

**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Sede Regional Rosario**

**TESIS DE GRADO DE CARRERA DE ABOGACIA**

**2007**

**Tutor:** Ayarza Arnaldo Martín

**Alumno:** del Amo Hospital Ariel

**Tema:** La colisión de derecho existente entre el secreto profesional y la obligación de denunciar frente al delito de aborto.

**Fecha de presentación:** 31 de Octubre de 2007

## **1.- Título Provisorio:**

“El secreto profesional y el deber de denunciar frente al delito de aborto”

## **2.- Tema:**

La colisión de derechos existente entre el secreto profesional y el deber de denunciar frente al delito de aborto.

## **3.- Problema:**

¿Existe un antagonismo entre el mandato legal de no revelar el secreto profesional establecido en el artículo 156 del código penal y el deber de denunciar que imponen las leyes procesales a los funcionarios públicos frente al delito de aborto?

## **4.- Objetivos:**

### **4.1.-Objetivos Generales:**

- Conocer, analizar y determinar el alcance del secreto profesional, respecto de las obligaciones de formular denuncias que establecen diversas normas para los funcionarios públicos, vinculado con el delito de aborto.

### **4.2.- Objetivos específicos:**

- Explicar y describir el contenido de la figura de aborto en el derecho Argentino.
- Establecer el alcance del deber de denunciar del funcionario público.
- Desarrollar y analizar el secreto profesional en el derecho Argentino.
- Explorar los criterios jurisprudenciales de los tribunales de nuestro país.

## **5.- Hipótesis:**

Coincidiendo con la interpretación tradicional de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, en que, mediando el secreto profesional, cesa la obligación de denunciar para los profesionales de la salud, actúen en el ámbito privado o en servicios de asistencia pública. Pues ante la doble condición de funcionario público y profesionales de la salud prevalece la última, por su carácter especial frente a aquella.

Además, el argumento de la igualdad –garantizada en el artículo 16 de la Constitución Nacional- es inobjetable, pues la principal diferencia para la atención del paciente en uno u otro sistema de salud, radica fundamentalmente en los medios económicos. Y no puede interpretarse, de manera razonable que el legislador allá procurado establecer distinciones de clases para favorecer con la garantía del secreto –y la consecuente impunidad- a los ricos, y a la vez negarla a los pobres que por falta de recursos acuden al servicio público.

## **5.1.- Puntos provisorios de tesis que se demostraran y defenderán:**

5.1.1.- Las especiales características del ejercicio de la medicina y otros oficios, artes o empleos vinculados a la atención de la salud, tornan necesaria la obligación de guardar el secreto profesional sobre aquellos aspectos íntimos del paciente, que los profesionales conocen en el desempeño de su labor.

5.1.2.- De acuerdo a las norma procesal, no hay, en principio, obligación de denunciar delitos, sean estos dependientes de instancia privada o de acción pública. Sin embargo, existen dos excepciones vinculadas a dicho precepto; la primera de ellas, es la relativa a los funcionarios o empleados públicos que conozcan delitos de acción pública en el ejercicio de sus funciones y la segunda – que aquí interesa-, la impuesta a los médicos, parteras 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.

## **Resumen**

En este trabajo analizamos una cuestión de suma actualidad, como es la denuncia efectuada por el médico frente al delito de aborto en violación del secreto profesional. Comenzamos por dar un panorama general sobre el delito de aborto, de la violación de secreto profesional y de la denuncia obligatoria, sus conceptos, sus características y un panorama sobre el estado actual de estos institutos.

El problema analizado en el presente trabajo consiste en determinar si la denuncia efectuada por el médico es violatoria de garantías constitucionales como lo son el principio de igualdad ante la ley y que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

Hemos utilizado para nuestra exposición una metodología teórica tradicional, realizando una investigación de tipo explicativa, que nos lleve a demostrar como inciden estos principios ante la denuncia efectuada por el médico motivada por un aborto mal realizado.

El material utilizado fue documental, comprendiendo bibliografía tanto general, como específica del tema, jurisprudencia sobre las distintas posturas adoptadas por nuestros jueces, así como también toda la base normativa que aborda la cuestión.

Desde hace mucho tiempo se ha instalado como tema verdaderamente conflictivo la relación que existe entre los procesos penales y el secreto profesional, principalmente el de los médicos y de los que se dedican al arte de curar.

Sobre esta cuestión, fundamentalmente referida a las denuncias, a lo largo y a lo ancho del país se han dictado fallos contradictorios y, en varias oportunidades, se ha debido convocar a tribunales plenarios, extremos que evidencian la complejidad de la materia en tratamiento.

Si se considera el problema en su globalidad, puede sintetizarse en base al siguiente interrogante: ¿Qué efectos jurídicos se producen en un proceso penal

cuando un profesional le aporta conocimientos o elementos obtenidos bajo secreto propio de la profesión?

Si buscar una respuesta de por sí se presenta como algo difícil, la situación se agrava aún más cuando el profesional es simultáneamente funcionario público.

En este caso no sólo aparece la relación profesional y su correspondiente secreto, sino también el deber de anotar todos los presuntos delitos de acción pública perseguible de oficio que se conozcan en el ejercicio de las funciones.

En esta línea de ideas no debe olvidarse que al Estado le interesa enterarse de todo lo vinculado a este tipo de delitos y, en tal sentido, le ha impuesto a todos sus funcionarios y empleados la obligación de denunciar referida precedentemente.

## Capítulo I

### Aborto

**Sumario: Antecedentes Históricos. El Aborto. Bien Jurídico. La defensa del feto y la Constitución Nacional. Concepto. Tipo Objetivo. a) Presupuestos del delito de aborto. b) Existencia del feto vivo. c) Comienzo de la vida humana: Criterio para su determinación. d) Embarazo de la mujer. e) Sujeto Activo. f) La muerte del feto. Tipo Subjetivo. Tipos penales del artículo 85. a) Abortos causados por terceros. a.1) Aborto practicado por un tercero sin el consentimiento de la mujer. a.2) Aborto practicado por un tercero con el consentimiento de la mujer. a.3) Agravamiento por el resultado. a.4) Participación profesional. a.5) Sujeto activo. La jurisprudencia y el delito de aborto. Consentimiento de la mujer. El artículo 88 del Código Penal. a) Muerte de la mujer. Artículo 85, inciso 2º, segundo párrafo. Los abortos impunes: Artículo 86, incisos 1º y 2º. a) El aborto terapéutico. b) Aborto eugenésico. b.1) El caso de la mujer idiota o demente. b.2) El caso de la mujer sana que es violada, o el aborto sentimental. Aborto preterintencional. a) El aborto causado por la propia mujer. a.1) Tipo objetivo. Tipo subjetivo. La tentativa de la mujer y los cómplices.**

### Antecedentes Históricos

No son muy precisas las noticias que han llegado hasta nosotros sobre el modo como fue contemplado el aborto en las legislaciones de los pueblos de la antigüedad. En Grecia no aparecen disposiciones muy claras que se refieran al castigo del aborto consentido, si bien se afirma que LICURGO y SOLÓN lo castigaron, probablemente con pena pecuniaria. ARISTÓTELES admitió el aborto

por razones demográficas. En el Derecho hebreo sólo aparece penado el hecho de golpear a la mujer encinta, con pena de Talión si la mujer muere, y en los otros casos con un pago al marido.

En Roma, considerado en un principio el feto como una víscera materna, el aborto no fue sometido a pena, al parecer, hasta la época de SEVERO, en que se aplicó confiscación y destierro<sup>1</sup>. El criterio sancionador se fundaba, sin embargo, en el fraude al marido que el aborto suponía, por lo que el practicado con su consentimiento era impune<sup>2</sup>.

Es sólo con el advenimiento del cristianismo que cambia en Roma el criterio frente al aborto. La doctrina de la Iglesia introdujo el castigo del aborto como el aniquilamiento de un ser animado, por lo que quedó equiparado al homicidio<sup>3</sup>. Para la doctrina de la Iglesia, tuvo fundamental importancia la distinción entre el feto animado y el no animado, admitiéndose que el cuerpo se formaba en el útero a los cuarenta días de la concepción en los varones y a los ochenta en las hembras. Esta equiparación del aborto sobre feto animado al homicidio, tardó en ser admitida por las legislaciones, que mantenían las ideas clásicas del Derecho Romano, en el que no se asimilaba totalmente el no nacido a la persona del derecho<sup>4</sup>. La máxima severidad en la represión del aborto aparece en el antiguo Derecho francés, que sin distinguir entre el feto animado y el inanimado, lo castigó con la pena capital fijada para el homicidio. Un conocido edicto de ENRIQUE II, publicado en el año 1556, sancionó con la pena capital, no solamente el aborto, sino también la ocultación de preñez. El criterio que identificaba el aborto con el homicidio se mantuvo en la legislación de Toscana, de Austria y de Prusia, del siglo XVIII. FEUERBACH combatió la equiparación del valor de la vida humana a la del feto, dando impulso al movimiento que atenúa las penas del aborto con relación a las del homicidio en las legislaciones del siglo XIX.

En el Derecho español, el Fuero Juzgo castigaba el aborto violento causado por un tercero, adoptando la distinción entre el feto formado o no formado, con el fin de castigar más severamente el primero (Libro VI, título III, ley 2); esta distinción no aparece al sancionarse el aborto no violento, el consentido y el causado por la propia mujer encinta, castigado con pena de muerte

(leyes 1, 4, 5 y 6 del mismo título). Las Partidas sancionaron todas las formas de aborto, manteniendo la distinción entre feto vivo o no vivo a los fines de graduar la pena (Partida VII, título VIII, ley 8). A partir del Código de 1822, el aborto es objeto de una amenaza penal distinta de la del homicidio, admitiéndose la modalidad atenuada del aborto honoris causa (art. 640).

En la legislación argentina, el Código de TEJEDOR castigaba a "la mujer embarazada que de propósito causare su aborto o consintiere que otro lo cause", con un año de prisión. "Si fuese de buena fama, y cometiese el delito poseída por el temor de que se descubra su fragilidad, se disminuirá la mitad del tiempo" (art. 216 del Código de la Provincia de Buenos Aires de 1877). Al que "de propósito ocasione el aborto de una mujer, empleando violencia, bebidas u otros medios", se le aplicaba tres años de prisión. La pena se reducía a la mitad si la mujer había solicitado el aborto y a la tercera si éste era "ocasionado con maltratos, bebidas u otros medios, que no hubiesen tenido por objeto directo hacer abortar, sino producir otro mal menor". Por disposición del artículo 218, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su arte para causar el aborto, sufrirán tres años de prisión con inhabilitación perpetua para volver a ejercer su profesión. Por último el artículo 219, disponía: "Si en el caso de los artículos anteriores resulta la muerte de la madre, la pena será el minimun del presidio o penitenciaria".

El Código de 1886, en el artículo 102, castigaba al que maliciosamente causare un aborto. La pena menor, que es de uno a dos años, está fijada para el caso de que la mujer lo consienta. El hecho se agrava para el que obre sin consentimiento de la mujer, triplicándose el máximo de la pena para el supuesto en que, además, se ejerciere violencia sobre la mujer embarazada (art. 102). Castigaba, también, a la mujer que violentamente causare su aborto o consintiere que otra persona se lo causare; si lo hiciera para ocultar su deshonra, se aplica el mínimo de la pena prevista (art. 104). Los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusen de su ciencia o arte para causar aborto, aparecen castigados por el artículo 105 con la pena fijada para el aborto causado ejerciendo violencia sobre la mujer, e inhabilitación por doble tiempo. Cuando los medios empleados para causar el aborto hubiesen producido la muerte de la mujer, la pena aplicable será el máximo de la establecida para el aborto causado ejerciendo

violencia sobre ella (art. 106). En el artículo 103, se prevé el aborto violento no intencional, en términos que han sido tomados a la letra por el artículo 87 de la ley vigente. La pena era de arresto de seis meses a un año.

La Ley de Reformas 4189 derogó todas las disposiciones referentes al aborto, sancionando en su lugar otras análogas a las del Código actual, tanto en su redacción como en el monto de las penas. No se prevén las formas impunes del aborto, que fueron introducidas en la ley vigente por la Comisión del Senado, la que las tomó del artículo 112 del Anteproyecto suizo de 1916.

### **El Aborto**

El artículo 85 castiga al que causare un aborto con las siguientes penas:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de muerte de la mujer.
2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximun de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

### **Bien Jurídico**

Podemos ubicar al delito de aborto dentro del Libro Segundo del Código Penal. En su primer título se plasman los delitos que atentan contra las penas, en el que podemos encontrar en su Capítulo I a todos aquellos delitos “contra la vida”.

Antes de comenzar a hablar del aborto tenemos que tener primero en claro cuál es su concepto. Si bien el Código Penal no da una definición de aborto, no por ello se puede decir que no sea posible definirlo de manera específicamente jurídica. Se lo puede conceptuar de dos maneras diferentes: a) jurídicamente, y b) médicamente.

Para empezar, el concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto.

Médicamente, desde el punto de vista ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente.

El bien jurídico protegido es la vida del feto, lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud. La ley toma en cuenta como elemento distinto para agravar la pena la muerte de la madre, pero no el daño en la salud que el proceso abortivo implica en sí mismo (art. 85, Cód. Pen.).

Según la opinión mayoritaria, el aborto protege un bien jurídico autónomo, diferente de los intereses de la mujer embarazada y vinculado de algún modo a la “vida humana”.

Las opiniones empiezan a dividirse cuando se trata de determinar el contenido específico de dicho bien. Mientras algunos afirman que el objeto de protección penal es la vida humana anterior al nacimiento, otros sostienen, por el contrario, que el bien jurídico protegido es el valor sociocultural “esperanza de vida”.

Otro importante sector de la doctrina no limita el objeto de tutela del delito de aborto a un único bien jurídico, sino que lo extiende a un conjunto de intereses entre los que se destacan –además de la vida humana y la esperanza de vida- el interés demográfico del Estado, la vida e integridad física de la mujer y su derecho de autodeterminación<sup>5</sup>.

En las legislaciones el bien jurídico en el delito de aborto ha ido cambiando, a veces en base a teorías totalitarias, como por ejemplo en la italiana en la cual en el código de 1932 incluyó al aborto entre los delitos “contra la integridad y la sanidad de la estirpe”, que, como es obvio, tenía estrecha relación

con la ideología política de régimen vigente en esa época<sup>6</sup>. En igual sentido, en la Alemania del nacional socialismo se intentó en el proyecto de reforma del Código Penal colocar al aborto entre los atentados contra la raza y la herencia. Esta idea nefasta, por supuesto, llevo, como bien hace notar Bustos, a la ordenanza del 9 de Marzo de 1943, por la cual quedaban exceptuadas de la prohibición del aborto las personas de origen no alemán.

No hay duda, a nuestro criterio, de que en la ley Argentina, siguiendo en esto al Código de España de 1848, el aborto esta entre los delitos contra las personas. Para Núñez, por ejemplo, el bien jurídico protegido es la vida del feto<sup>7</sup>, idea ésta que también fue seguida por Soler, y se plasmó en el proyecto de Código Penal de 1960. Con ello se sigue una vieja tradición en el tema, como se puede ver tanto en Pacheco como en Carrara, para quienes se atenuaba el castigo, ya que lo que se destruía era un germen, una esperanza de vida y no una vida definitivamente adquirida. En igual sentido a opinado Antolisei, cuando afirma que “el interés que realmente es ofendido por este hecho criminal es la vida humana, ya que el producto de la concepción –el feto- no es *spes vitae* y mucho menos una *pars ventri*, sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene un propio metabolismo orgánico y, al menos en el periodo avanzado de gravidez, se mueve y tiene movimiento cardíaco”. Hurtado Pozo hace notar que el bien jurídico es el nuevo ser durante el embarazo. Y esto tiene consecuencias en cuanto a la fecundación *in vitro*, ya que el fruto obtenido mediante este proceso es idéntico al embrión que surge de la fecundación llamada natural. Sin embargo, la protección que da el Código Penal no alcanza a la fecundación *in vitro*, sino sólo al feto que se encuentra dentro del seno de la madre.

### **La defensa del feto y la Constitución Nacional**

Ahora bien, la protección al feto surge, tal como se ha hecho notar, no sólo por imperio del Código Penal, sino que, después de la reforma Constitucional de 1994, se basa en ella y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Rige en este punto lo dispuesto por el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>8</sup>, y el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos<sup>9</sup>. Con ambos textos en la mano, Bidart Campos ha expresado de manera concluyente que el derecho a la vida, que ya estaba incluido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, lleva a que el aborto viole ese derecho a la vida, y que abortar –con o sin ley que lo autorice- es inconstitucional. Y afirma en forma enfática: “Ni siquiera el aborto por motivos terapéuticos, eugenésicos o sentimentales, podría purgarse. No llegamos a decir que la Constitución obligue a penalizar el aborto mediante ley, pero sí decimos que cuando lo penaliza –como nuestro Código Penal- las desincriminaciones que a continuación hacen excepción a la punición aparentan revestir implícitamente el alcance de una especie de autorización legal que, en cuanto tal, sí es inconstitucional<sup>10</sup>.”

Ya antes de la reforma decía el citado autor que: “La Constitución Argentina no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida, pero nadie duda –y mucho menos si se computa la jurisprudencia de la Corte Suprema- que está incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del artículo 33. Cuando el Código Civil se refiere al comienzo de las personas físicas, proporciona infraconstitucionalmente en forma explícita la pauta de que el Derecho Constitucional a la vida está protegido desde la concepción. En nuestro Derecho, por eso, y aunque ninguna norma infraconstitucional hiciera arrancar el derecho a la vida desde la concepción, entendemos que el aborto la viola, y que abortar con o sin ley que lo autorice es inconstitucional. Ni siquiera el aborto con motivos terapéuticos, eugenésicos, sentimentales, podría purgarse”<sup>11</sup>. La conclusión de Bidart Campos es que al estar protegida la vida desde la concepción, todo tipo de aborto es inconstitucional. Sin embargo, admite que puedan existir causales muy restringidas sobre el aborto especial.

Pese a ello, creemos que esta posición confunde, en parte, problemas de antijuridicidad con problemas de atribuibilidad, tal como intentaremos explicar más adelante. Una cosa es que la ley justifique el aborto y otra muy distinta es que haya una causa de exculpación, que puede existir en la propia ley.

De todas formas, hay que tener en cuenta que en el Derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. El Código Civil en este aspecto es bastante claro, ya que expresa que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas” (art. 70, Cód. Civ.) y por ende

“son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno” (art. 63, Cód. Civ.). Dice Llambías, explicando la norma, “que Vélez adapta el Derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia el medio en que se desarrolla la vida de nuevo ser<sup>12</sup>. Sin embargo, la misma ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona. El artículo 74 del Código Civil dispone que “si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”. Esto implica, según Llambías, que la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida<sup>13</sup>.

De acuerdo a ello, no hay duda de que el tratamiento jurídico también debe ser diferente. Y esto es lo que hace el Código Penal. No es posible deducir de los preceptos constitucionales ya citados, que se exija igual protección de la persona por nacer que de la ya nacida<sup>14</sup>.

En la doctrina en general, se coincide en que la razón del castigo especial y atenuado del aborto radica en que nunca puede equipararse en gravedad con el homicidio, pues la vida que en él se extingue no se puede considerar definitivamente adquirida, es más una esperanza que una certeza<sup>15</sup>. No existe impedimento para que desde un punto de vista de política criminal se establezca una pena diferenciada para el homicidio y el aborto, según el momento en que se produzca el atentado contra el bien jurídico vida.

Se ha discutido, por parte de la doctrina, desde cuándo existe la vida humana protegida jurídicamente. Se ha dicho que el objeto de la acción en el aborto es ya el óvulo fecundado, antes inclusive de su nidación (teoría de la fecundación), por una parte, y, por otra, que sólo existe dicho objeto una vez producida la fijación del óvulo fecundado en las paredes del útero (teoría de la nidación). Según sea la postura que siga, serán distintas las consecuencias legales.

De lo que no hay duda, en principio, para nuestro ordenamiento legal, es de que la vida se protege desde la concepción hasta la muerte, pero lo que cambia

es la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento. Por lo demás, la cuestión ha sido legalmente decidida en tratados internacionales ya citados y que otorgan protección a la vida desde la concepción.

### **Concepto**

Como se expuso al comienzo, la ley no da un concepto de aborto, afirmando directamente que se castiga a quien lo cause. Se refiere a la muerte provocada de feto, con o sin expulsión del seno materno. Sin embargo el texto legal es más amplio, ya que se refiere a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Con lo cual el aborto no es otra cosa que la muerte del producto de la concepción humana, privándole de vida intrauterinamente, o bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura, consiguiendo que muera en el exterior por falta de condiciones de viabilidad<sup>16</sup>.

### **Tipo Objetivo**

**a) Presupuestos del delito de aborto:** Para que pueda darse el delito de aborto es necesario que se den, en principio, dos presupuestos básicos, que son la existencia de un embarazo en la mujer y que el feto esté con vida, ya que el delito en sí consiste en la causación de la muerte de feto por distintos medios<sup>17</sup>.

**b) Existencia del feto vivo:** Debe, sin lugar a dudas, existir un feto, y además que se encuentre vivo, motivo por el cual no es objeto de protección el feto ya muerto y la llamada mola.

La discusión, como ya se pudo analizar al tratar el tema desde cuándo se protege la vida humana, consiste en analizar desde cuándo se considera que existe un feto. Tampoco la doctrina se ha puesto de acuerdo en este tema. Para un sector

habrá feto desde el momento en que el huevo femenino es fecundado por el semen. Para otro sector sólo habrá feto desde el momento que el huevo fecundado se anidó en el útero. Maurach, Schroeder y Maiwald hacen notar que el feto recién toma su individualidad a partir de la anidación, y que, aun naturalmente, hay un alto porcentaje de pérdidas de los huevos fecundados, lo que torna difícil, desde el punto de vista de la política criminal, castigar el aborto antes de la anidación<sup>18</sup>.

Sólo cuando la causa de la muerte es la expulsión prematura consecuente con la interrupción del embarazo, se configura el aborto; si el ser nace con vida, aunque sea precaria, la muerte se causa durante el nacimiento o un acto posterior a él, esa muerte es un homicidio. Si, no obstante las maniobras tendientes a interrumpir prematuramente el proceso de la gestación y matar al feto, el ser sigue viviendo, dentro o fuera del seno materno, sólo se puede configurar una tentativa de aborto. Si esta última es ejecutada por la propia mujer no es punible (art. 88, Cód. Pen.). Carece de significado para la ley el tiempo transcurrido desde la gestación: es suficiente y necesario el estado de gravidez, lo que equivale a decir la existencia del feto, presupuesto lógico e indispensable del aborto<sup>19</sup>.

**c) Comienzo de la vida humana: criterio para su determinación:** A través de los delitos contra la vida, el Derecho Penal protege fundamentalmente la existencia físico-biológica del ser humano.

Lo que debe determinarse es a partir de qué momento comienza la protección del bien jurídico.

De fijarse el comienzo de la protección penal en la fecundación, la utilización de algunos dispositivos intrauterinos como medios de control de la natalidad quedaría comprendida dentro de las conductas prohibidas por la norma, ya que tales dispositivos no impiden la concepción sino la anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

Además, de admitirse la protección penal del *nasciturus* a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa

inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer sólo puede sospechar su estado de embarazo, pero desconoce si el mismo realmente se ha producido.

Aquella posición conduciría a considerar como objeto de protección penal también al producto de un embarazo extrauterino, criterio que si bien no impediría la impunidad del aborto, dado el peligro que aquél supone para la mujer<sup>20</sup>, y la posibilidad consecuente de recurrir a la indicación terapéutica, supone sin embargo un injustificado retraso de la solución jurídica del problema.

Las modernas técnicas de fecundación *in vitro* han dado lugar a una nueva problemática en el ámbito penal vinculado a la destrucción de los óvulos fecundados y no implantados, cuestión que siempre podría resultar dudosa en caso de fijarse el límite mínimo de protección de la vida humana en la fecundación.

A la vista del Derecho positivo, es innegable la diferencia de valoración jurídica entre la vida nacida y la no nacida.

Algunos autores consideran que el cambio de valoración se produce por “el cambio de bien jurídico protegido”, ya que de tutelarse en ambos casos la vida humana, los contrastes señalados sólo podían explicarse como resultado de una decisión arbitraria del legislador, explicación que naturalmente no es aceptable en un Estado de Derecho.

Otros, por el contrario, afirman que a través de los delitos de aborto y homicidio se protege un mismo bien jurídico: “la vida humana”, cuyo valor no sufre modificación alguna por los cambios externos y en particular por el nacimiento. El mayor rigor con que el Derecho castiga los ataques contra la “vida nacida” se explica por motivos ajenos al valor del bien jurídico<sup>21</sup>.

Una última corriente considera que el nacimiento supone un cambio cualitativo a partir del cual el valor de la vida se ve fuertemente incrementado.

Tanto el delito de aborto como los tipos de homicidio protegen un mismo bien jurídico: *la vida humana*. Lo que sucede es que, a diferencia de otros bienes jurídicos, la vida no es un fenómeno estático al que le es posible asignar un valor único e invariable. Por el contrario, durante su desarrollo, este bien se ve sometido

a una serie de transformaciones que inciden en su consideración social, lo que a su vez se refleja en su diversa valoración jurídica.

La *concepción* y el *nacimiento* constituyen los dos momentos fundamentales en este cambio valorativo. Ambos fenómenos representan importantes transformaciones biológicas en la vida del ser humano que no son indiferentes a la sociedad ni, en consecuencia, al Derecho.

