido lugar en un marco de libertad. Recordemos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su art. 8, ap. 3, que "la confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala, en su

²³⁵ Caso Insaurrealde.

²³⁶ "G., N. S/ Sobreseimiento- Aborto" - CNCRIM Y CORREC - Sala VII - 17/04/2007.

²³⁷ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fallo del 7/6/2006, "E., A.T."



art. 14, ap. 3, g, que toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser obligada "a confesarse culpable".

Comentando este fallo, Edwards sostiene que Coacción significa la violencia o fuerza a la que es sometida una persona para obligarle a que diga o haga algo, pudiendo diferenciarse dos clases de coacción: a) la física o psíquica; y b) la inherente. La primera opera sobre el cuerpo o la psiquis del imputado, a fin de obtener algo de él (habitualmente su confesión), manifestándose mediante los más diversos actos, como resultan la tortura o los apremios, o los interrogatorios capciosos o sugestivos; la segunda, denominada "inherente" por la jurisprudencia norteamericana en el célebre precedente "Miranda v. Arizona", del año 1966, consiste en la atmósfera de intimidación que rodea al individuo. Lógicamente que ni la concurrencia de una mujer que se practicó maniobras abortivas a un hospital público a fin de requerir asistencia médica, ni lo que pudo manifestar en dichas circunstancias al médico o a la policía, de ninguna manera pueden considerarse una confesión válida sobre el delito cometido, ya que se encuentra evidentemente coaccionada por su estado de salud que imprescindiblemente necesita del auxilio médico, encontrándose viciada dicha confesión para iniciar la persecución penal.

En un reciente fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal²³⁸ se reivindica derecho a la salud y a la intimidad del paciente, debiendo siempre prevalecer el secreto profesional, a fin de evitar el peligroso dilema al que se somete a quien ha cometido un delito de elegir entre su vida o ser perseguido penalmente, más aún cuando la supuesta obligación de denunciar por parte del médico no tipifica el delito de encubrimiento. Así, se sostiene que el hecho que motivó nunca debió judicializarse, ya que la circunstancia de que la médica de la clínica privada no denunciara el presunto delito resultaba totalmente atípica²³⁹.

Fallo Baldivieso: CSJN.

La mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por Lorenzetti, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay (estos tres últimos según su voto), en la causa "Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733"(2) resolvió hacer lugar a al queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada, declarar la nulidad de todo lo actuado en la causa y absolver a César Alejandro Baldivieso del delito de transporte de estupefacientes (previsto por el art. 5 de la ley 23.737) (Adla, XLIX-D, 3692) en calidad de autor.

Los hechos que dieron lugar a la intervención del Tribunal Oral en lo Criminal de Salta, tuvieron su origen el día 20 de Octubre de 2002 en ocasión que el encartado Baldivieso ingresa a la guardia de un Hospital Público donde se le diagnosticó que había ingerido cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína. En el año 2003 este Tribunal condena al imputado a cuatro años de prisión como autor del delito de transporte de estupefacientes (art. 5, inc. C ley 23.737). el caso es tratado en Casación²⁴⁰. La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que no se había violado la garantía que

²³⁸ [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, fallo del 30/4/2009, "M. A., P."](#).

²³⁹ EDWARDS, Carlos E. "El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?". LL-2009-D-1.

²⁴⁰ Sobre la admisión de este recurso se recomienda ver: PEREZ BARBERA, Gabriel; "Casación penal y posibilidad de control", en "Pensamiento penal y criminológico", nro. 11, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2007.



prohíbe la autoincriminación (tema de objeción) apoyándose en el antecedente “Zambrana Daza” (fallos: 320: 1717). Finalmente la defensa de Baldivieso presentó la Queja entendiendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en torno a su competencia, que se trata de una cuestión federal donde está en juego las cláusulas constitucionales que emanan de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Así se declaró procedente el recurso extraordinario en los términos del art. 14, inc. 3, de la ley 48.

Es de señalar previamente que el dictamen del entonces Procurador Righi expresó liminarmente: "el secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado como lo es 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 humana" ("Ponzetti de Balbin c/ Editorial Atlántida", CSJN, Fallos: 306:1892).

Como eje central el fallo realiza la consagración jurisprudencial de la prohibición de la autoincriminación. En forma implícita deja de lado la catalogación de "funcionario público" del médico que atiende en un hospital público.

De suyo esta circunstancia que abordo en todo el texto confiere especial significado, pues sólo basta cotejar valores en pugna para resaltar que es una problemática compleja. El voto en mayoría desde el comienzo focaliza la temática en dos planos: abstracto y concreto, diciendo: “ En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud –una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como señala el Sr. Procurador General (art. 19 de la Constitución Nacional) – y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado”. Con reiteradas citas al Plenario “Natividad Frías” (Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, año 1966) se concluye que “los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos”, ponderación que debe resolverse “en base a la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución” .

Dice –además- 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 Estado".

Se insiste en la mentada colisión de normas y de bienes jurídicos en juego para concluir –como adelanté- en la idea de que cuando exista tensión entre una garantía constitucionalmente reconocida y la necesidad estatal de perseguir y aplicar penas, en tanto ésta última no es sino expresión del poder punitivo.

La sentencia de esta manera se coloca en una posición de no validar cualquier revelación médica en el espacio sanitario²⁴¹ Se concluye en revocar la sentencia condenatoria, la nulidad de todo lo actuado

²⁴¹ El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha manifestado que; "...Si bien, por una parte, el personal sanitario tiene la obligación de denunciar ante la evidencia de una conducta presuntamente delictiva con la finalidad de



y la absolución del encartado.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte²⁴² considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.

Al respecto, la Corte entiende que la información obtenida por el médico en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, 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”. Esta sentencia se inclinó en forma directa a favor del secreto profesional médico, estableciendo que el médico que tenga conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a una persona no está obligado a denunciar el hecho²⁴³. Tal secreto se extiende inclusive tras la muerte del paciente. Se trata de responder con silencio a la confianza depositada.

En el caso referido el máximo Tribunal señaló que así como hay un interés general en preservar la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, o entre el sacerdote y el penitente, el interés social en preservar la vida y la salud de las personas justifica el respeto al secreto médico²⁴⁴.

De esta manera, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

La cuestión jurisprudencial se torna hoy un motivo de discusión doctrinaria de valía, ya que se examina la obligatoriedad o no de las resoluciones de los órganos internacionales de control de derechos humanos.

Por cierto “profusa doctrina de nuestro país ha tratado el tema y las opiniones han sido del todo divergentes”²⁴⁵.

Oportunamente sostuve que “la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta de lo previsto por el artículo 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2° de la Ley 23.054 en cuya virtud se reconoce la

promover la formación de un proceso penal, por otra, no siempre puede iniciarse válidamente un proceso contra la persona que -impelida por razones de vida o muerte- ha debido someterse al tratamiento asistencial hospitalario estatal ...”(Sala I, 6353 RSD-717-2, S 26/11/2002).

²⁴² Corte I.D.H., *Caso De la Cruz Flores*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115.

²⁴³ C. Tamayo e I. Sandoval, 2010. *El Derecho de las Médicas y los Médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. PROMSEX: Lima, Perú.

²⁴⁴ O. Cabrera y M. Hervia, 2009. *Secreto Profesional Médico y Servicio de Salud Sexual y Reproductiva en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, Nro. 13, junio de 2009.

²⁴⁵ Bianchi, Alberto; “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, La Ley, suplemento constitucional 2010 (setiembre), 15, La Ley, 2010 – E, 426, punto 4.



competencia de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales son las condiciones de su vigencia (artículo 75.22 de la Constitución Nacional). Los fallos del Tribunal no son apelables, va de suyo que también son definitivos y los Estados Partes se comprometen a cumplir el mismo”²⁴⁶. Creo que el tema debe reexaminarse, veamos. En el caso “Almonacid Arellano” la CIDH en el párrafo 124 resolvió que “el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas que se aplican en los casos concretos... el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú”, en el párrafo 128, dijo que este control de convencionalidad debe ejercitarse incluso de oficio. Nuestra CSJN acepta la idea de control de convencionalidad en el caso “Mazzeo” (La Ley, 2007, - D, 426)²⁴⁷ y va más lejos aun en “Videla” donde llama a la jurisprudencia de la CIDH como una “insoslayable pauta de interpretación”²⁴⁸.

La Corte Suprema entiende que los tratados internacionales son “para – constitucionales”, ocupan así el mismo rango en la pirámide jurídica con la constitución²⁴⁹ Lo expresado precedentemente lo formulo en base a una idea predominante, cual es la siguiente: la Convención Americana de Derechos humanos, según su artículo 68. 1, dispone que serán obligatorias las decisiones de su órgano de control. Es obvio que la referencia está dada solamente a la CIDH . Existe una posición que apuntala la obligatoriedad y uniformidad de éstas resoluciones, sin margen para el disenso, lo que formaría de parte de la CIDH un derecho puro que los Estados signatarios deben cumplir a rajatablas.

Sería entonces muy útil observar estas reflexiones para la mejora del sistema: a. los tratados de derechos humanos forman parte de “un pacto de mínimos” entre los Estados (no de “máximos”); b. no se puede ni se debe aceptar un poder absoluto de parte de un órgano. No es sano el poder total y “soberano”, el que de hecho contradice varias de las propias resoluciones de la CIDH; c. debe analizarse con meridiana claridad si el instrumento particular es aplicable a un solo Estado o a todos. Así también si el instrumento particular lo fue en torno a nuestro país o a otro y con respecto a nuestro país deberá estarse al caso particular y si el derecho que se intenta proteger en otro país tiene en el caso del nuestro mayor protección, por lo que en la especie se deberá a estar por la norma más favorable²⁵⁰; c. la CIDH ha seguido en todos los fallos fundacionales de doctrina a la CEDH, los que –de suyo- asisten a civilizaciones extrañas o ajenas a nuestras culturas, lo que ideológicamente resulta objetable²⁵¹; d. proponer un carácter obligatorio de todo lo dispuesto por los órganos de control de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, sin introducir ningún matiz en su análisis, no cuenta con fundamento ni en el texto de los mismos tratados a los que se obligó el Estado, ni en la jurisprudencia de la CSJN; e. a ser personas el objeto de protección de los tratados de derechos humanos, no resultará obligatorio lo dispuesto en los instrumentos en la medida en que contraríen expresamente lo dispuesto

²⁴⁶ Parma, Carlos: “Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 347.

²⁴⁷ Fallos 330:3248. Considerando 21. CSJN

²⁴⁸ Fallos 333: 1657. CSJN.

²⁴⁹ Zanja una vieja discusión doctrinaria de época de la convención constituyente de 1994 donde Rodolfo Barra entendía la “infraconstitucionalidad” en tanto Liliana Carrió la “supraconstitucionalidad”

²⁵⁰ El art. 41 de la CIDN dispone que las normas aquí dadas no pueden afectar a las normas que sean más conducentes a la protección de los derechos del niño. Se advierte aquí el resguardo que debe hacerse en torno a la vida del nasciturus, situación que el órgano consultivo (comité de derecho humanos) en la observación final nro. 41 violentó.

