

Secreto profesional:
Análisis y perspectiva desde la medicina,
el periodismo y el derecho

RONALD GAMARRA HERRERA

RICARDO UCEDA PÉREZ

GONZALO GIANELLA MALCA



Secreto profesional: Análisis y perspectiva desde la medicina, el periodismo y el derecho

RONALD GAMARRA HERRERA

RICARDO UCEDA PÉREZ

GONZALO GIANELLA MALCA

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

Autores:
Ronald Gamarra Herrera
Ricardo Uceda Pérez
Gonzalo Gianella Malca

Coordinación:
Jorge Apolaya

Corrección de estilo:
Soledad Cevallos

Diseño y diagramación:
Julissa Soriano y Daniela Juárez

Impresión:
Lettera Gráfica

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-10727
ISBN: 978-612-4106-04-0

Primera edición, Agosto 2011
Lima - Perú

Impreso en Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de:
Promsex
Planned Parenthood foundation of America

5	Presentación
7	I. El Secreto profesional y el derecho (Ronald Gamarra)
8	1. El secreto profesional desde la práctica del derecho
8	1.1. Importancia del secreto profesional en el ejercicio del derecho
16	1.2. Efectos de la apertura del secreto profesional para la adecuada práctica profesional
17	1.3. El secreto confiado, el secreto natural
18	2. Las excepciones del secreto profesional
19	2.1. Prevención de delitos futuros graves
21	2.2. Prevención de consecuencias graves al bien común
22	2.3. Encubrimiento de delitos de violencia
22	2.4. Otras excepciones
23	3. El Código de ética profesional y sus excepciones al secreto profesional
26	4. Conclusiones
29	5. Bibliografía

31	II. Periodismo secreto (Ricardo Uceda)
32	1. La naturaleza de un compromiso
36	2. Las garantías jurídicas
41	3. La búsqueda periodística
45	4. La investigación y las fuentes
48	5. Cuatro casos de periodismo secreto
62	6. Conclusiones
65	III. El sentido y la importancia del secreto profesional desde la medicina (Gonzalo Gianella)
66	1. El sentido y la importancia del secreto profesional desde la medicina
86	2. Las excepciones del secreto profesional
99	3. Conclusiones
103	4. Bibliografía



Presentación

Para el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – PROMSEX el tema del secreto profesional de las y los profesionales de la salud ha sido una línea de reflexión desde hace años atrás. El interés radica en lo decisivo que resulta esta condición para asegurar la característica de confidencialidad en la atención del derecho fundamental a la salud. Este rasgo, que forma parte de la aceptabilidad de este derecho, pone el acento en el secreto profesional como garantía para las/los usuarias/os pues una inadecuada regulación del secreto profesional médico merma la confianza que fundamenta la relación entre médicas/os y otros/as profesionales de salud y las/los pacientes; en esa medida, la falta de confidencialidad se constituye en una barrera de acceso al derecho a la salud de las personas y en un factor que afecta la calidad de la atención sanitaria. Complementariamente, debe remarcarse que el secreto médico es parte también de las garantías de todas/os las/os profesionales de la salud para lograr el mejor ejercicio de su profesión.

Pese que el secreto profesional se encuentra regulado expresamente en el catálogo de derechos de nuestra Constitución y se alude al mismo en legislación de índole penal, civil, entre otras, es muy poco aun lo que se ha dicho para entender su sentido y sus alcances. Y esto se complejiza en la medida en que son varias de las profesiones liberales emblemáticas las que son directamente vinculadas al mismo. El Derecho y el Periodismo, además de la Medicina, son las ramas profesionales en que el secreto profesional tiene una dimensión emblemática que no ha sido aún explorada en todos sus dimensiones pese

que en las tres profesiones existen regulaciones sobre las características y alcances del secreto profesional en el marco de las disposiciones de ética y deontología que enmarcan su ejercicio.

Este texto pretende abordar esta falencia. Presenta reflexiones acerca de su sentido e importancia en profesiones como el Derecho, el Periodismo y la Medicina para contribuir a la reflexión sobre sus similitudes y diferencias. En el marco legal vigente el secreto profesional médico tiene una serie de restricciones que son ajenas a otras profesiones y, con miras a evaluar críticamente si esto vulnera el principio de igualdad, se hace necesario analizar en conjunto la categoría y ponerla en diálogo interdisciplinario. En el Congreso de la República se ha propuesto con anterioridad un cambio de la regulación del secreto profesional médico y con miras a orientar futuras propuestas de reforma es necesario un documento de análisis como el que ahora se presenta.

Los autores de los tres textos que aparecen recopilados han abordado los fundamentos del secreto profesional en el marco de sus respectivas carreras y se han esforzado por ilustrar las ventajas de su protección aunque reflexionan también acerca de posibles excepciones razonables en un Estado de Derecho.

Esperamos que el texto sea de particular utilidad para las/los profesionales de la Medicina, el Derecho y el Periodismo y que aporte a un diálogo sobre la razonabilidad de la regulación legal de un aspecto tan importante en el desarrollo de la profesión.



CAPÍTULO I

El secreto profesional y el derecho

Ronald Gamarra¹

7

¹ Ronald Gamarra: Es un abogado, catedrático y político peruano especializado en la defensa de los derechos humanos y lucha contra la corrupción. Actualmente es catedrático de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Fue Procurador Adjunto Ad-hoc para los casos Fujimori- Montesinos. Dirigió las investigaciones sobre corrupción y violaciones a los derechos humanos ocurridos durante la dictadura de los años noventa, perpetrada por Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos y Hermoza Ríos. En el 2009 defendió a los familiares de las víctimas en el histórico juicio seguido ante la Corte Suprema contra el ex presidente Alberto Fujimori por su responsabilidad en los casos de La Cantuta y Barrios Altos, delitos por los cuales el ex mandatario ha sido condenado a veinticinco años de prisión.



1. El secreto profesional desde la práctica del derecho

1.1. IMPORTANCIA DEL SECRETO PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DEL DERECHO

La intimidad personal es un derecho fundamental en una sociedad democrática. Así lo afirma por ejemplo la Constitución en cuanto garantiza el derecho a la intimidad personal en los siguientes términos: "Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:... 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias". En tal virtud, todos tienen un ámbito intangible y reservado –si se quiere, secreto- de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, formado por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés, inmune a las intromisiones externas, vetado a los terceros, es decir a los particulares, y también a la acción y el conocimiento de los poderes públicos.

Como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la intimidad garantiza "un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades absolutamente personal para cada individuo"¹.

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. X e Y c. Argentina, Informe N° 38/96, caso 10.506, 15 de octubre de 1996; Gretel Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Informe N° 85/10, caso 12.361, 14 de julio de 2010..

Claro está, en la sociedad moderna, de manera cotidiana, atendiendo a razones de necesidad y utilidad, vinculadas a la búsqueda de consejo, ayuda, patrocinio o auxilio, el ciudadano recurre a terceras personas a quienes confía información y datos concernientes a su vida íntima. Estas terceras personas son, por lo general, profesionales: los que ejercen una actividad, que cuenta con autorización del Estado y para lo cual requiere un título habilitante; personas que desempeñan un oficio: actividad privada, usualmente de índole manual; un empleo: actividad laboral en condiciones de dependencia; y tienen un particular estado: vale decir, una especial condición o rol social, en tanto militares o ministros de diversos cultos religiosos.

En el marco de ese vínculo se establece una relación personalísima, de confianza entre, por ejemplo abogado-cliente, en la que el primero como parte del ejercicio profesional recibe información, muchas veces íntima, de palabra e incluso escrita, sobre hechos o temas propios del tercero, imprescindibles para absolver la consulta, dar el consejo, orientar sobre el alcance o contenido de determinados actos, patrocinar derechos en sede administrativa o judicial, o llevar adecuadamente y a buen puerto la defensa ya iniciada.

Así pues, estando a la confianza que está a la base de las relaciones entre el profesional del Derecho y el cliente, y de la información íntima que le es transferida, el abogado se convierte poco menos que en depositario,

en custodia de secretos de su cliente, al tiempo que pasa a ser verdadero destinatario de comunicaciones de carácter confidencial.

La información recibida en ese contexto debe ser objeto de secreto, de secreto profesional. Cabe precisar que, como se desprende de lo anteriormente expuesto, en el caso del profesional abogado tal secreto radica por cierto en el derecho a la intimidad, pero también alcanza correlativamente al derecho de defensa.

Según el Tribunal Supremo Español, "Si el cliente no pudiera facilitar a su abogado toda la información de que dispone, ni poner en su conocimiento todos los hechos por temor a que alguno de ellos pudiera ser utilizado en su contra, creemos que no se ejercería el derecho de defensa con la extensión, profundidad y plenitud"²

La importancia del derecho de defensa en la base de la existencia del secreto profesional aparece claro si tenemos en cuenta que "el derecho de defensa del ciudadano quedaría en entredicho si su abogado tuviera que cooperar con la administración de justicia denunciándole a sus espaldas o aportando la información que aquél le facilitare para su defensa. Solo de este modo, el cliente puede hablar con libertad y con confianza con su abogado, narrándole todos los hechos, sean o no delictivos, de tal forma que el abogado, con todos los datos en la mano, pueda plantear de la forma más adecuada la estrategia procesal que crea más eficaz y conveniente para la defensa de su cliente"³

A diferencia de los que sucede con el abogado, la razón de ser del secreto profesional médico está orientado a resguardar el respeto a la intimidad de los pacientes antes que al logro de la eficiencia del quehacer médico; en el caso de los periodistas, el secreto profesional atiende a la protección de las fuentes informativas utilizadas, en el entendido que la sociedad democrática debe permitir el irrestricto ejercicio del derecho a la libertad de información y la más

² Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 3ª de 17 de febrero de 1998

³ Francisco Jiménez-Villarejo Fernández. La aportación de documentos por particulares: el secreto profesional. Seminario AGIS 2005, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005

libre circulación de información veraz⁴; y, tratándose de los ministros de cultos religiosos, el secreto apunta a la protección de la libertad de pensamiento y de conciencia, y supone “una garantía de indemnidad: no se puede ser sancionado por las propias creencias”⁵

Ahora bien, qué se entiende por secreto? y qué por secreto profesional? En principio, y recurriendo al Diccionario de la Lengua Española, entendemos por secreto aquella “Cosa que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”; en otras palabras, lo no divulgado, lo no conocido por un número indeterminado de personas. Al tiempo que por secreto profesional, siempre a tenor del Diccionario de la Lengua Española, entendemos que es el “Deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a tercero los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión”.

En términos del Tribunal Constitucional peruano, “El secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de determinada profesión u oficio, de modo que ninguna autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos propios de la profesión”⁶. En verdad, el secreto profesional es una férrea garantía de la seguridad de la información que es confiada por los ciudadanos a los profesionales -en tanto tales-; y, en puridad, una garantía de la privacidad e intimidad personal, e incluso, o en definitiva, de la libertad.

El secreto profesional es un derecho y un deber. Entre nosotros, se encuentra expresamente recogido en la Constitución: “Artículo 2º.- Toda persona tiene

⁴ Sobre la importancia del secreto profesional en el campo periodístico se ha dicho que “El secreto profesional, si bien resulta aplicable a diferentes actividades según su naturaleza, tiene particular relevancia en el campo periodístico, ya que implica la reserva de las fuentes informativas, garantía ésta que sobre la base de la responsabilidad de los comunicadores, les permite adelantar con mayor eficacia y sin prevención las indagaciones propias de su oficio. Esto repercute en las mayores posibilidades de cubrimiento y profundización de los acontecimientos informados y por tanto, en la medida de su objetivo y ponderado uso, beneficia a la comunidad, en cuanto le brinda conocimiento más amplio de aquellos”. Rodrigo Uprimny, Adriana Fuentes, Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo. La libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005). Bogotá, 2006. P.190.

⁵ Luis Díez-Picazo. Sistema de derechos fundamentales. Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 210

⁶ Tribunal Constitucional peruano. Sentencia 0134-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico N.º 3

derecho:... 18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional”.

En tanto derecho, la Constitución “reconoce al titular de tales secretos la exigencia de que estos sean celosamente guardados por los profesionales a quienes se les confía de modo directo, o que tuvieran acceso a información confidencial en razón de su ejercicio profesional; del mismo modo, el secreto profesional también protege a los propios profesionales, quienes podrán hacerlo valer en cualquier situación o circunstancia en que los poderes públicos o cualquier persona o autoridad pretendan desconocerlo de cualquier forma, sea obligando a confesar dichos secretos o poniendo en riesgo su preservación en el ejercicio de su profesión”⁷.

El profesional abogado puede negarse de forma lícita a revelar la información confidencial que le haya sido transmitida; no está obligado a declarar. Ninguna autoridad, sea ésta un ente administrativo o un órgano judicial, puede requerirlo o intimarlo a ello. El secreto profesional del abogado puede oponerse al interés de la administración, específicamente al interés de la administración de justicia por hallar la verdad. Desde esa óptica, el secreto profesional es un derecho preferente, pues ante él cede el interés de la justicia.

Nuestro ordenamiento procesal penal se ocupa del tema. Así, el artículo 141, numeral 1, del Código de Procedimientos Penales señala 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”. Y el artículo 165, numeral 2, del Código Procesal Penal indica que “Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado: a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios,

⁷ Tribunal Constitucional peruano. Sentencia 7811-2005-PA/TC, 22 de noviembre de 2005, Fundamento Jurídico N° 7

médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por Ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto”.

En esa inteligencia, no se podrá imputar ninguna responsabilidad delictiva al abogado que, invocando el secreto profesional, se niegue a entregar información a una autoridad judicial, cuando es requerido por ella y para ello.

Por cierto, con base en el mismo secreto profesional, el abogado tampoco está obligado a presentar denuncia de los hechos con apariencia ilícita de que conozca como consecuencia de las explicaciones de sus clientes. A tenor del artículo 327, numeral 2, del Código Procesal Penal no existe la obligación a presentar denuncia por la comisión de hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, “cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional”⁸.

Bajo esa idea, tampoco se podrá imputar responsabilidad de índole penal al abogado que no impida o no denuncie un delito del que tuviera conocimiento por razón del ejercicio profesional. Distinto es, ciertamente, y por ello le alcanzaría responsabilidad, el supuesto del abogado que participa en calidad de autor o en tanto cómplice en los hechos delictivos que lleva adelante su patrocinado, o que incurre en un típico acto de encubrimiento⁹.

⁸ Esta afirmación debería ser predicable a los demás profesionales. Sin embargo, el artículo 30 de la Ley General de Salud sostiene que “El médico que brinda atención médica a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente”; al tiempo que el artículo 326, numeral 2, del Código Procesal Penal estatuye que deberán formular denuncia: “A) Quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad”. Al respecto se ha dicho, con justificada razón, que “Sobre ninguna otra profesión recae esta obligación y esto hace que las médicas y los médicos se vean involucrados en funciones que son ajenas a sus competencias. Cumplir con esta Ley, las/os obliga a renunciar a su derecho/deber de secreto profesional y a asumir funciones de persecución criminal ajenas a su competencia” PROMSEX. ¿Confidencialidad o justicia? La regulación del deber/derecho al secreto profesional médico en el Perú y sus implicancias en el derecho a la salud.

⁹ Conforme el Tribunal Supremo español, en la STS de 22 de diciembre de 1998, “al socaire del derecho-deber de guardar el secreto profesional no puede pretenderse –obviamente– la impunidad de estos profesionales del Derecho”

En suma: dada su estrecha relación con los derechos a la intimidad personal y defensa, el secreto profesional del abogado resulta un derecho fundamental, sustantivo, preferente, invulnerable y, claro está, oponible erga omnes.

Desde la otra faz del secreto profesional, es decir, en tanto deber, se entiende que el abogado, cualesquiera que sea la modalidad de su intervención profesional, está obligado a guardar secreto de todo lo revelado, con sus circunstancias, por el cliente; de no ponerlo en conocimiento de un tercero, quien por lo demás no está obligado por el secreto. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia: “El deber profesional de conservar sigilo o reserva sobre la información conocida es elemental correlato del vínculo personalísimo que emana de este tipo de relaciones y que tiene por objeto fomentar la confianza pública y el adecuado desarrollo de las actividades sociales.

Buena parte del prestigio, credibilidad y eficacia de la labor desarrollada por ciertos grupos profesionales depende de la manera como cumplan sus deberes y se preserve la confidencialidad de los datos obtenidos”¹⁰.

El objeto de la confidencialidad abarca los datos, las confidencias, las consultas, las propuestas, los documentos que haya recibido, la correspondencia y los hechos de que haya tenido noticia. Entre nosotros, el Tribunal Constitucional sostiene que el contenido de lo que debe considerarse secreto para los fines de su protección comprende “toda noticia, información, situación fáctica o incluso proyecciones o deducciones que puedan hacerse en base a la pericia o conocimientos del profesional y que hayan sido obtenidas o conocidas a consecuencia del ejercicio de una determinada profesión, arte, ciencia o técnica en general”¹¹.

Se dice con justificada razón que para la vulneración del deber del secreto profesional “Es suficiente que la revelación –que no importa divulgación, aunque, por supuesto, ésta incluye a aquella- se haga a una sola persona extraña a la esfera

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-062/98, Expediente D-1787, 4 de marzo de 1998

¹¹ Tribunal Constitucional peruano. Sentencia 7811-2005-PA/TC, 22 de noviembre de 2005, Fundamento Jurídico N° 8

en que debe mantenerse el secreto, aun de forma confidencial y requiriéndole que no lo comunique a otros¹²; que el secreto se rompe igualmente “aunque la persona a quien el agente comunica el secreto ya lo conozca por otra vía: la revelación típica no requiere la ignorancia el secreto por parte del receptor¹³; y que habrá infracción cuando la revelación del profesional abogado atribuya el hecho a una persona expresamente determinada.

La obligación del secreto profesional se extiende a todas las personas que laboran con el profesional abogado, sean éstas profesionales asociados, auxiliares o simples dependientes, y que en tal condición hayan tenido conocimiento de la información; o como dice el Tribunal Constitucional, “Están incluidas en la cláusula de protección y, por tanto, también les alcanza la obligación de mantener el secreto, no sólo los profesionales a quienes se ha confiado directamente, sino también sus colaboradores, ayudantes, asistentes e, incluso, el personal al servicio del profesional que tuviera acceso directo a tales secretos¹⁴.

La obligación del secreto profesional persiste más allá de toda barrera de carácter temporal, pues acompaña al profesional aún cuando la concreta prestación de servicios haya finalizado.