Con la concepción, la vida surgida, de la fecundación queda definitivamente individualizada. Esa primera e importante transformación biológica marca el punto de arranque de su tutela jurídica, porque a partir de ese momento estamos en presencia de “un nuevo ser humano” único y plenamente identificable<sup>22</sup>.

El *nacimiento*, por su parte, marca el comienzo del proceso de “socialización” del ser humano, una de cuyas primeras manifestaciones se produce precisamente en el ámbito jurídico al atribuírsele a la calidad de *persona*, es decir, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Este cambio fundamental provoca una notable elevación en la valoración social, y consecuentemente jurídica, de la vida humana. Con el nacimiento el ser humano se incorpora a la comunidad, pasa a ser un miembro de la sociedad con total independencia de la madre que lo gestó<sup>23</sup>, y aunque es verdad que el recién nacido sigue dependiendo de otros para vivir, ya no se trata de una dependencia necesaria de una única persona. El recién nacido puede vivir sin su madre, el feto, no.

Mediante el reconocimiento de estas diferencias valorativas en el desarrollo de la vida humana, es posible explicar las variaciones en la intensidad de su tutela penal sin necesidad de negar carácter “humano” a la vida en gestación, posición que parece insostenible desde el punto de vista biogenética y obliga a una interpretación excesivamente forzada del Derecho positivo.

Es de notar que el reconocimiento del carácter relativo y variable del valor del vida humana entraña el riesgo de un cierto debilitamiento de la protección de tan importante bien jurídico y puede dar lugar a equívocos que conduzcan a inaceptables distinciones cualitativas entre los seres humanos.

De todo lo expuesto se deduce que no es típica la conducta de prevención del embarazo, aun en los casos, siguiendo la posición mayoritaria, de dispositivos que eviten la anidación del huevo<sup>24</sup>.

El Código Penal alemán resolvió expresamente el tema estableciendo en el párrafo 219d, StGB, que “no se considerarán interrupciones del embarazo en el sentido de esta ley las conductas cuyos efectos se producen antes de que se dé término a la anidación del óvulo fecundado en el útero”. Al comentar esta indicación, afirma Hirsch que “prácticamente esto significa que hasta el decimotercer día después de la concepción, la destrucción del óvulo fecundado es, sin más, lícita, lo que supone que la aplicación de medios antinidatorios es, desde un punto de vista penal, totalmente irrelevante”.

En nuestra opinión, lo expuesto no significa desconocer que desde la concepción se esté en presencia de vida humana y que, como tal, deba ser protegida por el ordenamiento jurídico; se trata de cuestiones diferentes<sup>25</sup>. Ocurre que hasta el momento de la anidación resulta imposible demostrar la existencia del embrión, por lo que extender la protección de la figura del aborto a estas situaciones ocasionaría dificultades de diversa índole que tornarían en definitiva inaplicable la disposición<sup>26</sup>.

Tampoco será típica la conducta que elimine la llamada preñez aparente. Se acerca esta idea a la del no castigo de la tentativa con medios mágicos. La viabilidad del feto es una cuestión de hecho, que como tal, y atento a la jurisprudencia en general, queda al margen del recurso de casación.

**d) El embarazo de la mujer:** La otra exigencia es que la mujer se encuentre embarazada, de modo que no se protege al embrión fecundado *in vitro*, ya que no está en el vientre la madre. En este sentido hay una laguna en la legislación argentina, que no regula el tema.

Pese a la existencia de algunas opiniones en contrario, y sin perjuicio de que los tratados internacionales a los que nos hemos referido aluden a la concepción sin referencia al lugar donde ésta se produzca, entendemos que de ningún modo la fecundación extracorpórea o *in vitro* podría quedar abarcada por el tipo penal del aborto tal como está legislado, pues el codificador penal de 1921

al incriminar la conducta ha tenido en consideración la disposición del artículo 63 del Código Civil, cuerpo normativo que, a la época de su sanción, sólo pudo contemplar la concepción en el seno materno; extender la protección a situaciones análogas afectaría los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

Por tal razón, como lo expone Martínez, “las claras exigencias del principio de legalidad, sumadas a razones de sana técnica legislativa hacen aconsejable la creación de un tipo penal específico. Figura ésta que no debería limitarse al supuesto de destrucción de los preembriones sino que habrá de comprender otras conductas tales como el ocultamiento o la atribución de un destino ilegítimo, impensables en el caso de preembriones intrauterinos”, y concluye afirmando que “la sustancia embrionaria humana configura un bien tan apreciado para la humanidad que resulta indeclinable su tutela penal”<sup>27</sup>.

Sin embargo, en esta materia nuestros legisladores parecen no tener interés. Se encuentran más preocupados por crear figuras penales inútiles para paliar la emergencias políticas económicas y sociales, que por atender a una problemática que se relaciona nada más y nada menos que con la existencia y dignidad misma del ser humano.

Actualmente, por ejemplo, se encuentra sometida a un arduo debate la técnica de la clonación, que es el procedimiento mediante el cual se obtienen individuos idénticos a partir de un solo sujeto. Ésta constituye una forma de reproducción asexual mediante la cual se crean individuos idénticos, tanto biológica como genéticamente —es decir, que comparten el mismo genoma—.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en su artículo 11 claramente dispone que “no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos”, invitándose a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes “a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que correspondan para asegurarse de que se respeten los principios enunciados en la presente Declaración”. Dentro del ámbito europeo, se procedió a dictar un Protocolo al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad

Humana (Convención Europea de Bioética), en el cual se dispone la prohibición de clonar seres humanos (art. 1º del protocolo citado).

Frente a este panorama, las situaciones generadas por el avance de la ciencia en materia de reproducción humana no pueden ser desatendidas por mucho tiempo más. Se trata de una de las áreas donde el desarrollo científico y tecnológico ha alcanzado horizontes hasta hace poco años inimaginables. Sin demora, deberían legislarse tipos penales específicos sobre todas aquellas que puedan afectar el fruto de la concepción, como por ejemplo lo ha hecho el legislador español en el Título V, denominado *Delitos relativos a la manipulación genética*.

Es que hoy en día constituye una realidad la posibilidad de corregir o suplir la falta de capacidad biológica generativa, mediante el perfeccionamiento y puesta a disposición del ser humano de las técnicas de reproducción asistida. Es más, aún cuando no esté ausente dicha capacidad, pero exista riesgo de tener hijos con malformaciones, taras o daños graves a su salud, dichas técnicas se presentan como un médico al alcance de quienes desean ser padres. He aquí los principales motivos por los que se suele recurrir a estos médicos: en primer lugar, a fin de combatir la esterilidad humana, y en segundo término, en miras de prevenir la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias.

Por supuesto que en esta materia no sólo se encuentra involucrado el Derecho Penal, puesto que a la vez, se han incrementado notoriamente los riesgos en materia de daños. En la solución de estos “nuevos problemas” se encuentran comprometidos “tradicionales” principios y valores éticos, religiosos y sociales, los cuales el Derecho no puede, ni debe, ignorar. Una vez más, se exige al Derecho una respuesta a fin de otorgar el debido y adecuado marco regulatorio. Estas nuevas cuestiones, han suscitados no sólo la preocupación y reflexión de los juristas, sino de los profesionales de otras áreas del conocimiento como la medicina, la biología, la filosofía, la psicología, y demás, reflexión y discusión que se ha dado en el marco de un diálogo interdisciplinario. Este diálogo ha encontrado su causa con el surgimiento de la Bioética.

Ahora bien, entre los numerosos daños que pueden originarse a raíz de la manipulación genética, y específicamente por el uso de técnicas de fecundación asistida, cabe mencionar los siguientes: la manipulación genética con el objeto de seleccionar ciertos rasgos de la prole –cuando son valorados como superiores por razones de diversa índole-, la realización de prácticas eugenésicas, los derivados de la clonación, de la octogénesis –esto es, la posibilidad de completar la formación del feto *in vitro*-, de la selección de sexo, los daños genéticos y por transmisión de enfermedades al concebido, las cuestiones atinentes a la determinación de la filiación en supuestos de inseminación artificial heteróloga, los planteos referidos a la maternidad subrogada, la dación de gametos y su anonimato, el congelamiento y la destrucción de embriones, os límites y licitud o ilicitud de recurrir a tales métodos, entre otras.

Compartimos con Medina y Hooft la afirmación de que las nuevas posibilidades tecnológicas que se han abierto en el campo de la biomedicina reclaman la reglamentación por parte del legislador, para evitar que un recurso incontrolado de esas técnicas conduzca a consecuencias imprevisibles para la sociedad civil y para la dignidad humana. Los grandes valores que deben inspirar la intervención del legislador son: el derecho a la vida, e integridad psicofísica de todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte, como también la prohibición de investigaciones y experimentaciones que afecten la dignidad de la persona humana<sup>28</sup>.

**e) Sujeto activo:** Tal como está redactada la norma, no hay duda de que sujeto activo puede ser cualquier persona. Sin embargo, de acuerdo a la ley argentina, el sujeto activo sirve para diferenciar las distintas clases de aborto y las respectivas penas que le corresponden a cada uno de esos tipos penales. En este sentido la ley ha previsto el aborto de terceros con o sin el consentimiento de la madre (art. 85, Cód. Pen.); el aborto practicado por médico, cirujano, partera o farmacéutico (art. 86, Cód. Pen.) y, por último, el aborto practicado por la propia mujer embarazada (art. 88, Cód. Pen.).

**f) La muerte del feto:** La ley prevé que la muerte del feto debe ser provocada, esto es, el aborto no debe ser espontáneo. La muerte se dará, tal como hemos venido sosteniendo, con expulsión o sin expulsión del seno materno.

En principio no habrá problemas con acciones que lleven al aborto: actos positivos del sujeto activo, ya sea el tercero, ya sea la madre, conducentes a la muerte del feto. Rigen en este aspecto las reglas generales de la causalidad, o si se prefiere de la llamada imputación objetiva. Los medios en este caso pueden ser múltiples: mecánicos, técnicos, eléctricos, químicos, psíquicos u hormonales. Bien dice Hurtado Pozo que no existe nada que no pueda ser utilizado como medio abortivo, y que, por otra parte, la ley tampoco ha señalado medio alguno especial<sup>29</sup>.

El problema se suscita cuando surge la pregunta de si es posible el aborto mediante omisión. Bustos ha sostenido, en contra de la posición de Schönke-Schröder, y de Maurach, que en la legislación chilena, que por otra parte es similar a la argentina, no podría darse el aborto por omisión. Y esto surge debido a que la ley habla de causar un aborto, “lo que surgiere la idea de que el agente desencadena el proceso causal. Es más –agrega Bustos-, en la única forma pasiva prevista expresamente, no se satisfizo el legislador para castigar a la mujer con el solo hecho de tolerar o no evitar su aborto, sino que exigió que consintiera en él<sup>30</sup>. En cambio, en España, González Rus, entre otros, afirma que es posible la comisión por omisión, “dado que las distintas modalidades delictivas aparecen concebidas como tipos prohibitivos de causar”<sup>31</sup>.

El delito de aborto se consuma con la muerte del feto, tanto sea dentro del útero materno o fuera de él. En cambio, si luego de las maniobras abortivas el feto vive se estará frente a una tentativa de aborto.

### **Tipo Subjetivo**

En general se debe afirmar que el delito de aborto, salvo el caso del artículo 87 del Código Penal, es doloso. Es decir, quien actúa lo debe hacer sabiendo que la mujer está embarazada, la naturaleza de los medios que utiliza, y que el fin de su acto es la muerte del feto. Lo mismo cabe para la mujer que practica su propio aborto o que lo consiente.

La discusión se centra en qué dolo se exige. Núñez afirma que sólo se puede aceptar el dolo directo, esto es, el propósito de matar al feto, “vale decir, proceder para matarlo”. Critica Núñez la opinión de Soler, que afirmaba que se admitía el dolo eventual con respecto a la muerte del feto, y el dolo directo si era exigible con respecto a la expulsión, dando como ejemplo el caso de la aceleración del parto. La crítica se basa en que el parto acelerado es un proceso de nacimiento y no de aborto. En este sentido lleva razón el autor citado, debido a la posición que hemos tomado, en el sentido de que habrá homicidio cuando se mate una vez iniciado el proceso de parto<sup>32</sup>.

### **Tipos Penales del artículo 85**

De acuerdo al texto legal, el aborto puede ser causado por un tercero que puede haber actuado en contra del consentimiento, expreso o tácito, de la mujer, por una parte, y por otra, con el consentimiento de ella. Además existe el caso del autoaborto de la mujer, regulado por el artículo 88 del Código Penal.

#### **a) Aborto causado por terceros**

En el artículo 85 se regula el aborto causado por un tercero, quien es el autor principal del hecho delictivo, ya que es el que realiza los actos que llevan a la muerte del feto o, consuma el tipo penal.

##### **a.1) Aborto practicado por un tercero sin el consentimiento de la mujer**

Afirma González Rus que este delito es complejo, ya que está integrado por el aborto, por una parte, y coacción por la otra, en el que junto al ataque a la vida en formación se lesiona la libertad de determinación de la mujer<sup>33</sup>.

La ley incluye en este caso cualquier aborto que se realice sin el consentimiento expreso o tácito de la madre. Se comprenden todos los supuestos posibles en que el tercero realiza el aborto sin el consentimiento de la mujer.

Entran los casos de engaño, aprovechando el error de la mujer, ya sea por confianza en el autor, ya sea por un descuido de ésta. Además, se incluyen los supuestos de inconsciencia, ya sea que la mujer ha consentido, por ejemplo para realizarse otra operación, o directamente como un caso de violencia. De más está decir que entran en estos casos los de violencia (*vis absoluta*) y la coacción (*vis compulsiva*)<sup>34</sup>.

El error del sujeto que cree que tiene el consentimiento de la madre elimina la agravante, dado que es un elemento del tipo.

## **a.2) Aborto practicado por un tercero con consentimiento de la mujer**

En el caso del aborto por un tercero, pero con el consentimiento de la mujer, no hay duda de que, como bien lo dice González Rus, intervienen por lo menos dos personas, esto es, el autor del hecho y la mujer que consiente. Sin embargo en este tipo penal sólo puede ser sujeto activo el tercero, ya que el artículo 88 del Código Penal castiga expresamente a la mujer que causare su propio aborto o lo consintiera<sup>35</sup>.

El consentimiento es un elemento del tipo. La mujer autoriza las maniobras abortivas que se realizarán, lo que no equivale a que tenga un poder de disposición sobre el bien jurídico, ya que también este aborto tiene pena.

La mujer consiente expresamente si su manifestación, que puede ser verbal, por escrito o por signos inequívocos, es en el sentido de que el tercero mate al feto (art. 917, Cód. Civ.)<sup>36</sup>.

En cambio, consiente tácitamente si deja que el tercero actúe y no se opone a ello. Debe conocer que el tercero va a producir la muerte del feto. De acuerdo a la redacción del texto legal, no es admisible el consentimiento presunto.

El consentimiento requiere sólo la capacidad de delinquir, debido a que no es un acto cuyo fin sea tener efectos civiles, con lo cual la capacidad que se requiere es la general para poder ser imputable, y no la del Código Civil. En este

sentido también se exige que la mujer tenga capacidad de culpabilidad en el sentido del artículo 34 del Código Penal<sup>37</sup>.

### **a.3) Agravamiento por el resultado**

En los dos supuestos del artículo 85 del Código Penal se agrava la pena, a quince y seis años respectivamente, si muere la persona.

Hay varios problemas en la interpretación de esta agravante. Las cuestiones sobre si debe haber o no aborto y el elemento subjetivo son básicas en este tema.

En lo que hace al primer problema, una parte de la doctrina ha exigido que para que la muerte de la mujer agrave el hecho, el aborto tiene que haberse realizado plenamente, o sea que el autor mate al feto. Si esto no ocurre, ya sea porque no existe el embarazo, o está muerto el feto, o directamente no se logra la muerte de éste, no se dará la agravante, y sólo se podrá dar una tentativa o un delito imposible de aborto, en concurso con homicidio culposo<sup>38</sup>.

Una segunda posición afirma que basta que el aborto sea tentado y ocurra la muerte de la mujer para que se configure la agravante<sup>39</sup>. Núñez, por su parte, adhiere a esta opinión, afirmando que la ley sólo se refiere a “si el hecho fuese seguido de muerte”, lo que no equivale, según esta posición, a decir que de la muerte del feto se derive la muerte de la madre. En síntesis, sólo se requiere tentativa de aborto, para Núñez, ya que la ley se refiere al hecho, por una parte, y además la tentativa como tal también admite la agravante. Por último lo que ha querido el legislador es un mayor castigo de aquel que ha realizado maniobras abortivas, con dolo de aborto, cuando a raíz de ello la madre muere.

La dificultad para resolver el problema se encuentra en la propia redacción de la ley, que habla de aborto solamente y no de maniobras abortivas, de modo que, en este sentido la posición más apegada a la ley es la que sostiene que tiene que existir aborto consumado. Y en apoyo de esta tesis se puede dar el ejemplo de quien inicia maniobras abortivas estando el feto muerto. Pues bien, en estos casos,

la doctrina española, con un texto más amplio que el nuestro, ha sostenido que no se configura la agravante.

Pero el problema más grave se da en cuanto a la relación subjetiva existente entre el aborto y el homicidio, ya que como se ha dicho es un delito cualificado por el resultado<sup>40</sup>. Una primera posición que se base solamente en la relación causal, podrá afirmar que dándose una causalidad entre la primera acción ilícita y la muerte, aunque ésta fuera de una forma fortuita e imprevisible, se estaría frente a la agravante. No hay duda de que desde el punto de vista objetivo debe existir una relación entre el delito base, esto es el aborto, y la posterior muerte. Y esto surge cuando la muerte se produce debido al peligro inherente que lleva la acción de matar al feto, con lo cual se exigen las dos partes de la imputación objetiva: la relación causal propiamente dicha y el aumento del riesgo al bien jurídico, en este caso la vida de la madre. A nuestro juicio se trata de un homicidio culposo. Es decir, existe dolo de aborto e imprudencia en la muerte de la madre. En cambio, si la muerte se produce con dolo, ya sea de primer grado o eventual, rigen las reglas del concurso. Esta interpretación se ajusta al principio de culpabilidad, por una parte, al existir una relación subjetiva entre el resultado muerte y la imprudencia de la persona, y, por otra parte, en el caso de que la muerte sea dolosa, rigen las reglas del concurso, ya que de lo contrario se estaría castigando de igual manera al aborto más el homicidio, que al homicidio con dolo eventual<sup>41</sup>. En igual sentido opina Núñez en la doctrina nacional, admitiendo cualquiera de los tipos de dolo.

#### **a.4) Participación profesional**

El artículo 86 dispone que incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por el doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El artículo, tal como está redactado, constituye una clara alteración a regla de la participación criminal, debido a que, cualquiera sea la calidad y el grado de la intervención de los profesionales enumerados, éstos quedan sometidos a la pena del delito, sumada, además, la pena de inhabilitación<sup>42</sup>.

El motivo o causa de este artículo está, según Pacheco, en que la profesión de una facultad científica impone obligaciones de moralidad que no tienen en tal sentido los simples particulares. La medicina es para curar a los enfermos, y no para hacer abortar a las mujeres embarazadas<sup>43</sup>. Grisolia, Bustos y Politoff, por su parte, afirman, siguiendo a Cobo del Rosal y Rodríguez Mourullo, que en estos casos hay mayor reprochabilidad de aquel que actúa desatendiendo deberes que personalmente incumben al facultativo. De allí que la agravante no se comunica a los partícipes no facultativos, como ser al inductor del médico<sup>44</sup>.

### **a.5) Sujeto activo**

En este caso sólo pueden serlo las personas mencionadas en la ley, esto es, médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, siguiendo en esto al Código español de 1822, que hablaba de médicos, cirujanos, boticarios, comadrones o matronas. Como la ley argentina no agregó ninguna otra aclaración, tal como lo hicieron el Código de España y el de Chile, entendemos que la mención de los sujetos activos es taxativa.

La ley exige que el médico actúe abusando de su ciencia o arte para causar o cooperar en el aborto. Interpretando una norma similar, Grisolia, Bustos y Politoff han sostenido que “la expresión abusando de su oficio sólo puede aplicarse al facultativo que realiza la acción típica no justificada, motivada por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional. Si lo que perseguía era evitar los sufrimientos u otros conflictos psíquicos o físicos de una paciente, lo que está abarcado por su misión, aunque haya traspasado el límite de la licitud, no podía considerarse un abuso del oficio en el sentido del precepto agravatorio”. Similar posición ha sostenido Núñez, en cuanto sólo es abusiva la intervención de médico si éste actúa maliciosamente para causarlo o cooperar en el aborto. De ninguna manera cuando su intención es salvar la vida de la madre o curar mayores males físicos<sup>45</sup>.

Ahora bien, cuando la ley se refiere a la cooperación, la doctrina ha entendido que se refiere tanto a un obrar físico como psíquico, junto con el autor, para lograr el fin del aborto. Sin embargo, Núñez sostiene, en contra de Soler, que

no se ha ampliado el grado de comprensión de la participación, sino que, por la propia actividad profesional, los actos de estas personas tienen una connotación distinta ala de terceros no especializados.

## Capítulo II

### La Violación del Secreto como Figura Penal

**Sumario: Código Penal. El bien jurídicamente tutelado. Revelación del secreto profesional. La materialidad. Calidad personal del autor. El conocimiento del secreto. La culpabilidad. Consumación y tentativa. Requisitos exigidos por la ley penal.**

### La Jurisprudencia y el delito de Aborto

La jurisprudencia se ha movido de manera oscilante en el tratamiento del aborto. Se ha sostenido que acreditando el estado de embarazo y no existiendo elemento alguno que permita afirmar que el feto no estaba con vida al momento de realizarse las maniobras abortivas, corresponde el juicio de reproche por el delito de aborto (art. 85, segunda parte, del Cód. Pen.) en concurso ideal con lesiones gravísimas (art. 92 del Cód. Pen.). El requisito de vida del feto es un presupuesto indispensable para la consumación de este delito, lo que no significa que la vitalidad fetal deba probarse por una ecografía previa. El embarazo en términos normales se desarrolla hasta culminar en el parto y nacimiento y nada indica que este desarrollo se interrumpa previamente a la intervención practicada<sup>46</sup>.

En contradicción con el fallo anteriormente mencionado<sup>47</sup>, no existiendo en el delito de aborto prueba alguna que permita dar certeza de que en el momento

de realizarse el mismo el feto estuviera con vida, debe calificarse el hecho como lesiones culposas gravísimas. La acción típica requiere la existencia de un feto vivo; el bien jurídico protegido es la persona por nacer.

También se ha sostenido que aun en la ausencia del feto en gestación, que representa el *corpus criminis*, no existe ápice procesal que obstaculice la demostración de la conducta abortiva, cuando los restantes datos integradores del *corpus delicti* han concurrido en el caso<sup>48</sup>.

Para acreditar la existencia del cuerpo del delito de aborto no son suficientes las confesiones de la partera y la presunta embarazada si no están corroboradas por prueba pericial, única prueba idónea para comprobar la existencia de preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto y demás circunstancias mencionadas en el artículo 225 del Código Procesal Penal<sup>49</sup>.

Es competente para conocer en el delito de aborto el juez del lugar donde al practicarse las maniobras abortivas se produjo la muerte del feto, y no el juez de la jurisdicción donde se extrajeron sus restos con la finalidad primordial de preservar la salud de la mujer<sup>50</sup>.

Con respecto a este punto –competencia-, la doctrina es unánime al considerar que, como se ha dicho anteriormente, el juez competente es el del lugar donde se practicaron las maniobras abortivas y se produjo la muerte del feto.

Corresponde entender en la causa a la justicia penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se ejecutaron las maniobras abortivas y tiene allí su domicilio la persona que practicó la operación, aunque la muerte del feto pueda haber ocurrido en otro lugar. Ello conforme al principio según el cual el hecho punible se estima cometido en todas las jurisdicciones a través de las cuales se desarrolló la acción y también en el lugar de verificación del resultado, lo que permite elegir una de dichas jurisdicciones atendiendo las exigencias de una mejor economía procesal<sup>51</sup>.

El médico que efectúa una operación en lugar no apto para ello, sin tener los medios adecuados, sin poder dejar al paciente en observación y realiza la intervención de manera imprudente, somete a su paciente a riesgos evitables, por ende tipifica el delito culposo. La regla de evitabilidad debe determinarse en base

a criterios generales, fundados en la pregunta que debe hacer un miembro consciente y sensato del grupo de profesionales del arte de curar, cuando constata la ausencia de condiciones para ejecutar adecuadamente el tratamiento correspondiente; su actuar infringe el deber de cuidado si no realiza una consulta necesaria, entrega el paciente al médico especialista o lo transfiere al hospital. Un exceso de autoestima es causal de violación de dicho deber<sup>52</sup>.

Si bien no puede responsabilizarse al procesado por el delito de aborto, por no haberse podido acreditar fehacientemente el estado de embarazo y tampoco corresponde reproche por tentativa inidónea, sino por atipicidad de la acción, en cambio debe adecuarse su conducta en la figura de homicidio culposo (art. 84, Cód. Pen.), al establecerse por plena prueba que la intervención por vía vaginal practicada por el encausado causaron las lesiones que produjeron una infección, causa de la peritonitis aguda, tardíamente operada, por demora del propio encausado en su consultorio, donde la mantuviera toda una noche en observación y medicada, que agrava el riesgo de producción del resultado no querido, pero si previsible para un facultativo, cual es el peligro y finalmente la muerte del paciente.

La modificación de la calificación de aborto por la de homicidio culposo no significa una “alteración del hecho”, ya que son tipos legales de un mismo género, tratados consecuentemente bajo el mismo capítulo del Código Penal, y protegen el mismo bien jurídico vida que caracteriza al referido acápite.

