

REVISTA ERREPAR - COMPENDIO JURÍDICO - REVISTA NRO.
69 - DICIEMBRE 2012

DR. AGUSTÍN BASTARD

La obligación de denunciar de los médicos y su análisis en la jurisprudencia.

1.- Planteo de la cuestión.

El fallo “Baldivieso”¹, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se plantea si es válido un procedimiento que se inició a partir de que el imputado concurrió a recibir asistencia médica a un hospital público, revivió una polémica que lleva décadas de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia.

Si bien es sorpresivo que desde “Natividad Frías”² -1966- a la fecha, se cuenta con muy poca jurisprudencia que aborde el tema, la misma tiene la característica de ser sumamente contradictoria, y en donde se han creado “holdings” claramente opuestos.

El análisis de casos como el de Baldivieso, plantea diversas cuestiones que han generado posturas encontradas en la jurisprudencia y en la doctrina.

A) Si se afecta o no la garantía constitucional contra la autoincriminación –art. 18 de la C.N.-. Por un lado, hay quienes sostienen que ante una situación apremiante, donde está en juego la vida del paciente e imputado, la prueba de cargo recolectada a partir del examen médico, lesionaría la garantía de no obligar al sujeto a declarar contra si mismo.

En sentido contrario, hay quienes entienden que esta garantía no se afecta, por cuanto ella consiste en la prohibición de coacción moral o física, o engaño de la autoridad pública hacia el individuo.

¹ C.S.J.N. “Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733, 20/4/2010.

² C.N.C.C., en pleno, “Frías Natividad”, 26 de agosto de 1966.

A su vez, los que sostienen esta segunda postura, afirman que en muchos casos en los que el imputado habría cometido el delito de tráfico de estupefacientes, son ellos mismos los que expulsan las capsulas, sin que sea el médico el que lo induce a ello, negando terminantemente desde esta óptica, la afectación al citado resguardo constitucional.

B) Si se lesiono o no el derecho a la privacidad e intimidad que tiene todo paciente con su médico. Al respecto, por un lado se ha afirmado que entre el médico y el imputado existe un deber de confidencialidad del primero hacia el segundo, el cual se transgrede si el galeno informa a la autoridad un dato del que tomo conocimiento en la consulta con el paciente o cuando lo examina.

En sentido contrario, hay quienes han postulado que dicha garantía no se vería afectada, toda vez que en supuestos como estos, es el propio imputado el que por su propia voluntad concurre a recibir atención médica.

C) Si el médico que presta tareas en un hospital público, quién reviste el rol de funcionario público, se encuentra obligado a denunciar el delito del que tomo conocimiento en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el art. 177, inc. 1º; o por el contrario, queda relegado de tal obligación cuando está amparado por el secreto profesional, independientemente de si presta funciones en un establecimiento público o privado.

D) Si se afecta o no el derecho a acceder a la salud a partir del inicio de una investigación penal con la denuncia que realiza el médico que examina al imputado.

E) Una vez que se ha corroborado la vulneración de un derecho o una garantía del imputado que asistió a ser examinado por un profesional de la salud, si debe considerarse nulo el procedimiento iniciado a partir de dicha prueba de cargo que se recolectó ilícitamente, porque en sí mismo confronta con la administración de justicia, o por el contrario, debe prevalecer el afán en la búsqueda de la verdad material que legitima cualquier medio que sirva para obtenerla.

2.-Marco normativo:

La norma vigente más relevante que rige en la materia para los tribunales nacionales, es el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación, el

cual dispone la obligación de denunciar de todo funcionario público, a su vez, el inc. 2º de ese artículo, especifica la situación para los profesionales de la salud.-

Art. 177. - Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguitables de oficio: 1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

En tal sentido, y a fin de precisar cuales son los hechos que están bajo el amparo profesional, es necesario citar la ley que establece el régimen legal del ejercicio de la medicina -17.132-, que en el art. 11 establece:

“Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer — salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal —, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal.”

Con respecto al secreto profesional, el art. 156 de nuestro Código Penal establece que:

“Será reprimido... 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...”.

Por su parte, el inc. d) del art. 277 del Código Penal (C.P.), incorporado mediante ley 25.246, reprime a aquel que:

“No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la acción penal de un delito de esa índole...”.

Cabe efectuar el distingo entre la actual redacción de la norma recién citada, y su anterior versión, la cual establecía que sería reprimido el que “...omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo...”.

Según la anterior versión de la norma, podían ser punibles del delito de encubrimiento, tanto al médico del hospital público como el médico de la

clínica privada, por tener estos la obligación de denunciar los delitos contra la vida y la integridad física de los que tuvieran noticia en el marco de su actuación profesional, obviamente, siempre y cuando no entre en juego el secreto profesional.

A partir de la reforma introducida, sólo pueden ser sujetos activos del delito de encubrimiento, los que estuvieran obligados a promover la acción penal de un delito, por ende, los Representantes del Ministerio Público Fiscal, los miembros de las fuerzas públicas y los jueces; en palabras de Donna, el obligado (a denunciar) solamente puede ser un funcionario público competente para la persecución y represión de los delitos.

