

Violación de secreto médico y denuncia de aborto* Soledad Deza **

La intimidad y la libertad son derechos fundamentales de todas las personas y su protección legal se instrumenta desde el derecho público y privado. La violación del secreto médico está contemplada como delito y el deber de confidencialidad del equipo de salud, frente a situaciones que involucren a sus pacientes, ha sido interpretado por la jurisprudencia en fallos emblemáticos como “Natividad Frías” y “Baldivieso”. Las situaciones post-aborto que impulsan a mujeres a buscar atención médica en hospitales públicos, las expone a denuncias por parte de los mismos profesionales que las asisten. Este trabajo busca desmontar una falsa tensión existente entre obligación de denunciar vs. obligación de guardar reserva, apelando al orden vigente y a un enfoque de género que deje ver que sólo niñas, adolescentes y mujeres con escasez de recursos materiales y simbólicos son las que acaban criminalizadas en esta situaciones.

Palabras clave: confidencialidad - secreto profesional - aborto - paciente - derechos - vulnerabilidad - género - salud - derechos humanos

Privacy and freedom are fundamental rights and are legally protected by public and private law. The violation of medical confidentiality is considered a crime. The health team's duty of confidence to patients has been interpreted by case-law in paradigmatic judgements as “Natividad Frías” y “Baldivieso”. Women in post-abortion situations that seek health care in public hospitals are exposed to criminal complaints carried out

* Una versión más acotada de este artículo fue publicada en la Revista Digital *Microjuris Argentina* bajo el título “Deber de guardar el secreto profesional en situaciones post-aborto”, disponible en: <http://ar.microjuris.com>. Aquel artículo, limitado a la perspectiva jurídica de los los conceptos de confidencialidad y deber de guardar reserva bajo la óptica penal, carecía de la perspectiva que otorga a este tema la justificación bioética del secreto médico, que se desarrolla aquí. Este artículo, a la vez, es producto de un trabajo de investigación más profundo, actualmente en curso, acerca de la situación del aborto en Tucumán desde una mirada interdisciplinaria y con trabajo de campo. Quiero agradecer a Julieta Arosteguy por la lectura generosa de este artículo y sus acertadas sugerencias.

** Abogada. Directora del Centro de Estudios de Género de la Universidad San Pablo T de Tucumán.

by the same professionals that assist them. This paper argues against the supposed tension between the duty to report and the obligation of maintaining confidentiality. It considers the existing legal framework and takes a gender perspective in order to show that only girls, adolescents and women with limited economic and symbolic resources are criminalized in such situations.

Key words: confidentiality - medical confidentiality - abortion - patient - rights - vulnerability - gender - health - human rights

Recientemente un caso de la provincia de Tucumán, el caso “María Magdalena”,¹ tomó repercusión nacional por la violencia y crueldad que recibió una paciente en situación post-aborto al ingresar a una maternidad pública. La mujer, de 26 años, ingresó al hospital con hemorragia ginecológica y fue recibida en la madrugada por la jefa de Guardia y una médica residente. En el interrogatorio previo, según da cuenta la historia clínica de la paciente, ella refirió estar en uso de anticonceptivos inyectables y desconocer su situación de gravidez. No obstante, las médicas tratantes diagnosticaron un “aborto provocado” y efectuaron una denuncia policial –decisión que consta en la historia clínica de puño y letra, con rúbrica de ambas. Además de existir constancia de la violación del deber de guardar reserva, está documentada la realización de un legrado sin anestesia y el ingreso de personal uniformado a la sala de partos comunitaria donde se hallaba internada la paciente para tomarle declaración en relación con la denuncia de aborto que sus médicas formularan en su contra.

Para justificar esta conducta de violación del secreto médico por quienes tienen deber de guardar reserva, se

suele apelar a una falsa tensión entre la obligación a guardar reserva o confidencialidad (propia de la relación médico-paciente) y la obligación de denunciar un acto como el aborto, penalizado por la ley, en lo que se interpreta como deber de colaborar con el poder punitivo del Estado.

Este trabajo tiene como objetivo desarticular la tensión aparente entre la obligación de confidencialidad y la obligación de denunciar, demostrando que una comprensión acabada de la normativa legal imperante, y las interpretaciones que al respecto han efectuado los Tribunales desde 1966 hasta ahora, son elementos que permiten resolver la falsa tensión a favor de la prevalencia del secreto médico. Para ello, se abordará el marco legal que rodea al secreto profesional, la justificación moral que puede ofrecerse desde la bioética y cómo la ponderación judicial de los derechos fundamentales en juego es concluyente para dar preeminencia a la protección de la intimidad, la privacidad, el derecho a no autoincriminarse, la libertad y la salud de una paciente por sobre el interés del Estado en perseguir delitos como el aborto. Finalmente se resaltarán el sesgo de género y la vulnerabilidad de las

mujeres en situación post-aborto en el ámbito de la salud pública, para concluir que la violación del deber de guardar secreto en estos casos, además de configurar una conducta reprochable por la ley, entraña una doble discriminación por afectar a mujeres pobres.