Además, sólo hay mutación esencial del hecho cuando los elementos materiales o aun solamente psíquicos (dolo, preterintención, culpa) que lo constituyen y deben ser jurídicamente valorados son distintos y más graves que los especializados en la imputación. Por ello, no hay modificación del hecho cuando el juez, manteniendo firmes los mencionados elementos, da al mismo hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la imputación<sup>53</sup>.

En cuanto a la constitucionalidad del delito de aborto, la jurisprudencia ha sostenido que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 85, inciso 2º, y 88 del Código Penal (posición mayoritaria). El derecho a la vida está protegido por la Constitución Nacional y también por la Convención Americana

sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054)-. El embrión o feto no es parte del cuerpo de la mujer, se trata de un ser independiente que se está gestando en su interior, y sobre los derechos de la mujer a su intimidad, a disponer de su cuerpo, ha de prevalecer el derecho a la vida de la persona por nacer, siendo éste de superior jerarquía que la libertad en tanto la presupone. La protección de quien ni siquiera puede defenderse por sí mismo justifica la intervención del Estado y la ley prevé el delito de aborto (art. 85, Cód. Pen.), tutelando la vida del feto independientemente de la madre (del voto formando mayoría del Dr. Locio).

El Código Civil (arts. 51, 70 a 74 y concs.) y el Código Penal (arts. 85 a 88) protegen la vida del hombre desde su comienzo con la concepción y se prolonga en el tiempo a través de una serie de etapas hasta concluir con la muerte del sujeto (del voto estableciendo mayoría del Dr. Costa).

En materia de delitos contra la vida es condición esencial que la acción se dirija contra otro “ser en el mundo”, esto es alguien que ha nacido y presenta signos característicos de humanidad. El sujeto pasivo debe ser una persona de existencia visible tal como lo prevé la ley penal para el homicidio y las lesiones, por eso ha de excluirse cuando acontezca antes del nacimiento del ser en gestación, sea cual fuere su estado –germen, embrión, feto-, porque por sobre los múltiples motivos de nuestro interés ha de prevalecer la persona de la madre, el respeto de su intimidad, y su derecho a disponer de su cuerpo tanto como del pensamiento y de todas las manifestaciones de su espíritu (de la disidencia del Dr. O’ Neill).

El ser humano en uso de su libre albedrío puede consumar contra sí mismo la muerte por suicidio, u otra acción grave pero no fatal, como la amputación de un miembro, lesiones de todo tipo, sin secuela penal para la consumación o la tentativa. En este esquema se inserta el supuesto de aborto, y habida cuenta de que el feto integra, es una de las partes del cuerpo de la mujer embarazada, por aplicación de la vieja máxima sobre el que puede lo más puede lo menos, resulta posible que la mujer concrete alguna de tales decisiones, sea el suicidio, amputación, destrucción de una o varias partes del cuerpo, o el aborto como objetivo específico o complementario (de la disidencia del Dr. O’ Neill). Corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas del Código Penal

incriminatorias de la mujer incurso en aborto y/o del profesional requerido por la misma al efecto (arts. 85, inc. 2º, y 88 del Cód. Pen.) por implicar violación al artículo 19 de la Constitución Nacional. Este precepto constitucional guarda correspondencia con la preservación de la intimidad de la mujer y de su libertad en cuanto a disponer de su cuerpo y no obstante cuán extrema y grave sea su decisión –suicidio, autolesión, amputación, aborto, etcétera- ha de prevalecer la garantía constitucional sobre cualquier injerencia estatal y la consiguiente legislación represiva (de la disidencia del Dr. O’Neill)<sup>54</sup>.

La Cámara Criminal y Correccional de la Capital, en pleno, sostuvo que “No corresponde instruir sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consintiendo en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte del curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no-, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”<sup>55</sup>.

### **Consentimiento de la mujer. El artículo 88 del Código Penal**

Si bien el artículo 88 del Código Penal en su última parte establece que la tentativa del aborto de la mujer no es punible, esta impunidad no alcanza a la que consintió que un extraño intentara hacerla abortar, ya que la necesidad de castigar al tercero que interviene como autor somete el hecho al estrépito del foro. Si como se señalara en la Exposición de Motivos de 1891, el fundamento de la exención de pena para la mujer que intenta causar su propio aborto es evitar el escándalo y la turbación de la familia, sin utilidad aplicable para la sociedad que no se sentiría muy alarmada por la ineficaz tentativa, en la hipótesis de conato de aborto consentido, la punibilidad de los ejecutores determina que el estrépito del foro deba producirse, razón por la cual el motivo determinante de la excusa absolutoria carece de toda utilidad<sup>56</sup>.

#### **a) Muerte de la mujer. Artículo 85, inciso 2º, segundo párrafo**

La figura de aborto agravado por la muerte de la mujer (art. 85, inc. 2º, párrafo segundo, Cód. Pen.) es un claro ejemplo de delito preterintencional. Tratase de una conducta compleja, en la que a la acción dolosa que compone el elemento esencial de la tipicidad se añade otra culposa derivada de la no observancia del delito cuidado para evitar el resultado muerte que determina la agravación. Implica un tajante antagonismo entre la conducta abarcada por el dolo, cuya finalidad es la de suprimir la vida del hijo por nacer sin dar muerte a la madre, y la que arriba a la causación letal por incorrecta elección de los medios empleados para desarrollar la primera actividad final; la suma de ambos elementos típicos es la que sustenta la punibilidad del aborto agravado por muerte de la mujer (voto del Dr. Costa)<sup>57</sup>.

## **Los Aborto impunes: Artículos 86, incisos 1º y 2º**

### **a) El aborto terapéutico**

La doctrina italiana y española han tratado esta eximente de pena abordándola con arreglo al régimen del estado de necesidad, posición ésta que ha sufrido en la doctrina nacional, que también ha seguido este rumbo. Más modernamente, se ha afirmado que se trata de una causa de justificación fundamentada en el conflicto de intereses entre la vida en formación y la vida o salud de la madre<sup>58</sup>. Para Grisolia, Bustos y Politoff se trata, además de un estado de necesidad, del ejercicio legítimo de la profesión médica<sup>59</sup>.

La regla que se puede extraer de la ley es que se exige que exista un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto, que sólo puede ser resuelto con el aborto, con lo cual la muerte del feto es la solución menos perjudicial que resuelve la colisión entre ambos bienes jurídicos que, como ya hemos señalado, en nuestra legislación tiene distinto valor, siendo mayor el de la vida de la madre<sup>60</sup>. De todas formas se debe hacer notar que como es realizado por el médico y con fines terapéuticos, no es necesario que se den ciertas condiciones inherentes al estado de necesidad, tales como la actualidad, la no inminencia del mal que se quiere evitar. Sólo es necesario que el peligro exista, basado en la propia *lex artis*.

Es el caso de la mujer con una dolencia cardíaca o de otro tipo, que queda embarazada y que según el criterio médico el embarazo o el parto le hacen correr riesgos, y por ese motivo se aconseja el aborto<sup>61</sup>.

Está claro que el aborto debe haberse realizado con el fin de evitar un peligro, tanto para la vida como para la salud de la madre. Adviértase que esto es fundamental, ya que, de lo contrario, faltaría el elemento subjetivo de toda causa de justificación que llevaría a que la conducta dejara de estar justificada y pasara a ser típica, ya sea como delito consumado o como tentativa.

El otro requisito consiste en el que el conflicto no pueda ser evitado por otros medios menos dañosos para la vida del feto. En este punto, la remisión al estado de necesidad justificante nos evita mayores comentarios. En síntesis, es un estado de necesidad, sólo que los únicos que pueden practicarlo son los médicos diplomados, con el propósito de salvar a la vida o la salud de la madre, con base en los conocimientos especiales del médico. No es preciso que sea un especialista en obstetricia y ginecología, ya que la ley no exige la especialización y tampoco podría hacerlo, habida cuenta de que el peligro para la madre bien puede detectarlo otro especialista.

El problema que se plantea es que el médico se niegue a realizar el aborto basado en objeciones de conciencia, derecho éste reconocido a nuestro criterio por la Constitución Nacional, especialmente por el artículo 19 de la misma y los Pactos sobre Derechos Humanos, especialmente en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>62</sup>. La negativa a realizar el aborto quedaría, en principio, amparada en una causa de justificación, esto es el ejercicio legítimo de un derecho<sup>63</sup>. Sin embargo, si el hospital es público y no hay posibilidad de que se realice por otro médico, el deber de médico y de funcionario público prevalece sobre la objeción de conciencia, ya que el valor de la vida de una persona es mayor que el problema de conciencia.

El otro requisito de la eximente es que la mujer dé el consentimiento para que se realice el aborto. En este caso no se admite ni el consentimiento presunto ni el tácito. De este modo, si el médico igual realiza el aborto, en contra de la

voluntad de la madre, se estará ante el tipo penal de aborto sin consentimiento. En este punto el consentimiento forma parte de la estructura de la justificación.

En cuanto al peligro, éste debe ser tanto para la vida como para la salud de la madre. En este punto se incluye no sólo el funcionamiento orgánico, propiamente físico, sino además la posibilidad cierta de un daño psíquico, tales como las enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etcétera<sup>64</sup>; este punto ha sido poco considerado en los trabajos de los autores argentinos, y debería ser analizado con mayor profundidad. Si el embarazo o el parto puede producir algún tipo de alteración en la psiquis de la mujer, aunque no sea una genuina enfermedad mental –tal el caso de una neurosis grave-, el aborto estaría permitido. Los problemas de diagnóstico no empecen el tema de la interpretación de la ley.

## **b) Aborto eugenésico**

El artículo 86, párrafo segundo, inciso 2º, del Código Penal, afirma que el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

Para Núñez se trata de un aborto que tiene por fin el perfeccionamiento de la raza<sup>65</sup>. De modo que para este autor esta finalidad eugenésica sobre el bien jurídico, que es la vida en el seno materno, representa la razón justificadora del aborto<sup>66</sup>. Ahora bien, es claro que después del desastre del nacionalismo esta justificante ha entrado en franco desprestigio. Y la tendencia doctrinaria es tender a la exclusión de la justificación.

### **b.1) El caso de la mujer idiota o demente**

En este punto no hay duda en la doctrina de que el aborto es posible. Se exige como condición fundamental, una violación o atentado al pudor, que haya dado lugar al embarazo de mujer idiota o demente. Según Núñez, la idiotez o

demencia debe ser un estado de la mujer en el momento de la violación o del atentado al pudor. Por lo tanto, si la mujer es normal y posteriormente se vuelve idiota o demente no es de aplicación el artículo en cuestión. Sólo podrá hablarse de aborto terapéutico<sup>67</sup>.

También se ha interpretado que como es una regla de justificación, los términos de idiota o demente no deben ser interpretados en sus términos estrictamente científicos. Por lo tanto se entiende por idiota o demencia a todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias. Tampoco es necesaria la declaración judicial del artículo 140 del Código Civil. Además, es el médico quien de acuerdo a los criterios de la *lex artis* determinará si dicha tara hereditaria es posible.

La norma exige que la mujer dé su consentimiento si ha recobrado la razón. En caso contrario, será el consentimiento del representante el que tendrá valor. Para Núñez, no es necesario que sea el representante de acuerdo al Código Civil, sino que es suficiente que sea el guardador de aquélla<sup>68</sup>.

## **b.2) El caso de la mujer sana que es violada, o el aborto sentimental**

Para algunos autores, en este supuesto sólo existe autorización en el caso de la mujer idiota o demente que ha sido violada; para otros, en cambio, este inciso prevé la impunidad del aborto en todo caso de violación.

Para Núñez el llamado aborto sentimental no entra en este artículo, ya que se ciñe aparentemente al texto legal, aunque sin dar ningún otro fundamento<sup>69</sup>.

En cambio, Soler ha fundamentado la posición contraria, afirmando que es sorprendente que la ley hable primero de violación y después de atentado al pudor de la mujer idiota. Con la cual se pregunta, y con razón, qué es el atentado al pudor del que habla el artículo en cuestión. Y sigue con el razonamiento diciendo que es al acceso carnal a lo que llama violación<sup>70</sup>. La cuestión, a los efectos de decidir si el aborto sentimental está o no legislado en la ley, es lograr descifrar qué

es este atentado al pudor que no figura en otra parte del Código Penal. Soler interpreta que la ley no ha querido decir, cuando afirma “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor”, más o menos lo siguiente: “De una violación o de un hecho que excluye la cópula”, sino “de una violación o de acceso carnal”<sup>71</sup>. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que la segunda parte del artículo estaría de más, porque no diría nada. Sería algo así como que afirmara: “mediante violación o violación”.

La base de la confusión, según Soler, surge del antecedente de la ley. La comisión del Senado había tomado el artículo de la versión francesa del proyecto suizo, que tradujo la palabra alemana *Schändung* por *attentat à la pudeur d'une femme idiote, aliénée, inconsciente ou incapable de résistance*. Y éste es el sentido de la palabra *Schändung* en alemán. En cambio, para la violación por la fuerza el alemán usa el término *Notzucht*. Pues bien, el equívoco, según Soler, surge por dos causas: “El hecho de que la palabra violación sea genérica; el hecho de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción que es correcta, pero que al incorporarse a nuestro Código resulta equívoca con respecto a la expresión abuso deshonesto”<sup>72</sup>. Con esta interpretación, no cabe duda de que se llega a la conclusión de que la ley ha previsto la posibilidad del aborto en todo caso de violación.

Si bien éste es un argumento de peso, frente a la casi nula argumentación de Núñez, no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes. De esta forma juega como causa que excluye la atribuibilidad, tal como lo hemos sostenido en nuestro libro, basado en criterios de prevención general. Adviértase que quien aborta, en estas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho. Es más, en situaciones normales es seguro que esta mujer no abortaría.

En otro aspecto, tampoco podría admitirse una interpretación de la disposición penal que frente a una violación permitiera dar muerte al fruto de la concepción, ante la presunción del nacimiento de una persona insana, y, a la vez, sancionar ese mismo resultado cuando se produce sobre un feto concebido por una mujer sana. Otorgar una inteligencia semejante a la previsión legal resultaría

manifiestamente inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Nacional, al artículo 72 del Código Civil que con mayor amplitud se refiere a la viabilidad, y a los tratados internacionales que con jerarquía constitucional se refieren al derecho a la vida, sin efectuar diferenciación alguna en este aspecto.

### **Aborto Preterintencional**

El artículo 87 del Código Penal reprime con prisión de dos meses a dos años al que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Tampoco en esta clase de aborto la doctrina nacional, como era de suponer, se ha puesto de acuerdo. Las hipótesis que se han planteado van desde los que sostienen que se trata de un aborto culposo (Ramos, Peco, Oderigo y Díaz), hasta la posición que afirmó que se trataba de un aborto con dolo indirecto (Gómez)<sup>73</sup>.

Núñez, por su parte, afirma que se castiga un hecho de violencia contra la madre con resultado mortal para el hijo. La diferencia con el aborto común consiste en que no hay propósito de causar el aborto. Afirma que se elimina el dolo de propósito, quedando, entonces, sólo un dolo que no sea directo. Y, por ende, “la cuestión se debe sacar decididamente del campo de la culpa”<sup>74</sup>. Y esto porque el legislador no lo ha tipificado de la manera que lo ha hecho para el tipo culposo, y además la estructura que ha usado el legislador lo ha sacado de la culpa. Con lo cual se eliminan del artículo 87 del Código Penal todos los abortos causados con ese fin, t por ende comprende toda violencia que no obedezca a él, aunque el aborto se le presente como un resultado eventual de la violencia. En síntesis, no comprende todo dolo directo y el culposo, por lo tanto no es un aborto preterintencional.

Soler, por su parte, afirma que éste es un caso de aborto preterintencional. Exige que se tenga el propósito de emplear violencia en la mujer y en contra de ella, pero no contra el feto<sup>75</sup>.

Para Grisolia, Bustos y Politoff se trata de un tipo compuesto, por un actuar doloso con respecto a la violencia, en contra de la mujer, y en contra al aborto tanto es aceptable el dolo eventual como la culpa.

No hay duda de que ésta es la opinión más clara sobre el punto, tanto por la redacción de la norma como por los principios generales que rigen al Derecho Penal, en cuanto se debe imputar objetiva como subjetivamente. Entonces, es lógico que la violencia sea dolosa, y el aborto pueda ser culposo por una parte o con dolo eventual por otra.

Como elementos del tipo penal se debe dar un estado de embarazo de la mujer, que le conste al autor o le sea notorio. En este punto se debe decir que no se acepta que el autor tenga dudas sobre el estado de la mujer. Es notorio cuando la generalidad puede advertirlo sin esfuerzo.

Por violencia debe entenderse el despliegue de energía física del autor contra la mujer, comprendido el uso de hipnóticos o narcóticos. La muerte del feto debe producirse por esa violencia ejercida en contra de la mujer, ya sea dentro o fuera del seno materno<sup>76</sup>.

El artículo 87 del Código Penal absorbe las lesiones inherentes al resultado como tal. En cambio, las lesiones graves y gravísimas, que se separan del aborto, así como la muerte de la mujer, concurren realmente.

### **a) El aborto causado por la propia mujer**

El artículo 88 reprime con prisión de uno a cuatro años a la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. Además agrega que la tentativa de la mujer no es punible.

### **a.1) Tipo objetivo**

Sujeto activo: activo sólo puede ser la mujer que cause su propio aborto.

Elementos del tipo: El tipo exige que se realicen actos de consumación del aborto, de modo que los actos de coautoría llevan a que se transforme en un aborto consentido por la mujer. Esto no quita que pueda haber actos de complicidad de terceros en el obrar típico de la mujer.

### **a.2) Tipo subjetivo**

El tipo subjetivo exige dolo directo de la mujer, que debe tener la intención de causar su propio aborto. Esto lleva a descartar como delito el supuesto de que la mujer cause su propio aborto pero sin esa finalidad, como es el caso de que pretenda suicidarse y a raíz de ello muera el feto.

### **La tentativa de la mujer y los cómplices**

De acuerdo a la ley, la tentativa de la mujer no es punible. La exclusión de pena alcanzada, como bien lo dice Soler, a todo tipo de tentativa, ya sea idónea como inidónea y a los casos de delito imposible para quienes sigan esa terminología; de igual manera al delito frustrado. Como la causal de la impunidad consiste en evitar el escándalo para la familia, dado que la pena en estos casos no tendría ningún beneficio y, sin lugar a dudas, causaría grave daño, especialmente al hijo que nacería vivo, es obvio que la impunidad es también para los cómplices<sup>77</sup>.

### Capítulo III

#### LA VIOLACIÓN DEL SECRETO COMO FIGURA PENAL

**Sumario: Los funcionarios. Profesionales del arte de curar. La denuncia en violación al deber de reserva. Extensión. El secreto médico y la regla de confidencialidad. Ámbito de aplicación. Excepciones.**

#### Código Penal

El Código Penal se ocupa de la cuestión en el Capítulo III del Título V del Libro Segundo titulado “violación de secretos”. Enseñaba el Maestro Alfredo J. Molinario, que el Código Penal ha incurrido en este Capítulo en un lamentable error de conceptos, confundiendo los delitos que atentan contra la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de los papeles privados, con las infracciones que importan una violación de secretos, lo cual es un grave error desde que no toda correspondencia epistolar importa un secreto, sin que esto sea óbice para que su violación constituya un delito.

La inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, garantizada constitucionalmente debió ser tutelada específica y separadamente del derecho al secreto y sin perjuicio de la protección de éste en todas sus manifestaciones. Aunque, como señalara el citado autor, en la materia el Código parece haber sido arrastrado por una especie de determinismo histórico que ha impedido legislar tales infracciones separadamente.

Así desde los códigos españoles de 1850 y 1870 que sirvieron de base al Proyecto Tejedor hasta hoy se mantuvo la sistemática criticada.

Pero yendo al tema de nuestro trabajo, lo que caracteriza al llamado “secreto profesional” es la causa de la cual deriva la noticia del secreto. Así, por ejemplo, el conocimiento de un mismo hecho puede caer en el ámbito de protección del secreto profesional para un médico, y ser al mismo tiempo materia de un secreto común (no tutelado por la ley) para el amigo confidente del enfermo.

*La ley no protege el secreto común*, y ello es así, porque nada obliga a una persona a revelar cuestiones íntimas a otro particular y, por lo tanto, nadie sabe que él debe soportar las consecuencias de su error en la elección, si el confidente viola la reserva impuesta o convenida como una obligación de honor. Lo expuesto importa la aplicación del antiguo aforismo según el cual nadie puede alegar su propia torpeza (argumento art. 1111 del Código Civil).

En el caso del *secreto profesional*, por el contrario, el titular del secreto que obligado a revelarlo por la imperiosa necesidad en la que se encuentra el hombre, en su vida de relación, de recurrir a los servicios de terceros para la realización de sus fines individuales y sociales, necesidad ésta que se relaciona con la división del trabajo y que se encuentra antológicamente fundamentada en la “limitación” de las fuerzas y de la capacidad del hombre para saber y obrar.

Como el creyente recurrirá a su confesor, el enfermo a su médico, el litigante a su abogado, etc. y por ello la ley ha creado un ámbito de protección, incriminando la violación del secreto cuya noticia se recibe en razón de un estado, oficio, profesión o arte.

### **El bien jurídicamente tutelado**

Muchos se han preguntado por qué razón el bien jurídico protegido con la incriminación prevista por el art. 156 del Código Penal es la “libertad individual”,

teniendo en cuenta que la mencionada norma, como todas las que sancionan la violación de secretos, integra el título de los delitos contra la libertad.

Sobre el particular afirmaba el maestro platense que “el individuo que acude a los servicios de un semejante sabe que, en muchos casos, tendrá que poner en conocimiento de éste noticias cuya reserva le interesa mantener. Este interés, en la guarda de sus secretos, gravita en su espíritu, con tal fuerza que, en algunos casos, preferirá sufrir el perjuicio que le significa prescindir de los servicios de su semejante, antes que ponerlo en conocimiento de sus secretos. La protección legal que importa la incriminación penal de la violación de la reserva del secreto profesional, libera a los individuos de aquella coacción moral”. Consecuentemente, es esa libertad civil lo que la ley garantiza, facilitando al individuo el libre desenvolvimiento de sus actividades particulares.

Sobre esta cuestión se preguntaba Soler: ¿Qué vinculación puede existir entre la violación de secretos y la libertad humana?; y se respondía con su habitual claridad: “El Derecho Romano desconocía en absoluto la violación de secretos como una forma de ofensa a la libertad del hombre. Cuando se producía daño por la violación de secreto, el perjudicado tenía que recurrir a otros títulos de los no muy numerosos que había en el Derecho Romano: al ‘furtum’, por ejemplo, si se trataba del robo de una carta, etc. Era necesario que la humanidad plantease sobre esto enfoques muy distintos: era necesario, en una palabra, que la persona adquiriese un grado de dignidad tal, que no solamente interesara al Derecho y fuese protegida en cuanto persona física. Era preciso que alcanzara a un nivel de apreciación, que esa protección de la personalidad incluso se proyectara a las cosas que lo rodean, creando alrededor de cada hombre una especie de protección espiritualizada: era necesario que el Derecho apreciara en tal manera al hombre, que le acordara protección hasta en su esfera más íntima, en su hogar, en su correspondencia, en sus secretos. ¿Por qué?.

Porque el Derecho sabe que el pensamiento del hombre, recóndito origen de toda su conducta, es una especie de flor delicada que debe tutelar, que debe liberar de toda preocupación. El hombre se equivoca, yerra. Cuánto más errará si, fuera de la propensión natural a equivocarse, es víctima además de una impalpable presión tendiente a desviarlo del camino de la verdad y de la libertad en su

conducta. Esta manera de ver la personalidad humana, colocarla en tan alta dignidad, es el resultado de la filosofía del S. XVIII y del S. XIX y de la reforma legislativa de fines del S. XVIII y principios del S. XIX<sup>78</sup>.

Para Núñez, ya la denominación de secreto profesional con que suele titularse este artículo no es correcta, dado que es sólo un caso de revelación del secreto particular, conocido por razón del ejercicio de la función de los profesionales. Por ende, el artículo 156 no protege solo a los clientes de los profesionales, sino a todos los que utilizan o son asistidos por personas que, sin ser profesionales, prestan los servicios propios de su estado, oficio, empleo, profesión o arte.

Sintetizando, para Núñez el bien jurídico surge del proyecto del 1891, que lo había tomado del Código italiano de 1889, y que unificó el delito de secreto particular junto con la violación del secreto profesional, dentro de los delitos contra la libertad. Este criterio es aceptado por Núñez, dado que es la libertad, como razonable actuación de la persona en el ámbito relacional, el interés jurídico que lesiona cuando los secretos de terceros se revelan por quienes los conocen en razón de relaciones de servicio de las que los individuos no pueden prescindir, sin menoscabo para bienes apreciables<sup>79</sup>.

### **Revelación del secreto profesional**

El artículo 156 del Código penal argentino define el delito que es conocido en doctrina con el nombre de revelación de secretos. La ley tutela aquí el secreto propiamente dicho, en cuanto su revelación lesiona la libertad. La figura castiga con multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, *al que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.*

### **La Materialidad**

*La acción consiste en revelar un secreto.*

1. *Revelar*, lo mismo que descubrir, es poner el secreto en conocimiento de una persona que no lo posee. Carece de significado que la persona a quien se comunica el secreto esté o no, a su vez, obligada a guardarlo, porque el único facultado para transmitir el secreto es, por regla, el interesado.