²⁵¹ Existen diversas objeciones políticas –públicas y notorias- en el año 2012 de mandatarios de varios países (Venezuela, Bolivia y Ecuador) referidas a la ideología de las resoluciones de la CIDH.



por el texto del tratado, o el derecho interno del país contenga normas más protectoras de los derechos de las personas. Será una consecuencia necesaria de la aplicación del principio *pro homine*²⁵².

La Opinión Consultiva del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Como se sabe el **Comité de Derechos Humanos** de Naciones Unidas es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este comité fijó su posición en defensa de la vida diciendo: “El deber jurídico impuesto al personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a aborto puede inhibirlas a los fines de obtener tratamiento médico poniendo en peligro sus vidas, por lo que el Estado debe tomar medidas para garantizar el derecho a la vida”²⁵³. Esto llevó al Comité de derechos Humanos a recomendarle al gobierno de Chile que establezca excepciones a la prohibición general de que todo aborto sea denunciado y tienda a proteger el carácter confidencial de la información médica²⁵⁴. No obstante ante el Comité se han planteado cuestiones de excepción que conducirían a cumplir con mayor efectividad los pactos Internacionales, tal es el ejemplo de Marruecos que a los efectos de lograr una mejor aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño dispensó a los médicos y sus ayudantes de la obligación de mantener el secreto profesional, para que puedan comunicar casos de violencia cometida contra niños de los que tuviesen conocimiento durante la práctica de su profesión²⁵⁵.

Sobre el alcance de los derechos humanos:

Véase que cuando se habla de derechos humanos, aun en las peores hipótesis de protección en que se pueda colocarlos, éstos gozan de estabilidad es decir, no pueden ser limitados. La Convención Americana de Derechos Humanos²⁵⁶ y el Pacto de Derechos Humanos²⁵⁷ al regular los derechos que

²⁵² Ocantos, Jorge; “ Instrumentos elaborados por los órganos de control de los tratados de derechos humanos. Su inserción en el derecho interno”, La Ley, año LXXVI nro. 13, 18/01/12, ps. 3

²⁵³ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15.

²⁵⁴ Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N.Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15

²⁵⁵ Cfr. Comité de Derechos del niño, Respuestas escritas del gobierno Marroquí a las cuestiones, CRC/C/OPSC/MAR/Q/1/Add.1 (2005), pagina 3

²⁵⁶

Art. 27. Suspensión de garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica)-, 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derecho del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de la disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

²⁵⁷ **ARTÍCULO 4.** 1.- En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre



pueden ser limitados durante los Estados de Excepción determinan con claridad que la facultad concedida a los gobiernos en estas situaciones excepcionales es de solo “suspensión” de ciertos derechos, porque hay unos taxativamente enumerados que ni siquiera en los estados de excepción pueden ser suspendidos como es el de la dignidad humana y su intimidad. En la misma orientación se inclina el Estatuto o Tratado de Roma que instituye la jurisdicción penal universal y consecuentemente la Corte Penal Internacional ²⁵⁸.

Doctrina “Tarasoff”.- Jurisprudencia de EE. UU.

En materia de secreto profesional médico no puede ni debe soslayarse el tratamiento de la llamada doctrina “Tarasoff”. La jurisprudencia norteamericana registra un emblemático pronunciamiento en torno al secreto profesional y es precisamente el caso “**Tarasoff**”. Este caso derivó en una muerte que pudo haber sido evitada: Poddar reveló a su terapeuta que tenía intenciones de matar a su ex novia. El Psicólogo sabía perfectamente de quien se trataba: Tatiana Tarasoff. Ordenó la internación del joven en un instituto psiquiátrico por problemas mentales sin revelar la verdadera causa, pero los médicos forenses determinaron que el estado de Poddar no requería internación y lo externaron. Dos meses más tarde, Poddar mató a Tatiana Tarasoff en la forma que había expresado²⁵⁹.

que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2.- La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos **6, 7, 8** (párrafos 1 y 2), **11, 15, 16 y 18**.

3.- Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

²⁵⁸ Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas .

²⁵⁹ En más detalle los extremos fácticos fueron así: Prosenjit Poddar, nacido en India, llegó a estudiar a California en la década de los años sesenta. En ese estado conoció, en el otoño de 1968, a Tatiana Tarasoff, con quien inició una relación sentimental seria que Tarasoff decidió no continuar por disparidad de pensamientos. Durante 1969, con posterioridad a un viaje de Tarasoff a Brasil, Poddar buscó apoyo profesional psicológico y en agosto de ese año figuraba como paciente externo en el Cowell Memorial Hospital. En un comienzo fue visto por el Dr. Stuart Gold, psiquiatra, para posteriormente ser derivado al cuidado del psicólogo Lawrence Moore. En su novena sesión con Moore, el 18 de agosto de 1969, el estudiante le confidenció que iba a matar a una mujer, claramente identificable como Tatiana Tarasoff, cuando ésta retornase de Brasil. Dos días después, Moore notificó a la policía que Poddar sufría de una reacción esquizofrénica paranoide y que se encontraba en riesgo de dañarse a si mismo, o de dañar a otros. La policía del campus retuvo a Poddar quien fue internado en un centro asistencial pero fue liberado prontamente tal vez por la intercesión del Director de Psiquiatría del centro asistencial, quien solicitó al Jefe de Policía la devolución de la carta de Moore y ordenó a este último la destrucción de sus registros de la terapia, así como las copias de la carta enviada a la policía. En octubre siguiente Tatiana Tarasoff, al regresar de Brasil, continuó siendo acosada por Poddar, siendo acuchillada y muerta por éste el 29 de ese mes, al negarse a sus requerimientos. El Psicólogo Moore, en su testimonio judicial, reveló que Poddar había dado a conocer sus intenciones de matar a Tatiana durante las sesiones de terapia. Poddar fue condenado en primera instancia por homicidio en segundo grado. El juicio luego fue nulado por vicios de procedimiento, Poddar absuelto se volvió a la India en libertad. Los padres de Tatiana Tarasoff, por su parte, decidieron querellar a la Universidad de California y sus psicoterapeutas. Una de la quejas contenidas en la demanda era que los psicoterapeutas no habían dado oportuno aviso a Tatiana Tarasoff, o a sus amistades, de las intenciones que tenía Prosenjit Poddar de matar a su ex novia. Tanto la Corte del Condado de Alameda, como la Corte de Apelaciones correspondiente, encontraron que no había razones para condenar, alegando esta última que al no existir relación alguna entre el psicoterapeuta y Tatiana Tarasoff, o sus padres, no existía, por consiguiente, la obligación de informar. La Corte Suprema de California, sin embargo, resolvió lo contrario. En su decisión final sostuvo, entre otras consideraciones, la siguiente: "... los terapeutas no pueden escapar a su responsabilidad simplemente porque Tatiana Tarasoff no era su paciente. Cuando un terapeuta determina, o de acuerdo a los estándares de su profesión, debiese determinar, que su paciente representa un serio peligro para otros, le asiste la obligación de ejercer cuidados razonables dirigidos a proteger a las víctimas de tal peligro. El cumplimiento de este deber puede requerir del terapeuta tomar una o más medidas, dependiendo de la naturaleza del caso. Así, puede llevarlo a advertir a la posible víctima o a otros que puedan advertir a la víctima del peligro, notificar a la policía o tomar las medidas que sean razonablemente necesarias en esas circunstancias".



Los debates que tuvieron lugar en los Estados Unidos, en 1969, a raíz de este caso, sentaron las bases de lo que se conoce como *doctrina Tarasoff*, que sostiene que el médico debe romper el secreto profesional, cuando su no revelación implique riesgo de daños para terceras personas.

La misma doctrina ha construido una suerte de guías o protocolos médicos donde se recomienda que hacer ante casos de celotípicos con trastornos paranoicos²⁶⁰. National Commission, convocada por el Congreso de los Estados Unidos, que redactó el Informe Belmont (1978), hizo que la confidencia ceda ante problemas inminentes donde está en juego la vida de un tercero, imponiéndose la “ética médica” frente a la norma jurídica. A tal punto de considerar “delictuoso” el acto de retener información sensible que pueda dañar en forma artera a una tercera persona, quien –de suyo- no tuvo oportunidad alguna de saberlo y defenderse.

Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el precedente "Z. v. Finlandia" de la Corte Europea de Derechos Humanos²⁶¹, pondera los intereses en conflicto en la materia que venimos tratando. Tomaremos en su abordaje la exposición que hacen Caunedo y Gorstiaga²⁶².

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

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

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

“Finalmente, la Corte de Apelación de Helsinki condenó a "X" por tentativa de homicidio en todos los hechos, porque entendió que por las fechas en que había enfermado su esposa y otras

²⁶⁰ Walcott D M, Cerundolo P, Beck J C.; Current analysis of the Tarasoff duty: an evolution towards the limitation of the duty to protect. Behav Sci Law 2001; 19 (3): 325-43. Gutheil T G.; Moral justification for Tarasoff-type warnings and breach of confidentiality: a clinician's perspective. Behav Sci Law 2001; 19 (3): 345-53.

²⁶¹ CEDH, fallo del 25 de febrero de 1997; Recueil 1997-I. CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. “El secreto profesional médico”. <http://www.eldial.com.ar/publicador/03f/doctrinaRTF.asp?archivo=nt031242.asp&pie=DC364&direc=2>

²⁶² CAUNEDO, Fernando M. – GOROSTIAGA, Manuel. “El secreto profesional médico”. <http://www.eldial.com.ar/publicador/03f/doctrinaRTF.asp?archivo=nt031242.asp&pie=DC364&direc=2>



circunstancias particulares, aunque él no se había hecho los análisis enseguida, conocía la alta probabilidad de su contagio y, consecuentemente, había obrado con indiferencia respecto de la transmisión a sus víctimas de violación, es decir, intencionalmente”.

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

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

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

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



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

La reforma de la Ley 25.246.

En la anterior redacción del art. 277 del Código Penal, tanto el médico del hospital público como el médico de la clínica privada, tenía la obligación de denunciar los delitos contra la vida y la integridad física que conocieran al prestar los auxilios de su profesión, y en caso de omitir tal denuncia cometía el delito de encubrimiento, en la modalidad de favorecimiento personal, salvo que conocieran dichos hechos al amparo del secreto profesional; incluso, en la hipótesis del médico del hospital público, se plantea la cuestión de que aunque conozca el hecho al amparo del secreto profesional predomina la calidad de funcionario público, estando obligado a denunciar por el inc. 1) del citado art. 177 de la ley procesal penal nacional -Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Zambrana Daza"-.

Ahora bien, con la reforma de la Ley 25.246 al art. 277 del Código Penal, principalmente respecto a la omisión de denuncia, provoca una especialización del sujeto activo de dicho delito, pues se establece que solamente incurrirán en el delito de omisión de denuncia los que estuvieren "obligados a promover la persecución penal de un delito". En este aspecto, cabe destacar que únicamente puede ser autor 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 pueden promover la persecución penal de un delito.

