

# **Deber de denunciar del médico o resguardo del secreto profesional: una controversia perdurable a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

GERARD GRAMÁTICA BOSCH<sup>1</sup>

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Plenario «Natividad Frías» (C.N. Crim. Corr.). 3. Fallo «Zambrana Daza» (C.S.J.N.). 4. Fallo Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (C.S.J.S.F.). 5. Fallo «Baldivieso» (C.S.J.N.). 6. Consideraciones personales. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

## **1. Introducción.**

En el presente trabajo pretendemos realizar un análisis comparativo y crítico sobre la evolución jurisprudencial, principalmente, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante C.S.J.N.) sobre lo que ha sido catalogado como «el tema [que] ha concitado el interés y tratamiento, desde hace décadas, por parte de la doctrina especializada y por la jurisprudencia del fuero penal».<sup>2</sup> Tema en el cual confluyen distintos intereses en pugna, por ejemplo, el derecho a la vida, las garantías constitucionales de: la intimidad, la igualdad, la prohibición de declarar en contra de uno mismo, el delito de violación de secreto profesional, el delito de encubrimiento, la obligación de los profesionales (médicos) y funcionarios públicos de denunciar los delitos perseguibles de oficio, el deber del Estado de perseguir y sancionar la comisión de delitos.

En concreto, procuraremos estudiar cuáles son las consecuencias jurídicas de la denuncia formulada por un profesional de la salud que, con motivo de brindar atención médica, tomó conocimiento de la posible existencia de un injusto penal, específicamente, la supuesta comisión de un delito de aborto o tráfico de estupefacientes. Asimismo, buscaremos investigar y poner de manifiesto a modo de conclusión cuáles serían, en la actualidad y según el fallo más reciente de la C.S.J.N., los parámetros específicos que deberían tener en cuenta los distintos operadores jurídicos a la hora de resolver casos de similares características a los propuestos.

Para realizar dicho trabajo se examinarán los siguientes fallos: **a)** Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional (en adelante C.N. Crim. Corr.), en pleno, 26/08/1966, «Plenario

---

<sup>1</sup> Dirección de correo electrónico: gerardgramatica@estudio-gramatica.com.ar. Quiero aprovechar la oportunidad de agradecerle al DR. HORACIO CARRANZA el tiempo invertido en la lectura de este trabajo y los sublimes consejos brindados.

<sup>2</sup> Voto en disidencia de los Drs. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert, en los autos “Recurso de hecho deducido por Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo Z. 17. XXXI, 12/08/1997. SOLER consideraba que pocos «temas son objeto de interpretación tan vaga y contradictoria entre nosotros como el que se refiere a la violación de secreto profesional» SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1983, T. IV, p. 117.

Natividad Frías» (por mayoría); **b)** C.S.J.N., Fallo Z. 17. XXXI, 12/08/1997, «Recurso de hecho deducido por Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737»; **c)** Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (en adelante C.S.J.S.F.), 12/08/1998, «Insaurrealde, Mirta –Aborto Provocado- sobre Recurso de Inconstitucionalidad»; **d)** C.S.J.N., Fallo B. 436. XL, 20/4/2010, «Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° □4733».

## **2. Plenario «Natividad Frías» (C.N. Crim. Corr.).**

No sería posible iniciar un estudio serio de la problemática planteada sin antes remitirnos a uno de los fallos que, originariamente, sentaron una postura consolidada sobre esta cuestión. Estamos hablando del fallo emitido por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, en pleno, 26/08/1966, “Plenario Natividad Frías”.<sup>3</sup>

En este plenario, se trató la situación de una madre que, como consecuencia de haber realizado maniobras abortivas sobre su propio cuerpo o haber consentido que un tercero la realizara y ante la gravedad de su estado de salud, decidió asistir a un Hospital Público y recibir atención médica. El médico tratante informó dicha situación a la policía y, a partir de allí, se le inició a la paciente un sumario penal por la supuesta comisión del delito de aborto (art. 88 Código Penal –en adelante C.P.).

Ante esta situación tan delicada, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional se planteó el siguiente interrogante: «Si puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la

