

*Procuración General de la Nación*

S u p r e m a   C o r t e :

-I-

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de César Alejandro Baldivieso, quien había sido condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta a la pena de cuatro años de prisión por el delito de Transporte de Estupefacientes. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso extraordinario federal, que fue declarado inadmisibile, ante lo cual se interpuso la presente queja.

-II-

Los hechos que dieron lugar a la condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta tuvieron origen el 20 de octubre de 2002, cuando a las 10:30 hs., Baldivieso ingresó para su atención a la guardia de emergencias del Hospital San Bernardo donde, luego de ser asistido por distintos profesionales, se le diagnosticó la ingesta de elementos extraños; luego pudo determinarse que se trataba de cápsulas que contenían clorhidrato de cocaína.

Si bien no surge con claridad de qué modo el agente de policía Torres, que se encontraba en servicio en el lugar, tomó noticia de estas circunstancias y las comunicó a la suboficial ayudante Andrea Carolina Yapura, cabe presumir que esa información privilegiada fue divulgada por los médicos tratantes.

-III-

La defensa técnica de Baldivieso plantea, básicamente, dos agravios. El primero de ellos consiste en que al utilizarse como prueba todas aquellas circunstancias que sur-

gieron de la comparecencia del imputado a un hospital público, se violó la garantía constitucional que protege contra la autoincriminación. En efecto, según sostiene esa parte, la "decisión" de Baldivieso de concurrir a ese establecimiento no era libre, ya que careciendo de medios para pagar una atención privada, y ante el riesgo que corría su salud, no pudo optar por otra alternativa, con lo cual la situación forzó una conducta de autoincriminación.

Por otra parte, los recurrentes fundaron con más precisión que el origen del procedimiento estaría viciado porque tendría su punto de partida en la revelación ilegítima de un secreto profesional. De esa manera, a través de la regla de exclusión, correspondería disponer el dictado de la nulidad de todo lo actuado. También argumentó, de manera similar a la del primer agravio, que el imputado no pudo optar por asistir a un médico privado, en cuyo caso la solución respecto a la violación del secreto médico no habría sido puesta en duda. En ese sentido criticaron la interpretación jurisprudencial del derecho positivo que consiste en sostener que el médico que es funcionario público por desempeñarse en un hospital público no está sujeto al secreto médico (o incluso está obligado a denunciar), mientras que el médico que atiende privadamente tiene el deber de guardar silencio. También forma parte de la argumentación de la defensa respecto del agravio relativo a la ilicitud de un procedimiento iniciado en violación de un secreto médico, la comparación entre los bienes jurídicos protegidos por el secreto (la intimidad y, mediatamente, la integridad física y la vida) y el interés en la persecución penal de delitos ya cometidos. En esa comparación, según la defensa, prepondera sin dudas el primer conjunto de bienes jurídicos.

*Procuración General de la Nación*

-IV-

Considero que los agravios planteados por la recurrente suscitan cuestión federal, tal como lo entendió la mayoría de V.E. en un supuesto análogo (Fallos: 320:1717, considerando 5º), pues tanto en ese precedente como en este caso se trata de establecer la legitimidad de la prueba obtenida en un proceso seguido por infracción a la ley que reprime el tráfico de estupefacientes, a partir de la asistencia médica brindada en un hospital público al imputado que concurrió allí a requerir su atención, lo que conduce a establecer el alcance de las garantías del debido proceso legal y la prohibición de autoincriminación, en una causa instruida por delitos de naturaleza federal.

Si bien la crítica que se funda en el respeto al derecho a la intimidad a través del amparo al secreto médico aparece mayormente desarrollada recién en el escrito de queja, entiendo que tal circunstancia no constituye óbice para su consideración, por reconocer su fundamento en las mismas garantías constitucionales invocadas en el recurso, respecto de cuya interpretación la Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes (conf. Fallos: 307:1457; 308:647; 319:3040, entre otros).