Tal es la importancia que se concede al secreto profesional que en los códigos penales se tipifica como delito la violación del mismo, es decir, la revelación del secreto sin el consentimiento del confiante. En el caso peruano, por ejemplo, el artículo 165 del Código Penal prevé lo siguiente: “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 la libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa” (Capítulo V Violación del secreto profesional, del título IV Delitos contra la libertad).

¹² Carlos Creus. Derecho Penal. Parte especial. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990, pp. 388-389

¹³ Carlos Creus. Derecho Penal. Parte especial. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990, p. 389

¹⁴ Tribunal Constitucional peruano. Sentencia 7811-2005-PA/TC, 22 de noviembre de 2005, Fundamento Jurídico N° 8

La jurisprudencia peruana sobre la materia entiende que no se configura el delito de violación del secreto profesional si la información proporcionada no constituye secreto y su publicación no ha causado daño¹⁵.

1.2. EFECTOS DE LA APERTURA DEL SECRETO PROFESIONAL PARA LA ADECUADA PRÁCTICA PROFESIONAL

La preservación del secreto profesional no puede ser vulnerada por disposición alguna que ponga en peligro la relación personalísima, de confianza y seguridad entre el profesional y el cliente. Por lo mismo, se discute el dictado de disposiciones que tienden poco menos que a convertir a los abogados en profesionales obligados a reportar o denunciar a sus clientes ante la administración por la presunta comisión de, por ejemplo, operaciones sospechosas de lavado de activos o blanqueo de capitales.

En Europa, en la idea de prevenir la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales se estipula que el abogado, en los supuestos en los que actúa en tanto intermediario financiero de su cliente, es un sujeto obligado a examinar las operaciones que pudieran estar encaminadas a dicho fin ilícito y, en consecuencia, comunicarlas a la autoridad.

Las críticas no han tardado en aparecer, hablándose de la adulteración de las profesiones jurídicas y de su pretendida conversión en guardianes del sistema financiero; además de señalarse que en términos prácticos, esta apertura del secreto profesional conspira contra una adecuada práctica del Derecho¹⁶.

¹⁵ Ejecutoria Suprema de fecha 5 de diciembre de 1995, recaída en el Expediente N° 1888-94

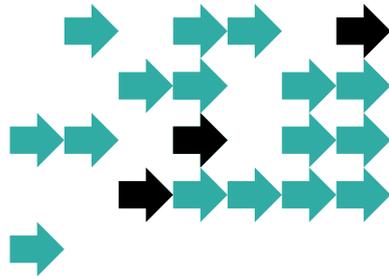
¹⁶ Francisco Jiménez-Villarejo Fernández. La aportación de documentos por particulares: el secreto profesional. Seminario AGIS 2005, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005.

1.3. EL SECRETO CONFIADO, EL SECRETO NATURAL

El secreto profesional puede asumir diversas formas. En primer lugar, se tiene el secreto confiado de manera explícita, textual y formal, en el que media una promesa del profesional de guardar silencio sobre la confidencia que le hará el cliente, es decir que no la transmitirá a terceros, a la que sigue la entrega de la información oculta.

El secreto natural, por el contrario, es el que resulta de los hallazgos concretos del profesional respecto del cliente, ya sea que el descubrimiento de la información fue obtenido casualmente o como consecuencia de una investigación personal.

El secreto profesional abarca “tanto el secreto que el agente llegó a conocer porque el sujeto pasivo se lo ha confiado, como el que ha conocido por otros medios en su actividad profesional o en la propia de su estado, aunque... sean hechos o circunstancias que el mismo sujeto pasivo desconoce (p. ej., los que el profesional conoce por comunicaciones de terceros o por los exámenes que realiza de la persona del sujeto pasivo o de sus cosas, etcétera)”¹⁷



¹⁷ Carlos Creus. Derecho Penal. Parte especial. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990, p. 388



2. Las excepciones del secreto profesional

La obligación de resguardar el secreto profesional es prácticamente ilimitada, inviolable precisan algunos, en la práctica del Derecho. Sin embargo, en el ejercicio profesional el abogado puede verse involucrado en una serie de situaciones, condiciones o dilemas que alteran de raíz la relación de confianza que mantiene con su cliente, las más de las veces derivadas de la gravedad de la información confiada o descubierta, y/o de sus efectos futuros. De darse esta compleja, especial y excepcional situación, es legítimo que el abogado en aras de la protección de otros intereses superiores se aparte del secreto profesional que en principio lo ata a la no divulgación de la información entregada. Ello es posible en tanto el secreto profesional es inviolable pero no es absoluto. Claro está, la consideración de cualquier excepción a la regla del secreto profesional debe responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ser materia de examen diligente e interpretación restrictiva por parte del abogado que pretende ampararse en ella.

Entre las excepciones admitidas al secreto profesional del abogado tenemos: *i)* las destinadas a prevenir la comisión de delitos futuros graves (hechos que objetivamente al no ser denunciados pueden dar origen a delitos como actos terroristas, etc.); *ii)* las orientadas a prevenir consecuencias graves al bien común (propagación de enfermedades infectocontagiosas, etc.); y, *iii)* las enderezadas a impedir el encubrimiento de delitos de violencia: violencia contra menores (sexual, física y psicológica), violencia contra personas con discapacidad.

Conforme es de verse, todas las excepciones se establecen en relación a crímenes de especial gravedad y con el propósito de evitar perjuicios irreparables y flagrantes injusticias.

2.1. PREVENCIÓN DE DELITOS FUTUROS GRAVES

El profesional puede encontrarse en una situación límite en la que la no revelación de la información sujeta al secreto tenga la potencialidad, por ejemplo, de inmolarse la vida de una persona o causar zozobra en la población. En ese caso, el abogado puede alegar el principio de proporcionalidad o invocar el estado de necesidad para salvar la barrera del secreto profesional, y evitar la comisión de hechos que objetivamente al no ser denunciados puedan dar origen a delitos esencialmente graves, que causarían una lesión a bienes jurídicos de primera importancia, de valor superior, como es el caso de la vida de una persona (asesinato), la tranquilidad pública o la paz pública (actos de carácter terrorista).

Esta excepción se entiende vinculada a la posible perpetración de delitos especialmente graves, actuales o futuros, descartándose los ilícitos ya cometidos.

En el Common Law se reconoce la excepción al secreto profesional entre el abogado y el cliente¹⁸, cuando el fin o propósito de este último es perpetrar un delito vía el asesoramiento de su abogado¹⁹. También se admite la revelación, de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1988 y el Acta del Procedimiento del Delito del 2002 (ley del parlamento del Reino Unido), en aquellos supuestos en que el abogado conozca de hechos delictivos relacionados a la evasión fiscal o transferencia de activos entre familias (divorcio o herencia): i) En el caso que exista amenaza hacia una persona y el abogado no toma acciones necesarias para eliminar la amenaza; y, ii) b) en los supuestos en los que el cliente usa al abogado para cometer un crimen o fraude y que recaigan en los intereses financieros o en la propiedad de un tercero²⁰.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, por su parte, aunque en referencia al secreto médico, ha decidido que en la situación extrema en que debe decidirse entre la vida y la confidencialidad, la preservación de la vida desplaza a la conservación del secreto. Así ha dicho que: "En todo caso, del depositario del secreto se espera un comportamiento profesional fundado en el sigilo, pero este deber tiene un límite objetivo en el momento en que la abstención del médico compromete su deber de respeto por la vida y cuando contra los dictados de su propia consciencia se ve forzado a presenciar cómo su silencio se torna cómplice de la muerte. En realidad, aún respecto de los profesionales, naturalmente a partir de un umbral superior, tampoco son exigibles deberes excesivamente onerosos, es decir, aquéllos que "rebasan el mínimo de lo que razonablemente puede exigirse a un sujeto normal" [en esta ocasión la Corte agrega: a un "profesional recto y diligente"]"²¹.

¹⁸ En el Reino Unido se conoce como, "Legal Professional Privilege", se trata de un derecho humano fundamental reconocido por el derecho común Inglés y por la Corte Europea de Derechos Humanos, como parte del derecho a la privacidad, garantizado en el artículo octavo de la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹⁹ R v Cox and Railton de 1884, 14 QBD 153.

²⁰ Caso Clark v. United States, la Corte Suprema señaló que "un cliente que consulta a su abogado por consejo que le servirá para la comisión del delito de fraude no obtendrá ayuda de parte de la ley".

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-563 de 1995.

2.2. PREVENCIÓN DE CONSECUENCIAS GRAVES AL BIEN COMÚN

Una segunda excepción al secreto profesional está dada por la necesidad de prevenir consecuencias particularmente graves al bien común. Es el caso, por ejemplo, de avisar a determinadas personas o autoridades la propagación de enfermedades infectocontagiosas o trasmisibles, o infecciones de transmisión sexual en período de contagio. “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 o de proteger la salud pública (para evitar epidemias o pandemias), cuando el mantenimiento del secreto podría derivar un perjuicio para los intereses sociales”²².

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que si bien se necesita del consentimiento expreso de una persona para brindar información médica que le concierne, existen ciertas circunstancias excepcionales, como cuando se trate de un peligro cierto e inminente, que afecte derechos de terceros, y que no existe otro medio distinto para resolverlo, que justifican apartarse del secreto médico: “(...) Así, esta Corporación declaró la exequibilidad del literal d) del artículo 38 de la Ley 23 de 1981, sobre ética médica, según el cual los médicos pueden revelar el secreto profesional “a los interesados; cuando por defectos físicos irremediables, enfermedades graves, infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia”²³.

En esa misma dirección, podemos mencionar el dilema ético que se presenta, por ejemplo, cuando en el ejercicio profesional se toma conocimiento de la existencia de una enfermedad hereditaria grave, y quien la padece decide guardar silencio, no advirtiendo de ello a sus hermanos, pese a que éstos también podrían tener el mal. En esa circunstancia, la decisión de advertir a los familiares debe prevalecer sobre el deber de confidencialidad, a fin de beneficiarlos con un diagnóstico y asistencia oportuna.

²² Carolina Loayza Tamayo y Isabel Marín Sandoval. El derecho de las médicas y los médicos al secreto profesional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Promsex, Lima, 2010, p. 24.

²³ Corte Constitución de Colombia. Sentencia C-264 de 1996

2.3. ENCUBRIMIENTO DE DELITOS DE VIOLENCIA

Una tercera excepción al secreto profesional es aquella que confronta al profesional con información o documentación relativa al encubrimiento de delitos violentos, ya consumados, especialmente graves. Es el caso, por ejemplo, de actos de violencia practicados contra los menores de edad (sexual, física y psicológica) y violencia contra las mujeres, que da cuenta de un fenómeno grave con repercusiones negativas para las mujeres, y la sociedad en su conjunto, con agudas características de gravedad, extensión y persistencia.

2.4. OTRAS EXCEPCIONES

Por último, pero no por ello menos importante, es el supuesto de recibir o hallar información del cliente relativa a violaciones a los derechos humanos, e incluso a crímenes de lesa humanidad, es decir de determinadas conductas que, conforme al estado de la evolución del Derecho penal internacional, por sus características de aberración *shoquean* la conciencia colectiva y generan obligaciones universales de persecución y sanción penal. En esa posición, con base en una excepción del secreto profesional, resulta evidente que la documentación y denuncia de los hechos contribuye a la protección de los derechos humanos de las víctimas y sus familiares, y de forma general a la lucha contra una afrenta a la dignidad humana. El profesional tiene el deber de informar a la autoridad.

En Estados Unidos, y en relación con el secreto profesional de los periodistas, también se ha establecido que el privilegio constitucional de dicho profesional no prevalece sobre el interés público de investigar y enjuiciar graves delitos²⁴; y que, en el caso de un delito federal, que en tanto tal se considera grave, los periodistas no pueden evitar testificar en el procedimiento penal.

²⁴ *Judith Miller v. United States of America*. In the Supreme Court of the United States. Nos. 04-1507. Mayo 2005. Se trata de una periodista del New York Times que fue sometida a prisión por haberse negado a revelar sus fuentes en el curso de una investigación sobre un funcionario del gobierno norteamericano que filtró el nombre de una agente secreta de la CIA.



3. El Código de ética profesional y sus excepciones al secreto profesional

Regularmente los profesionales son miembros de colegios profesionales, los mismos que cuentan con sus respectivos Códigos de Ética. El Código de Ética Profesional no es un simple tratado de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario, como algunos pregonan; no, dicho Código prevé obligaciones de necesario cumplimiento para los miembros del Colegio y, en consecuencia, su infracción de hecho da lugar a una sanción de carácter disciplinaria. En el Código se desarrolla el contenido los alcances del secreto profesional.

Entre nosotros, el Código de Ética de los Colegios de Abogados señala la esencia del deber profesional, en tanto servidor de la justicia y colaborador de su administración, y defensor de los derechos de su patrocinado; e indica que el abogado debe mantener el honor y la dignidad profesional, debe obrar con honradez y buena fe; jamás aconsejar actos fraudulentos, afirmar o negar con falsedad, hacer citas inexactas o tendenciosas, ni realizar acto alguno que estorbe la administración de justicia.

El Código también veta el abuso de procedimientos al sostener que el abogado debe abstenerse del empleo de recursos y formalidades legales innecesarias, de toda gestión dilatoria que entorpezca el normal desarrollo del procedimiento y de causar perjuicios; impone la defensa de pobres; y norma las relaciones de los abogados con los tribunales

y demás autoridades, del abogado con sus clientes, y del abogado con sus colegas y la contraparte. Claro está, el Código de Ética de los Colegios de Abogados prevé la figura del secreto profesional, los alcances de la obligación de guardar dicho secreto y los términos de su extinción.

En relación al secreto profesional, el Código de Ética de los Colegios de Abogados apunta lo siguiente: “Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del Abogado. Para con los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aún después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del Abogado por lo cual no está obligado a revelar confidencias. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación y con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo exponga a ello” (artículo 10).

Aún cuando hubiera sido por demás conveniente que se definiera el secreto profesional, este artículo del Código cumple con señalar esa doble condición, deber/derecho, del secreto profesional del abogado; deja bien en claro que el deber de guardar sigilo respecto de la información confiada no conoce de barrera temporal, proyectándose más allá del término de la prestación de los servicios al cliente; y reafirma el derecho del abogado a la no revelación de la información a él entregada, incluso en relación a la autoridad judicial.

Sobre los alcances de la obligación de guardar el secreto profesional, el Código de Ética de los Colegios de Abogados dice que “La obligación de guardar el secreto profesional abarca las confidencias hechas por terceros al Abogado, en razón de su ministerio, y las que sean consecuencia de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto cubre también las confidencias de los colegas. El Abogado, sin consentimiento previo del confidente, no puede aceptar ningún asunto relativo a un secreto que se le confió por motivo de su profesión, ni utilizarlo en su propio beneficio” (artículo 11).

Conforme se ha mencionado con anterioridad, y como conviene reafirmarlo aquí, el alcance del secreto profesional del abogado no solo cubre, sino que

excede, la sola información verbal confiada por el cliente para “armar” su defensa, alcanzando a todo otro antecedente (información y documentación) que el profesional obtenga.

Por último, y con el título de “extinción” de la obligación de guardar el secreto profesional, el Código de Ética de los Colegios de Abogados anota que “El Abogado que es objeto de una acusación de parte de su cliente o de otro Abogado, puede revelar el secreto profesional que el acusado o terceros le hubieren confiado, si favorece a su defensa. Cuando un cliente comunica a su Abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional. El Abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro” (artículo 12).

En verdad, más allá del fallido encabezamiento del artículo, el Código prevé aquí dos “excepciones” al secreto profesional del abogado. Por la primera, el abogado puede revelar y hacer valer en causa propia la información que le fue confiada por su cliente o un tercero; mientras que a través de a segunda, el abogado está autorizado a revelar o denunciar ante la autoridad correspondiente la idea criminal presente en la mente de su cliente, o comunicarla a las potenciales víctimas. Por cierto, en ambos supuestos la información que se hace pública debe ser aquella que en sentido estricto permita la adecuada defensa propia del profesional, de un lado, así como la protección de los bienes superiores tutelados por la ley penal, de otro, sin necesidad de la exposición pública de los detalles confiados al abogado que están únicamente vinculados a la intimidad del cliente.



Conclusiones

Estando a la relación de confianza que se establece entre el profesional del Derecho y el cliente, y de la información íntima que le es transferida al primero, el abogado se convierte poco menos que en depositario, en custodio de secretos de su cliente.

La información recibida por el abogado en el ejercicio de la profesión debe ser objeto de secreto, de secreto profesional.

El secreto profesional se encuentra amparado en el artículo 2, inciso 18, de la Constitución Política. El derecho y deber al secreto profesional del abogado se fundamenta tanto en el derecho a la intimidad cuanto en el derecho de defensa.

El secreto profesional es una férrea garantía de la seguridad de la información que es confiada por los ciudadanos a los profesionales -en tanto tales-; y, en puridad, una garantía de la privacidad e intimidad personal, e incluso, o en definitiva, de la libertad.

El secreto profesional del abogado resulta un derecho fundamental, sustantivo, preferente, invulnerable y, claro está, oponible erga omnes. El abogado puede negarse de forma lícita a revelar la información confidencial

que le haya sido transmitida, no está obligado a declarar. Tampoco está obligado a presentar denuncia de los hechos con apariencia ilícita de que conozca como consecuencia de las explicaciones de sus clientes.

En tanto deber, el abogado está obligado a guardar secreto de todo lo revelado, con sus circunstancias, por el cliente; de no ponerlo en conocimiento de un tercero. El objeto de la confidencialidad abarca los datos, las confidencias, las consultas, las propuestas, los documentos que haya recibido, la correspondencia y los hechos de que haya tenido noticia.

La preservación del secreto profesional no puede ser vulnerada por disposición alguna que ponga en peligro la relación personalísima, de confianza y seguridad entre el profesional y el cliente. Se discute el dictado de disposiciones que tienden a convertir a los abogados en profesionales obligados a reportar o denunciar a sus clientes ante la administración.

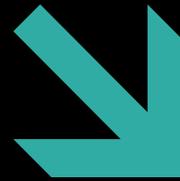
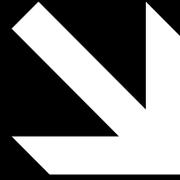
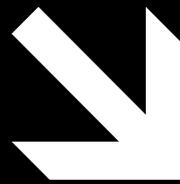
Si bien la obligación de resguardar el secreto profesional es inviolable, no es absoluta. En aras de la protección de otros intereses superiores, el abogado puede apartarse del secreto profesional que en principio lo ata a la no divulgación de la información que le ha sido confiada.