---

<sup>3</sup> Es importante destacar que dicho pronunciamiento fue votado por *10 jueces a favor* (Drs. Lejarza, Pena, Rassó, Negri, Amallo, Vera Ocampo, Romero Victorica -voto afirmativo al inicio del sumario pero no al procesamiento de la mujer que requirió asistencia médica-, Frías Caballero, Pabelo y Quiroga) y *7 en disidencia* (Drs. Millán, Munilla Lacasa, Fernández Alonso, Prats Cardona, Black, Ure y Argibay Molina). Ya, desde antaño, la situación generaba importantes opiniones a favor y en contra; permitía vislumbrar la complejidad del asunto a resolver y, fundamentalmente, la disparidad de criterios a la hora de tomar una decisión definitiva sobre el mismo. Un ferviente defensor de la postura sostenida por la mayoría fue SOLER: «*No existe deber de denunciar, en consecuencia, y sí deber de guardar secreto, cuando la denuncia expone al necesitado a proceso, porque su padecimiento es el resultado de la propia culpa criminal...Las razones para pronunciarse, aun en este caso, por la subsistencia del deber del secreto son las mismas razones de humanidad que fundamentan el secreto médico en general, de manera que nos inclinamos al silencio. En la hipótesis ordinaria de la atención prestada a la víctima, no hay obligación de denunciar cuando la víctima sea, al mismo tiempo, responsable, como en el duelo, en el aborto procurado...La obligación subsiste en todo caso en que el socorrido tenga exclusivamente el carácter de víctima*» SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1983, T. IV, ps. 132/133. En similar sentido NUÑEZ, al decir que «no queda sometido a ese deber si, al margen de la consulta profesional, un paciente suyo le revelare un delito o él dedujere su existencia de lo conversado» NUÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, actualizado por Requena, C., Córdoba, Lerner, 2007, p. 378. De acuerdo con la solución brindada en «Natividad Frías», p. ej.,: BREGLIA ARIAS, Omar; GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 6° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 2, p.47, nota 5 y p. 52. Dan prioridad al secreto profesional por encima del deber de denunciar: NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 1989, T.IV, p.131; MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, T. I, Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, ps. 224/225; CAFFERATA NORES, José; TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado*, Córdoba, Mediterránea, T. 2, 2003, ps. 31/32; NAVARRO, Guillermo; DARAY, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, T. 1, p. 483.

denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial». Se resolvió, *por mayoría*, 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». Es decir, el inicio de un sumario penal *sólo* sería válido en relación a los coautores, instigadores y partícipes del delito de aborto pero *no* en relación a la madre abortante que solicitó asistencia médica en aquellas condiciones.

Ahondando en el contenido de este precedente, se pueden extraer, en forma sintética, los siguientes argumentos dados por la mayoría: **a)** En relación al art. 156 CP la «justa causa» que justifica no cumplir con el resguardo del secreto profesional «es exclusivamente legal. Solamente una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto». El simple interés público no puede llegar a ser la causa justa referida por el precepto normativo. El interés público «no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel» (Dr. Lejarza). En similares términos, se expidieron los Drs. Frías Caballero, Panelo y Quiroga; **b)** Con respecto a la supuesta «colisión de deberes impuestos al profesional», como sostienen los magistrados votantes, «la culpable intervención que tuvo la autora o consentidora de aborto es noticia que el médico recibió en razón y ejercicio de su profesión, y como tal se encuentra bajo la tutela de la prohibición...» (Drs. Pena, Rassó y Negri); **c)** Se argumentó en base a la garantía constitucional prevista en el art. 18 Constitución Nacional (en adelante C.N.): «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo». Sostienen este argumento los Drs. Lejarza, Amallo, Romero Victorica, Frías Caballero, Panelo y Quiroga;<sup>4</sup> **d)** El ejercicio de un cargo oficial *no* releva de cumplir con el deber de guardar secreto (Dr. Lejarza);<sup>5</sup> **d)** Si la lesión por la cual se solicita atención médica es *autoprovocada*, aun cuando sea delictiva *como el aborto*, goza de la seguridad de que su

---

<sup>4</sup> Según el Dr. Lejarza: «una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito, delito éste conocido o por una confesión que le ha sido prácticamente arrancada, o por un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines, como no lo es tampoco el empleo de drogas, por ejemplo».

<sup>5</sup> En igual sentido, el Dr. Amallo consideró que se llegaría «al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional, según actuara en su consultorio particular o en la sala, gabinete o dispensario público. De hecho nos encontraríamos frente al irritante distingo entre el enfermo que cuenta con medios para su asistencia privada y el que, por no contar con ellos, necesita concurrir a un hospital oficial. Para unos no podría admitirse la denuncia, para los otros tal denuncia sería obligatoria y de esa manera el art. 16 CN sería letra muerta y la igualdad ante la ley un precepto caduco». Postura defendida por SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1983, T. IV, p. 134, quien dijo: «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 éste, de su carácter necesario, y esta condición la tiene tanto el socorro del médico particular como el del médico empleado, y aún es más frecuente que la intervención de los servicios públicos tenga lugar en situaciones extremas».

secreto no será hecho público; en cambio, no ocurre lo mismo cuando el atentado lo ha producido un *extraño*, desde que esa acción es extraña a la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por la ley. En estos casos el facultativo sólo debe denunciar el hecho delictuoso *ejecutado por terceros*, salvo en casos como los de los delitos contra la honestidad, en que la viabilidad de la acción depende de la instancia privada, para cubrir los riesgos del *strepitus fori* (Dr. Amallo); **e**) Con respecto a la posible colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional y la posible comisión del delito de encubrimiento por parte del médico, el Dr. Amallo manifestó: «tampoco encuentro colisión» en tanto que «aquellos profesionales no sólo no están obligados a denunciar los casos de aborto provocado por la propia paciente, sino que la denuncia invade la órbita de lo ilícito».