2. La disposición legal se refiere a un secreto cuya *divulgación pueda causar daño*. Pero la acción no consiste en divulgar, sino en *revelar* el secreto. La divulgación y el daño cierto o potencial son consecuencias de la revelación expresamente requerida por la ley. Si la revelación del secreto no ofrece el peligro de que su divulgación pueda causar daño, el hecho no es típico. El perjuicio puede ser de cualquier naturaleza, material o moral. Por lo demás, si el daño se causa, el delito no se modifica, puesto que, en este caso, daño y peligro están colocados por la ley en un mismo plano de significación. El daño puede alcanzar a terceros y no únicamente al titular del secreto. El perjuicio a terceros será frecuente cuando el contenido del secreto los involucre.

3. La materialidad de este delito se completa con el *objeto* de la revelación: un *secreto*. El término no es empleado por la ley en su acepción puramente gramatical, que alcanza a todo aquello que quiere mantenerse reservado u oculto, porque, como dice Molinario, nada ni nadie obliga a una persona a revelar sus cosas íntimas a un particular, y si lo hace, nadie más que él debe sufrir las consecuencias de su equivocada elección si el confidente quebranta la reserva. Como enseguida veremos, el carácter legal del secreto protegido lo da aquí más de una circunstancia: el hecho mismo, en cuanto a su naturaleza y conocimiento por terceros; la situación en que el titular comunica el secreto y el depositario lo recibe; la condición del depositario. Desde el punto de vista objetivo, el hecho es secreto cuando no es del dominio de un número indeterminado de personas, ni está al alcance del conocimiento de ellas. El hecho en sí mismo no deja, pues, de ser secreto solamente porque es conocido, sino porque por su naturaleza y por las circunstancias, puede serlo. Hechos cuyo conocimiento es accesible a cualquiera, no pueden ser secretos.

## Calidad personal del autor

Ya se dijo en el punto anterior que el carácter de secreto de un conocimiento no depende solamente de su naturaleza, sino de la calidad de la persona a la que se hace depositaria de él y de las circunstancias o la forma en que se lo hace. *Sujeto activo* de este delito pueden ser las personas que tengan determinado estado, oficio, empleo, profesión o arte y que por razón de él hayan tenido noticia del secreto. Es evidente que la obligación no nace de la actividad que el individuo desempeña, por sí sola, sino de que lo haya conocido con motivo de las tareas propias de esa actividad, que el individuo debe desenvolver en el momento de ser receptor del secreto, sin que sea necesario que continúe en ella en el momento de la revelación (Soler, Núñez). Puede apreciarse que el título *revelación del secreto profesional* empleado por la doctrina, que nosotros también utilizamos por razones tradicionales, resulta estrecho para la figura acuñada por la ley argentina, pues al través de la enumeración legal se echa de ver que no son profesionales todos los posibles autores previstos. El secreto debe haber sido conocido por razón del estado, oficio, empleo, profesión o arte del autor. Veamos cómo debe ser entendidas estas condiciones.

a) *Estado*. En el sentido del artículo 156, *estado* es una condición personal y social -distinta del empleo, oficio, arte o profesión- que coloca a quien la ostenta en una situación adecuada para llegar a la esfera de secretos. El hecho mediante el cual se toma conocimiento del secreto no ha de constituir necesariamente una actividad lucrativa, pues en tal caso caería bajo otra de las previsiones del artículo; sin embargo, la condición que implica el estado puede ser en sí misma lucrativa y constituir el modo de vivir de la persona. El ejemplo más típico es el estado de sacerdote, que toma conocimiento de secretos en el momento de la confesión (Gómez, Molinario).

b) *Oficio*. Esta palabra ha dado lugar a varias interpretaciones por parte de la doctrina nacional. En efecto, si diéramos a la palabra su sentido gramatical (ocupación habitual, según la Academia española), parecería que el sujeto activo en este delito no ha de ser objeto, prácticamente, de ninguna limitación. Gómez, siguiendo a Florián y Manzini, y con ellos a la doctrina italiana, considera que cuando la ley emplea la palabra "oficio" se refiere, en este caso, no a una

ocupación manual, sino al ejercicio de determinadas funciones, aunque no sean permanentes, que no tengan carácter profesional. Pone el ejemplo de los tutores y curadores, los cuales -dice- desempeñan oficio en el sentido de la ley. En igual sentido, en líneas generales, se orientan Molinario y Oderigo; Malagarriga incluye también a los funcionarios públicos. Soler juzga que la expresión debe tomarse en sentido amplio, pues no debe olvidarse que por modesto que sea un oficio, da lugar a veces al ingreso en esferas de secretos, y en ciertos casos hasta importa una continua intervención dentro de cosas reservadas; da como ejemplo los cerrajeros, las institutrices, los masajistas, los periodistas, etcétera. Núñez piensa que es la ocupación habitual de quien no es empleado ni profesional ni practica arte.

La solución depende de la extensión que se dé a la palabra *profesión*, también contenida en el artículo, pues si para esta última es necesaria la exigencia de un título o autorización especial -como nosotros creemos-, el término *oficio* ha de entenderse con amplitud. La limitación está dada por la misma naturaleza del oficio, la cual determina si él es o no apto para penetrar en la esfera de secretos, de modo que la posible víctima resulte, en cierto modo, obligada a confiárselos.

*Empleado* es quien trabaja a las órdenes de otro. La ley se refiere tanto a los empleados públicos como a los que dependen de particulares (Moreno). Entran en esta categoría las personas que desempeñan tareas accesorias para los profesionales que pueden ser receptores de secretos, como, por ejemplo, la dactilógrafa del escribano o el abogado (Núñez), o el empleado de un sanatorio (Soler). Estas personas no son, por lo común, depositarias del secreto por parte del interesado, pero tienen acceso a él. También los empleados bancarios pueden ser sujetos del delito si dan a conocer un hecho que ha sido confiado a la institución con voluntad de que sea mantenido en reserva.

c) *Profesión o arte*. Por profesión ha de entenderse la actividad basada en el conocimiento de determinada ciencia o arte, que requiera título o autorización especial, y que constituye, por lo general, el medio de vida de quien la ejerce. Esto último no es indispensable, pues un médico o un abogado que se dediquen a actividades comerciales y no ejerzan su profesión pueden ser, sin embargo, depositarios de secretos en razón de su profesión.

## El conocimiento del secreto

El autor ha de haber tenido noticia del secreto por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte. ¿Cómo debe interpretarse esta exigencia?, ¿es preciso que haya sido comunicado con determinadas advertencias? Sobre este punto pueden verse opiniones dispares. Una parte de la doctrina requiere que medie confidencia o que haya sido confiado verbalmente (González Roura, Crivellari); sin embargo, la mayoría se inclina a no exigir tal requisito (Gómez, Soler, Díaz, Carrara). La primera solución parece ser consecuencia de la doctrina sentada durante la vigencia del Código penal de 1887, cuyo artículo 265 disponía: Los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se les hubiere confiado, sufrirán la pena de suspensión por seis meses a un año y multa de 25 a 300 pesos. Además, el artículo 44, inciso 2º, situado en el título de los encubridores, considera exentos de pena por ocultación a "los sacerdotes, médicos y abogados, cuando el secreto *les haya sido confiado* en ejercicio de sus funciones". Coadyuvaba a formar este criterio la disposición contenida en el artículo 167 del Código de procedimientos en materia penal para la Capital (ley 2362), al exceptuar de la obligación de declarar a los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cualquier ramo del arte de curar (art. 165, Cód. de procedimientos en materia penal), cuando hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones *que les fueron hechas bajo secreto profesional*. Sin embargo, estas disposiciones, por ser anteriores a la vigencia del Código penal, y por su carácter de ley de forma, no tenían aptitud para modificar la ley de fondo.

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

No innova con relación a esta interpretación la regla del artículo 244 del Código procesal penal de la Nación sancionado en 1992 por la ley 23984, que establece: *“Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado”*.

*“Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término”*.

*“Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, el juez procederá, sin más, a interrogarlo”*(similar es el artículo 253 del Código Procesal Penal de Santa Fe).

Los *hechos secretos* a que alude la disposición equivalen a los que, teniendo esa calidad, fueron conocidos por razón del estado, oficio, etcétera, aunque no hubieran sido *confiados o revelados* expresamente.

## **La Culpabilidad**

La revelación del secreto profesional es un delito doloso. El dolo no consiste únicamente en el conocimiento del que obra de estar revelando un secreto; es necesaria, además, la conciencia de estar haciéndolo sin justa causa. El error sobre esta circunstancia también excluye el dolo, porque en las figuras que contienen esa exigencia valorativa, la apreciación del actor que lo lleva a obrar de buena fe basta para que el dolo carezca del contenido propio del delito. La doctrina en general señala que no se requiere el propósito de causar daño u otro móvil que inspire la acción (González Roura). Están excluidas las formas culposas.

La acción que nace del delito denominado violación de secretos es privada, por disposición del artículo 73, inciso 2º del Código Penal.

### **Consumación y tentativa**

El delito se consuma con la revelación del secreto por parte del sujeto activo a una tercera persona (extraña), no obligada a guardar a su vez el secreto (Creus, Buompadre). No se requiere que se haya producido el daño efectivamente, admitiéndose la tentativa.

### **Requisitos exigidos por la ley penal**

- a) Que el sujeto activo haya tenido noticia de secreto en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte.
- b) Que la revelación del secreto pueda causar daño.
- c) Que la noticia del secreto la haya obtenido el agente por observación directa o por revelación de quien acude a sus servicios profesionales o de un tercero, siendo indiferente que el confidente hubiese o no exigido reserva al profesional.
- d) Que no haya mediado justa causa para la revelación del secreto.

## Capítulo IV

### El Secreto Médico

**Sumario: Los funcionarios. Profesionales del arte de curar. La denuncia en violación al deber de reserva. Extensión. El secreto médico y la regla de confidencialidad. Ámbito de aplicación. Excepciones.**

### EL SECRETO MÉDICO

En el siglo XX el advenimiento de una revolución biológica, ha provocado una profunda crisis de la razón médica, tanto práctica como moral y ha llevado a la aparición de una nueva ética, la ética biológica o bioética. Los temas por ella abordados, presentan ángulos conflictivos, tanto desde la visión de los avances tecnológicos, cada vez más rápidos y completos, como del punto de vista de las nuevas disyuntivas éticas planteadas en relación con la vida, la salud, la enfermedad y la muerte<sup>80</sup>. Pero, es necesario recordar que la medicina (y por ende sus principios éticos) existe, no para su propio desarrollo, sino para bien de la humanidad<sup>81</sup>. Lo expuesto, reafirma, al decir de los Dres. Eduardo B. Arribalzaga y Rodolfo J. Giuliano "...una determinada concepción de la vida que condiciona nuestro trabajo con un único y exclusivo fin, el bienestar del ser sufriente. No nos encontramos atados a reglas fijas de conducta, que impidan nuestra acción, porque frente a sucesos nuevos se aplicarán aquellos principios éticos inmodificables: respecto a la vida, autonomía del paciente en la toma de decisiones, la vigencia del secreto médico, compromiso incondicional a preservar la salud, sentido de justicia<sup>82</sup>.

Entre las principales características del secreto médico podemos señalar:

1. El secreto médico no es absoluto. Tiene sus límites.
2. El consentimiento formal o legítimamente presumido del enfermo no releva, en todos los casos, al médico de su deber de sigilo.
3. Es muy difícil que el interés del médico, o el grave interés de un tercero o de la sociedad, no pueda ser salvaguardado sin violencia al secreto médico.
4. La regla casi invariable es que el médico está obligado a callar; la excepción, es que pueda o incluso que deba hablar. En suma, como acertadamente decía Payen, “todo se reduce a examinar lealmente si hay en la revelación un bien social notablemente mayor que en el silencio”.

Sin duda, el secreto profesional del médico plantea un problema de difícil solución desde que al deber de confidencialidad impuesto por las normas éticas, morales y legales se enfrenta la obligación legal de denunciar los delitos que lleguen a conocimiento del médico en razón de su profesión.

Esta colisión aparente entre los deberes impuestos exige la ineludible referencia a la normativa vigente, para así dar al problema planteado, la solución correcta.

La norma que establece la obligación de denunciar se encuentra plasmada en el inciso 2º del artículo 180 del Código Procesal Penal de Santa Fe (art. 177 inc. 2, C. P. P. Nac.) que dispone:

Tendrán deber de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

- 1) Los funcionarios y empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones, adquieran conocimiento de un delito perseguible de oficio.
- 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar, en cuanto a los atentados personales que

conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.

El incumplimiento de esta obligación está reprimido en el art. 277 del Código Penal, el que luego de la modificación introducida por la ley 25.815, castiga con prisión de seis meses a tres años, al que (inc. 1, d) ...omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.

Sin embargo, la aparente aplicación absoluta de la norma penal al caso que nos ocupa, se desvanece ante la excepción que la propia disposición del código reconoce en la última parte del inc. 2º (art. 180 inc. 2 C. P. P. Santa Fe o art. 177 inc. 2 C. P. P. Nac.) cuando establece “salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”, ya que precisamente la violación de este secreto está sancionada en el art. 156 del Código Penal.

Todo lo expuesto impone la necesidad de encuadrar las normas antes mencionadas dentro de sus justos límites, de modo que el profesional de la medicina no se vea incurso en un delito, ya por omisión al no denunciar cuando debió hacerlo, sea por comisión cuando denuncie lo que no debió. Es decir, como bien lo expresara Jorge Daniel López Bolado: “enfrentado ante el dilema de denunciar o no un hecho delictivo, con dudas y quizás temor de convertirse en encubridor de un delito, si no denuncia, o de violar el secreto profesional y, por ende, infringir la norma penal que lo prohíbe si denuncia; el médico debe atenerse a la siguiente premisa: se trata de uno de los casos en que el derecho no tiene más solución que sacrificar uno de los dos bienes en conflicto”<sup>83</sup>.

La respuesta se encuentra en la propia ley desde que la obligatoriedad de denuncia queda excluida cuando el conocimiento del hecho delictivo se hubiera obtenido por confidencias reveladas al amparo del secreto profesional.

Dice Raúl Washington Ábalos, que “la cuestión consiste en determinar si en el ejercicio de la profesión de los médicos, parteras, etc., atienden a la víctima del delito o al victimario.

El médico denuncia siempre que atiende a la víctima, pero como decía Soler, además de atender víctimas de un delito, a veces se atiende también a culpables. Éstas son precisamente las excepciones: cuando el que concurre al médico, además de un necesitado, es un delincuente.

Cuando el médico asiste a la víctima, la reserva, lejos de beneficiarla importa la protección de quien ha alterado el orden jurídico con su accionar delictivo. En cambio, cuando el médico atiende a quien le confiesa haber cometido un delito relacionado con su aflicción, se encuentra ante todo frente a un paciente que acude a él buscando curación para su deterioro físico, por ende, obligar al profesional en tales circunstancias a denunciar a su paciente constituiría una clara violación del secreto profesional, que pondría en grave riesgo al solicitante, que seguramente preferiría ocultar su dolencia y poner en peligro su vida, ante el temor de ser denunciado y encarcelado.

Sin duda alguna, el secreto profesional atiende en tales circunstancias a un bien superior, cual es la libertad individual de quien ha confiado algo íntimo, y en atención a ese bien superior en juego es que el deber de confidencialidad se impone sobre la obligación genérica de denunciar.

Lo antes expuesto no es sino la aplicación de la garantía constitucional consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional cuando establece que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Garantía que se vería avasallada, si el médico que conoció de la existencia de un delito, por confidencia de su autor en procura de alivio para su daño corporal, y no como expresión de su libre voluntad, tuviera obligación de denunciarlo.

En suma, podemos afirmar que la “obligatoriedad de denunciar” para los profesionales del arte de curar impuesta como norma general por el artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación (art. 180, inc. 2 del C. P. P. Santa Fe), sede en el caso que la noticia del delito les sea revelada bajo la reserva del secreto profesional.

El deber de guardar el secreto profesional para los médicos se encuentra consagrado en el juramento hipocrático y tiene status legislativo, desde que la ley

que regula el ejercicio de la profesión médica (ley 17.132) en su artículo 11 establece que: “todo aquello que llegue a conocimiento de los médicos, con motivo o razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer, salvo los casos en que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor”; en el Código de Ética (art. 86) que dispone: “ El secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión”. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de las familias, la respetabilidad del profesional y la dignidad del arte exige el secreto. Los profesionales del arte de curar tienen el deber de conservar como secreto cuanto vean, oigan, o descubran, en el ejercicio de la profesión, por el hecho de su ministerio, y que no debe ser divulgado.

Lo hasta aquí expuesto hace indiferente que la reserva haya sido exigida o no por el paciente, ya que cuando la noticia *criminis* la recepta el médico por haber atendido a quien, además de paciente fue autor del delito la recibe “en el ejercicio de la profesión, por el hecho de su ministerio” lo que, por lo tanto, “no debe ser divulgado”.

La ley no requiere que la reserva sea exigida en forma expresa, asegurar lo contrario sería tan absurdo como pretender que cuando el penitente que busca en su confesor el perdón de sus pecados y el alivio de su conciencia, tenga que requerir expresamente el secreto, ya que quien requiere atención, tanto física como espiritual, lo hace en el convencimiento que lo ampara el más absoluto secreto. Consecuencia de ello, es que el secreto profesional comprende tanto a quien tenga noticia de un delito en acción de su profesión, por haberle sido confiado, como a aquel que en el ejercicio de su ministerio lo hubiere descubierto o advertido. Así expresamente lo dispone el mencionado art. 86 del Código de Ética cuando dice: “*Los profesionales del arte de curar tienen el deber de conservar como secreto cuanto vean, oigan, o descubran, en el ejercicio de la profesión...*”.

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

## **Los Funcionarios. Profesionales del arte de curar**

Los médicos y demás profesionales del arte del curar que ejerzan su profesión con el carácter de funcionario o empleados públicos están sujetos al mismo deber de los profesionales particulares, cuando asisten a quien requiriendo su atención los pone en conocimiento del delito que ha cometido.

Se ha pretendido encontrar una excepción a ese principio, en las disposiciones procesales que establecen genéricamente para los funcionarios, la obligación de denunciar los delitos conocidos por ellos en el ejercicio de la profesión.

*Art. 177: Obligación de denunciar: Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:*

1) Los funcionarios o empleados público que los conozcan en el ejercicio de sus funciones.

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que estas disposiciones no constituyen excepción; para ello vale recordar las lucidas palabras de Soler: “Basta suponer el caso de los defensores de oficio para advertir el absurdo de la solución contraria”<sup>84</sup>.

La solución contraria, importa asimismo, la creación de un irritante privilegio de clase toda vez que aquel que, por carecer de recursos económicos se viera en la necesidad de concurrir a un hospital público, estaría automáticamente expuesto a ser sometido a proceso, y que el mismo médico atendiendo en su consultorio o en una clínica privada no tendría obligación de denunciar. Como si esto fuera poco, en el primer caso el profesional actuando como funcionario público estaría obligado a denunciar, mientras que en el segundo, la denuncia no podría admitirse y constituiría para el médico la comisión de un delito.

Para concluir, debemos recordar que para los profesionales del arte de curar, así como para los sacerdotes y para los abogados, rige por imposición procesal el deber de abstención de declarar sobre los hechos secretos que hubieren

llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad (Conf. art. 244, C. P. P. Nac. o art. 253, C. P. P. Santa Fe).

### **La denuncia en violación al deber de reserva**

Hemos afirmado que la denuncia del médico, en violación al deber de reserva que las disposiciones legales le imponen, en caso de asistir a quien le revela haber cometido un delito que es a su vez la causa de su dolencia, no puede ser formulada.

Si de todos modos, así lo hiciere, esa denuncia será insanablemente nula, y no podrá de modo alguno ser sustento de un proceso penal, ya que la misma importa la violación del secreto profesional (art. 156, C. P.) y por ende la comisión de un delito.

Como bien dice Carrara<sup>85</sup> citando a Pussioni “la justicia no debe jamás obtener su fin por medio de una inmoralidad”.

En consecuencia, el procesamiento y, en su caso, la condena dictada en una causa iniciada por denuncia en violación al deber de reserva, son absolutamente nulos y esa nulidad, por ser de orden público, debe ser declarada de oficio y en el momento en que se la advierta.

El interés público no podría aceptar una disyuntiva tan brutal: o la muerte o la cárcel.

Para resolver la cuestión del conflicto de deberes impuestos al profesional médico, debemos enfocarla en el plano “rigurosamente objetivo de la antijuridicidad y de los motivos que la excluyen”<sup>86</sup>.

Se trata pues, de uno de esos casos en que podemos decir, parafraseando a Soler, el derecho no tiene mas solución que la de sacrificar uno de los dos bienes en conflicto.

Es que, admitir la eficacia de la recriminación penal basada en las confidencias que el necesitado revela al facultativo importa privar al paciente de la garantía que para él representa el secreto reglado.

La denuncia así formulada constituye sin duda una flagrante violación del secreto profesional del médico que acarrea un grave riesgo para sus pacientes, toda vez que ante el temor de que la consulta profesional los conduzca al descrédito y tal vez a la cárcel, optarán por ocultar su estado y estarán en manos de ensalmadores y curanderos.

### **Extensión**

El secreto profesional no sólo incumbe a aquellos que tengan títulos habilitantes según las reglamentaciones vigentes para las carreras del arte de curar. Comprende, asimismo, a los auxiliares, aún cuando no posean título habilitante, como las enfermeras o secretarias, y adquieran conocimiento del secreto confiado al médico en razón de su profesión, en cuyo caso, deberán guardarlo como el profesional mismo.

Sería ilógico que no pudiera exigirse declaración al profesional, pero que pudiera llamarse a su secretaria, o a una enfermera (no profesional) o mucama de un sanatorio u hospital, que en las circunstancias antes mencionadas hubieran tomado conocimiento de un hecho confiado al médico.

Durante siglos la historia médica de las personas ha sido considerada como parte de su vida privada. La aparición de la medicina socializada y la seguridad social, dice Pierre Juvigny ha hecho que éstas no puedan organizarse sin que la maquinaria administrativa requiera de los individuos la revelación de su estado de salud y de los sucesivos cambios<sup>87</sup>.

La institucionalización de la “medicina pre-paga” y de las “obras sociales” ha incrementado el número de personas que llegan a conocimiento de hechos confiados al médico en el ejercicio de su profesión y que éste vuelca

habitualmente a las “historias clínicas”, “órdenes de práctica” y hasta “recetas” que pasan por un sinnúmero de manos, para cumplir con trámites burocráticos, tales como “autorizaciones”, para las que ineludiblemente se exige que el profesional indique el “diagnóstico”. Es el caso que dicha revelación pudiera causar perjuicio al paciente, ¿nos encontraríamos frente a una violación punible del secreto profesional? La cuestión no es de fácil solución, teniendo en cuenta que si el profesional se negara a indicar el diagnóstico, el paciente se vería privado de la práctica o intervención que su dolencia requiere.

Es innegable que desde la antigua consulta privada con el enfermo frente al médico de familia al que revelaba toda su intimidad depositando también toda su confianza, hasta la consulta colectiva imperante, en la Medicina socializada, en la que el secreto profesional se ve compartido por un numeroso personal auxiliar y administrativo hay una indudable regresión del secreto profesional.

Sobre esto opina el Profesor Dr. José Manuel Reverte Coma: “Es posible que este secreto compartido cada vez por más personas en nuestra Medicina socializada actual, sea el responsable de que al disminuir la intimidad que en otros tiempos existió entre enfermo y médico, haya hecho devaluar o depreciar lo que en otro tiempo fueron valores elevados como es el caso del secreto médico y al suceder así se haya depreciado también el valor del propio médico a quien ya no se ve como confidente sino como funcionario y algo de lo que constituye la verdadera mística de nuestra profesión, haya sufrido una verdadera crisis”. Y concluye el destacado Profesor de Antropología Médica y Forense de la Universidad Complutense de Madrid, que: “En ciertos países se ha agudizado el problema al tecnificarse la Medicina hasta un punto tal que el enfermo se *cosifica*, se convierte en un número, se despenaliza y la profesión que otrora fuera un sacerdocio, hoy se convierte en un cálculo matemático y frío, rutinario, y ese calor de Humanidad se altera e invierte en la relación médico-enfermo. El secreto profesional pierde intimidad en estos casos y es sólo un engranaje más en el automatismo y estandarización de la técnica de curar. Se ha deshumanizado<sup>88</sup>”.

## **El secreto médico y la regla de la confidencialidad.**

### **Ámbito de aplicación. Excepciones**

La regla de la confidencialidad está íntimamente vinculada al concepto del secreto médico, cuyos orígenes podemos encontrarlo en el Juramento Hipocrático (IV antes de Cristo), que sostiene: “Lo que en el tratamiento o incluso fuera de él, viere y oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás debe trascender, lo callaré teniéndolo por secreto”.

En esa línea secuencial, y teniendo en consideración los fundamentos actuales que le dan sustento o andamiaje a la regla de la confidencialidad, podemos decir que la misma “es derivada de los principios de dignidad, autonomía y confianza, y puede considerarse como una manifestación particular y especial del derecho a la intimidad, toda vez que no se confunde con éste; podría sostenerse que existe una relación de género a especie. Por ejemplo, existiría vulneración al derecho a la confidencialidad, si la persona que revela la información recibida en confidencia la revela sin justa causa; mientras que existiría violación a la intimidad, cuando una persona cualquiera, invade un archivo o toma un dato sin autorización alguna. Es decir, sólo puede violar la confidencialidad el profesional o la institución, que ha recibido la información por las expectativas puestas en razón de la profesión o la actividad. La relación entre el principio de confianza y la regla de la confidencialidad es estrecha y se constituye en un aspecto basal de la relación clínica, ya que afecta directamente la actuación del médico, por un lado y por otro a los deberes del enfermo que pueden cifrarse en tres sencillas palabras: *lealtad, confianza y distancia*”.