Bibliografía

- Francisco Jiménez-Villarejo Fernández. La aportación de documentos por particulares: el secreto profesional. Seminario AGIS 2005, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2005
- Carlos Creus. Derecho Penal. Parte especial. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.
- Rodrigo Uprimny, Adriana Fuentes, Catalina Botero, Juan Fernando Jaramillo. La libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992-2005). Bogotá, 2006
- Luis Díez-Picazo. Sistema de derechos fundamentales. Editorial Civitas, Madrid, 2003,

- Carolina Loayza Tamayo y Isabel Marín Sandoval. El derecho de las médicas y los médicos al secreto profesional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Promsex, Lima, 2010
- PROMSEX. ¿Confidencialidad o justicia? La regulación del deber/derecho al secreto profesional médico en el Perú y sus implicancias en el derecho a la salud.
- Sentencias de España: Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 3ª de 17 de febrero de 1998; Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de diciembre de 1998.
- Sentencias de Colombia: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-062/98, Expediente D-1787, 4 de marzo de 1998; Sentencia C-563 de 1995; Sentencia C-264 de 1996.
- Sentencias peruanas: Tribunal Constitucional peruano. Sentencia 0134-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico N.º 3; Tribunal Constitucional peruano. Sentencia 7811-2005-PA/TC, 22 de noviembre de 2005, Fundamento Jurídico N.º 7; Ejecutoria Suprema de fecha 5 de diciembre de 1995, recaída en el Expediente N.º 1888-94
- Sentencias de Estados Unidos: Caso Clark v. United States of America; Judith Miller v. United States of America



CAPÍTULO II

Periodismo secreto

Ricardo Uceda¹

31

¹ Ricardo Uceda: Ejerce el periodismo desde 1974, como reportero, editor y jefe redacción de varios diarios y revistas. Ha sido director del semanario Sí, y jefe de la Unidad de Investigación del diario El Comercio. Entre 1994 y 2000 dirigió las más importantes investigaciones periodísticas peruanas, entre ellas el descubrimiento del Grupo Colina, el Escuadrón de la Muerte militar de los años noventa, y la que reveló la falsificación del millón de firmas en el fraudulento proceso electoral del año 2000. En 1994 obtuvo el Premio Libertad de Prensa del Comité de Protección de Periodistas de Nueva York. En 1999 fue elegido como uno de los 50 Héroes de la Libertad de Prensa entre 1950 y el 2000, por el International Press Institute (IPI). En el 2000 la Universidad de Columbia le otorgó el Premio María Moors Cabot. En el 2004 publicó el libro Muerte en el Pentagonito, (Bogotá, Planeta), una extensa investigación sobre crímenes de militares y subversivos peruanos entre 1983 y 1993. Actualmente es director del Instituto Prensa y Sociedad.



1. La naturaleza de un compromiso

En estas líneas, se abordará el tema del secreto profesional del periodista, principalmente desde su importancia para los fines de su profesión. Es esencial, en particular, para el periodismo investigativo, que busca información escondida por intereses que probablemente terminarán siendo denunciados. El reportero que investiga obtiene fuentes que, confiando en que no serán identificadas—confianza que a su vez descansa en la palabra del periodista, a quien el sistema judicial no le obligará a violarla— proveerán la información que será difundida. La idea es que el periodismo no podría encontrar buena parte de la información de relevante interés público que ofrece si no existiera la institución llamada secreto profesional.

El secreto profesional en el periodismo ha sido defendido principalmente desde una perspectiva ética: es deber del periodista no revelar sus fuentes. También desde el ángulo de los derechos de los informadores y del proveedor de la información. Esto último por dos razones principales. La primera es que la fuente podría verse afectada cuando la publicación se efectúe. Podría, por ejemplo, ser asesinada, perder su trabajo o contraer enemistades. El informante decide afrontar los riesgos, no solo porque la figura del secreto profesional está jurídicamente protegida, sino porque confía en el periodista que le garantiza confidencialidad. Un periodista sin principios puede traicionar a una fuente por dinero, dádivas o incluso por temor, lo que es contrario a la ética profesional. Al asumir su rol, el periodista se compromete a afrontar riesgos, entre ellos presiones para dejar al descubierto una fuente u ocultar información.

La confianza en el periodista es para la fuente más importante que las seguridades jurídicas y, por eso, la protección de los informantes es parte esencial de los principios éticos periodísticos. Entre ambas partes se contrae un compromiso. Si este acuerdo, que puede tener varios condicionamientos, no ha existido, un periodista es libre de identificar a su informante. El más importante de los condicionamientos es la veracidad de la información recibida por el periodista. Por ello, debe contrastarla antes de su publicación. Es una convención generalmente aceptada en los medios de comunicación —algunos incluso la escriben en su código de ética— que si una fuente miente al periodista, este no continúa obligado a mantener el secreto profesional.

Sin embargo, estas razones no bastan para explicar por qué al periodismo se le otorga una prerrogativa que sus operadores pueden ejercer tan discrecionalmente. Pues, dando por sentado que el secreto profesional es un recurso indispensable para esta profesión, también es cierto que un periodista, so pretexto de proteger sus fuentes y utilizando a su favor las garantías jurídicas que posee, puede mentir alevosamente, ocultar información y servir a intereses claramente contrarios al interés público al identificar fuentes que no deben ser conocidas o al difundir información falsa amparándose en “fuentes confidenciales” que nunca existieron.

En síntesis, el secreto profesional del periodista consiste en su derecho a no revelar sus fuentes de información. Pero los efectos de este derecho son más complejos que la simple definición. Al encubrir sus fuentes, el periodista al

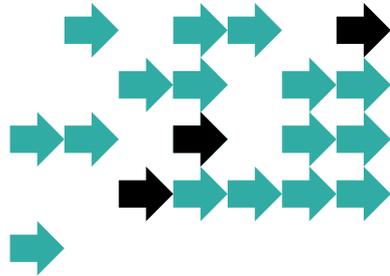
mismo tiempo reserva una información que es de interés público. La oculta en tanto esta información puede llevar a la identificación de sus fuentes. Este ocultamiento puede ser de imágenes o voces grabadas, de las circunstancias en que fue obtenida la información o de toda referencia vinculada a la misma.¹ Además, el derecho incluye la potestad de no divulgar, incluso ante un juez, información que comprometería a la fuente y que, sin embargo, el periodista juzga necesario no revelar para siempre o por el momento. Podría pensar que no tiene interés, que es peligrosa para él o para terceros o que será mejor publicarla más adelante. Podría pensar cualquier cosa. En otras palabras, la información que un periodista ha obtenido, hasta que no la difunde, le pertenece a él y a su medio. A nadie más. Incluso, como veremos, el medio ocasionalmente tiene restricciones para exigir el conocimiento de toda la información en poder de su periodista.

En el periodismo, el secreto profesional es de más difícil delimitación que en otras actividades. En los médicos, la reserva está fundamentada en la necesidad de proteger la intimidad del paciente. En el caso de los abogados, aunque por un lado la justificación del secreto es la protección de sus clientes, que les confían datos íntimos de su vida personal para ser representados legalmente, por otro lado corresponde a un derecho del profesional que presta el servicio. Un tribunal no puede exigirle la información que le fue proporcionada. En el periodismo, en cambio, hay un elemento adicional: el secreto profesional se ejerce también en función de los ciudadanos que esperan la información.

El periodista recibe las confidencias no como prestador de servicios al informante, sino como intermediario del público. Por ello, si la fuente miente, su deber es transparentar la relación que tuvo con ella. En todo el proceso debe administrar un difícil equilibrio entre tres intereses: el de la fuente, en ocultar su identidad y en divulgar la información que proporciona; el suyo propio, en ofrecer información nueva y al mismo tiempo conservar su fuente para futuras

¹ En 2000, el Consejo de Europa en su Resolución R estableció que la protección del secreto profesional cubriría: 1. El nombre y los datos personales, así como la voz y la imagen de una fuente; 2. Las circunstancias concretas de la obtención de las informaciones obtenidas por un periodista ante una fuente; 3. La parte no publicada de la información proporcionada por una fuente a un periodista; 4. Los datos personales de los periodistas y de sus patronos relacionados con su actividad profesional.

informaciones; y el de la opinión pública de estar informada verazmente. En el camino, un tribunal puede necesitar sus confidencias para resolver un caso criminal y el periodista deberá efectuar otra ponderación. ¿Qué es más importante: el principio profesional o la administración de justicia? El dilema ya se ha presentado muchas veces, con resultados diferentes según los tiempos y las naciones.





2. Las garantías jurídicas

Como todas las garantías otorgadas al ejercicio libre del periodismo, la del secreto profesional se funda en la necesidad de atender el derecho fundamental de la libertad de expresión. Según el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este derecho comprende “el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”. Expresiones similares figuran en los principales convenios y declaraciones internacionales sobre la materia.² Desarrollando estos conceptos, en el año 2000 la OEA emitió una Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, cuyo artículo 8 señala que todo periodista “tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales”. Aquí el derecho emerge principalmente de la libertad de información que se le reconoce al periodista —como a cualquier ciudadano—, pero también de otros dos fundamentos: la necesidad de proteger la intimidad y la vida privada del informante y el interés institucional en una libre comunicación, uno de los pilares de una sociedad democrática.

En general, en los países democráticos donde se ejerce el periodismo independiente, el secreto profesional del periodista es una institución

² Por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 19 señala que la libertad de expresión comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”. Añádase, en el ámbito regional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

reconocida. Pero estas garantías están acotadas de distinto modo en las legislaciones nacionales. En los Estados Unidos, por ejemplo, un juez puede obligar a cualquier periodista a revelar la identidad de una fuente y a entregar la información que le proporcionó confidencialmente, cuando considera que ello es indispensable para la administración de justicia. Si el periodista se niega, irá a prisión, como ya ha ocurrido. Esto significa que aun cuando los jueces condicionan el secreto profesional a la satisfacción de otras necesidades sociales que consideran superiores, se dieron casos en que un periodista se declara en rebeldía. Cumple, pese al castigo, la palabra empeñada a la fuente. Ya veremos que estos criterios, tanto desde el lado de los jueces como del de los informadores, no pueden ser administrados invariablemente.

Cuando las legislaciones nacionales acogen plenamente el secreto profesional, el derecho permite a los periodistas ocultar la identidad de sus fuentes informativas ante el director del medio y las autoridades administrativas, parlamentarias y judiciales. Por supuesto, se producen excepciones, bien cuando no existe otra fuente alternativa posible para llegar al fondo de un asunto judicializado, o bien porque de la información en poder del periodista depende la salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales. Una situación límite, por ejemplo, es cuando del levantamiento de la reserva depende la vida o integridad de personas. Sin embargo, aunque la regulación y los límites del secreto profesional en el periodismo siguen siendo polémicos, no se han reportado casos de considerable daño social por el empeño de la prensa en cuidar alguna fuente.

En el Perú, el marco jurídico permite a los periodistas proteger a sus fuentes de una manera casi absoluta. Aparte de que el país suscribió los convenios internacionales mencionados, la Constitución no restringe el secreto profesional. Si un juez necesitara la información confidencial de un periodista para sancionar un delito y este se negara a proporcionarla, no podría acusarlo de encubrimiento. En cambio, en los Estados Unidos —que por algo no ratificaron la Convención Interamericana de Derechos Humanos—, cuando el interés de la justicia se opone al de la libertad de información, la balanza se inclina a favor de esta última.

Aún más, los periodistas no están obligados a declarar en un proceso civil o penal respecto de los secretos que se les hubiera confiado mientras trabajan.³ Y, cerrando el círculo, el Código Penal peruano convierte la garantía en un deber exigible judicialmente al periodista: la revelación del secreto profesional es un delito si causara daño.⁴

Aunque la protección jurídica del informador es muy amplia, como ya hemos visto, no por eso deja de tener límites: la afectación del derecho al honor, a la seguridad nacional y a la integridad de las personas. Sin embargo, los controles y sanciones por violar estos límites se realizan con posterioridad a la publicación. Nunca antes, pues ello implicaría censura previa, una figura inaceptable para el orden jurídico vigente. Puede entonces el periodista informar sin condicionamientos con cargo a rendir cuentas. Si luego es querrellado,

³ Ver la interpretación en ese sentido en *Situación de la Libertad de Expresión en el Perú* (septiembre 1996-septiembre 2000), Informe Defensorial No. 48, Defensoría del Pueblo, 2002, página 69. Se basa en el artículo 220 del Código Procesal Civil, que establece: *“Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.(...)”*. Por otra parte, el artículo 141 del Código de Procedimientos Penales señala: *“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”*. Finalmente, el Artículo 2. Inciso 18) de la Constitución, dice: *“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.”*

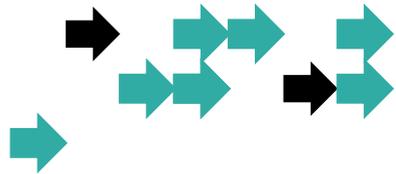
⁴ *“Artículo 165.- El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días de multa”*.

por ejemplo porque una persona considera que afectó su honor, un juez determinará si antes de divulgar el mensaje el periodista trató de verificar la información. No basta que atribuya a una fuente, por más que la identifique, el mensaje motivo de querrela. Debe contrastar la versión consultando a otras personas y eso será considerado por el juez.

Desde luego, cuando la fuente no puede ser identificada, los deberes de diligencia se acentúan. Esto no tiene que ver necesariamente con noticias “importantes”. Las columnas de chismes de farándula están llenas de información confidencial, pasible, como todo lo que se publica, de una acción judicial. Cuando esto ocurre, un juez valora las cosas a la luz del interés público. Pero las celebridades, por el hecho de serlo, tienen restringida la protección de su intimidad. Como todo lo que hacen tiene “interés público”, sus salidas a cenar, sus relaciones amorosas, sus contratos y hasta sus cuerpos desnudos en una playa solitaria, fotografiados por un lente capaz, son material obligado del periodismo de entretenimiento. Si alguna de estas celebridades pesca a la prensa invadiendo un territorio privado o divulgando material íntimo sin autorización, tendrá base para un juicio por la vía civil, que produce indemnizaciones millonarias en el primer mundo. En el caso que hubieran sido víctimas de información falsa o dañina para su honor, los juicios se resolverán con prescindencia de si intervinieron fuentes confidenciales. ¿El periodista hizo verificaciones o no? Esa será la cuestión.

Aún menos protección a su honor e intimidad que las celebridades tienen los funcionarios públicos. En América Latina han prácticamente desaparecido —salvo en Venezuela y los países que emulan su modelo, como Ecuador— las leyes de desacato, que hacen más punible la información inveraz sobre miembros del gobierno. Así pues, la idoneidad en la contrastación de la información libra a los periodistas de mayores acusaciones, aun cuando todo un reportaje haya sido elaborado a partir de fuentes confidenciales. Sin embargo, aquí no nos proponemos ahondar en las dimensiones jurídicas del secreto profesional, sino demostrar que sin este deber y derecho la actividad periodística se vería notoriamente disminuida. Explicaremos de qué

manera fue indispensable para que los ciudadanos conocieran informaciones fundamentales que permanecían ocultas. Pero antes conviene describir el método periodístico para buscar información, en cuyo ejercicio un reportero





3. La búsqueda periodística

El periodismo informativo busca informaciones de interés general para darlas a conocer al público. Estas informaciones o noticias son de tanta variedad y número que sería imposible clasificarlas perfectamente, aunque en los medios aparecen separadas según sean de política, deportes, cultura, etcétera. Lo que hace importantes a las noticias no es solo su relevancia para la vida de las personas o el funcionamiento de la sociedad, sino el interés que despiertan. Así, un nuevo romance de una estrella de cine, a cientos de miles de kilómetros de distancia de un consumidor de medios, puede resultarle a este más atractivo como noticia que las últimas disposiciones sobre salud pública en su país. Los editores combinan la importancia social de las noticias con el interés que despiertan en su público para ofrecer un menú variado a su audiencia. Los criterios para escoger qué noticias deben ser más destacadas que otras son motivo de una gran discusión, pero tanto para recoger información relevante como secundaria o incluso de entretenimiento, el periodista recurre a fuentes que, en forma abierta o confidencial, le proporcionan material.

El método periodístico del reportaje exige contrastar la información de una fuente e identificarla, de modo que el público del medio sepa de dónde proviene. El periodista está obligado a verificar lo que dice la fuente incluso cuando ella declara abiertamente, permitiendo su identificación. Aun cuando el hecho reportado es simple, el objetivo de la búsqueda son los datos relevantes que permiten no solo describirlo,

sino entenderlo. Por eso, suele decirse que todo en el periodismo es investigación. Sin embargo, hablamos estrictamente de investigación cuando hay una búsqueda sistemática en pos de una información oculta y cuando para obtenerla no existen fuentes dispuestas a hablar abiertamente.

La mayoría de informaciones, las que aparecen a diario en los diarios y la televisión, son proporcionadas por fuentes identificadas. Muchos de estos hechos, como un partido de fútbol, se ven directamente. Otros son reportes de miles de instituciones que desean comunicar algo al público. El medio hace también una búsqueda propia, de acuerdo con su propia agenda informativa, y relata sus hallazgos dando cuenta generalmente del origen de los datos. En algunos casos, los medios omiten la atribución o citan la fuente sin identificar al personaje que dio la información. Puede tratarse de algo tan simple como que un miembro de la oficina de prensa del Ministro de Trabajo confirmó que este recibirá a una delegación de trabajadores huelguistas a una hora determinada. La noticia aparecerá en los noticieros del día si la huelga es importante. La identidad de la fuente no tiene ninguna relevancia sino la institución que emite el mensaje. Ocurre lo mismo con los partes médicos de los hospitales, cuando ha sido internado de urgencia un personaje público. De cuando en cuando, los medios citan a “un vocero” del nosocomio para decir que el paciente se encuentra estable y que habrá un nuevo parte médico a la hora tal.