En *disidencia* se argumentó, entre otras cosas, que: **a**) Ninguna norma procesal puede prevalecer sobre las de carácter penal (Dr. Millán); **b**) La "vida" en gestación en el materno claustro es un bien jurídico superior a todo otro (Dr. Millán); **c**) Se consideró que: «es justa causa de revelación de un aborto cuando éste haya sido obtenido mediante maniobras que la ley represiva castiga» (Dr. Millán); **d**) Se descartó la posibilidad de argumentar un estado de necesidad de la madre abortante (Dr. Millán).<sup>6</sup> En sentido similar se expidió el Dr. Fernández Alonso;<sup>7</sup> **e**) El delito de aborto es de acción pública mientras que el injusto de violación del secreto profesional es de acción privada (Dr. Millán). Parecen sostener el mismo argumento los Drs. Ure y Argibay Molina; **f**) El Dr. Munilla Lacasa consideró que normalmente «la denuncia es facultativa, pero resulta obligatoria en el caso que nos ocupa; doblemente obligatoria si además de funcionario es médico...»; **g**) Para el Dr. Fernández Alonso la «cuestión planteada es de naturaleza pura y exclusivamente procesal»; **h**) En los casos de aborto provocado o consentido por la madre, ésta no asume la calidad de víctima, sino la criatura por nacer, que no era persona futura y sí una realidad viviente (Dr. Prats Cardona); **i**) 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. Y la culpabilidad es un peso que cada cual debe cargar personalmente, tarde o temprano» (Dr. Prats Cardona).

### **3. Fallo «Zambrana Daza» (C.S.J.N.).<sup>8</sup>**

La C.S.J.N., mediante la interposición de un recurso de queja, trató el supuesto en el cual una persona (Zambrana Daza) había ingerido varias bombitas de látex que contenían

---

<sup>6</sup> El «estado de necesidad juega únicamente en los supuestos en que el causante del mal haya sido extraño al mismo y la mujer que causa su aborto o consiente en el que le provoca otro no es extraña al resultado expulsión o muerte violenta del feto» (Dr. Millán).

<sup>7</sup> Dijo el Dr. Fernández Alonso que: «Igual dilema se le presentó a la mujer entre la vida de su hijo y el ocultamiento de su gravidez, y prefirió sacrificar el feto; después debió elegir entre la vida propia y el proceso y optó por éste. Creo que en la escala de valores eligió mal la primera vez y bien la segunda».

<sup>8</sup> C.S.J.N., Fallo Z. 17. XXXI, 12/08/1997, «Recurso de hecho deducido por Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737».

clorhidrato de cocaína que habían explotado en su interior y ante la posibilidad concreta de perder su vida decidió asistir a un Hospital Público a los fines de recibir tratamiento médico. La doctora que la atendió comunicó a la policía lo sucedido y le hizo entrega del material expulsado voluntariamente por la paciente. En consecuencia, se le inició un sumario penal por la supuesta comisión del delito de transporte de estupefacientes. El tribunal *a quo* había ordenado la nulidad absoluta de todo lo actuado. La C.S.J.N., por *mayoría*,<sup>9</sup> resolvió, alejándose de la doctrina emanada del precedente Natividad Frías, revocar la sentencia apelada y remitir el expediente al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Los argumentos más importantes utilizados por la C.S.J.N. serían los siguientes:<sup>10</sup> **a)** Rechaza, en contraposición al plenario Natividad Frías, que la garantía constitucional (prohibición de declarar contra sí mismo) sea aplicable al caso en concreto.<sup>11</sup> **b)** No existió engaño ni coacción (medios compulsivos) por parte de los funcionarios intervinientes. La expulsión del material secuestrado se realizó en forma voluntaria;<sup>12</sup> **c)** *No existió una intromisión del Estado en el ámbito de privacidad de la acusada.* El Dr. Boggiano, más concretamente, afirmó que el tratamiento médico «en modo alguno resultó lesivo de la intimidad, pues tuvo el propósito de conjurar el peligro que se cernía sobre su salud»; **d)** El «riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando, en casos como el de autos, las evidencias son de índole material»; **e)** La nulidad decretada afectó los compromisos asumidos por la Nación al suscribir diversos tratados internacionales, entre ellos la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; **f)** Al «tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario en todos los casos...», ello en franca contraposición al plenario «Natividad Frías»; **g)** La nulidad de todo lo actuado decretado por el *a quo* resulta

<sup>9</sup> Los Drs. Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert votaron en disidencia. No admitieron el recurso de queja interpuesto por considerar que la «cuestión se reduce a la exégesis de normas de derecho común y procesal, que por su naturaleza, resulta absolutamente ajena a la instancia prevista en el art. 14 de la ley 48 y no es posible calificar de irrazonable la solución a la que arribó el *a quo*, aun a la luz de la doctrina jurisprudencial de arbitrariedad de sentencias».