“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, a nuestro juicio, tres posibles personas: el fiscal, en los casos de sistemas acusatorios o semiacusatorios como el Código Procesal Penal de la Nación, a las fuerzas policiales y a los jueces; más aún, en los casos de sistemas inquisitivos. De modo que se puede sostener que el tipo penal transforma este inciso en un delito especial propio...”³.

3.-Antecedentes jurisprudenciales:

Conforme un orden cronológico, los siguientes son los antecedentes más destacados de la jurisprudencia nacional en la materia:

. El plenario “Natividad Frías”⁴ de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, del año 1966, de enorme repercusión, es el primer fallo que analizaremos en esta recorrida por la jurisprudencia local.

En este paradigmático caso, la cuestión que debatió el pleno, era textualmente la siguiente *“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 denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de un cargo oficial”⁵.*

El pleno se inclinó por la negativa por una mayoría ajustada, aclarando a su vez que sí corresponde hacerlo en todos los casos, respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

³ DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Ed. Rubinzal-Culzoni, 26/11/03 p.

511.-

⁴ C.N.C.C., en pleno, “Frías Natividad”, 26 de agosto de 1966.

⁵ Idem. anterior cita, primer párrafo.

El Juez Lejarza –que formuló el voto que contó con mas adhesiones de sus colegas-, previamente a aclarar que el art. 88 del Código Penal se aplica exclusivamente a quienes la sociedad les cobra la gratuita asistencia hospitalaria, entendió que situaciones como las del caso se encuentran amparadas en el secreto profesional que debe guardar el médico, tal como lo exige el código de rito, no encontrándose el supuesto analizado en las revelaciones por “justa causa” que debe hacer el médico.

Al mismo tiempo, señaló el mencionado camarista, que votar por la afirmativa de la cuestión planteada, significaba un menoscabo al derecho contra la autoincriminación, dijo al respecto “... *el art. 18 de la Constitución Nacional dice que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y una forma larvada, cruel e innoble de conculcar el precepto es utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito, delito éste conocido o por una confesión que le ha sido prácticamente arrancada, o por un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines, como no lo es tampoco el empleo de drogas, por ejemplo.... Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel...⁶.*”.

Por otro lado, el Juez Amallo, en referencia a lo estipulado en el código de procedimiento, concretamente, en la parte en que se prevé la obligación de denunciar que tendría el médico cuando se desempeña en un hospital público y reviste el rol de funcionario público, señaló, “...una solución contraria nos llevaría al absurdo de admitir que un mismo médico estaría o no obligado por el secreto profesional, según actuara en su consultoría 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 recurrir a un hospital oficial...⁷”.

. El caso “Zambrana Daza”⁸, de nuestro mas alto tribunal, del año 1997, impuso un hollding totalmente opuesto al plenario recién mencionado.

En este caso, se trato de un sumario iniciado en ocasión en que personal policial se presentó en la sala de terapia intensiva del Hospital Piñero, y la médica que asistió al imputado le hizo entrega al personal policial de cuatro bombitas de látex que contenían clorhidrato de cocaína que habían sido

⁶ Idem anterior cita, voto del Dr. Lejarza.-

⁷ Idem anterior cita, voto del Dr. Armallo.

⁸ C.S.J.N. “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”, 12 de agosto de 1997.

expulsadas por vía bucal por la imputada, considerando legitimo el máximo tribunal el inicio del procedimiento policial.

En cuanto a los argumentos, entendió que el a quo había efectuado una interpretación irrazonable de la prohibición de autoincriminación, porque de modo alguno podía considerarse que en todos los casos en que un individuo que delinque y requiera asistencia médica en un hospital público, la aplicación de la garantía en cuestión, conlleve a interpretar ilegítima las pruebas obtenidas.

En este sentido, entendió que no se afectó la garantía puesto que la autoridad pública no requirió a la imputada una activa cooperación en el aporte de las pruebas incriminatorias, sino que sólo le proporcionó la asistencia médica requerida.

Asimismo, que no existió una intromisión del estado en el ámbito de privacidad de la enjuiciada por cuanto ella en forma discrecional le permitió dar a conocer a la autoridad pública los hechos que le dieron origen a la investigación, y que lo que prohíbe la Constitución Nacional no es la evidencia de lo producido por la libre voluntad del imputado, sino que se coaccione física o moralmente a una persona.

En el mismo orden de ideas, y con un argumento propio del tradicional procedimiento inquisitivo se mencionó expresamente “...*tampoco es posible olvidar que el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio*” y que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores mas altos: *la verdad y la justicia...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 de todo proceso penal...”*⁹.

Asimismo, en el voto mayoritario de ese fallo se estableció que dado que la médica prestaba funciones en un hospital público, era funcionaria pública, y por lo tanto estaba obligada a denunciar el hecho del que tomó conocimiento y no entraba en juego el secreto profesional.

A su vez, se dijo que la galena, por su condición de funcionaria pública, de no haber puesto en conocimiento de las autoridades el hecho delictual del que tuvo conocimiento, podría haber incurrido en el delito de encubrimiento.

⁹ Idem anterior cita, voto principal, considerandos 13 y 14.