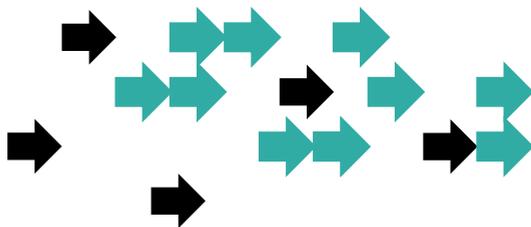
En otro tipo de situaciones, una fuente interesada en que determinada información circule prefiere no aparecer como emisora. Por ejemplo, un miembro del gabinete relata a un periodista las circunstancias de la renuncia de un ministro, cuyos detalles el gobierno no desea que trasciendan. El infidente, interesado en mantener una buena relación con el periodista —o en que circule su propia versión de las cosas—, espera confidencialidad y la obtiene. Estos tratos, comunes a diario, no representan, sin embargo, los casos de mayor tensión. La institución del secreto profesional se pone realmente a prueba cuando un periodista revela, con la colaboración confidencial de una fuente, hechos que desnudan un concierto de intereses para operar contra el

interés público en forma sistemática. Esto, que puede llevar a descubrir una situación delictiva, ocurre por lo general en el periodismo de investigación. El relato de los hallazgos de la investigación debe reflejar en lo posible toda la búsqueda. El público debe saber cómo conseguimos la información y con quién hablamos. La no identificación de una fuente, tratándose de informaciones relevantes, ocurre en situaciones excepcionales. En las fiscalías, el Congreso y la administración pública hay un sinnúmero de investigaciones internas que ningún empleado puede revelar sin incurrir en falta o delito. Muchas veces, estos procesos están mal encaminados o aspectos determinados de los mismos pretenden ser encubiertos, y no faltan funcionarios que, por encima de su obligación de reserva, sienten que hacen bien filtrando información a un periodista. Este, como ya fue dicho, debe contrastarla antes de publicarla, pero al contar la historia es necesario que diga la posición de su fuente. ¿Es un ministro, un asesor, una “fuente cercana” a la investigación o simplemente “una fuente bien informada”?

Estos modismos nacen, en el mejor de los casos, de la necesidad de proteger a la fuente. Si un periodista habló con un ministro sobre una situación que conocía todo el gabinete, de 18 miembros, no lo compromete si omite el nombre pero revela el cargo. Hay demasiados sospechosos. Cuanto menos, es más peligroso, y por eso a veces los reportes periodísticos excluyen el alto rango de su fuente para que, por deducción, no se llegue a ella. Pero hay muchos casos en los que los periodistas no consultaron a ninguna fuente y lanzan una información asegurando que “una fuente bien informada” lo dijo. O dicen que lo dijo un ministro, cuando en verdad recibieron el dato de un funcionario de menor rango. Hay muchas formas de estafa informativa bajo el paraguas del secreto profesional, como lo prueban los escándalos descubiertos en los diarios más importantes del mundo.⁵

⁵ Un caso emblemático —entre muchos— es el de Janet Cook, la periodista de *The Washington Post* que en 1980 devolvió un premio Pulitzer luego de comprobarse que “Jimmy,” el niño heroinómano de 8 años cuya vida describió con lujo de detalles en un reportaje, no existía.

Cuando no es posible escribir una historia atribuyéndola a fuentes identificables porque todas ellas eran confidenciales, entonces es necesario brindar la mayor información posible acerca de estas, omitiendo naturalmente los datos que llevarían a su identificación. El público debería saber cuánto tiempo se investigó, qué tipo de fuentes se entrevistó, en qué posición estaban estas de conocer los hechos, cuáles fueron las contradicciones que evidenciaron, qué aspectos no fue posible dilucidar. Esto como obligación, pero también porque de esa manera se hará una versión más creíble.





4. La investigación y las fuentes

En una investigación, es muy probable que la mayoría de los informantes sean confidenciales. Serán fuentes principales y secundarias, y para cada una de ellas el periodista tiene un tratamiento diferenciado. La relación con las primeras suele ser muy cuidadosa, en especial si son exclusivas. Una fuente poderosa, tipo Garganta Profunda,⁶ que destaca por sobre todas, obliga a un amplio trabajo de contrastación con otros informantes, pues su capacidad de influencia es mayúscula. En general, la calidad del periodismo depende fundamentalmente de la variedad y conocimiento de sus fuentes.

Aun sin propósito de mentir, una fuente puede equivocarse al describir un hecho. Durante la investigación de mi libro Muerte en el Pentagonito⁷ entrevisté a varios ex militares que habían estado en la misma ejecución, y era sorprendente los recuerdos disímiles que tenían de determinadas circunstancias. Así pues, si aun cuando existen testigos directos es importante obtener diferentes versiones, con mayor razón cuando las fuentes son indirectas: confidentes del testigo principal o analistas expertos en las situaciones que se describen, que aseguran que las cosas no podrían haber ocurrido de otra manera.

⁶ Seudónimo de William Felt, fuente de los periodistas Bob Woodward y Carl Bernstein, que investigaron el caso Watergate, en 1974.

⁷ Planeta, Bogotá, 2004. El libro relata numerosas ejecuciones extrajudiciales ocurridas entre 1983-1983 a partir de testimonios confidenciales de fuentes que las presenciaron.

Detrás de cada informante hay un interés específico, altruista —expectativa de mejorar un estado de cosas— o incluso malévolo: hacerle daño a alguien. Ante todo, es necesario conocer cuáles son las motivaciones de la fuente y hasta qué punto está dispuesta a llegar. Ocasionalmente exige condiciones difíciles de cumplir. Por ejemplo, una compensación económica, sea en calidad de intercambio o para reponer gastos causados por su colaboración. Los costos de un viaje, por ejemplo. Los medios deciden según el caso, aunque la mayoría de ellos no compra información.

Otra exigencia difícil de una fuente es que solo el periodista conozca su identidad, lo que choca con la política interna de algunos medios. Los jefes de los periodistas, o por lo menos el director, exigen saber quién está dando la información y, al conocerla, asumen automáticamente el compromiso de reserva del periodista. Cuando la información es muy delicada e implicará un fuerte enfrentamiento por parte del medio con algún poder, un editor no desea publicar sin saber quién está detrás, lo que resulta razonable. Naturalmente, el asunto se complica cuando en un medio no se defienden los mismos valores y el periodista desconfía de su director o viceversa. En este trabajo, veremos dos casos prácticos.

Como la relación entre fuente y periodista es potencialmente conflictiva, es conveniente que ambas partes aclaren sus dudas. Los mejores informantes son los que están convencidos de lo que hacen. A veces, luego de ser presionados por los periodistas, dan marcha atrás y rompen la relación. Por otra parte, también es necesario que la fuente sepa lo que el periodista no va a hacer. No puede esperar que incrimine a alguien gratuitamente ni que elimine información que es relevante, ni que deje de “cruzar” la información que le proporciona. Debe saber que es una relación no personal, un trato y no una asociación de intereses, aunque en la práctica muchos informadores pierden la distancia.

Muchas fuentes son compartidas. Una importante fuente oficial, por ejemplo, habla necesariamente con varios periodistas y desarrolla con cada uno de ellos una historia diferente. A veces, el vínculo de una fuente con el periodista

descansa más en una relación personal, y en otras ocasiones la relación es principalmente con el medio. Cuando confía en ambos, hace confidencias con mayor confianza.

El periodista establece con la fuente qué tipo de atribución dará a la información que recibe. Puede ser directa, lo que implicará identificar al informante. Será reservada cuando el periodista no lo hace, pero puede dar alguna de sus características, las que no lo delaten. Una modalidad más restringida de reserva es cuando el periodista se compromete no solo a ocultar la identidad de quien proporciona la información, sino a no decir de qué tipo de fuente se trata. A estas dos últimas modalidades se les conoce también como *off the record*, y algunas fuentes experimentadas comienzan el diálogo mencionando las palabritas. Pero es conveniente aclarar desde el comienzo si se podrá atribuir la información a una fuente anónima o no se puede decir absolutamente nada de cómo se obtuvo la información.

Los periodistas pueden hacer tratos con personas perseguidas por la justicia, y hasta con terroristas o mafias en casos muy especiales, como cuando se trata de entrevistarlos en lugares que ellos controlan. En investigaciones largas, el trato con prófugos puede ser considerado como una obstrucción de la justicia, si el periodista organiza la vida clandestina de la fuente. Aunque el trabajo informativo pasa por relacionarse con personas que delinquen, el periodista está eximido de responsabilidad penal si no participa en ningún delito. Así, por ejemplo, puede recibir y publicar material de interés público obtenido ilícitamente —grabaciones en audio o vídeo, correos electrónicos privados— pero en modo alguno participar del procedimiento ilegal.



5. Cuatro Casos De Periodismo Secreto

A continuación, una breve descripción de tres casos ocurridos en el Perú, en los que el uso de fuentes confidenciales permitió revelar hechos trascendentes. En los relatos se aprecia el funcionamiento del secreto profesional en situaciones disímiles, y se demuestra que fue indispensable para descubrir una verdad oculta. Un cuarto caso, el de una periodista norteamericana que fue a la cárcel por no identificar a quien le dio información, presenta la complejidad de las decisiones que deben tomarse en un medio ante una situación límite de protección de fuentes.

CASO 1. SIGUIENDO A LUNAREJO

El llamado “Caso Lunarejo” comenzó como muchas investigaciones: una idea, un rumor, un dato suelto. Se decía que Fernando Zevallos, el dueño de Aero Continente, la principal compañía aérea peruana en los años noventa, era narcotraficante. El periodista Miguel Ramírez, de la Unidad de Investigación del diario *El Comercio*, se dedicó a estudiar el pasado del empresario. Descubrió que ya había sido juzgado y absuelto por delitos vinculados al narcotráfico en tres oportunidades. Obtuvo los expedientes sobreesidos y encontró que el rumor tenía algo de asidero, no era un chisme más nacido del aire. Al leer los documentos, aparecieron nombres, testigos que hicieron una incriminación y después se desdijeron, permitiendo las absoluciones. Todas ellas eran posibles fuentes.

El periodista empleó un mes en estudiar los tres procesos, a sabiendas que no podría publicar nada porque el diario sería demandado: la Corte Suprema ya había resuelto, en cada caso, que era inocente. Viajó a los lugares donde se produjeron los hechos y habló con los personajes involucrados, con los jueces y los policías que intervinieron. Resultó que en el mundo del narcotráfico Zevallos era conocido como “Lunarejo”. Había comenzado operando una avioneta en la que transportaba droga, que luego transformó en una compañía con varias unidades. Lo más sorprendente era que había sido detenido con evidencias incriminatorias, que diversos testimonios lo habían comprometido aún más, pero después, conforme avanzaban los procesos judiciales, todo lo actuado se convirtió en dudas y rectificaciones por parte de los testigos. Al término de su pre investigación, Ramírez quedó convencido de que “Lunarejo” había sido exculpado irregularmente en el Poder Judicial.

Hasta aquí, las fuentes empleadas para reconstruir los juicios fueron confidenciales en la policía, el poder judicial y en un sector cercano al tráfico de cocaína amazónico. La información que recogió Ramírez, dado que no podía escribir sobre casos ya juzgados, le sirvió para convencerse de que Zevallos era efectivamente un narco. A partir de esta convicción, tendría que investigar hacia adelante. Entonces concentró su trabajo en la policía antinarcóticos, donde una fuente policial le confirmó que había un informe que sostenía tímidamente que Zevallos podría estar lavando dinero del narcotráfico.

Por entonces, las influencias de Zevallos en la policía, el poder policial, la política y el periodismo parecían no conocer límites. En el mundo del narcotráfico era temido: un par de testigos que lo incriminaron y no cambiaron su versión aparecieron muertos. El policía que dio el primer dato al periodista fue cambiado de cargo cuando escribió un informe incriminatorio. En esas condiciones, Ramírez inició una investigación que duró doce años. Primero, en 1995, reveló que Zevallos no pudo haber comprado su primer avión con sus finanzas de tres años atrás. Luego, en 2001, demostró que se dedicaba al narcotráfico. Por último, lo comprometió en un asesinato. Actualmente, "Lunarejo" cumple una condena de 20 años.

En 1988, una fuente fue enviada por Zevallos para destruir la investigación. Un ex convicto, Jesús Flores Matías, "Shuco", aseguró ser testigo de una orden de asesinato dictada por Fernando Zevallos. Estaba dispuesto a declarar. Tras investigar minuciosamente su pasado, el diario decidió no publicar sus declaraciones. "Shuco" fue con su historia a **América TV**, que sí lo entrevistó e hizo gran despliegue de sus acusaciones. Días después, acompañado del mismísimo Zevallos, el entrevistado dijo que la versión difundida, o sea la suya propia, era falsa. Aseguró que el medio le había pagado para incriminar a Zevallos, quien se valió de este testimonio para enjuiciar a **América TV**. En 2004, "Shuco" fue asesinado por sicarios cuando fue llamado a declarar en el juicio a Zevallos, que ya estaba en prisión.

En tantos años, Ramírez transitó por casi todas las formas de uso de fuentes confidenciales. Por un lado, con jueces y policías a quienes les preocupaba la debilidad de sus instituciones para investigar a un presunto narcotraficante. Ellos apoyaron la investigación por motivos altruistas. Por otra parte, contactó con enemigos de Zevallos, la mayoría del ambiente delictivo, que resultaron perjudicados después de hacer tratos con él. Sus motivos para hablar eran el resentimiento y el deseo de que "Lunarejo" fuera finalmente castigado. Por razones distintas, ambos tipos de informantes tenían ser identificados, y no lo fueron. Tras haber cerrado el caso, el periodista se quedó con una buena provisión de fuentes para casos futuros.

La principal conclusión de una experiencia tan larga es la extrema importancia de cultivar fuentes policiales y judiciales confiables cuando se trata de casos de narcotráfico. Lo resaltante es la confiabilidad, porque obtener este tipo de fuentes es de lo más común en el periodismo. Pero los policías suelen entregar información falsa o distorsionada, siempre bajo cobertura confidencial, y la prensa tiene pocas posibilidades de saberlo. Por eso, una segunda conclusión es la importancia de obtener, en el mismo tipo de casos, fuentes confiables en el mundillo delictivo. A veces es la única forma que tiene el periodista de contrastar una información adquirida en el sistema judicial o policial.

Por último, en casos como el de “Lunarejo”, la protección de las fuentes no está amenazada por la posibilidad de que un juez o autoridad desee conocer a los informantes. La amenaza real proviene del narcotráfico. Si sabe que una fuente está delatando, la asesina sin miramientos. En tantos años de investigación, Ramírez alcanzó a ver asesinadas por sicarios a tres fuentes con las que habló, y tuvo la tranquilidad de saber que no se debió a una imprudencia de su parte.

CASO 2. LOS MISTERIOS DE LA CANTUTA

La célebre investigación del caso La Cantuta, llevada a cabo principalmente por los periodistas Edmundo Cruz y José Arrieta en la revista *Sí*, en 1993, consistió en el descubrimiento de los cuerpos de 9 estudiantes y un profesor de la Universidad Enrique Guzmán y Valle secuestrados por militares el año anterior. Las víctimas habían sido asesinadas y enterradas en un campo de tiro próximo a Huachipa y a la universidad — conocida como La Cantuta —, en los alrededores de Lima. Cuando el parlamentario Henry Pease denunció el asesinato, proporcionando datos del posible sitio de ejecución, parte de los cuerpos fueron trasladados por miembros del Grupo Colina a un descampado al este de la ciudad, cerca de Cieneguilla. *Sí* descubrió estos restos luego de haber recibido un mapa. Nunca fue revelada la fuente que entregó el mapa hasta noviembre de 2004, en el libro *Muerte en el Pentagonito*, escrito por

mí. El informante fue el político puneño Roger Cáceres Velásquez, que en 1993 presidía en el Congreso la comisión investigadora de las desapariciones de La Cantuta.

Cáceres Velásquez le entregó el mapa a Edmundo Cruz, exigiéndole reserva de la fuente. Cruz le dijo que revelaría la información al director de la revista, Ricardo Uceda, y a nadie más. A su vez, Cáceres Velásquez había recibido el mapa de manos de Guillermo Catacora y Justo Arizapana, artesano y reciclador, respectivamente. Arizapana había visto el segundo entierro de los cadáveres una noche que dormía junto a los objetos que había juntado para reciclar. El congresista jamás le reveló a Cruz quién le había entregado la información. Diez años después de estos hechos, pude convencer a Cáceres Velásquez de que me autorizara a identificarlo como quien entregó el mapa a **Sí**. Por otras fuentes supe que Catacora y Arizapana eran las fuentes originales de la información. Los entrevisté y pude reconstruir en el libro la historia completa.

Una reflexión sobre estos hechos permite varias conclusiones. En primer lugar, la importancia de la credibilidad de un periodista ante su fuente. Como investigador del caso La Cantuta, Cruz veía repetidamente a Cáceres Velásquez, quien era testigo de su responsabilidad en el uso de la información que le proporcionaba. Cuando Catacora y Arizapana le entregaron el mapa, el congresista se enfrentó a un tortuoso dilema. Estaba en minoría en la comisión investigadora que presidía, integrada por una mayoría fujimorista interesada en torpedear las investigaciones. Entregarle el mapa a la comisión era echar a perder una pista acaso definitiva para dar con la verdad. Con toda seguridad, darían parte al gobierno, y los cuerpos desaparecerían antes de que una visita formal de la comisión al sitio se realizara. Por entonces, las funciones de este grupo legislativo estaban en la fase de redacción del informe final, que traería dictámenes opuestos.

Por otra parte, entregarle el material a la prensa era una aventura. ¿Qué garantizaba que Edmundo Cruz hiciera una investigación adecuada? ¿Y si la información se filtraba? Cáceres Velásquez aparecería como un parlamentario

inconsecuente con sus fueros, más aún con la responsabilidad que había asumido como presidente de un grupo investigador. Podía ser expulsado del Parlamento, entre otras sanciones. Esta es la segunda conclusión de la experiencia: la reserva de la fuente era indispensable.

Al entregarle el mapa a Cruz, Cáceres Velásquez confió en la credibilidad del periodista⁸. Aun cuando la investigación de *Sí* fuera deficiente, el congresista tenía la certeza de que jamás el periodista revelaría que él le dio el mapa. Y acertó pues Cruz jamás lo hizo. Con el correr de los años, Cáceres Velásquez, hoy retirado de la política, insistió en que su identidad no fuera revelada como informante.

El secreto profesional se pone a prueba cuando una autoridad exige al periodista revelar la fuente para resolver un asunto judicial que también, como la información publicada por el periodista, reviste interés público. En este caso, ningún juez exigió a los periodistas de *Sí* la identificación de las fuentes. Pero, en el contexto de un gobierno autoritario con visos dictatoriales, los hechos podían encaminarse hacia la persecución de los investigadores. No prosperó una iniciativa de la congresista oficialista Martha Chávez para acusar a los periodistas de obstrucción de la justicia por haber iniciado el desentierro de cadáveres, algo que corresponde a un juez. La policía, por otra parte, tras comprobar en un allanamiento que el periódico senderista *El Diario* poseía un mapa similar al de *Sí*—les fue dado por Catacora y Arizapana, quienes creyeron que su entrega a Cáceres Velásquez no rendiría frutos—lanzó la hipótesis que el “hallazgo periodístico” de la revista era en realidad una maniobra terrorista. Sin embargo, el comportamiento manifiestamente profesional de los periodistas, que nunca hicieron una campaña política con los hechos, dificultaron el contraataque del gobierno y la fuente no tuvo que ser defendida en los tribunales.

⁸ Entrevista con el autor

Una tercera conclusión de la experiencia nace de la siguiente pregunta: ¿la información se hubiera conocido oportunamente si Cáceres Velásquez no hubiera encontrado un periodista en quien confiar? Probablemente no.

La investigación periodística de La Cantuta produjo otro hallazgo: el descubrimiento del segundo grupo de cadáveres, que no habían logrado ser desenterrados por el Grupo Colina para llevarlos a Cieneguilla. Ocurrió después del primer desentierro, en medio de una campaña política adversa a los investigadores. La identificación del primer grupo de cadáveres aún no era posible porque los restos estaban calcinados. El gobierno alentaba la posibilidad de que ello nunca ocurriera para mantener hasta donde fuera posible la tesis de la “maniobra senderista”. Las cosas cambiaron cuando apareció el segundo grupo de cadáveres, con restos reconocibles. ¿Cómo fue posible que la revista *Sí* obtuviera la información? Porque un miembro del Grupo Colina, el equipo ejecutor, se la entregó a los periodistas que investigaban el caso.

En esta ocasión, la fuente corría un mayor riesgo. Los periodistas podían decir que la información provenía de los perpetradores del asesinato e incriminar al informante, lo que no estaba en sus propósitos. Como fue revelado años después en *Muerte en el Pentagonito*, uno de los líderes del Grupo Colina, Jesús Sosa, conjeturó que todos los cadáveres serían hallados, lo que terminaría comprometiendo al equipo del Servicio de Inteligencia del Ejército que llevó a cabo la operación. Irían, pues, a un juicio, pero de acuerdo con el razonamiento de Sosa, les convenía más en el fuero civil, en el que el Ejército les brindaría coartadas para no comprometer al verdadero jefe, el Comandante General. En el fuero militar, en cambio, el comando no les proporcionaría coartadas sino por el contrario: los hallaría culpables (también para cubrir a los de arriba), imponiéndoles, eso sí, penas leves. Para que la primera opción tuviera mayores posibilidades, Sosa se puso de acuerdo con uno de sus compañeros para entregar la ubicación exacta de los cadáveres que faltaba encontrar.

De modo que Sosa no entregó directamente la información a los periodistas Edmundo Cruz y José Arrieta, que habían viajado a Cusco para tal efecto. Fue

otro miembro del Grupo Colina. En 2003, Sosa autorizó que lo identificara en *Muerte en el Pentagonito*, pero el segundo informante no. Hasta ahora nunca se ha revelado el nombre del personaje que se entrevistó con los periodistas de *Sí* en septiembre de 1993.

Tenemos entonces una segunda demostración de la importancia del secreto profesional para que se conozcan informaciones de relevante interés público. Como toda fuente, los informantes tenían un interés, pero solo podían entregar la información a alguien que protegiera su identidad, algo que, pese al tiempo transcurrido, aún se sigue cumpliendo.

CASO 3. DESPEDIDO POR LOS PETROAUDIOS

Uno de los ejemplos más conspicuos de ejercicio del secreto profesional en el periodismo se produjo en el llamado caso de los Petroaudios, en el que la difusión de grabaciones de conversaciones telefónicas obtenidas ilícitamente produjo uno de los mayores escándalos de la política peruana. Todo comenzó con el lanzamiento por televisión de una noticia-bomba, la noche del 5 de octubre de 2008: un contrato de la petrolera estatal Perupetro había sido suscrito irregularmente. Así dicho, no parece un acontecimiento llamativo. Lo que lo convirtió en el más impactante de los cinco años del segundo gobierno de Alan García (2006-2011) fue que todo el mundo pudo escuchar el diálogo picaresco entre los dos personajes que posibilitaron el contrato.

Uno era Rómulo León, conocida figura del APRA, el partido gobernante. El otro, Alberto Quimper, abogado de empresas y, a la sazón, miembro del directorio de la petrolera estatal Petroperú. Entre ambos lograron que la compañía noruega *Discover Petroleum* obtuviera cinco lotes de exploración y explotación al margen de las formas establecidas. Un audio con conversaciones entre ambos fue reproducido por *América TV*, el canal de mayor sintonía. De este diálogo y de otros que fueron divulgados por los medios en los días siguientes, se podía concluir que la operación petrolera era solo la punta de un iceberg. Había otros

negocios concertados entre Rómulo León y Fortunato Canaán, un misterioso empresario internacional y, de acuerdo con las grabaciones, bendecidos por el Primer Ministro, Jorge del Castillo. Minutos después de la primera transmisión, dimitieron el ministro de Energía y Minas y el presidente de Petroperú. La caída de Del Castillo vendría poco después.

Durante varios días, los atónitos telespectadores, radioescuchas y lectores de medios impresos fueron conociendo cómo Canaán, instalado en una lujosa suite de uno de los mejores hoteles de Lima, iba recibiendo a ministros, políticos y funcionarios públicos, para ofrecerles cuantiosas inversiones públicas en representación de capitales que hasta ahora, dos años y medio después, aún no están identificados. Participaban vivamente de los diálogos no solo el Primer Ministro, sino, a su turno, los encargados de Salud, Vivienda y Energía y Minas. Canaán trepó luego hasta Palacio de Gobierno y conferenció con el Presidente de la República y su secretario poderoso, Luis Nava. Todo esto se supo por los elocuentes diálogos entre León y Quimper, grabados nítidamente y entregados a la prensa.

Las revelaciones tuvieron un impacto brutal en la imagen del gobierno, que terminó marcado por el sello de la corrupción. Sin embargo, no había delitos fuertes de por medio. León y Quimper están detenidos y encausados, el primero por un supuesto intento de corromper a un funcionario público, Quimper, quien según la acusación permitió que Discover Petroleum ganara una licitación. Aparte de ello, ninguno de los suculentos negocios que se concibieron entre Canaán y los numerosos representantes del gobierno con quienes se entrevistó, pudo ser llevado a la práctica, de modo que, por mucho que se busque, no hay *cuerpo del delito*. El premier Del Castillo cayó por ser el responsable político de las vergonzosas negociaciones, pero no fue acusado de algún ilícito. Lo que las grabaciones difundidas demostraron, más que delitos, fue una forma corrupta de hacer negocios con el Estado, a través de reuniones, dádivas, relaciones personales y cabildeos que burlaban los mecanismos estatales de contratación pública. Se obtuvo evidencia de gobernantes ansiosos por concertar con grandes empresarios al margen de

estos procedimientos, evidencia difícil de juzgar en un tribunal pues esta falta de probidad no está tipificada en los códigos. En apariencia, todos los negocios, si llegaban a concretarse, debían conducir a que los poderosos representados por Canaán financiaran la campaña presidencial del entonces premier Del Castillo en 2011. Esta hipótesis, sin embargo, nunca llegó a demostrarse.

Lo que sí se demostró fue que las grabaciones que llegaron a la prensa fueron realizadas por la empresa Business Track (BTR), especializada en seguridad. Expertos de BTR interceptaron los teléfonos de León, Quimper y de numerosos personajes vinculados a las inversiones que proponía Canaán. La policía allanó el local de BTR y detuvo a sus directivos, que ahora enfrentan cargos de violación de comunicaciones privadas y asociación ilícita para delinquir. Se investiga aún, en el curso de un complejo y polémico proceso, quiénes los contrataron, pero ya se ha establecido que la interceptación telefónica se produjo durante por lo menos ocho meses. Ellos, o sus contratadores, presumiblemente compañías afectadas por los negocios en ciernes, tenían la intención que maniobras extralegales salieran a la prensa. Había un periodista al tanto de una parte de esto: Pablo O'Brien, de la Unidad de Investigación del diario *El Comercio*.

O'Brien ha declarado que tuvo contacto con un desconocido, supuesto enlace de los interceptadores, durante por lo menos cinco meses. La fuente le dio a leer comunicaciones entre León y miembros del gobierno que podían revelar irregularidades. El propósito manifiesto de la fuente era revelar los actos de corrupción que resultaran de las interceptaciones. En septiembre de 2008 le entregó a O'Brien un USB con audios y correos electrónicos. El periodista encargó un peritaje y mientras esperaba sus resultados se produjo un cambio en la dirección de *El Comercio*. Había una parte del material publicable, y se produjeron diferencias de opinión sobre la pertinencia de la publicación entre el nuevo director, Francisco Miró Quesada, y la Unidad de Investigación. En esas circunstancias, lo más noticioso de los audios fue divulgado por *América TV*, una televisora del grupo *El Comercio*. Los presentó el periodista Fernando Rospigliosi, quien dijo que le fueron enviados anónimamente. Poco

después, O'Brien fue despedido del diario por pérdida de confianza, según se le explicó. También fue despedido el jefe de la Unidad de Investigación, Fernando Ampuero.

En declaraciones públicas posteriores, los periodistas dijeron que la dirección del diario faltó a sus responsabilidades al no querer publicar un material de interés público. El director, a su vez, declaró que necesitaba más tiempo para estudiar el material, pues acababa de ser nombrado. Justificó el despido de los periodistas porque habían dejado de ser confiables, llegando a sugerir que Ampuero probablemente había llevado a **América TV** los audios que fueron difundidos.⁹ Por su parte, Ampuero dijo que en ningún caso hubieran revelado sus fuentes a sus nuevos jefes.¹⁰

No es necesario examinar en detalle cada posición para concluir que una investigación de este tipo requiere confianza mutua entre el periodista y sus jefes. En un caso así, cuando las consecuencias de la publicación son tan grandes, es común que un director desee saber quién es la fuente y el periodista la identifique. Al hacerlo, está convencido de que el director también la defenderá aunque sea conminado legalmente a hacerlo. Esto ya no era posible en El Comercio, como ha quedado demostrado.

En los meses posteriores, mientras la investigación sobre los supuestos ilícitos de las interceptaciones se prolongaba sin término, en el Ministerio Público y el Congreso avanzaron las indagaciones para identificar a quienes contrataron a BTR. O'Brien, quien dice desconocerlo, fue citado por el Congreso y conminado a identificar a las fuentes que le proporcionaron información. Ante su negativa, aunque sin expresarlo como causa directa, un sector del Congreso empezó a estudiar fórmulas legales —inexistentes en el marco jurídico vigente— para

⁹ Revista *Quehacer*, No. 173, 2009.

¹⁰ En *Quehacer* 172, 2008: "Ni Pablo O'Brien ni yo les teníamos ninguna confianza. Y en ese momento, para colmo, Hugo Guerra, el editor que asesora al nuevo director, me pidió que le revelara nuestras fuentes. No le respondimos. Ese era un tema muy delicado y nosotros nos habíamos comprometido a mantener la reserva de las fuentes. Si en un caso extremo Alejo o Bernardo (se refiere a Alejo Miró Quesada y Bernardo Roca Rey, el ex director y ex director de publicaciones, Nota del Autor) nos hubieran pedido la identidad de las fuentes, estoy seguro de que lo hubiéramos considerado. Pero en estas circunstancias, con un diario que no parecía manejado por periodistas sino por cortesanos del gobierno, ni siquiera lo pensamos."

denunciar a periodistas que se negaran a revelar sus fuentes. La iniciativa no prosperó y las investigaciones continúan sin el protagonismo del periodista.

CASO 4: JUDITH MILLER ENTRE REJAS

El caso de la periodista del New York Times, Judith Miller, es el que más recientemente ilustra la defensa del secreto profesional en casos extremos. Un juez le pidió a Miller revelar su fuente, la periodista se negó y fue enviada a prisión. Finalmente, la fuente le autorizó a darle la información al juez, pero hay muchos aspectos de la historia que permanecen bajo sospecha. Se trata de un caso muy útil para el análisis, porque no solo hubo una confrontación con la justicia estadounidense, sino dentro de la propia redacción. Los jefes de Miller consideraron que ella no les había dicho toda la verdad.

La situación se produjo cuando el fiscal especial Patrick Fitzgerald empezó a investigar si alguien del gobierno había filtrado a la prensa la identidad de una agente de la CIA, Valerie Plame, quien fue identificada como tal por el columnista de *The Washington Post*, Robert Novak. Novak escribió que dos funcionarios de alto rango del gobierno le dijeron que Valerie Plame, agente de la CIA, había sugerido el envío de su esposo, Joseph C. Wilson, a una misión en África. La misión no era poca cosa. Se trataba de averiguar si era cierto que Irak quería comprar uranio en ese continente, como dijo el presidente George W. Bush para justificar la invasión a ese país. Después de su viaje, en el verano de 2003, Wilson reveló en dos diarios —*The New York Times*, norteamericano, y *The Independent*, británico— que Bush había mentido cuando dijo que Irak intentaba comprar uranio en África. La declaración produjo enorme descontento en la Casa Blanca, que tuvo que disculparse. A continuación, los “dos funcionarios de alto rango del gobierno” proporcionaron a *Time* la identificación de Plame.¹¹ En los Estados Unidos, la revelación de la identidad de un agente encubierto es delito federal, y por

¹¹ Robert Novak escribió: “Wilson nunca trabajó para la CIA, pero su esposa, Valerie Plame, es una agente operativa de la agencia especializada en armas de destrucción masiva. Dos funcionarios de alto rango me dijeron que la esposa de Wilson sugirió enviarlo a Níger para investigar”.

eso el Departamento de Justicia se puso a investigar. Una de las hipótesis del fiscal era que alguien en el gobierno había delatado a Plame en venganza por las declaraciones de Wilson.

El 13 de julio, un periodista de *Time*, Matthew Cooper, escribió en la versión electrónica de la revista dos artículos sobre el caso del uranio africano, en uno de los cuales mencionaba a Valerie Plame como agente de la CIA. Cuando la investigación se puso en marcha, un juez le pidió a Cooper sus apuntes. Deseaba saber si en las entrevistas con sus fuentes gubernamentales, alguna de ellas había deslizado el nombre de Valerie Plame como agente de la CIA. Pese a la oposición de Cooper, el editor en jefe de *Time*, Norman Pearlstine, entregó a la corte las notas del periodista sobre el caso. Cooper declaró después al juez que la información sobre Plame se la proporcionaron Karl Rove, asesor principal de Bush, y Lewis S. Libby, jefe de personal del vicepresidente Dick Cheney.

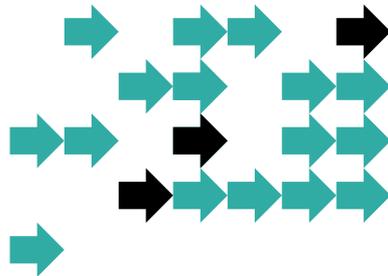
A continuación, entra en la historia Judith Miller. Una de sus temáticas era la seguridad, y frecuentaba las mismas fuentes que Cooper. Pese a que no había escrito sobre el caso del uranio africano, el Departamento de Justicia quiso saber si una fuente del gobierno le había contado sobre la agente Valerie Plame y su trabajo. Entre los sospechosos estaban los mismos que dieron la información a *Time*. Miller, apoyada por los directivos del *New York Times*, se negó a declarar. El juez le impuso prisión, que podría ser de hasta año y medio luego de que fuera juzgada por desacato. Pero, a los 58 días, Miller dejó la prisión e identificó a Libby como su fuente luego de que este la hubiera autorizado a hacerlo. Para entonces estaba en la cúspide de la heroicidad. Un grupo de conocidos editores, empresarios, directores de diario y ex políticos iberoamericanos -Felipe González, Jesús de Polanco, Juan Luis Cebrián, José María Bergareche, Leopoldo Roldés, Gustavo Cisneros, entre otros- bajo el encomiástico titular "¡Gracias Judith Miller!", publicaron una carta en el *New York Times* rindiéndose a sus pies por su valiente defensa de la reserva de las fuentes informativas. Al mismo tiempo, sin embargo, en su propio periódico se alzaban voces que criticaban su papel en el llamado *Plamegate*. Poco

después, el *New York Times* publicó un largo artículo autocrítico por no haber actuado adecuadamente en el escándalo.

El director del diario y los jefes de Miller se lamentaron por no haber conocido completamente los compromisos entre ella y Lewis Libby. Contrariamente a lo dicho por la reportera, Libby declaró que le había autorizado a descubrirlo como fuente antes de que ella fuera a prisión por negarse a hacerlo. El entredicho ha quedado flotando en el ambiente. El diario, que había gastado varios millones de dólares en el proceso judicial para enfrentarse a la corte, terminó en controversia con su periodista, que había publicado varios artículos deficientemente fundamentados —según ella porque las fuentes le dieron información errónea— sobre la existencia de armas de destrucción masiva en Irak. Al final, ambas partes llegaron a un acuerdo y Miller renunció mediante una carta publicada en una página interior, en la que aseguró que el diario no tenía nada de qué arrepentirse en el proceso. A su vez, el director Bill Keller reconoció su valor por haber ido a prisión en defensa de un principio.

Conclusión: el reportero que hace el compromiso con la fuente anónima y sus editores tienen que estar en la misma página. No solo en términos de coordinación. Deben poseer los mismos principios.

De lo anterior asoman las siguientes conclusiones:





Conclusiones

1. El secreto profesional en el periodismo es un recurso fundamental para que la sociedad conozca informaciones esenciales para su desarrollo, especialmente las que son mantenidas ocultas por elementos contrarios al interés público. Esto se ha demostrado en casos emblemáticos para el periodismo peruano como el descubrimiento de los cadáveres de La Cantuta, entre otros.
2. Presenta mayor complejidad en el periodismo que en otras profesiones. Además de ser un deber de protección hacia la fuente y un derecho del periodista para ejercer su profesión, se ejerce por la prensa en representación del ciudadano, a quien finalmente rinde cuentas, pues la justicia, en la mayoría de los países, no practica el control. Por ello, cuando el periodista comprueba que la fuente miente, se libra del compromiso de reserva y puede denunciar su intento de falsear los hechos.
3. Pese a que está protegido jurídicamente, el sostén principal del secreto profesional es la credibilidad del periodista y su conducta ética. Por eso, aun cuando un juez, en países donde hay una

protección limitada de este derecho, obligue al periodista a revelar la identidad de quien le dio la información, este puede resistirse y someterse a las penalidades que le impongan cuando la fuente no se lo autoriza.

4. La protección jurídica del secreto profesional del periodista da pie a que puedan publicarse versiones falsas que se atribuyen a fuentes anónimas que en realidad no existen. Salvo en los casos en que, luego de la difusión de la información, el periodista sea denunciado por una supuesta afectación al honor, la seguridad nacional o la integridad de las personas, la buena administración del secreto profesional depende de los mecanismos internos de los medios .
5. En vista de la alta discrecionalidad que tienen los medios y los periodistas en el uso del secreto profesional, es conveniente fomentar el fortalecimiento de estos mecanismos de autorregulación y auditoría informativa dentro de los medios, así como su fiscalización desde la sociedad civil.



CAPÍTULO III

El sentido y la importancia del secreto profesional desde la medicina

Dr. Gonzalo Gianella Malca¹

65

¹ Médico peruano, graduado de la Universidad Peruana Cayetano Heredia en 1996. Médico asesor de la Defensoría del Pueblo entre los años 1998-1999 (Adjuntía Especializada en Derechos de la Mujer) y desde el año 2005 asesor médico externo de la Adjuntía para la Administración Estatal de la misma institución. Tiene estudios de posgrado en Medicina Interna (Baltimore, EEUU) y Neumología/Cuidados Intensivos (Filadelfia, EEUU). Actualmente trabaja en el Perú, es un médico comprometido con los derechos humanos y la ética de la profesión médica.



1. El sentido y la importancia del secreto profesional desde la medicina

EL SECRETO PROFESIONAL DESDE LA PRÁCTICA MÉDICA.

Importancia del secreto profesional en el ejercicio de la medicina

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, secreto es “Lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”. En el apartado dedicado al secreto profesional, define a este como “Deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como médicos, abogados, notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión”.

El ordenamiento jurídico de los países establece leyes que regulan el ejercicio profesional para proteger de esa manera la intimidad de sus ciudadanos. Las leyes, sin embargo, al haber sido concebidas en un ámbito general, público, tienden a colectivizar su esencia, a estandarizarse, y difícilmente pueden prever la variedad de situaciones que deberá enfrentar un médico o médica para cumplir con su deber fundamental que es el de prevenir, preservar y recuperar la salud de sus pacientes.

El ejercicio de la medicina, si bien se realiza dentro del marco de leyes generales, sucede en la práctica en un ámbito individual. En la medicina occidental, los médicos y médicas y, en general, los proveedores de

salud, no se relacionan con los pacientes de manera colectiva, lo hacen de manera directa, personal, mediante actos médicos que tienen como objeto la recuperación de la salud del paciente. Al hablar de salud, nos referimos al **completo estado de bienestar físico, social y mental** (Organización Mundial de la Salud), y las acciones para lograrlo son las realizadas tanto por médicos y médicas, como por otros profesionales de salud.

El acto médico se constituye entonces en esta serie de acciones que ocurren en un momento dado, bajo circunstancias determinadas y que dependen totalmente de su pericia y capacidad profesional; se trata de la relación entre dos partes, de una relación humana. Como en otras relaciones humanas, la relación entre el médico y el paciente debe entenderse como un hecho complejo y con múltiples elementos que difícilmente pueden normarse mediante leyes uniformes, estáticas y que describen un ámbito colectivo muy general.

Como el acto médico tiene un objetivo definido en su complejidad, encontraremos elementos vitales para su realización. Uno de ellos es la reserva de la información, entendida como la obligación de no divulgar ni permitir que se conozca la información que directa o indirectamente se ha obtenido durante el ejercicio profesional, tanto sobre la salud y vida del paciente como de su familia.

Ahora bien, no toda la información que sucede durante un acto médico tiene el mismo valor con respecto a la necesidad de reservarla de terceros. Parte de esta información es utilizada por el médico para que su accionar sea más eficiente, aunque existe información que incluso es vital mantener lo más pública posible, como son por ejemplo las alergias a medicamentos. Por otro lado, hay que tener en cuenta que los actos médicos no son eventos uniformes. No es lo mismo una atención en una emergencia a un individuo que está sufriendo de un cólico renal, que una atención a una adolescente víctima de violencia sexual. Por ello, los actos médicos contienen valoraciones de información distinta de acuerdo a su naturaleza.

Los distintos tipos de información que se producen (y registran) en un acto médico no tienen tampoco la misma "sensibilidad" con respecto a su divulgación. Es decir, la valoración de la vulneración de la intimidad y dignidad de las personas no tendrá la misma magnitud para cada tipo de información. Así, la información relacionada con el hábito defecatorio de una persona (información necesaria para diagnosticar la presencia de, por ejemplo, una enfermedad diarreica) no será tan sensible como la seropositividad de un individuo con respecto a la hepatitis B o al VIH.

Estamos entonces ante un proceso complejo, en el que discurren diversos tipos de información cuya divulgación podría dañar la intimidad y la dignidad de los sujetos para los cuales el acto médico existe. Pero el acto médico contiene otros elementos importantes que destacar con respecto a la reserva de la información. Como en toda relación humana, para que la información fluya durante un acto médico -algo vital para establecer un diagnóstico y un tratamiento- se precisa un nivel de "confianza". Adicionalmente, se requiere que los interlocutores, durante el acto médico, establezcan una relación que permita que la información sea lo más veraz posible. De lo anterior se deduce que un sistema de salud que no garantice la generación de confianza producirá actos médicos no fiables y, probablemente, no se logrará el objetivo de un beneficio en la salud de las personas/pacientes.

Ejemplos abundan en la práctica médica para resaltar la importancia de la relación de confianza entre proveedores y usuarios. Por ejemplo, para que un individuo acepte tomar un medicamento por un tiempo prolongado, como sería una medicina para mantener su nivel de glucosa o su presión arterial dentro de parámetros normales, se requieren varios pasos. El flujo de información es vital, en ambos sentidos. El término médico conocido como ***adherencia al tratamiento*** es una pieza clave para el éxito de cualquier estrategia de salud. Lograr una adecuada adherencia al tratamiento dependerá en gran medida de que la relación humana que se establezca durante una atención de salud ocurra en un clima de confianza.

Construir confianza entonces no solo se constituye como un elemento importante en la relación individual entre el médico/a y el paciente, sino que se debe entender como un elemento fundamental, no solo para el éxito del acto médico, sino para cualquier acción de salud, incluyendo acciones de salud pública en el sentido de la protección de la salud de terceros. En esta línea de argumentación, la protección de la obtención de relaciones de confianza durante los actos médicos no debe mirarse únicamente como la protección del derecho de individuos particulares, sino como una acción encaminada a proteger la salud de todos.

Un ejemplo sobre la importancia de la confianza en el acto médico y su proyección en la salud pública se da en el debate sobre la universalización de las pruebas de detección de VIH. Los que están a favor de realizar pruebas de screening o tamizaje sin autorización y de divulgar los resultados abogan en función de una protección de la salud pública. Una primera lectura puede encontrar una racionalidad a ello, en especial si tenemos en cuenta que hoy en día existe un tratamiento gratuito para el VIH. Sin embargo, este análisis superficial deja de lado algunos elementos importantes. Primero, que el tratamiento del VIH es una terapia permanente (los sujetos con VIH tendrán que estar medicados de por vida), tiene efectos secundarios y se da fundamentalmente por vía oral. Es decir, que desde el punto de vista práctico, para lograr el objetivo de proteger la salud de los seropositivos, solo si las

personas que han dado positivo en los análisis de screening aceptan tomar las pastillas, esta medida será eficiente. Pero las limitaciones van más allá. Con respecto a revelar la información a terceros potencialmente contagiados, el sistema de salud no podrá protegerlos si el individuo al que se le hizo la prueba no revela, por ejemplo, quiénes han sido sus contactos sexuales recientes. Así, un acto médico teórica y probablemente bien intencionado, pero basado en la desconfianza (con pruebas sin autorización y sin proteger la información sobre los resultados), no solo no logrará el objetivo de rehabilitar la salud directa del paciente, sino que tampoco podrá establecer un beneficio hacia terceros.

De lo anterior no solo se debe inferir que la confianza es importante para que el acto médico tenga un efecto en mejorar la salud. El hecho que la confianza sea vital para establecer una adecuada relación entre proveedor y usuario debe tomarse en cuenta al momento de establecer leyes y reglamentos que regulen esta práctica, en especial al existir ámbitos en los que estos se desarrollan. Esto debido a que las relaciones entre proveedor y usuario no solo dependerán de las características individuales de sus actores, sino que el entorno dado por leyes y regulaciones establece también ciertas limitaciones. Para complejizar aún más el problema, estas leyes y regulaciones afectarán diferentemente a servicios de salud que se dan en sistemas públicos o privados. Si bien en el Perú los proveedores de salud son formados en el ámbito público, muchas veces combinan este trabajo con servicios en el ámbito privado. Dado que la confianza que se establece en los servicios privados muchas veces es mejor¹ que la que se da en el servicio público, una reglamentación sobre el secreto profesional podría potencialmente solo perjudicar a este último y ser discriminatoria con respecto a los pacientes que se atienden en este tipo de establecimientos de salud.

¹ Las razones por las que un paciente se siente más cómodo y en confianza en un servicio privado son múltiples. Si bien no es objetivo de este documento discutir las, es erróneo asumir que los usuarios de los servicios de salud privados se sienten más cómodos porque los profesionales de salud actúan de manera diferenciada cuando están en estos servicios. Como en todo proceso de comunicación, para oír no solo se requiere tener la disposición del receptor sino de interlocutores que se sientan cómodos y empoderados. Así, en los servicios privados, los pacientes construyen mejor las relaciones de confianza, en parte porque en estos servicios se sienten más empoderados de sus derechos.

En los párrafos anteriores, hemos tratado de analizar los beneficios del respeto a la reserva de la información que se produce durante el acto médico, resaltando la relación médico-paciente como un hecho que se produce entre dos partes en búsqueda de un objetivo común, el de mejorar la salud. Pero esta valoración del acto médico, como un evento positivo y bien intencionado, es utópica si de lo que se trata es de entender el acto médico como un proceso que se da entre seres humanos. Lo anterior lleva a una consideración adicional en relación al respeto de la reserva de la información o secreto profesional durante el acto médico.

Las médicas, los médicos y, en general, los profesionales de salud son ciertamente seres humanos que de acuerdo a su origen tendrán sus propios arraigos étnicos, culturales, políticos y familiares. Como cualquier otro ser humano, las decisiones que estos individuos tomen estarán impregnadas de su ideología, su cultura, su experiencia y sus necesidades. Los profesionales de la salud tienen una misión loable y, muchas veces, una vocación de servicio manifiesta, pero ellos no son ni tendrían por qué ser el patrón moral dirimente en una sociedad. Adicionalmente, en el mundo occidental actual, los profesionales de la salud se ven influenciados por agentes económicos, como son la industria farmacéutica, las aseguradoras u otros financiadores y por el mercado. Es en esta realidad que los profesionales de la salud deben manejar la información que sus pacientes, que son a su vez ciudadanos, les confían.

¿Tienen los profesionales de la salud la capacidad para determinar qué constituye un crimen y qué no lo es? ¿Tienen los profesionales de la salud la potestad de determinar qué es moralmente correcto y qué no lo es? ¿Acaso existe alguna manera de asegurar que los profesionales de la salud son inmunes a discriminar por motivos de género u orientación sexual, a maltratar por razones étnicas o a acusar basados en prejuicios de índole sociocultural?

Ciertamente, existen esfuerzos en la formación y acreditación de los profesionales de la salud para evitar que este tipo de sesgo ocurra. Los colegios profesionales establecen una serie de principios que los miembros

deben cumplir, los llamados códigos de ética y conducta profesional. En estos códigos, como veremos más adelante en este análisis, existen restricciones específicas con respecto al manejo de la información. Es cierto también que los profesionales de la salud establecen, sobre todo al recibir su título profesional, un vínculo con este tipo de códigos de comportamiento. Pero ni este vínculo que se establece al momento de, por ejemplo, colegiarse, ni la supervisión de los colegios profesionales, garantizan que la información que se produce en el acto médico pueda ser develada a terceros, sustentándose en prejuicios, sesgos u actos de corrupción. Pensar lo contrario no solo les daría una naturaleza de superioridad moral a los profesionales de salud, sino que le quitaría la naturaleza humana al acto médico.

Efectos de la apertura del secreto profesional para la adecuada práctica profesional

Hasta aquí hemos expuesto razones acerca del respeto de la reserva de la información, que se produce en el acto médico en relación a características fundamentales que este posee. Hemos añadido ciertas limitaciones de los profesionales de salud con respecto a la ponderación y calificación de la información que se produce durante el acto médico. Todo esto tiene relación con el objetivo de lograr un acto médico eficiente, en un clima de confianza, que debe ser protegido por la sociedad.

El respeto por la dignidad de las personas es uno de los pilares del ordenamiento jurídico moderno. En la Constitución Política del Perú, el trato digno y la reserva de la información poseen un espacio importante en el capítulo referido a los derechos fundamentales de la persona:

Artículo 2°. *Toda persona tiene derecho:*

... 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

.... 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por Ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a Ley y siempre que se refieran al caso investigado.

... 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

... 10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la Ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la

Ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

... 18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

La Constitución Política del Perú destaca el trato digno y la reserva de la información como derechos fundamentales de las personas; sin embargo, es necesario subrayar que la normatividad jurídica vigente en el Perú resulta contradictoria y ambigua, al proteger por un lado el secreto profesional y dejando al mismo tiempo abierta la posibilidad a su violación por mandato expreso de la autoridad judicial.

No referiremos a continuación a las normas vinculadas al secreto profesional y a las obligaciones superpuestas que dificultan su aplicación, en especial para los profesionales de salud.

Si bien el Art. 165 del Código Penal establece que:

“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”.

El Nuevo Código Procesal Penal establece:

En su Artículo 165º, numeral 2:

“Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la ley deban guardar el secreto profesional o de Estado:

- a) Los vínculos por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio del secreto profesional, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por ley Expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de los ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.”

En su Artículo 327º, numeral 2:

“Tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado del secreto profesional.”

Y el Código de Procedimientos Penales establece:

En su Artículo 141º, numeral 1:

“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.”

Se deja, sin embargo, abierta la posibilidad de violación al secreto profesional al especificar en el Nuevo Código Procesal Penal, en su Artículo 326º, que existe:

Facultad y obligación de denunciar.-

1. Cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público.

2. No obstante lo expuesto, deberán formular denuncia:
- a) Quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo.

Como se puede ver, estas normas establecen un marco jurídico que coloca a los profesionales de la salud en una disyuntiva difícil por decir lo menos, ya que los obliga a actuar a su criterio dentro de un vacío legal que no resguarda el respeto a la confiabilidad de la información que se les ha confiado en el ejercicio del acto médico, no obligando en caso de mandato judicial a la necesaria autorización del interesado, al que debería protegerse de acuerdo a lo consagrado en la Constitución.

De lo anterior, queda claro que la vulneración de un derecho fundamental como el secreto profesional requerirá de por lo menos un procedimiento legal bien establecido ya que la ambigüedad ubica al profesional de salud en un papel que no le compete y que contradice sus principios éticos y profesionales. Como lo destaca el código de procedimientos penales, esto deberá ser hecho bajo mandato de la autoridad judicial competente, pero teniendo en cuenta lo consagrado en el Artículo 2do de la Constitución Política.

Igual contradicción encontramos en la Ley General de Salud, que justamente debería orientar la actividad del profesional de salud, pero que, por un lado, establece en su artículo 15º que:

“Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

[..]

- b) A exigir la reserva de la información relacionada con al acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece.”

Y en el artículo Artículo 30° que:

“El médico que brinda atención médica a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente.”

Las palabras “*indicio de aborto criminal*” y “*está obligado a...*” que se utilizan en el artículo 30 de la Ley General de Salud sitúan, bajo amenaza, a médicos y médicas en un rol de peritos judiciales que, en todo caso, compete a otros asumir. La función de esclarecer un “indicio de aborto criminal” no es igual al que conlleva el brindar atención médica a una persona herida de bala, y está implicando anteponer al acto médico el juzgamiento sobre un hecho. Más aún tratándose de un tema que, como sabemos, está aún en debate en el Perú y es muy controversial, basado en posiciones y perspectivas ideológicas y políticas muy divergentes, así como en creencias religiosas y dogmas de fe. No pretendemos limitar la necesaria participación de médicos y medicas en el debate sobre la despenalización del aborto, pero nos parece que las obvias posiciones discrepantes que ellos expresen, basadas en sus principios y creencias, deben ser tratadas de manera independiente a lo que implica el secreto profesional como parte del acto médico.

Un acto médico que se desarrolla en un clima de confianza, respetuoso de la privacidad y dignidad de los ciudadanos que acuden a recibir una atención de salud, es fundamental para una práctica profesional apropiada. Como se ha destacado, existe un buen número de argumentos para favorecer actos médicos donde la reserva de la información sea plenamente respetada, para hacerlos más eficientes en lograr el objetivo de mejorar la salud. Pero un elemento que pocas veces se enfatiza y que consideramos substancial es que un acto médico realizado de esta manera se constituye en la acción

de respeto de un derecho fundamental de las personas. Así, el respeto del secreto profesional por parte de los profesionales de la salud no debe ser visto solamente como una exigencia de comportamiento “profesional”, en parte con el objetivo de ser eficientes (por ende, mejorar la salud), sino más bien debe ser visto como una obligación entre iguales, de ciudadanos hacia ciudadanos, de médico a paciente.

El último efecto de la apertura del secreto profesional en la práctica médica que quisiéramos comentar está relacionado a la generación de situaciones de inseguridad jurídica, como cuando se coloca a individuos en funciones que no les competen. Nos referimos al caso específico de leyes que obligan a los médicos a denunciar hechos que consideran delitos. Esta situación se agudiza aún más cuando se intentan crear reglas “universales” para el manejo de información. Como sabemos, mucha de esta información se obtiene de manera individual, tiene particularidades y es específica. Un ejemplo es el artículo 30º de la Ley General de Salud (LGS) que obliga a médicos y médicas a denunciar los casos en que exista evidencia o indicios de un delito. Como se ha destacado:

“Sobre ninguna otra profesión recae esta obligación y esto hace que las médicas y médicos se vean involucrados en funciones que son ajenas a sus competencias. Cumplir con esta Ley, las/os obliga a renunciar a su derecho/deber de secreto profesional y a asumir funciones de persecución criminal ajenas a su competencia.” (PROMSEX. Abril de 2010).

Si bien no se puede negar que existen casos donde claramente se puede evidenciar la existencia de un delito, creemos que no es razonable que se exija que sea el médico o médica quien dictamine la violación de la Ley, y esto por varias razones. Primero, creemos que es elemental que prevalezca en el profesional de salud la finalidad fundamental del acto médico, entendiéndose que de su oportunidad y eficiencia depende muchas veces la vida del paciente.

Por ello, exigirles a los médicos y las médicas que rompan la confidencialidad de información depositada en ellos como parte del acto médico, bajo amenaza de ser sancionados, significa restringir su práctica y su deber como profesionales para privilegiar funciones que están fuera de su competencia profesional. Lo segundo está en relación a la capacidad de los profesionales de salud a determinar qué constituye y qué no constituye un delito. Como se destacó párrafos atrás, los profesionales de la salud no poseen ninguna certificación para constituirse como agentes de administración de justicia, algo que solo añade inseguridad jurídica.

ANÁLISIS DEL CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL Y SUS EXCEPCIONES AL SECRETO PROFESIONAL

Como resaltaremos a lo largo de este documento, consideramos que el respeto de la reserva de la información o del secreto profesional durante el acto médico debe ser entendido como el respeto a un derecho fundamental de las personas. En este sentido, existen ya leyes explícitas sobre el respeto a la dignidad de las personas. Un documento normativo adicional en lo relacionado al secreto profesional es el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

Pero antes de analizar lo referido al secreto profesional en este documento, quisiéramos destacar algunos puntos importantes. Primero, los códigos de ética y conducta profesional no se deberían constituir como leyes separadas del ordenamiento jurídico nacional. En efecto, el grupo de profesionales al que están dirigidos está constituido por ciudadanos cuyos derechos fundamentales se encuentran ya normados. Lo segundo es en relación al alcance de los códigos con respecto a su aplicabilidad y sanciones en caso de incumplimiento. El problema se complica si la institución que vela por el cumplimiento del código, el Colegio Médico en el caso del Perú, es la institución encargada de establecer mediante la colegiación obligatoria, quiénes pueden y quiénes no pueden ejercer la práctica médica. Existe entonces un evidente peligro de inseguridad jurídica al tener por un lado leyes por las cuales un sujeto puede

ser sancionado al incumplirlas (por ejemplo, al revelar información) y, por otro lado, normas éticas en las que se *“...establece, por consiguiente, cuáles son los deberes, los derechos y los valores con los que debe actuar cada médico en los servicios de atención de salud, en la administración y gestión de los mismos, en la educación de los futuros médicos, en la investigación científica, en el manejo documental y en las relaciones institucionales...”* (Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, 2007).

Esta situación coloca a los médicos peruanos en una posición peculiar y de ventaja frente a otros ciudadanos. Debe destacarse también que esta no es la característica de la práctica médica en otras partes del mundo. Dicho lo anterior, debemos analizar con cautela el contenido de los códigos de conducta profesional, en especial en lo relacionado a los derechos de los pacientes.

La última versión del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú contiene algunos artículos que se relacionan directamente con el secreto profesional. En el capítulo 2, titulado Del Respeto de los Derechos del Paciente, se destaca:

Art. 63° El médico debe respetar y buscar los medios más apropiados para asegurar el respeto de los derechos del paciente o su restablecimiento en caso que estos hayan sido vulnerados. El paciente tiene derecho a:

- a) Que se le atienda con consideración y pleno respeto de su intimidad y privacidad.
- g) Que se respete la confidencialidad del acto médico y del registro clínico.
- h) Que las discusiones de su caso clínico, las consultas, los exámenes y el tratamiento sean confidenciales y conducidos con la mayor discreción.
- i) Que se respete su intimidad y pudor, teniendo la potestad de autorizar o no la presencia de quienes

no estén directamente implicados en su atención, sin perjuicio de la misma.

Lo contenido en el artículo 63 guarda mucha similitud y concordancia con lo contenido en la reciente modificación de la Ley General de Salud en lo relacionado a los Derechos de los Pacientes. (Ley 29414 aprobada por el Congreso el 30 de setiembre de 2009). Sin embargo, el Código de Ética del Colegio Médico del Perú contiene aspectos adicionales que destacar con respecto al secreto profesional. El capítulo 6 del Código se refiere específicamente a este aspecto y contiene 3 artículos:

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 hubiese 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.

Como se observa, es el artículo 91 el más controversial, en especial si se toma en cuenta la línea de razonamiento que hemos intentado seguir en este documento. Al respecto, no quisiéramos redundar en los aspectos referidos a la limitada capacidad del médico y de la ciencia médica de establecer más allá de cualquier duda y riesgo una situación de daño a terceros, ya que estos han sido detallados en secciones previas. Nos parece necesario resaltar nuevamente lo que se destacó al inicio de esta discusión sobre los códigos de ética profesional, en relación al carácter vinculante que en nuestra legislación tiene el Colegio Médico con respecto a la práctica profesional.

Al respecto, es relevante considerar los contenidos en dos leyes vigentes. La Ley 15173 (dada por el Congreso de la República el 11 de agosto de 1964), que creó el Colegio Médico del Perú, establece la obligatoriedad de la colegiación para ejercer la medicina y el carácter vinculante con respecto al comportamiento profesional de los Códigos de Ética y Deontología. Si bien la mencionada ley menciona sanciones a quienes incumplan el código, destaca que la más severa (la expulsión) requerirá de una sanción judicial.

La Ley del Trabajo Médico (Ley 25186 del 29 de marzo de 2009) ratifica la condición vinculante de los Códigos de Ética y Deontología como determinante de las premisas en las que se debe desarrollar el acto médico.

Si entendemos que la vulneración del secreto profesional constituye una transgresión de un derecho fundamental, existe un evidente problema con el marco legal vigente y su relación con el Código de Ética y Deontología. Se estaría no solo normando una vulneración de un derecho fundamental sin los requerimientos necesarios (un mínimo procedimiento), sino por medio de normas cuyo alcance no es claro y basándose en razonamientos jurídicamente cuestionables, como es el uso del juicio moral de un grupo de profesionales en particular.

El secreto confiado, el secreto natural

Existe una gran diferencia entre lo que es un ***secreto natural***, independiente de todo contrato y que abarca todo lo que es descubierto por casualidad, por investigación personal o por confidencia. A pesar de que no se haya prometido reservarlo, podría tener restricciones morales, dependiendo de la propia opción del profesional, basada en sus convicciones morales, religiosas o simplemente personales. Influirá también en el tratamiento de la información, la trascendencia que pudiera tener y la posibilidad de dañar a terceros.

Una persona actuará entonces de manera muy diferente frente a la disyuntiva de revelar o no algo que es considerado un secreto natural. Esta omisión no es punible y queda mucho a criterio y juzgamiento de quien conoce la información, el determinar su nivel y si podría perjudicar a otro sin motivo razonable.

El ***secreto confiado***, si proviene de una promesa explícita hecha antes, ya sea por razón de la profesión del que recibe la información o por circunstancias que obligan a guardar silencio, debe ser estrictamente confidencial o profesional.

Existen en el mundo diferentes posiciones referidas a la confidencialidad del secreto profesional. Las básicas son (Pedro Pablo Altamirano. Distrito Mar del Plata, setiembre de 2008):

- ***El Secreto Absoluto:*** Su revelación no admite ninguna excepción. El médico y médica no podrá confiar un hecho conocido a través de su profesión ni a sus colaboradores. Esta modalidad utilizada en Inglaterra es la que se expresa en el Código Internacional de Ética Médica aprobado en 1949 por la Asociación Médica Mundial.
- ***El Secreto Relativo:*** La revelación queda supeditada a una "***justa causa***", es decir, cuando del mismo derive un gravísimo daño para terceros o cuando pueda revelarlo un magistrado competente por justa causa.

- Este último es el aceptado por la legislación argentina y por la del resto de países de América del Sur. Convalida la revelación a personas y entidades correspondientes (con discreción y límites) siempre que hubiese una razón suficiente: la denominada *justa causa*. Hay una variante de este secreto relativo, utilizado en Francia, y amplía el conocimiento a otro médico y médica o auxiliar de un hecho de su profesión siempre que redunde en beneficio terapéutico del paciente. Así, se crea la figura de un **Secreto Compartido**.

Para ilustrar estas diferencias, analizaremos el caso de un Paciente con VIH presentado por el médico legista Roberto Foyo en la Revista de la Sociedad Iberoamericana de Derechos Médicos.

“Paciente de 24 años, de sexo femenino, que se internó de modo programado en un hospital público a fin de efectuarse una colecistectomía. Cumplimentando lo habitual para casos quirúrgicos programados, se le pidió donantes de sangre aunque no fuera una cirugía que previera la necesidad de este aporte. Uno de los voluntarios a tal fin fue su novio con el cual se encontraba próxima a casarse. En los tamizados habituales en el Servicio de Hemoterapia se detectó reactividad para VIH por técnica de ELISA, motivo por el cual se consideró necesario citarlo para la obtención de otra muestra confirmatoria. Así, se le envió una carta a su domicilio en la cual se expresaba: “...como se detectó resultado positivo para VIH en el análisis de su sangre, le solicitamos que se acerque al Hospital XX para confirmar el resultado.” La misiva fue recibida por su madre la cual abrió la carta, la leyó y decidió, para evitar el impacto emocional que le causaría la noticia en la proximidad de su boda, romper la nota y no comentar nada de lo sucedido. Pasado un año y medio, el donante, ya casado, ingresó

al mismo Hospital por un síndrome febril prolongado para diagnóstico y tratamiento. Su suegra, que se había desempeñado laboralmente como enfermera en esa institución, al concurrir a visitarlo, se encontró con una ex compañera la cual le reveló el dato que su yerno era portador de VIH. Sorpresa, discusión y conflicto familiar fue el resultado de esa notificación luego de lo cual el paciente denunció penalmente al personal de Hemoterapia que había puesto en conocimiento de su madre (a través de la carta revelando el diagnóstico) y de su suegra su patología, considerando presente el delito de Violación de Secreto Profesional fallando el Tribunal interventor el caso de modo favorable al querellante.”

Este caso nos lleva a reflexionar sobre la variedad de consideraciones a tener en cuenta al divulgar información y que ello no implique violación al secreto profesional. Es inherente no solo a médicos y médicas, sino a todo profesional involucrado en el acto médico y, en su calidad de relativo y compartido, es sumamente importante el procedimiento que permite mantener la información bajo reserva.

Es necesario asimismo tener en cuenta las circunstancias en que se recibe la información ya que para constituirse en secreto profesional, debe ser obtenida como producto del ejercicio de la profesión médica. La legislación argentina confiere la obligación de reserva del secreto profesional a ***“toda actividad que se interprete como arte, oficio, empleo o profesión, sin reparar en las cualidades que esta tuviere”***.



2. Las excepciones del secreto profesional

Consideramos necesario destacar que el aspecto más importante en lo relativo al respeto del secreto profesional radica en entenderlo como el respeto a la dignidad de las personas. Para ello, hemos destacado los beneficios que implica la reserva de la información confiada a médicos y médicas por sus pacientes para lograr un acto médico más confiable y eficiente. Luego, hemos resaltado la obligación de los profesionales de salud de entender este respeto como un derecho fundamental que debe protegerse con equidad, sin discriminaciones ni diferencias, tanto en la práctica profesional privada como en la pública. En este sentido, analizaremos las excepciones sobre el secreto profesional.

Existen excepciones normadas por las leyes vigentes en el Perú, por lo que, sin que sea nuestra intención entrar a profundizar demasiado en estos aspectos, creemos que es necesario referirnos al marco legal vigente para la protección de los derechos fundamentales relacionados a la reserva de la información, al cual deben circunscribirse médicos y médicas para brindar atención de salud en el país.

Como ya hemos mencionado, la Constitución Política del Perú destaca el trato digno y la reserva de la información en el capítulo referido a los derechos fundamentales de la persona.

Como se sabe, un derecho fundamental no es un derecho absoluto. Las sociedades deciden poner gente en prisión cuando han cometido delitos y mediante juicios justos, vulnerando así el derecho fundamental a la libertad o libre tránsito. Estas son circunstancias en las que este tipo de derechos serán “legalmente vulnerados” por el Estado. Estas situaciones de excepción o extraordinarias implican la adopción de medidas por una alteración del desenvolvimiento normal de la sociedad. Las situaciones más comunes son: guerra o conflicto, alteraciones o desórdenes internos (conflictos armados no internacionales), emergencias económicas y desastres naturales.

La prueba más extrema de la existencia de vulneraciones de los derechos fundamentales por parte de los estados es la existencia de la pena de muerte, que sigue siendo legalmente legítima y practicada en varios países alrededor del mundo, a pesar de que se precisa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ***“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”***.

La Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas considera que es importante la interpretación y aplicación de cláusulas de limitación y restricción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con los objetivos y propósitos del Pacto. La

importancia de esta cuestión indujo a varias organizaciones no gubernamentales a patrocinar una conferencia internacional de alto nivel sobre las disposiciones de limitaciones y la derogación del Pacto.

Al respecto, consideramos relevante referirnos a los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, surgidos de una conferencia internacional que se celebró en Siracusa (Italia) en abril de 1984. Estos principios interpretan los alcances de las disposiciones del Pacto y establecen los alcances de las situaciones excepcionales que implican la suspensión de los derechos fundamentales.²

Según lo comentado ¿pueden entonces el médico y la médica negarse a revelar información confidencial suministrada por el enfermo y confiada bajo el secreto, aun cuando esta negativa lleve aparejado un enfrentamiento con la justicia? Queda claro así, que para nuestro no calificado punto de vista, el médico y la médica quedan a medio camino de una ambigüedad o doble mensaje jurídico, donde por un lado deben hablar y testificar y por otro tienen el deber de callar. (Dr. A. Carrera Riva Palacio, noviembre de 2006).

Consideramos que para negarse a revelar información argumentando a favor de la protección de un derecho fundamental, debe tenerse en cuenta que, si bien las leyes respaldan por un lado la posición de médicos y médicas para encarar su obligación de guardar reserva como parte del acto médico, también establecen límites de excepción. El problema surge cuando algunos de estos límites son ambiguos o demasiado generales. La denominada *justa causa*

² NACIONES UNIDAS. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Comisión de Derechos Humanos

Los participantes estuvieron de acuerdo en que:

a. Existe una estrecha relación entre el respeto de los derechos humanos y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; en verdad, la violación sistemática de los derechos humanos socava la seguridad nacional y el orden público y puede constituir una amenaza a la paz internacional.

b. Pese a las diferentes fases de desarrollo económico alcanzadas en distintos Estados, la aplicación de los derechos humanos es un requisito esencial para el desarrollo en su sentido más amplio.

c. Los participantes consideran que estos principios representan el estado actual de derecho internacional, con la excepción de algunas recomendaciones indicadas mediante la utilización de la forma condicional "deberían" en vez de la forma futura imperativa.

<http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-5-A.pdf>

puede ser precisa en casos flagrantes (herido de bala o apuñalado), pero demasiado general en otros. El peligro es que en muchos casos estaremos dejando al criterio del profesional de salud la decisión, quien tendrá que equilibrar su deber como médico, su propia ética profesional y moral con el marco legal para tomar una decisión. Pero existe una complejidad mucho mayor en los casos en los que se plantea la obligación legal de revelar la información confiada en el secreto profesional. Al respecto, analicemos algunos casos especiales.

Prevención de delitos futuros graves

Si bien de acuerdo a las normas legales que hemos examinado antes, ningún acto médico puede ser realizado sin el consentimiento libre e informado del paciente, también se establecen casos excepcionales donde se fija la obligación de relatarlo a la autoridad judicial, y son específicos en señalar que no podrán negar su testimonio. Existen entonces dos posibilidades claras para obligar a médicos y médicas a revelar el secreto médico: la exoneración del secreto por parte del propio paciente y el mandato del Poder Judicial.

Debido a la complejidad descrita y tratándose de excepciones que pueden responder a una variedad de situaciones, no existe una ley sobre este mandato del Poder Judicial referida específicamente a profesionales de salud en casos de potenciales delitos como actos terroristas. Esta situación implicaría que los médicos y médicas, si bien son sujetos privilegiados con respecto a cierta información, no son diferentes con respecto al resto de ciudadanos. Por ello, lo que cabe preguntarse es si la exigencia a los profesionales de salud expresa un nivel de requerimiento similar al que se le hace a todos los individuos de la sociedad y, por tanto, una ley específica no sería necesaria.

¿Qué sucede cuando a un médico se le confía información que objetivamente se constituirá en un delito? Nos parece interesante a este respecto referirnos a un caso específico, considerado por muchos como “emblemático”.

En el caso Tarasoff contra las Autoridades de la Universidad de California, el Tribunal Supremo de California estableció que en determinadas situaciones los psiquiatras tienen la obligación positiva de proteger a la víctima potencial del daño intencionado de uno de sus pacientes. El Tribunal afirmó que el derecho a la intimidad termina donde el peligro público comienza, de modo que los psiquiatras deben incluso advertir a las víctimas potenciales de que un paciente podría representar un serio peligro de violencia contra ellos. Partiendo del caso Tarasoff, este trabajo aborda los siempre difíciles de resolver conflictos entre derechos fundamentales – en el caso concreto estudiado, vida e intimidad personal – y se pregunta si existe o no un deber de proteger en el ordenamiento jurídico español. (María Magnolia Pardo López, 2007).

El caso Tarasoff contiene una serie de elementos que, sin duda, coinciden con los principios de Siracusa. Pero nuevamente, sin la intención de llamar superficial al Tribunal Supremo de California, creemos que el análisis omite un elemento fundamental. Como se deduce, el argumento central consiste en calificar la información brindada al médico, en este caso un psiquiatra que posee datos sobre potenciales actos contra terceros (por ejemplo, planes de asesinatos o de ejecutar actos terroristas) como el límite entre el peligro público y el derecho a la intimidad. Pero este argumento, que parecería resultar tan lógico, solo podrá ser válido si la información de este tipo siempre implica hechos que van a ocurrir y no son producto de la enfermedad de la persona. Para ser más didácticos utilicemos algunos ejemplos. En los esquizofrénicos paranoides, una forma frecuente de psicosis, el síntoma mental fundamental se conoce como delusión, que es una alteración del pensamiento. Estas delusiones contienen muchas veces descripciones de actos violentos que pueden incluir deseos de cometer daño a terceros. ¿Cómo saber cuándo esta información es producto solamente del universo alterado del enfermo y cuándo es información que contiene efectivamente el riesgo de daño a terceros?

Pero en salud mental no solo las personas con alteraciones del pensamiento (psicóticos) son los que frecuentemente informan a los psiquiatras sobre potenciales daños a terceros. Las personas con depresión o con ansiedad muchas veces expresan deseos de cometer actos contra ellos mismos o terceros. En estos casos, en muchas ocasiones el síntoma de cometer estos actos estará más ligado a un deseo de ayuda que a una realidad de planear actos concretos.

Si bien la destreza clínica del psiquiatra muchas veces es capaz de determinar la diferencia entre lo real y lo ficticio, no existe una regla clara para ello, ajena a la subjetividad. Y si recordamos que los psiquiatras también son seres humanos con contextos culturales étnicos y religiosos, podríamos concluir con un ejemplo para redondear nuestro argumento sobre la subjetividad: imagínense que se recibe información de dos psicóticos que expresan deseos de colocar una bomba; uno es un provinciano de origen humilde, estudiante de la Universidad de San Marcos, mientras que el otro pertenece a la clase media limeña y es estudiante de una universidad privada. ¿No será muy posible que la información sea recibida y tratada de manera distinta?