Así, señala Donna que al especializar al autor y determinar que sólo podrán ser autores aquellos que estuvieren obligados a promover la persecución penal de un delito de esa índole, la ley deja sólo tres posibles personas: el fiscal, en los casos de sistemas acusatorios o semiacusatorios como el Código Procesal de la Nación, a las fuerzas policiales y a los jueces. El tipo penal transforma este inciso en un delito especial propio y que el obligado solamente es un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos"²⁶³.

Al respecto la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo que "la redacción actual del inc. d) del art. 277 del Cód. Penal, modificado por la ley 25.246, exige para la configuración del delito de encubrimiento que el funcionario en cuestión sea de aquéllos obligados a promover la persecución penal -en el caso, por el delito de exacciones ilegales- y no simplemente de los obligados a denunciar la comisión de un ilícito; por lo tanto se trata de un delito de sujeto activo especial cuyo ámbito de posibles autores se circunscribe a los funcionarios del Ministerio Público Fiscal, a los de las fuerzas del orden en su tarea prevencional y, en su caso, a los jueces cuando lo prevén los códigos adjetivos locales ... Comete el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público el agente que omite denunciar un ilícito del cual tomó conocimiento -en el caso exacciones ilegales-, pues conforme el art. 177 inc. 1º del Cód. Procesal Penal éstos tienen la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que conocieran en el ejercicio de sus funciones"²⁶⁴.

²⁶³ Donna, Edgardo Alberto, Delitos contra la administración pública, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 511.

²⁶⁴ C.N.C.P., Sala III, 27/11/01, Alderete, Víctor A. s/rec. de casación, L.L., 2003-A, 83.



Sostiene Edwards que la anterior redacción del art. 277 del Código Penal castigaba a quien omitía denunciar el hecho "estando obligado a hacerlo", contemplando una verdadera ley penal en blanco, puesto que el precepto estaba previsto en otra ley, concretamente el citado art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación que determina quién está obligado a denunciar; conforme a esa redacción, hoy derogada, los médicos, tanto del hospital público como de la clínica privada, tenían el deber de denunciar, salvo que conocieran los hechos al amparo del secreto profesional. A partir de 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, no pudieron ser sujetos activos de esta clase de favorecimiento personal; respecto del médico del hospital público, podrá plantearse la cuestión de si comete el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, conforme alguna jurisprudencia al respecto, como la del citado tribunal casatorio. Consiguientemente, la obligación que impone el inc. 2 del art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación 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 radican los médicos, que prestan sus servicios tanto en el ámbito público como privado, supuestamente para evitar cometer un delito, concentrándose en el cumplimiento de su deber como profesionales de la salud de preservar la vida, aunque se trate de una persona que aparentemente cometió un delito²⁶⁵.

Una Visión del Derecho Procesal Penal Sobre el Secreto Profesional y su Guarda.

Los procesalistas en líneas generales han focalizado el cuestionamiento a la revelación del secreto médico en la violación a la garantía de no autoincriminación”. En forma muy breve trataré este tópico.

Comenzaré por destacar el antecedente jurisprudencial dado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires cuando estableció que corresponde nulificar por presunto aborto un sumario criminal “si, dicho procedimiento tuvo como única causa de investigación la prueba involuntariamente producida por la imputada al exhibir su cuerpo y referir maniobras abortivas en procura de auxilio médico pues, visto que las manifestaciones de aquella y la evidencia de los rastros corporales del delito constituyeron una consecuencia directa de su necesidad de asistencia médica, ellas no pueden ser utilizadas como elementos que posibiliten el despliegue de la actividad estatal persecutoria en tanto, lo contrario importaría una violación a la garantía que prohíbe la autoincriminación” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07/06/2006, E., A. T., La Ley 04/07/2006, 5) .

La cuestión de la garantía de no autoincriminación se conecta directamente con la validez, admisión y legalidad de la prueba. Esto nos lleva necesariamente al debate de la incorporación de la prueba ilícita al proceso, es decir aquella que ha sido practicada en contravía de las ritualidades establecidas. La doctrina aparece dividida en dos posturas diametralmente opuestas. Mientras unos autores, partiendo de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la “inutilizabilidad” procesal de toda prueba obtenida ilícitamente, otro sector doctrinario, mayoritario en la actualidad,

²⁶⁵ EDWARDS, Carlos E. “El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?”. LL-2009-D-1.



restringe esta ineffectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales. Por último, no faltan autores que optan por una posición intermedia entre los que circunscriben la ineficacia de la prueba ilícita a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales y los que, desde una posición más amplia, defienden la ineficacia de toda prueba en cuya obtención y/o práctica se han infringido normas procesales. Este debate doctrinal perdura en la actualidad ²⁶⁶. La exclusión de la prueba mediante la nulidad es opinión dominante en el derecho procesal penal, abonada por la alegoría anglosajona (hoy teoría) del fruto del árbol venenoso²⁶⁷, la que a su vez tiene una contracara en la dogmática procesal bajo la denominación de "la descontaminación del fruto"²⁶⁸.

La Posición de Vazquez Rossi.

De estirpe procesal, las consideraciones que **Jorge Vazquez Rossi** practica sobre el fallo citado, merecen atención²⁶⁹.

Según este autor, lo que sería el núcleo del conflicto del planteo del recurso interpuesto por el Ministerio Público y que llega vía inconstitucionalidad a la Corte Santafesina, es un caso "con netas implicancias axiológicas". Dice **Vazquez Rossi**: "... esta es la verdadera cuestión", aunque para él la discusión es "ideológica"²⁷⁰.

Sostiene este comentarista que el "recurso en cuestión se ha interpuesto y resuelto en contra del imputado y que desde la óptica de un pretendido interés general"... "so pretexto de explicitar una posición represiva del aborto", violándose la doctrina del "doble conforme", pues la imputada no puede recurrir tal Sentencia de Corte.

Agrega **Vazquez Rossi** que la "denuncia, entendida como noticia calificada del delito (con cita de Leone), es por regla opcional: se puede anotar de un delito, pero no existe obligación de hacerlo (art. 177 del C.P.P. de Santa Fe). Tal regla reconoce dos excepciones, a saber: la primera, de índole negativa, prohíbe hacerlo a parientes cercanos, y otra, de índole positiva, que obliga (los funcionarios...

²⁶⁶ Miranda Estrampes, Manuel; "El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal", J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, ps. 55.-

²⁶⁷ La teoría del fruto del árbol venenoso ha tenido sólida aceptación en doctrina y jurisprudencia. Esto llevado al mundo probatorio nos indica que no solo es ilícita la acción de torturar, sino que igualmente es ilícita la confesión o declaración obtenida mediante tales actos de tortura; no solo es ilícito la interceptación telefónica o de comunicaciones en general, sino que también lo es las conversaciones interceptadas o los documentos obtenidos mediante la misma; de la misma manera que es ilícito el allanamiento domiciliario realizado sin autorización judicial, como todos los elementos de convicción que sean recaudados dentro de la misma; y es ilícita la captura sin orden judicial y la entrevista en la que por medio de interrogatorios ilegales lleva al indiciado a confesar e indicar el sitio donde tiene escondidos los objetos ilícitos.

²⁶⁸ Es sugerente a este respecto el texto de ROBERT F. MAGUIRE, "How to unpoison the fruit The fourth amendment and the exclusionary rule", en *Journal of Criminal law, Criminology, and Police Science*, vol. 55 núm. 3, 1964, págs. 307-321. De acuerdo con este autor, criterios como el de preponderancia de evidencia (descubrimiento inevitable), origen independiente (fuente independiente), función capaz de borrar la mancha (vínculo atenuado), explotación de la ilegalidad, etc., pueden tener un tratamiento teórico acertado a partir de una exégesis metódica de las aplicaciones jurisprudenciales de la regla de exclusión. La propuesta del autor se cifra en modelos de causación entre actos ilícitos de la policía y el descubriendo de evidencia que se exponen con las nociones tradicionales de causación de facto, teoría *sine qua non* y causa próxima.

²⁶⁹ Ver: "Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso"; Vazquez Rossi, Jorge; publicado en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley; del 28 de Setiembre de 1998, pág. 26 y siguientes.

²⁷⁰ Vazquez Rossi, con subido tono crítico, formula apreciaciones hacia la composición de la Corte Santafesina, como así también sobre la terminología utilizada en la especie.



médicos, etc.). Este autor interpreta la frase “en cuanto a los atentados personales que conozcan al prestar los auxilios de su profesión”, diciendo que “aquí se trata de aquellos actos en los que la persona atendida por un profesional del arte de curar evidencia señales o informa de haber sufrido una agresión de un tercero... porque se trata de proteger a la víctima”. Cita en su apoyo la siempre solvente opinión de D'albora.

Entiende finalmente que el fallo se aparta de importantes antecedentes jurisprudenciales²⁷¹ e incurre en una errónea comprensión de la cuestión planteada, apartándose de una interpretación gramatical y sistemática de la ley, inclusive de los mejores precedentes doctrinarios.

La posición de D'albora.

Francisco D'albora, en oportunidad de analizar el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación reconoce ab initio que “el problema se ha planteado en los casos de aborto causado o consentido por la propia mujer”. Criteriosamente el maestro procesalista selecciona jurisprudencia que impone silencio al médico. Sin embargo se plantea el interrogante de cómo sale ilesa de persecución penal la mujer (autora) en tanto son perseguidos los partícipes.

Dice D'albora que es censurable que se excluya a la mujer cuando el hecho lo anoticia un tercero. Así distingue que el médico no denunciará si le fue confiado el secreto.

Cuestiona el criterio de la Corte Nacional en el caso Zambrana Daza, porque el Estado no se puede valer de un delito para perseguir otro.

Concluye diciendo que “frente a la posible colisión entre el deber de denunciar y de guardar secreto profesional, aquel desaparece. Es que no puede otorgarse preferencia a la persecución del delito, anteponiéndolo a los valores cubiertos por el art. 156 del C.P., la situación no varía cuando se trata de un profesional funcionario”, por ello corresponde –según este autor- declarar la nulidad de lo actuado²⁷².

La posición de Roxin.

Claus Roxin analizando el Código Procesal Penal Alemán sostiene que: “si un paciente no revela a su médico de la obligación de guardar el secreto profesional o retracta la dispensa anterior, la revelación no está permitida, sólo debe estar permitida por el derecho material bajo los requisitos estrictos del estado de necesidad justificante”. Aunque admite que *la doctrina y la jurisprudencia dominantes defienden la opinión de que, aun una lesión del secreto profesional conocida por el Tribunal, no afecta la valorabilidad procesal penal de la declaración*. Si se sigue este análisis Roxin acepta que jurisprudencialmente se haya considerado el derecho de abstenerse de prestar testimonio cuando se trata de proteger la esfera privada del individuo frente a los intereses de la administración de justicia .