En palabras textuales “*Ello es así porque la comunicación del delito que originó la persecución penal fue realizada por la funcionaría de un hospital público, es decir una de las personas obligada por la ley a notificar a la autoridad competente los delitos de acción pública que llegares a su conocimiento... Que la aseveración del tribunal anterior en grado referente a que la función publica desempeñada por la médica de un hospital público no la relevaba de la obligación de conservar el secreto profesional constituye, a juicio de esta corte, un tratamiento irrazonable de la controversia de acuerdo a las disposiciones legales aplicables, puesto que al tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario en todos los casos...*”¹⁰.

. El tercer precedente es el fallo “Insaurralde”¹¹, de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. En este caso se trataba de una investigación iniciada a partir del ingreso a un hospital de la ciudad de Rosario de una persona a la que le habían practicado un aborto.

En el voto principal, el Dr. Rodolfo Vigo, haciendo una referencia al fallo “Zambrana Daza” –del que ya hemos hecho mención- entendió que en virtud del carácter de funcionaria pública que revestía la médica, ésta se encontraba obligada a denunciar los delitos de acción pública que llegaran a su conocimiento en la órbita del ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, y en el mismo orden de ideas, el Juez Vigo planteó la cuestión entre el derecho de la imputada al secreto profesional y el derecho a la vida que se había afectado con el ilícito por ella cometido, optando en tal caso por el segundo de los derechos.

Concretamente señaló Vigo “...el verdadero centro de la cuestión constitucional suscitada en el caso, que no es otra que la relación existente entre el deber de denunciar los delitos -establecido en el artículo 180, inciso 1, del Código Procesal Penal, bajo la sanción del artículo 277 del Código Penal (según el cual se incurre en encubrimiento al "dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo"), 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, protegido por el artículo 88 del Código Penal, conflicto ante el cual la Alzada se ha pronunciado por la absolutización del secreto médico, en

¹⁰ Idem anterior cita, voto principal, considerando 16 y 17.

¹¹ CS Santa Fe, “Insaurralde, Mira s/ aborto provocado s/ recurso de inconstitucionalidad”, 12 de agosto de 1998.

*una elección que, en tanto conduce de hecho a la desincriminación del aborto, resulta incongruente con exigencias objetivas de nuestro sistema jurídico (que no tolera la consiguiente desprotección del derecho a la vida: "ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar la vida y la seguridad de los gobernados", ha destacado el Alto Tribunal de la Nación, in re "Scamarcia", del 9 de diciembre de 1995) y desatiende el sustancial interés del Estado en tutelar, desde el momento mismo de la concepción, la existencia del nuevo ser que, con su aparición en este mundo, enriquece a la Humanidad en su conjunto, y cuya supresión debe dar lugar al ejercicio de la potestad punitiva por parte de aquél -lo cual, incluso, aparece como objetivamente preferido por la ley, si se considera que el encubrimiento es sancionado con una pena más severa que la violación del secreto profesional, y que mientras éste es un delito de acción privada, aquél es de acción pública ejercitable de oficio-."*¹²

. En “Orekchov”¹³, la cámara federal metropolitana resolvió confirmar la nulidad del acta de fs. 1 del legajo principal, y consecuentemente disponer el sobreseimiento del imputado, en virtud que el procedimiento se inició a partir de que el médico que atendió al nombrado solicitó la presencia de personal policial luego de que el paciente le mencionó que había ingerido capsulas que contenían cocaína.

Así, entendió que si bien “...nada obsta a que el médico opte por entregar a la policía las sustancias ilícitas sin afectar el secreto profesional que le compete respecto a su paciente...ha de resaltarse que es deber de los jueces decidir –en cada caso concreto- si las investigaciones que a partir de ellas se generan se ajustan al debido proceso legal. En esto no puede establecer una regla abstracta, que se traslade sin más a todas las situaciones, pues bien podría suceder que, con anterioridad a que el imputado requiera la asistencia médica para salvar su vida, ya existiera en curso una investigación con un cauce independiente..”.¹⁴

Por otro lado, los camaristas, realizando un análisis de la normativa vigente, afirmaron que no corresponde hacer una diferenciación entre el médico del hospital público y el que presta funciones en un establecimiento privado, por lo que ambos deben guardar el secreto profesional, y que siendo que éste puede ser revelado por una justa causa, la persecución de un delito no constituye dicha excepción a la regla general.

¹² Idem anterior cita, Voto del Dr. Vigo, Considerando 6°.

¹³ C.C.C.F. II, c. Reg. 30.018, Orekchov, A. 11/06/2009

¹⁴ Idem anterior cita, Apartado III.-

. En el fallo “Muñoz Alcalá”¹⁵ de la misma cámara, la Sala I confirmó la nulidad del procedimiento iniciado a partir del aviso que le dio el médico que examinó al imputado en el Sanatorio Mitre (sanatorio privado).

Lo particular de este fallo, respecto a la jurisprudencia mencionada anteriormente, es que el argumento central que expusieron los magistrados fue el del derecho a la intimidad y el derecho a la salud de la imputada, en donde incluso los camaristas hicieron hincapié en la prohibición a las intromisiones arbitrarias que establece el art. 1071 bis del Código Civil.