<sup>10</sup> Voto de los Drs. Nazareno, Moline O' Connor, Lopez y Vazquez. El Dr. Boggiano (según su voto). Según este último, no es posible afirmar, en esta hipótesis, que existe estado de necesidad. Asimismo, afirmó que la solución del caso no exige el examen de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. En relación al secreto profesional estimó que «el deber de denunciar - explícitamente impuesto por la ley- torna lícita la revelación».

<sup>11</sup> En particular, se dijo que: «resulta inadmisibles interpretar la mencionada garantía de modo que conduzca inevitablemente a calificar de ilegítimas las pruebas incriminatorias obtenidas del organismo del imputado en todos los casos en que el individuo que delinque requiera asistencia médica en un hospital público. La debida tutela de la mencionada garantía constitucional, en necesaria relación con el debido proceso legal requiere un examen exhaustivo de las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad del imputado».

<sup>12</sup> «La posición contraria llevaría al absurdo de sostener que los funcionarios públicos se hallarían impedidos de investigar las pistas que pudieran surgir del secuestro de efectos obtenidos a raíz de la concurrencia a un hospital público por parte del individuo que ha delinquido».

más grave porque «en el caso se ha venido a tornar prácticamente imposible la persecución penal de graves delitos de acción pública en cuya represión también debe manifestarse la preocupación del Estado como forma de mantener el delicado equilibrio entre los intereses en juego en todo proceso penal». En similar sentido, el voto del Dr. Boggiano.

#### **4. Fallo Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (C.S.J.S.F.).<sup>13</sup>**

Si bien el precedente «Zambrana Daza» de la C.S.J.N. ya se distanciaba de la jurisprudencia sentada por el fallo «Natividad Frías», es a partir del pronunciamiento por *unanimidad* de la C.S.J.S.F., entre otros, en donde se produce, probablemente, un quiebre definitivo en la postura defendida por la mayoría de los magistrados de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional -año 1966-.

Aquí, se estudió la situación de la autoridad prevencional que inició actuaciones sumariales en virtud de una comunicación efectuada por la doctora Cabral, médico residente del Hospital Centenario de la ciudad de Rosario, quien informó a las autoridades competentes el ingreso a esa institución de la Sra. Insaurrealde, con un cuadro de aborto provocado. El tribunal *a quo* había resuelto la nulidad absoluta de todas las actuaciones.

Los principales argumentos esgrimidos por el tribunal fueron, en síntesis, los siguientes: **a)** Una remisión a las consideraciones efectuadas por la C.S.J.N. en el fallo «Zambrana Daza»; **b)** La omisión de analizar la normativa constitucional y *supra* constitucional por la cual se considera que el derecho a la vida es el más fundamental de todos. Que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se consagró con la máxima jerarquía normativa la tutela de la persona por nacer, en concordancia con el art. 75 inc. 23 C.N. (Dr. Vigo). En similar sentido, el Dr. Ulla; **b)** En cuanto al tipo penal de la violación de secretos y en relación a la posibilidad de daño que se exige, la sujeción a un proceso y la eventual aplicación de una pena «no pueden servir para justificar un juicio de reprobación de la conducta del denunciante ni -por consiguiente-para fundar la anulación del procedimiento» (Dr. Vigo).<sup>14</sup> En lo concerniente a la justa causa, la misma existe cuando media una obligación de denunciar, extremo que se verifica ante la presencia de un delito de acción pública y resulta «particularmente ineludible en supuestos como el presente, donde el bien protegido por el Derecho es la vida misma de la persona por nacer» (Dr. Vigo);<sup>15</sup> **c)** «Es a todas luces injusto que alguien pretenda ampararse en el deber de secreto profesional para de ese modo hacer cómplice al profesional de un comportamiento cuyo objeto es privarle la vida a un inocente» (Dr. Vigo); **d)** Los valores en conflicto, en el caso en concreto, serían según las

---

<sup>13</sup> Autos «Insaurrealde, Mirta –Aborto Provocado- sobre Recurso de Inconstitucionalidad», de fecha 12/08/1998.

<sup>14</sup> Para el Dr. Falistocco «en realidad ya mediaba otro daño, cual fue el soportado por la verdadera víctima que no contaba con medios para defenderse».