En efecto, el núcleo del agravio consiste en que no puede utilizarse la información aportada por el imputado al concurrir a un hospital público y revelar, directa o indirectamente, su conducta anterior ilícita. En ese sentido, las alegaciones relativas a la violación de la garantía contra la autoincriminación y la violación del secreto médico son dos especies diferentes del género común de la imposibilidad de valorar la información y los elementos de prueba obtenidos a partir de la actividad del propio acusado de concurrir al servicio de asistencia médica pública.

Tampoco paso por alto que el Tribunal ya se pronunció sobre esa cuestión en el recordado precedente de Fallos: 320:1717. Sin embargo, con base en ciertos aspectos que, según lo aprecio, no han sido entonces materia de análisis, habré de proponer una solución diferente sobre el punto.

En tal sentido considero conveniente recordar que 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 sus revelación convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana. V.E. ha reconocido, en un importante precedente (Indalia Ponzetti de Balbín v. Editorial Atlántida S.A., Fallos: 306:1892), que el derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Allí V.E. sostuvo explícitamente:

"Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni

*Procuración General de la Nación*

violación de áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen." (considerando número 8).

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.

De la respuesta a tal interrogante dependerá si, en el caso, la noticia dada por el médico tratante implicó alguna violación de los derechos de la intimidad del paciente (posteriormente imputado) y, por lo tanto, si el proceso que se inicia en su contra tiene su origen en un acto jurídicamente nulo que convierte a todo el proceso en ilegítimo o si, contrariamente, se trató de una conducta ajustada a derecho.

En definitiva, como otras tantas veces, debe decidirse qué interés, por ser más profundo, es preponderante: si preservar el secreto médico (lo cual, como se verá, no recibe exclusivamente una argumentación relativa al derecho de la persona en concreto portadora del derecho, sino más bien otra trascendente) o promover el castigo penal de los delitos relativos a la tenencia y tráfico de estupefacientes.

-V-

En tal sentido cabe destacar que el secreto médico está protegido penalmente, en tanto la divulgación sin justa causa, por parte del médico tratante, de los secretos confiados por su paciente -relativos a su salud- o de cualquier dato médico obtenido por el profesional en el marco de la consulta y tratamiento tiene prevista una pena (artículo 156 del Código

Penal).

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

Según lo veo, en el caso no tiene aplicación el deber que impone el inciso 2 de esa disposición, pues los delitos relacionados con los estupefacientes no están comprendidos dentro de las categorías allí mencionadas sino, en todo caso, en aquellos que afectan la salud pública.

En efecto, si bien la ley 23.737, complementaria del Código Penal, no menciona en un título cuál es el objeto de su protección, la revisión de sus tipos penales no arroja una interpretación favorable a la idea de que castiga conductas de daño directo a terceros en el sentido de que estas conductas impliquen de manera inmediata un ataque a la vida o la integridad física. Más bien se trata de figuras de peligro o de lesión a la salud pública. Esta interpretación se ve respaldada, además, por el hecho de que la ley 23.737 al incorporar algunos artículos al Código Penal, lo hace en el Título VII "Delitos contra la seguridad pública", Capítulo IV "Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas". En esencia, esos delitos incorporados al Código Penal coinciden materialmente con las conductas penadas directamente por la ley 23.737 en tanto se trata del suministro de sustancias capaces de producir un daño en la salud.

*Procuración General de la Nación*

Pero además, incluso en los casos de delitos contra la vida, el deber de denunciar decae si los hechos conocidos están bajo el amparo del secreto profesional, cuyo alcance se torna entonces necesario determinar.

Por otra parte, si se repara en que la violación de ese límite puede resultar incriminada, aquella inteligencia debe ser establecida conforme al principio de legalidad. Por lo tanto cabe concluir en que el deber enunciado en el inciso 2 rige, entonces, solamente en caso de delitos contra la vida y la integridad corporal, y no es posible una extensión analógica del deber a la denuncia de otros delitos.

Respecto del inciso 1, pienso que el punto de vista relativo a que los médicos de hospitales públicos, en su rol de funcionarios, estarían obligados a llevar a cabo las denuncias -más allá de la forma en que se interprete el inciso 2- no puede ser fundamentada concluyentemente, pues no hay razones para considerar que las previsiones expresas del inciso 2 respecto de los médicos y el secreto profesional no deben ser consideradas válidas también respecto del supuesto del inciso 1.