²⁷¹ Esto es virulentamente criticado por Héctor Hernández quien en un trabajo publicado en El Derecho de fecha 25 de Octubre de 2.000, titulado “Abortismo pretoriano”, primera parte, dice que el único antecedente serio que podría computarse es el voto de Soler en oportunidad que fuera Camarista en Rosario, todo según cita de Creus en “Protección penal y procesal del secreto profesional”, publicado por el Colegio de Magistrados de Santa Fe, pág. 57.

²⁷² Cfr.: Código Procesal Penal de la Nación” Comentado; D'albora, Francisco; pág. 303 y siguientes, Editorial Abeledo – Perrot; año 1999.



En síntesis este autor se inclina por la prohibición de interrogar y, dado el caso, una prohibición de valoración²⁷³.

Se trata de un delito de Acción Privada

El delito de violación de secretos es de acción privada (ley 24.453/95; art. 73 del Código Penal).

Esto quiere decir que el ofendido, en este caso a quien se le ha violentado su reserva o esfera íntima, es quien debe “accionar”.

Aquí se exige el propósito de iniciar las medidas procesales útiles y pertinentes para que prospere la acción penal.

Este tipo de acción es subjetiva y objetivamente divisible. Desde la faz subjetiva, el juez no puede extender de oficio la querrela a personas no comprendidas en ella y a consecuencia de la divisibilidad objetiva la sentencia debe limitarse a los hechos querellados²⁷⁴.

Las acciones privadas se caracterizan por la necesidad de que el particular insta todo el desarrollo del proceso, manifestando en forma permanente el deseo de llevar adelante la pretensión punitiva²⁷⁵.

Si se intentara la prescripción de una causa por este rubro, la misma por tratarse de una cuestión de orden público, debe efectivizarse con la presencia del Ministerio Público.

Si en un caso de violación de secretos se procediera de oficio, o en virtud de una simple denuncia, existiría un vicio sustancial de procedimiento que autoriza la NULIDAD de todo lo actuado²⁷⁶.

Reflexiones necesarias sobre la guarda del Secreto Profesional. La Linea de “Tarasoff”.

La regla es que el secreto debe guardarse, debe cuidarse. No hay razón alguna valedera para que un Tribunal convierta en legal lo que es ilegal. Hay ciertas profesiones que en la relación con el cliente son verdaderos santuarios del sigilo. En los casos del sacerdote católico o el abogado esta cuestión no se encuentra controvertida: el secreto debe mantenerse siempre²⁷⁷.

Pero en otras profesiones o actividades el conflicto sobre el secreto subsiste pues se encuentra en pugna la obligación ética y jurídica de resguardar el secreto conferido y la obligación impuesta al testigo de no ocultar, no callar la verdad o bien de obedecer una orden (arts. 275 y 239 del C.P.). Hasta se puede entender que es una consigna devenida de normas supraleales: La Convención Internacional de los Derechos del Niño contiene un baremo de principios, declaraciones y garantías a favor de los menores de 18 años cuyo eje central es “el interés superior del niño”²⁷⁸. La Convención sobre Derechos del Niño alude al **interés superior** de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para

²⁷³ Cfr.: “Derecho Procesal Penal”; Roxin, Claus; pág. 225 y 226; Editorial del Puerto; año 2000.

²⁷⁴ Cfr. “Código Penal Comentado”; Breglia Arias – Gauna; pág. 248; Editorial Astrea, año 1993.

²⁷⁵ Cfr.: “Código Penal Comentado”; Dayenoff, David; pág. 147; Editora A-Z; año 1996.

²⁷⁶ Superior Tribunal de Santa Fe; en L.L. 14 – 812; del 18/4/39.

²⁷⁷ En el caso del abogado se entiende una revelación “limitada” en casos donde deba cobrar honorarios profesionales. Ver “ut supra”.

²⁷⁸ El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Del texto de la Declaración de los derechos del niño del año 1959).



asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades²⁷⁹.

Algunos autores piensan que el Juez puede relevar al profesional para que “diga lo secreto”, pero que tal cuestión no obliga pero sí “autoriza”. Otros entienden que directamente la “orden” del Juez generará una causa de justificación a favor de quien revele.

La doctrina ha venido a llamar a este tipo de testigos como “inidóneos”, ya que no pueden ser admitidos como testigos. D'albora, en oportunidad de analizar el artículo 244 del Código Procesal de la Nación, cita en apoyo del rechazo categórico del testimonio del abogado en juicio, abundante jurisprudencia. Dice que “es inconcebible la declaración del abogado contra su cliente por hechos conocidos en el cumplimiento de su ministerio...”²⁸⁰

Es obvio que cualquier cosa que se diga en juicio prontamente tomará estado público. A excepción de los procesos en donde son imputados menores. Aquí la identidad del menor es reservada y los debates no son públicos.

Lo verdadero es que en un debate oral y público personas ajenas a la causa judicial tomarán contacto con lo “reservado”. Podrá estar el periodismo en el propio debate “oral y público” y lo que es más la misma sentencia será un instrumento público conocido, es decir con posibilidad de difusión.

Si se trata de defender un interés personal (por ejemplo como víctima) el profesional estará habilitado a testimoniar cuestiones reservadas, como así también la temática puede tomar carriles de exposición cuando la víctima sea determinada o identificable.

La cuestión de los abogados como testigos en juicio tiene un tratamiento que tiende a universalizarse. En la Unión Europea el Código Deontológico de Estrasburgo del año 1988 establecía que la dispensa procede si el abogado tiene una previa autorización de su cliente. En tanto en países de estirpe anglosajona quedan relevados de guardar secreto profesional en los casos de narcotráfico (véase que el caso “Zambrana Daza” de nuestra Corte Nacional puso ese argumento entre otros para autorizar la denuncia), blanqueo de dinero, delito fiscal o delincuencia contra menores). Se ha dicho que en la “la prueba testifical, sobre los hechos objeto del juicio, encuentra ciertos factores a tener en cuenta como: si su cliente es imputado o no, si se releva de guardar el secreto profesional o no, si en definitiva el contenido de la declaración que efectúe será o no favorable para su cliente o perjudicará su defensa”²⁸¹. La tendencia jurisprudencial en España y Alemania es considerar prueba ilícita en los casos que el abogado declara en contra de su ex cliente revelando el secreto profesional.

Bacigalupo entendía que se trataba en este caso de una “colisión de deberes” quien como testigo en un proceso, tiene la obligación de declarar lo que sabe, mientras que como médico, abogado o

²⁷⁹ En igual sentido el principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) estableció lo siguiente:

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. Así también el Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo adoptada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala: El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres. Se destaca que UNICEF (2010) publicó: “Guía de las buenas prácticas para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos y obtención de pruebas válidas para el proceso”.

²⁸⁰ D'albora, Francisco; “Código Procesal Penal de la Nación”; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p.439.

²⁸¹ Urbano Castrillo, Eduardo; “La testifical del abogado como prueba ilícita”, Madrid, Actualidad Jurídica Aranzadi, 21 de Febrero de 2002, p. 2.



sacerdote tiene la obligación de guardar secreto²⁸². Esta colisión se debate entre obedecer a un funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones (art. 239 del CP) y a la misma norma penal que lo demanda (art. 275 del CP) y por otro lado ser fiel al secreto conferido no revelándolo (art. 156 del CP).

Insisto en que no debe dejarse de lado el cualquier análisis el *leading case* “**Tarasoff, Vitaly vs. The Regents of the University of California**” (ver “ut supra”) citado recurrentemente en las cátedras latinoamericanas y europeas. El juicio civil (que incluyó a otro profesional y hasta a los policías actuantes) se fundó en que la muerte de Tarasoff tenía relación causal²⁸³ con la omisión de avisar a la víctima por parte del profesional, es decir ponerla al tanto del peligro que corría. El Tribunal resolvió que había responsabilidad por daños, por haber reservado el secreto²⁸⁴.

Este caso “**Tarasoff**” sirve para dimensionar que no está dicha la última palabra en materia de “secreto profesional”, pues tratándose de una cuestión estrictamente reservada, como es la relación psicólogo paciente, y habiendo inclusive los profesionales anoticiado de la cuestión a la policía, igual tuvieron responsabilidad civil por el siniestro. “Tarasoff” es en sí misma toda una doctrina que tiene como eje conductor la revelación de un secreto (en caso psiquiátrico o psicológico) toda vez que el profesional conozca de un peligro inminente para la vida o la salud de un tercero²⁸⁵.

Hay otro supuesto que merece tratamiento especial. Se trata de los casos de **pacientes con Sida**, precisamente por su relación con la familia como así también con terceras personas con las cuales comparten agujas. Este tema fue debidamente tratado en el capítulo

Resulta significativo lo que Rosenbusch en su tiempo enseñaba, afirmando que la obligación de guardar secreto llegaba desde el Código Penal y desde el Código Civil, por ende el testigo no podía ser compelido a contestar cuestiones reservadas que le han sido confiadas por su calidad profesional, revelamiento que sólo puede hacer por decisión del interesado o del juez que lo releve²⁸⁶.

Enseña Sayago que el secreto profesional médico es tan antiguo como la Medicina Occidental. Ya en el Juramento Hipocrático (uno de los más importantes documentos de la ética médica tradicional) se hace una clara alusión al mismo. Sin embargo, antes de Hipócrates parece que esta exigencia tenía un sentido muy especial, pues estaba referida a guardar secreto sobre los conocimientos que se poseían en la profesión. Dicho de otra manera, lo que los primeros médicos (sacerdotes, hechiceros y adivinos) guardaban con reserva absoluta era el “saber médico” que habían aprendido y no lo que les comunicaban los pacientes. Es a partir del mencionado documento, que se reafirma en forma escrita esta preservación del “conocimiento profesional” (capítulo 1, versículo 3) pero se agrega, además, otra obligación de confidencia respecto de las revelaciones del paciente (capítulo 2, versículo 5). Las características del secreto médico en el texto del juramento, indica que trasciende a lo estrictamente relacionado con el diagnóstico y terapéutica y se extiende al área de la vida privada del paciente. Según Diego Gracia, está

²⁸² Bacigalupo, Enrique; “Lineamientos de la teoría del delito”; Buenos Aires, Hammurabi, 1994, p.114.

²⁸³ Paciente hospitalizado por un trastorno delirante celotípico que explicita su idea de matar a su cónyuge en medio de crisis paranoide

²⁸⁴ Highton, Elena; “Responsabilidad por violación de secretos”, en “La responsabilidad”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 646.

²⁸⁵ El caso “James Holmes” se inclina en esa dirección. Se le imputa que el día 20/7/12, dio muerte a 12 personas en Denver, EEUU, cierno como un novedoso caso.

²⁸⁶ Rosenbusch, Erwin; “La invocación del secreto profesional en la prueba de testigos”; J.A., 1945, Tomo III, p. 169.



claro que los límites de lo que debía quedar en guarda los ponía el médico: "El ámbito del secreto no lo establece el enfermo sino el médico" (1) lo que indica un claro paternalismo²⁸⁷.

Se puede definir con García Sanz el secreto médico como "*derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros e incluiría toda información, conocida por el paciente y otra u otras personas pertenecientes a un círculo reducido, que la persona afectada no desea sea revelada o divulgada a terceros*"²⁸⁸.