La regla de la confidencialidad en el ámbito del secreto médico, es sin lugar a dudas una regla de tercer grado, toda vez que la confidencia guardada de una persona (paciente), que la transmite a otra persona (médico), está orientada a obtener de este último un consejo calificado, a raíz o como consecuencia de la competencia profesional del mismo.

Las excepciones a la regla de la confidencialidad (revelación con justa causa), *deben interpretarse de manera restrictiva* y consecuentemente en última

instancia y por su carácter y naturaleza extraordinaria. En esa línea delgada, el médico puede y debe vulnerar la reserva profesional, para evitar por ejemplo, un riesgo potencial y significativo contra un tercero, y en tal caso el profesional interviniente *puede ampararse en el estado de necesidad, toda vez que su conducta se convierte en un imperativo legal y no únicamente en una facultad optativa o discrecional de carácter ético.*

Concluimos entonces que la protección de la privacidad o intimidad, cede frente al interés general, a la defensa del orden y frente al peligro público y de los sagrados e inalienables derechos inmanentes del conjunto de la sociedad.

Limites de la confidencialidad. Inexistencia del secreto y la justa causa de revelación

El derecho al secreto no es absoluto y como tal encuentra limitaciones cuando se enfrenta a otros derechos relevantes. Es decir, la intromisión en la esfera de la intimidad de una persona se considera legítima, cuando existe, utilizando términos de Santos Cifuentes<sup>89</sup>, un interés público prevalente, así cuando se trate de perseguir un delito, o cuando este en juego la tutela de salud o en peligro los servicios de sanidad pública.

La ley subordina la punibilidad de la revelación a que haya sido “sin justa causa”. Ello incumbe a las causas de justificación, por un lado, y a la culpabilidad, por el otro, dado que el agente debe tener conciencia no solo que revela un secreto, sino que además lo hace sin justa causa.

Sin embargo, no todos los supuestos que admiten una revelación impune, encuadran dentro del concepto jurídico de “justa causa”.

Hay por el contrario, supuestos en los que, sea por una circunstancia de hecho o de derecho el secreto, si existió desaparece, o en su caso nunca pudo existir; a ellos nos referiremos como supuestos de inexistencia de secreto:

1º- El hecho conocido: la normas legales en general requieren la existencia de una información reservada; en consecuencia, cuando un hecho fue divulgado y

por ende ha salido de su esfera de reserva, el secreto no existe, y en tal sentido, su comunicación no resulta punible.

Contrariamente a lo sustentado, la jurisprudencia francesa ha resuelto que, aun en ese supuesto, el médico debe callar porque no debe confirmar con la autoridad de su palabra el rumor o el comentario público<sup>90</sup>.

Ese criterio, de fuerte contenido ético, no podrá sin embargo sostenerse desde la visión de nuestra ley represiva, su aplicación importará una interpretación analógica de la norma penal (en el caso art. 156 del C. P.), expresamente prohibida por el principio constitucional de legalidad y reserva (art. 18 de la C. N.).

2º- El consentimiento del interesado: Es claro que cuando el titular del secreto consiente en que sea descubierto, aquel habrá desaparecido y su revelación carecerá de entidad ofensiva.

Es que el secreto contiene como elemento esencial una razonable voluntad de reserva, faltando ésta, la revelación será un acto indudablemente lícito.

Soler<sup>91</sup> distingue entre “justa causa” y consentimiento, sosteniendo que este no constituye una hipótesis de “justa causa” en sentido técnico-jurídico, porque el efecto del consentimiento importa quitar al hecho el carácter de secreto, consecuentemente la eliminación de uno de los elementos de la figura penal impide la adecuación típica del hecho.

Creemos, sin duda, que este criterio debe aceptarse como regla general, existen supuestos destacados por Nerio Rojas, en los que la autorización del enfermo no obliga al médico en forma absoluta, según el autor por dos razones fundamentales; en primer lugar, porque el secreto no siempre le pertenece solamente al enfermo: “supongamos que un hijo tiene una enfermedad hereditaria: ¿tiene él el derecho, en nombre del padre de autorizar una revelación que puede afectar a este? Evidentemente, no. Es una autorización de muy limitado valor moral y de ningún valor legal”.

En segundo lugar, señala el autor, que “el médico sabe del secreto mucho mas que el enfermo... conoce cosas que él le ha reservado al enfermo, y el médico autorizado por el paciente, se encontraría en la necesidad, si esa autorización lo obligara, de decir todo lo que él solo sabe y que el enfermo ignora. Evidentemente, no”.

Consecuentemente, el consentimiento del interesado sólo habrá de configurar un supuesto de inexistencia del secreto, cuando el profesional tenga la seguridad de que todas las personas que puedan resultar perjudicadas con la revelación, han prestado conformidad con acabado conocimiento de las repercusiones individuales y sociales que pueda acarrearles la información puesta en conocimiento de terceros.

3º- Restricciones legales al secreto: cuando la propia ley impone la obligación de denunciar o comunicar, tampoco existe secreto, toda vez que nos encontramos frente a una limitación a la obligación genérica de confidencialidad que establece el art. 156 del C. P.

No se trata de supuestos de “justa causa”, sino de limitaciones legales al deber de reserva, genéricamente impuesto por el C. P., que hacen inexistente el secreto por razones de preservación de la salud pública o en casos de interés público prevalente y en aquellos vinculados con el ejercicio de la potestad represiva del Estado<sup>92</sup>.

Entre ellos podemos mencionar:

a) La ley impone a los médicos y profesionales del arte de curar, el deber de denunciar o comunicar a la autoridad los nacimientos, defunciones y enfermedades infectocontagiosas, aunque en rigor de verdad, en estos casos el secreto persiste, ya que los que oficialmente reciben la denuncia o comunicación, deben como empleados o funcionarios públicos, guardarlo, salvo, en el caso de enfermedades transmisibles (art. 3, Ley 12.317) cuando afecte los servicios de sanidad pública. Así también lo establecieron las leyes 11.359 (lepra) y 12.331 (enfermedades venéreas).

b) La ley impone asimismo, la obligación de denunciar “los atentados 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” (art. 177, inc. 2º, C. P. P. N.).

c) Tampoco se considera que hay violación al deber de confidencialidad cuando se utilizan los casos médicos para fines de estudio, siempre que su explicación carezca de datos individualizantes que impidan reconocer a las partes, y los hechos como muy caracterizantes.

Se deben utilizar sólo los hechos y circunstancias, con las necesarias modificaciones para distorsionar datos que podrían revelar la identidad o ayudar a determinarla a quienes conocen a los participantes<sup>93</sup>.

Entre las causas que justifican la revelación se mencionan:

1º- El estado de necesidad (art. 34, inc. 3º del C. P.). Son aquellos supuestos en los que el médico se ve en la necesidad de violar su deber de confidencialidad en salvaguarda de un interés superior.

2º- La defensa del propio interés o del de otro (art. 34, incs. 6º y 7º del C. P.). Se trata del supuesto en el que el médico depositario del secreto es acusado de un delito y para su defensa se ve precisado a revelarlo, siempre que al defenderse, el profesional no se exceda en la revelación de circunstancias que superen lo indispensable para su defensa.

3º- El ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º del C. P. y art. 1.071 del C. C.). Son aquellos supuestos en los que al ejercer el médico su pretensión de cobro judicial de honorarios, revela el secreto confiado.

Existen en doctrina tres posiciones de marcada diferencia en la apreciación de estos casos:

a) Para Eusebio Gómez “el propósito de fundar una demanda por cobro de honorarios no constituye justa causa para revelar el secreto profesional”.

b) Nerio Rojas sostiene que el médico no comete delitos al revelar detalles de la enfermedad de su paciente al demandar por cobro de honorarios, siempre que no se trate de hechos vergonzantes y graves, y que la revelación sea indispensable para la demanda y prueba.

c) Soler, en cambio, afirma que se trata de la defensa de intereses legítimos y como el derecho no pretende actos heroicos, la revelación sería lícita, aunque moralmente más noble sería sacrificar el interés en holocausto de la grandeza del principio.

## **Capítulo V**

### **Denuncia**

**Sumario: Introducción. Concepto. Objeto. Carácter. Sujeto. Efectos. Obligación de denunciar. Sanciones y Responsabilidad.**

### **DENUNCIA**

#### **Introducción**

Previo al desarrollo del sumario propuesto sobre esta materia, corresponde realizar algunas consideraciones generales que nos ubiquen mejor en el tema.

Empezamos por destacar que el vocablo denuncia en materia del proceso penal tiene un valor concreto, aunque varíe sus efectos en las distintas legislaciones.

En sentido amplio y genéricamente puede señalarse que es la transmisión o anoticiamiento acerca de la comisión de un delito que un particular comunica formalmente a la autoridad debida. Ello en su caso determinará el nacimiento de la acción promovida por el Ministerio Fiscal o por la vía de la prevención o comunicación policial, aceptada por el magistrado que corresponda.

En otro aspecto y formalmente, es el acto cumplido por el denunciante ante el órgano público predisposto para recibirla, regulado por normas procesales y que le permite, al tomar conocimiento de un supuesto hecho delictuoso, comenzar la investigación tendiente a alcanzar los extremos objetivos y subjetivos de la imputación. Es decir, descubrir la verdad acerca del hecho denunciado, y determinar los posibles partícipes con responsabilidad penal en el mismo.

### **Concepto. Objeto.**

1) Todo lo precedente ya nos permite concretar un concepto sobre la denuncia, tanto desde el punto de vista formal como del sustancial. De tal manera podemos decir que formalmente la denuncia es un acto preprocesal, que se cumple ante la autoridad competente, y contiene una manifestación expresa de voluntad, tendiente a provocar la promoción de la acción penal.

En cambio sustancialmente, siempre hemos dicho que la denuncia es una manifestación de voluntad de una persona que pone en conocimiento de la autoridad encargada de recibirla, la existencia de un delito de acción pública, sea promovible de oficio o dependiente de instancia privada, para que la misma proceda a su investigación y represión si corresponde.

La última parte de este concepto involucra distinguir lo que podríamos designar la denuncia común de lo que se ha llamado denuncia condicionante. La primera definida en los aspectos ya señalados, y la segunda para el caso de los delitos a que se refiere el art. 72 del Código Penal, expresamente legislada en la norma facultativa respecto de la denuncia, disponiéndose que “cuando la acción penal dependa de instancia privada sólo podrá denunciar quien tenga facultad para instar”. Esto último entonces, denominado en doctrina “denuncia condicionante”, concreta una limitación respecto del sujeto denunciante, ya que únicamente pueden concretar el acto incluso en orden concluyente, el ofendido, sus representantes legales, tutor o guardador, entendiéndose que éste involucra a quienes tuvieran a su cargo por cualquier motivo el cuidado de un menor.

Aunque siendo muy extensa, pero comprendiendo todos los aspectos y caracteres del concepto podemos recordar a Manzini y decir que es “el acto formal de un sujeto determinado, no obligado a cumplirlo, con el cual se lleva a conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio, lesivo o no de intereses del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quienes se sospeche que hayan cometido ese mismo delito o hayan tomado parte de él”.

2) Como unánimemente lo ubica con exactitud la doctrina, puede decirse que el objeto de la denuncia son los delitos de acción pública, tanto los promovibles de oficio como los dependientes de instancia privada. Sobre ello no existe problema alguno, y con amplitud precedentemente hemos enunciado, que los dependientes de acción promovible de oficio pueden ser denunciados por cualquier persona, ya se trate del ofendido, del damnificado o de quien simplemente presencie o conozca el acto delictivo.

En cambio en los delitos cuya acción depende de instancia privada, uniformemente las codificaciones procesales modernas determinan que sólo podrán denunciarlo quienes tienen la facultad de instar, taxativamente enumerados en aquéllos, al decir que sólo podrá iniciarse si el ofendido por el delito o en orden excluyente sus representantes legales, tutor o guardador formularen denuncia ante autoridad competente para recibirla. En esta materia no existe uniformidad plena en cuanto a la forma de su redacción y al contenido del precepto, ya que legislaciones como la santafesina (Ley 9181), señalan únicamente que cuando la acción penal dependa de la instancia privada, no se podrá ejercitar si las personas autorizadas por el Código Penal, no formulan denuncia ante la autoridad competente.

Igualmente, y esta legislación ejemplifica ello, se ha suprimido el orden excluyente que señalan otras leyes. Incluso en otro aspecto autorizados comentaristas han afirmado que “se repite lo dispuesto en el Código Penal (72), pero eliminando el vocablo acusación”. Y agregan que “la exclusión se explica ya que el querellante conjunto desaparece aun en los procesos por delitos de acción dependiente de instancia privada. Mal podía entonces decirse que las personas autorizadas por el Código Penal formulan acusación ante autoridad competente”.

La segunda advertencia, en orden a suprimir la expresión “en orden excluyente”, ha sido examinada con amplitud en el proyecto de reforma a la Ley 3310 vigente en la provincia de Corrientes, conforme al dictamen de la Comisión N° 3. Se dijo que en primer lugar, al determinar ese orden no ofrece solución práctica, y en segundo término, que se evita que pueda afectarse el artículo 72 del Código Penal. Por nuestra parte discrepamos con tales conclusiones, y hacemos nuestra la redacción inicialmente consignada que sigue Córdoba y otros códigos mixtos, porque el exigir el respeto al orden establecido tiene un valor sustancial y no simplemente procesal. Ello en relación directa al fin jurídico que tutelan las normas y bienes que se protegen y a la posibilidad práctica de su respeto. Por eso es recién desde el Código de Mendoza (1952) cuando se agrega en los textos legislativos “o en orden excluyente”, terminología respetada en la Ley 2945 correntina (código de 1971), que como precedentemente hemos anotado se tiende a modificar.

Insistimos en que la naturaleza del delito cometido en muchos casos hace imprescindible aceptar la inclusión, para que también en la práctica judicial puedan cumplirse fines, individuales y sociales que resultan primarios. De tal manera si no resulta una exigencia legal la supresión, y la solución práctica de los problemas aconseja en la mayoría de los casos que se mantenga el orden excluyente, debe sin duda respetarse ello.

Reconocemos por último que sin embargo legislaciones modernas, con criterio muy respetable han mantenido la redacción que inicialmente señaláramos para el Código de Santa Fe, como son los casos de las leyes procesales de Salta, La Pampa y Chaco, o el de una formulación intermedia como la receptada por el Código de Jujuy (Ley 3584/78), que en el capítulo de la denuncia señala un orden expreso (art. 177) sin especificar que el mismo sea excluyente.

### **Carácter**

En cuanto al carácter de la denuncia, y habiéndose ya considerado quizá el más importante, al sostenerse que la misma debe ser facultativa, sin perjuicio de

mencionar explicativamente algunos otros que estimamos de menor relevancia, corresponde ahora para completar el punto, poner de manifiesto los casos que hemos señalado en que la denuncia resulta obligatoria, teniendo en cuenta principalmente la calidad del sujeto que se anoticia o conoce el delito.

Respecto de los caracteres de la denuncia, podemos destacar:

- a) que es un simple acto informativo o *notitia criminis* que realiza una persona vinculada o no a un hecho delictuoso;
- b) que el hecho denunciado sea típico, es decir que se trate de una figura penal por la cual puede promoverse y ejercerse la acción penal pública;
- c) que contiene requisitos formales como garantía de responsabilidad para la persona denunciante, y evitar concretamente la delación;
- d) que debe ser recibida para que tenga eficacia jurídica por los órganos públicos que legalmente se determinan a tal fin, lo que nuestras legislaciones regulan como la Policía, Ministerio Fiscal y Juez de Instrucción.

## **Sujeto**

Respecto del sujeto denunciante hacemos reiteración aquí de lo expuesto al tratar el primer problema en orden al concepto y a la evolución antes anotada a los fines de examinar quien o quienes pueden denunciar. Ya vimos conforme a nuestro criterio que toda persona, sin hacerse referencia a su capacidad civil o penal, podría poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente. Por eso se ha dicho con acierto que el sujeto denunciante es el que voluntariamente y bajo su propia responsabilidad informa a la autoridad competente de la perpetración realizada de un hecho delictuoso.

Surge en consecuencia como regla, que toda persona integrante de la sociedad tiene el poder de denunciar como titular del mismo, sin que sea necesario que resulte ofendida o damnificada por el supuesto delito. De ese modo todos los

habitantes en consideración general, haciendo caso omiso de un interés privado que pueda tener el denunciante, tiene la facultad y posibilidad de colaborar con la administración de la justicia penal.

Se explica mejor esto afirmado que en la actualidad por lo general son denunciantes quienes sienten o tienen un interés vinculado en forma directa al resultado de un proceso. De tal manera el sujeto denunciante, respetando el carácter facultativo que hoy se otorga a la denuncia no sólo puede ser el damnificado u ofendido sino también cualquiera que presencie el hecho delictivo o tenga conocimiento de él salvo por supuesto los casos de delito de instancia privada en los que no se podrá iniciar si el ofendido por el delito o en orden excluyente su representante legal, su tutor o guardador, no formulen denuncia ante autoridad competente para recibirla<sup>94</sup>.

## **Efectos**

Las distintas posiciones doctrinarias que valoran los efectos de la denuncia son coincidentes en general respecto de los mismos. Es claro que hacemos alusión a una posición que luego dogmáticamente se advierte en los códigos procesales mixtos. Y aunque el tema no tenga una relevancia particular, resulta necesaria una sistematización prolija del mismo, lo que nos obliga a andar por caminos ya construidos en relación a ello, y respetando principalmente la opinión de destacados autores.

Para ello recordaremos las enseñanzas de Manzini y Clariá Olmedo, que pensamos permiten desarrollar el tema con precisa claridad y amplitud, sea considerado como eficiencia procesal directa de la denuncia o simplemente como efectos de la misma.

El penalista y procesalista aludido en primer término, que es sin duda el origen de nuestros estudios en relación a esta materia, por ser el Código Italiano fuente directa de nuestras legislaciones, y el distinguido profesor de notoria versación en la misma, nos inicia afirmando que la denuncia por sí sola no tiene

ninguna eficacia procesal directa, puesto que la verificación de los efectos que ella puede producir está condicionada a una manifestación de voluntad del órgano público encargado de iniciar el procedimiento penal. Sobre esa base distingue que no se verifique esa manifestación de voluntad, como sería el caso concreto de la desestimación con su trámite respectivo, o que se verifique esa manifestación de voluntad es decir cuando la denuncia como acto preprocesal, según posición ya explicada, no se la desestima y sirve de origen a la relación jurídica procesal, ya que excitando la jurisdicción, permite su avocamiento y la iniciación del debido proceso.

Respecto de la primera distinción, corresponde agregar que una vez presentada en forma la denuncia, y dado a la misma el trámite que la ley exige para evitar el procedimiento de oficio, el Ministerio Fiscal que es el que la recibe, entre una de las posiciones concreta puede dirigirse al juez de instrucción pidiéndole que desestime la misma; es decir que el órgano requirente sólo hace uso discrecionalmente de su poder para valorar el fundamento de la *notitia criminis*, siendo el juez el que en definitiva resuelve. El Fiscal, órgano público de la promoción en referencia específica a este caso, debe sujetar su actividad al principio de la legalidad, por lo que su petición de que la denuncia sea desestimada no puede estar basada en razones de oportunidad, sino en general en que el anociamiento de un supuesto delito aparezca manifiestamente infundado. Aclaramos bien que el trámite anterior, como se ha destacado con acierto, no le otorga al Ministerio Público un derecho a disponer sobre la denuncia, atribuyendo un poder arbitrario de promoción o no promoción.

De tal manera, el órgano requirente queda en libertad para considerar cuándo la denuncia es correcta en valoración expresa anterior a la promoción de la acción.

Agregamos que el carácter manifiestamente infundado que puede proporcionar la noticia del delito, tanto puede referirse al hecho material en sí, como a la imputación, tomando este término en sentido amplio en cuanto a los posibles actos en que no hay responsabilidad penal, o también al uno y a la otra a la vez.

La denuncia carece así de toda eficiencia procesal y solamente corresponde aclarar que el Ministerio Público, aparte de las oportunidades expresas otorgadas por la ley para la valoración de sus términos y contenido, también puede pedir la desestimación aun después de la instrucción formal. Por otra parte, en cualquiera de los casos en que la desestimación de la denuncia sea concretada, el principio *non bis in idem* no tiene vigencia, porque no podrá impedir un nuevo procedimiento por el mismo hecho y contra la misma persona, cuando después se encuentren elementos que demuestren que la denuncia no era infundada.

Es en cambio en relación a la segunda posición, o sea la que hemos denominado la de la verificación de la denuncia, donde se advierte con claridad como es lógico los efectos de aquélla. Aquí seguimos a Clariá Olmedo y sobre la base de su claro pensamiento, podemos advertir cuatro razones fundamentales que integran el tema.

Todas ellas se las debe enfocar en relación al denunciante, a receptores y a la iniciación de la causa. Brevemente consignamos que en la que hace al denunciante, los efectos sustanciales y procesales se refieren a su responsabilidad penal, civil y disciplinaria, pero ajena al proceso, provocado por su acto por cuanto no queda vinculado a él.

Aclaremos en este punto que al margen de sostener que en referencia al denunciante los efectos procesales de la denuncia son negativos, corresponde señalar que respecto al órgano receptor existe la obligación, ya sea de la Policía, del agente fiscal o del juez de instrucción, de actuar siempre conforme a las prescripciones legales. Ello legislativamente se ha regulado en forma taxativa, cumpliendo cada uno de los órganos mencionados ante la recepción de la denuncia la comunicación inmediata del caso; requiriendo la instrucción jurisdiccional o pidiendo la desestimación correspondiente, o transmitiendo la denuncia al Ministerio Fiscal para que decida sobre si corresponde o no requerir la instrucción, o aun con un comienzo de la investigación cuando la denuncia esté contenida en la prevención policial, y así corresponda.

Lo importante de señalar respecto a estos órganos receptores es que el juez de instrucción por ser órgano jurisdiccional, es el único que puede desestimar directamente la denuncia, por lo que en consecuencia ni la Policía ni el Ministerio Fiscal pueden hacerlo. Siempre insistimos en destacar que las conclusiones precedentes tienen una base dogmática, respalda en todas las legislaciones que siguen el sistema mixto, sin perjuicio de recordarla exacta anotación de Clariá según la cual una de las fuentes de aquél –aludimos al Código Italiano de 1930- facultaba al fiscal a archivar los autos ante la falta de fundamentos de la denuncia, todo lo cual fue modificado en 1944, restableciéndose el criterio genérico que antes consignamos.

Entrando a considerar ya los casos, conforme a la distinción anotada, en que se verifica la manifestación concreta de voluntad, señalamos en primer término que si la denuncia no resulta desestimada, evidentemente ya adquiere el carácter de un acto procesal, en modo primario no sólo por la intervención del órgano jurisdiccional que incluso puede rechazar los términos del requerimiento, sino genéricamente porque en cualquier sentido ya produce efectos o consecuencias que se refieren directamente al origen de la relación procesal.

En segundo lugar, en estas condiciones, ya la denuncia tiene eficiencia propia, como lo aludiéramos al comienzo y ahora sintetizamos.

1. Tiene efecto informativo, porque en forma oficial pone a la autoridad pública competente en conocimiento de que se ha perpetrado un hecho supuestamente delictivo, a lo que se agrega en la mayoría de los casos la indicación precisa de quién ha sido o quiénes han participado en aquél. Este señalamiento preciso no sólo posibilita que una vez recibida la denuncia, la autoridad aludida, como exactamente se dice, no pueda pretextar nunca la ignorancia del suceso, sino que además la relación fáctica que contiene esa pieza informativa posibilita que el órgano público correspondiente pueda encuadrar el hecho dándole una calificación jurídica propia, lo que por otra parte en definitiva determinará desde un punto de vista material su distribución por competencia.

2. Tiene efecto propulsor, porque cuando la misma es correcta formalmente y fundada, obliga al órgano judicial que la recepta, a practicar los

actos necesarios para iniciar el debido proceso, empezando por una legitimación en orden a la promoción de la acción penal.

Es lógico que según quien sea la autoridad competente para recibirla, el trámite de la denuncia tenga esclarecido por la ley pasos distintos a seguir, aunque todos están encaminados al fin común de investigar el hecho y actuar la ley. Esta aclaración, porque si la denuncia la recibe la Policía, que es la forma más común según lo demuestra la vida práctica en la materia, dicha autoridad actúa de inmediato en cumplimiento estricto de normas procesales vigentes y que se refieren a las atribuciones que le competen, al procedimiento a seguir, según que exista o no intervención inmediata del fiscal o del juez principalmente, como así también para los casos en que está previsto el procedimiento en las condiciones exigidas si el trámite pertinente es el de la información sumaria previa a la citación directa.

Si la denuncia es recibida por el Ministerio Fiscal, o le es remitida por la Policía, este funcionario público, también según prescripciones procesales taxativas, luego de examinar y estudiar su contenido determinará o el pedido de desestimación al juez de instrucción que corresponda, o la formulación, en el plazo fijado, de la requisitoria fiscal de instrucción, o el planteo *ab initio* de una cuestión de jurisdicción o competencia. Aclaremos que ese no es el orden legalmente seguido, pero son las distintas posiciones que pueden presentarse en el caso concreto.