Así se desprende de las enseñanzas de Soler, cuando sostenía que esa cuestión "ha suscitado algunas dudas con respecto a los médicos empleados en hospitales públicos. Pero la admisión del principio contrario importa sancionar directamente un privilegio de clase altamente inmoral, pues las pobres gentes que concurren a la Asistencia Pública o a los hospitales de caridad se pondrían automáticamente en manos de la justicia. En cambio, al mismo médico, después de atender su servicio hospitalario gratuito, sería posible, en su consultorio, comprarle, junto con la tarjeta, el silencio profesional considerado por todos, en ese caso, como obligatorio. La obligatoriedad del secreto no depende en absoluto de la

forma gratuita o remunerada con que fue prestado, sino de la naturaleza misma del socorro, de su carácter necesario, y esta condición la tiene tanto el socorro del médico particular como el del médico empleado, y aun es más frecuente que la intervención de los servicios públicos tenga lugar en situaciones extremas" (Derecho Penal Argentino, Tea, Buenos Aires, 1946, Tomo IV, pág. 146).

Otra razón que se opone fuertemente a esa interpretación consiste en que el inciso 1 regula el deber de denunciar para todo funcionario público en general, y cuando el legislador quiso regular explícitamente lo relativo al deber de denunciar en el ámbito de la consulta médica, lo hizo explícitamente en el inciso 2, en el cual, en realidad, dejó en claro que el deber de denunciar tenía como límite (además de que se tratara de los especiales casos de los delitos contra la vida y la integridad física) la supremacía del secreto profesional. En ese caso, el legislador no necesitó hacer una diferencia entre el funcionario público y el médico no funcionario, ya que al estatuir un deber especial a cargo del no funcionario, el estado lo inviste de una posición cuasi-funcional, o dicho de otra manera, le atribuye un deber institucional que no es posible de distinguir del deber que tiene un funcionario.

Pero sea como fuera, más allá de las interpretaciones propias de la redacción legal, lo cierto es que la decisión de la cuestión no puede depender de interpretaciones técnicas sobre el alcance de los preceptos que estén basadas meramente en la interpretación de la letra de la ley. Como ya lo adelanté, 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

*Procuración General de la Nación*

Estado en la represión del delito. Este es el conflicto que hay que resolver, más allá de las interpretaciones normativas estrechas de los artículos 156 del Código Penal y 177 del Código Procesal Penal que, por lo demás, difícilmente aclaren de manera concluyente la cuestión.

-VI-

Siempre en el afán de resolver satisfactoriamente ese conflicto, quiero ahora destacar que la confidencialidad médico-paciente, asegurada mediante el deber impuesto al primero de ellos de no revelar datos sobre el estado de salud de las personas a quien atiende, es una institución cuyos orígenes parecen remontarse ya a Hipócrates, quien en la formulación de su célebre juramento incluyó el carácter secreto de la información acerca de los pacientes (conf. M. Kotler, E. Witztum, R. Mester y B. Spivak, *Medical Confidentiality in the New Israeli Patients' Rights Act (1996): Does it Add or Detract?*, *Medicine and Law*, v. 19, 2000, ps. 113 y ss., p. 113). Sobre la indudable existencia de la institución del secreto médico, no sólo recogida en todo código de ética médica y Ley de Ejercicio de la Medicina (artículo 11 de la ley 17.132), sino arraigada uniformemente en la práctica cotidiana ya como un entendimiento tácito, no es necesario extenderse más. Sí es relevante, para las ponderaciones que tienen peso en la decisión de la cuestión, detenerse en las modernas formas de fundamentación del derecho a la intimidad que se protege con el secreto médico.