Textualmente, “...no debemos perder de vista que el deber de confidencialidad que tienen los médicos respecto de lo que le comuniquen sus pacientes encuentra sustento constitucional en el derecho a la salud y a la intimidad del que gozan los ciudadanos (arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional)...dificilmente podría existir una adecuada atención médica si la persona no confía en que su médico guardará secreto de todo aquello de lo que se entere o comunique...”¹⁶

. En el mismo orden de ideas, en “Torre Molina”¹⁷, de la Sala IV de la C.N.C.C. se dijo ‘No puede sostenerse que fue la propia conducta discrecional de la mujer la que permitió dar a conocer a la autoridad pública los hechos del caso, pues no actúa por libre decisión quien requiere auxilio médico para salvar su vida, dado que en esas circunstancias la persona se encuentra forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación. En consecuencia, la denuncia formulada por la médica que diera inicio a las actuaciones en violación al deber de preservar el secreto carece de validez respecto de la paciente. Sin embargo, esta conclusión no alcanza a las otras personas que intervinieron en el hecho, pues no pueden alegar la violación a la intimidad ya que no fueron víctimas de ella.”¹⁸

. Con distintos argumentos, la Sala I de la misma cámara resolvió confirmar el sobreseimiento de una imputada en una causa iniciada con el aviso de la médica a personal policial de que la paciente le había reconocido que le habían practicado un aborto, pero afirmando que en el caso no se había vulnerado la garantía contra la autoincriminación, allí se dijo, “...lo prohibido por la Ley Fundamental en compelir física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los

¹⁵ C.C.C.F., Sala I, C. Reg. 372, Muñoz Alcalá, P.

¹⁶ Idem anterior cita, Apartado tercero.

¹⁷ C.N.Crim. y Correc., Sala IV, Torre Molina, c. 20.793, 28/04/03.

¹⁸ Idem anterior cita, voto único.

casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado...En definitiva, no observamos ninguna violación a la garantía constitucional que protege contra la autoincriminación forzada...El art. 19 de la Constitución consagra el derecho a la intimidad, del cual el derecho al secreto médico es un derivado...De acuerdo a la ley que regula el ejercicio de la medicina (17.132), no puede sostenerse, en principio, que los médicos tengan la obligación particular de denunciar los delitos que conocen a través del ejercicio de su profesión.”¹⁹.

Por otro lado, y a diferencia del resto de los fallos que hemos mencionado en este trabajo, en este último los camaristas analizaron los supuestos en que el paciente podría ser la víctima de un delito, o cuando el médico sólo se limita a informar la existencia de una evidencia física, vinculable a un ilícito. Al respecto, los camaristas entendieron que aquí no entra en juego el secreto profesional, así señalaron “*Tales son los supuestos de las personas adultas o menores que ingresan lesionadas a la guardia de un hospital, dentro de las que encontramos el típico caso del herido de bala o de arma blanca. En estas situaciones no habría inconveniente en que el médico efectué la denuncia por cuanto el paciente podría ser la víctima de un delito, y para averiguarlo corresponde iniciar una investigación penal*”.²⁰

Así también, en “Cocca”²¹, se describieron similares argumentos a los del fallo señalado anteriormente, “*...el deber de confidencialidad que tienen los médicos respecto de lo que le comuniquen sus pacientes encuentra sustento constitucional en el derecho a la salud y a la intimidad del que gozan los ciudadanos (arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional)...Por otro lado, entendemos que no corresponde realizar una distinción entre el carácter público o privado del establecimiento en el que se desarrollaron los hechos y, de ese modo, distinguir entre profesionales-funcionarios y profesionales-particulares, toda vez que aquella circunstancia en nada debe inferir respecto a los deberes y obligaciones que aquellos guardan*”²².

. El ya mencionado fallo Baldivieso, trata un caso iniciado en fecha 20 de octubre de 2002, en circunstancias en que Cesar A. Baldivieso fue asistido en el Hospital San Bernardo, de la capital salteña, oportunidad en que se

¹⁹ C.N.Crim. y Correc, Sala I, N.N., c. 30.008, 28/11/06.

²⁰ Idem anterior cita.

²¹ C.C.C.Fed., Sala I, Cocca, Sergio Eduardo s/ nulidad, c. 43.081, 27/4/10.

²² Idem anterior cita, voto único..

determinó que presentaba una obstrucción intestinal por la ingesta de cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína.

Personal policial que se encontraba de turno en el referido nosocomio fue informado por los médicos que atendieron a Baldivieso, de que a éste le habían extraído trece envolturas que contenían la referida sustancia, y que a otras las había expulsado naturalmente.

El tribunal federal salteño que tuvo a su cargo la causa, condenó a Baldivieso a la pena de cuatro años de prisión por encontrarlo responsable del delito de tráfico de estupefacientes.

La defensa se agravió entre otras razones, en virtud de que se afectó la garantía contra la autoincriminación, puesto que el encausado no asistió al hospital por una libre decisión, sino que lo hizo ante el peligro que corría su vida.

Así también, se sintió agraviado porque se habría afectado su derecho a la intimidad, al haberse iniciado el procedimiento a partir de una revelación ilegítima de un secreto profesional.