Por último, si la denuncia es presentada ante el juez de instrucción, la respuesta surge de la transcripción textual del texto legal en ese punto, porque las leyes procesales determinan que el juez de instrucción que reciba una denuncia la transmitirá inmediatamente al agente fiscal, para que éste en el término máximo de veinticuatro horas, salvo que por la urgencia del caso el magistrado hubiese fijado uno menor, formule requerimiento fiscal, pida su desistimiento o remita, según su solicitud, la denuncia a otra jurisdicción.

3. Siempre en relación a los efectos de una denuncia verificada, destacamos que la misma como importante atribuye las calidades pertinentes al denunciante y al imputado, lo que sobre todo en el primer caso tiene relevancia

propia en el campo del derecho penal. Ello en el caso concreto que ejemplifica la calumnia, al constituir en principio la misma una denuncia maliciosa.

En cuanto a la situación determinante de la calidad de imputado, al no ser considerada por nosotros la denuncia un acto inicial del procedimiento, la afirmación del denunciante no es suficiente para atribuir ese carácter, siendo en contrario exigencia ineludible, como la ley lo exige, que se trate de una persona “determinada como partícipe de un hecho delictuoso, o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento dirigido en su contra”.

4. Por último corresponde señalar que la denuncia, una vez recibida por la autoridad competente es irrevocable, por lo que cualquier manifestación de voluntad en contrario a ella formulada por el sujeto que la presentara, carece de incidencia en relación a su vida jurídica, debiéndose sólo señalar que ello no impedirá al examinar posteriormente los elementos de convicción suficientes que la materia probatoria aporta, para establecer los extremos de la actividad delictiva, su valoración o consideración como elemento de juicio por parte del órgano jurisdiccional interviniente.

De tal manera, se ha afirmado siempre bien que una denuncia regularmente presentada y recibida en forma por la autoridad competente, agota el poder dispositivo del sujeto que la realiza, quien ni aun en la retractación pueden encontrar el camino para desvirtuar la existencia del acto informativo ni sus consecuencias. Sólo la actividad últimamente mencionada puede ser considerada en relación a su influencia en la credibilidad de la denuncia.

### **Obligación de denunciar**

Tienen la obligación de denunciar:

a) “Los funcionarios y empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones, adquieran conocimiento de un delito perseguible de oficio” (C. P. P. Nac., art. 177, inc. 1; similar es el C. P. P. Santa Fe, art. 180, inc. 1).

La obligación de denunciar pesa sobre los funcionarios, es decir, sobre aquellos que temporal o permanentemente, por acto electoral o por designación, ocupan un cargo en la función pública; y también sobre los empleados públicos que en ejercicio de sus funciones tomen conocimiento de un delito perseguible de oficio.

Vale decir que si el delito se conoce fuera del ejercicio de la función, la obligación se transforma en facultad pudiendo no formular la denuncia sin que importe violación a la Ley, pues no ejerciendo el prevenido profesión o empleo en razón del cual estuviera obligado a comunicar la noticia del delito a la autoridad, no contrae responsabilidad alguna con su silencio.

Pero el delito que se exige ser denunciado es el que se conoce en calidad de funcionario de la Provincia, ya que el precepto no manda sobre los funcionarios nacionales que ejercen en nuestro territorio.

La naturaleza de la función impone no sólo el deber de denunciar, sino también el de actuar en el caso concreto. Tal el supuesto de los funcionarios policiales. No obsta a esta calificación el hecho de que la Policía no llevase uniforme, pues todo aquél que presencie un delito y trate de aprehender o hubiera aprehendido a un delincuente, se reputa funcionario público.

El fundamento de este primer inciso, es que el Estado tiende a través de sus funcionarios, a mantener el orden jurídico instituido por él.

Es suficiente que *prima facie* se presente un hecho con características delictuosas para que el funcionario se encuentre obligado a denunciarlo a quien corresponda.

Los empleados o funcionarios públicos no son parte en los juicios para perseguir el castigo de los delitos, cuya misión corresponde al Ministerio Público, y sólo se les impone la obligación de denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Juez de Instrucción o a los funcionarios o empleados superiores de la Policía, cuando en el ejercicio de sus funciones adquieren conocimiento de haberse cometido un delito.

En relación a este primer inciso, y afirmando que debe tratarse de un hecho que tenga los caracteres de una figura penal, estimamos que la redacción debió ser más precisa, sobre todo para evitar controversias en la práctica y señalarse que los funcionarios y los empleados públicos deben haber adquirido el conocimiento de la existencia del delito, con motivo o en relación al ejercicio de la función que desempeñan. Ello porque no bastaría conocer el hecho delictuoso perseguible de oficio para que nazca la obligación de denunciar, como sería el caso de un individuo que siendo empleado público concurre a trabajar con una lesión en el rostro, la que es advertida por un funcionario compañero de tareas, al iniciar juntos sus respectivas actividades en la propia repartición. Es lógico que allí el funcionario no tiene la exigencia de denunciar el supuesto delito de lesiones, porque insistimos en que estas secuelas se produjeron al margen y sin ninguna relación con la actividad específica que laboralmente se cumple. Contrariamente se ejemplificaría la obligación cuando un funcionario o empleado tiene conocimiento, al realizar tareas de control administrativo en la propia repartición, de que otro u otros han adulterado o falsificado planillas, o realizado cualquier maniobra dolosa que pueda causar perjuicio. Ese hecho que se comete tiene relación directa con la función y es con motivo del ejercicio de la misma. Ratificamos así que no es la mera calidad de funcionario la que impone la obligación sino la conexión y efecto con la actividad que se cumple, la que determina la imperatividad de denunciar<sup>95</sup>.

b) “Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que profesen cualquier ramo del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al presentar los auxilios de su profesión...” (C. P. P. Nac., art. 177, inc. 2; similar es el C. P. P. Santa Fe art. 180 inc. 2).

Este inciso impone la obligación de denunciar a los que de algún modo profesen o intervengan en el arte de curar respecto de los delitos que atenten contra las personas, y que conozcan al presentar el auxilio de la profesión, o porque el paciente se los revele. De allí que el conocimiento fuera del caso previsto (atentados contra las personas) o al amparo del secreto profesional exime de la obligación impuesta por la Ley (el art. 156 del Código Penal, reprime a quienes violaren el secreto profesional si de su divulgación pudiese causarse un daño).

De lo que se deduce que si el conocimiento se adquiere por una causa distinta a la de la profesión, no se presenta la hipótesis contemplada en la Ley.

c) “...salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional” (C. P. P. Nac., art. 177, inc. 2; C. P. P. Santa Fe art. 180, inc. 2).

El deber de guardar el secreto profesional se refiere al caso en que la persona atendida hubiere confiado al profesional ser autora del delito, por tanto la obligación de denunciar rige cuando el paciente sea víctima de un delito.

En cuanto al segundo inciso, y además de recalcar en lo importante que es fundamental que los hechos se conozcan al prestar auxilio de la profesión, debe señalarse que el problema principal está dado en las posibilidades de determinar en qué casos el conocimiento del delito está amparado por el secreto profesional y cuándo no lo está.

Siendo su solución dependiente del derecho de fondo o sustantivo, simplificando las posibles situaciones a examinar, hemos reiterado siempre que compartimos el punto de vista del destacado penalista Sebastián Soler, quien considera que el deber de secreto profesional se refiere al caso en que la persona que ha confiado aquél es la autora del delito, y por tanto la obligación de denunciar sólo existe cuando el que consulta es víctima del delito. De acuerdo a estas conclusiones se ha dicho que si una mujer concurre al médico para tratarse de los efectos de un aborto practicado por ella misma o por otra persona, existe respecto del facultativo el deber de secreto profesional; en cambio, si una persona concurre al médico porque ha sido herida por un tercero, existe el deber de denunciar. Conviene señalar que éstas son posiciones definidas en relación al problema que consideramos, pues deben reconocerse con todo respeto otras formas de pensamiento sobre el punto<sup>96</sup>.

El inciso segundo precisa la entidad que requiere el hecho para que la denuncia sea obligatoria; debe tratarse de delitos contra la vida y la integridad física.

No es difícil conciliar su último giro con la obligación de denuncia. Sólo cabe tener en cuenta lo prescrito por el art. 156, Código Penal: “Será reprimido con... el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”. Basta con que se haya accedido al secreto para que el deber de revelarlo con justa causa se convierta en excepción, porque no es preciso que se lo revele o manifieste al profesional para que deba guardar reserva<sup>97</sup>.

Si se trata de delitos de acción pública, los sujetos comprendidos en este inciso segundo tienen obligación de denunciar, siempre que atiendan a la víctima del hecho, a menos que se haya exigido reserva. En cambio, cuando se auxilia profesionalmente al autor, impera la obligación de guardar secreto, aun cuando éste resulte un prófugo de la justicia<sup>98</sup>. Idéntica solución corresponde cuando el profesional cumple funciones en un establecimiento oficial, porque la solución contraria –imponer la obligación de denunciar en todos los casos- “...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 secreto profesional<sup>99</sup>”.

El problema se ha planteado en los casos de aborto causado o consentido por la propia mujer, decidiéndose que el profesional del arte de curar que conoció el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no- debe abstenerse de formular denuncia que involucre en un proceso penal a la mujer, aunque le corresponde hacerlo en todos los casos de coautores, instigadores o cómplices (CCC, en pleno, J. A., 1996-V, pág. 69, f. 12.276). El único logro de este criterio es impedir se ponga en marcha el proceso por el profesional –extraño al hecho- que accedió a la noticia en cumplimiento de su labor. Pero no se percibe cómo podrá permanecer ajena al proceso penal, la mujer a la cual se le ha practicado un aborto con su consentimiento, si se permite que se extienda la persecución a los colaboradores en ese ilícito penal cuando han intervenido a su pedido. En cambio, es censurable se excluya a la mujer cuando el hecho lo anoticia un tercero. Si bien está claro que un médico no puede denunciar el aborto si conoció el hecho a través de confidencia hecha por su paciente, tampoco cabe aceptar que la mujer

transmita la noticia a través de su testimonio; se le colocaría en la situación de declarar bajo juramento sin respetar la imposibilidad de hacerlo cuando pueden derivarse consecuencias adversas –art. 18, CN-; también porque se le coloca en la violencia moral de tener que pronunciarse sobre una cuestión inherente a su más absoluta intimidad (CCC, Sala VII. J. A., 1996-I, pág. 499).

### **Sanciones y Responsabilidad**

La denominación en este apartado se formula a los fines de una mayor claridad en la distinción de los temas, ya que en relación a la denuncia pueden considerarse sanciones penales en los casos que procesalmente con taxatividad se fijan y además requiere la consideración sobre la posible existencia de una responsabilidad civil consiguiente, por lo que ambos casos tienen una relación directa.

Las leyes de enjuiciamiento modernas, en modo uniforme, descartan al denunciante como parte del proceso, y niegan que pueda incurrir en responsabilidad alguna, excepto los casos de falsedad o calumnias.

La naturaleza y fines propios de la denuncia, que ya se consignaron en orden a que resulta un medio idóneo y de indudable interés público para lograr la represión del delito, posibilitando la paz social, exige que si la actuación del denunciante es sincera y de buena fe, el mismo al actuar informando a la autoridad, no puede incurrir en ninguna clase de responsabilidad. Contrariamente, y todo esto las leyes receptan, frente a situaciones que son de excepción de las actividades cumplidas en base a denuncias infundadas, en las que normalmente a sabiendas y de mala fe se presentan, la ley incrimina ello como actividad delictuosa.

Así por una parte se puede responsabilizar al sujeto denunciante como autor del delito de calumnia, es decir por haber imputado falsamente un delito que dé lugar a acción pública, o también, aunque no siempre con vigencia en la ley de fondo, la represión al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad. Tanto

la calumnia como la falsedad, como excepciones anteriormente anotadas, son las violaciones a la ley de fondo, en que puede incurrir el denunciante.

En cuanto a la responsabilidad civil acertadamente se ha destacado que cuando las denuncias han sido hechas con sinceridad y buena fe, el mismo criterio que el que hemos delimitado para el campo penal. Incluso se ejemplifica afirmándose que una denuncia que tenga esos caracteres, no podrá nunca posibilitar que el imputado absuelto pueda reclamar a quien la formulara derecho a la reparación por los daños que ha sufrido en virtud del proceso. Debe recordarse que sobre este tema siempre hemos pensado en un abstracto de nuestra legislación, ya que muchas naciones europeas ya lo han puesto en vigencia, que al margen de la existencia o no de una responsabilidad para el denunciante, el Estado debe proveer a la reparación en base a indemnizaciones precisas, en los casos de personas acusadas y juzgadas, que resultan absueltas, máxime ello en sistema donde en órgano público predispuerto es el que examina y decide sobre el origen de la acción penal, promoviendo debidamente cualquier causa.

## Capítulo VI

### El secreto profesional y los procesos penales

**Sumario:** 1) Nivel normológico. 2) Nivel de la realidad. 3) Nivel ideológico. 1. La pretensión punitiva y las garantías individuales. 2. El “merecimiento” de las garantías. 3. La profesión y la función pública. 3.1 Relación profesional propia o de asistencia. 3.2 Relación profesional impropia o de función. 4. La pretensión punitiva y el secreto profesional. a) Regla. b) Excepciones a la regla. b) 1. el falso conflicto. b) 2. Excepciones al secreto de la intimidad genérica. b) 2.1. Los relatos. b) 2.2. Elementos Materiales. b) 3. Excepciones al secreto de la intimidad privilegiada. b) 3.1. Voluntad en el contenido. b) 3.2. Voluntad en el destinatario. b) 3.3. Alcance de la prohibición absoluta de excepcionar a la regla del secreto profesional. b) 4. Supuestos de violación indirecta al secreto profesional. 5. Los efectos procesales de la violación del secreto. 5.1. Relación entre la responsabilidad del profesional y dichos efectos procesales.

### EL SECRETO PROFESIONAL Y LOS PROCESOS PENALES

El tema tratado en este trabajo puede ubicarse en tres niveles distintos: el de las normas, el de la realidad y el de la ideología, los que se desarrollaran seguidamente.

#### **1) Nivel normológico**

Si analizamos la legislación aplicable a este tema, tanto penal como procesal penal, se advertirá la existencia de normas aparentemente contradictorias.

El Código Penal, dentro de los delitos contra la administración pública prevé, en el art. 277 que “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, algunos de los hechos siguientes: ...1) d... omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo...”.

El mismo Código, pero dentro de los delitos contra la libertad, prevé en el art. 156 que “Será reprimido con multa de \$1.500 a \$90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

En el marco del Derecho Procesal Penal traeré a colación, y a modo de ejemplo, el actual régimen procesal para la justicia federal, que en el art. 177 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, las parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.

En términos similares encontramos redactado en art. 180 del CPP vigente en la Pcia. de Santa Fe.

## **2) Nivel de la realidad**

La jurisprudencia, elaborada fundamentalmente a partir de las normas indicadas precedentemente, ha sido muy variada.

**Caso Frías (Capital Federal).** En este sentido cabe destacar un recordado plenario dictado por la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en el caso “Frías Natividad” el 26 de agosto de 1966. En aquella oportunidad se sostuvo por la mayoría que “... no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido

en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar, que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no-, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.

**Caso Marturano (Pcia. de Buenos Aires).** Tomando el caso Frías como punto de referencia, la jurisprudencia ha variado en uno y otro sentido. Es así que en un plenario de la Cámara Penal de Lomas de Zamora, dictado en el caso “Marturano”, se consagra una tesis diametralmente distinta a aquella, dado que se resuelve la validez de la denuncia realizada por un médico.

**Caso Aguirre de Ferreyra (Pcia. de Córdoba).** En un movimiento pendular hacia el otro extremo se ubica el fallo de la Cámara de Acusación de la Pcia. de Córdoba, que comenta favorablemente Carlos Tozzini, donde el tribunal fue mucho más lejos que el caso Frías en cuanto a la desincriminación, porque no sólo estableció que estaba prohibido instruir el sumario penal originado en la denuncia del médico que atendió a la mujer que provocó su propio aborto respecto de ella, sino que dicha prohibición se extiende a favor de todos los que participaron en el hecho.

El voto de la mayoría (pues existió disidencia) sostuvo en aquella oportunidad que, al existir violación del secreto profesional médico por quien denuncia, se vulnera el art. 18 de la Const. Nac. (nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo) motivo por el cual entiende que existe una nulidad absoluta que no puede ser subsanada y que “...al afectar a todo el proceso desde los actos preventivos que ponen en movimiento la acción penal y los jurisprudenciales, el efecto aniquilador de estos debe recaer para todas y para todos los afectados en esta instancia...”.

**Casos Guío, Insaurrealde y M. G. A. (Pcia. de Sta. Fe).** En la ciudad de Rosario se han dictado diversos fallos en la Cámara de Apelaciones en lo Penal que son realmente contradictorios y que, debido a la cantidad de fundamentos con los que cada uno abona su posición, constituyen un interesante material de estudio. Por ese motivo creo que son realmente útiles a nivel académico, en función de lo cual se transcriben íntegramente en el anexo de este

capítulo. Sintéticamente la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones adhiere a la doctrina del caso Frías y la Sala Tercera se encolumna, en principio, en la tesis del caso Marturano. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe, fechado el 12 de agosto de 1998, resolvió el recurso de inconstitucionalidad –admitido vía queja- que el fiscal promoviera contra la sentencia de la Sala II de la Cám. de Apelac. en lo Penal de Rosario correspondiente a la causa Insaurralde. El máximo tribunal, en dicha oportunidad, adhirió básicamente a la doctrina de la Corte Nacional establecida en el caso Zambrana Daza (aunque no exactamente) y se caracterizó porque cada uno de sus seis integrantes votó por sus propios fundamentos.

**Caso Zamabrana Daza (Corte Suprema de Justicia de la Nación).** En la causa "Zambrana Daza, Norma B., s/ infracción a la ley 23.737", resuelta el 12 de agosto de 1997, el Alto Tribunal resolvió de manera diferente al plenario "Natividad Frías", cuya línea había seguido la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, al anular todo lo actuado desde la instrucción del sumario, a partir de la denuncia de un profesional de la salud.

No era un caso de aborto sino de transporte de estupefacientes. La mujer se había atendido en un hospital público, a raíz de que habían explotado bombitas de látex alojadas en su estómago para el transporte de clorhidrato de cocaína desde Bolivia.

En fallo dividido, se anuló la decisión del tribunal de alzada.

La mayoría, integrada por los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez, consideró que, como los agravios conducían a determinar el alcance de las garantías del debido proceso legal y la prohibición de la autoincriminación, existía cuestión federal que habilitaba el recurso extraordinario.

En cuanto al fondo del asunto, entendió que era inadmisibles interpretar la referida garantía, de modo que conduzca inevitablemente a calificar de ilegítimas las pruebas inculpativas obtenidas del organismo del imputado en todos los

casos en que el individuo que delinque requiera asistencia médica en un hospital público. La debida tutela de la mencionada garantía constitucional, en necesaria relación con el debido proceso legal, requiere un examen exhaustivo de las circunstancias que rodearon cada situación en concreto, para arribar a una conclusión acerca de la existencia de vicios que hayan podido afectar la voluntad del imputado.

### **3) Nivel ideológico**

Paralelo a la complejidad de las normas y los precedentes jurisprudenciales debe señalarse la importancia del tema, pues no se está solamente frente a una cuestión de difícil hermenéutica por la forma en que están redactadas las leyes, sino que en cada una de las interpretaciones se exterioriza la ideología del intérprete, fundamentalmente respecto a las relaciones entre el Estado y las personas y sus lógicas consecuencias en el proceso penal.

Creo que allí radica la principal causa de tantas variantes interpretativas. El problema no pasa sólo por la letra de la ley sino, básicamente, por lo que cada uno de los que la aplican o analizan quieren encontrar en ella a partir de su propia idea sobre las cosas.

En este plano ideológico es donde deben ubicarse las reflexiones, porque allí nacen en definitiva las leyes y sus interpretaciones. Prueba esto el hecho que cada fallo o trabajo científico dedica un importante espacio a exponer sobre la jerarquización de los valores, de tal suerte que la raíz de las posturas antagónicas se encuentra en la forma en que se resuelva la circunstancia de adjudicarle o no prioridad a los derechos individuales respecto a la pretensión punitiva del Estado.

#### **1. La pretensión punitiva y las garantías individuales**

Debo señalar como punto de partida que, tal como adelantara, en el análisis del secreto profesional y los procesos penales influyen determinadamente las ideologías referidas a la relación entre el Estado y las personas.

Existen sobre este problema al menos dos corrientes y que se diferencian por su base ideológica, habiendo sido denominadas garantista una y solidarismo penal la otra. La principal discrepancia entre ellas radica en resolver de manera distinta situaciones extremas donde hay que sacrificar necesariamente el secreto profesional o la pretensión punitiva. El denominado garantismo elige, como su nombre lo indica, salvar las garantías, mientras que el solidarismo penal se inclina por el castigo a los delincuentes.

En la opinión de Superti, y en este enunciado se ve que hay coincidencias de todas las corrientes, la pretensión punitiva del Estado, originada en su potestad represiva, sólo puede actuarse dentro de los límites que marcan la Constitución y las leyes. Entiende que cuando el Estado, por respetar esos límites, resigna aplicar penas, lejos de incumplir sus fines está actuando correctamente dentro del insoslayable marco jurídico que encierra su funcionamiento.

Una de las diferencias entre el uso de la violencia por parte del Estado y el de su utilización por los delincuentes radica en que aquél va a actuar exclusivamente dentro de determinados límites y la delincuencia es por definición transgresora de los límites. Si el Estado se extralimita no actuará justificado por el orden jurídico sino marginalmente, porque ni aun los fines más nobles justifican medios que comprometan derechos personales.

Establecida la importancia de los límites, que insisto a nivel de principios no son cuestionados, surge la tarea de precisarlos respecto a las investigaciones y juzgamientos penales y en esta oportunidad con particularidad referencia a los que se enlazan con el secreto profesional.

No hay dudas tampoco de que tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia reconocen la existencia del secreto profesional, dada su vinculación con el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales del hombre (salud, defensa, etc.). El problema, y con él las discrepancias, es elegir en situaciones extremas si se sacrifica el secreto profesional para efectivizar la pretensión punitiva o a la inversa, por lo que el conflicto puede proponerse diciendo: “Poder punitivo vs. Secreto Profesional”.

## **2. El “merecimiento” de las garantías**

Hay posturas jurisprudenciales en las cuales en los procesos de aborto iniciados por denuncias del médico de la imputada, se ha sostenido que “...la mujer que ha matado, que ha abortado o consentido en que lo hagan, ha elegido entre su comodidad, su economía y su honor y la vida de un ser...” y no es posible que quien ha cometido semejante atrocidad logre impunidad penal, pues ante esa situación “la protección de la comunidad contra los delitos y los delincuentes debe quedar asegurada porque el blanco final de la pena hay que situarlo en un plano superior”.

Pareciera que los límites originados en derechos y garantías individuales para operar tienen que ser “merecidos” por el interesado y que quien se encuentra imputado de determinados delitos no lo merece.

Ante ello hay que tener presente que el principio de inocencia impide realizar un análisis valorativo de ese tipo pues, para atribuir responsabilidad al imputado, es necesario llegar a la sentencia, que sea condenatoria y que adquiera firmeza. Por más atroz que sea el delito atribuido, el principio referido que también funciona como límite de la pretensión punitiva, obliga al sistema jurídico a considerar al encausado inocente hasta que una sentencia firme diga lo contrario.

Justamente en las situaciones críticas que se generan cuando el Estado enfrenta a un ciudadano en un juicio penal, es donde las garantías previstas por las leyes fundamentales deben adquirir su máxima operatividad, porque si no funcionan en esas circunstancias ¿para qué sirven?.

La crisis originada en una imputación penal (cualquiera que ella sea) es la que tuvo en vista el constituyente cuando reconoció derechos individuales y los protegió consagrando garantías que debían operar como barrera a la actuación estatal, las que en ese momento adquieren su máxima expresión y sentido.

## **3. La profesión y la función pública**

He referido que cuando se superponen en un mismo sujeto el ejercicio de una profesión y la calidad de funcionario público surge el tema de la incidencia recíproca que pueden tener ambos extremos frente al secreto profesional.

Cuando ello ocurre lo primero que hay que hacer es diferenciar si se está encomendando una función pública al profesional o si éste trabaja como tal en el marco de un empleo público. Solamente en este último caso existe una relación profesional propia, donde el epicentro es la asistencia, mientras que en el primer supuesto sólo puede definirse como impropia porque lo primordial es el cumplimiento de una función pública y la calidad profesional se reduce a un instrumento a su servicio.

La relación profesional propia o de asistencia no debe tener ninguna incidencia en el secreto profesional la mera circunstancia de que, quien esté desplegando su profesión, sea rentado por el Estado. Imaginar un secreto profesional distinto, según que el experto trabaje particularmente o lo haga dentro de una repartición oficial, acarrea un grave atropello a la igualdad, porque significa consagrar que quienes puedan contratar a sus profesionales tienen una garantía de secreto que protege su intimidad diferenciada de la que poseen los que acudan, normalmente por escasez de recursos, a los servicios públicos.

A pesar de ello en el caso Zambrana Daza, fallado por la Corte Suprema de la Nación, se hace prevalecer la calidad de funcionario público sobre la actuación profesional, estableciendo esa diferencia entre quienes trabajan ejerciendo una profesión privadamente y quienes lo hacen empleados por el Estado.

### **3. 1. Relación profesional propia o de asistencia**

Ante los distintos criterios establecidos para este tipo de relación (los que entienden que el secreto profesional es diferente según el profesional sea o no empleado público y los que no aceptan esa postura) no debe tener incidencias en el secreto la circunstancia de ser funcionario, realizando un análisis comparativo entre las reglamentaciones de las testimoniales y la denuncia.