El valor del secreto médico como institución ha sido fundamentado a través de argumentaciones tanto deontológicas como utilitarias (conf. Sabine Michalowski, *Medical Confidentiality for Violent Patients? A Comparison of the German and the English Approach*, *Medicine and Law*, vol. 20,

2001, p. 569 y ss. p. 571). En efecto, el derecho del paciente a tener una esfera privada en 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. Pero también es frecuente la argumentación de la necesidad de mantener intangible el secreto médico en los casos individuales como manera de proteger el bien común -trascendente al derecho individual- de una correcta administración de tratamientos médicos, y con ello, por supuesto, asegurar el bien de la salud pública. El razonamiento, explicado de otra manera, consiste en lo siguiente. Mediante el aseguramiento a cada paciente en concreto de que se conservará 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 promueve la confianza general de que habrá confidencialidad. De esa manera, al fortalecerse ese sentimiento, se maximiza la frecuencia de la recurrencia de los pacientes al tratamiento médico, que se vería disminuida, por el contrario, si no fuera esperable que los datos íntimos serán mantenidos con carácter privado. Por lo tanto, se promueve la salud pública.

Ambas argumentaciones pueden verse entre muchos otros lugares en el fallo del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de marzo de 1972 (BverfGE 32, 373). Respecto de la fundamentación a través de la idea del secreto como un derecho personal, esa corte sostuvo la raigambre constitucional del derecho a la privacidad con un argumento fácilmente trasladable a cualquier país con una constitución liberal protectora de los derechos fundamentales. En efecto, el derecho a una esfera de intimidad se relaciona con el derecho humano básico al libre desarrollo de la personalidad y la intangibilidad de la dignidad humana, que debe permanecer protegida respecto de

*Procuración General de la Nación*

intromisiones estatales (BverfGE 32, 373, p. 379 y s.) El Tribunal también sostuvo, por otra parte, el argumento utilitarista relativo a que la confianza individual en que lo conocido por el médico será mantenido en secreto promueve a nivel general el sistema de prestación de salud (fallo citado, p. 380).

La argumentación relativa al efecto general, promotor de la salud pública, es también explicada por Gostin (Lawrence Gostin, *Health Information Privacy*, *Cornell Law Review*, v. 80, 1995, ps. 451 y ss., p. 511) quien sostiene que la ley que protege la confidencialidad está justificada en la necesidad de desarrollar la confianza en el médico, de tal modo que los pacientes se sientan libres de revelar los aspectos más íntimos de sus vidas; por lo tanto, según el autor, la confidencialidad está diseñada para promover el proceso terapéutico, y para fortalecer los vínculos médico-paciente como un bien social general. Daniel Shuman (*The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret*, *Southwestern Law Journal*, v. 39, 1985, ps. 661 y ss., nota 13) ubica la primera formulación del argumento utilitarista en el año 1847, en el Código de Ética de la Sociedad Médica Americana.

Por supuesto que, como sucede en el ámbito de todo derecho, fundamentado de la manera que fuera, pueden existir otros intereses que compitan con él por la supremacía y, frente a los cuales, deba ceder, como podría ocurrir si se encontrara comprometida la integridad física o la salud en concreto de otra u otras personas cuyo resguardo dependiera de la divulgación de informes médicos confidenciales.

También respecto a las argumentaciones utilitarias se precisó en alguna ocasión, que el derecho a la intimidad debía ceder ante un interés mayor, aun cuando se admitiera que

la confianza de los individuos en la confidencialidad del tratamiento se viera menoscabada. La Suprema Corte de California, en el fallo del 1 de Julio de 1976, "Vitaly Tarasoff et al. v. The Regents of the University of California et al." sostuvo, en un caso en el que se discutía, entre otras cosas, si podía ser considerado una violación del deber de confidencialidad la comunicación de un terapeuta sobre la peligrosidad de un paciente para la vida de una persona que "...la política pública favorable a la protección del carácter confidencial de las comunicaciones entre el paciente y el psicoterapeuta debe ceder ante el extremo en el que la revelación es esencial para prevenir el peligro para otros. El privilegio protectorio termina allí donde comienza el peligro público".