La existencia del secreto profesional y, concretamente del secreto médico, deriva de la existencia de la intimidad y del hecho de que el hombre es un ser social. El secreto médico profesional sería la consecuencia de un contrato y tiene índole pública en razón de que la observancia del mismo "viene exigida por el bien social". Dicho con más precisión, el buen funcionamiento de las profesiones sanitarias y su consecuencia, la preservación de la salud, tiene que darse en un marco de confianza para el paciente, lo que está garantizado por este secreto. Esto quiere decir que hay una razón individual: la intimidad, y una razón social: la correcta atención de la salud²⁸⁹.

En los casos en los que exista una relación médico-paciente será el médico que viole el secreto profesional el sujeto activo del delito. Sin embargo, ofrece mayor dificultad la delimitación del círculo de sujetos activos en los casos de la *medicina en equipo* (hospitales, centros de salud, etc.), ya que la información confidencial de los pacientes es compartida por un conjunto de profesionales sanitarios ("*secreto compartido*") e incluso por profesionales no sanitarios ("*secreto derivado*"). En estos casos de división de trabajo (vertical u horizontal) rige el principio de confianza, que implica que multitud de profesionales conozcan los datos e historial médico del paciente. No obstante, el ostentar la condición de profesional sanitario no permite acceder a cualquier información médica, sino que el acceso a la misma debe ser en interés del paciente y ser necesario para su tratamiento. El Código penal, a diferencia de otros modelos de Derecho Comparado, no introduce un listado exhaustivo⁵⁸ ni tan siquiera una cláusula genérica⁵⁹ que permita delimitar las personas ligadas al secreto profesional²⁹⁰. El tipo penal sería aplicable a todas aquellas personas erigidas en "confidentes necesarios" pese a que sólo desempeñen tareas auxiliares, de manera que se extenderá a éstas también el deber de secreto. La figura del secreto médico puede ser analizada a la luz de lo preceptuado no solo por los códigos de ética internacional sino también a través de las distintas declaraciones que sobre la materia existen.

El deber de reserva se refiere a los *datos personales* o *de salud* que conoce el profesional por la relación de confianza que mantiene con su paciente y que comprendería los datos revelados por el paciente y los descubiertos o deducidos por el sanitario²⁹¹.

Tipos De Secreto

El secreto médico admite distintas modalidades.

²⁸⁷ SAYAGO, Roberto D. "El secreto médico: su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética". JA 2001-IV-1273.

²⁸⁸ "EL SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO". JUDIT GARCÍA SANZ.

²⁸⁹ Cuyás Matas; citado por SAYAGO, Roberto D. "El secreto médico: su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética". JA 2001-IV-1273.

²⁹⁰ "EL SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO". JUDIT GARCÍA SANZ.

²⁹¹ "EL SECRETO PROFESIONAL EN EL ÁMBITO SANITARIO". JUDIT GARCÍA SANZ.



Secreto Médico Absoluto: se trata de la negación inquebrantable de cualquier tipo de revelación. El médico no podrá confiar un hecho conocido a través de su profesión ni a sus colaboradores. Esta modalidad es utilizada en Inglaterra.

Secreto Médico Relativo (intermedio o ecléctico): aceptado por nuestra legislación y la del resto de América del Sur, convalida la revelación a personas y entidades correspondientes (con discreción y límites) del secreto médico siempre que hubiera una razón suficiente: "justa causa". En cierto modo, la revelación queda supeditada a casos de excepción.

Secreto Médico Compartido: variante del anterior, amplía el conocimiento a otro médico o auxiliar de un hecho de su profesión siempre que redunde en el beneficio terapéutico del paciente. Se trata de la asistencia ejercida por un equipo que proporciona un diagnóstico, pronóstico o tratamiento a un paciente. No sólo los distintos médicos actuantes tienen el deber sino también el personal de enfermería, laboratorio, farmacia, fisioterapia, terapia ocupacional, residentes, etc.

Secreto médico derivado: surge de la medicina institucional u organizacional. Hay una extensión del sigilo al personal que no es estrictamente médico. Aquí la referencia está dada al personal administrativo sanitario (difusión continua) como así también al personal de justicia o de empresas aseguradoras (difusión discontinua), etc.

Desde otra óptica al secreto en general se lo clasifica en: secreto natural, prometido y confiado²⁹².

Secreto natural: este secreto es independiente de todo contrato profesional y se extiende a todo lo que el profesional ha podido obtener por casualidad, por investigación o por confidencia de un tercero. No puede divulgarse, pues se trata de un precepto moral, resguardado por la deontología. Razones de índole natural (no dañar a otro) y de orden ético exigen la reserva.

Secreto prometido: en este caso hay un compromiso personal, un pacto entre partes en cuya base se encuentra la reserva prometida por el galeno.

Secreto pactado o confiado: emana de una promesa explícita o implícita hecha de antemano. Un contrato entre quien transmite la información y quien la recibe. Cuando este pacto viene de la mano de la profesión médica se habla propiamente del secreto profesional médico.

El secreto médico propiamente dicho se lo distingue en:

Secreto moral: supone una obligación genérica a las disposiciones sanitarias que deben regirse por las reglas de la discreción y confidencialidad hacia los pacientes. Los distintos códigos de ética médica solventan y resguardan este secreto.

Secreto contractual: está referido a la obligación sanitaria del médico, su equipo o personal administrativo. Deben resguardar el secreto de todo lo recibido confidencialmente motivo del acto médico.

Secreto legal: la normativa concreta exige guardar el secreto profesional.

El Secreto Profesional Del Médico y Su Deber De Guarda.

Los médicos y profesionales involucrados en la atención de los enfermos tienen el deber y la obligación de respetar y hacer cumplir el derecho de toda persona a su intimidad, cuyo límite puede ser

²⁹² Gisbert Calabuig, Juan A.; "Medicina legal y toxicología", 6ta. Ed., Ed. Masson, Barcelona, 2005, ps. 93 y ss.



únicamente fijado por el interesado. Por lo tanto, el médico, salvo consentimiento expreso del paciente debe resguardar lo conocido en el ámbito de su ejercicio, salvo que exista un motivo considerado justificado.

Es más a fin de preservar la confianza social hacia la medicina y se precisa claramente que la autorización del paciente a revelar un secreto, no obliga al médico a tener que hacerlo.

En afán de buscar la equidad o una visión desde una correcta organización social fácil es observar que en la relación médico – paciente, éste último “está peor situado”. Su condición y necesidad así lo muestra manifiestamente. Con base en Rawls, Thomas Pogge marcó la caracterización de una sociedad injusta en diez pautas de las cuales extraigo lo siguiente: 1. Los peor situados están peor absolutamente... 3. Los mejor situados no pueden imaginar la situación de los peor situados por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación de los segundos ... 5. Los mejor situados pueden mejorar la situación de los peor situados. La sociedad que genera injusticia, por lo tanto, es evitable... 6. Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema... 7. El orden social e institucional reproduce la desigualdad...²⁹³.

La intimidad es un valor ético y jurídico amparado por la Constitución y por la legislación vigente en nuestro país, y como tal hay que demandarlo y protegerlo.

El derecho a la confidencialidad que tiene todo paciente es la única garantía para la defensa de su intimidad. Si en todas las profesiones debe existir el secreto profesional, es en medicina donde éste adquiere un grado de máxima sensibilidad ya que el médico no sólo es depositario de las más íntimas manifestaciones del cuerpo sino también junto al sacerdote, las del alma²⁹⁴.

El deber de denunciar implica constreñir a los médicos y funcionarios a colaborar con la justicia para esclarecer la verdad de los hechos delictivos y, de esa manera, aplicar las penas programadas en la función represiva.

Ahora bien, el motivo de la imposición no es el mismo para los dos destinatarios. En el caso de los funcionarios es su vinculación con el Estado y su connatural responsabilidad por la persecución pública de la delincuencia lo que explica su inclusión en la disposición legal. Se trata de alguien que personaliza al Estado, está afectado esencialmente a los intereses globales de la sociedad jurídicamente organizada y, en esa función, sus actos, realizados de acuerdo con las formalidades del caso, cuentan con una preeminencia legalmente establecida.

Por su parte, el fundamento de las disposiciones que establecen a los médicos como denunciantes obligados radica, simplemente, en la circunstancia de ser propicia la profesión sanitaria al descubrimiento de ciertos graves delitos personales a raíz de prestar auxilio a la víctima de esos hechos. Por ello parece lógico que cada vez que atienda a la víctima del suceso criminal y no se verifique la posibilidad de un perjuicio para su asistido -con motivo de la denuncia- se le imponga el deber de comunicar a las autoridades encargadas de la persecución penal.

Conclusiones finales:

²⁹³ Pogge, Tomás; “Propuesta para un dividendo sobre recursos globales”, “ Sur. Revista Internacional de derechos humanos”, año 4, nro. 6, Red universitaria de Derechos humanos, Sao Paulo, 2007, ps. 145 y ss. En www.surjournal.org

²⁹⁴ Secreto Profesional Médico **Jorge Fiorentino** <http://www.paideianet.com.ar/sm.htm>



Hacer ceder el secreto o la confidencia no es tarea sencilla para ningún derecho²⁹⁵ por lo que el secreto debe resguardarse. Sin perjuicio de esto no es prudente instalar una política criminal deje impune ciertos delitos graves, que una norma tenga sólo valor simbólico o que no se ponderen adecuadamente bienes, derechos o valores en juego.

Una sociedad bien ordenada es aquella que está orientada a promover el bien de sus miembros, pregonaba Rawls²⁹⁶. La pregunta surge naturalmente ¿cuál es el bien de sus miembros a resguardar?.

Tal vez la pregunta final sea más sencilla de lo que nos podemos imaginar ... ¿el derecho tiene derecho a preguntar?. ¿Tiene algún límite el derecho en la indagación de la intimidad?.

Parece asistirle razón a Eser cuando enseña que “el ámbito médico ofrece un muestrario paradigmático de problemas de justificación. Este problema de justificación se convierte en un juego de técnica legislativa entre prohibición y permisión”²⁹⁷.

La cuestión para algunos –cuando se debate la autorización o no de denunciar- se puede dirimir en la problemática de la **contradicción o inconsistencia** legislativa, ya que en la especie hay una norma que autoriza a denunciar y otra que impone el secreto. Esto exige dos condiciones insoslayables: a) Que dos o más normas se refieran al mismo caso o ámbito material y b) y que las normas imputen soluciones incompatibles.

Basándose en los estudios de Alf Ross, nuestro recordado filósofo Carlos Nino analizaba tres formas de contradicciones normativas: total – total; total – parcial y parcial – parcial. En nuestro caso estamos ante la más grave inconsistencia: total – total, la que puede graficarse didácticamente como dos círculos superpuestos²⁹⁸.

Nino aclara que el criterio que utiliza la dogmática jurídica para ordenar jerárquicamente las normas de un sistema, puede formularse así: “una norma es superior a otra cuando de haber conflicto entre ellas, se consideraría válida la primera, no la segunda”²⁹⁹. Luego debe tenerse en cuenta también que la ordenación jerárquica de las normas depende también de lo que dispongan las propias normas del sistema (prelación).