El Sr. Procurador General de la Nación, entendió en su dictamen, que debía hacerse lugar al planteo defensista, por cuanto se afectó en el procedimiento el derecho a la privacidad del imputado, recordó en tal sentido “*que el secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado*”²³.

A su vez recordó que el secreto médico tiene tutela penal en el art. 156 del código de fondo, y que el secreto médico se sustenta en argumentos tanto deontológico como utilitaristas, afirmó al respecto “*...el derecho del paciente a tener una esfera privada a lo relativo a su condición psíquica y física puede considerarse como un derecho personal y por lo tanto digno de protección como bien en sí mismo...mediante el aseguramiento a cada paciente en concreto de que se conservara su secreto médico, se consigue el bien general consistente no ya (solamente) en la protección del secreto de ese paciente que fue celosamente guardado, sino que se promueva la confianza general de que habrá confidencialidad*”²⁴.

Por otro lado, el Procurador General de la Nación afirmó que en el subexamine, el médico no está obligado a denunciar conforme lo estipulado en el

²³ C.S.J.N., cita n° 1, del dictamen del P.G.N.-

²⁴ Ibidem.

art. 177, inc. 2º, del C.P.P.N., por cuanto esa disposición sólo rige para los delitos contra la vida y la integridad física, y el tráfico de estupefacientes es un delito que afecta a la salud pública.

También dejó en claro en su dictamen que el inc. 1º de ese artículo se refiere a la obligación de denunciar para los funcionarios en general, y que para referirse a los médicos, el legislador estipuló expresamente el inc. 2º de ese artículo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo unánime que sienta un precedente importantísimo en la materia, haciendo suyos los argumentos del Procurador General de la Nación hizo lugar al planteo defensista y modificó por completo la doctrina sentada en el mencionado fallo “Zambrana Daza”.

En el voto mayoritario, expresamente se dijo que se reafirmaba la línea jurisprudencial de “Natividad Frías” y se estableció que en el caso se trataba de ponderar el derecho a la vida de una persona respecto al interés del estado en la persecución de un delito, debiendo prevalecer el primero de ellos.

Textualmente, “...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 que la concierta en un agente de la persecución penal del estado...”²⁵.

Corresponde mencionar el voto de la Dra. Argibay, quién explicó los motivos por los cuales en el caso no se le ha afectado al imputado la garantía que prohíbe la autoincriminación, y sí se ha afectado el derecho a la privacidad de Baldivieso.

Así, entendió que la garantía contra la autoincriminación protege al individuo frente a la fuerza o engaño de otras personas y no contra la acción de la naturaleza, las autoagresiones o incluso la fuerza ejercida en un marco legal.

En lo que se refiere al derecho a la privacidad, Argibay realizó una distinción entre la intensidad con la que se protege este derecho en el artículo 18 de la Constitución Nacional, respecto al art. 19 del mismo cuerpo normativo.

Señaló que en este último artículo la protección está dirigida a las acciones que de ningún modo afectan a terceros, y que en este caso la

²⁵ Idem anterior cita, voto de la mayoría.

prohibición de interferencia estatal es absoluta, supuesto que claramente no es el caso de estudio.

Y que por otro lado ‘*El art. 18 de la C.N protege específicamente al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, es decir, los ámbitos en donde transcurre la vida privada de las personas contra invasiones arbitrarias, en este sentido es difícil concebir un ámbito más “privado” que el propio cuerpo... Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para regular la protección contra las sugerencias del gobierno a la intimidad que esta resguardando en un sobre... mucho más fundamento hay para entender que esta protección alcanza al mismo cuerpo de la persona*’²⁶.

4.- Análisis de las cuestiones expuestas:

A) Si se afecta la garantía contra la autoincriminación del imputado:

Es innegable que la garantía de la autoincriminación tuvo su origen en la necesidad de proteger a los individuos frente a los apremios o engaños de las autoridades.

En palabras de Ekmekdjian ‘*La fuente histórica de la cláusula se encuentra en la reacción contra las barbáras normas procesales medievales, que decía que la confesión era la reina de las pruebas (probatio probatissima)*’²⁷

Ahora bien, ¿dicha garantía sólo opera frente a actos provenientes de una autoridad estatal?.

Difícilmente ello pueda ser sostenido, lo cierto es que el requisito de la voluntariedad en la declaración es imprescindible para que la misma sea válida, y este requisito no puede ser exigido solamente en la oportunidad en que declare en sede judicial, sino también en la declaración extrajudicial.

En este orden de ideas, de modo alguno puede considerarse como voluntaria la confesión del sujeto que concurre a recibir atención médica cuando corre en peligro su vida, por lo que en este caso está claramente viciada esa voluntad.

Por otro lado, resulta crucial recordar que el Pacto de San José de Costa Rica, establece en su art. 8, inc. 3, ‘*La confesión del imputado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza*’.

²⁶ Idem anterior cita, voto de la Dra. Argibay, Considerando 7º.

²⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, ‘Tratado de Derecho Constitucional’, Tomo II, Ed. Depalma, Buenos Aires, marzo de 1994, p. 315/316.

No caben dudas que en esta cláusula de jerarquía constitucional se prevé que la garantía analizada entre en juego también en situaciones en las que la autoridad pública no coacciona al imputado.

En un sentido similar se ha pronunciado Carrio “...*la garantía contra la autoincriminación significa algo adicional a la proscripción a coaccionar a una persona para que declare en su contra... La idea es que no por haber delinquido una persona pierde la protección de la Constitución, pues lo que se pretende es evitar que esa persona se vea forzada a producir evidencias que la incriminen*”²⁸

Por las razones recién expuestas, al verificarse que un sujeto concurrió a un nosocomio a recibir asistencia médica, cuando en caso de no hacerlo peligraba su estado de salud, resulta innegable que no existe una libertad en su decisión, por lo que al ser éste uno de los elementos que conforman la voluntad, la misma se encuentra afectada, no pudiendo en consecuencia considerarse que la persona ha confesado libremente.

B) Sí se afecta la Garantía contra el derecho a la intimidad:

En relación a este planteo, creemos que la postura expuesta en el voto de la Dra. Argibay en el fallo analizado, resulta en este punto inmejorable.

Así, como se ha señalado, el derecho a la intimidad -en la protección que establece el art. 19 de la Constitución Nacional-, significa el amparo de la autonomía individual integrada por sentimientos, hábitos, y circunstancias personales que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad del sujeto.

Si bien el artículo 18 de la Constitución Nacional menciona expresamente que es inviolable el domicilio, la correspondencia epistolar y los papales privados, cabe recordar que es la misma constitución la que en el art. 33, establece que los derechos constitucionales explícitamente mencionados en ella no importan la negación de otros no enumerados.

En tal sentido, tal como lo ha dicho Argibay, si el constituyente le dio una protección expresa a los papeles privados, resguardándola de la autoridad, salvo en situaciones previstas por una norma, resulta aún más inmerso en la intimidad de un individuo, el examen del médico al paciente.

²⁸ CARRIO, Alejandro D., *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, 2008, pp. 533y 534

Asimismo, cabe recordar que incluso éste bien jurídico, encuentra reforzada su protección por el ordenamiento al criminalizar el legislador a través del art. 156 del Código Penal, la divulgación de una noticia que un sujeto conociese a través de su profesión, salvo que lo revelare con justa causa.

Sobre la justa causa de revelación es necesario citar a Soler, “*...la justa causa consistirá en un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor. La exigencia 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*”²⁹.

Así también Soler se pronunció con el mismo criterio en los supuestos en que el paciente es la víctima, exponiendo así en forma contundente como opera el derecho a la intimidad del sujeto que requiere asistencia médica “*Se discute si existe o no la obligación de denunciar en los casos en los cuales la denuncia expone al asistido a un proceso absolutamente desvinculado del hecho que motiva la atención profesional, como cuando el médico es llamado por un prófugo de la justicia, que ha resultado la víctima de algún hecho. Las razones para pronunciarse, aun en este caso por la subsistencia del deber de secreto son las mismas razones de humanidad que fundamentan el secreto médico en general, de manera que nos inclinamos al silencio*”³⁰.

“*La obligación subsiste en todo caso en que el socorrido tenga exclusivamente el carácter de la víctima...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*”³¹.

C) Sobre la cuestión de si el médico de un hospital público tiene la obligación de denunciar:

Para el desarrollo de éste punto, en primer lugar haremos un análisis absteniéndonos de lo que indica la norma infraconstitucional, concretamente el art. 177 del C.P.P.N., para sí después valorar dicho norma, y verificar si se corresponde o no con estipulado por la Constitucional Nacional.

Primeramente, entendemos que el extremo afirmado por la jurisprudencia en muchas ocasiones, de que los médicos adquieren carácter de funcionario público en los hospitales estatales, y ello determina que tienen la

²⁹ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Ed. TEA, Río de Janeiro, julio de 1978, p. 125.

³⁰ Idem anterior cita p. 132

³¹ Idem anterior cita p. 133

obligación de denunciar los hechos delictuales que llegaren su conocimiento, y que, por otro lado, los galenos que prestan funciones en un nosocomio privado, están relevados de dicha obligación de denunciar, es abiertamente violatorio del principio de igualdad, consagrado expresamente en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Ello por cuanto, para la persecución estatal, quedarían en situaciones notoriamente desparejas, el sujeto que tiene posibilidades económicas de ser asistido en una clínica privada, y el que no tiene otra posibilidad que concurrir a un hospital público.

Legitimar lo contrario carece de cualquier argumento que lo respalde, muy difícilmente de sustentarlo en principios constitucionales, y quedando como única vía para justificarlo, la sola redacción de una norma del procedimiento, que desde ya, nunca puede ser la excusa para violar un derecho constitucional.

Asimismo, es imposible soslayar que en la enorme mayoría de los procedimientos judiciales iniciados a partir de la denuncia de un profesional de la salud, se trata de imputados que se encuentran en condiciones extremas de vulnerabilidad en términos socioeconómicos.

Nótese que en el caso de los imputados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, se trata en un gran porcentaje de extranjeros con residencia irregular en el país, y en el caso de las mujeres a las que le practicaron maniobras abortivas que son perseguidas penalmente, en la casi totalidad de los casos, se trata de personas que pertenecen a las clases socioeconómicas bajas, y en ambos casos, generalmente se trata de personas que concurrieron a hospitales públicos, sin tener ninguna posibilidad de contar con una asistencia médica privada.

En estos términos se ha pronunciado Soler –usualmente citado en ésta cuestión por la jurisprudencia y el resto de la doctrina- “...importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurran a la Asistencia Pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la

justicia. En cambio, el mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito en su consultorio, comprarle, junto con la tarjeta, el silencio profesional...”³².

¿Es válido constitucionalmente el art. 177 del C.P.P.N.?

Hemos visto en la jurisprudencia citada, que éste apartado, ha traído innumerables discusiones, con posiciones claramente opuestas.

El punto central del análisis es determinar, conforme lo evaluado anteriormente, en donde se concluyó que debía regir la misma regla para los médicos de los hospitales públicos que de los privados, sí la norma citada infringe en este aspecto la Constitución Nacional.

Existe una postura que interpreta que el legislador quiso que todo funcionario público –y con ello se incluye a los profesionales de la salud que prestan funciones en un hospital público- tenga la obligación de denunciar todos los casos que llegaren a su conocimiento, mientras que los médicos que no tengan tal carácter –profesionales de la salud cuando prestan funciones en el ámbito privado-, solo deberán denunciar determinados delitos –contra la vida y la integridad física-, estando a su vez amparados por el secreto profesional.

Por otro lado, hay quienes sostienen, como lo hemos visto, que para todos los médicos, rige exclusivamente la regla establecida en el inc. 2º del art. 177 del C.P.P.N.-

Al respecto, considero que ésta última postura es la correcta, y debe sostenerse que el referido art. 177, por lo menos respecto al aspecto que estamos analizando, de modo alguno viola el principio de igualdad, por cuanto claramente el legislador al momento de redactar este artículo, contempló la situación de los funcionarios públicos en general en el inc. 1º, y estipuló en forma específica la regla para el caso de las personas que prestan servicios de salud, en el segundo inciso.

En este sentido, resulta conveniente recordar lo expuesto por Mayer, ‘*La ley, en el caso de los profesionales de la medicina, ha tenido el cuidado de imaginar ciertas colisiones y resolverlas por anticipado con excepciones, de manera tal que se aclara la aplicación del principio, lex specialis, particularmente para eludir la obligación de denunciar*

³² SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Ed. TEA, Río de Janeiro, julio de 1978, p. 134.-

del profesional del arte de curar ligado al deber de mantener el secreto profesional, obligación que, así, desplaza a la de denunciar, para el caso de concurrencia (excepción a la regla)”³³.

Por todo lo expuesto, es que realizar una distinción entre los profesionales de la salud de los hospitales públicos y de los privados, responde exclusivamente a una errónea interpretación de la normativa, y no a una violación constitucional de la norma de procedimiento.

D.- Derecho a la salud:

Es llamativo que la letra de nuestro texto constitucional no establece expresamente el derecho a la salud –como tampoco prevé textualmente el derecho a la vida-, pero lo cierto es que a partir de la reforma constitucional de 1994, con el bloque constitucional que establece el art. 75, inc. 22º, ambos derechos tienen raigambre constitucional.

El art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prevé expresamente “*el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, lo que implica que entre las medidas que debe asegurar un estado para garantizar la plena efectividad del derecho a la salud, está la creación de condiciones que aseguren el acceso a ella de todos los ciudadanos.

En tal sentido, no es forzoso interpretar, que ante la posibilidad que a un individuo se le pueda iniciar un procedimiento penal a partir de que concurre a recibir asistencia médica, la restricción al acceso a la salud se vulnera sensiblemente.

La cuestión es sencilla, al individuo que habría cometido un hecho delictual, se le dificulta la posibilidad de acceder a la salud porque el precio de ella es el inicio de una investigación penal en su contra, lo que en muchas ocasiones significa ser privado de su libertad ambulatoria.

Este costo que implica acceder a la salud resulta intolerable con el aludido derecho a acceder a la salud que exige el citado pacto de raigambre constitucional.

Es muy claro en este punto el dictamen del Procurador General de la Nación en el fallo Baldivieso, en cuanto destacó la importancia del secreto

³³ MAYER, Julio B. J. , Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 224.-

profesional para lograr la confianza general en la asistencia médica, lo que conlleva a maximizar la concurrencia de los ciudadanos a los tratamientos médicos, que por el contrario, se vería disminuida si no fuera esperable la reserva del prestador del servicio médico.

Por otro lado, y en un segundo orden de importancia, también es muy atendible el argumento expuesto en el fallo “Muñoz Alcalá”, en donde se esbozó el sencillo pero real argumento de que difícilmente puede haber una adecuada atención médica si el imputado no puede confiar en el galeno.

Al respecto, no abunda mencionar que la eficiencia en la atención médica es otro de los extremos que exige el mencionado pacto internacional.

En este orden de ideas, existe la concreta posibilidad de afectar el derecho a la salud, si se recolecta en un procedimiento penal una prueba en contra de un sujeto, a partir de la concurrencia de éste a un centro de asistencia médica.

E) Si corresponde declarar la invalidez del procedimiento, cuando se comprueba que el mismo se inició a partir de la vulneración de una garantía constitucional como las que venimos mencionando.

Ya transcurridas alrededor de tres décadas desde el fallo “Montenegro”³⁴, resulta hasta en algún punto desgastante analizar sí ante supuestos en donde se verifica que se vulneró un derecho constitucional del imputado en la recolección de una prueba de cargo, debe declarársela nula, y en consecuencia, si correspondiese, declarar nulo el procedimiento, y dictar una resolución de carácter liberatorio respecto al imputado.

Pero como la regla de la exclusión de la prueba ilícita se aplica a todos los supuestos trabajados, y en alguna parte de la jurisprudencia aquí desarrollada todavía encontramos alguna opinión en contra de su aplicación, resulta necesario tratar el tema muy brevemente.

Los constituyentes plantearon un proceso penal de carácter acusatorio, en donde un sujeto precisamente “acusado”, y otro resiste esa acusación, con la presencia en este “juego contradictorio”, de determinadas reglas.

Así, desde ésta óptica adversarial del proceso, se puede afirmar sin hesitación alguna que resulta injusto, poco ético y contrario a justicia, que el

³⁴ C.S.J.N.: 303:1939 “Montenegro”.-

sujeto que persigue al imputado utilice pruebas que fueron recolectadas violando garantías del sujeto acusado.

En sentido contrario, y en relación a la jurisprudencia expuesta en el presente trabajo, resulta útil recordar el voto del Dr. Vigo en el mencionado fallo “Insaurralde”.

Allí, el magistrado planteó que lo estaba en juego era el derecho al secreto profesional en contraposición con el bien afectado del delito que habría cometido el imputado, en ese caso, la vida de una persona por nacer.

Dicho planteo, resulta claramente intolerable con el estado constitucional de derecho establecido, y parecería más bien adecuarse a la Ordenanza Francesa de 1670 –paradigma del sistema inquisidor de averiguación de la verdad-.

Podemos decir que mantener ese planteo implicaría legitimar cualquier práctica ilegal en la recolección de pruebas, con tal que el derecho que se afecte del enjuiciado no sea “mas gravoso” que el bien jurídico que éste habría afectado en el supuesto delito cometido, lo cual resulta inaudito desde cualquier óptica liberal del derecho penal.

Amén de lo necesario que resulta establecer en un procedimiento la necesidad de que el acusado, el sujeto sobre el cual recae el proceso penal, sea investigado mediante la producción de pruebas legítimas, que no afecten sus garantías, la interpretación del Juez Vigo, resulta, a nuestro parecer, carente de toda lógica.

Es decir, no se enfrenta el derecho al secreto profesional con el derecho a la vida, porque justamente, el delito contra la vida *ya se cometió*, es decir, lo que únicamente se plantea en supuestos como el del sub examine, es el derecho a enfrentar un procedimiento penal que resguarde los derechos y garantías del enjuiciado, o por el contrario, un esquema de averiguación de verdad cuyo único objetivo sea el de encontrar la verdad material, sin importar los medios que se empleen para conseguirla.

En otras palabras, si continuar con una actividad delictiva fuera un argumento decisivo para legitimar cualquier práctica procedural, directamente no tendría sentido el principio que afirma que otorgar valor al resultado de una actividad ilícita y apoyar en ella una sentencia judicial, no solo es contradictorio

en sí mismo, sino que compromete la buena administración de justicia, conforme así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el paradigmático fallo “Montenegro”.

5.- Conclusión:

A modo de corolario, cabe decir que si bien el fallo “Baldivieso” es un gran avance en la temática (especialmente si se tiene en cuenta el anterior antecedente de la CSJN), debe el posterior desarrollo jurisprudencial, adaptado al precedente de la corte, expresar en forma concreta, que no es necesario llegar al dilema “cárcel o muerte”, para declarar nula la prueba de cargo recolectada a partir de que un individuo concurre a recibir asistencia médica.

Es decir, en todos los casos que aquí se expusieron se parte de supuestos en que el acusado se encontraba en un apremiante estado de salud, buscando auxilio médico. En tal sentido, se afectaba ostensiblemente la garantía contra la autoincriminación.

Ahora bien, existen situaciones en las que una persona, que no se encuentra en un grave estado de peligro y concurre a ser asistido médicaamente, si el galeno difunde a las autoridades un dato del cual tomó conocimiento al examinar al paciente, no se vulnera la garantía contra la autoincriminación, pero si se afecta el derecho a la salud y el derecho a la intimidad del imputado.

En otras palabras, creemos que si bien, como ya hemos dicho, la garantía contra la autoincriminación generalmente se ve afectada en los casos que trata la jurisprudencia, y obviamente resulta acertado el tradicional planteo de lo inmoral que resulta para una persona decidir entre la cárcel o la muerte, en el actual esquema de derechos y garantías que plantea nuestro bloque constitucional, es necesario extender el resguardo a todos los pacientes que requieran asistencia médica y pretendan confidencialidad del profesional que lo examina, y es lo que el posterior desarrollo jurisprudencial debe resguardar y establecer en forma tajante, porque justamente, la garantía contra la autoincriminación, no la única que debe aplicarse.

Agustín Bastard.-