Prevención de consecuencias graves al bien común

Para prevenir la propagación de enfermedades infectocontagiosas se opta muchas veces por aislar a una persona o grupos de personas por un tiempo establecido como el necesario para que desaparezca el riesgo de contagio. Para tomar estas medidas, es necesario vulnerar no solo el derecho a la libertad de los individuos, sino que además se revelará muchas veces información sensible sobre diagnósticos. En casos en los que el daño a terceros no es directo o solucionable por la cuarentena, se puede argumentar la necesidad de revelar la información en beneficios de la salud de terceros. Un buen ejemplo de ello es la seropositividad con respecto a una prueba de VIH.

El análisis de estas medidas de vulneración de los derechos fundamentales, enmarcadas dentro de los principios de Siracusa como causales de salud pública, requiere, como en otros casos de afectaciones a derechos fundamentales, de gran rigurosidad y de contextualizarlas fuera del análisis puramente médico. Es necesario entonces una evaluación de variables como la proporcionalidad de las medidas, hasta las implicancias que estas acciones implican en la vida de las personas. Por ejemplo, medidas de aislamiento pueden implicar abandono de la familia, pérdida de empleo e inclusive potencial estigmatización (como en el caso de portadores de VIH o enfermos de TBC).

Por ello, el Estado peruano establece casos en los que se pueden presentar excepciones para proteger el interés superior de la sociedad, eximiendo a los profesionales de salud de violar la confidencialidad con sus pacientes, al transferir al Poder Judicial el determinar las circunstancias que lo justifiquen.

Artículo 5 de la Ley CONTRASIDA N°26626 del Ministerio de Salud

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 sólo podrán ser solicitados por el Ministerio Público o el Poder Judicial, siempre que las circunstancias lo justifiquen y únicamente para fines de investigación delictiva.

Dicho todo lo anterior, cabe preguntarse: ¿Son las intervenciones para preservar la salud pública o el daño a terceros inocuas? ¿Son estas intervenciones definibles con precisión más allá de toda duda razonable? ¿Son intervenciones siempre realizables o dependen de variables no controlables?

Un derecho fundamental es, sin duda, un bien que la sociedad procura y protege. Por tanto, las intervenciones que vulnerarán estos derechos deberían

cumplir ciertos requisitos. En este sentido, si bien debemos reconocer los invalorable avances de la ciencia médica, esta dista mucho de definiciones fuera del alcance de una duda razonable. El diagnóstico médico, por ejemplo, se basa en probabilidades y siempre posee un grado de incertidumbre. Lo mismo sucede con las intervenciones terapéuticas, que además poseen complejidades adicionales. Muchas medicinas son inyectables o suministradas por vía oral y requieren de, al menos, el consentimiento de la persona a la que se le va a dar el tratamiento. La atención sanitaria es además compleja y tiene riesgos, entre ellos el error humano, bastante difundido.

Cada caso de potencial propagación de enfermedades infectocontagiosas en el que se plantea la vulneración del derecho a la reserva de la información debería ser entonces objeto de un análisis riguroso que incluya el nivel de certeza del diagnóstico y el riesgo potencial para terceros. Todo ello deberá ser contrastado con los riesgos que esta intervención, como otras acciones médicas, posee.

Encubrimiento de delitos de violencia de grupos vulnerables: el ejemplo de la violencia contra menores

La violencia contra menores es un problema serio en el Perú. Según informe mundial de la ONU, al menos el 80% de los menores es corregido con violencia. Durante el 2009 se registraron 7705 casos de agresión a niños y adolescentes en los centros de emergencia Mujer, que dependen del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mimdes). La mayoría de las denuncias fue interpuesta por los propios menores (EL Comercio, noviembre de 2010).

La Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, de la cual el Perú es firmante, reconoce la necesidad de proporcionar al niño una protección especial:

“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”

Este enunciado es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño (en vigor desde el 2 de setiembre de 1990), y ampliado:

“Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,”

Por lo que los Estados Partes convinieron lo siguiente:

Artículo 2.

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Estos instrumentos legales internacionales son firmados por los Estados, asumiendo un compromiso especial en la protección de la infancia por el que están obligados a legislar de manera específica en favor de los niños. El marco jurídico peruano es el encargado de legislar en favor de esta población considerada vulnerable, así como de normar los procedimientos de aplicación de estas leyes, atendiendo el interés superior de los niños.

Por lo tanto, es este el marco jurídico que establece los deberes y derechos de los médicos y médicas para actuar y resguardar la integridad física de los menores. Cuando, como resultado del acto médico, resultan portadores de información confidencial, será la justa causa que determine la ley que podría obligar a revelarla. En el caso que haya el pedido de confidencialidad expresado por el paciente, queda el camino de persuadirlo o de transferir el caso al Poder Judicial.

Una vez más, creemos necesario insistir en que el profesional de salud es un ser humano que interactúa con otros seres humanos y, por tanto, el requerimiento legal debe considerar que como tal también tiene derechos y limitaciones.

Finalmente, opinamos que es razonable “obligar” a los profesionales de salud a ser parte de estrategias de protección a grupos vulnerables, pero estas estrategias no deben circunscribirse a solicitar de los profesionales de salud acciones basándose en su “sentido común”, sino que deben brindar pautas y un marco de intervención que permita lograr prácticas efectivas.

Los profesionales de salud deben incorporar rutinas y protocolos en su práctica sanitaria para identificar vulneraciones de acuerdo a lo establecido por las normas legales que existen para proteger a estos grupos de población. Se parte del supuesto que el Estado, al reconocer que estas vulneraciones existen, ha asumido un compromiso especial de protección y como complemento de este es indispensable que ponga a disposición de los profesionales de salud guías de acción respaldadas por la legislación vigente.

Si ponemos de ejemplo a niños o mujeres maltratados, las políticas de salud no deberían exigir que el profesional de salud los identifique y denuncie, sino más bien poner en su conocimiento que: "...la sociedad mediante leyes ha determinado que personas de estas características, al ser potenciales víctimas de maltrato, requieren que usted como profesional de salud proceda de esta manera...". Con respecto al manejo de la información y a la vulneración del secreto profesional, las guías deberán considerar los supuestos en los cuales esta información podrá ser utilizada por el sistema de salud para la protección de este grupo de individuos. Es muy importante insistir en que no deberá ser el criterio del médico (o del proveedor de salud) el que establezca la razonabilidad de la vulneración del secreto profesional.

Otras excepciones potenciales al secreto profesional: el aborto

Una situación específicamente destacada en la legislación peruana con respecto a la vulneración del derecho a la reserva de la información está relacionada al tema del aborto.

Como se sabe, el aborto se encuentra criminalizado en el Perú. Para las leyes peruanas, inducir el aborto es considerado un delito. En ese sentido, la Ley General de Salud especifica que ante la sospecha de un aborto, el profesional de salud está en la obligación de denunciar.

Por otro lado, si bien no es explícita, es razonable afirmar que la Ley peruana penaliza solamente el aborto inducido, mas no el terapéutico. El aborto

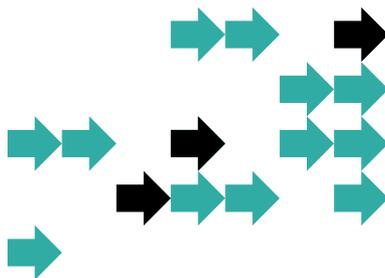
espontáneo, que responde a causas naturales, no es punible. En esta línea de razonamiento, si se trata de vulnerar el derecho de las personas a la reserva de la información que se da durante el acto médico, evidentemente la Ley asume que el aborto espontáneo y el aborto inducido son entidades claramente diferenciables. Solo así se podrá vencer el rigor necesario para vulnerar un derecho fundamental.

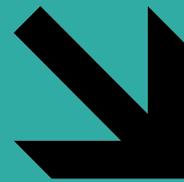
El aborto espontáneo es bastante común. Consiste en la pérdida del embrión o feto antes de las 21 semanas gestación o antes de que este (embrión o feto) pese 500 gr. Un cuadro clínico de aborto espontáneo consiste en dolores producto de contracciones uterinas intensas y sangrado. Las personas que acuden a establecimientos de salud por un aborto espontáneo se quejarán de estas molestias y pueden llegar a tener hemorragias considerables. Cuando se les examina, las mujeres que están abortando tienen los orificios de salida del útero usualmente abiertos y con pérdida del contenido del mismo. Muchas veces, estas personas no saben que están gestando o solo han notado un retraso menstrual. En efecto, muchas gestaciones tempranas (se calcula que hasta un 50%) se abortan por causas naturales (usualmente defectos genéticos severos).

Por otro lado, los abortos inducidos pueden ser hechos de varias maneras. Una forma es la realización de un legrado uterino, que es la extracción del contenido mediante instrumentos conocidos como legras. Luego del procedimiento, si este está bien hecho, usualmente hay sangrado escaso y la persona no requerirá atención adicional. Otra forma es mediante medicamentos que inducen contracciones uterinas y el ablandamiento del útero. Las personas que utilizan este método llegarán sangrando a recibir atención sanitaria, con los orificios de salida del útero usualmente abiertos y con pérdida del contenido. Pueden sangrar considerablemente y, como el cuadro es similar al de un aborto espontáneo, no permitirá con facilidad reconocer si se trata de un aborto que la Ley considera ilegal. De más está decir que cualquier tipo de aborto inducido es mucho más fácil y menos riesgoso en las primeras semanas de gestación, coincidiendo con el momento en que los abortos espontáneos son más frecuentes.

¿Podrá entonces un médico ser capaz de identificar en este universo de posibilidades quiénes se han inducido el aborto y quiénes no, más allá de cualquier duda razonable y así poder vulnerar su derecho fundamental a la reserva de la información? Sin duda, un médico podrá identificar a ciertas mujeres que han sufrido complicaciones de abortos inducidos en condiciones inadecuadas, en las que, por ejemplo, se les ha perforado alguna víscera o se les ha producido una infección. No podrá, sin embargo, como hemos visto en el párrafo anterior, identificar a quienes no reconocen haber tomado algo (pues reconocerlo es admitir la comisión de un delito) y llegan con un cuadro clínico indistinguible de un aborto espontáneo. La medicina tiene esta limitación; y la obligación que intenta normar la Ley General de Salud impresiona por ser discriminatoria al solo castigar, por la incapacidad de la medicina de establecer diferencias más allá de toda duda, a quienes tienen mala suerte o pocos recursos económicos.

Así, la reserva de la información se constituye no solo como un mecanismo positivo en la construcción de la relación médico-paciente, sino que también en una herramienta de protección de los ciudadanos ante las limitaciones de la medicina.





Conclusiones

La reserva de la información obtenida durante el acto médico es vital para establecer un diagnóstico, un tratamiento y está íntimamente ligada a crear una relación de “confianza”. Proteger esta relación de confianza es extremadamente vital, ya que repercute directamente no solo en el éxito del acto médico individual, sino que tiene un efecto que se puede extender a la salud de terceros.

Con respecto a la reserva de la información obtenida durante el acto médico, la legislación peruana contiene leyes que tienden a estandarizar y colectivizar la variedad de situaciones que deberá enfrentar un médico o médica para preservar y recuperar la salud de sus pacientes, con el riesgo de deteriorar la relación de confianza necesaria para lograr un acto médico eficiente.

Adicionalmente, el marco normativo actual no advierte que la información que se produce durante una atención de salud no tiene siempre el mismo valor y sensibilidad, ni considera que no existe una regla clara para calificarla. Esto último es la base para la obligación de reservarla, pues su divulgación puede

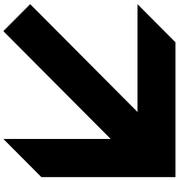
dañar la intimidad y la dignidad de las personas, constituyéndose así en una vulneración de un derecho fundamental.

El respeto por la dignidad de las personas es uno de los pilares del ordenamiento jurídico moderno. La Constitución Política del Perú consagra el trato digno y la reserva de la información en el capítulo referido a los derechos fundamentales de la persona. Los profesionales de salud deben entender que el respeto a la privacidad y dignidad es un derecho fundamental que debe protegerse con equidad, sin discriminaciones ni diferencias.

Existen circunstancias en las que derechos fundamentales pueden ser “legalmente vulnerados” por el Estado (guerra o conflicto, alteraciones o conflictos internos, emergencias económicas, desastres, riesgos de salud pública). Es aceptable que el Estado decida “obligar” a los profesionales de salud a ser parte de estrategias de protección a grupos vulnerables que impliquen incumplimiento del secreto profesional. Sin embargo, consideramos que esto se debe realizar dentro de un marco normativo y jurídico que brinde pautas precisas de intervención.

En casos específicos, como al exigir la violación del derecho a confidencialidad para identificar un delito de aborto criminal, la ley peruana actual no solo coloca a médicos y médicas en un rol de administradores de justicia que no les corresponde, sino que supone que este delito es siempre fácilmente identificable, sin considerar las limitaciones que tiene la ciencia médica. Esta limitación de la ciencia médica es común a otras situaciones como el control de enfermedades infectocontagiosas y la prevención de daño a terceros.

El marco legal vigente no es claro con respecto a considerar el derecho a la confidencialidad como un derecho fundamental. Esto ha originado que normas menores puedan contener consideraciones para su vulneración, como es el caso del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

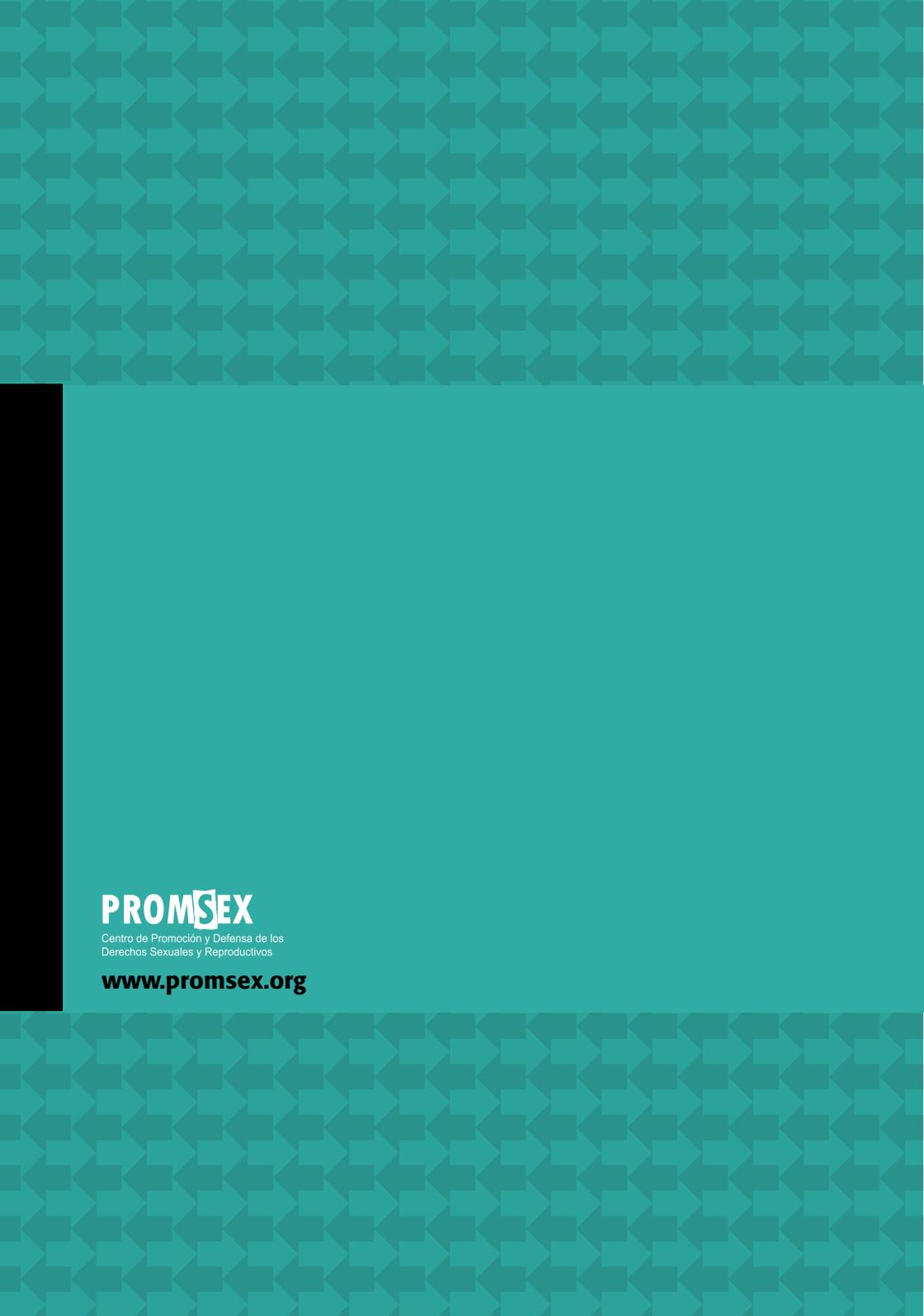


Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño (en vigor desde el 2 de setiembre de 1990).
- Colegio Médico del Perú. Código de Ética y Deontología, 2007.
- Dr. Alfonso Carrera Riva Palaci. Ponencia realizada en la presentación del libro "Persecución legal del aborto en la Ciudad de México: un atentado al derecho a decidir" de Ana Cortés de GIRE. México, noviembre de 2006.

- EL Comercio, noviembre de 2010. "Mimdes quiere prohibir por Ley el castigo físico a niños".
- María Magnolia Pardo López. Anales de Derecho, Universidad de Murcia, 2007. "Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas. Una proyección hipotética de la doctrina Tarasoff sobre el ordenamiento jurídico español".
- Pedro Pablo Altamirano. "Secreto Médico-Una mirada bioética". Comité de Bioética IX° Distrito Mar del Plata San Cayetano, 18 de setiembre de 2008.
- PROMSEX. "¿Confidencialidad o Justicia? La regulación del deber/derecho al secreto profesional médico en el Perú y sus implicancias en el derecho a la salud". 12 de abril de 2010.
- PROMSEX. "Médicos en conflicto - entre la cura y la denuncia: Artículo 30". Lima, 21 de agosto de 2007.
- Roberto Foyo. Caso de paciente con VIH presentado en la Revista de la Sociedad Iberoamericana de Derechos Médicos.

Lima, mayo de 2011



PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org

ISBN: 978-612-4106-04-0



Planned Parenthood[®]
Federation of America, Inc.

INTERNATIONAL

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org