<sup>15</sup> También consideraron la existencia de justa causa los Drs. Falistocco y Álvarez;

distintas posturas consignadas en el fallo: 1. Para el Dr. Vigo, el deber de denunciar los delitos, el deber del Estado de garantizar una aplicación efectiva de la ley penal, el derecho de la imputada al secreto profesional y el derecho a la vida del *nasciturus*; 2. De acuerdo al Dr. Irribarren, el derecho a la vida del *nasciturus* en contraposición con el derecho a la salud de la madre;<sup>16</sup> 3. Según el Dr. Falistocco, podría plantearse la cuestión, por un lado, entre el derecho a la vida del feto en confrontación con el derecho a la salud de la madre; y por el otro, entre la administración de justicia en pugna con la aceptación de medios ilícitos que puedan dar origen al proceso; e) El delito de encubrimiento es sancionado con una pena más severa que la violación del secreto profesional y, éste último, es un delito de acción privada, mientras que aquél es de acción pública ejercitable de oficio (Dr. Vigo); f) El obstáculo a la investigación y la posible impunidad que podría acarrear el hecho que un delincuente acuda al Hospital Público;<sup>17</sup> g) En la generalidad de los casos «la mujer no debe pasar detenida ni un día, y sólo será objeto -en su caso- de una condena en suspenso» (Dr. Vigo);<sup>18</sup> h) En relación al argumento de la desigualdad (médico privado o funcionario público) se consideró 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 como la adoptada por la Alzada» (Dr. Vigo);<sup>19</sup> i) El Dr. Álvarez, se pregunta: qué actitud debería asumir el médico profesional que, ante la presencia de un asaltante herido, se le manifiesta que lo fue en un robo o el caso del violador: «Denuncia la situación que se le presenta, o calla amparándose en el secreto profesional».<sup>20</sup>

##### **5. Fallo «Baldivieso» (C.S.J.N.).<sup>21</sup>**

En esta resolución, se analizó el escenario en el cual Baldivieso ingresó al Hospital San Bernardo, ubicado en la capital salteña, y tras diagnosticársele una obstrucción intestinal producida por la presencia de cápsulas (que más tarde se determinó contenían clorhidrato de cocaína) fue intervenido quirúrgicamente. En esa circunstancia se le extrajeron de su cuerpo

---

<sup>16</sup> En similar sentido, el Dr. Álvarez.

<sup>17</sup> Sostuvo el Dr. Vigo que «le basta al individuo que ha delinquido con concurrir a un hospital público, para impedir automáticamente al Estado proceder a la investigación y eventual castigo por hechos previstos en la ley penal como delitos de acción pública, todo lo cual se traduce en un menoscabo del bien jurídico amparado por el tipo penal de que se trate, y que, en el sub examine, es el de más relevante jerarquía: la propia vida humana... Es cierto que la imputada acudió al nosocomio público preocupada legítimamente por el restablecimiento de su salud, pero tal circunstancia no puede servir de excusa para desincriminarla o para conferirle un "bill de indemnidad"».

<sup>18</sup> En igual sentido, el Dr. Álvarez.

<sup>19</sup> Con una postura similar el Dr. Falistocco. El Dr. Álvarez manifestó: «se desprende que el deber de denunciar los delitos perseguibles de oficio les compete tanto a aquellos profesionales que prestan servicios en dependencias públicas, como aquellos cuyas tareas se desarrollan en institutos privados».

<sup>20</sup> Responde: «Estoy convencido que si sucediera esto último, se haría mucho más complicada la ya ardua tarea de persecución y represión del delito».

<sup>21</sup> C.S.J.N., por *unanimidad*, Fallo B. 436. XL, 20/4/2010, “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733”. Con posterioridad al fallo «Baldivieso» y en la misma línea, se expidió la CNFed. Crim. y Correc., sala I, 2010/04/27, Cocca, Sergio Eduardo.

trece envolturas y otras tantas expulsó naturalmente. Todas ellas fueron incautadas por personal policial al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso. Se llevó adelante un juicio penal en su contra y fue condenado por el delito de transporte de estupefacientes. Finalmente, la C.S.J.N. resolvió que correspondía ordenar la nulidad absoluta de todas las actuaciones y absolver a Baldivieso.