1. Marco legal del secreto médico

El deber de guardar el secreto profesional reposa sobre fundamentos éticos y jurídicos que apuntalan la relación médico-paciente. Los que provienen de la ética tienen su base en el Juramento Hipocrático,² a través del cual el profesional de la salud jura “guardar silencio sobre lo que, en [la] consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendr[á] en secreto todo lo que pudiera ser vergonzoso si lo supiera la gente.” En cuanto a los fundamentos jurídicos, el deber de confidencialidad que el galeno debe a su paciente no sólo surge de normas específicas dictadas en materia de salud sino que, además, su importancia se observa al notar que la legislación penal ha tipificado como delito la revelación del secreto médico.

En nuestro país, el *Código de Ética Médica* de la Asociación Médica Argentina expresa que “el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión” (art. 66). Pero los antecedentes bioéticos del deber de reserva se remontan a instrumentos internacionales con larga vigencia en la materia. El *Código Internacional de Ética Médica* (1949)

adoptado en Londres por la Asociación Médica Mundial señala que “El médico debe a su paciente absoluto secreto en todo lo que se le haya confiado o él sepa por medio de una confidencia”. Por su parte, la *Declaración de Lisboa* de la Asociación Médica Mundial sobre derechos de los pacientes, elaborada en 1981 y revisada en el año 2005, deja establecido el principio del secreto para la relación médico-paciente al sostener que “Toda información identificable del paciente debe ser protegida”. La *Declaración de Washington* de la misma Asociación (2002), sobre las consideraciones éticas en torno a los datos de la salud, establece a su vez que “Cuando sea posible la información para usos secundarios debe ser anónima [...] o protegida por códigos”.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, pueden identificarse varias vertientes según el foco esté puesto en el derecho público o privado.

Desde la criminología, ámbito del derecho público, se ha valorado el deber de confidencialidad que preserva la intimidad de una persona en el marco de la relación médico-paciente como de fundamental importancia. Prueba de ello es que la revelación de un secreto sin que medie justa causa ha sido tipificado como delito en el art. 156 del Código Penal, que dispone “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”. En

el ámbito del derecho de procedimiento penal también se protege específicamente el deber de reserva del equipo de salud. El Código Procesal Penal de Tucumán (CPPT) establece en el art. 223 el “Deber de Abstención” aclarando que “Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: [...] los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar [...]. Sin embargo, estas personas no podrán negar el testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar el secreto”. En cuanto a la “obligación de denunciar”, la ley dispone en el art. 326 inc. 2) del Código Procesal Penal de Tucumán que “Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: [...] 2. Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier ramo del arte de curar que conozcan esos hechos al prestar los auxilios de su profesión, salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté por la ley bajo el amparo del secreto profesional.”

En el ámbito del derecho privado, también la legislación se hace cargo de esta obligación de reserva. De esta forma, el art. 11 de la Ley Nacional 17.132 que reglamenta el ejercicio de la medicina establece “Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer –salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo

previsto en el Código Penal–, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal”. Si bien la ley local tucumana sobre el ejercicio de la medicina (Ley N° 5544) nada dice en forma expresa, se presume que los principios que informan desde el ámbito internacional y nacional al bloque constitucional federal tornan aplicable las disposiciones que preserven derechos fundamentales, como son el derecho a la intimidad, a la libertad, a la privacidad, a la salud y a no-autoincriminarse.

Por otra parte, la Ley Nacional 26.529 de “Derechos del paciente” establece en el art. 2, bajo el tópico “Derechos del paciente”, que “Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva,

salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente”. En la provincia de Tucumán, la Ley 6.952 en su art. 1 inc. 6 dispone que todo paciente tiene derecho “a que se respete su intimidad y la confidencialidad de todo lo relacionado con procedimientos, diagnósticos, exploraciones, interconsultas, tratamientos. Quienes no estén directamente implicados en su atención, deben contar con la autorización del paciente para estar presentes en cualquier acto relacionado con la afección que padece”. La Ley Nacional 25.326 de “Protección de datos personales” establece en su art. 8 que “Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional”; y en el art. 10, bajo el título “Deber de confidencialidad”, la ley establece que “1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos. 2. El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública”.

Por su parte, en lo que atañe a la pro-

tección de la intimidad como derecho humano conforme a los tratados de derechos humanos, el secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) declaró que el derecho a la intimidad garantiza “un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades absolutamente personal para cada individuo”. El derecho a la privacidad está protegido por varios tratados de derechos humanos. Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), cuyas normas han adquirido el carácter de *ius cogens* o derecho fundamental e imperativo para los Estados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) dice textualmente en su art. 12: “Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su domicilio o correspondencia ni de daños a su honor o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales intromisiones o daños”. En el mismo sentido, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece: “(1) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (2) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. A su vez, el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos

(CADH) dice: “(2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. (3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Como puede observarse, la obligación de respetar la intimidad del paciente y el deber de no revelar los datos a los que se acceda en virtud del vínculo sanitario generado entre el galeno y la persona que busca su asistencia médica tienen fundamento legal en el derecho positivo nacional e internacional, público y privado.