Se trata en definitiva de cuestiones opinables cuya dilucidación escapa del punto a resolver, pero lo que sí lo integra y parece mucho más claro, a mi modo de ver, son los casos en los que el valor del secreto médico se contrapone sólo con el interés general en la persecución penal y no a un peligro que esté en relación con los hechos del caso en concreto. Tal fue la solución adoptada en el fallo antes citado del Tribunal Constitucional alemán, en el que se negó que se encuentre justificada la intromisión en la relación de privacidad por el solo interés en la dilucidación de hechos criminales que se imputan al paciente; ello lesionaría su derecho fundamental a que se respete su esfera privada (BverfGE 32, 373, p. 381).

En el derecho alemán, las excepciones al deber de guardar el secreto médico, protegido mediante el tipo penal del parágrafo 203 del Código Penal alemán (equivalente al artículo 156 del Código Penal), están reguladas de manera muy restrictiva en los parágrafos 138 y 139. Pero, en todo caso, la resolución entre el conflicto de guardar el secreto médico

*Procuración General de la Nación*

y el deber de denunciar se plantea -incluso desde el punto de vista del derecho positivo, recogido en las normas citadas- sólo respecto de la evitación futura de delitos graves, y no respecto de la necesidad de persecución de hechos ya cometidos. La literatura corriente rechaza la idea de que el conflicto con el interés en la persecución de delitos pasados deba decidirse en contra de la subsistencia del secreto médico. Así por ejemplo Lenckner (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, Munich, 1991, p. 1484), con cita de literatura, afirma que el interés en la persecución penal no justifica la lesión del deber de confidencialidad, salvo en casos especialmente graves, que impliquen una perturbación persistente de la paz (por ejemplo, actos de violencia terrorista), cuando existe el peligro de que el autor siga realizando hechos delictivos considerables. Sin embargo, continua este autor, si el obligado a confidencialidad obtuvo el conocimiento del hecho porque el autor es su paciente o mandante, sólo existe una autorización para revelar el secreto en casos de altísima peligrosidad para el futuro, y ello tampoco procede si el autor se dirigió al abogado (asunción de la defensa) o al médico (por ejemplo, para el tratamiento de una anomalía de los impulsos) a causa de ese hecho.

Soler afirmó (op. cit. p. 144) respecto de una legislación procesal modificada -aunque de manera no esencial- y en base a fundamentos materiales imperecederos, respecto de la situación de conflicto del autor de un hecho consistente en tener que elegir entre el padecimiento físico y la posibilidad de ser procesado, lo siguiente: "No existe el 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."

En la tipología de casos que se analiza aquí, sin

embargo, no existe un peligro de ninguna especie, ni abstracto ni concreto, para terceros. 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. 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.

Ahora bien, un derecho de esa índole, es decir, un derecho personalísimo a una esfera de intimidad, en cualquiera de sus fundamentaciones (la deontológica, en el sentido de un derecho en sí mismo que hay que proteger, o la utilitaria, la protección de la privacidad para promover la salud pública) supera al interés social en la aplicación de una pena. En efecto, la disposición de la información sobre el propio estado de salud es una esfera de intimidad privilegiada, que origina un deber de confidencialidad superior (conf. Benjamín Freedman, *A Meta-Ethics for Professional Morality*, *Ethics*, v. 89, 1978, ps. 1 y ss., p. 4 y passim). 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. Tampoco es aplicable el argumento, a todas luces falso, de que con una decisión en este sentido se vuelve inaplicable la persecución penal de los delitos de tráfico. Como es evidente, la consecuencia de la falta de realización de los fines del derecho penal sólo tiene lugar cuando hay un interés preponderante a proteger, como en

*Procuración General de la Nación*

este caso, pero ello no proyecta ninguna consecuencia sobre la persecución de los delitos de tráfico, incluso los llevados a cabo mediante la modalidad del transporte de sustancias dentro del cuerpo de personas, cuando las modalidades de su descubrimiento no impliquen un conflicto como el señalado aquí.

-VII-

En conclusión, opino que debe hacerse lugar a la queja, declararse procedente el recurso extraordinario y revocarse la sentencia apelada para que, por quien corresponda, se dicte una nueva con arreglo al criterio antes expuesto.

Buenos Aires, 8 de agosto de 2006.

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI