

Año del Bicentenario

Buenos Aires, 20 de abril de 2010

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que de conformidad con lo expuesto por el señor Procurador General en el dictamen de fs. 21/26, a cuyos términos cabe remitirse en razón de brevedad, corresponde hacer lugar a la queja y revocar la sentencia recurrida, reafirmando la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario "Natividad Frías" del 26 de agosto de 1966.

En efecto, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud —una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual tal como señala el señor Procurador General (art. 19 de la Constitución Nacional)— y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.

Es este mismo conflicto sobre el que se debatió en el antiguo plenario mencionado, pues más allá de que en aquél conjunto de casos la concurrencia al hospital había sido precedida por la realización de maniobras abortivas, fue el pe-

ligro de muerte y el dilema al que se veía expuesto quien había delinquido y demandaba auxilio para su vida, el argumento central para su resolución (tal como puede advertirse en numerosos pasajes del fallo en pleno). A modo de ejemplo puede citarse el voto del juez Frías Caballero quien señala que el imputado "confronta una grave situación dilemática: o solicita el auxilio médico para conjurar el peligro en que se halla y entonces se expone a la denuncia del hecho, al proceso y a la condena criminal, o se resigna incluso a la posibilidad de perder la vida".

Del mismo modo, es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado aquí también se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena (en palabras del juez Lejarza en ocasión del plenario nombrado: el "inhumano dilema: la muerte o la cárcel"). Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional.

Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de

Año del Bicentenario

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.

El argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes.

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5° inciso c de la ley 23.737), en calidad de autor,

-//-

-//-por el que fuera acusado, sin costas. Agréguese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

Año del Bicentenario

-//-TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON DE NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE
SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que de conformidad con lo expuesto por el señor Procurador General en el dictamen de fs. 21/26, a cuyos términos cabe remitirse en razón de brevedad, corresponde hacer lugar a la queja y revocar la sentencia recurrida, reafirmando la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario "Natividad Frías" del 26 de agosto de 1966.

En efecto, cualquiera sea el entendimiento de las normas infraconstitucionales y, en concreto, de naturaleza procesal, aplicables al caso, éstas nunca podrían ser interpretadas pasando por alto el conflicto de intereses que se halla en la base del caso concreto de autos. En abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud y el interés del Estado en la persecución de los delitos, pero en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.

Es incuestionable que el estallido de las cápsulas en el aparato digestivo del procesado importaba un peligro cierto de muerte; de entenderse que son válidas las pruebas que surgen de la necesaria intervención médica para evitar su propia muerte, el procesado se hallaba ante la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena. Los valores en juego en el caso concreto son, por ende, la vida y el interés del Estado en perseguir los delitos, cualquiera sea la gravedad de éstos y sin que quepa tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues esta ponderación

no puede resolverse contra otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional.

Siendo claro que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general, cabe agregar que, en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado.

No existe en el caso ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva.

El argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a una *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepciones los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes.

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5° inciso c de la ley 23.737), en calidad de autor, por el que

B. 436. XL.

RECURSO DE HECHO

Baldivieso, César Alejandro s/ causa n°
4733.

Año del Bicentenario

fuera acusado, sin costas. Agréguese la queja al principal.
Hágase saber y devuélvase. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO -
ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

VO-/-

Año del Bicentenario

-//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) El 20 de octubre de 2002 César A. 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 trece envolturas y otras tantas expulsó naturalmente. Todas ellas fueron incautadas por personal policial al que los médicos del nosocomio habían puesto sobre aviso.

Tras el juicio oral, el 24 de junio de 2003, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta condenó a César Alejandro Baldivieso a cuatro años de prisión, multa de doscientos veintiséis pesos e inhabilitación absoluta por el término de la condena, como autor responsable del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5°, inciso c de la ley 23.737).

La defensa cuestionó en el recurso de casación únicamente la calificación asignada por el tribunal oral en punto a que se tuviera el delito por consumado. En este sentido señaló que el imputado, debido a la obstrucción intestinal, nunca pudo disponer de las cápsulas con cocaína, las que debió evacuar con asistencia médica en el hospital. Concluyó, por tales razones, que se trataba de un delito imposible o, en todo caso, que no llegó a completarse.