La principal diferencia entre ambas radica en que, mientras en las normas referidas a las testimoniales se prohíbe declarar a determinados profesionales por el secreto, sin distinguir si son o no empleados públicos, en las relativas a la denuncia se obliga a radicarla a los funcionarios públicos, sin distinguir si son o no profesionales.

Si se enfrenta ambas reglamentaciones (las de las testimoniales y las de la denuncia) y se intenta lograr una simetría lógica, debe entenderse que quien no puede testimoniar en homenaje al secreto profesional no puede denunciar. Por ello la obligación de hacerlo, e incluso su facultad, debe quedar limitada a los funcionarios que no actúan en una relación profesional propia o de asistencia.

### **3. 2. Relación profesional impropia o de función**

Cuando la vinculación entre el experto y una persona se origina en el cumplimiento puntual de funciones públicas del primero, y su capacitación está exclusivamente al servicio del Estado, estimo que no rige el secreto profesional. Por ejemplo, si en un proceso penal se dispone una pericia y se la encomienda por su materia a un médico (médico forense) y éste para realizarla entrevista al imputado, es obvio que deberá informar al juez todo lo que acontezca en el cumplimiento de su tarea.

Lo importante en este tipo de supuestos es que el interesado esté perfectamente advertido de esta circunstancia y que todo el acto se desarrolle regularmente cumpliéndose de manera íntegra las exigencias legales.

Respecto a las relaciones propias, en las testimoniales se establece de manera categórica que el titular de la intimidad es el asistido y por ello es el único que puede liberar al profesional del secreto.

En tal sentido se prevé que los profesionales no podrán negar sus testimonios si son eximidos del deber del sigilo por el propio interesado (así lo prevén expresamente tanto el art. 244 del C. P. P. de la Nación como el art. 253 del C. P. P. de la Pcia. De Santa Fe).

Estas normas sirven para abonar aún más la tesis según la cual nuestro orden jurídico preserva la intimidad, no quedando dudas que dicha protección funciona aun en los supuestos de profesionales funcionarios públicos, pues no formulan ningún distingo sobre el particular.

#### **4. La pretensión punitiva y el secreto profesional**

##### **a) Regla**

Así como la intimidad es un límite a la pretensión punitiva del Estado, el secreto profesional, que opera como una de sus garantías, también debe tener el mismo sentido. Por ello el Estado, que como regla no puede sacrificar la intimidad, tampoco, como regla, puede violar el secreto profesional para ejercer su potestad represiva.

El criterio rector planteado tiene al menos dos consecuencias:

- Que cuando excepcionalmente se justifica la violación, la decisión debe ser fundada y emanada del órgano competente
- Que los casos de dudas debe resolverse a favor de la intimidad y el secreto, pauta muy relevante en situaciones extremas donde necesariamente hay que sacrificar algunos de los valores en juego (la punibilidad o la intimidad).

##### **b) Excepciones a la regla**

Pero como toda regla tiene excepciones, las que corresponden a la inviolabilidad del secreto profesional se analizaran seguidamente.

##### **b) 1. El falso conflicto**

En el conflicto que se esta analizando se enfrentan la pretensión punitiva y el secreto profesional como forma de garantizar el derecho a la intimidad. Hay

que distinguirlo del que podríamos denominar, desde este punto de vista, el falso conflicto y que comprende los supuestos donde el enfrentamiento no ocurre entre la pena y el secreto sino que, por el contrario, se desplaza a otros bienes jurídicos, tales como la vida, la salud pública, etc.

Cuando en ese marco el experto, cualquiera que fuere, recibe información o elementos por parte de su asistido que exteriorizan que un delito se está por cometer o se está cometiendo, el conflicto se plantea entre la intimidad y el secreto por un lado y el bien jurídico protegido por la figura del delito que va a cometerse o se está cometiendo por otro. Por ejemplo, si un profesional recibe información en el marco de una relación propia de que su asistido está efectuando en ese momento un secuestro extorsivo, aunque ese relato sea incriminante para él, no hay duda que, según el caso, el experto tendrá obligación o facultad de dar parte al Estado de esta circunstancia.

Si se comparan los valores jurídicos comprometidos en el ejemplo se advierte que no se trata de la pretensión punitiva vs. la intimidad, sino que ésta entra en colisión con la vida y libertad de quien en ese momento es sujeto pasivo del secuestro extorsivo. En este caso no hay dudas de que debe darse prioridad a los derechos de la víctima y en consecuencia el profesional que quiebra el secreto está justificado por el orden jurídico, motivo por el cual su noticia *criminis* o su aporte probatorio será indiscutiblemente eficaz, aunque incrimine a su asistido.

La antijuridicidad de su conducta, al quebrar su secreto profesional, queda desplazada por el estado de necesidad, causal de justificación prevista en el art. 34 del Cód. Penal. Incluso se enerva la propia tipicidad de su acción, dado que en la situación planteada existe la justa causa que utiliza el art. 156 del Cód. Penal al acuñar la violación de secretos.

Por el contrario, si el experto recibe la información cuando ya se ha perjudicado definitivamente el bien tutelado por el delito, el verdadero conflicto se plantea exclusivamente entre la pretensión punitiva (para castigar su comisión) y la intimidad del asistido. Cuando ello sucede hay que analizar cuidadosamente si se debe aplicar la regla que impide sacrificar la intimidad en aras de la pretensión punitiva o si se dan algunas de las excepciones que habilitan a hacerlo.

En base a las pautas que desarrollaré a continuación entiendo que, concretamente, en el caso de una madre que ha abortado y con el aborto consumado concurre a un dispensario médico (público o privado) pidiendo ayuda por la grave situación de salud que se encuentra atravesando, los valores en juego son por un lado su intimidad (incluso su propia vida) protegida por el secreto profesional y por otro la posibilidad de que el Estado ejerza la pretensión punitiva castigándola por el delito de aborto.

Sostener que en este caso aparece un conflicto entre la vida del feto y la intimidad de la madre es prescindir de la realidad. Lamentablemente el feto está muerto y sólo cabe para el Estado intentar aplicar la sanción por tal disvaliosa conducta a quien ha causado la muerte del ser humano en gestación.

## **b) 2. Excepciones al secreto de la intimidad genérica**

Cabe recordar que se ha ubicado dentro de la denominada intimidad genérica, o de primer grado, a todos los relatos incriminantes para terceras personas y a todos los elementos materiales que puedan servir de prueba tanto contra terceros como contra el propio interesado. Considerando esa circunstancia deben tratarse por separado ambas situaciones.

### **b) 2. 1. Los relatos**

Si se aplica el criterio rector desarrollado precedentemente (el secreto profesional puede ser excepcionado en los mismos casos en que la propia intimidad del asistido puede serlo) se advierte que, como existe la posibilidad de acceder a ese tipo de intimidad para ejercer la pretensión punitiva, también se puede –cumpliendo los recaudos legales- quebrar legítimamente el consecuente secreto.

### **b) 2. 2. Elementos materiales**

Puede suceder que en el marco de la relación profesional la intimidad no se abra solamente mediante relatos, sino que también aparezcan en escena objetos

o rastro materiales. En esta situación el interesado asume un papel pasivo, a diferencia de lo que ocurre con sus manifestaciones donde tiene un papel primordialmente activo.

La variedad de supuestos que pueden ocurrir es notable, siendo interesante discurrir sobre una hipótesis: Supongamos que la relación profesional, un médico obtiene del cuerpo del paciente elementos conteniendo drogas prohibidas, tal como ocurrió en el caso Zambrana Daza. El tema es realmente complejo porque el médico no sólo obtiene con esos elementos pruebas materiales útiles en la eventual causa penal que pueda tener su paciente por tráfico de estupefacientes, sino que además él mismo se encuentra ante una encrucijada jurídica.

Si decide devolver la droga al paciente puede convertirse en un partícipe del delito si éste decide continuar con el *iter criminis*. No cabe duda de que el profesional, si fuera consciente de ello, estaría realizando con el reintegro de la droga un aporte necesario para que se continúe con el narcotráfico. Si decide destruir la droga, manteniendo el secreto de todo lo que conoce, podría caer en la forma de encubrimiento que prevé el art. 277 inc. 1º, b del Cód. Penal al tipificar la conducta de quien: "...procurare o ayudare a alguien a procurar la desaparición ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito...". Si decide conservar la droga, es decir no entregarla a la autoridad, no devolverla al paciente ni destruirla, puede caer en la figura penal de la tenencia de estupefacientes que prevé la ley 23.737 y sus modificaciones.

Ante esta hipótesis surge la pregunta ¿Qué pretende el orden jurídico que haga el profesional?.

La respuesta varía según la posición que se tenga, en general, frente al secreto profesional. Los que adhieren al criterio que faculta u obliga las denuncias de hechos conocidos en una relación profesional (algunos en todos los casos y otros si a la vez se es funcionario público), suelen concluir, consecuentes con sus posturas, que deben o pueden entregar a la autoridad los elementos materiales. Aquellos que entienden prohibidas esas denuncias, normalmente concluyen que, como regla, el profesional no puede incriminar a sus clientes entregando esos objetos, aunque dicha regla tiene también excepciones.

Cuando el objeto material es incriminante para el asistido, participo de dicha regla, aunque entiendo que esta limitación solo alcanza a la iniciativa del profesional, que no puede realizar el aporte por decisión propia, pero no comprende a la iniciativa del Estado, lo que significa que éste puede –a través de sus órganos competentes y cumpliendo con las exigencias legales- secuestrar dichos elementos, si ha conocido de su existencia por una vía legítima.

Tampoco el secreto profesional puede funcionar como límite cuando los elementos materiales son requeridos por el cliente para realizar o continuar su actividad delictiva, extremo que puede acontecer cuando la relación se da antes de la finalización del *iter criminis*.

Por último debe contemplarse como correcta la conducta del experto que entrega a la autoridad los objetos que puedan incriminar a su cliente, pero lo hace de tal manera que no lo descubre. Esta posibilidad es importante de considerar porque esa prueba es eficaz contra terceros.

### **b) 3. Excepciones al secreto de la intimidad privilegiada**

En este campo se ubican los conocimientos que tiene una persona en su esfera íntima y que, de transmitírsele al Estado, pueden ser útiles como elementos de cargo en su contra en un juicio penal.

La protección de este ámbito esta consagrada en forma decisiva y terminantemente en el art. 18 de la Const. Nac. al establecer que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. Esta garantía es absoluta y la única forma de ingresar válidamente a ese terreno es abriendo sus puertas mediante un acto voluntario del propio interesado.

Siguiendo con los criterios anteriores se advierte que la misma tutela de esa intimidad se transmite a lo relatado a un profesional en una relación de asistencia. De tal suerte que, tanto cuando las manifestaciones sean directas del propio interesado como cuando se transmitan indirectamente a través del profesional que las conoció en el ejercicio de su trabajo, para ser válidamente

utilizadas en un juicio penal contra el titular de la intimidad siempre será imprescindible su voluntad.

Ello se advierte sin mayor esfuerzo en los distintos Códigos Procesales Penales que, al legislar sobre el testimonio de los profesionales, lo prohíben cuando se refiera a hechos que comprometan al imputado y que fueren conocidos en el marco de una relación de asistencia, estableciendo como única excepción cuando dicho sigilo sea liberado por el interesado, los que evidencian un acto de voluntad como se ha referido precedentemente.

Esta regla no admite ningún tipo de excepciones, tal como surge de los términos claros y precisos del referido art. 18 de la Const. Nac.. Dicha voluntad, para que habilite legítimamente la vía de acceso a la intimidad privilegiada, debe respetar dos extremos que necesariamente deben concurrir: voluntad referida al contenido del relato y voluntad referida al destinatario del mismo.

### **b) 3. 1. Voluntad en el contenido**

En primer lugar tiene que existir voluntad de declarar lo que se va a declarar, es decir voluntad referida al contenido de los dichos.

### **b) 3. 2. Voluntad del destinatario**

Tiene que existir voluntad sobre el destinatario del relato, lo que significa que se quiera transmitir el contenido a determinado órgano o persona que puede usarlo como prueba de cargo del manifestante en un juicio penal. Estas dos exigencias de voluntad, en la medida en que concurren, son las únicas que cumplen la exigencia constitucional de habilitar la utilización de un relato autoincriminante al servicio de la pretensión punitiva.

Para que se cumplan las dos exigencias no sólo tiene que existir conciencia y decisión de lo que se dice sino, además que ello se está transmitiendo al Estado y que éste lo puede usar en su contra.

Cuando una persona se dirige a un profesional en busca de ayuda, y en ese marco le transmite datos y manifestaciones que podrían eventualmente ser usados en su contra en un proceso penal, está abriendo su intimidad voluntariamente en cuanto a su contenido pero, respecto al destinatario, su voluntad es exponer a un experto para que lo ayude y no a alguien que termine entregando su intimidad al Estado para que éste lo use en su contra en un juicio penal.

En los supuestos en que la persona abre su intimidad ante un profesional – sea o no empleado público- y lo hace dirigiéndose a él no como funcionario sino como experto para que lo ayude, y el Estado aprovecha ese relato como elemento de cargo contra el manifestante, lo hará prescindiendo de la voluntad del destinatario, que integra la voluntad global prevista en el art. 18 de la Const. Nac. como esencial e insoslayable requisito de acceso a la intimidad privilegiada. Por lo tanto estimo que, respecto a lo dicho a un profesional en una relación propia, no se puede hablar de confesión libre y voluntaria por más libertad que haya existido en el contenido porque se carece de voluntad en el destinatario de esa declaración, que fue brindada para recibir asistencia y no para ser utilizada como elemento incriminante.

Detrás de esta postura anida también una cuestión vinculada a la ideología que sustenta la declaración de los imputados y que es diferente para quienes la entienden como un medio de defensa que para quienes la conciben como un medio de prueba.

Es interesante destacar que en el caso “Zambrana Daza” los votos de la mayoría ponen el acento en que no hubo coacción y que sólo hubo manifestaciones voluntarias, aunque se advierte que se refieren exclusivamente al contenido y prescinden siquiera de analizar la voluntad de destinatario. Algo similar sucede en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe en el caso, Insaurralde, por ejemplo en el voto del Dr. Vigo, quien manifiesta que no puede dejar de destacarse “...que la imputada ha realizado un acto voluntario, motivada por el propósito de remediar las consecuencias no queridas de un hecho ilícito deliberado, resultante de su propia conducta intencional...”.

En la relación de asistencia propia el paciente o cliente transmite su intimidad al profesional exclusivamente para que lo ayude y cualquier desvío en ese destino implica apartarse de la verdadera voluntad de quien efectúa el relato.

En síntesis, las manifestaciones autoincriminantes vertidas en el marco de una relación profesional propia de asistencia carecen, en principio, de la voluntad respecto a que el destinatario sea el titular de la pretensión punitiva y las use cargosamente en un proceso penal.

Cuando el interesado quiere modificar el destino, tiene la posibilidad de declarar directamente ante el órgano competente o, en su caso, relevar al profesional del mencionado secreto tal como lo autoriza las normas de rito.

### **b) 3. 3. Alcance de la prohibición absoluta de excepcionar a la regla del secreto profesional**

Esta prohibición absoluta de excepcionar al secreto profesional cuando se trata de utilizar en un juicio penal relatos autoincriminantes transmitidos en una relación propia de asistencia, tiene alcance muy definidos, pues se limita exclusivamente a la situación del interesado. Ello significa que dichos relatos, si bien nunca pueden ser usado en contra del titular, pueden utilizarse en relación a terceros, incluso coimputados.

La transmisión que realiza un profesional, en la medida en que sea cargosa para terceros, no se encuentra limitada por la garantía de la intimidad privilegiada de quien fue su asistido, pero si lo es en la medida en que juegue como elemento de cargo de éste. De allí que pueden existir supuestos donde se admita la validez del relato del profesional para ciertos imputados menos para quien transmitió su intimidad al experto.

Igual criterio es aplicable cuando el profesional queda liberado del secreto por exigencia de su propia defensa. En esos casos lo que exteriorice será válido en el procedimiento en su contra (penal, civil, etc.) pero, a mi criterio, no se habilita

su utilización como elemento de cargo respecto a la pretensión punitiva contra su asistida.

#### **b) 4. Supuestos de violación indirecta al secreto profesional**

Pueden darse algunos casos donde el secreto profesional sea violado por algunas actitudes del Estado y no por conductas del propio experto. En esos supuestos se encuentran las grabaciones clandestinas o disimuladas, el allanamiento a los estudios profesionales y las denuncias ilegalmente provocadas. A los efectos de este trabajo vamos a referirnos a la denuncia ilegalmente provocada.

Una forma de eludir ilegalmente el secreto profesional es entender válida la denuncia radicada por un funcionario policial motivada en una noticia *criminis* que, de manera informal, le transmite un profesional violando el sigilo en análisis. Esto puede ocurrir en los casos en los que el profesional comunique informalmente a un tercero (ej. un médico de un dispensario municipal al policía que lo custodia), de hechos aparentemente delictivos que ha tomado conocimiento a partir de un relato incriminante de algún paciente, y éste efectúa la denuncia formal ante la autoridad competente.

En esos casos se viola el secreto profesional y a los fines de analizar este extremo hay que considerar que la primigenia comunicación informal del médico al policía es una verdadera denuncia, porque allí se originó la información que luego, por ese camino indirecto, llega a los órganos predispuestos del Estado y pone en marcha el ejercicio de la pretensión punitiva.

### **5. Los efectos procesales de la violación del secreto**

Cabe tratar ahora lo que ocurre en un proceso penal cuando se realizan aportes provenientes de una violación del secreto profesional.

#### **5. 1. Relación entre la responsabilidad del profesional y dichos efectos procesales**

Cuando la conducta del profesional violatoria del secreto a sido justificada por el orden jurídico, es decir que se descarta cualquier hipótesis de responsabilidad, penal, civil o ética, no cabe duda de que sus aportes al proceso penal son perfectamente válidos en la medida de la justificación.

No ocurre lo mismo en los supuestos en que se entiende que el profesional ha actuado al margen de la ley, aun en los casos en que, por razones exclusivamente subjetivas, se lo exima de responsabilidad (ej. falta de dolo). Esta excepción de responsabilidad no tiene incidencia en las consecuencias procesales del aporte, pues éste se origina en un acto objetivamente antijurídico.

## **5. 2. Efectos procesales de la violación de secretos no justificada**

Por último deben analizarse los efectos procesales que se ocasionan en una causa penal cuando se verifican la exigencia de aportes (denuncias, testimonios, elementos materiales) que se obtuvieron mediante la violación injustificada al secreto profesional.

Para algunos hay que declarar la nulidad del acto ilegal y, en el caso de las denuncias, esa sanción procesal debe extenderse a todo el proceso, concluyéndose con la absolución del imputado, titular de la intimidad violada. Incluso como se ha visto, se ha llegado a extender dichos efectos a todos los coimputados.

Para otros, aún en el supuesto de decidir que la denuncia realizada fue violando injustificadamente la prohibición legal, no debe declararse la nulidad del proceso, porque la noticia *criminis* una vez que se conoce por parte del Estado es suficiente incentivo para declarar la investigación y juzgamiento.

En el supuesto que se adopte como respuesta nulificar el acto deseado, surge el tema importante y delicado de la extensión de dicha ineficacia a otros actos procesales. Superti sostiene que no debe anularse el acto, sino declararse a su contenido inaprovechable como elemento de cargo contra el interesado.

Respecto a la extensión de ese efecto a otros actos, estimo pertinente discurrir sobre las distintas relaciones que pueden existir entre ellos, y que básicamente pueden ser de dos tipos:

-Entre el acto viciado y él o los otros actos hay una relación causal-procesal, lo que significa que en la secuencia procedimental un acto es necesario presupuesto del otro (ej. la indagatoria y el procesamiento). Esta necesaria vinculación entre uno y otro determina que la ineficacia del presupuesto implica la ineficacia del consecuente.

Los códigos suelen establecer esta regla trayendo a colación a modo de ejemplo el art. 172 del C. P. P. de la Justicia Federal que dice: "...la nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulo todos los actos consecutivos que de él dependan..." y el art. 166 del C. P. P. de la Pcia. de Santa Fe que dice: "...la declaración de nulidad de un acto se extiende a todos los consecutivos que de él dependan...".

-Entre el acto viciado y el o los otros actos, sólo existe una relación causal intelectual o cognoscitiva, lo que implica que entre ellos no hay relación referida a la cadena procesal, sino simplemente que el contenido de un acto es la fuente intelectual del contenido de otro acto.

En el caso de las denuncias la relación causal-procesal sólo acontece en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, cuando aquella contiene dicha instancia. Si se anula la denuncia (la instancia) la ineficacia debe extenderse a todos los actos procesales, pues sin ella éstos no son legalmente posibles.

Salvo ese supuesto de instancia privada y para aquéllos que sostienen que ante la violación injustificada del secreto corresponde la nulidad del acto, debe tenerse presente que la relación entre las denuncias y los actos procesales posteriores son de tipo causal intelectual o cognoscitivo, pues su contenido sólo puede estimular el contenido de otros actos.

Ante este caso, si se efectúa la supresión mental hipotética de la denuncia, se advierte que ningún acto procesal queda descalificado estructuralmente, pues ninguno lo exige como presupuesto.

Paralelo a ello, se puede verificar que normalmente sin el conocimiento aportado por la denuncia la relación de ningún acto posterior hubiese sido posible. Cuando esto ocurre, lo que implica que no existe otra fuente alternativa válida de conocimiento, entiendo que lo correcto, aun en el caso que se declare nula la denuncia, no es extender la nulidad a todos los otros actos, porque en realidad estructuralmente no son consecuentes, sino establecer la inprovechabilidad cargosa para el interesado de toda la línea probatoria de cargo que nace del acto ilegal.

Ello en definitiva, es la aplicación de la doctrina conocida como fruto del árbol venenoso, por la cual la ley no puede servirse de lo ilegal. Además esa decisión puede, e incluso debe, ser tomada de oficio, porque se encuentran comprometidas garantías constitucionales y la jurisdicción debe velar por la legalidad del juzgamiento.

La solución propuesta en estos casos implica tres consecuencias concretas:

-La eventual validez formal de los actos procesales.

-La posibilidad de aprovechar siempre su contenido como prueba de descargo del interesado y como prueba de cargo o descargo respecto a terceros.

-Que la situación procesal del imputado debe resolverse, como corresponda de acuerdo al estado del procedimiento, en base al acervo probatorio válido remanente.

Este enfoque responde, en primer lugar, al criterio en base al cual las nulidades deben ser interpretadas restrictivamente, propiciándose la validez del proceso, en segundo lugar permite utilizar pruebas de origen intelectual violatorio de una garantía, pero solo a favor del interesado, porque sería absurdo que a alguien no se le permita esgrimir en su defensa pruebas porque se obtuvieron violando sus propias garantías y en tercer lugar habilita la posibilidad de utilizar las pruebas respecto a terceros, lo que sería técnicamente difícil de sostener si se anulan los actos.

## **Conclusiones:**

Con este trabajo tratamos de reflejar el panorama actual sobre la obligación de denunciar de los médicos (funcionarios públicos o no) ante el delito de aborto, una cuestión marcada por doctrinas muy dispares, contrapuestas, que también se han reflejado en paradigmáticos casos jurisprudenciales contradictorios.

No hay dudas que tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia reconocen la existencia del secreto profesional, dada su vinculación con el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales del hombre.

Se ha visto que la intimidad es un derecho reconocido plenamente por el orden jurídico y para proteger ese derecho se han establecido diversas garantías, entre las que se encuentra el secreto profesional. En la relación profesional propia la intimidad del asistido se extiende y abarca al experto, por lo que el criterio rector para resolver las distintas situaciones que se planteen en torno al secreto que la envuelve, consiste en usar los mismos parámetros que se utilizan en la resolución de los problemas donde se comprometen directamente la intimidad del propio interesado.

Esto significa que solamente podrá excepcionarse al secreto profesional cuando esté justificada la violación a la privacidad que él protege, no pudiendo por esa vía ni mejorar ni empeorar la situación.

He referido que cuando se superponen en un mismo sujeto el ejercicio de una profesión y la calidad de funcionario público surge el tema de la incidencia recíproca que pueden tener ambos extremos frente al secreto profesional.

En mi opinión, la relación profesional propia o de asistencia no debe tener ninguna incidencia en el secreto profesional la mera circunstancia de que, quien esté desplegando su profesión, sea rentado por el Estado. Imaginar un secreto profesional diferente, según que el experto trabaje particularmente o lo haga dentro de una repartición oficial, acarrea un grave atropello a la igualdad, porque

significa consagrar que quienes puedan contratar a sus profesionales tienen una garantía de secreto que protege su intimidad diferenciada de la que poseen los que acuden, normalmente por escasez de recursos, a los servicios públicos.

La intimidad privilegiada o de segundo grado está puntualmente garantizada en el artículo 18 de la Ley Suprema cuando a manera de regla absoluta establece que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”. Esta garantía es absoluta y la única forma de ingresar válidamente a ese terreno es abriendo sus puertas mediante un acto voluntario del propio interesado.

De manera tal que, tanto cuando las manifestaciones sean directas del propio interesado como cuando se transmitan indirectamente a través del profesional que las conoció en el ejercicio de su profesión, para ser válidamente utilizadas en un juicio penal contra el titular de la intimidad siempre será imprescindible su voluntad.

En definitiva, sólo se puede habilitar la vía para que ese conocimiento llegue al Estado directamente por el interesado o indirectamente por el profesional que lo conoció actuando como tal, cuando existe un acto voluntario de aquél.

La transmisión que realiza un profesional, en la medida en que sea cargosa para terceros, no se encuentra limitada por la garantía de la intimidad privilegiada de quien fue su asistido, pero sí lo es en la medida en que juegue como elemento de cargo de éste.