Sin embargo, a pesar de la amplia normativa que protege el secreto profesional, el caso analizado muestra que en la provincia de Tucumán, desde la salud pública, no sólo no se condena la violación del secreto médico y la obligación de confidencialidad como el delito penal que constituye sino que, paradójicamente, se reivindica la denuncia de abortos como una conducta esperada del profesional de la salud.³

A continuación, analizaremos los argumentos morales sobre los cuales se apoya la obligación de secreto profesional, y evaluaremos si existen razones morales de peso para esgrimir una obligación superior de denunciar un caso de aborto, pasando por alto la normativa que privilegia el secreto médico y las razones morales que lo avalan.

2. Justificación moral, límites y alcances de la obligación médica de guardar secreto

La obligación de preservar el secreto médico que se impone al efector de salud y el derecho a la confidencialidad que resguarde la intimidad al paciente se inscriben, en nuestro país, bajo lo que se ha dado en llamar secreto *relativo* para significar que la regla genérica de guardar secreto puede, aunque sólo en casos excepcionales de justa causa, ceder y permitir que se revelen datos que forman parte de la vida privada de quien ostenta la calidad de paciente. Ello, por oposición al secreto *absoluto* que no admite ninguna clase de excepción a la obligación de reserva, como ocurre con el secreto de confesión.

La justificación moral que se propone desde la bioética⁴ para el deber de confidencialidad radica en la dignidad, propia de la persona humana, como agente moral autónomo. Desde una posición utilitarista, el respeto al deber de confidencialidad se basa en la confianza que debe subyacer en la relación médico-paciente para generar un escenario favorable y empático para la anamnesis que contenga a aquél que tiene que “desnudar” su intimidad ante un profesional extraño y pueda lograr así un intercambio fluido y seguro para exponer con verdad los males que le aquejan. Este ámbito de tranquilidad en el que se debe brindar la atención sanitaria habrá de coadyuvar directamente a la optimización del ser-

vicio de salud prestado por el equipo, y con idéntica intensidad promoverá las condiciones conducentes para mejorar la calidad de las prestaciones e incentivar su búsqueda y acceso en la población más vulnerable que es la que corre usualmente con mayores riesgos.

Desde el enfoque de una ética de mínimos y máximos que desarrolla Diego Gracia⁵ también es posible justificar el deber de guardar reserva en situaciones post-aborto aún cuando este autor indique que la autonomía ocupa un lugar inferior respecto de otros principios. Haciendo uso de los principios de la bioética, este autor sostiene que no se encuentran situados todos al mismo nivel, sino que pueden jerarquizarse en un nivel universal que convoca una ética de mínimos y que sería guiada por los principios de no maleficencia y de justicia; y en un nivel particular, propio de la relación médico-paciente o ética de máximos, que se guiará con los principios de autonomía y beneficencia.

Desde estas perspectiva, el deber-derecho de confidencialidad se sustenta principalmente en el principio de autonomía del paciente que debe ser respetado, siempre y cuando se haya cumplido previamente con el respeto al principio de no-maleficencia (evitar un daño grave a terceras personas concretas) y de justicia (tratar a todos los pacientes con el mismo respeto).

Siguiendo esta propuesta puede advertirse que aún entendiéndose que la autonomía debe ceder ante una ética de

máximos, denunciar el aborto de la paciente (y violar así el deber de confidencialidad) no es una acción médica que busque evitar un daño a ninguna persona. Por el contrario, denunciar a la mujer abortante tendrá como efecto únicamente producirle a ella el daño propio de la criminalización. Y ello violaría tanto el principio de no maleficencia, como el de justicia para la paciente.

Al mismo tiempo se impone destacar que no sólo existe una justificación moral teórica para el secreto médico, sino también una justificación moral desde la praxis que se apoya en la responsabilidad moral de cada profesional frente al hecho concreto de que la persona que busca atención sanitaria, en forma implícita pero real, deposita su confianza en que lo íntimo de su padecimiento no será divulgado. Si el profesional falla en la expectativa de reserva de la privacidad, habrá traicionado gravemente la confianza de una persona en condición de vulnerabilidad. Esta responsabilidad moral, que concierne evidentemente al médico, le cabe de igual manera a todo integrante del equipo de salud que en el ejercicio de su práctica clínica ha tenido conocimiento de hechos o datos personales del enfermo.

En la actualidad la relación médico-paciente se define como una forma particular de relación social que tiene su causa eficiente en la interacción que demanda la atención sanitaria de las personas, y en cuya base descansa una relación emocional. Es la piedra angular de la gestión médico-asistencial y

se encuentra condicionada socio-históricamente por la ideología y las normas éticas dominantes en un determinado contexto.⁶ Además, el principio de la beneficencia exige a los galenos no sólo conocimientos técnicos, sino también cualidades psicológicas y comportamientos subjetivos eficaces para que esa interacción no oblitere la autonomía del paciente.

La protección de la autonomía y de la intimidad de quien en calidad de paciente se encuentra en una situación de asimetría de poder frente al sujeto de supuesto saber, su médico/a, reconoce como objetivo principal garantizar las condiciones necesarias para que quien padece alguna dolencia sea capaz de concretar en forma personal, autoreferente y libre las elecciones que se imbrican en cualquier práctica sanitaria, sin interferencia alguna de terceros o del propio Estado (representado por el efector de salud en el ámbito de la salud pública). Es así que el principio de autonomía no sólo apuntala la libertad del paciente, sino que por lo mismo contribuye a generar un ámbito de tranquilidad y confianza que coadyuve a todas sus decisiones y elecciones.

De esta forma, la obligación de guardar secreto médico promueve la seguridad, para las personas necesitadas de atención sanitaria que se vean expuestas a desnudar hechos y/o circunstancias de su vida privada ante un efector de salud, de que éste no divulgará los mismos en su perjuicio. La falta de reserva de la intimidad, por otra parte, vulneraría el principio de beneficencia y el de no maleficencia que impone al equipo de salud desple-

gar todas aquellas medidas que tiendan a hacer un bien a su paciente y, con igual intensidad, abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pudiera ser eficaz para ocasionarle un mal a su salud.

Siguiendo esta lógica, corresponde afirmar que el equipo de salud debe guardar secreto como regla general y que, para estar obligado a denunciar, será necesario que concurren circunstancias especiales que descartan el secreto. Es lo que el mismo Soler ha llamado “zona de facultad” para dejar en claro que el profesional de la salud debe ser conciente de que sólo podrá revelar aquellos datos provenientes de una situación no protegida por el “secreto”, debiendo callar, si es que existe tal protección de confidencialidad.⁷

La concurrencia de ciertas **circunstancias excepcionales** se erigirá en un límite para la obligación de confidencialidad y habrá de implicar necesariamente **la existencia de un interés perseguido por la revelación que se demuestre notoriamente superior al que se preserva con el secreto**. Por este motivo, las circunstancias que lleven a un miembro del equipo de salud a revelar un secreto deben ser de tal magnitud que justifiquen la posibilidad cierta de restricción de derechos fundamentales como son la intimidad, la privacidad, la libertad, la dignidad y el acceso a la atención sanitaria (también denominado derecho a la salud). Es lo que en doctrina se ha dado en llamar “**justa causa**”.

Para comprender el alcance del concepto de “justa causa” que motive de verdad la revelación de datos obteni-

dos o conocidos en el marco de la atención sanitaria es necesario razonar la relación entre el deber de confidencialidad y la facultad de revelar el secreto, en términos de una relación regla-excepción. En esta relación la regla es la obligación de guardar el secreto y la excepción deberá ser también de origen legal como ocurre con la obligación de secreto.

Este razonamiento deductivo se obtiene al advertir que al ser la obligación de guardar secreto **una obligación genérica creada por la ley a modo de conducta esperada en todos los casos de atención sanitaria, también habrán de estar contempladas en las leyes las situaciones puntuales que marginen este derecho del paciente** y faculden por tanto al profesional de la salud a comportarse por fuera de la conducta esperada por la legislación.

Tales situaciones que justifican un apartamiento de la regla de reserva son: a) Denuncia obligatoria según lo estipulan las leyes para los casos de Lepra (ley 11.359), Peste (ley 11.843), Enfermedades infectocontagiosas (ley 12.317), Enfermedades venéreas en período de contagio (leyes 12.331 y 16.668), Sida (ley 23.798) y Certificados médicos en A.R.T. (ley 24.557); b) Cuando por su importancia y trascendencia médica el caso sea informado a sociedades científicas (art. 11 ley 17.132); c) Cuando el médico actúa como perito, debido a que la relación que une al perito con la parte peritada no es una relación médico-paciente más que circunstancial; d) Cuando el médico tratante sea requerido por la

justicia en calidad de testigo y siempre que estuviere formalmente relevado de la obligación de abstención (art. 216 Código Procesal Penal de Tucumán); e) Cuando el médico reclame honorarios; f) Denuncia de nacimientos y defunciones (ley 26.413 y Dec. 278/2011); g) Delitos de acción de instancia privada de los que resultaren la muerte de una persona o se trate de lesiones gravísimas; h) En el caso de menores o incapaces, cuando no haya representantes legales o se encuentren en situación de abandono, o bien cuando hubieren intereses gravemente contrapuestos entre el incapaz y su representante. (art. 72 Código Penal); i) Excepciones en caso de VIH, contempladas en el Decreto 1244/91 que reglamenta la ley 23.798; j) Cuando se trata de evitar un mal mayor (art. 11 Ley 17.132). La doctrina entiende que en estos casos existe una colisión de deberes para el profesional médico (deber de guardar el secreto y obligación de denunciar) que deberían resolverse a la luz de la teoría del estado de necesidad o de la legítima defensa. El principio de estado de necesidad requerirá al profesional de la salud valorar los bienes jurídicos de la comunidad que entiendo en peligro, frente a los bienes jurídicos individuales que está llamado a proteger y que habrán de vulnerarse con la divulgación; k) Situaciones en las que corre peligro la vida o la integridad física y psíquica de su paciente (Ley 26.485 de protección integral contra la violencia).

Me detendré brevemente en los apartados h) y j) por cuanto los mis-

mos pueden prestar a confusión y justificar erradamente revelaciones de secreto.

En el caso de menores el equipo de salud deberá ser sumamente cuidadoso con los nuevos paradigmas que informan la capacidad de estas personas. Nuestra legislación ha evolucionado en materia de derecho de las personas, y sobre todo en lo que se denomina usualmente derecho de familia, debido a la integración del bloque de constitucionalidad que otorga obligatoriedad local a Tratados y Pactos internacionales que Argentina ha suscripto. Este cambio de paradigma, en el cual el menor ha pasado de ser objeto de derecho a sujeto de derecho, recepta un concepto que viene discutiéndose en bioética, que es el de la competencia progresiva.

Una correcta interpelación al principio de autonomía deberá convocar al profesional de la salud a determinar las circunstancias puntuales de desarrollo psicofísico que presenta su paciente menor de edad y asumir que le pertenece la capacidad de decidir determinadas cuestiones que afectan exclusivamente su vida. En este orden de ideas, el derecho a la confidencialidad de quien demuestre las competencias propias para decidir debe ser respetada, máxime si se trata de un paciente sin responsabilidad parental que lo cobije. Pero la excepcionalidad de la violación del secreto médico indica que para que ceda la confidencialidad en estos casos, el escrutinio del profesional sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que dimensionan su competencia progresiva debe ser es-

tricto, aún en caso de contraposición de intereses con sus progenitores o adultos a cargo.

Esto, por cuanto se presume que la autonomía de las personas es inherente a un desarrollo psico-físico que no es uniforme, que habrá de reconocerse en cada caso como habilitadora de decisiones sobre el propio cuerpo y la propia biografía que van más allá de los límites arbitrarios impuestos muchas veces desde la ley (ej. menor impúber, menor púber, menor adulto en la actual legislación y “adolescentes” en el proyecto de reforma). El acceso a la anticoncepción para niñas, niños y adolescentes es un ejemplo de ello. En la Provincia de Tucumán, donde aún no se ha adherido a la Ley 26.573 de salud sexual y procreación responsable, es común observar esta práctica ligada a las convicciones propias de cada profesional de la salud. Esta anomia genera un abanico de posibilidades que incluyen en muchos más casos de lo deseable, la negativa directa a prescribir algún tipo de método anticonceptivo, o bien, la exigencia de la presencia de los padres para la consulta, en franca violación del derecho a la confidencialidad médica que ese o esa menor ostentan como paciente.⁸

Otro supuesto interesante para analizar es el que justifica la violación del secreto médico con el propósito de evitar un mal mayor. Pensemos en una consulta médica, en el marco de la cual el profesional de la salud diagnóstica en su paciente una enfermedad con predisposición genética sólo para mujeres —como ocurre con la hemofilia, el síndrome de X frágil y la distro-

fía muscular de Duchene-, en las cuales las hermanas y tías maternas, como así también las propias hijas de un paciente afectado pueden ser las portadoras del gen y tener a su vez hijos afectados. Este dilema autorizaría al profesional de la salud a ceder su obligación de reserva y a exponer la situación de salud de su paciente a aquella parte de la familia que pudiere resultar afectada. Jerarquizando los bienes en juego y teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, es claro que el derecho a la intimidad de ese paciente estará por debajo del derecho a la vida y a la salud de varias personas allegadas. No ocurriría lo mismo con enfermedades que no fueran tratables o cuyos tratamientos fueran de difícil acceso o de dudosos resultados –como ocurre, por ejemplo, con el mal de Huntington donde las opciones de tratamiento y cura son nulas.

Volviendo a las situaciones post-aborto, en modo alguno debe interpretarse discrecionalidad posible o tensión entre varios bienes en juego. En primer lugar, porque dadas las particularidades de estos casos, la vida intrauterina (si existiere como autónoma, con lo cual no acuerdo, aunque dicho tema excede el marco de este trabajo) ya no existe al momento de acceder la mujer a la consulta médica. En segundo lugar, y como consecuencia directa, cualquier tipo de tensión entre bienes a jerarquizar quedan descartados al momento siguiente de constatar un aborto, toda vez que la única vida en presencia del galeno es la de la mujer abortante y, por ende, la confidencialidad le es debida a ella y no existe razón (ni vida de

tercero) que justifique ceder la obligación de secreto.

Como puede advertirse, si bien el derecho a la intimidad no es absoluto, la situación que justifique la revelación de datos biográficos personales protegidos por el secreto médico debe ser una situación contemplada en la normativa. Y aún cuando el profesional de la salud conserve una dosis de discrecionalidad para casos puntuales, **la justa causa no puede fundarse en la simple convicción de que se encuentra ante una situación perseguible punitivamente por el Estado.**⁹

Tampoco habrá de ceder cuando convicciones o creencias personales de los integrantes del equipo de salud se muestren enervadas por la conducta de alguno o alguna de sus pacientes, o bien por las elecciones que las personas que son asistidas médicamente hubieran tomado o pudieren llegar a tomar.

Estas situaciones de supuestos conflictos personales o dudas morales que registran únicamente como base un posible compromiso de la propia ética del efector carecen de la eficacia para lograr descartar la protección de la esfera personal de intimidad que indica el secreto como obligación. Las cosmovisiones personales de quien realiza tareas en el arte de curar y que pudieren comprometer de algún modo los términos de la relación médico-paciente corresponde sean puestas en un paréntesis que garantice a quien solicita atención sanitaria que tal situación no habrá de conferirle peligro a su libertad ni riesgo a su autonomía.

3. Tensión ficticia entre la obligación de denunciar y el deber de confidencialidad. Un bien jurídicamente protegido

Carlos Creus¹⁰ expresa que el bien jurídico protegido en lo que a secreto profesional se refiere es la libertad individual, en cuanto a la esfera de reserva que constituye la intimidad de una persona. Se trata de amparar la libertad individual relativa a los secretos confiados por necesidad a personas que se hallan en determinados cargos, artes o profesiones.

El quiebre del secreto profesional es un delito de peligro concreto. Basta con que el daño sea potencial y posible, lo cual supone que no habrá de analizarse la probabilidad cierta de que exista o no perjuicio concreto para la víctima. Es suficiente la sola ruptura de la esfera de la privacidad para que la libertad, protegida por este tipo penal, y la intimidad como derecho fundamental que subyace, se vean dañadas. Siguiendo la normativa internacional con respecto al derecho a la intimidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió a favor del secreto médico, generando un caso emblemático en la materia: “De la Cruz Flores vs. Perú”¹¹.

Ahora bien, pese a la claridad de la normativa que rodea la obligación de guardar secreto para el equipo de salud y el derecho a la confidencialidad que asiste a quienes ocupan el lugar de pacientes, en el ámbito de la salud pública se observa gran resistencia a mantener en el plano de la esfera privada situaciones de abortos en curso que llegan requiriendo atención médica.

El caso “María Magdalena” evidencia que en varias oportunidades se ha violado su confidencialidad. Veamos, en primer lugar, con la decisión de sus médicas tratantes de dar aviso a la policía denunciando la comisión de lo que consideraron un delito de aborto provocado. Otro momento en el cual se vulnera la esfera de intimidad y privacidad de “María Magdalena” es cuando se llama a sus familiares (esposo y madre) para revelarles la situación post-aborto de la paciente. Una tercera forma en que sus médicas tratantes afectaron la confidencialidad y violaron su deber de secreto se dio en forma escalonada durante varias horas y consistió en la presencia permanente de terceras personas ajenas al equipo de salud (v. gr otras parturientas y sus familiares, por ser la sala de partos comunitaria) tanto cuando se la acusó de haberse provocado un aborto, como cuando se decidió denunciar policialmente el supuesto delito, y cuando se la acusó delante de su propia familia. Pero quizás el momento de mayor violencia ejercido sobre “María Magdalena” fue cuando la Jefa de Guardia autorizó la entrada de personal policial a la sala comunitaria donde un par de horas antes había sido legada sin anestesia, “para tomar declaración a la paciente” (sic Historia Clínica N° 4379/03), luego de lo cual tres uniformados rodearon a la convaleciente mujer.

Lamentablemente, esta práctica no es tan extraña como nos gustaría. El caso de “María Magdalena” parece no ser el primero con violencia sobre la paciente, tampoco el único en el cual

el equipo de salud denuncia a quien debe proteger. Sin embargo, las estridencias propias del maltrato impidieron que se conjure un silencio que nunca es salud.

La razón expuesta por parte de los implicados en las violaciones a la confidencialidad esgrime los resabios de una **tensión ficticia**, que aún cuando está superada por vía jurisprudencial desde hace más de cincuenta años no se logra desarticular en la práctica. Es la tensión entre la **obligación de denunciar** y la **obligación de reserva** analizada anteriormente.