Más tarde, en el término de oficina, amplió sus agravios e incorporó un nuevo argumento que, a su criterio, habilitaba la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal aún sin planteo de parte al tratarse de una nulidad absoluta. Con cita del conocido plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta ciudad "Natividad Frías"

afirmó que no fue libre el consentimiento que prestó Baldivieso para que se le extrajera el material que luego fuera utilizado en su contra, pues había sido obtenido en el transcurso de una situación acuciante en la que se debatía entre la vida y la muerte.

En relación con el precedente "Zambrana Daza" de esta Corte (Fallos: 320:1717), estimó que en la presente causa la demanda angustiosa de auxilio no podía equipararse al consentimiento libre, sino que debía ser considerada como producto de la aflicción o tortura que la ingesta de las cápsulas le estaba causando a Baldivieso.

En resumidas cuentas, sostuvo que se había afectado la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que solicitó que se excluyese la prueba obtenida en forma ilegal derivada de la comparecencia del imputado al hospital. De este modo, y por no haber una fuente independiente de prueba, debía anularse todo lo actuado.

Por su parte los integrantes de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal informaron que no podía juzgarse violada la garantía que prohíbe la autoincriminación, pues la autoridad pública no había exigido coactivamente del imputado su cooperación en el aporte de pruebas de cargo, sino que la asistencia médica le permitió expulsar las cápsulas, sin que hubiera existido engaño o coacción.

Recordaron los jueces que en el precedente "Zambrana Daza" (Fallos: 320:1717) la Corte señaló que el riesgo asumido por el individuo que delinque y decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye la posibilidad de que la autoridad pública tome conocimiento del delito. Señalaron que el imputado Baldivieso, al momento de la indagatoria, había manifestado que acudió al hospital, arrepentido de ingerir las cápsulas con droga, por lo que no

Año del Bicentenario

advertían vicios del consentimiento que pudieran invalidar el procedimiento.

En el recurso extraordinario la defensa criticó que el tribunal a quo rechazara sus agravios aplicando el precedente "Zambrana Daza" a un supuesto de hecho distinto. Situó la diferencia en que en aquel fallo la imputada no se vio inmersa en el dilema de optar entre la cárcel o la muerte, mientras que la situación de Baldivieso era apremiante. Por lo demás, estimó que, aún si se reputase aplicable el citado precedente, había cambiado la composición de los miembros de la Corte, circunstancia que justificaba su revisión.

Declarado inadmisibile el recurso, la defensa presentó queja en esta instancia. Agregó a sus argumentos que Baldivieso se había visto forzado a acudir a un hospital público por carecer de medios económicos para afrontar la atención privada y que frente a esta situación resultaría una falacia estimar que la elección del hospital público fue libre.

Además señaló que el procedimiento tuvo su origen en la revelación ilegítima del secreto profesional. En este punto argumentó que quien carece de medios económicos no tiene otra alternativa que concurrir a un hospital estatal, donde la doble condición de médico y funcionario público juega en contra de que la información resultante de la consulta quede resguardada bajo el secreto profesional, a diferencia de lo que sucede en un consultorio médico privado.

Por último, sostuvo que la relación médico-paciente formaba parte del derecho a la intimidad más allá del carácter público o privado del establecimiento en que la prestación médica tenga lugar.

2°) En esta instancia se le confirió traslado al señor Procurador General quien comenzó por señalar que el

secreto médico es un dispositivo tendiente a asegurar la intimidad de un ámbito privado relativo a la información acerca del propio estado de salud psicofísica, cuya protección encuentra respaldo en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Tras interpretar normas legales referidas a la obligación de los funcionarios y médicos en general de denunciar los delitos que conociesen en el ejercicio de su función, juzgó que, más allá de las diversas interpretaciones normativas, la tensión entre el derecho a la intimidad de quien busca auxilio médico y el interés del Estado en la represión del delito, debía resolverse a favor del primero. Argumentó que la confidencialidad médico-paciente promueve la confianza general y, por lo tanto, redundaría en beneficio de la salud pública. El deber de guardar el secreto debería ceder, según señaló, sólo frente a la existencia de un peligro concreto para otros y no de un fin abstracto o general. Con estos argumentos, se sumó al pedido de la defensa.

3°) Entiendo que en autos existe cuestión federal: la sentencia examina el punto constitucional propuesto por la defensa y, sobre la base de una inteligencia distinta de las cláusulas constitucionales en juego (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional), se ha pronunciado en sentido contrario al derecho del imputado. En tales condiciones, debe hacerse lugar a la queja y declararse que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible en los términos del artículo 14, inciso 3, de la ley 48.

4°) Antes de comenzar, y a fin de delimitar el ámbito de las garantías constitucionales que serán objeto de análisis, cabe hacer una aclaración respecto de una petición contenida tanto en los escritos de la defensa como en la presentación de diversas organizaciones que han actuado como

Año del Bicentenario

amigos del tribunal en el marco de la acordada 28/2004. Se trata de la posible aplicación al caso de la doctrina sentada por el plenario "Natividad Frías", dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, el 26 de agosto de 1966. Es oportuno recordar que ese fallo dejó establecido 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 un cargo oficial.

Los argumentos en que se apoya el plenario no pueden ser aislados del contexto en que fueron desarrollados, a saber, las especiales circunstancias que rodean a la práctica clandestina del aborto, así como las serias dudas que se abren, en el marco de imputaciones concretas, sobre la razonabilidad de su persecución penal. Prueba de lo que se acaba de decir es que, a más de cuarenta años del dictado del plenario "Natividad Frías", su aplicación ha estado ceñida al delito de aborto, pese a que, sus argumentos, extrapolados de la manera en que ahora se pretende, cobran una generalidad que los haría en apariencia aplicables a otro tipo de delitos.

Ha sido, entonces, la común percepción que tuvieron jueces, de ideas y formaciones diversas, de que la potestad persecutoria del Estado se veía debilitada, contrarrestada, por la magnitud de la tragedia que enfrenta una mujer al decidir y luego practicarse un aborto clandestino, así como del riesgo al que ella exponía su vida lo que determinó al mismo tiempo el pronunciamiento del plenario "Natividad Frías" y sus alcances. Es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto y no en las expresiones generales contenidas en sus fundamentos donde radica la autoridad y permanencia del precedente "Natividad Frías",

al punto de contar con seguimiento inclusive por tribunales que no están formalmente obligados por él.

Estas mismas particularidades son las que tornan objetable la extensión de esos argumentos generales a procesos en que se investigan otros delitos cuya criminalización por la ley no está rodeada de similares reservas y por consiguiente tampoco han sido objeto de tan intenso debate social como el provocado por la penalización del aborto.

5°) Hecha esta aclaración, corresponde dar tratamiento al resto de los argumentos propuestos.

Durante la actividad recursiva, la defensa esgrimió diversas razones tendientes a cuestionar la doctrina sentada por esta Corte en el caso "Zambrana Daza" del año 1997 (Fallos: 320:1717). En aquél entonces se discutió si podía considerarse válida la prueba incriminatoria obtenida durante la atención médica, en contra de la misma persona que ha concurrido a un hospital en procura de asistencia. La conclusión de aquél análisis fue que las manifestaciones que se formulan en ese contexto no violan la prohibición de autoincriminación del artículo 18 de la Constitución Nacional, en tanto deben considerarse partes del desenlace posible de una acción ilícita ejecutada con conocimiento de los riesgos que involucra y que, en todo caso, corresponde que sean asumidas por quien, pese a ello, decide transgredir la ley.

Más allá de este fallo, un grupo de precedentes de esta Corte ha delineado pautas en torno al alcance de la garantía que prohíbe obligar a las personas a declarar contra sí mismas en el marco de las actuaciones judiciales y durante la investigación policial. Así, se han declarado inválidas las declaraciones del imputado al que previamente se le había exigido prestar juramento de decir verdad (Fallos: 1:350 y 281:177), pues se estimó que tal imposición constituía una

Año del Bicentenario

forma de presión. Por otro lado, se fijaron condiciones para la válida incorporación al proceso de las llamadas "declaraciones espontáneas", anulándolas en cuanto fueren producto de violencia física (Fallos: 303:1938; 310:1847) o coacción (Fallos: 315:2505; 317:956, entre otros).

Este estándar ha servido para precisar el alcance de la garantía en relación con los límites de los organismos del Estado en el ejercicio de la actividad encaminada a la persecución de los delitos. Por consiguiente, no resulta de aplicación, en principio, para los casos en los que la voluntad ha sido impulsada, por ejemplo, por la propia mortificación anímica o física de quien expone aquello que lo inculpa, si en ese desenlace no ha existido participación ilegítima de terceros, en particular de funcionarios estatales. Dicho de otra manera: la garantía constitucional contra la autoincriminación está dirigida contra los abusos de otras personas y no contra la acción de la naturaleza, las autoagresiones o incluso la fuerza ejercida dentro de la ley por los funcionarios encargados de hacerla cumplir.

Por otra parte, una interpretación de la garantía desvinculada de su función como freno a los excesos del Estado y que se apoye en la falta de conformidad del imputado con la obtención de determinados medios de prueba, supone una regla según la cual este último contaría con una suerte de veto respecto de los elementos de juicio indispensables para cumplir satisfactoriamente con la función judicial penal. En efecto, aquellos rastros resultantes de cualquier elemento orgánico proveniente del imputado, hallado en la escena del crimen, o en su propia morada a la que la policía accede mediante una orden judicial de allanamiento, nunca son voluntariamente dejados allí; sin embargo, si tales procedimientos no son percibidos normalmente como una autoincriminación forzada,

es porque son obtenidos sin mediar engaño o fuerza sobre el imputado, es decir, sin abuso por parte de los funcionarios que han intervenido. (Ver, en tal sentido, lo resuelto por esta Corte, avalando procedimientos de este tipo en el caso "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años" (Fallos: 332:1769), en contraste con lo decidido en la causa "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma y otro s/ sustracción de menores de 10 años" (Fallos: 332:1835).

Por lo tanto, de acuerdo con la interpretación que estimo más plausible de la Constitución Nacional, que puede ser sostenida de manera consistente en los diversos tipos de casos que se presentan a los tribunales penales, la utilización como prueba de cargo de aquellos materiales obtenidos legítimamente por el médico que atiende al imputado no implica que el acusado haya sido obligado a declarar contra sí mismo, en violación a la garantía constitucional establecida por su artículo 18.

Si bien, de acuerdo con el razonamiento precedente, es correcto decir que Baldivieso no fue —en ningún sentido inteligible— obligado a declarar contra sí mismo, ello sin embargo no agota el análisis constitucional. Según ya se ha recordado, esta Corte, en el precedente "Zambrana Daza", se limitó a rechazar la posibilidad de que en estos casos se viese alterado el derecho a no declarar contra sí mismo y, aunque por diferentes razones a las dadas en aquella oportunidad por el Tribunal, corresponde mantener esa conclusión.

Resta examinar si la sentencia apelada supera un escrutinio basado en el derecho a la vida privada que, a través de diversas garantías específicas, establece también el artículo 18 de la Constitución Nacional, examen éste que ha sido propuesto por el señor Procurador General en su dictamen.

Año del Bicentenario

6°) En las presentaciones hechas ante este Tribunal por la parte recurrente y también por el señor Procurador General, se alude al derecho del imputado a su privacidad o intimidad de un modo poco preciso, que hace necesario, en orden a una recta interpretación de la Constitución Nacional, hacer algunas aclaraciones con carácter preliminar.

La intimidad o privacidad, entendida en sentido lato, se encuentra protegida por nuestro derecho vigente con desigual intensidad según cuál sea el aspecto de la vida privada que se busca resguardar; no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el artículo 19 de la Constitución Nacional que el resultante del artículo 18 y otras cláusulas, que establecen fórmulas similares, de los pactos de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

El primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañosos sobre otras personas. En la medida que esto último haya sido debidamente establecido, la prohibición de interferir en tal tipo de acciones es absoluta.

La protección acordada por el artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar "privados" o "exclusivos". Por antonomasia, cae en esta categoría el domicilio o vivienda, pero también incluye el artículo 18 de la Constitución Nacional a los papeles privados y a la correspondencia epistolar. A diferencia de la protección asignada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta,

sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente.

Ahora bien, en el presente caso, la Defensa y el Procurador General, más allá de invocar genéricamente que la acción de Baldivieso encontraba protección en el artículo 19 de la Carta Magna, no han proporcionado razones para identificar cuál habría sido la acción privada inocua para terceros que debería protegerse de interferencias estatales.

En el caso, como afirmé más arriba, la consulta médica se produjo en el curso de una acción delictiva cuya aptitud para perjudicar a terceros no ha sido puesta en tela de juicio.

En efecto, el tráfico de drogas, más allá del medio que se utilice para lograrlo, es una conducta dañosa por el peligro que la distribución de la mercancía ilegal representa para la salud pública. Por lo tanto, salvo que se pretenda fundar la inconstitucionalidad de la punición del tráfico de estupefacientes bajo la modalidad que aquí se examina, no hay modo de reputar inofensiva la conducta de Baldivieso.

Es conclusión necesaria de lo que se lleva dicho, que el artículo 19 de la Constitución Nacional no otorga inmunidad contra la interferencia estatal respecto de acciones delictivas, aún cuando incluya en su desarrollo la consulta a un médico.

Resulta adecuado, entonces, analizar la intimidad cuya vulneración se aduce, en función de la protección que le acuerda el artículo 18 del texto constitucional.

7°) El artículo 18 de la Constitución Nacional protege específicamente al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, es decir, los ámbitos donde transcurre la vida privada de las personas contra invasiones arbitrarias, especialmente las perpetradas por los agentes

Año del Bicentenario

estatales. Además, diversas normas de los pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución al regular idéntica garantía, confieren similar protección a lo que de manera genérica se denomina como "vida privada" (artículos 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).

La conexión entre el concepto de vida privada utilizado de manera expresa en las convenciones de derechos humanos y las disposiciones del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene base en el texto de cada una de las cláusulas citadas. Así, el artículo 11.2 de la Convención Americana contiene una lista de ámbitos de protección que comienza con la referencia a la vida privada para agregar luego a la familia, el domicilio y la correspondencia, es decir, los mismos objetos de tutela referidos por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Exactamente lo mismo sucede con la letra de los artículos 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En otras palabras, todas estas cláusulas asocian la protección que debe otorgarse al domicilio y la correspondencia con la que debe reconocerse a lo que se nombra como "vida privada", cuyo significado, llegado el caso, deberá ser precisado por los jueces, a quienes corresponde examinar qué intereses individuales merecen razonablemente incluirse en aquél concepto y, por lo tanto, admiten un tipo de protección análogo al que la Constitución otorga al domicilio o la correspondencia.

Ahora bien, en este sentido es difícil concebir un ámbito más "privado" que el propio cuerpo. 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.

8º) 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, deber que es definido y reglamentado en el ar-

Año del Bicentenario

título 11 de la ley 17.132, sobre Ejercicio de la Medicina, cuyo texto es el siguiente:

Art. 11.- Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer - salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitarlos o utilizarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal.

No obstante, como ya se adelantó, el derecho a la vida privada no es absoluto, y, concordantemente con ello, la legislación vigente admite, bajo ciertas condiciones, la injerencia en ese ámbito protegido. En tal sentido, el mismo artículo antes citado exceptúa a los médicos de dicha obligación en 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 (...)"

Por otra parte, la confidencialidad cede frente a la obligación de denunciar determinadas enfermedades como la lepra, pestes, las enfermedades venéreas en período de contagio (leyes 11.359, 11.843, 12.331 y 16.668, respectivamente), las enfermedades infectocontagiosas o transmisibles a las que se refiere la ley 15.465, o la obligación de denunciar los nacimientos y defunciones (leyes 14.586). Otras tantas excepciones surgen de la ley 23.798 de la lucha contra el sida y su decreto reglamentario, que, entre otras hipótesis releva al médico del secreto "para evitar un mal mayor". Esta última fórmula, también utilizada en el artículo 11 de la ley 17.132 ya citado, deja librada a la apreciación al profesional de la salud la necesidad de revelar el secreto médico.

9º) La obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio que, según el artículo 177 del Código Pro-

cesal Penal de la Nación, tienen "...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...", es como las otras normas mencionadas más arriba, una restricción legal a la privacidad en función que compete al Estado de prevenir y sancionar la comisión de delitos.

En este sentido, así como diversas normas procesales penales establecen cuáles deben ser los recaudos que preceden el avance del Estado en determinados ámbitos como el domicilio, la intrusión en el espacio de privacidad que rodea la relación médico-paciente, también se encuentra reglada por las normas antes citadas, cuya constitucionalidad no ha sido impugnada a lo largo del proceso. De modo que, más allá de las cláusulas constitucionales que garantizan el derecho de las personas al respeto de su vida privada, en el caso la solución se encuentra regida por las citadas disposiciones legales y es en función de estas últimas que corresponde determinar si la causa tuvo un origen válido en la denuncia de un profesional de la salud.

10) Sobre la base de lo que se lleva dicho hasta aquí y establecida la inteligencia que corresponde otorgar a las cláusulas constitucionales en juego, correspondería, de conformidad con el principio general sentado en el artículo 16 de la ley 48, revocar la sentencia apelada y ordenar el dictado de un nuevo pronunciamiento que resuelva si, en el marco de las leyes nacionales mencionadas (Código Procesal Penal de la Nación y ley 17.132), la noticia que los médicos dieron a la policía sobre la situación de Baldivieso consti-

Año del Bicentenario

tuye una denuncia válida o, por el contrario, implicó una fractura del secreto médico, tema que, en principio no corresponde a ninguna de las cuestiones federales que, de acuerdo con el artículo 14 de la misma ley, dan lugar al recurso extraordinario.

Sin embargo, el considerable tiempo que ha insumido la tramitación de esta causa y, en especial, la deliberación por esta Corte del punto central vinculado con el derecho constitucional a la vida privada, su reglamentación legislativa y la incidencia sobre la resolución de esta causa, justifican hacer uso de la excepcional atribución establecida también en el artículo 16 de la ley 48 y pasar a la resolución sobre el fondo de la cuestión (Fallos: 189:292; 220:1107; 325:3000).

11) Como se ha visto, la ley 17.132 define el secreto médico como toda aquella información que "llegare a conocimiento" de las personas que practican el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración "con motivo o en razón de su ejercicio". También se mencionó que el alcance del secreto médico en conexión con hechos de carácter delictivo, se encuentra fijado, en el ámbito federal, por el Código Procesal Penal de la Nación que, en su artículo 177, establece dos estándares diferentes, uno para los funcionarios y empleados públicos y otro para las personas que ejerzan el arte de curar: los primeros tienen el deber de denunciar todo delito que llegue a su conocimiento en ejercicio de sus funciones, los segundos solamente los delitos contra la vida y la integridad física que no hayan sido conocidos bajo el amparo del secreto profesional.

Cuando se trata de personas que revisten ambas condiciones, es decir, actúan en carácter de funcionarias y médicas simultáneamente, se presenta el problema de decidir cuál

de los dos deberes deben cumplir, puesto que el significado de uno y otro es diverso y, al momento de su aplicación, pueden incluso resultar mutuamente excluyentes. Esto sucede cuando tales personas funcionarias-médicas, en ocasión de su trabajo, toman conocimiento de un delito que no es de los que se dirigen contra la vida o la integridad física. En tales circunstancias el mismo sujeto se encontraría, a la vez, *obligado a denunciarlo*, por ser funcionario (según el artículo 177.1), *relevado de denunciarlo*, por ser médico y no tratarse de un delito contra la vida o la integridad física (según el artículo 177.2) e, incluso, *impedido de denunciarlo*, por tratarse de un hecho conocido con motivo o en razón de la atención médica (artículo 11 de la ley 17.132). Esta confluencia de normas pudo tornar incierta para los médicos que atendieron a Baldivieso la decisión sobre cuál era la acción debida, aunque, como se verá, ello no puede redundar en perjuicio del imputado al momento de decidir sobre la procedencia de la acusación en su contra.

Es cierto, como se ha dicho (p.e. Soler, Sebastián, Derecho Penal, Buenos Aires, 1951, Tomo IV, Capítulo 107, apartado X), que si a los médicos funcionarios públicos se les exige el deber de denunciar propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas que tienen recursos para acceder a la medicina privada y aquellas que sólo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que las segundas. Por otra parte, dado que las normas sobre secreto médico tienen la finalidad que alcanza tanto a los médicos públicos como a los privados (facilitar un ámbito protegido que permita la obtención de toda la información relevante para su salud que el paciente

Año del Bicentenario

pueda brindar), es razonable entender que el menor alcance del deber de denunciar que pesa sobre los médicos, establecido en el artículo 177.2 del Código Procesal Penal de la Nación, se justifica tanto a una como a otra clase de facultativos. Por tales razones, debe concluirse que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá.

12) 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. 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 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.

Por ello y oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario se revoca la sentencia apelada, se declara la nulidad de todo lo actuado en esta causa y se absuelve a César Alejandro Baldivieso, de las demás condiciones personales obrantes en autos, del delito de transporte de estupefacientes (artículo 5° inciso c de la ley 23.737), en calidad de autor, por el que

fuera acusado, sin costas. Agréguese la queja al principal.

Hágase saber y devuélvase. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por la Defensora Oficial Dra. Stella Marís Martínez,
en representación de César Alejandro Baldivieso.

Tribunal de origen: Cámara Nacional de Casación Penal - Sala II.

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