Los principales argumentos son, en suma, los siguientes: **a)** Ratificación de «la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario "Natividad Frías"»; **b)** 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». El «derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Deviene entonces necesario discernir si, en el caso, y según los parámetros contenidos en el precedente citado, debía preponderar el derecho a la intimidad o si existía un interés superior que lo limitara» (dictamen del Dr. Righi, Procurador General de la Nación –en adelante Dr. Righi-); **c)** «La decisión de la cuestión depende, a un nivel más profundo, de la contraposición de dos derechos. Por un lado, el derecho a la intimidad de la persona que busca el auxilio de un médico, y por otro lado el interés legítimo del Estado en la represión del delito» (Dr. Righi); **d)** «En la tipología de casos que se analiza aquí, sin embargo, no existe un peligro de ninguna especie, ni abstracto ni concreto, para terceros. En definitiva, el interés en la protección del secreto médico sólo entró en conflicto con el interés general en la investigación de delitos, pero no con un peligro real -ni siquiera potencial para terceros» (Dr. Righi);<sup>22</sup> **e)** La «disposición de la información sobre el propio estado de salud es una esfera de intimidad privilegiada, que origina un deber de confidencialidad superior... El interés en la persecución del delito tiene un peso menor que la protección de la confianza general de recurrir a la ayuda médica como promotor del sistema de salud pública» (Dr. Righi); **f)** En concreto y en el caso, se trata de la ponderación del derecho a la vida de una persona y el interés del Estado en la persecución de delitos (voto de los Drs. Lorenzetti, Highton de Nolasco –según su voto-, Fayt,<sup>23</sup> Petracchi –según su voto-, Maqueda y Zaffaroni); **g)** «Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada

---

<sup>22</sup> «El hecho delictivo del transporte terminó de manera fracasada: de la conducta en concreto del imputado, ya no se deriva ningún peligro, porque su acción fue interrumpida y la sustancia peligrosa salió del circuito de distribución y comercialización. Ello independientemente de cuáles sean los deberes restantes de los médicos respecto del material obtenido y las potestades del Estado para controlar la correcta disposición de la sustancia» (Dr. Righi).

<sup>23</sup> El Dr. Fayt modifica su criterio personal, sostenido en el pronunciamiento «Zambrana Daza». *Vid.* nota nº 9.

y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado. No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva» (voto de los Drs. Lorenzetti, Highton de Nolasco –según su voto-, Fayt, Petracchi –según su voto-, Maqueda y Zaffaroni); **h)** Es «difícil concebir un ámbito más “privado” que el propio cuerpo»<sup>24</sup> (Voto Dra. Argibay). «Una derivación necesaria del principio mencionado en el párrafo anterior es la afirmación de la prerrogativa que las personas tienen a realizar todas aquellas acciones orientadas al cuidado y preservación de la integridad y salud física. Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones. Cuando los cuidados del cuerpo son realizados por las personas con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir, al menos sin un fundamento razonable, que ha mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales. Es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente» (voto Dra. Argibay); **i)** El deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos (funcionarios públicos) es el mismo que tienen los médicos privados (voto Dra. Argibay); **j)** «Resta señalar que, además de no encontrarse obligados a dar noticia a la policía, los médicos que atendieron a Baldivieso tenían prohibido hacerlo, según la interpretación que se ha hecho anteriormente de las normas que reglamentan este aspecto de la vida privada (voto Dra. Argibay).<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> «Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada "en un sobre" (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional» (voto Dra. Argibay).

<sup>25</sup> «En efecto, está fuera de toda discusión que los facultativos tomaron conocimiento de la existencia de droga en el tracto digestivo de Baldivieso con motivo de prestarle atención médica (artículo 11 de la ley 17.132) y, por otro lado, ninguna alegación se ha hecho de que estuviesen presentes algunas de las circunstancias que relevasen

## 6. Consideraciones personales.

a. Una de las principales consideraciones a formular es la dificultad, por parte de los distintos tribunales penales, de brindar una solución homogénea, clara y concreta sobre un problema que se viene planteando hace décadas.

b. Aquella dificultad se podría deber a un análisis de la problemática desde distintos ángulos o perspectivas (*v. gr.*, ponderación entre el derecho a la vida del *naciturus*, el derecho a la intimidad del paciente, el deber del estado de perseguir los delitos, el derecho a la salud de la madre-paciente, según se ha podido comprobar en los distintos fallos reseñados).

En tal sentido, creemos que sería recomendable determinar si, en el supuesto del aborto provocado, se enfoca el problema a partir de la supuesta comisión del delito de aborto por parte de la madre (ponderación del interés vida de la persona por nacer y deber del Estado *vs.* derecho a la intimidad, salud y vida de la madre) o si, por el contrario, se circunscribe al instante en el que la madre asiste a un Hospital Público a los fines de recibir asistencia médica necesaria e imprescindible para su vida (ponderación entre el derecho a la intimidad, salud y vida de la madre *vs.* deber del Estado). En el caso del transporte de estupefacientes, sucedería algo similar, no obstante, *desaparecería una de las variables más controvertidas, vale decir, la vulneración previa del bien jurídico vida del naciturus*. Es decir, a la hora de seleccionar los intereses en pugna, deberíamos preguntarnos si: ¿se debería atender al bien jurídico penalmente protegido -salud pública- y al deber del Estado *vs.* el derecho a la intimidad, salud y vida del asistido o si, por el contrario, se dirige el estudio de la cuestión al momento en el que la persona asiste a un Hospital Público a los fines de recibir asistencia médica necesaria e imprescindible para su propia vida (ponderación del derecho a la intimidad, salud y vida del asistido *vs.* deber del Estado)?

