

El Derecho de las médicas y los médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CAROLINA LOAYZA TAMAYO

YSABEL MARIN SANDOVAL



El Derecho de las médicas y los médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CAROLINA LOAYZA TAMAYO
YSABEL MARIN SANDOVAL

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX)
Av. José Pardo 601, Oficina 604
Miraflores, Lima 18 - Perú
Teléfono: (511) 447 8668
Telefax: (511) 243 0460
www.promsex.org

Corrección de estilo:
Rosa Cisneros

Coordinación:
Rossina Guerrero

Diseño y diagramación:
Julissa Soriano

Impresión:
erre&erre artes gráficas
Calle Mama Oclo 1916 - Lima14, Perú

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2010-01825
ISBN: 978-612-45154-6-0

Primera edición, febrero 2010
Lima - Perú

Impreso en Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de:
Planned Parenthood Federation of America, Inc. International
Hivos
International Women's Health Coalition
Pathfinder International

5	Introducción
8	I. Del secreto médico
12	1.1 El secreto médico como derecho y deber de los/as médicos/as
19	1.2 El secreto médico como derecho de los/las pacientes
22	II. Regulación jurídica del secreto médico
22	2.1 Clases de secreto médico
28	2.2 El secreto médico en la legislación peruana
33	2.2.1 El artículo 30° de la Ley General de Salud
37	III. El secreto médico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
37	3.1 El caso De la Cruz vs. Perú
45	3.2 Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana y la necesidad de modificar el artículo 30° de la Ley General de Salud
49	3.3 La Ley General de Salud y la violación del Secreto Profesional
52	Conclusiones

55

Anexos

56

Anexo I: Declaración de Ginebra

57

Anexo II: Código de Ética y Deontología (extracto)

58

Anexo III: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (extracto)

62

Anexo IV: Voto Razonado del Juez García Ramírez en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso De La Cruz Flores

69

Anexo V: Legislación Comparada



Introducción

La observancia del secreto médico es un derecho de los y las pacientes, y constituye, a la vez, un derecho y un deber de las/los profesionales de la salud. Por ello, la violación del secreto médico no sólo importa una violación de las normas de ética médica, sino también la transgresión de derechos humanos: los derechos a la intimidad, a la salud y a la vida que posee toda persona en toda circunstancia, más aún cuando se encuentra en la situación de vulnerabilidad que le confiere la calidad del y la paciente.

El derecho al secreto médico no es absoluto sino relativo, pues existen otros derechos con los que puede entrar en conflicto. Por ello, la ley permite excepciones, pero sólo en beneficio del/la paciente o para garantizar la salud pública. La información obtenida en violación del secreto profesional, producto de la relación médico-paciente, no sólo no puede ser utilizada en perjuicio del/la paciente, sino que carecería de validez en cualquier acción legal en su contra. Así, cualquier restricción al derecho al secreto profesional que no sea en beneficio del /la paciente o para garantizar la salud pública, es arbitraria.

Sobre el secreto médico y sus alcances se han pronunciado diversos tribunales nacionales e internacionales¹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de ellos².

La Corte Interamericana tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos, en los casos que le sean presentados por la Comisión o por los Estados³. En ese sentido, su función es la de proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los Estados responsables⁴. Esta facultad, le ha permitido a la Corte utilizar otros instrumentos en materia de derechos humanos, con el objeto de dar contenido a lo estipulado en la Convención Americana, y generar una valiosa e importante jurisprudencia, cuyos criterios sirven de pauta a los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - SIDH.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de las y los médicos al secreto profesional en el caso De la Cruz Flores al referirse al acto médico, su naturaleza y su no penalización.

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-264 de 1996. Ante la demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos del Código de Ética Médica, Ley 23 de 1981, la sentencia dispuso que el médico no deberá revelar la información que haya conocido por su relación profesional con la paciente y que llegue a incriminarla. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, F.N. Argentina. Natividad Frías, 1996. El fallo estableció que una mujer denunciada por haber causado su propio aborto o consentir que otros se lo causaren no puede ser condenada si la denuncia fue efectuada por un profesional de la salud.

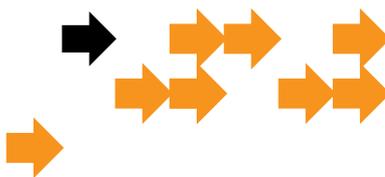
² La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y tiene como función primordial "... salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias".

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 61.

⁴ Corte IDH. Caso Paniagua Morales. Sentencia de 18 de marzo de 1998, párrafo 71.

En el presente trabajo, analizaremos los argumentos de la Corte para garantizar el derecho de los profesionales de la medicina al secreto profesional y la naturaleza vinculante de dicha *ratio decidendi*⁵ para nuestro país, así como las posibles consecuencias de su inobservancia⁶. Previamente, nos referiremos al secreto médico en sí y a su regulación jurídica. Finalmente, formularemos nuestras conclusiones y recomendaciones a efecto de que el Estado peruano adecúe su normatividad a sus obligaciones internacionales en lo que al derecho al secreto profesional se refiere, específicamente el derecho de las y los médicos al secreto profesional.

Expresamos nuestro profundo agradecimiento a todas las personas que contribuyeron a concretar la publicación de este documento, especialmente a la doctora Tania Maldonado, quien hizo una cuidadosa revisión del texto.



⁵ De acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH, la expresión latina *Ratio decidendi* se refiere a los fundamentos de las sentencia (ver siguiente pie de página).

⁶ La Corte ha señalado que la naturaleza vinculante de sus sentencias no se agota en la parte resolutive sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*. Corte IDH. Caso La Cantuta. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N. 162, párrafo 185



I. Del secreto médico

El secreto médico pertenece al campo de la ética médica⁷, que consiste en el *deber de actuar* en el ejercicio de la profesión médica de acuerdo a principios que garantizan tanto la libertad del profesional como el bienestar del/la paciente. Tiene su “base en los orígenes mismos de la profesión médica en muchas culturas”⁸. La bioética⁹ está referida a las relaciones entre las/los proveedores de servicios de salud –los médicos/as– y quienes lo reciben –los pacientes¹⁰.

El “deber de actuar de manera ética”, mencionado *supra*, se presenta cuando un profesional decide si presta los servicios solicitados o no, y se ve obligado a confrontar y definir su ética profesional y su contribución personal y profesional, tanto a la salud de los/las pacientes como al carácter y conciencia de su comunidad.

⁷ En el sentido estricto de la palabra, la bioética es una subdivisión del todo que es la ética. En: R. J. COOK, B. M. DICKENS y M. F. FATHALLA. *Salud Reproductiva y Derechos Humanos*. Bogotá, 2003, p. 57.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.* En el sentido más amplio, es considerada “un área de estudio multidisciplinaria (...) que aborda los problemas éticos de la práctica clínica y la atención en salud,...”. “La bioética ha sido reconocida por abordar dos interrogantes fundamentales: en primer lugar, qué deben hacer, permitir, tolerar o prohibir los individuos y las comunidades humanas en el campo de la biología, especialmente en lo que afecta a los seres humanos existentes y futuros, y en segundo lugar, cómo se deben tomar las decisiones para determinar qué conductas son obligatorias, permisibles, tolerables o prohibidas”. Véase R. J. COOK, B. M. DICKENS y M. F. FATHALLA. *Salud Reproductiva y Derechos Humanos*. Bogotá, 2003, p. 61.

¹⁰ La prestación del servicio de salud abarca todo lo que atañe al enfermo: el examen, el diagnóstico, la medicación e incluso el ingreso o no en un centro sanitario. Véase PATH. *Ensuring Privacy and Confidentiality in Reproductive Health Services: A Training Module and Guide*. Washington, D.C.: PATH; 2003. Citado en *Entre la espada y la pared: El secreto profesional y la atención postaborto*. Managua: Ipas Centroamérica, p. 12.

Un grupo de analistas ha identificado determinados principios clave para el análisis bioético, comunes a las diferentes orientaciones existentes¹¹, lo que da “coherencia y racionalidad a la discusión ética y permite establecer comparaciones y contrastes con un denominador común”¹². Respetadas autoridades estadounidenses, Tom Beauchamp y James Childress y el británico Raan Gillon, identifican cuatro principios: el respeto por las personas, Beneficiencia, No maleficiencia y Justicia.

- **Respeto por las personas.** Constituye una norma mínima en la conducta ética¹³, y contiene dos aspectos a considerar: la autonomía de las personas capaces¹⁴ y la protección de las personas incapaces de actuar con autonomía¹⁵. Este principio es invocado con el fin de respaldar los derechos de los/las pacientes.
- **Beneficiencia.** Este principio consiste en “el deber ético de hacer el bien y de maximizarlo”. Se considera “el fundamento de casi todos los tratamientos y de la atención médica. La búsqueda de mejores terapias médicas y de una atención en salud cada vez más efectiva...”¹⁶.

¹¹ En el campo bioético existen una variedad de orientaciones éticas que tienden a competir entre sí.

¹² R. J. COOK, B. M. DICKENS y M. F. FATHALLA. *Salud Reproductiva y Derechos Humanos*. Bogotá, 2003, pp. 64-65

¹³ *Ibid.*, p. 65

¹⁴ El principio de la autonomía de los pacientes indica que “generalmente este principio prevalece sobre el deber de no hacer daño en cuanto respalda las decisiones informadas del paciente, aunque no sean las mejores, y condena cualquier hecho que comprometa la autonomía”. En: R. J. COOK, B. M. DICKENS y M. F. FATHALLA. *Salud Reproductiva y Derechos Humanos*. Bogotá, 2003, p. 65.

¹⁵ El principio de protección de las personas incapaces de actuar con autonomía busca proteger a los niños y, asimismo, a los adolescentes y adultos rodeados por circunstancias tales como bajo nivel intelectual, bajos ingresos, bajo status social o baja autoestima que los exponen a la vulnerabilidad personal y social.

¹⁶ *Ibid.*, p. 66.

- **No maleficiencia.** “Se trata de un principio médico ético fundacional de ‘No hacer daño’. La aplicación práctica de la no maleficiencia exige diferenciar entre daños y equivocaciones, porque puede resultar incorrecto decir que una práctica no es equivocada si no causa daño. Generalmente es equivocado causar o incluso propiciar el riesgo de causar daño en el sentido de lesión, dolor, incapacidad o angustia. El daño también puede consistir, por ejemplo, en una lesión a la autoestima o en hacer sentir a las personas que han sido utilizadas, explotadas o tratadas de manera irrespetuosa”¹⁷.
- **Justicia.** “[...] La bioética está más interesada en la justicia distributiva que en la justicia punitiva o compensatoria.¹⁸ La justicia compensatoria exige que “quien lesione los intereses de otra persona, incluso cuando no es deliberado y no hay mala intención, la compense de manera adecuada”¹⁹. Mientras que la justicia distributiva involucra la equidad y la garantía de que todas las personas ejerzan y disfruten los derechos de los que son titulares.

Los colegios médicos han incorporados estos principios en sus Códigos de Ética. El Colegio Médico del Perú los ha consagrado en su Código de Ética y Deontología aprobado en octubre de 2007, Sección Primera, referida a los Principios Éticos en la Medicina.

La tarea de regular la ética médica, ha sido asumida históricamente por los colegios médicos y los Estados, ofreciendo un conjunto de normas éticas y legales, que interactúan para garantizarlo. La Sección Primera del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, dispone:

¹⁷ *Ibíd.*, p. 67.

¹⁸ La justicia punitiva proporciona instrumentos que permiten que una persona que ha obrado mal sea susceptible de sufrir un castigo.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 68

“1. Las normas de este Código se aplican a los miembros de la profesión médica sin perjuicio de lo que disponga la legislación civil, penal y administrativa vigentes. Las decisiones jurisdiccionales que fueren adoptadas en relación a un médico sobre asuntos concernientes al ejercicio de su profesión, no inhibe el ejercicio de la jurisdicción ética por parte del Colegio Médico del Perú. Ninguna persona podrá alegar excepciones de incompetencia, de juicio pendiente, de prescripción o de cosa juzgada en el fuero común o fueros especiales, cualesquiera que éstos fueran, para enervar la acción del Colegio Médico del Perú”.