En primer lugar, no cabe hacer distinciones respecto de la calidad de pública o privada de la prestación médica que se involucre, toda vez que si bien los ordenamientos penales aluden a funcionarios públicos, vía jurisprudencial este debate se encuentra superado. Es así cómo la obligación de guardar secreto profesional confrontada con la obligación de denuncia que contempla el legislador penal no hace diferencia en cuanto al sujeto obligado y alcanza a cualquier profesional de la salud que actúe tanto en la órbita pública como en la privada.¹²

La obligación de denuncia de estos profesionales está específicamente contemplada en el inc. 2 del art. 177 Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), en el orden nacional, y en el art. 326 Código Procesal Penal de Tucumán (en adelante CPPT). Por otra parte, el inciso 1 del art. 177 CPPN (el art. 326 inc. 1 CPPT) regula la obligación de denuncia en aquellos casos en que el sujeto cognoscente sea un funcionario o empleado público, in-

dependientemente de su profesión puntual, y en cuanto el objeto conocido sea un delito de acción pública. El inciso 2 del art. 177 CPPN (el art. 326 inc. 2 CPPT) proclama la obligación de denuncia específicamente en los casos en que el sujeto cognoscente sea un profesional del arte de curar, y en cuanto el objeto conocido sea particularmente un delito contra la vida o la integridad del cual haya tomado conocimiento al prestar los auxilios de su profesión. Pero para la ley nacional y provincial, **la obligación de denuncia tiene una salvedad expresa: que los hechos conocidos recaigan bajo el amparo del secreto profesional.**

Vale decir, el límite que desarticula esa falsa tensión entre el deber de confidencialidad y la obligación de colaborar penalmente con el Estado en la persecución de los delitos es, precisamente, el secreto o, más precisamente, las situaciones de intimidad protegidas legalmente por el deber de guardar secreto médico.

Esta aparente confusión fue expresamente despejada en el fallo “Baldivieso”, oportunidad en la que el Máximo Tribunal sostuvo: “Es cierto, como se ha dicho que si a los médicos funcionarios públicos se les exige el deber de denunciar propio de todos los funcionarios, entonces se produciría un efecto social discriminatorio entre las personas que tienen recursos para acceder a la medicina privada y aquellas que sólo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con la protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que

las segundas. Por otra parte, dado que las normas sobre secreto médico tienen la finalidad de alcanzar tanto a los médicos públicos como a los privados (facilitar un ámbito protegido que permita la obtención de toda la información relevante para su salud que el paciente pueda brindar), es razonable entender que el menor alcance del deber de denunciar que pesa sobre los médicos, establecido en el art. 177.2 del CPPN, se justifica tanto en una como en otra clase de facultativos. Por tales razones, debe concluirse que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá.”

El blindaje que la legislación ha resuelto en torno al flujo de información que circula entre médico y paciente, donde la paciente es sin dudas la parte vulnerable, debe mantenerse incólume precisamente en aras de proteger a quien se beneficia del derecho a la confidencialidad tanto en el circuito público de salud, como en el privado. Esta confidencialidad protege asimismo los datos y constancias asentadas en la Historia Clínica, documento legal por excelencia que da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han encorsetado la relación médico-paciente y que, por gozar de la misma protección de secreto profesional, no pueden ser reveladas más que en casos excepcionales dispuestos expresamente por la ley u ordenados por un Juez.

Y es que el secreto profesional no es

una obligación impuesta para preservar la indemnidad del profesional de la salud, ni constituye una herramienta mediante la cual el efector se irresponsabiliza de su paciente cediendo el paso al poder punitivo del Estado, y tampoco es una opción que los médicos puedan decidir a cada momento respetar o declinar. La confidencialidad, como derecho, ha sido concebida para tranquilizar a quien, a consecuencia de una problemática de salud puntual, puede verse obligado a revelar datos de su esfera más íntima. Y en los casos post-aborto en que se busca atención médica, las mujeres no sólo se ven atravesadas por la angustia propia de una afección a su salud, se encuentran además frente a disyuntivas tan dramáticas como: vida-muerte, derecho a la salud-clandestinidad sanitaria y cárcel-vida.

Cuando una mujer en estado de vulnerabilidad acude a un hospital público en busca de asistencia vital que le permita poner a salvo su vida e integridad personal, la sola posibilidad de ser interrogada, tratada, seleccionada y denunciada como sospechosa de un delito por el personal sanitario que debiera asistirle la convierte en un blanco fácil de apresar para el sistema penal, circunstancia ésta que a su vez la coloca frente al dilema de decidir entre su propia muerte o la pérdida de su libertad.

La llamada “cifra negra” en torno al aborto visibiliza la selectividad con que opera el sistema penal en cuestiones de aborto, dado que no todos los conflictos que usualmente correspondería reciban trato criminal son denun-

ciados. Pero cuando esa selectividad se vale además de la colaboración de quien debe guardar secreto y proteger a su paciente, todo accionar posterior se tiñe de injusticia. Y es que la verdadera situación dilemática del equipo del salud gira en torno a la colisión entre guardar el secreto profesional garantizando así el derecho a la intimidad de la persona que busca el auxilio de un médico por un lado; y la predisposición personal, voluntaria y electiva para colaborar con el interés punitivo del Estado en la persecución del delito, por otro.