La *selección* de los posibles intereses en conflicto y cuál de ellos, atendiendo a las circunstancias *in concreto*, sería el preponderante es la tarea más ardua e importante a realizar. Ello es así, ya que no es lo mismo resolver el posible conflicto que se pueda plantear, p. ej., entre el derecho a la vida del *naciturus* *vs.* el derecho a la intimidad; así como, tampoco es lo mismo ponderar el conflicto entre el derecho a la intimidad *vs.* el deber del Estado de prevenir, perseguir y castigar la comisión de delitos. Sólo desde el momento en que se adopte la misma perspectiva de *análisis y selección de intereses en pugna* se podría efectuar una correcta ponderación de aquellos a los fines de acoger la decisión más equitativa sobre el

---

a los médicos del secreto, esto es, que hubiesen actuado en el entendimiento de que se encontraban ante un delito contra la vida o la integridad física o que estuviesen ante la necesidad de evitar un mal mayor, establecidas respectivamente o en el artículo 177.2 del Código Procesal Penal de la Nación en el mismo artículo 11 de la ley 17.132» Dra. Argibay.

fondo de la cuestión. Así, se podría trabajar en una solución que, a lo largo del tiempo, pueda ser traspolable a un mismo universo de casos.<sup>26</sup>

c. No se comparten las palabras de la C.S.J.N. («Baldivieso») atinentes a la supuesta reafirmación del precedente «Natividad Frías». Es decir, en «Baldivieso» *sólo* se ratificó la *solución o consecuencia procesal* dada en aquél precedente (nulidad absoluta de todas las actuaciones y, en este caso particular, la absolución de Baldivieso) pero no los *argumentos* por los cuales se llegó a dicha solución. *En general*, el marco jurídico-constitucional en el que se subsumió el precedente «Natividad Frías», para arribar a la solución propuesta, fue la garantía constitucional de la *prohibición de declarar contra sí mismo*, mientras que en «Baldivieso» la C.S.J.N. lo fundamentó en relación a la vulneración de la garantía constitucional del *derecho a la intimidad*; el principio republicano de gobierno y la falta de peligro para terceros ni la existencia de un proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros.<sup>27</sup>

d. Se advierte una suerte de *cambio de criterio* en la resolución de la C.S.J.N. con respecto a la problemática planteada, concretamente, en los fallos «Zambrana Daza» y «Baldivieso». Esto es, en un primer momento, la C.S.J.N. («Zambrana Daza») expresamente sostuvo que no había una *intromisión del Estado en el ámbito de privacidad de la acusada*.<sup>28</sup> Más precisamente, el Dr. Boggiano expresó que el tratamiento médico «en modo alguno resultó lesivo de la intimidad» de la paciente. En un segundo momento, el mismo tribunal («Baldivieso»), si bien con una composición distinta y ante circunstancias fácticas muy parecidas, argumentó en torno a la supremacía y respeto de la garantía constitucional que protege el derecho a la *intimidad*.

e. Es importante destacar que el C.P.P de la Provincia de Córdoba regula de manera distinta la *obligación de denunciar* de los médicos en tanto dice: «Los médicos...que conozcan esos hechos [delitos perseguibles de oficio] al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional» art. 317 inc. 2º. Por su parte, el 177 inc. 2 C.P.P. de la Nación ordena que los médicos tendrán la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio «en cuanto a los

---

<sup>26</sup> Pareciera ser que la C.S.J.N. («Baldivieso») tomó como punto de análisis el momento a partir del cual el paciente solicitó asistencia médica y no antes, ya que los intereses ponderados fueron el derecho a la vida de una persona y el interés del Estado en la persecución de delitos. Trasladable esta circunstancia al supuesto del aborto previo, en la discusión no ingresaría la ponderación del derecho a la vida del *naciturus*. Por otra parte, y partiendo de aquél parámetro, se podría establecer que la colisión de intereses en la hipótesis del aborto podría ser, en igual modo, el derecho a la vida de una persona y el interés del Estado en la persecución de delitos.

<sup>27</sup> Sin ir más lejos, la C.S.J.N. ya se había expedido («Zambrana Daza») por la *negativa* en cuanto a la posible operatividad de la garantía constitucional de declarar en contra de uno mismo en este tipo de hipótesis. Criterio que fue ratificado en «Baldivieso».