Estas normas –éticas y legales– establecen que el secreto profesional es un derecho y un deber a cargo de las/los profesionales de la medicina²⁰, así como un derecho de los/las pacientes.

En la actualidad, el respeto y observancia del secreto profesional presenta algunos problemas, por un lado por el desarrollo de la ciencia y la tecnología, y por el otro, por las contradicciones que presentan las leyes respecto al rol que deben observar los profesionales de la salud.

²⁰ GUASP, citado por RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. “El secreto médico: apuntes sobre el secreto profesional del médico forense en Costa Rica”. *Med. Leg. Costa Rica*, setiembre 1999, vol. 16, no. 1-2, pp. 47-52. Véase también, ESER, Albin. *Estudios de derecho penal médico*. Lima: IDEMSA, 2001, p. 72.

1.1. EL SECRETO MÉDICO COMO DERECHO Y DEBER DE LOS/LAS MÉDICOS/AS

El secreto profesional como derecho y deber de las y los médicos, consiste en mantener en reserva toda información que el profesional de la medicina haya conocido a través del acto médico a favor de una persona.

El derecho del profesional a guardar el secreto profesional y en consecuencia a observar reserva de toda información adquirida, tiene su fundamento en la relación profesional –cliente o paciente–.

El derecho y deber de los profesionales de la medicina al secreto profesional tiene también un fundamento ético.

El derecho de los profesionales de la medicina al secreto médico tiene su origen en el juramento formulado por el médico más célebre de la historia, Hipócrates de Cos (460 – 377 a.C.)²¹, efectuado en los siguientes términos:

“Por Apolo y Esculapio, juro, por Higeia, Panacea y todos los dioses y diosas a quienes pongo por testigos de la observancia de este voto, que me obligo a cumplir lo que ofrezco con todas mis fuerzas [...] guardaré reserva acerca de lo que oiga o vea en la sociedad y no será preciso que se divulgue, sea o no del dominio de mi profesión, considerando el ser discreto como un deber en semejantes casos”.

²¹ José Sabalet Moya refiere que “El secreto de Hipócrates procede de una concepción mucho más antigua: el *iatros* era el sacerdote de Asclepiades, el *asu* asirio, el *snw* egipcio, pero con funciones más restringidas pues pertenecía a una sociedad estratificada y a una disciplina profesional rigurosa...”. SABALETE MOYA, José Ig. “El secreto médico: aspectos jurídicos”, p. 3 En línea: <http://www.leysab.com.descargas/secretomedico.pdf>.

El llamado juramento hipocrático, buscaba salvaguardar la intimidad como expresión del respeto a la información obtenida en el ejercicio del acto médico, imponiendo a quien lo prestaba, la obligación de guardar reserva, así como el deber de discreción respecto de toda información obtenida en el ejercicio de la profesión médica.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Asociación Médica Mundial – AMM²² asumió la responsabilidad de establecer normas éticas para los médicos y médicas del mundo al haber constatado que, para entonces, la costumbre de las escuelas de medicina de tomar juramento a los/las profesionales que se graduaban o recibían una licencia para la práctica de la medicina, había sido dejada de lado o se había convertido en una mera formalidad.

La AMM estimó que la creación de un juramento adecuado, que fuera tomado como parte de la graduación o ceremonia de licenciatura, ayudaría a fijar en los nuevos médicos y médicas la ética fundamental de la medicina y contribuiría a elevar las normas generales de la conducta profesional. Con este propósito, nombró un comité de estudio que preparara una “Carta de la Medicina” que pudiera ser adoptada como juramento o promesa de cada médico o médica en el mundo, al recibir su título o diploma profesional.

Luego de dos años de estudio de los juramentos y promesas enviados por las asociaciones miembros, se redactó una versión moderna del antiguo juramento hipocrático, el cual fue adoptado por la II Asamblea General de la AMM, llevada a cabo en la ciudad de Ginebra, en septiembre de 1948 y se denominó “Declaración de Ginebra”²³, donde se recomendaba a las asociaciones miembros a asumir el uso de esta promesa en las escuelas y

²² Médicos de 27 países se reunieron en París y crearon el 18 de septiembre de 1947 la Asociación Médica Mundial – AMM para asegurar la independencia de los médicos y para servir los niveles más altos posibles en conducta ética y atención médica, en todo momento.

²³ La Declaración de Ginebra fue adoptada por la 2ª Asamblea General de la AMM Ginebra, Suiza, septiembre 1948 y enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sydney, Australia, agosto 1986, por la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983 y por la 46ª Asamblea General de la AMM, Estocolmo, Suecia, septiembre 1994 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2005, y por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2006. En línea: <http://www.wma.net/s/policy/c8.htm>.

facultades de medicina en sus respectivos países. La Declaración de Ginebra fue incorporada al Código Internacional de Ética Médica adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM llevada a cabo en Londres en octubre de 1949²⁴.

La Declaración de Ginebra constituye una promesa que todo médico/a debe formular al momento de ser admitido como miembro de la profesión, de dedicar su vida al servicio de la humanidad, de ejercer la profesión médica a conciencia y con dignidad, y de velar ante todo por la salud de su paciente. Esto implica que no debe permitir que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor, se interpongan entre sus deberes y su paciente, y que está obligado a actuar con el máximo respeto por la vida humana. Lo cual significa que no puede emplear sus conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, impedimento que rige aún cuando se hallara en condiciones adversas o bajo amenaza.

De acuerdo a la Declaración de Ginebra el médico debe prometer ***“GUARDAR Y RESPETAR los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente”***²⁵.

Asimismo, la Conferencia Internacional de Órdenes Médicas aprobó el 6 de enero de 1987, los ***Principios de Ética Médica Europea***²⁶, la que en sus artículos 7º y 8º establece la obligación del médico/a de garantizar el secreto profesional más allá de la vida del/la paciente:

²⁴ El Código Internacional de Ética Médica fue adoptado por la 3ª Asamblea General de la AMM, Londres, Inglaterra, octubre 1949, y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sydney, Australia, agosto 1968, por la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, octubre 1983 y por la Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006. En línea: <http://www.wma.net/s/policy/c8.htm>.

²⁵ Véase el texto de la Declaración de Ginebra en Anexo I.

²⁶ Comprobados el 25 de junio de 2002.

“Artículo 7. El médico ha de recibir necesariamente las confidencias del enfermo. **Debe garantizarle el secreto total de todas las informaciones que haya recogido y de cuanto haya podido observar con ocasión de su asistencia.**

El secreto médico no queda abolido por la muerte de los enfermos.

El médico debe respetar la vida privada de sus pacientes y tomará las medidas necesarias para hacer imposible la divulgación de cuanto haya llegado a saber con ocasión de su ejercicio profesional.

Siempre que el derecho de un país incluya derogaciones de la obligación del secreto médico, el médico podrá solicitar el asesoramiento previo de su Colegio.

Artículo 8. Los médicos **no pueden** cooperar en la creación de bancos electrónicos de datos médicos que puedan poner en peligro o mermar el derecho del paciente a la intimidad y a la seguridad y protección de su vida privada. Todo el banco informatizado de datos clínicos deberá quedar, por respeto a la ética profesional, bajo la responsabilidad de un médico especialmente designado para ello.

Los bancos de datos médicos no podrán estar conectados con otros bancos de datos”.

El Colegio Médico del Perú ha regulado el secreto médico en su Código de Ética Médica en los siguientes términos:

“En su actividad profesional, el médico tiene el deber de guardar el secreto profesional; éste brinda al acto médico su característica de confianza y garantía en la relación médico-paciente de reserva y discreción”²⁷.

El secreto médico concierne tanto al ejercicio de la profesión médica en forma de empleo público o bajo contrato de derecho privado.

Un caso relacionado al deber de guardar y respetar los secretos confiados a las y los médicos, es el caso de la publicación de la obra **Le Grand Secret** (El Gran Secreto), en París, del doctor Claude Gubler quien por muchos años fue el médico personal del fallecido ex-presidente de Francia, François Mitterrand, en la que el galeno narra en detalle el estado de salud del mandatario y especialmente la evolución de la enfermedad que lo llevó a la tumba. Un tribunal francés adoptó la decisión de prohibir la venta de dicho libro basado en que la citada publicación violaba el secreto profesional. Esta decisión reafirmó que la medicina es una ciencia y un arte en la que queda determinada claramente que la relación individual entre el/la paciente y el médico/a está por encima de cualquier otra consideración social o política.

El Tribunal de Grande Instance de París condenó al médico por revelar el secreto que le confió su paciente. La decisión del Tribunal Europeo, que tuvo la oportunidad de conocer de la demanda presentada por la editorial responsable de la publicación, no obstante determinar que no era relevante la preservación de la confidencialidad médica a la fecha de la prohibición de la venta del libro, dejó claramente establecido que esta consideración no

²⁷ Código de Ética Médica, Sección Primera, De los Principios.

debía ser interpretada como un pronunciamiento en detrimento del secreto profesional²⁸.

El fundamento del secreto profesional se basa en la confianza que es propia de la relación médico/a-paciente, que permite a este último recibir una atención personalizada más acorde con la problemática que lo aqueja. Así, el vínculo se desarrolla dentro de un clima de colaboración recíproca del profesional respecto del enfermo y, sobre todo, de éste con el facultativo²⁹. Dentro de este marco, el médico o médica se convierte en el garante de esa confianza. Ese rol no se extiende a los médicos y médicas que actúan como peritos judiciales, ya que el perito médico participa en la búsqueda de la verdad y es un auxiliar de la justicia³⁰. No ejerce en sentido propio el acto médico³¹.

²⁸ Cabe mencionar que, mediante sentencia definitiva de 18 de agosto de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante una demanda presentada por la empresa editora del libro, consideró como necesaria, para la protección de los derechos del presidente Mitterrand y sus herederos y sucesores -en una sociedad democrática-, la prohibición provisional sobre el reparto de *Le Grand Secret*, pocos días después de la muerte del mandatario hasta que los tribunales competentes se pronunciasen sobre su compatibilidad con el secreto médico y los derechos de los demás, aunque consideró que el fallo dictado nueve meses después de la muerte de Mitterrand, constituía una violación del artículo 10 de la Convención Europea. A esa fecha, para la Corte, la preservación de la confidencialidad médica ya no era una necesidad social imperiosa que justificara la prohibición de la circulación del libro, pues ya se habían distribuido más de 40 mil ejemplares. Véase SABALETE MOYA, José Ig. "El secreto médico: aspectos jurídicos", p. 2. En línea: <http://www.leysab.com.descargas/secreto medico.pdf>.

²⁹ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 20-78. Citado en GARCÍA, Érika. *Médicos en Conflicto entre la cura y la denuncia: artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de de denunciar*. Lima: Promsex, 2006, p. 13.

³⁰ Cf. VARGAS ALVARADO, E. "El secreto médico". *Medicina Legal de Costa Rica (Boletín de la Asociación de Medicina Legal y Toxicología)*, Vol. 3, Nº 2, San José, abril 1986, pp. 12-13. CASTILLO GONZÁLES, E. "Posición del perito en el proceso penal costarricense". *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 34, San José, enero-abril 1978, p. 57, nota 27.