Pero ¿a qué debe acudir un Juez en un caso difícil?. Dworkin se contesta “a los principios”. Estos no están canonizados, pues son dinámicos y cambiantes, crece entonces en importancia el llamado “razonamiento judicial”.

Dworkin intenta a través de “Hércules” (un juez omnisciente) solucionar los casos difíciles³⁰⁰, recomendando que éste explique y justifique el derecho histórico y el vigente. Acepta que los principios guíen al Juez, pero rechaza la discrecionalidad de éste, pues si se admite la discreción judicial entonces

²⁹⁵ La opinión autorizada de la Dra. Kemelmajer está a favor de defender el secreto profesional del abogado aún en el ámbito de la minoridad. Puede verse “El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa”; Kemelmajer de Carlucci, Aída; en Cuadernos de doc. Y Juris. Ad Hoc; año 5, nro. 9 – C, Diciembre de 1999, pág. 228.

²⁹⁶ Cfr.: “Las teorías de la justicia después de Rawls”; Gargarella, Roberto; pág. 35, Editorial Paidós, año 1999.

²⁹⁷ Cfr.: “Nuevos horizontes en la ciencia penal”; Eser, Albin; pág. 39 y 40; Edición de la Universidad de Belgrano; año 1999.

²⁹⁸ Cfr. “Introducción al Derecho”; tomo II, Miret, Luis, pág. 188 y 189, Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo; año 1994.

²⁹⁹ Nino continúa el análisis en “Notas de Introducción al Derecho”; Nino, Carlos; pág. 69 y siguientes, Editorial Astrea, año 1974.

³⁰⁰ Cossio también pretendía que el Juez llene cualquier laguna del derecho. Para este pensador tucumano, los casos difíciles y las lagunas del derecho no existen porque existen jueces.



los derechos de los individuos está a merced de los jueces. Así el juez tiene *una función garantizadora*³⁰¹.

La temática cuando se resguarda el secreto de “un ilícito” compromete tantos análisis dogmáticos que alcanzan las conductas inocuas tanto como la “la prohibición de regreso”, que reza en su frontispicio “no todo es cuestión de todos”³⁰².

Lo secreto, como esfera íntima, sigue a la persona. No puede escindirse.

Nuestro art. 19 de la C.N. garantiza el derecho a la intimidad, al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vetando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio y supone que el sujeto tenga un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia e imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida aunque con algunos límites impuestos por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos³⁰³.

El derecho a la intimidad debe ser preferente sobre el deber de denunciar o testificar cuando se refiera a datos del pasado (por ejemplo, el paciente le confiesa que se sometió a un aborto ilegal en el pasado). En cambio, la cuestión da un giro copernicano cuando se refiera al comportamiento futuro del paciente que pueden lesionar o poner en peligro bienes de otras personas (por ejemplo, le revela a su psiquiatra que en los próximos días va a matar a alguien – ver “Tarasoff”-)

En el ámbito de la salud, el profesional médico es confidente forzoso de quien solicita asistencia. La intimidad se refleja en una zona profunda y escondida de la persona, reservada, íntima y exclusiva. Cualquier intento de penetración en estas zonas íntimas, fuera de lo aceptable, se experimentan como una violación. Pero si fuera aceptado por el confidente es también –al menos- una intromisión. Por eso la *confidencia de algo íntimo es el mayor regalo que una persona puede hacer a otra*. De allí que utilizar ese regalo para difundirlo, como si la intimidad de alguien nos perteneciera, no puede tener protección jurídica ni menos aún convertirse en un deber de tal índole, mucho más cuando se hace con miras interesadas, buscando beneficios materiales, simple alivio a la carga que supone esta posesión de la intimidad del otro o refleja mera inconsecuencia y falta de interés o atención³⁰⁴.

La confidencia no es una mercancía. En el caso estimo prudente excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confidencia que éste le hace con motivo del acto médico. En este caso podría operar una excusa absolutoria similar a la que ampara a los familiares del imputado en casos de encubrimiento por favorecimiento³⁰⁵ o bien lo descrito en parágrafos anteriores.

³⁰¹ Ver: “Los derechos en serio”; Dworkin, Ronald; pág. 146 y siguientes; Editorial Ariel, año 1989.

³⁰² Parma, Carlos; “La prohibición de regreso en Günther Jakobs”, Ediciones jurídicas cuyo, Mendoza, 2004, ps. 17.

³⁰³ STC 134/1999, de 15 de julio de 1999.

³⁰⁴ Comp. prólogo de JOSÉ DELFÍN VILLALÁIN BLANCO a la obra de Verdú Pascual, Fernando A. “Secreto profesional médico”. Ed. Comares. 2005.

³⁰⁵ VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ EN LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CASO DE LA CRUZ FLORES, DE 18 DE NOVIEMBRE



Cuando una persona pierde su intimidad, lo hace también su dignidad. De esta manera se emprende el derrotero hacia la vulneración de la estrella polar que es la libertad humana. A guisa de corolario y aunque suene a tautología en oportuno recordar que “el secreto mejor guardado es el nunca revelado”.

Bibliografía Básica

- ÁBALOS, Raul; *Derecho Procesal Penal* ; Mendoza; Ediciones Jurídicas de Cuyo; 1993.
- ABRAHAM, Tomás; “*Tensiones filosóficas*”; Buenos Aires, Sudamericana, 2001.
- AFTALION, VILANOVA, RAFO; *Introducción al derecho*; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del derecho*; Barcelona, Gedisa, 1994.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro; *El neoconstitucionalismo transformador*; Editores Alberto Acosta y Esperanza Martínez, Quito, 2011.
- AYÁN, Manuel; *Actividad Impugnativa en el Proceso Penal*; Córdoba; Advocatus; 1999.
- AYÁN, Manuel; *Recursos en Materia Penal*; Córdoba; Lerner; 1985.
- BALCARCE, Fabián; *Derecho Penal . Parte Especial*; Córdoba, M.E.L. Editor, año 2007.
- BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal*; Bogotá, Temis, 1998.
- BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales de Derecho Penal*; Bs. As.; Hammurabi; 1998.
- BARBERA DE RISO, María Cristina; *Reglas penales constitucionales*; Editorial Mediterránea, Córdoba, 2005.
- BELLUSCIO, ZANNONI; *Código Civil Comentado*; Bs. As.; Astrea; 1993.
- BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal*; Buenos Aires, Hammurabi, 1995. BOUMPADRE, Jorge; *Derecho Penal. Parte Especial*; Corrientes; MAVE; 2000.
- BIDART CAMPOS, Germán; “Teoría General de los Derechos Humanos”; Buenos Aires; Ed. Astrea; 1991.
- BREGLIA, ARIAS GAUNA; *Código Penal Comentado*; Bs. As.; Astrea; 2001.
- BROEKMAN, Jan; *Derecho, Filosofía del derecho y Teoría del derecho*; Bogotá, Temis, 1994.
- BUERES, HIGHTON; *Código Civil Comentado*; Bs. As.; Hammurabi; 2001.
- CAFFERATA NORES, José (h); *El Imputado*; Lerner; 2001.
- CAFFERATA NORES, José; *Derechos Individuales y Proceso Penal*; Lerner; 1968.
- CANCIO MELIA, Manuel; *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*; Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- CARRERAS, Daniel; *Pensamiento Penal Vigente*; Córdoba; Advocatus; 1994
- CATETZOGLUS, Alberto; *Derecho Procesal Penal*; Bs.As.; Hammurabi, 1999.



- CATHREIN, Víctor; *Principios fundamentales del Derecho Penal*; Barcelona, Editor Gustavo Gili, 1910.
- CEVASCO, Luis; *Principios de Derecho Procesal Penal Argentino*; Bs. As.; ed. Oxford; 2000.
- CLARIA OLMEDO, J.; *Tratado de Derecho Procesal Penal*; Bs. As.; Ediar; 1962.
- CLEMENTE, J.L.; *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*; Córdoba; Lerner; 2000.
- CONASIDA, *El médico frente al Sida*; Méjico; Panacea editores; 1998.
- COSSIO, Carlos; *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*; Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964.
- COURTIS, Cristian; *Desde otra mirada*, Bs. As., Eudeba, 2001.
- CREUS, Carlos; *Derecho Penal, parte especial*; Bs. As.; Astrea; 1999.
- CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge; “Derecho Penal”. Parte Especial; tomo 1, 7ma. Edición, Buenos Aires, Astrea, 2007.
- D’ALBORA, F.; *Código Procesal Penal de la Nación*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1999.
- DAYENOFF, D.; *Código Penal Comentado*; Bs. As.; ed. A-Z; 1996.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz; *Tipicidad e imputación objetiva*; Mendoza, DONNA, Edgardo; *Teoría del delito y de la pena*; Bs. As., Astrea, 1995.
- DWORKIN, Ronald; *Los Derechos en Serio*; Ariel; 1989.
- ECO, Umberto; *Cómo se hace una tesis*; Barcelona, Gedisa, 1977.
- ESTRELLA, GODOY LEMOS; *Código Penal Comentado*; Bs. As.; Hammurabi; 1996.
- FINNIS, J.; *Derecho Natural y la Ley Natural*; Bs. As. ;Abeledo Perrot; 2000.
- FLORIÁN, E.; *Derecho Procesal Penal*; España; Bosch; 1934.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Parte Especial*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1998.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1992.
- FOUCAULT, Michel; *Vigilar y castigar*; Méjico; Ed. Siglo XXI; 1994.
- FUKUYAMA, Francis; *El fin de la historia*; Buenos Aires; Ed. Planeta; 1992
- GAMBRA, Rafael; *Historia sencilla de la filosofía*; Ed. Siruela; 1999
- GARCÍA CAVERO, Percy; *Tendencias modernas en la dogmática jurídico penal alemana*. En “*Más derechos*” N°1; Argentina; Ed. Di Plácido; 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *El derecho la ley y el juez*. En *La democracia y el lugar de la ley*; Ediciones cuadernos Civitas, 1997.
- GARDIOL, Ariel; *Manual de filosofía del derecho*; Ed. Astrea; 1979.
- GARGARELLA, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls*; Ed. Paidós; 1999.
- GHIRARDI, Oslén; “La semiótica en Miguel Herrera Figueroa”; *Semanario Jurídico*; Tomo 80; Córdoba; 1999
- GHIRARDI, Oslén; *El razonamiento forense*; Córdoba; Ediciones El Copista; 1998.
- GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*; Bs. As., Astrea; 1987.
- GOMEZ, Eusebio; *Tratado de Derecho Penal* ;Bs. As.; Ediar; 1940.
- GUIBOURG, Eduardo; *Pensar en las normas*; Ed. EUDEBA, 1999