<sup>28</sup> Voto de los Drs. Nazareno, Moline O' Connor, Lopez y Vazquez. Magistrados que no intervinieron en el fallo «Baldivieso».

delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos están bajo el amparo del secreto profesional». Vale decir, nuestra legislación procesal prevé una regulación más genérica (y quizás, también, más ambigua) de la obligación de denunciar por parte de los profesionales por cuanto, en contraposición al Código de la Nación, *no* se regula específicamente la denuncia de los hechos constitutivos de delitos contra la vida y la integridad física.

f. Si el médico (funcionario público) omite denunciar el hecho al que tuvo conocimiento en virtud de brindar atención médica, se plantea el siguiente interrogante: ¿deber responder como presunto autor del delito de encubrimiento (art. 277 inc. 1º, agravado por el inc. 3º d C.P.)<sup>29</sup> o sólo por la violación de deberes de funcionario público (art. 248 *in fine* C.P.)?<sup>30</sup>

Así las cosas, si la conducta del médico *privado* no encuadra en el tipo penal de encubrimiento, por cuanto no tiene la obligación de promover la persecución penal de un delito, no es funcionario público (no puede incurrir en el delito del art. 248 *in fine*) y nuestra legislación de fondo no prevé expresamente un deber genérico de denunciar (deber de solidaridad),<sup>31</sup> surge el siguiente cuestionamiento: ¿el médico privado incurre en algún delito si omite denunciar el hecho a la autoridad competente o, por el contrario, su conducta es atípica?

## 7. Conclusiones.

Según el más reciente fallo de la C.S.J.N. se concluyó que, ante el supuesto del paciente que asiste a una establecimiento médico como consecuencia de haber ingerido previamente una o varias bolsita de látex con clorhidrato de cocaína y una vez iniciado sumario penal debido a la noticia transmitida por el profesional de la salud, corresponde ordenar la *nulidad absoluta* de todas las actuaciones y, por ende, resguardar el secreto profesional. No queda claro si esta consecuencia procesal sería la misma para el supuesto de

---

<sup>29</sup> NAVARRO, Guillermo; DARAY, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3º ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, T. 1, p. 487, citan el fallo de la CNCP, Sala III, en el cual *sólo* estarían obligados a “promover” la acción penal los integrantes del ministerio público fiscal, preventores y jueces cuando lo prevean los códigos procesales locales. En esta línea, CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, 7º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 2, p. 376. Por su parte, la doctrina clásica, entre ellos, SOLER y NUÑEZ opinan que los médicos sí podrían incurrir en este delito (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1983, T.V, p. 262; NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 1992, T.V, p.187. Más actual, BREGLIA ARIAS, Omar; GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 6º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 2, p. 860, citando jurisprudencia en esta dirección – *vid.* notas 46/48-.

<sup>30</sup> Solo a modo de pincelada es dable decir que, por un lado, los montos de las penas son marcadamente distintas según se trate de un tipo penal u otro y desproporcionadas, a nuestro modo de ver, en el caso del encubrimiento del funcionario público –médico- por omisión de denunciar; y por otro, el médico difícilmente obre con la finalidad (dolo directo) de encubrir la supuesta comisión del delito al que accede sino que, por el contrario, obrará con la finalidad de “cubrir sus espaldas” ante el perdurable dilema: denunciar o ser denunciado.

<sup>31</sup> P. ej., previsto en el C.P. español en el art. 450 inc.2.

la comisión de un aborto previo y provocado por la madre o un tercero con su consentimiento. *Pareciera* que tal solución podría ser trasladable también a aquél caso o, por lo menos, sería factible formular una interpretación coincidente con la misma.

Consideramos que sería conveniente *restringir* el análisis jurídico de la situación al momento en el cual una persona acude a una institución sanitaria con el objetivo de recibir atención médica esencial para su salud (p. ej., Hospital público, dispensario municipal). En otras palabras, supeditar la determinación de cuáles serían los intereses en conflicto y cuál sería el interés preponderante (de acuerdo a la teoría del *balancing test*), al momento de recibir la atención médica correspondiente. De esta forma, creemos que se podría brindar un punto de partida uniforme para el examen de un específico universo de casos y, en consecuencia, tender a la obtención de soluciones jurídicas más equitativas.

Asimismo, se puede concluir que la comisión de un posible delito perseguible de oficio no es condición suficiente (sí necesaria) para configurar, *per se*, la «justa causa» que estipula el art. 156 C.P.

## **8. Bibliografía.**

BREGLIA ARIAS, Omar; GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 6° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 2.

CAFFERATA NORES, José; TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Comentado*, Córdoba, Mediterránea, T. 2, 2003.

CREUS, Carlos; BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, 7° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2007, T. 2.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, T. I, Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004.

NAVARRO, Guillermo; DARAY, Roberto, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3° ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, T. 1.

NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 1989, T.IV.

NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Lerner, 1992, T.V.

NUÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, actualizado por Requena, C., Córdoba, Lerner, 2007.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tea, 1983, T. IV y V.