³¹ El acto médico concreta la relación médico-paciente. Tal como señala Fernando Guzmán Mora, quien fuera Presidente Federación Médica Colombiana, la relación médico paciente es la esencia del ejercicio de la medicina y se produce cada vez que un profesional de la medicina acepta dar su opinión, consejo o posible tratamiento a una persona a su pedido, por decisión de ambas partes, por decisión unilateral del médico, por el pedido de terceros o por haber adquirido el compromiso de atenderla. A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente. El acto médico tiene como base fundamental el amor del médico por la vida humana, por su prójimo, por el enfermo. Véase: GUZMAN MORA, Fernando. "El Acto Médico: Consideraciones Esenciales". En línea: http://www.abcmedicus.com/articulo/medicos/2/id/407/pagina/1/acto_medico_consideraciones.html. También: LOAYZA TAMAYO, Carolina. "La Misión Médica en conflicto armado" (artículo no publicado).

De lo señalado *supra*, se puede determinar que para que el secreto médico pueda ser invocado u opuesto al profesional médico, deben concurrir tres requisitos: a) el carácter reservado del hecho, es decir, su desconocimiento por la generalidad de las personas; b) estar destinado a permanecer oculto; y, c) que el hecho o información se haya conocido en razón de la profesión que se ejerce³².

Dado que la reserva del hecho o información, conocida en razón del acto médico, garantizará no sólo el derecho a la intimidad del/la paciente, sino incluso su propia vida y salud, el Estado asume la obligación de garantizar ese derecho/deber. El cumplimiento por el Estado de este deber, haría más factible que una persona acuda a un centro de salud para ser atendida por una emergencia que le aqueja en vez de retardar su visita, y evitaría, asimismo, que alguien en similar situación se inhiba de acudir por miedo a ser denunciado poniendo en riesgo su integridad física o su propia vida.

Como veremos más adelante la obligación de observar el secreto médico no es absoluta, termina por autorización del/la paciente ó por así disponerlo la ley.

³² Casas B., Lidia y otros. *Confidencialidad de la Información y consentimiento informado en salud sexual y reproductiva*. Santiago de Chile: Corporación de Salud y Políticas Sociales, 2002, p. 93

1.2 EL SECRETO MÉDICO COMO DERECHO DE LOS/LAS PACIENTES

El secreto médico es un derecho de los/las pacientes, pues éstos/as están facultados para exigir que la información proporcionada a un médico/a en el contexto de la relación médico – paciente, no debe ser de conocimiento de terceros. Así, el secreto médico salvaguarda la intimidad del/la paciente, al ser el médico/a el receptor de su intimidad³³. En este sentido, el o la paciente tiene derecho a que toda información relacionada a su estado de salud, así como la de tipo personal que pudiese haberse producido dentro el vínculo médico/a – paciente, se mantenga en secreto, incluso después de su muerte.

El derecho de los/las pacientes al secreto médico, fue consagrado por la Asamblea Médica Mundial en su 34ª Asamblea Médica Mundial, llevada a cabo en los meses de septiembre-octubre de 1981, que aprobó **la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente**³⁴, que consagra:

“Principios [...]”

Derecho al secreto

Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, **debe mantenerse en secreto**, incluso después de su muerte. Excepcionalmente, los descendientes

³³ SABALETE MOYA, José Ig. “El secreto médico: aspectos jurídicos”, p. 3. En línea: <http://www.leysab.com.descargas/secretomedico.pdf>. Sabalette Moya refiere que médicos como abogados son receptores de intimidad, pero afirma que “es en la medicina que donde ésta adquiere mayor envergadura: el médico no solo es depositario de íntimas manifestaciones del cuerpo sino también del alma, no en vano el enfermo se entrega al sanador en los momentos más vulnerables de su vida (nacimiento, enfermedad, dolor, miedo, impotencia, la muerte...)”.

³⁴ La Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes, fue enumerada por la 47ª Asamblea General de Bali, en el mes de septiembre de 1995. Otros principios son: **Derecho a la libertad de elección. El paciente tiene derecho a elegir o a cambiar libremente su médico** y su hospital o institución de servicio de salud, sin considerar si forman parte del sector público o privado. [...]; **Derecho a la dignidad.** La dignidad del paciente y el **derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica [...]**”.

pueden tener derecho al acceso de la información que prevenga de los riesgos de salud.

La información confidencial sólo se puede dar a conocer si el paciente da su consentimiento explícito o la ley prevé expresamente eso. Se puede entregar información a otro personal de salud que presta atención, sólo en base estrictamente de “necesidad de conocer”, a menos que el paciente de un consentimiento explícito [...]”.

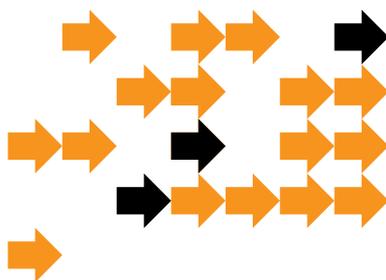
De acuerdo a la Declaración de Lisboa, la regla general es el derecho del/la paciente a que toda información obtenida por el facultativo médico en el contexto del acto médico, debe ser mantenida en secreto aún después de su muerte. Esta regla tiene excepciones que comprende: (a) a los descendientes respecto a los riesgos de salud del/la paciente; (b) a terceros con autorización del/la paciente; y, (c) otro personal de salud por su propio beneficio.

Diversos autores han definido el secreto profesional o secreto médico como un derecho del/la paciente y como garantía de otros derechos fundamentales,³⁵ que consiste en mantener en reserva toda aquella información que el/la profesional de la salud haya conocido a través de la atención de la persona que recibe sus servicios y que ésta no desea que sea conocida por terceros³⁶. Ese conocimiento se basa en la confianza depositada en el/la médico por su paciente, y garantiza a su vez otros derechos como el derecho a la intimidad

³⁵ LÓPEZ BOLADO, Jorge. *Los Médicos y el Código Penal*. 2da ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1987, p.197. Citado en GARCÍA, Érika. *Médicos en Conflicto entre la cura y la denuncia: artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de de denunciar*. Lima: PROMSEX, 2006, p. 13.

³⁶ GARCÍA ANDRADE, José Antonio. *Reflexiones sobre la responsabilidad médica*. Madrid: EDERSA, 1998, p.39. Citado en GARCÍA, Érika. *Médicos en Conflicto entre la cura y la denuncia: artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de de denunciar*. Lima: PROMSEX, 2006, p. 13.

o privacidad, el derecho al desarrollo de la personalidad y el propio derecho a la salud³⁷. Estos derechos serán analizados al referirnos al secreto médico y su regulación jurídica en el derecho peruano.



³⁷ ESER, Albin. *Estudios de derecho penal médico*. Lima: IDEMSA, 2001, p. 72. Citado en GARCÍA, Érika. *Médicos en Conflicto entre la cura y la denuncia: artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar*. Lima: PROMSEX, 2006, p. 13.



II. Regulación Jurídica del Secreto Médico

Por lo general, en la mayoría de las normas nacionales, el secreto médico es de aplicación automática: no requiere solicitud del/la paciente y opera de pleno derecho. Desde el momento que el médico o médica entra en contacto con el/la paciente o desde el instante en que el o la paciente ingresa a la institución o al consultorio, ya está protegido por el secreto.

2.1 CLASES DE SECRETO MÉDICO

Tal como señala la profesora Michelangela Scalabrino, en el *amicus curiae* presentado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso De la Cruz Flores vs. Perú³⁸, al regular el secreto médico, las legislaciones nacionales lo han consagrado, de tres modos distintos: el secreto médico absoluto, el secreto médico relativo y el secreto médico compartido.

³⁸ *El Secreto Profesional y el Ejercicio Profesional de la Medicina*. Amicus Curiae presentado en el caso 12.138 María Teresa De la Cruz Flores vs Perú por Michelangela Scalabrino. Milán Italia, 3 de junio de 2004.

2.1.1 El Secreto Médico Absoluto: Consiste en la negación total de cualquier tipo de revelación, no admite excepciones. En virtud de esta situación, el médico o médica no puede confiar un hecho conocido o cualquier información obtenida a través de su profesión. Esta prohibición alcanza inclusive a los colaboradores del médico/a. El secreto médico absoluto, no es aceptado en la doctrina actual.

2.1.2 Secreto Médico Compartido: variante del anterior, amplía el conocimiento a otro médico/a o auxiliar de un hecho de su profesión, siempre que redunde en el beneficio terapéutico del/la paciente. La finalidad es proteger la salud del/la paciente. Se trata de la asistencia médica ejercida por un equipo para el diagnóstico, pronóstico y tratamiento, y que puede incorporar a personal no sanitario³⁹.

En la actualidad, la prestación de la salud de modo corporativo, el uso de medios informáticos para el archivo de la información, y la participación de compañías aseguradoras plantean nuevos retos al secreto profesional. Si bien, no es objeto del presente trabajo, consideramos necesario notarlo para futuras investigaciones.

³⁹ Las nuevas condiciones de la prestación del servicio médico posibilitan la extensión del conocimiento del hecho o de la información obtenida en el marco de la relación médico-paciente. En este caso, se extiende el secreto médico al personal no estrictamente sanitario, que da lugar al Secreto Médico Derivado.

2.1.3 Secreto Médico Relativo⁴⁰: Aceptado por la legislación de los países latinoamericanos, admite la revelación a personas o entidades determinadas del hecho conocido o información obtenida por el/la médico, siempre que mediara consentimiento del/la paciente, o hubiera una razón suficiente o “justa causa”, es decir, si se produjera un estado de necesidad justificante, reglamentado por la ley.

La “justa causa” reconoce dos órdenes: uno de naturaleza legal que se sustenta en la legislación y el otro es de carácter moral que se sustenta en los Códigos de Ética Médica.

Constituyen ejemplos típicos de “justa causa” legales:

- El caso de enfermedades infectocontagiosas o transmisibles, infecciones de transmisión sexual en período de contagio, VIH/SIDA, certificado médico en caso de infortunios laborales. El fundamento es la protección de la salud pública y privada; en este último caso, se trata de proteger a el/la cónyuge, la pareja o a otros familiares cercanos, ó de proteger la salud pública (para evitar epidemias o pandemias), cuando el mantenimiento del secreto podría derivar un perjuicio para los intereses sociales. Esta obligación se extiende tanto a los médicos/as en ejercicio público como privado.

Cabe preguntarse si en los casos vinculados al ámbito laboral ¿debe tener acceso a la información médica el empleador sea público o privado? Desde nuestro punto de vista, el acceso de la información médica debe limitarse a los responsables de la vigilancia de la salud médica preventiva de los trabajadores, salvo consentimiento expreso del trabajador. Todo ello para evitar que dicha información pueda ser utilizada en perjuicio del trabajador. En cualquier caso, el médico o

⁴⁰ Cf. Informe 29.03 de la Comisión, párrafo 43: “La tesis de origen hipocrático del «secreto médico absoluto», se ha ido derivando hacia el «secreto médico relativo», en la medida que el saber médico se ha extendido a salvaguardar, más allá de los intereses individuales, la salud pública, pues cuando el mantenimiento de un secreto con carácter absoluto puede derivarse un perjuicio para los intereses sociales, no puede prevalecer la conveniencia privada”.

médica debe evaluar el riesgo antes de adoptar la decisión de recurrir a la excepción del secreto médico

- La comisión de delitos de acción pública cometidos en agravio del/la paciente que conozca el/la facultativo/a al prestar los auxilios de su profesión. La obligación de denuncia del hecho o información que goza de la protección del secreto médico se encuentra regulada en la legislación comparada. Sin embargo, como se puede apreciar en algunos casos, está supeditada a determinadas condiciones, como por ejemplo en el supuesto que el médico o médica presencie la perpetración de cualquier delito de acción pública, o si tomara conocimiento de un delito flagrante⁴¹.

En relación a las justas causas de carácter moral, en los últimos años, la AMM ha expresado su preocupación por la observación de normas de respeto al ser humano. La **Declaración de Tokyo**, adoptada por la 29ª Asamblea General de la AMM en el mes de octubre de 1975, estipula las “Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas”. En este documento se señala:

“1. El médico no deberá favorecer, aceptar o participar en la práctica de la tortura o de otros procedimientos crueles, inhumanos o degradantes, cualquier sean sus creencias o motivos y en toda situación, incluido el *conflicto armado o la lucha civil*; [...] 6. *La Asociación Médica Mundial respaldará y debe instar a la comunidad internacional, asociaciones*

⁴¹ Véase artículos 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal o Funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare (...)”; “Los que por razón de su cargo, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciar inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de delito flagrante”.

médicas nacionales y colegas médicos a apoyar al médico y a su familia frente a amenazas o represalias recibidas por haberse negado a aceptar el uso de la tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante” (énfasis agregado).

En la resolución **Sobre la responsabilidad de los médicos en la Documentación y Denuncia de Casos de Tortura o Trato Cruel, Inhumano o Degradante de los que tengan conocimiento**, adoptada por la Asamblea General de la AMM, celebrada en Helsinki en el año 2003, se dice:

“4. Considerando la *Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] y la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura [...]; [...];*
Reconociendo 16. *Que la documentación y denuncia cuidadosas y consistentes hechas por los médicos de casos de torturas y de los responsables contribuye a la protección de la integridad física y mental de las víctimas y de manera general a la lucha contra una afrenta importante a la dignidad humana;* 17. *Que los médicos, al constatar las secuelas y al tratar las víctimas de torturas, ya sea pronto después del evento o más adelante, son testigos privilegiados de esa violación de derechos humanos;* 18. *Que las víctimas, debido a las secuelas psicológicas que sufren o las presiones a que están sometidas, a menudo no pueden formular ellas mismas reclamos contra los responsables del maltrato que han sufrido;* 19. *Que la falta de documentación y denuncia de casos de tortura puede ser considerada como una forma de tolerancia de eso y de omisión de ayuda a las víctimas;* 20. *Que sin embargo, no hay*

referencia consistente y explícita en los códigos de ética médica profesionales y textos legislativos a la obligación de los médicos de informar o denunciar los casos de tortura o de tratos inhumanos o degradantes de los que tengan conocimiento, **Recomienda** a las Asociaciones Médicas Nacionales [...] **9. Apoyar la adopción en sus países de reglas éticas y disposiciones legislativas:** 9.1 destinadas a afirmar la obligación ética de los médicos de informar o denunciar los casos de tortura o trato cruel, inhumano o degradante de los que tenga conocimiento; dependiendo de las circunstancias, el informe o la denuncia será dirigido a las autoridades médicas, legales, nacionales o internacionales, a las organizaciones no gubernamentales o la Corte Penal Internacional. Los médicos deben ser prudentes en este asunto y tener presente el párrafo 68 del Protocolo de Estambul; 9.2 *que establezcan, con este propósito, una excepción ética y legislativa del secreto profesional que permita al médico informar sobre los abusos, cuando sea posible con el consentimiento de la persona, pero en ciertas circunstancias cuando la víctima no puede expresarse libremente, sin consentimiento explícito*” (énfasis agregado).

En el supuesto de conflicto entre las órdenes impartidas por el Estado y los principios de la ética médica concernientes a la protección del/la paciente, se debe optar por los últimos. El médico o médica debe formular la denuncia, no del/la paciente, sino de los órganos u agentes estatales, inclusive colegas, que participaron en la tortura o en los tratos crueles, inhumanos o degradantes en su perjuicio⁴².

Un tema polémico surge respecto a **la obligación de denuncia concerniente a la identidad del/la paciente**⁴³, cuando la obligación de denunciar, esconde una persecución, que es total o claramente ajena a cualquier razón de índole médico-sanitaria o de protección de los derechos de los demás. Es importante señalar que, **cuando se trate de una víctima a la que se le ha privado de libertad, que está bajo presión o amenaza**, el secreto sobre su identidad tiene que ser respetado para evitarle perjuicio aún mayor: el punto 9.3 de las recomendaciones contenidas en la resolución antes citada encomienda a las Asociaciones Médicas Nacionales que **“advirtan a los médicos que eviten poner en peligro a estas personas al informar con nombres sobre ellas”**.

2.2 EL SECRETO MÉDICO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El secreto profesional ha sido recogido en general en el ordenamiento nacional con rango constitucional. La Constitución en su artículo 2º numeral 18 consagra que *“toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas,... así como a guardar el secreto profesional”* (énfasis agregado).

⁴² Véase también la Declaración de Hamburgo de la Asociación Médica Mundial sobre el “Apoyo a los médicos que se niegan a participar o a tolerar la tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante”, adoptada por la 49ª Asamblea General, en noviembre de 1997.

⁴³ Cf. A. RODRÍGUEZ CAMPOS. “El secreto médico: apuntes sobre el secreto profesional del médico forense en Costa Rica”. *Med. Leg. Costa Rica*, setiembre 1999, vol. 16, no. 1-2, pp. 47-52.; DUS-SERRE, L. y F.A. ALLAERT. “Secret médical entre médecins aussi”. *La Revue du Patricien*. Tomo 16, N° 559, 14 de enero de 2002, pp. 27 y ss.

Si bien, de acuerdo al artículo 2.5 de la Constitución, “Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública”,⁴⁴ este derecho no es absoluto, está limitado por el derecho a la intimidad en el sentido que toda persona tiene derecho “...**a la intimidad personal y familiar...**”⁴⁵. Un ejemplo de esta limitación se puede constatar en la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información, que promueve la transparencia de los actos del Estado y regula el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

El secreto profesional también tiene garantizada su observancia en el Código de Procedimientos Penales, que establece como excepción la no obligación de los médicos/as de declarar como testigos respecto a hechos conocidos en el marco de la relación profesional. La inobservancia de esta disposición está sancionada por el Código Penal.

Esta obligación, por cierto, no alcanza a los peritos judiciales, a quienes la Ley Orgánica del Poder Judicial considera dentro de los órganos de auxilio judicial, como parte del Sistema de Justicia. En este caso, el médico o médica que actúa como perito tiene la obligación de informar en el contexto del proceso penal en el que esté actuando.

El acto de Estado debe ser entendido como todas las actividades y disposiciones de sus entidades señaladas en el artículo I del Título Preliminar

⁴⁴ Constitución Política del Perú, artículo 2.5: “Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública”.

⁴⁵ Constitución Política del Perú, artículo 2.7: “Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”. Véase también artículo 14 del Código Civil.

de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General⁴⁶, a cargo de sus funcionarios y servidores. Entre las dependencias comprendidas en la norma se encuentra el Ministerio de Salud a cargo de hospitales y otras dependencias encargadas de brindar servicios de salud por el Estado.

El derecho al acceso a la información pública tiene como fundamento el Principio de Publicidad de la actuación de las entidades de la Administración Pública. De este modo, toda la información que posee el Estado se presume pública salvo las excepciones previstas expresamente en la ley. En tal sentido, el Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad. La responsabilidad de suministrar la información pública recae en los funcionarios y servidores públicos, quienes serían objeto de sanción si incumplieran con dicha obligación.

Entre las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia⁴⁷, cabe mencionar las contenidas en el artículo 15°B, específicamente la establecida en el numeral 5 vinculada al secreto profesional que dispone:

“5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo

⁴⁶ 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía;
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

⁴⁷ La Ley 27806 establece otras excepciones al ejercicio del derecho al acceso a la información, como son los supuestos de información clasificada como secreta, reservada y la información confidencial, previstas en los artículos 15, 15A y 15B.

el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado”.

Otro caso de excepción del secreto médico, es la establecida en la Ley 26626⁴⁸, a través del cual se implementó el Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS). El artículo 5º de la dicha ley⁴⁹ establece que “(...) Los profesionales de la salud están obligados a notificar al Ministerio de Salud los casos diagnosticados, aun cuando el enfermo hubiese fallecido”. Esta información no puede ser utilizada para perjudicar al paciente:

“Artículo 6º.- Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.

Los casos establecidos como excepciones en la ley deben ser interpretados de forma restrictiva y son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva pues se trata de una limitación a un derecho fundamental⁵⁰.

No cabe duda, que los hospitales y centros de atención médica del Estado, poseen información obtenida de la relación médico – paciente contenida principalmente en la Historia Clínica. Esta información es privilegiada y está protegida por el secreto

⁴⁸ Promulgada el 19 de junio de 1996 y publicada el 20 del mismo mes y año.

⁴⁹ Ley 26626, “Artículo 5º.- Los resultados de las pruebas diagnosticadas con VIH/SIDA y la información sobre la causa cierta o probable de contagio son de carácter confidencial. Dichos resultados e información solo podrán ser solicitados por el Ministerio Público o el Poder Judicial, siempre que las circunstancias lo justifiquen y únicamente para fines de investigación delictiva.

Los profesionales de la salud están obligados a notificar al Ministerio de Salud los casos diagnosticados, aun cuando el enfermo hubiese fallecido”.

⁵⁰ Artículo 15ºc de la Ley 27806.

profesional, y los médicos/as y el personal que administra dicha información quedan obligados a guardar el secreto profesional.

La información obtenida por el/la profesional de la medicina en el contexto de la relación médico-paciente en la actividad privada, goza de la misma prerrogativa, no debe ni puede ser transmitida a terceros en aras de la protección del derecho a la intimidad del/la paciente, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley, como es el caso del artículo 30º de la Ley General de Salud que se analizará infra. Toda violación al secreto profesional, que no caiga en una de las excepciones establecidas en la ley, se encuentra sancionada en la ley penal.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 222º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, pudiendo el juez hacer uso de la fuerza pública a fin de que el testigo concurra a rendir su manifestación⁵¹.

El artículo 141º del Código de Procedimientos Penales, exceptúa a los profesionales de la salud –médicos/as y obstetras, entre otros–, a declarar respecto a los secretos que se les hubieran confiados en el ejercicio de su profesión. El citado artículo dispone:

“Artículo 141º.- No podrán ser obligados a declarar:
1º Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetras, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión;
2º El cónyuge del inculcado, sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanos políticos;
Las personas comprendidas en estos incisos serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, en todo o en parte”.

⁵¹ Artículo 232º del Código de Procedimientos Civiles.

Es decir, no existe, para los médicos/as y obstetras, entre otros profesionales, la obligación de declarar, ni el juez de la causa está habilitado a usar los apremios que la ley le confiere para su obtención⁵².

En tanto derecho de los/las pacientes, el ordenamiento nacional garantiza el secreto profesional al penalizar la violación del secreto profesional en el artículo 165º del Código Penal⁵³, que a la letra dice:

“Artículo 165.- Violación del secreto profesional
El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos *cuya publicación pueda causar daño*, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa” (énfasis agregado).

El citado artículo tipifica de manera general la violación del secreto profesional, no distingue entre la actividad pública o privada, ni entre médicos u otro tipo de profesionales. Tampoco hace distinciones entre persona natural o jurídica respecto al agraviado o agraviada.

2.2.1 El artículo 30º de la Ley General de Salud - LGS

La legislación peruana consagra el Secreto Médico Relativo. El artículo 30º de la Ley General de Salud dispone:

“Artículo 30º.- El médico que brinda atención médica a una persona por herida de arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito

⁵² Tribunal Constitucional. Sentencia de 7 de junio de 2007. Expediente N° 9432-2005-PHC/TC. Junín. Fiorella Gladys Bello Jorge.

⁵³ Libro Segundo. Parte Especial. Título IV. Delitos contra la Libertad. Capítulo V. Violación del Secreto Profesional.

perseguido de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente”.

En este artículo, el ordenamiento legal peruano prevé la obligación de denunciar ante la autoridad competente –Policía, Ministerio Público– las evidencias de delito o de cualquier tipo de violencia, o indicios de aborto criminal, que encontrara en la atención médica o consulta con sus pacientes.

El artículo 30° de la LGS dispone que los profesionales de la salud deben denunciar aquellas evidencias de delito, violencia, o indicio de aborto, en supuestos en que incluso el/la paciente podría ser objeto de denuncia, tales como:

- a) El o la paciente que presente lesiones que el profesional médico suponga ha sido víctima de una agresión por un tercero, resultaría comprometido con la denuncia;
- b) El o la paciente que presente lesiones o daños a su salud, que derivan de su participación en un delito, acto violento o aborto, en cuyo caso el/la paciente resultaría denunciado.

¿Existe en estos supuestos justa causa? ¿Existe un estado de necesidad justificante?

No basta que la “justa causa” tenga forma legal, sino que tenga naturaleza legal, es decir, sea compatible con los principios constitucionales como son el bien común, representado por la protección de la salud pública o privada; la sanción de delitos cometidos en perjuicio del/la paciente, que sean de acción pública, o la defensa de su propia vida, integridad y personalidad jurídica.

Si bien, el artículo 30° plantea una causa de carácter legal para sustraerse de la obligación de guardar el secreto profesional, lo cierto es que esta norma en sí,

carece de toda razón de índole médico-sanitaria o de un criterio de protección de los derechos fundamentales del/la paciente, que serían necesarios para sustentar la relativización del secreto profesional.

En estos casos, la obligación de denunciar contenida en el artículo 30° de la LGS, no es usada con la finalidad de proteger la salud pública o privada, o de garantizar a las/los pacientes justicia frente a delitos de acción pública, o de proteger su salud, sino con el fin de perseguirlo penalmente.

El artículo 30° de la LGS así redactado, presentaría una incoherencia e incompatibilidad con la legislación que regula y garantiza el secreto médico, al no observar los criterios básicos para relativizar el secreto médico.

El Estado peruano ha investigado, procesado y condenado a profesionales de la salud, atribuyéndoles el cargo de no ayudar a develar la disidencia política, de no cooperar en la desactivación de grupos calificados de “enemigos” del Estado. La jurisprudencia de los tribunales peruanos originada en la aplicación de la legislación para la lucha contra el terrorismo, nos muestra una serie de casos de este tipo⁵⁴.

A pesar de la evidencia de que los cuidados médicos no favorecen la realización de ningún acto ni fin de carácter terrorista, cabe recordar que cada vez que los Estados han promulgado, en diferentes épocas históricas, leyes que sancionan los cuidados de los/las médicos a personas calificadas como

⁵⁴ De acuerdo a Amnistía Internacional “ha habido varios casos de médicos que han sido encarcelados en Perú en aplicación de la misma legislación antiterrorista, acusados de haber proporcionado tratamiento médico a miembros de la oposición armada en armas. Este hecho generó preocupación entre las organizaciones médicas internacionales y de derechos humanos. Por ejemplo, la Asociación Americana para el Progreso de la Ciencia (*American Association for the Advancement of Science -AAAS*) envió una delegación a Perú en abril de 1993 para investigar la situación de los médicos peruanos (véase AAAS: *Report on Science and Human Rights*. XV (1), 1994, pp. 2-3). A petición de la Asociación Médica Peruana, el doctor Ian Field, Secretario General de la Asociación Médica Sueca y delegado de la Asociación Médica Mundial, visitaron Perú en noviembre y diciembre de 1994. La delegación de la Asociación Médica Mundial se reunió con ministros, miembros de la judicatura, profesionales de la medicina y representantes de organizaciones de derechos humanos entre otros y planteó los casos de 24 médicos (*World Medical Journal*, 41 (5): 69-71). La mayoría de estas personas han sido liberadas tras diversos períodos de detención”. En línea: <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAMR460061996?open&of=ESL-PER>

terroristas, penalizan en la práctica la supuesta asistencia médica prestada a dichas personas.

En otros términos, los Estados simplemente se han olvidado que el secreto sobre la identidad del/la paciente, en que se engloba a todo el personal médico, es un pilar fundamental, aunque indirecto, del Estado de Derecho, pues en sus leyes, el Estado de Derecho tiene que definir y punir *ex ante* las acciones ilícitas y no los autores.

Hemos asistido así, a la manifestación de un “conflicto” entre principios básicos de la ética médica y leyes nacionales especiales, conflicto que ha concernido no sólo a los médicos/as-funcionarios del Estado (sobre todo a los médicos/as de las cárceles⁵⁵), sino que se ha extendido también a los médicos/as “privados”, libremente elegidos por el/la paciente.

El cuestionamiento a dichas normas y el conflicto planteado se apoya en criterios de razonabilidad claramente definidos:

Primero: el médico o médica no es un investigador, no está al servicio de las investigaciones, y no es un auxiliar de la policía.

Segundo: la persona que viene al médico/a va por la angustia de su curación y debiera estar a salvo de cualquier acusación penal *ipso facto* y/o de un procedimiento penal, especialmente cuando la garantía del secreto médico sustenta la relación de confianza que se establece con el o la paciente. Es indudable que la comunicación de la intimidad personal, que es básica en medicina, no sería posible sin la seguridad que el imperio del secreto médico le proporcione⁵⁶.

⁵⁵ En razón de ello, el Consejo Internacional de los Médicos de Prisión ha establecido el juramento de Atenas de 1979: “Prometemos: [...] **4. De respetar el secreto de las informaciones obtenidas naturalmente en nuestra relación con el detenido [...]**”

⁵⁶ Cf. LACHICA LOPEZ, E. “El secreto médico y el consentimiento informado en los informes periciales”. IV Jornadas Andaluzas sobre valoración del daño corporal. Sevilla, mayo-junio, 2001. *Cuad. Med. Forense*, Nº 27, Sevilla, enero 2002; y STARR, P. “Heath and the Rigth to Privacy”. *American Journal of Law & Medicine*, 25, 2 &3, 1999, pp. 193-201.



III. El Secreto Médico en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.1 EL CASO DE LA CRUZ VS. PERÚ

La sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- el 18 de noviembre de 2004 en el caso de la médica María Teresa De La Cruz Flores, argumentó de manera clara y concisa a favor del secreto profesional médico, estableciendo que el médico/a que tenga conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a una persona no está obligado a denunciar el hecho.

María Teresa de la Cruz Flores, médica de profesión, que laboraba en el área de Seguridad Social, fue detenida, investigada, procesada y condenada por el delito de terrorismo en el tipo penal de colaboración, al ser sindicada como miembro del Partido Comunista del Perú al haber proporcionado atención médica, curaciones, operaciones, entrega de medicinas e instrumental médico para la atención de los delincuentes terroristas.

Los jueces sin rostro que condenaron a la médica María Teresa De La Cruz, sostuvieron, entre otros argumentos, que su responsabilidad estaba acreditada porque si ella tuvo “la presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, estaba obligada a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas”⁵⁷.

En el escrito de la víctima, en la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana por el caso de la médica María Teresa De La Cruz, se arguyó, en referencia al Principio de Legalidad, al artículo 30° de la LGS, así como al artículo 407° del Código Penal peruano⁵⁸, que existía la obligación ineludible de interpretarlos a la luz de las normas constitucionales y otras normas, tales como el artículo 141° del Código Procesal Penal y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. Asimismo, se dejó clara la posición de que debía guardarse el secreto profesional tanto en tiempos de paz como de conflicto armado.

La víctima sostuvo que el deber de discreción sobre la naturaleza de la afectación tratada a un individuo y el impedimento de divulgar informaciones que pudieran perjudicar al paciente, le daba cierto margen de discrecionalidad para actuar según su conciencia y juicio. Asimismo, que la interpretación de la legislación nacional no puede realizarse en el sentido de poner en riesgo la vida y la salud de los heridos y enfermos, pues ello despojaría de toda substancia al principio de neutralidad de la actividad médica, sin perjuicio de reconocer la obligación de notificar situaciones que afecten la salud pública, cuyo incumplimiento es sancionado por el Código Penal⁵⁹.

⁵⁷ Sala Penal Especial de Terrorismo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sentencia de 21 de noviembre de 1996. La Sala Penal Corporativa para casos de Terrorismo de la Corte Suprema de Justicia de la República (Expediente No. 46-97) en su ejecutoria de 8 de junio de 1998 declaró no haber nulidad de la sentencia, “de conformidad en parte con el señor Fiscal, por sus fundamentos pertinentes”.

⁵⁸ Código Penal, artículo 407.- “el que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.

⁵⁹ Código Penal, artículo 289.- Artículo 289.-Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa El que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años. Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años.

En su sentencia la Corte Interamericana se refirió a estos argumentos de la víctima:

“75. Los representantes de las presuntas víctimas hicieron suyos los argumentos expresados por la Comisión Interamericana en relación con la alegada violación de los artículos 9, 7, 8 y 24 de la Convención Americana, y además señalaron: (...)

- c) en el ejercicio de su profesión el médico está obligado a aplicar los principios éticos y morales fundamentales que deben regir todo el acto médico;
- d) los principios de ética médica establecidos en el juramento hipocrático rigen la misión de los médicos también en tiempo de conflicto armados, refiriéndose, entre otros, a los Convenios de Ginebra; (...).”.

El Estado peruano, en su contestación de la demanda y sus alegatos escritos, no hizo mención alguna sobre estos aspectos.

La Corte IDH en alusión al principio de legalidad, se ocupó de la penalización del acto médico, y de la obligación de denuncia respecto a posibles actos delictivos por parte de los/las médicos.

Sobre la penalización del acto médico, la Corte observó que éste se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica, v.g. el Código Internacional de Ética Médica de la AMM, Regulaciones en Tiempo de Conflicto Armado de la AMM, Principios

de Ética Europea, Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, y Ley, Estatuto y Reglamento del Colegio Médico del Perú. Asimismo, señaló de manera referencial que el Perú era parte de los Protocolos I y II de 1977 de los Convenios de Ginebra de 1949, los mismos que consagran que en un conflicto armado internacional o interno, nadie puede ser perturbado o condenado o sancionado por haber ejercido una actividad médica a favor de heridos y enfermos conforme a la deontología médica, cualquiera hayan sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad⁶⁰.

En torno a obligación de denuncia respecto a posibles actos delictivos por parte de los/las médicos/as, la Corte IDH planteó las siguientes consideraciones:

- Que la información que el médico/a obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional⁶¹.
- Que los médicos/as tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos/as⁶².
- Que las leyes nacionales deben ser modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica⁶³.

La Corte fundamenta su posición citando lo señalado por el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial, que dispone que el médico o médica debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del/la paciente⁶⁴.

⁶⁰ Véase artículo 18 del Protocolo I y artículo 10 del Protocolo II a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ambos de 1977.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Caso De la Cruz Flores, párrafo 97.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Caso De la Cruz Flores, párrafo 101

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Caso De la Cruz Flores, párrafo 100

⁶⁴ *Ibid*, párrafo 97.

La Corte recurre al *corpus iure* internacional sobre la materia para la interpretación de la Convención Americana, la que está conformada por los instrumentos señalados supra, como el Código Internacional de Ética Médica, y otros instrumentos de la AMM.

Amparada en la legislación nacional, la Corte llama la atención sobre lo dispuesto en el artículo 2.18 de la Constitución, que protege el derecho a guardar el secreto profesional, y lo señalado por el Código de Procedimientos Penales, el cual dispone en su artículo 141° que los médicos no podrán ser obligados a declarar respecto de los secretos que se les haya confiado en el ejercicio de su profesión⁶⁵.

La referencia de la Corte, a título informativo, de las normas de derecho internacional humanitario de los que es parte el Perú⁶⁶, que disponen que no se molestará, condenará o castigará a los que ejercen actividad médica conforme a la deontología, resulta de suma importancia para entender que, para el Estado peruano, las normas médicas de naturaleza ética son también obligaciones jurídicas, perfectamente oponibles y exigibles como normas de conducta en caso de conflicto armado.

Para la Corte IDH, el médico/a no está obligado a denunciar el hecho u información privilegiada por el secreto profesional. Sus fundamentos son absolutamente claros y puntuales, incluso cuando se refieren de manera indirecta a la vigencia del secreto médico en el contexto de un conflicto armado.

Resulta de vital importancia resaltar las consideraciones emitidas en el voto razonado del juez García Ramírez, quién profundiza sobre las implicancias de la vulneración del secreto profesional.

⁶⁵ *Ibid*, párrafos 98 y 99

⁶⁶ Constitución Política del Perú, artículo 55.

En su voto, el magistrado se refiere al acto médico y a la ley penal desde la perspectiva de los derechos humanos y en las circunstancias en que se acreditaron en el caso materia de la sentencia que comentamos.

En tal sentido, el juez sostiene que un médico o médica puede ser sancionado por conductas tipificadas como delitos. Sin embargo, hace una reflexión sobre la naturaleza especial del acto médico, que es una actividad para preservar la vida y la salud de las personas, realizada por un profesional idóneo. Ramírez sostiene que:

“(...). El profesional de la medicina que cuida de la salud de sus semejantes y los protege de la enfermedad y de la muerte cumple la obligación que naturalmente le corresponde y que la ley debe amparar cuidadosamente. (...). Tan censurable sería que el Estado impusiera o autorizara a los médicos el ejercicio desviado de su encomienda (...) como que les impidiera cumplir con el deber ético y jurídico que les incumbe, e incluso les impusiera sanciones por hacerlo⁶⁷. (...) (resaltado nuestro)”.

El juez García Ramírez propone que el Estado debe abstenerse de obligar al médico a denunciar la conducta punible en que ha incurrido su paciente.

Queda así expuesta la problemática que genera una ley, que obliga a los médicos a denunciar situaciones ilícitas de las que hayan tomado conocimiento durante la atención médica, y queda establecido que ello vulnera la protección de derechos fundamentales como la vida y la salud de las personas. En este orden de ideas, García Ramírez, en su voto, señala que:

⁶⁷ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez. párrafo 7.

“...el Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzca a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante –o delator– de los pacientes que atiende”⁶⁸.

Cabe resaltar que en este párrafo el magistrado llama la atención sobre lo que sucedería si se forzara a los abogados y sacerdotes a comunicar información que ha sido obtenida en el ejercicio de la profesión. En tal sentido, señala que:

“(...). El Fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de los médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la

⁶⁸ *Ibid.* párrafo 8.

policía. Si se protege la comunicación confidencial entre abogado y el inculpado, (...) y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión –que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental–, la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo”⁶⁹.

El juez culmina su reflexión considerando inadmisibles el acto de sancionar la conducta de un médico que ha prestado sus servicios destinados a proteger la salud y preservar la vida de las personas, sin que incida en ello el origen de las lesiones o enfermedades que conoció en ejercicio de su profesión. Y quizás lo más relevante del voto es que considera necesario excluir de sanción la conducta del médico que se abstiene de denunciar el hecho punible en que haya incurrido su paciente. A manera de solución, sugiere el magistrado, como ya se ha señalado anteriormente, que podría operar la excusa absoluta de “encubrimiento por favorecimiento” que protege a los familiares del imputado⁷⁰.

La sentencia de la Corte IDH en el caso De La Cruz Flores ha pasado casi desapercibida para la sociedad peruana, pese a la importancia que reviste respecto a la garantía del secreto médico y a la no penalización del acto médico. En relación a la vulneración del secreto profesional, el Colegio Médico del Perú⁷¹ ha señalado que asume la defensa irrestricta del secreto profesional, amparado en la Constitución del Perú y en el artículo 63º Código de Ética y Deontología Médica. Así mismo señala que salvaguarda el derecho irrestricto de todo paciente a la confidencialidad del acto médico y destaca la inconsistencia entre lo que dispone nuestra Constitución y el artículo 30º de la Ley General de Salud.

⁶⁹ *Ibíd.*, párrafo 9.

⁷⁰ *Ibíd.*, párrafo 13.

⁷¹ Colegio Médico del Perú. Consejo Nacional. I Taller Nacional sobre Derechos Sexuales y Reproductivos. Lima, 21 y 22 de marzo de 2007.

Es importante señalar que el Colegio Médico ha impulsado una propuesta legislativa para modificar el artículo 30° de la Ley General de Salud. El proyecto de Ley N° 3040/2008 – CR se encuentra ante la Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad. La entidad profesional ha promovido una reunión técnica con representantes de la Comisión de Salud a fin de exponer su propuesta.

3.2 LOS EFECTOS VINCULANTES DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 30° DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Los Derechos Humanos son aquellos atributos inalienables que las personas poseen por su condición de seres humanos, los cuales deben ser respetados y garantizados por los Estados. Estos se basan en el principio fundamental de la dignidad inherente de las personas.

Estos derechos humanos se encuentran plasmados, reconocidos y desarrollados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que son de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado ratificado por el Estado peruano y cuyo mecanismo de control del cumplimiento de sus disposiciones se basa en la Comisión y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que adoptan informes con recomendaciones y sentencias, respectivamente.

Las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen fuerza vinculante para el Estado peruano, quien se ha obligado a cumplirlas. Por ende, es de aplicación el artículo 68° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que “Los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. En este sentido la Corte IDH ha emitido reiterada jurisprudencia en la cual se señala:

“Que los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos”⁷².

En el plano nacional, existe normatividad y jurisprudencia en las que se reconoce y refuerza lo desarrollado por esta instancia regional. Así, el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria, dispone que los derechos y libertades reconocidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

La Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidos por tribunales supranacionales, determina que la jurisprudencia de estos tribunales tiene efectos inmediatos y aplicación directa. En tal sentido, las sentencias emitidas no necesitan trámite interno alguno para ser cumplidas por las autoridades peruanas.

Respecto a la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el cumplimiento por el Perú de las obligaciones

⁷² Caso Masacre Plan de Sánchez Vs Guatemala, 28 de noviembre de 2007. Sentencia de Superación de Cumplimiento de la Corte, fundamento 4.

que se deriven de los instrumentos de derechos humanos, entre ellos de la Convención Americana, el Tribunal Constitucional ha señalado que la interpretación de los derechos fundamentales no solo se limita a lo establecido en los tratados sobre derechos humanos sino que también comprende la jurisprudencia emitida por la Corte IDH⁷³.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, en garantía y respeto a lo señalado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, reconoce que los tratados sobre derechos humanos forman parte de ordenamiento jurídico nacional y tienen rango constitucional.

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos, no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional”⁷⁴.

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián de los derechos de la Región”⁷⁵.

⁷³ STC N° 4587 – 2000 – AA/TC

⁷⁴ STC N° 0025 – 2005 – PI/TC, fundamento 33.

⁷⁵ STC N° 0217 – 2002 – HC/TC; STC N° 218° - 02 – HC/TC; STC N° 26 – 2004 – AI/TC

El Tribunal Constitucional ha precisado, que el cumplimiento del Estado no debe restringirse a la parte resolutive, sino a los fundamentos emitidos a lo largo de la sentencia, lo que constituye un parámetro del que no pueden abdicar nuestras autoridades nacionales al momento de interpretar los derechos fundamentales. Así lo establece una de sus sentencias:

“[...] La vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...]”⁷⁶.

⁷⁶ Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrafos 12 y 13.

3.3 LA LEY GENERAL DE SALUD Y LA VIOLACIÓN DE SECRETO PROFESIONAL

El artículo 30° de la Ley General de Salud, Ley 26842 (1997), establece la obligación de los médicos/as de denunciar ante la autoridad competente, aquellos hechos delictivos de los que hayan tenido conocimiento durante la atención médica.

Es evidente, que esta norma rompe con la armonía establecida en el ordenamiento jurídico nacional que protege constitucionalmente el secreto profesional, poniendo en conflicto derechos y obligaciones consagrados en la Constitución. Por un lado, el deber/derecho al secreto profesional amparado en el artículo 2.18 de la Constitución; y por el otro, el deber de colaborar con la administración de justicia impuesto en el artículo 44° y 138° de la Constitución. El profesional de la salud se ve compelido a revelar información que le ha sido transmitida en el ámbito de una relación de confianza e intimidad y que de otro modo difícilmente se le hubiera dado.

Se reitera así, que el fundamento del secreto profesional se basa en la confianza que se da en la relación médico paciente, lo que permitirá una atención más acorde con la problemática que lo aqueja. Así la confianza se dará dentro de un clima de colaboración recíproca del profesional respecto del enfermo y sobre todo de éste con el facultativo⁷⁷.

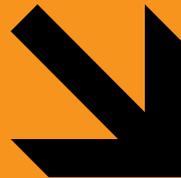
⁷⁷ Pelayo González-Torre, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica. El consentimiento informado*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 20-78. Citado en GARCÍA, Érika. *Médicos en Conflicto entre la cura y la denuncia: artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar*. Lima: PROMSEX, 2006, p. 13.

La reserva de la información conocida por el/la médico basada en la confianza depositada en éste, garantiza a su vez otros derechos como el derecho a la intimidad o privacidad, el derecho al desarrollo de la personalidad y el propio derecho a la salud⁷⁸.

En este sentido, la Corte IDH establece en la sentencia De la Cruz Flores que la información que los médicos/as obtienen en el ejercicio de la profesión se encuentra protegida por el secreto profesional, y condena la imposición que existe sobre los médicos y médicas de denunciar conductas delictivas de sus pacientes de las que se informan durante la atención médica.

En virtud de esta sentencia, el artículo 30° entra en contradicción con lo establecido por la Corte IDH cuyos fundamentos son vinculantes y tienen que ser acatados por el Estado. Esta ley debe ser modificada por el Estado peruano en base a lo establecido en una jurisprudencia que es de obligatorio cumplimiento para el Estado peruano y, sobre todo, porque una norma de menor rango que la Constitución no puede establecer excepciones no previstas en ella, pues deviene en inconstitucional.

⁷⁸ Eser Albin. *Estudios de derecho penal médico*. Lima: IDEMSA, 2001, p. 72. Citado en GARCÍA, Érika. *Médicos en Conflicto entre la cura y la denuncia: artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud sobre la obligación de médicos y médicas de denunciar*. Lima: PROMSEX, 2006, p. 13



Conclusiones

Conclusiones

El secreto profesional se encuentra amparado en el artículo 2.18 de la Constitución Política del Perú. Respecto a las y los profesionales médicos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que la información que obtienen en ejercicio de su profesión se encuentra protegida por el secreto profesional, y que las normas nacionales deben ser modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica.

El derecho y deber al secreto profesional se fundamenta en el derecho a la intimidad, que se encuentra garantizado constitucionalmente en el artículo 2.5 donde se establece que las afirmaciones que afectan la intimidad de las personas son excepciones al derecho de solicitar información.

El secreto médico consagrado en la legislación peruana, es de naturaleza relativa y admite excepciones basadas en justa causa legal, como la salud pública o privada.

El artículo 30° de la Ley General de Salud rompe con la armonía establecida en el ordenamiento jurídico nacional y pone en conflicto derechos y obligaciones amparados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de los que es parte el Perú, como ya se puso en evidencia en el caso De la Cruz Flores por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Ley General de Salud es una norma de menor rango que la Constitución, en consecuencia no puede establecer excepciones no previstas en ella pues deviene en inconstitucional.

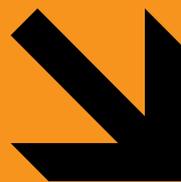
La obligación de denuncia que se impone a las y los médicos en el artículo 30° de la LGS no debiera comprender una situación de perjuicio al paciente, ni la exigencia de poner en conocimiento de terceros información privilegiada, por ser contrarias al derecho y deber del facultativo de observar el secreto profesional.

En estos términos, la vigencia del artículo 30° de la LGS puede dar lugar a que se incurra en violaciones de las obligaciones convencionales en el marco de la CADH y acarrear con ello la responsabilidad internacional del Estado. Por tanto, es recomendable una adecuación de esa norma a los estándares internacionales, como señala la Corte IDH en el caso de La Cruz Flores y como ha sido recomendado por el Comité de Derechos Humanos.

Resulta necesario un desarrollo de las normas relacionadas al secreto profesional, específicamente del secreto médico, que se adapte a las nuevas circunstancias y al desarrollo de la ciencia y tecnología. En conclusión, debe modificarse toda legislación que obligue a los médicos y médicas a vulnerar el secreto profesional.

En la actualidad existe una propuesta legislativa, respaldada por el gremio médico, que se encuentra ante la Comisión de Salud del Congreso de la República, que debe ser asumida con seriedad y responsabilidad.





Anexos

ANEXO I

DECLARACION DE GINEBRA⁷⁹

EN EL MOMENTO DE SER ADMITIDO COMO MIEMBRO DE LA PROFESION MÉDICA:

PROMETO SOLEMNEMENTE consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

OTORGAR a mis maestros el respeto y la gratitud que merecen;

EJERCER mi profesión a conciencia y dignamente;

VELAR ante todo por la salud de mi paciente;

GUARDAR Y RESPETAR los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente;

MANTENER, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

CONSIDERAR como hermanos y hermanas a mis colegas;

NO PERMITIR que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mi paciente;

VELAR con el máximo respeto por la vida humana;

NO EMPLEAR mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, incluso bajo amenaza;

HAGO ESTAS PROMESAS solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.

⁷⁹ En línea: <http://www.wma.net/s/policy/c8.htm>

ANEXO II

Colegio Médico del Perú CÓDIGO DE ÉTICA Y DEONTOLOGÍA

Lima, Octubre 2007

(...)

CAPÍTULO 6 DEL SECRETO PROFESIONAL

Art. 89° El médico debe mantener el secreto profesional para proteger el derecho del paciente a la confidencialidad de los datos que le ha proporcionado, no debiendo divulgarlos, salvo expresa autorización del paciente.

Art. 90° El médico debe guardar reserva o la confidencialidad sobre el acto médico practicado por él o del que hubiere podido tomar conocimiento en su condición de médico consultor, auditor o médico legista. Este deber se extiende a cualquier otra información que le hubiere sido confiada por el paciente o por su familia con motivo de su atención o de su participación en una investigación. La muerte del paciente no exime al médico del cumplimiento de este deber.

Art. 91° El médico tratante que tiene conocimiento de la condición patológica de un paciente que pueda resultar en daño a terceras personas, queda eximido de la reserva correspondiente en todo cuanto se refiera estrictamente a dicha condición, a fin de evitar que el daño se produzca.

(...)

ANEXO III

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CASO DE LA CRUZ FLORES VS. PERÚ

SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2004
(FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

(...)

93. En relación con la señora María Teresa De la Cruz Flores, la sentencia de 21 de noviembre de 1996 (*supra* párr. 73.27) consideró que [en autos] se detalla la documentación encontrada en mil novecientos noventidós a Víctor Zavala Castaño, a Francisco Morales Zapata, a Eduviges Crisóstomo Huayanay, Felipe Crisóstomo Huayanay, Rosa Esther Malo Vilca y Miriam Rosa Juárez Cruzatt, en las cuales se involucra a la acusada, en la que aparece con el seudónimo de “Elíana”; en uno de esos documentos se da referencias no solo a puntos de reunión llevados a cabo con la procesada, sino además, se hace todo un análisis de su evolución doctrinaria e ideológica al interior de la organización, se hace indicaciones de las charlas en las que como médico ha brindado, que ha participado en una operación como segundo médico cirujano, así como de los problemas que se han presentado al interior del Sector Salud, todo lo cual, ha sido corroborado [...] por la acusada Elisa Mabel Mantilla Moreno, quien en presencia del Fiscal sostiene que en una oportunidad se encontró con María Teresa De la Cruz por disposición de su “responsable”, a efectos de hacer diversas coordinaciones; [...] por la misma acusada, quien [...] la indica como uno de los elementos de apoyo encargada de hacer atenciones médicas e intervenciones quirúrgicas, [...] se le indica como partícipe en una operación a “Mario”[,], quien estaba quemado de la mano, lo que coincide con lo anteriormente señalado, esto es, que participó como segundo cirujano en una operación de injerto de piel; siendo evidente que la negativa de la procesada, a nivel judicial[,], es dada con el afán de eludir su responsabilidad penal, la misma que se encuentra suficientemente acreditada[.]

94. La Corte observa que el acto médico se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica. A modo de ejemplo, el artículo 12° del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú consagra que “acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica⁸⁰. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”.

95. A título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18° del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16° del Protocolo I y el artículo 10° del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

d) Obligación de denuncia respecto de posibles actos delictivos por parte de los médicos

96. La sentencia de 21 de noviembre de 1996 (*supra* párr. 73.27) consideró, además, “que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas”.

⁸⁰ Cfr. Asociación Médica Mundial. Código Internacional de Ética Médica; Asociación Médica Mundial. Regulaciones en tiempo de conflicto armado; Principios de Ética Médica Europea; Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, tomo IV, folios 846 a 857); y Ley, Estatuto y Reglamento del Colegio Médico del Perú (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, tomo IV, folios 858 a 941).

97. Al respecto, la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”.

98. En este sentido, la Constitución del Perú de 1993, que prevalece sobre cualquier otra norma interna del ordenamiento jurídico peruano, establece en su artículo 2.18 que toda persona tiene derecho a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

99. A su vez, el Código de Procedimientos Penales dispone en su artículo 141° que “no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión”.

100. El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica⁸¹.

101. La Corte considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.

102. En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley N° 25.475 eran las

⁸¹ Cfr. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile, U.N. Doc.CCPR/C/79/Add.104 (1999).

cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.

103. En razón de todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el Estado violó el principio de legalidad establecido en el artículo 9º de la Convención Americana, en perjuicio de la señora De La Cruz Flores.

(...)

ANEXO IV

VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ EN LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL CASO DE LA CRUZ FLORES, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2004

1. En este *Voto razonado* me referiré sólo a un tema que se examina en la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso De La Cruz Flores*, emitida el 18 de noviembre de 2004: el acto médico y la ley penal, desde la perspectiva de los derechos humanos y en las circunstancias que se acreditaron en dicho caso. Aludo al acto médico en los términos consignados en aquella Sentencia, que toma la descripción del artículo 12° del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (Estado al que corresponde el asunto *sub judice*) y en la que figuran conceptos generalmente aceptados: “acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”.

2. Es preciso establecer una cuidadosa distinción entre esa actividad, enmarcada en el ejercicio de una profesión y atenta a los fines y métodos que corresponden a ésta, de cualquier otra actividad, penalmente típica o atípica, que se sujeta a su propio orden de regulación y trae consigo las consecuencias jurídicas que la ley prevenga, entre ellas las de carácter penal. No se pierde de vista que en ocasiones el deslinde pudiera resultar difícil y que algunas situaciones sugerirían la existencia de una infracción penal tras un supuesto acto médico. Ahora bien, estos problemas prácticos no cancelan el sentido de las afirmaciones contenidas en este *Voto*, que apoya la Sentencia dictada por la Corte. Una cosa es la entidad propia de cada hecho, acto o conducta, que deben ser valorados en sus términos, y otra los problemas que entraña la investigación e identificación de los hechos.

Aquello es tema del legislador y del juzgador, y lo segundo, del investigador. El tribunal debe evitar que una investigación deficiente, con resultados equívocos o inciertos, contamine su apreciación sobre la naturaleza de la conducta y el trato jurídico pertinente.

3. Desde luego, es posible que quien ejerce la profesión médica realice, independientemente de ésta, conductas que pudieran quedar abarcadas por la ley penal y ameritar la imposición de sanciones de diversa naturaleza. Esto lleva a insistir en la necesidad de trazar una frontera, tan precisa como sea posible –en el triple plano de la tipificación legal, la investigación y el enjuiciamiento–, entre estos comportamientos punibles y aquellos otros que se desarrollan exclusivamente en el marco del acto médico, es decir, en el marco de la actividad que despliega un profesional de la medicina, empleando sus conocimientos y técnicas en esta disciplina, para preservar la vida y la salud de otras personas. Esta es, en suma, la finalidad del acto médico, que concurre a su calificación jurídica.

4. La ley penal debe contemplar, para efectos punitivos, ciertas conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos más relevantes. La idea de un Derecho penal mínimo, asociada al garantismo, que hoy enfrenta diversos embates, supone la incriminación de tales conductas ilícitas, habida cuenta de su gravedad y de la lesión que producen, cuando no se dispone de medios sociales o jurídicos alternos para evitarlas o sancionarlas. Bajo este concepto, la ley penal debe ser utilizada como último recurso del control social y concentrarse en esos comportamientos de gravedad extrema. Y cuando se justifica la tipificación penal de determinados comportamientos, es preciso hacerlo con objetividad y ponderación –lo que se podría llamar “prudencia beccariana”–, acomodando las sanciones a la gravedad de la infracción y a la culpabilidad del agente, sin perder de vista las diferencias que pudieran mediar entre hipótesis de una misma categoría –asesinato y homicidio culposo, por ejemplo–, que requieren tratamiento penal diferenciado. Esta cuestión ha sido analizada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a propósito del artículo 4.2 de la Convención Americana –concerniente a la protección del derecho a la vida– en la Sentencia dictada en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, de 21 de junio de 2002. Me remito a lo que expresé en el *Voto razonado* que acompañé a esa Sentencia.

5. Si el legislador penal, a la hora de incriminar conductas ilícitas, debe distinguir los diferentes supuestos que se plantean y ofrecer a cada uno trato adecuado, racional y específico, con mayor razón debe evitar la incriminación de las conductas que no sean ilícitas. El hecho de que un comportamiento se halle objetivamente previsto en un tipo penal depositado en un ordenamiento de la materia no implica que por ello se satisfaga, en forma automática, la exigencia de legitimidad en las previsiones penales. De lo contrario se justificaría la recepción de actos materialmente admisibles, e incluso plausibles, dispuesta por regímenes autoritarios para combatir la disidencia, la diferencia, la discrepancia, fenómeno bien conocido a lo largo de la historia y ampliamente reprobado. Sobre este punto también se ha pronunciado la Corte Interamericana al examinar las características de la ley que dispone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos. Ténganse en cuenta, al respecto, los pronunciamientos contenidos en la *Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986, acerca de “*La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

6. Cuando se ejecuta cierta conducta con la intención de lesionar un bien jurídico, pudiera justificarse –con las limitaciones que antes mencioné– la aplicación de una pena al autor de aquélla. Otra cosa sucede cuando la intención del agente es preservar un bien jurídico de elevada jerarquía cuya tutela constituye, además, una obligación inmediata y directa de quien realiza la conducta. Tómese en cuenta que la preservación y el desarrollo de la vida individual y colectiva ha llevado a recoger, estimular y reglamentar el desempeño de ciertas actividades –científicas, técnicas, artísticas, de servicio social o público, etcétera–, que se estiman socialmente útiles e inclusive necesarias, y a las que por ello se rodea, generalmente, de suficientes garantías. Esta consagración sistemática de dichas actividades, convertidas, inclusive, en funciones sociales, constituye un punto de referencia para calificar su licitud y proveer las consecuencias jurídicas que resulten pertinentes.