- GUTIERREZ, Alicia; *Pierre Bordieu. Las prácticas sociales*; Córdoba; Ediciones cátedra de la Universidad Nacional de Córdoba; 1997.
- HABERMAS, Jürgen; *El discurso filosófico de la modernidad*; Madrid; Ed. Taurus; 1989.
- HART, H; *El concepto del Derecho*; Buenos Aires; Ed. Abeledo Perrot.
- HASSEMER, MUÑOZ CONDE; *Introducción a la Criminología; y al Derecho Penal*; Bs. As.; Tirant lo Blanch; 1989.
- HERNANDEZ, Hector; *La justicia en la teoría egológica del derecho*; Buenos Aires; Ed. Abeledo Perrot; 1980.
- JAKOBS y STRUENSEE; *Problemas Capitales de Derecho Penal Moderno*; Hammurabi; 1998.
- JAKOBS, G.; *Fundamentos del Derecho Penal*; Bs. As.; Ad Hoc; 1996.
- JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*; Mendoza; Ediciones Jurídicas Cuyo; 2001.
- JAKOBS, Günther; *Fundamentos del Derecho Penal*; En *El concepto jurídico penal de la acción* ; Ed. Ad-Hoc; 1996.
- JAKOBS, Günther; *Sobre el estado de la teoría del delito; dirigido por Silvia Sánchez*; Ed. Civitas; 2000.
- JAKOBS, Günther; *Sociudad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*; Ed. Civitas; 1996.
- JAUCHEN, Eduerdo; *Estudios sobre el Derecho Penal*; Ediciones Jurídicas Panamericanas; 1994.
- KANT, Immanuel; *Crítica de la razón pura*; Chile; Ed. Ercilla; 1988.
- KUHN, T.; *La estructura de las revoluciones científicas*; Méjico; Ed. Fondo de cultura económica; 1993.
- LAJE ANAYA y GAVIER; *Notas al Código Penal*; Córdoba; Lerner; 1995.
- LASCANO, Carlos (h), y otros; *Lecciones de Derecho Penal*; Tomo I y II, Córdoba; Ed. Advocatus; 2000.
- LASCANO, Carlos (h) , *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002.
- LEVENE, Ricardo (h); *Derecho Penal. Parte Especial*; Bs.As.; Zavalia; 1978.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA; *Instituciones de Derecho Procesal Penal*; Mendoza; Ediciones Jurídicas de Cuyo; 2001.
- LUHMMAN, Niklas; *Ilustración sociológica*; Buenos Aires; Ed. Sur; 1973.
- MANIGOT, M.; *Código Penal Anotado*; Bs.As.; Abeledo Perrot; 1978.
- MARTINEZ PAZ, Fernando; “Introducción al derecho”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994.
- MARTÍNEZ PAZ, Fernando y CARRERA, Daniel; *El mundo jurídico multidimensional*; Córdoba; Advocatus; 1996.
- MAURACH-GÖSSEL-ZIPF; *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II; Ed. Astrea; 1994.
- MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*; Barcelons; Ed. PPU; 1990.
- MOLINARIO, Alfredo; *Los delitos*; Tomo II; TEA; Bs. As.; 1996
- NÚÑEZ, Ricardo; *Manual de derecho penal*; Córdoba; Lerner; 1999



- NÚÑEZ, Ricardo; *Tratado de Derecho Penal*; Córdoba; Lerner; 1976.
- NEUMAN, Elías; *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*; Buenos Aires; Ed. Universidad; 1995.
- ODERIGO, M.; *Código Penal Comentado*; Bs.As.; Depalma; 1962.
- OLIVERA AGUIRRE, Ricardo; *Derecho y Proceso*; San Luis; ed. Universidad Católica de Cuyo; 1996.
- PARMA, Carlos; *El pensamiento de Günther Jakobs*; Ediciones Jurídicas Cuyo; Mendoza; 2001.
- PARMA, Carlos; *Culpabilidad – lineamientos para su estudio-*; Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- PARMA, Carlos; *La Tentativa*; Ediciones Jurídica Cuyo; Mendoza; 1996.
- PARMA, Carlos; “Código Penal Comentado”, Tomo II, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2005.
- PARMA, Carlos; “Derecho Penal Posmoderno”, Lima, Perú, ARA Editores, 2005.
- PARMA, Carlos; “Derecho penal convexo”, Ediciones El Original, La Paz, Bolivia, 2008.
- PARMA, Carlos; “Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- PEREZ BARBERA, Gabriel; “Casación penal y posibilidad de control”, en “Pensamiento penal y criminológico”, nro. 11, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2007.
- POPPER, Karl; *La sociedad abierta y sus enemigos*; Bs. As., Piados; 1967.
- RAMELLA, Pablo y LLOVERÁS, Antonio; *Introducción al derecho*; Universidad Católica de Cuyo; 1980.
- RAWLS, J.; *La Teoría de la Justicia*; Fondo de Cultura Económica, México, 1997
- RIVERA, J.; *Instituciones del Derecho Civil*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1993.
- ROMBOLA, REBORAIS; *Código Penal Comentado*; Bs.As.; ed. Ruiz Diaz; 2000.
- ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; España; Civitas; 1997.
- ROXIN, Claus; *Derecho Procesal Penal*; Bs.As.; del Puerto; 2000.
- ROXIN, Claus; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*; B. As., Hammurabi; 2000.
- ROXIN, Claus; *Problemas básicos del Derecho penal*; España; Ed. Reus; 1976.
- SCHILARDI, María del Carmen; *Ciencia y Derecho*; Mendoza; Ed. EDIUNC; 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd; *El sistema moderno del Derecho penal*; Tecnos 1991.
- SILVA SANCHEZ, Jesús M.; *Aproximación al derecho penal contemporáneo*; Ed. Bosch 1992.
- SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Bs.As.; TEA; 1978.
- STANISLAWSKI. Estanislao; *El médico frente al sida; Méjico*; Ed. Consejo nacional de prevención y control del Sida (CONASIDA); 1989.
- TALE, Camilo; *Lecciones de filosofía del derecho*; Córdoba; Ediciones Alveroni; 1995.
- VALDOVINOS; *Código Penal Comentado*; Bs.As.; Abaco; 1979.
- VELEZ MARICONDE, A.; *Derecho Procesal Penal*; Córdoba; Lerner; 1968.
- WOJTYLA, Karol; *Acción y Persona*; Madrid; Ed. BAC; 1982.
- YACOBUCCI, Guillermo; *La deslegitimación de la potestad penal*; Ed. Ábaco; 2000.
- YACOBUCCI; *La deslegitimación de la potestad penal*; Abaco; 2000.



ZAFFARONI, Raúl Eugenio; *Tratado de derecho Penal*; Tomo VI; Buenos Aires; Ed. EDIAR; 1983.

ZAFFARONI, Raúl; *Manual de Derecho Penal*; Bs.As.; Ediar; 1991.

ZAFFARONI, Raúl; *Política Criminal Latinoamericana*; Hammurabi; 1982.

ZAGREBELSKY, Gustavo; “El derecho dúctil”; Ed. Trotta; 1999.

BIBLIOGRAFIA ESPECIAL

ALFIAGUAL, Alfredo; *Delito de violación*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1998.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; *Delito de espionaje telefónico, grabaciones ilegales y otros*; Caracas; Ed. Vadell Hermanos, 1992

BAJO FERNANDEZ; *El Secreto Profesional*; España; Anuario; 1980.

BAQUERO LAZCANO, H.; “La enseñanza del derecho penal según el modelo multidimensional”; *Seminario Jurídico*; Tomo 78; 1998- A; Córdoba; 1998.

BARREIRO, Alberto Jorge; “El delito de revelación de secretos”; *La ley española*; Tomo 3; 1996; pag 172.

BAYARDO BENGEOA, Fernando; *La tutela penal del secreto*; FDCS; 1961

BERGSTEN, Schutz; *El delito de violación de secreto bancario*; FCU; 1987

BERTONI, Eduardo; “La tensión entre la libertad de expresión y el derecho penal”; *L.L.*; Tomo 2001-E; Buenos Aires; 2001; pág. 451

BLASCO, Francisco; “Vulneración al derecho de las comunicaciones telefónicas por la supuesta invalidez e ilicitud de la intervención telefónica y por falta de motivación”; *Revista general de Derecho*; Valencia; Lex; 1996

BREGLIA ARIAS, Omar; “Algunas cuestiones particulares en el Código Penal argentino”; *J.A.*; N° 101 – fas. N°7; Bs. As.; 2002

BUONPADRE, Jorge; “Delitos contra la integridad sexual”; Corrientes; Mave; 1999; Pág. 237

CALCEDO ORDOÑEZ, Alfredo; *Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica*; Médica panamericana; 2000

CARRASCO ANDRINO, María del Mar; *La protección penal del secreto de la empresa*, Barcelona; CEDECS; 1998

CASTEX, VERME; *El secreto médico en la peritación*; Cuadernos de la Academia de Ciencias de Buenos Aires; 1998.

CATTUCCI, Silvina; *Secreto de las fuentes periodísticas*; Bs.As.; EDIAR; 1997

CHIOSSONE, Tulio; *Secreto Médico*; Universidad central de Venezuela; 1974

CHUVENIN, Dominique; *Le secret medical et l'information du modole*; Francia; Presses Universitaires de Lyon; 1982

COROLEU I BORRAS, Wifred y SOFORCADA, M.; *El secreto médico*; Barcelona; 1922

CREUS, Carlos; *Violación de secretos*; Bs. As.; ASTREA; 1993



CZARNY, Natalio; “Ciberspacio y Derecho (Desafíos que el comercio electrónico plantea al derecho comercial tradicional. Los contratos temáticos)”; *E.D.*; Tomo 173; 1997; pág. 898

DE LUCA, Javier; *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*; ed. Ad Hoc; 1999

DESIMIONI, Luis María; *Secreto profesional o sigilo sacramental en La evidencia en materia criminal*; ABACO; 1998.

EDWARDS, Carlos; “El médico que omite denunciar ¿comete el delito de encubrimiento?”; *L.L.*, 2009, D – 1.

EDWARDS, Carlos; “El deber de confidencialidad del médico y la nueva postura de la Corte Nacional”, *La Ley, Suplemento Extraordinario Penal y Procesal Penal, 75 aniversario*, Setiembre 2010.

FARINELLA, Favio; “Privacidad en Internet” ; *L.L.*; N° 37; *Bs. As.*; 2002

FARINELLA, Favio; “Una necesidad del presente: las operaciones bancarias en internet”; *E.D.*; Rev n° 182; 1999

FERNANDEZ DELPECH, Horacio; *Protección jurídica del software*; Abeledo-Perrot; Bs.As.; 2000.

FIRRO, Guillermo; “Un nuevo desafío: el delito a través de Internet”; *L.L.*; Tomo F; 1997; pág. 710

FRÍAS, Pedro; “Comunicaciones y Privacidad”; *Rev. Entre Abogados*; N° 2; San Juan; 1999.