De allí que pueden existir supuestos donde se admita la validez del relato del profesional para ciertos imputados menos para quien transfirió su intimidad al experto, por lo tanto coincido con el criterio que sobre el particular ha sostenido la jurisprudencia tanto en el caso “Natividad Frías” como en los casos “Ghío e Insaurrealde” por la Sala II de la Cám. de Apelac. en lo Penal de Rosario.

De manera tal y en base a todo lo expuesto concluyo coincidiendo con Héctor C. Superti que el secreto profesional es una garantía que protege el derecho a la intimidad, en relación a un proceso penal solo puede ser violado justificadamente en la medida en que se pueda penetrar de manera lícita en la

intimidad que protege y los aportes a un proceso penal originados en la violación injustificada del secreto profesional jamás pueden ser utilizados cargosamente contra el titular de la intimidad violada.

Esta inaprovechabilidad cargosa no se limita al aporte ilegal, sino que se extiende a todos los actos que tengan con aquel causalidad cognoscitiva, es decir que su contenido se origina exclusivamente en el contenido del acto viciado.

- <sup>1</sup> TEODORO MOMMSEN, Derecho penal romano, cit., T. II, p. 115 en Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal (Parte Especial). Lexisnexis. Abeledo-Perrot. 1996.
- <sup>2</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, cit., T. I, p. 481 en Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal (Parte Especial). Lexisnexis. Abeledo-Perrot. 1996.
- <sup>3</sup> SCHIAPPOLI, Diritto penale canonico, en Enciclopedia PESINA, T. I. ps. 901 y ss. en Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal (Parte Especial). Lexisnexis. Abeledo-Perrot. 1996.
- <sup>4</sup> CUELLO CALÓN, El aborto criminal, cit., ps. 12 y ss. y QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado, cit., T. I, p. 482 en Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal (Parte Especial). Lexisnexis. Abeledo-Perrot. 1996.
- <sup>5</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo; Barreiro, Jorge Agustín y otros. Comentarios al Código Penal. Civitas. Madrid. 1997. p. 421.
- <sup>6</sup> Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte especial, T. I, p. 21, cit. Por Grisolia, Bustos y Politoff, Ob. Cit., p. 185 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>7</sup> Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal t. III. Marcos Lerner. Córdoba. 1988, p. 160 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>8</sup> Art. 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.
- <sup>9</sup> “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. También la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 1º establece: “Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La ley 23.849, al probar la mencionada Convención, declaró que “Con relación al artículo 1º de la Convención sobre Derechos del Niño, la Republica Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”.
- <sup>10</sup> Bidart Campos, Germán J.. Tratado Elemental de Derecho Constitucional. Editar. Buenos Aires. 1991. t. III. P. 177.
- <sup>11</sup> Bidart Campos, Germán J.. Tratado Elemental de Derecho Constitucional. Editar. Buenos Aires. 1991. t. III. P. 177.
- <sup>12</sup> Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1969. t. I. P. 244.
- <sup>13</sup> Llambías, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1969. t. I. P. 246.
- <sup>14</sup> Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte Especial t. I. Sesator. Lima. Perú. 1982, p. 186 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>15</sup> Núñez, ob. cit., t. III, vol. I, ps. 160 y 161; Gómez, ob. cit. t. 2, p. 131. Para Molinario, el sentido de la frase “esperanza de vida” es figurado, pues supone que sólo llamemos vida a las personas nacidas (Molinario y Aguirre Obarrio, ob. cit., t. I, p. 94) en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>16</sup> Bustos, ob. cit., págs. 190/191. en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>17</sup> Núñez, ob. cit., t. III, p. 162 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>18</sup> Maurach, Schroeder y Maiwald. *Strafrecht Besonderer Teil* cit., t. I par. V, 5 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>19</sup> Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal parte especial / Carlos Fontán Balestra y Guillermo A. C. Ledesma. Decimosexta edición actualizada. Abeledo-Perrot. 2002.
- <sup>20</sup> Cfr. Lüttger, Vorträge, p. 22 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>21</sup> Dentro de esta postura podríamos incluir al tribunal Constitucional alemán, quien manifestó en su sentencia del 11-4-85 que “...la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido, por efectos del tiempo, a cambio cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tiene un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.  
“Que la gestación ha generado una *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta”.

“Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, adquirir plena individualidad humana”.

“De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizando en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra de dicho precepto fundamento constitucional”.

<sup>22</sup> Mediante sentencia del 5-4-95 afirmó el Tribunal Supremo de España que “el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero”, de modo que “negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad, manteniendo la idea de la *nulienis portio* es desconocer la realidad”. Por ello, continúa la sentencia, “el mismo Código Civil se ve forzado a tener por persona al concebido (arts. 29 y 30, Cód. Civ.) y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación, que el conservar la integridad física y psíquica”.

<sup>23</sup> En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de Barcelona, de 1985, determinó que: el nacimiento supone “...un paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad...” De este modo el criterio de la socialización aparece como complementario del criterio biológico y no como sustituto de éste. Con ayuda del criterio biológico es posible construir el concepto de vida humana que está en la base de los delitos contra la vida. Con el primero se precisa el valor de dicha vida en atención a una de sus grandes transformaciones biológicas.

<sup>24</sup> En el marco de una acción de amparo, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso que la cuestión “consiste en determinar si el fármaco “Imediat”, denominado, “anticoncepción de emergencia”, posee efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno”. En el caso, el alto tribunal, debido a que el fármaco inhibía la implantación, expresó “Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo” (CSJN, 5-3-2002, “Portal de Belén. Asociación civil sin fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, L. L. del 22-3-2002, p. 3).

<sup>25</sup> En un fallo dictado el 3-12-99 por la sala I de la Cámara Nacional Civil, se debatió el tan polémico destino de los embriones congelados existentes en los centros de fertilización. Impetrada la acción por un particular, ajeno a toda práctica de reproducción asistida, el tribunal de primera instancia acogió la demanda, entendiendo que el órgano judicial debe arbitrar las medidas pertinentes “desde la perspectiva de la necesidad de protección de los seres humanos en su etapa de concepción”. A partir de allí, ordena el magistrado que toda actividad dirigida a la generación artificial de personas sea puesta a consideración del juez civil, para que éste autorice el tratamiento de fertilización y sus etapas –y en particular el descongelamiento de óvulos fecundados-. Recurrido el decisorio por un centro de fertilización, el tribunal de alzada lo confirma, si bien circunscribe su alcance a la cuestión atinente a los óvulos ya fecundados y congelados. El órgano de apelación dispuso la realización de un censo de embriones y ovocitos pronucleados en la Ciudad de Buenos Aires, conservados artificialmente, con individualización de los dadores y profesionales actuantes. A su vez, señaló la prohibición de toda acción que sobre los embriones y ovocitos en cuestión implique su destrucción y experimentación, añadiendo que toda disposición material o jurídica de los mismos debía concretarse con intervención del Ministerio Público Fiscal, y conforme a principios establecidos en la sentencia. Finalmente, comunicó la decisión al ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, imponiendo al ministerio de justicia la necesidad de concretar una legislación que aborde las cuestiones suscitadas por la utilización de las técnicas de fecundación asistida (E. D. 163-229, con nota de Eduardo M. Quintana).

<sup>26</sup> Para Carlos Creus una cosa es que se proclame que existe vida desde la concepción, otra diversa saber desde cuándo estamos en presencia de aborto punible. “Para nuestro sistema jurídico la vida humana existe desde la fecundación de óvulo, pero lo que ocurre en Derecho Penal es que no podemos probar (cuando la fecundación ocurre en el seno materno), hasta que no se produce el anidamiento en el útero, si ocurrió o no aquella fecundación. No sabemos si estamos ante un delito

de aborto consumado, ante una tentativa o, en todo caso, ante un delito putativo. Y aun cuando se hayan expulsados voluntariamente óvulos fecundados. ¿cómo afirmar que no fueron naturalmente desechados antes del anidamiento?” (*El aborto en el sistema jurídico argentino* cit. en nota 26, p. 9). A fin de clarificar los conceptos vertidos, cabe señalar que se denomina preembrión al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo, desde que es fecundado hasta transcurridos 14 días, momento en el que se forma el surco neural, cuando se produce su anidación o implantación en el endometrio uterino. A partir de allí surge el llamado embrión, que constituye la fase de desarrollo en el cual se inicia la organogénesis, cuya duración es de aproximadamente dos meses y medio. Por último, se entiende por feto a la fase más avanzada de desarrollo, donde tiene lugar la maduración de los órganos ya formados. Antes de la etapa embrionaria, se sostiene que la individualidad no se encuentra determinada (Medina, Graciela y Hooft, Irene. Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida, en Medina, Graciela, Daños en el Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 361).

<sup>27</sup> Martínez, Stella Maris. Manipulación Genética y Derecho Penal. Universidad. Buenos Aires. 1994. p. 127.

<sup>28</sup> Medina y Hooft, ob. cit., p. 366 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>29</sup> Hurtado pozo, ob. cit., p. 191 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>30</sup> Bustos, ob. cit., p. 195 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>31</sup> González Rus, Juan José. El homicidio y sus formas, en Curso de Derecho Penal Español. t. I. Marcial Pons, 1996, p. 139 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>32</sup> Núñez, ob. cit., t. III, p. 166 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>33</sup> González Rus, ob. cit., p. 145 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>34</sup> Hurtado Pozo, ob. cit., p. 192 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>35</sup> González Rus, ob. cit., p. 146 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>36</sup> 917 C. C. La expresión positiva de la voluntad será considerada tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos con referencia a determinados objetos.

<sup>37</sup> Núñez, ob. cit., t. III, p. 170; Donna. Teoría del delito y de la pena. Cit., t. 2, par. 83 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>38</sup> Soler, ob. cit., t. III, p. 119, Fontán Balestra, t. IV, p. 218 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>39</sup> La minoría de la Cám. Crim. de la Capital, 4-8-44, J. A. 1945-1-292, cit. por Núñez, ob. cit., t. III, p. 171 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>40</sup> González Rus, ob. cit., t. I, p. 148 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>41</sup> Cerezo Mir, José. La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español, en ADPCP, 1982 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>42</sup> Núñez, ob. cit., p. 174 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>43</sup> Pacheco, Joaquín Francisco. El Código Penal concordado y comentado. Edisofer S. L. Libros Jurídicos. Madrid. 2000, p. 988 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>44</sup> Grisolia, Francisco; Bustos Ramirez, Juan y Politoff, Sergio. Derecho Penal Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 1971, p. 223; Rodríguez Mourullo y Barreiro Jorge, ob. cit., ps. 423 y ss. en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>45</sup> Núñez, ob. cit., t. III, ps. 174/175 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

<sup>46</sup> Cám. Nac. Crim., sala VI, 8-2-93, “R., B. Del V.” (Def.), causa 24.364, Sent. “M”, Secr. 13.

<sup>47</sup> Cám. Nac. Crim., sala I, 20-4-93, “P. de S., C. C.” (Def.), causa 42.289, Sent. “A”, Secr. 2.

<sup>48</sup> Cám. Nac. Crim., sala V, 23-5-80, “C., I.” (Def.), causa 12.504, Boletín de Jurisprudencia, año 1980, entrega VII, p. 128.

- <sup>49</sup> Cám. Nac. Crim., sala II, 22-3-78, “U., E. G.” (Def.), causa 27.972, Boletín de Jurisprudencia, año 1984, N° 1, enero-febrero-marzo, p. 17; “A. De A., T.”, 29-9-78; “Y., O. G.”, 20-2-79, entre otras.
- <sup>50</sup> “S., M. A.”, 1-9-87, Competencia N° 179, XXI, t. 310, p. 1694.
- <sup>51</sup> SCJ de Buenos Aires, “S., R. E.”, 1-1-74, t. 288, p. 215; en igual sentido “R. de A., T. A.”, 1-1-74, t. 288, p. 219.
- <sup>52</sup> Cám. Nac. Crim., sala I, 20-4-93, “P. de S., C. C.” (Def.), causa 42.289, Sent. “A”, Secr. 2.
- <sup>53</sup> Cám. Nac. Crim., sala IV, 17-4-86, “R., E. V.” (Def.), c. 30.836, Sent. “C”, Secr. 6; en igual sentido: Cám. Nac. Crim., sala IV, 12-5-83, “Q. de G.” (Def.), causa 27.565, Boletín de jurisprudencia, año 1983, N° 3, mayo-junio, p. 96; plenario “W., S. Y otro”, 1-7-66, L. L. 123-247.
- <sup>54</sup> Cám. Civ., Com., y Corr. de Necochea, 21-12-93, “M., O. I.”, caso 45.918.
- <sup>55</sup> Cám. Nac. Crim. Y Corr., en pleno, 26-8-66, “F., N.”, J. A. 1966.V-69.
- <sup>56</sup> Cám. Crim. Corr., sala VI (Andereggem, Pintos, Calvo), 26-2-82, “M., B. H.” (Def.), causa 7.931, Boletín de Jurisprudencia, año 1982. N° 1, p. 1; Núñez, Ricardo C., Derecho Penal argentino, t. III, párrafo 85, VIII; Quintano Ripollés, Tratado de la Parte especial de Derecho Penal, t. I, p. 596; Fontán Balestra, Tratado... cit., y. IV, p. 226. Nota: se ordenó remitir las actuaciones a instrucción para que se investigue la conducta de la mujer que consintió en la tentativa de aborto.
- <sup>57</sup> Cám. Nac. Crim., sala I (Mitchell, Bonorino Perú, Costa), 12-7-84 “A., M. T.” (Def.), causa 28.046, Boletín de Jurisprudencia, año 1984, N° 3, julio-agosto-septiembre, p. 275; Núñez, La culpabilidad..., ps. 21 y ss.; Zaffaroni, Tratado... cit., Teoría del delito, t. IV, ps. 356 y ss.; Mantovani, Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, en Doctrina Penal 22-268. Nota: La procesada fue condenada a la pena de tres años y seis meses de prisión por el delito de aborto consentido agravado por la muerte de la mujer.
- <sup>58</sup> Cuerda Riezu, Arroyo Zapatero y Mir Puig, cit. Por González Ruz, ob. cit., t. I, p. 162 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>59</sup> Grisolia, Bustos y Politoff, ob. cit., p. 232 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>60</sup> En igual sentido González Rus, ob. cit., t. I, p. 164 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>61</sup> Grisolia, Bustos y Politoff, ob. cit., p. 230 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>62</sup> Art. 12: “Toda persona tiene derecho a libertad de conciencia y de religión”. Igual el art. 18.
- <sup>63</sup> González Rus, ob. cit., p. 166 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>64</sup> González Rus, ob. cit. p. 170 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>65</sup> Núñez, ob. cit., t. I, p. 390; Fontán Balestra, ob. cit., t. IV, p. 235 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>66</sup> Como lo expone Gómez, la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso el precepto, expresa en su informe que representa una verdadera innovación en la legislación criminal, que ha tomado del anteproyecto suizo de 1916 y reproduce lo expresado por Jiménez de Asúa: “...Es la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado”. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que, en el caso de incesto, se podrían añadir consideraciones de orden étnico, y que cuando el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra la mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, podría argüirse, más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. “¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?”. Pero Gautier cree que estos argumentos de profilaxia son muy delicados, y termina diciendo que, “bien considerado, parece que a pesar de las precauciones tomadas, la disposición sería más peligrosa que útil” en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>67</sup> Núñez, ob. cit., t. I, p. 391 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>68</sup> Núñez, ob. cit., t. I, ps. 392/393 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>69</sup> Peco, José. El aborto en el Código Penal argentino, en Revista Penal Argentina, t. VI, págs. 180 y ss. en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

- <sup>70</sup> Soler, Sebastián. Derecho Penal argentino. TEA. Buenos Aires. 1963, t. III, p. 112.
- <sup>71</sup> Soler, Sebastián. Derecho Penal argentino. TEA. Buenos Aires. 1963, t. III, p. 113.
- <sup>72</sup> Soler, Sebastián. Derecho Penal argentino. TEA. Buenos Aires. 1963, t. III, p. 113.
- <sup>73</sup> Ramos, Curso... cit., t. V, N° 136, p. 127; Oderigo, Código Penal anotado; Díaz, Emilio, El Código Penal, N° 350 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>74</sup> Núñez, ob. cit., t. II, p. 177 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>75</sup> Soler, ob. cit., t. III, p. 108/109 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>76</sup> Núñez, ob. cit., t. III, p. 179; Fontán Balestra, ob. cit., t. IV, p. 229 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>77</sup> Soler, ob. cit., t. III, p. 107; Núñez, ob. cit., t. III, p. 181 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. I, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>78</sup> Soler, Sebastián, "Versión taquigráfica de la Conferencia pronunciada en el Colegio Médico de Rosario", ed. Juris, Prov. de Santa Fe, tomo I, jul./dic. 1952, Rosario, 1953, págs. 666/675.
- <sup>79</sup> Núñez, ob. cit., t. V, p. 115/117 en Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial T. II-A, 2da. Edición Actualizada. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.
- <sup>80</sup> Mainetti, J. A., La Crisis de la razón médica, Ed. Quirón, La Plata, 1988, pág. 7 y ss. en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>81</sup> Ikeda, D. y Wilson, B., Los valores humanos en un mundo cambiante, Emecé Editorial, Bs. As., 1993, págs. 187 a 238 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>82</sup> Revista del Hospital de Clínicas, junio de 1998, vol. 12 n° 2, págs. 43/4 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>83</sup> López Bolado, Jorge Daniel, El secreto profesional de los médicos y el deber de denunciar delitos, La Ley, 1979-C, pág. 172 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>84</sup> Soler, Sebastián, ob. cit. t. IV, pág. 133 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>85</sup> Carrara, Francesco, Programa de derecho criminal, Ed. Temis, vol. II, pág. 460, Bogotá, Colombia, 1967 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>86</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada, t. IV, pág. 418, Bs. As., 1950 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>87</sup> Juvigny, Pierre, Privacy and human rights, Ed. Manchester University Press, Manchester, 1973, pág. 137 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>88</sup> Reverte Coma, José Manuel, Las fronteras de la medicina, Ed. Diaz de Santo S. A., Madrid, 1983. págs. 22 y 23 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>89</sup> Cifuentes, Santos, Derechos personalísimos, pág. 340, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, Julio 1974 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>90</sup> Rojas, Nerio, Medicina legal, Ed. El Ateneo, 1947, pág. 600 en Azerrad, Marcos E., Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.
- <sup>91</sup> Soler, ob. cit. t. IV, pág. 118.
- <sup>92</sup> Godfrid, Mario Alberto, El delito de revelación de secreto profesional, L. L., t. 127, julio/set. de 1977, pág. 1252 y ss.
- <sup>93</sup> Highton, Elena I., La responsabilidad, homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg, Ed. Abeledo-Perrot, págs. 646/7.
- <sup>94</sup> Washington Abalos, Raúl. Derecho Procesal Penal, Tomo III. 1° edición. Ediciones Jurídicas Cuyo. Chile. 1993. pág. 199.
- <sup>95</sup> Torres Bas, Raúl Eduardo. El Procedimiento Penal Argentino, Tomo I. Marcos Lerner Editorial Córdoba. Córdoba. 1994. pág. 166.
- <sup>96</sup> Torres Bas, Raúl Eduardo. El Procedimiento Penal Argentino, Tomo I. Marcos Lerner Editorial Córdoba. Córdoba. 1994. pág. 166-167.

---

<sup>97</sup> Núñez, ob. cit., T. V, pág. 131 en D' Albornoz, Francisco J. Código Procesal Penal de la Nación anotado, comentado y concordado, t. I, 6<sup>o</sup> edición corregida, ampliada y actualizada. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2003.

<sup>98</sup> Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, t. IV, pág. 132.

<sup>99</sup> Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, t. IV, pág. 134.

---

## **BIBLIOGRAFIA**

### **A) GENERAL**

Creus, Carlos. Derecho Procesal Penal. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1996.

Claria Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Editorial Córdoba. 1984.

Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal Parte Espacial, Tomo V. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1996.

M. Terán Lomas, Roberto A. Derecho Penal Parte Especial, Tomo III. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983.

Donna, Edgardo Alberto. El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia, Tomo II. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006.

Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial, Tomo II-A. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial Segunda Edición, Tomo I. Editores Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2003.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino Segunda Reimpresión Tomo IV. Editora Argentina. 1953.

D' Alborn, Francisco J. Código Procesal Penal de la Nación Anotado. Comentado. Concordado, Tomo I, Sexta Edición corregida, ampliada y actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2003.

Carbone, Carlos A. Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, Primera Edición. Nova Tesis Editorial Jurídica. Buenos Aires. 2004.

Moras Mom, Jorge R. Manual de Derecho Procesal Penal, Sexta edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2004.

Washington Abalos, Raúl. Derecho Procesal Penal, Tomo III. Ediciones Jurídicas Cuyo, Primera Edición. Mendoza. 1993.

Torres Bas, Raúl Eduardo. El Procedimiento Penal Argentino, Tomo I. Marcos Lerner Ed: Córdoba. Córdoba. 1994.

***B) ESPECIFICA***

Director: Carrera, Daniel Pablo, Autor: Carranza Tagle, Horacio A. Estudio de Figuras Delictivas, Tomo I. Editorial Advocatus. Buenos Aires. 1994.

Garay, Oscar Ernesto. Código de Ética de los Médicos. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000.

Azerrad, Marcos E. Secreto Profesional y el Deber de Confidencialidad, Primera Reimpresión. Editorial EJC. 2002.

---

**INDICE**

	Pág.
Introducción.....	1

**CAPITULO I**

**ABORTO**

Antecedentes Históricos.....	3
El Aborto.....	5
Bien Jurídico.....	6
La Defensa del Feto y la Constitución Nacional.....	8
Concepto.....	10
Tipo Objetivo.....	11
Presupuestos del delito de Aborto.....	11
Existencia del Feto vivo.....	11
Comienzo de la vida humana: Criterio para su determinación.....	12
El embarazo de la mujer.....	15
Sujeto Activo.....	18
La muerte del Feto.....	18
Tipo Subjetivo.....	19
Tipos penales del artículo 85.....	20
a) Aborto causado por terceros.....	20
a. 1) Aborto practicado por un tercero sin el consentimiento de la mujer.....	20
a. 2) Aborto practicado por un tercero con el consentimiento de la mujer.....	21
a. 3) Agravantes por el resultado.....	21

a. 4) Participación profesional.....	23
a. 5) Sujeto Activo.....	24
La Jurisprudencia y el delito de Aborto .....	25
Consentimiento de la mujer. El artículo 88 del Código Penal.....	29
a) Muerte de la mujer. Artículo 85, inciso 2º, segundo párrafo.....	29
Los Abortos impunes: Artículo 86, incisos 1º y 2º.....	30
b) El Aborto terapéutico.....	30
c) Aborto eugenésico.....	32
b. 1) El caso de la mujer idiota o demente.....	32
b. 2) El caso de la mujer sana que es violada, o el aborto sentimental.....	33
Aborto preterintencional.....	34
d) El aborto causado por la propia mujer.....	36
a. 1) Tipo Objetivo.....	36
a. 2) Tipo Subjetivo.....	36
La tentativa de la mujer y los cómplices.....	37

## CAPITULO II

### LA VIOLACIÓN DEL SECRETO COMO FIGURA PENAL

Código Penal.....	38
El bien jurídicamente tutelado.....	39
Revelación del secreto profesional.....	41
La materialidad.....	41
Calidad profesional del autor.....	42
El consentimiento del secreto.....	44
La culpabilidad.....	46
Consumación y tentativa.....	47
Requisitos exigidos por la ley penal.....	47

---

CAPITULO IIIEL SECRETO MÉDICO

El secreto médico.....	48
Los funcionarios. Profesionales del arte de curar.....	52
La denuncia en violación al deber de reserva.....	53
Extensión.....	55
El secreto médico y la regla de la confidencialidad. Ámbito de aplicación.	
Excepciones.....	56

CAPITULO IVDENUNCIA

Introducción.....	62
Concepto. Objeto.....	62
Carácter.....	65
Sujeto.....	66
Efectos.....	67
Obligación de denunciar.....	72
Sanciones y Responsabilidad.....	76

---

CAPITULO V
EL SECRETO PROFESIONAL Y LOS PROCESOS PENALES

El secreto profesional y los procesos penales.....	79
1) Nivel Normológico.....	79
2) Nivel de la realidad.....	80
3) Nivel ideológico.....	82
1. La pretensión punitiva y las garantías individuales.....	83
2. El “merecimiento” de las garantías.....	84
3. La profesión y la función pública.....	85
3. 1. Relación profesional propia o de asistencia.....	86
3. 2. Relación profesional impropia o de función.....	87
4. La pretensión punitiva y el secreto profesional.....	88
e) Regla.....	88
f) Excepciones a la regla.....	88
b) 1. El falso conflicto.....	88
b) 2. Excepciones al secreto de la intimidad genérica.....	90
b) 2. 1. Los Relatos.....	90
b) 2. 2. Elementos Materiales.....	90
b) 3. Excepciones al secreto de la intimidad privilegiada.....	92
b) 3. 1. Voluntad en el contenido.....	93
b) 3. 2. Voluntad del destinatario.....	93
b) 3. 3. Alcance de la prohibición absoluta de excepcionar a la regla del secreto profesional.....	95
b) 4. Supuestos de violación indirecta al secreto profesional.....	96
5. Los efectos procesales de la violación del secreto.....	96
5. 1. Relación entre la responsabilidad del profesional y dichos efectos procesales.....	97
5. 2. Efectos procesales de la violación de secretos no justificada.....	97
Conclusiones.....	101