7. Una de las más antiguas y nobles actividades es la destinada a la preservación de la vida y la salud de las personas. Se trata, en la especie, de proteger los bienes de más alto rango, condición para el disfrute de todos los restantes. En ello se interesa la sociedad en su conjunto y el Estado debe proveer a su tutela. Este es,

precisamente, el caso de la profesión médica, cuya regulación posee un notable componente ético, además de contener los datos propios de la técnica que en cada supuesto deba aplicarse, conforme al deber de cuidado que se deduce de la *lex artis*. El profesional de la medicina que cuida de la salud de sus semejantes y los protege de la enfermedad y de la muerte cumple la obligación que naturalmente le corresponde y que la ley debe amparar cuidadosamente. Esa protección y ese cumplimiento poseen sentido propio, con total independencia de las ideas políticas, religiosas o filosóficas del médico y del paciente. Tan censurable sería que el Estado impusiera o autorizara a los médicos el ejercicio desviado de su encomienda, como ha sucedido bajo regímenes totalitarios, como que les impidiera cumplir el deber ético y jurídico que les incumbe, e incluso les impusiera sanciones por hacerlo. En ambos casos el Estado lesiona el derecho a la vida y a la salud de las personas, tanto directamente como a través de la intimidación o la restricción impuesta a quienes se hallan regularmente obligados a intervenir, con motivo de la profesión que ejercen, en la preservación de esos bienes.

8. En mi concepto, el Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante –o delator– de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión.

9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también

–y quizás ante todo– para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculpado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión –que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental–, la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo.

10. La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste. Esculapio habría escrito a su hijo: “tu puerta quedará abierta a todos (...) El malhechor tendrá tanto derecho a tu asistencia como el hombre honrado”. En el juramento de Hipócrates, que aún hoy prestan muchos jóvenes al tiempo de recibir el título profesional que califica sus conocimientos para el ejercicio de la medicina, se indica: “si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viese u oyese (...) algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo”.

11. En la Sentencia a la que acompaño este *Voto* se menciona el texto concluyente de algunos preceptos del Derecho Internacional Humanitario. La referencia a ese texto se hace a título informativo, que contribuye a ilustrar, según ha afirmado la jurisprudencia del tribunal, la interpretación que éste realiza con respecto a

las disposiciones que aplica directamente. Así, el artículo 18° del I Convenio de Ginebra de 1949 señala que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Los artículos 16° del Protocolo I y 10° del Protocolo II, ambos vinculados a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”.

12. La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, 1948-1968-1983, proclama la promesa del médico de “velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente”; “guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de que un paciente haya muerto”; y “hacer caso omiso de credos políticos y religiosos, nacionalidades, razas, rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis deberes profesionales y mi paciente”. El Código Internacional de Ética Médica, de la misma fuente, reitera: “El médico debe (...) salvaguardar las confidencias de los pacientes”; “El médico debe actuar solamente en el interés del paciente al proporcionar atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente”; “El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad”. En la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de 1981-1995, se manifiesta: “Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte”. La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, 1964-1975-1983-1989-1996-2000-2002, señala: “El deber del médico es promover y velar por la salud de las personas. Los conocimientos y la conciencia del médico han de subordinarse al cumplimiento de ese deber”.

13. En suma, considero inadmisibles –consideración que coincide con el parecer de la Corte Interamericana, expuesto en la Sentencia dictada en el presente caso– sancionar penalmente la conducta del médico que brinda la atención destinada a proteger la salud y preservar la vida de otras personas, con independencia de las características de éstas, sus actividades y convicciones y el origen de sus lesiones

o enfermedades. Por otra parte, estimo necesario excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confianza que éste le hace con motivo del acto médico. En este caso podría operar una excusa absolutoria similar a la que ampara a los familiares del imputado en casos de encubrimiento por favorecimiento.

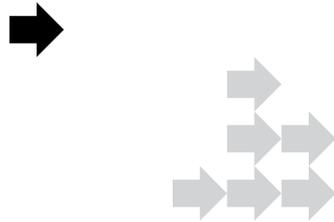
14. Nuevamente es preciso destacar que las consideraciones y decisiones de la jurisdicción interamericana en los casos de los que se ha ocupado, no han justificado en ningún supuesto y por ningún motivo la comisión de delitos previstos por la legislación expedida conforme a los principios y postulados de una sociedad democrática. Es evidente que el Estado debe proteger a los individuos y a la sociedad frente a la agresión dirigida contra sus bienes jurídicos, así como preservar las instituciones democráticas. También lo es, desde la perspectiva de los derechos humanos, que esa protección se debe ejercer con observancia de las condiciones que caracterizan a un Estado de Derecho.

Sergio García Ramírez
Juez

ANEXO V

El Secreto Profesional en la Legislación Comparada

A continuación incluimos normas vigentes en algunos países de la región que regulan el secreto profesional. Estos Estados consagran en su ordenamiento jurídico relativo la penalización de la violación de sus normas penales y garantizan la observancia de sus normas procesales. El fundamento de la penalización de la violación del secreto profesional es la inexistencia de justa causa y el causar daño al beneficiado del secreto profesional.



País	Instrumento legal	Artículo	Texto
Argentina	Código Penal	Art. 156°	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.
	Código Procesal Penal	Art. 177°	Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1°) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; 2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos de 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. 244°	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 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 el 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.

Brasil	Código Penal	Art. 154°	Revelar alguien sin justa causa, secreto, que tiene ciencia en razón de función, ministerio, oficio o profesión, y cuya revelación pueda producir daño a otra: Pena - detención, de tres meses a un año, o multa.
	Ley de las Transgresiones Penales	Art. 66°	Dejar de comunicar a las autoridades competentes: II – Crimen de acción pública, de que tuvo conocimiento en el ejercicio de la medicina o de otra profesión sanitaria, desde que la acción penal no dependa de representación y la comunicación no exponga al cliente a procedimiento criminal: Pena - multa, de trescientos mil reales a tres contos de real.



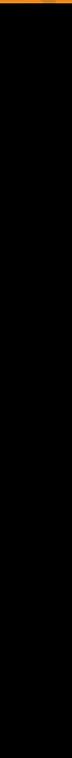
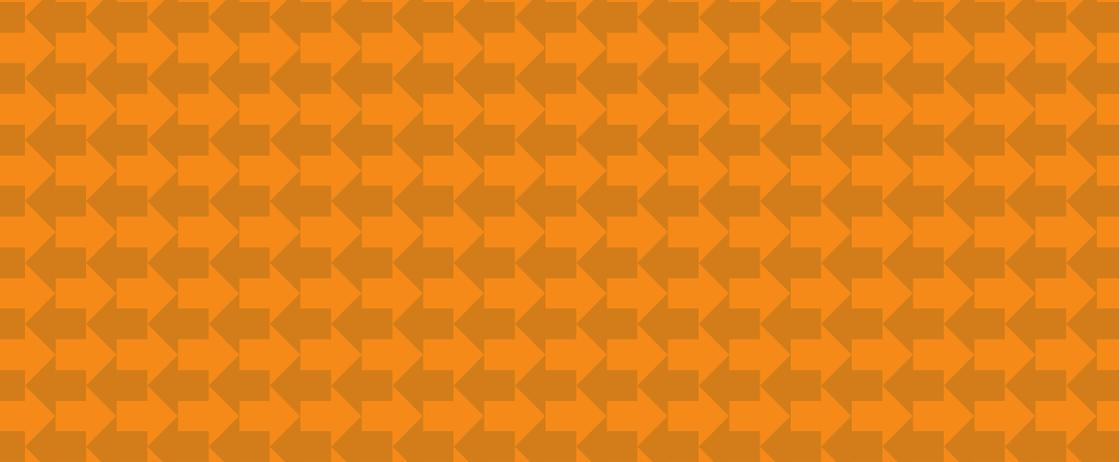
Chile	Código Penal	Art. 10°	Están exentos de responsabilidad criminal: 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.
		Art. 247°	El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales. Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.
	Código de Procedimiento Penal	Art. 84°	Estarán obligados a denunciar: 5° Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejerzan prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito. La denuncia hecha por uno de los obligados en este número exime al resto.
		Art. 201°	No están obligados a declarar: 2° Aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico, confesor, tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto.
	Código de Procedimiento Civil	Art. 360°	No serán obligados a declarar: 1° Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre los hechos que se le haya comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio.

Uruguay	Ley 9.763	Art. 3º	El médico que intervenga en un aborto o en sus complicaciones, deberá dar cuenta del hecho, dentro de las cuarenta y ocho horas, sin revelación de nombres, al Ministerio de Salud Pública. El Juez no podrá llegar al procesamiento de un médico por razón de delito de aborto sin solicitar, previamente, informes al Ministerio de Salud Pública, quién expedirá luego de oír al médico referido.
	Código Penal	Art. 302º	Revelación de secreto profesional. El que sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de cien a seiscientas unidades reajustables.
		Art. 360º	<p>Será castigado con multa de diez a cien unidades reajustables o prisión equivalente:</p> <p>10. El médico, partera o farmacéutico que notando con una persona o en su cadáver, señales de envenenamiento o de otro grave atentado, no diere parte a la autoridad, dentro del término de veinticuatro horas a partir del descubrimiento, salvo que la reserva se hallare amparada por el secreto profesional.</p>
		Art. 4º	El médico debe guardar secreto frente a terceros sobre cuanto hubiera conocido en forma explícita o implícita, directa o indirecta, acerca de la enfermedad, vida privada o intimidad de quienes hubiera de asistir o examinar en el ejercicio de su profesión y guardar el silencio al respecto en todo tiempo, incluso después de la muerte del paciente.





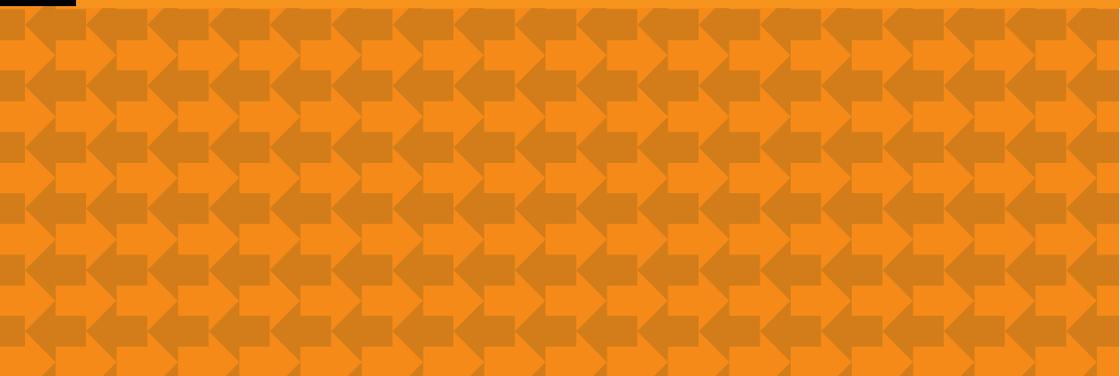
Uruguay	Decreto 258/92	Art. 20º	<p>El paciente tiene derecho a:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Exigir que se guarde ante terceros el secreto de su consulta. El médico debe garantizar este derecho en tanto esté a su alcance.2. A no revelar su nombre ni aun ante el médico, en determinadas circunstancias.3. A la confidencialidad sobre los datos revelados por él a su médico y asentados en historias clínicas, salvo autorización válidamente expresada de su parte. El médico guardará el secreto profesional y será responsable de propiciar su respeto por parte de todo el equipo de salud involucrado con su paciente. De igual manera, participará en la educación a este respecto. Los registros informativos deben estar adecuadamente protegidos de cualquier acceso de personal no sanitario, o que no esté obligado al secreto.
		Art. 40º	<p>El paciente tiene derecho a que se respete su intimidad mientras permanezca en el hospital y se trate confidencialmente toda la información y los documentos relativos al estado de salud.</p>



PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org



ISBN: 978-612-45154-6-0



9 786124 515460



Planned Parenthood®
Federation of America, Inc.

INTERNATIONAL



International Women's Health Coalition

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org



Pathfinder
INTERNATIONAL

people
unlimited
HIVOS