GALINDEZ, Maricel; “Acceso ilegítimo a sistemas informáticos. La informática y el derecho a la intimidad. Necesidad de una reforma”; *E.D.*; Tomo 184; 1999

GALLINO YANZÍ, Carlos; *La antijuridicidad y el secreto profesional*; Buenos Aires; Víctor P. Zavallia; 1972

GHERSI, Carlos; *Derecho de daños. Economía, mercado, derechos personalísimos.*; Abeledo Perrot; Bs As.; 1999; Pág. 476

GHERSI, Carlos; *Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación, Tomo II*; Hammurabi; Bs. As; 2000; Pág. 488

GODOY, García Ernesto; *Código de derecho médico (incluye capítulo de secreto médico)*; Argentina, 1999

GONZÁLEZ GAITANO, Norberto; *El deber de respeto a la intimidad*; ed. Eunsa; España.

HERNANDEZ, Carolina; *Aborto consentido en Acción y prescripción en el Der. Penal*; Rosario Juris; 1995; Pág 69

HERNÁNDEZ, Héctor; *Abortismo pretoriano*; *E.D.*; 2000.

HERNÁNDEZ, Héctor; *Discurso Penal, Garantismo y Solidarismo*; *E.D.*; tomo 168; 1996.

HERNÁNDEZ, Héctor; *Superación de Natividad Frías. Luces y Sombras de un discutido fallo.*; *ED*; N° 9977; 2000.

HIGTON, Ekna; *La responsabilidad – homenaje al profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg. Responsabilidad por violación de secretos*; Bs. As.; Abeledo Perrot; 1995; 347-351

ISLAS MAGALLANES, Olga; *Delito de revelación de secretos*; México S.E.; 1962

LARGUIER, Anne-Marie; *certificat médecauz et proffessionel*; París; Libraire Dalloz; 1963



LITWAK, Martín y ORAZI, Maximiliano; *La reparación de los daños a la personalidad producidos mediante la utilización de páginas WEB*; en GHERSI, Carlos; Derecho de daños. Economía, mercado. Derechos personalísimos; Bs.As.; Abeledo Perrot; 1999.

LITWAK, Martín; *Las redes informáticas y el agravamiento de la problemática en torno al mailing y a las bases de datos*; en GHERSI, Carlos; Derecho de daños. Economía, mercado. Derechos personalísimos; Bs.As.; Abeledo Perrot; 1999

LÓPEZ BOLADO; *Los médicos y el código penal*; Perú; ed. Universidad; 1994.

LUJAN PEÑA, Diego; *Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español*; Estudios penales- PPU; 1991; Pág. 457

MARTINEZ COBO, José; *El secreto médico en el campo penal*; Madrid; 1951

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel; “La protección penal del secreto médico en el derecho español”; *Actualidad penal* N° 10; 1996

MARZOA, MIRAAS, RODRIGUEZ OCAÑA; *Comentario exegético al código de derecho canónico*; Comentario F. Loza; ed. Eunsa; 1997.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario; “El secreto en el derecho penal colombiano”, Editorial Leyer, Bogotá, 1998.

MONTAÑES DEL OLMO, Enrique; *El secreto profesional médico*; Madrid; Antibióticos; 1972

MORAS MON y DAMIANOVICH; *Delitos contra la libertad*; Bs. As.; Ediar; 1972.

MORENO CATENA, Víctor M.; *El secreto en la prueba de testigo*; Madrid; Montecorvo; 1980

MOSQUERA, Gerardo Raúl; “SIDA, ¿Presentación de la confidencialidad o deber de divulgación?; *L.L. 1992-E*; 1992

MUÑOZ CONDE, Francisco; *Violación de secreto y uso indebido de información privilegiada*; España; Instituto Andaluz de administración pública; 1998.

NIÑO, LUIS; “El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble”, en “Garantías constitucionales en la investigación penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, ps. 3/16

NUÑEZ, Ricardo; “Violación de secreto profesional y denuncia del aborto”; *L.L 1980 Tomo D*; pág 473

OTERO GONZALEZ, María del Pilar; *Justicia y secreto profesional*; Madrid; Centro de estudios Ramón Arecer; Universidad Carlos III; 2001

OTERO GONZALEZ; *La revelación del secreto de estado en los procedimientos penales (violación de secreto por funcionario)*; Valencia; Tirant lo Blanch; 2000

PADILLA, Roberto E.; “Mediación en Internet: las nuevas ventajas y oportunidades que brinda la autopista informática; *L.L*; Tomo A 1997; pág. 729

PALAZZI, Pablo A.; “La informática jurídica y las autopistas de la información”; *J.A*; Tomo II, 1997; pág. 170

PARERAS, Luis; *Internet y derecho*; Masson; España; 1997

PEREZ VENEGAS, Francisco; “Secreto médico profesional y situaciones en conflicto”; *Revista general de derecho*; N°53 629/629; pág. 147-158



REAL ACADEMIA DE MEDICINA Y CIRUGIA DE BARCELONA; *El secreto médico en orden a la sífilis*; Imprenta Federico Sánchez; 1992

REINALDI, Victor; “Responsabilidad de los Médicos por Transfusiones e Intervenciones Quirúrgicas no Consentidas”; *Rev. De la facultad de Derecho* (U.N. Córdoba); nro. 2; Córdoba; 1994.

RELDA, Oskar; “Secreto, aborto y exclusión de la regla de exclusión” ; *L.L.*; Tomo B; 1994; Pág. 553

RIGO VALLABONA, José; *Univ. Barc. Facultad de derecho*; 1962

ROMERO COLOMA, Aurelia; *Derecho a la información y libertad de expresión*; España; Bosch; 1984; Pág. 45

ROMERO COLOMA, BOSCH; *Derecho a la información y libertad de expresión*; España; 1984.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *El secreto profesional de los médicos, en El aborto , problemas constitucionales*, Madrid, CEC, 1990

SAGÜES, Néstor Pedro; “¿Derecho constitucional a no curarse?”; *La Ley. Suplemento universitario. Casos Portillo- Bahamondez*; Bs. As.; 2001.; pag. 19.

SAMPAY, A.; *La filosofía Jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*; Omega; 1965.

SÁNCHEZ CARAZO, Carmen; *La intimidación y el secreto médico*; Madrid; Díaz Santos; 2000

SANCHEZ CARAZO, Carmen; *Protección de casos de carácter personal relativos a la salud*; Madrid; Agencia de protección de datos; 1999

SANCHEZ FREYTES, Alejandro; “Violación de secreto particular”; *Revista del colegio de abogados de Córdoba*; N° 17/18; Córdoba; Col. De abogados de Cba.; 1983; pag. 75

SANCHEZ MELGAR, Julián; “El delito de descubrimiento de secretos”; *Revista actualidad jurídica*; Tomo 462; Aranzandi; 2000; Pág. 1

SANCHEZ, Silvia; *Perspectivas sobre la política criminal moderna*; 1998.

SEGAL, María; *El aborto: ¿Facultad de denunciar o violación de secreto profesional?*; Pág 203

SODERO, E.; Aborto, Secreto y Argumentación Jurídica; *E.D.*, tomo 179.

SOLSONA, Enrique; *Violación de secretos en Delitos contra la libertad*; Bs.As.; Universidad; 1987; Pág 97

SUCAR, Germán y RODRIGUEZ, Jorge; Violación de secretos y obligación de denunciar: un dilema ficticio”; *Cuadernos de doctrina y Jurisprudencia Penal*; Tomo 8-B; Ad Hoc; Bs.As., 1998

TARDITTI, Aida; “Violación de secretos y sus efectos en un proceso por infanticidio (nota a fallo)” ; *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias penales*; Rev N° 35; Depalma, 1986

TERRAGNI, Marcos Antonio; *Derecho Penal*; Univ. Nacional del Litoral; Fac. Cs. Sociales; 1994

TOZZINI, Carlos A.; “La violación del secreto profesional del médico en el aborto”; *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*; N°17; Depalma; 1982

¿? VAZQUEZ ROSSI, Jorge; Un nuevo paso atrás en la larga marcha hacia el debido proceso; *L.L.(juris. Penal)*; 1998.

VERWAEST, Paul; *etude Médico-legale sur le secret*, París; A.Garal et E. Briere; 1892.



BIBLIOGRAFIA DE SITIOS WEB

BARTOLOMÉ, Alberto; “el juramento hipocrático explicado sin necesidad de palabras”; *Diario médico*. Obtenido de internet el 30 de noviembre de 2001: <http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,81914,00.html>

DIARIO MEDICO. Sección de normativa; “¿Falta cultura de la confidencialidad entre los médicos?; *Diario Médico*. Obtenido de internet: <http://www.diariomedico.com/normativa/informes/secretomedico.html>

DIARIO MEDICO. Sección de normativa; “El secreto profesional del médico ante el requerimiento judicial” *Diario Médico*. Obtenido de internet: <http://www.diariomedico.com/asesor/mercantil/n090697.html>

ESCUDERO, Javier; “Es necesaria una regulación urgente del secreto profesional”; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 11 de abril de 1997: <http://www.diariomedico.com/normativa/norm110497combis.html>

ESTEBAN, Marta; “El supremo condena a un médico por violar el secreto profesional”; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 25 de abril de 2001:

GIL, Carlos “El secreto prima sobre la intención homicida del enfermo psiquiátrico”; *Diario Médico*.; Obtenido de internet el día 23 de julio de 1999

HEITZMANN, Teresa; "Los médicos violan el secreto de modo ocasional por inconsciencia" comentado por Carlos Gil; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 24 de diciembre de 1999: <http://www.diariomedico.com/normativa/norm241299com.html>

<http://www.diariomedico.com/normativa/norm230799com.html>

<http://www.diariomedico.com/normativa/norm250401comcuatro.html>

MOREN, Patricia; “El secreto profesional se puede romper por un delito importante”; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 23 de octubre de 2001: <http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,68059,00.html>

PELAYO, Santiago; “Médico, Código Penal y revelación de datos”. *Diario Médico*. Obtenido de internet el 7 de julio de 1999: <http://www.diariomedico.com/normativa/norm070799combis.html>

PEREZ GALLEGU, Roberto; “El secreto médico es un deber jurídico y no un privilegio”. Comentado por Carlos Méndez Zamora. *Diario Médico*. Obtenido de internet el día 12 de marzo de 2002: <http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,119029,00.html>

REVUELTA, Pablo; “Condena por violar el secreto, pese a existir riesgo para terceros”; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 14 de enero de 2000: <http://www.diariomedico.com/normativa/norm140100com.html>

SANCHEZ CARAZO, Carmen; “Aspectos éticos y legales de la intimidad y el secreto médico” comentado por M. Esteban; *Diario Médico*. Obtenido de internet el 23 de noviembre de 2000; <http://www.diariomedico.com/normativa/norm231100comtris.html>



TEJERINA, Marina; “Los datos clínicos, el secreto mejor guardado de internet; *Diario Médico*.
Obtenido de internet: <http://www.diariomedico.com/grandeshist/internetysalud/uno.html>

VERDÚ, Fernando; “El secreto profesional del médico una carencia constitucional” *Diario Médico*.
Obtenido de internet el 8 de noviembre de 2001: <http://www.diariomedico.com/edicion/noticia/0,2458,74008,00.html>