Este dilema bioético-jurídico fue superado desde el Poder Judicial hace más de cincuenta años. El fallo “Natividad Frías” se refiere a este falso dilema médico al señalar que “La aparente oposición entre ambas disposiciones legales, debe interpretarse en el sentido de que quien recurre a un médico por una afección autoprovocada, aun delictuosa como el aborto, goza de la seguridad de que su secreto no será hecho público; en cambio, no ocurre lo mismo cuando el atentado lo ha producido un extraño, desde que esa acción es extraña a la relación existente entre el médico y el enfermo, que es la amparada por la ley. En estos casos el facultativo debe denunciar el hecho delictuoso ejecutado por terceros, salvo en casos como los delitos contra la honestidad, en que la viabilidad de la acción depende de la instancia privada, para cubrir los riesgos del “strepitus fori” (...) Por último, tampoco encuentro colisión entre la obligación de los médicos, parteras, enfermeras, etc. de mantener el secreto profesional en es-

tos casos, con lo dispuesto por el art. 277, inc. 6°, que sanciona por el delito de encubrimiento a los que dejaran de comunicar a la autoridad las noticias que tuvieren acerca de la comisión de un delito, cuando estuvieren obligados a hacerlo por su profesión o empleo. **Las razones de que he hecho mérito anteriormente, demuestran, a mi entender, que aquellos profesionales no sólo no están obligados a denunciar los casos de aborto provocado por la propia paciente, sino que la denuncia invade la órbita de lo ilícito.** Tal conclusión me exime de otros argumentos. Si la denuncia a que he venido refiriéndome no ha podido formularse, por contrariar disposiciones legales de indudable aplicabilidad y normas de conducta que constituyen el fundamento moral de una profesión que, como la medicina, tan íntimamente está ligada al orden social del país, dicha denuncia no puede servir de base a proceso alguno contra la denunciada”.

Sobre la preeminencia del valor del secreto médico por sobre el de la obligación de funcionario público de denunciar los delitos de los que tome conocimiento en su actividad, Bidart Campos, prestigioso constitucionalista local, invita a que “pensemos que la médica se ‘enteró’ del delito a causa de la atención profesional que hubo de dispensar a la mujer enferma, y aunque únicamente hubiera sido el ‘cuerpo’ de ésta y todo lo corporalmente anexo (cápsulas vomitadas y cápsulas retenidas, etc.) lo que le dio la noticia delictual, ese conocimiento quedaba constitucionalmente incorporado al deber de reserva y secreto profesiona-

les. Ello porque los valores y bienes que con el secreto médico se preservan son de muchísimo mayor relieve y alcurnia que los que se computan al imponer a los empleados públicos la obligación de denunciar los delitos de acción pública que conocen en el ejercicio de su función”.¹³

Puntualmente en el caso de mujeres que concurren en situación post-aborto o con un aborto en curso, la lógica de la inclinación jurisprudencial por la superioridad de la obligación de guardar secreto médico se vuelve aún más transparente por la variable de vulnerabilidad que atraviesa esta problemática exclusivamente femenina. Las condiciones particulares de niñas, adolescentes y mujeres que requieren auxilio de un profesional de la salud en casos de aborto, provocados o no, se encuentran cercados por los peligros de la clandestinidad de esta práctica y por el miedo a ser criminalizadas por denuncias médicas aún cuando la interrupción del embarazo no hubiera sido voluntaria,¹⁴ situaciones ambas que profundizan el dilema *cárcel o muerte*; e incrementan con igual intensidad la morbilidad y la mortalidad que acechan a las mujeres abortantes.

La imposibilidad de ignorar este contexto de marginalidad, pobreza y escasez de recursos simbólicos impone a los trabajadores de la salud, en cualquier ponderación de los derechos de la paciente (a la vida, a la atención sanitaria, a la igualdad, a la intimidad, a la dignidad, a la libertad y a la privacidad) vs. la obligación de denunciarla que creyeran válida efectuar, inclinarse por preservar aquellas circunstancias de hecho que conduzcan a generar

un espacio de seguridad en la atención de las pacientes abortantes y, en consecuencia, a descartar la colaboración con la persecución punitiva de un delito, por un Estado al cual le sobran recursos para realizar dicha tarea.

La prevalencia del derecho a la confidencialidad de la mujer-paciente en atención médica post-aborto indica que debe primar la reserva que impone el secreto profesional por sobre la obligación de denunciar. La igualdad real de oportunidades y trato (art. 75 inc. 23 C.N.) es uno de los argumentos que fundamentó tal conclusión, conforme afirma Gil Domínguez¹⁵ cuando enseña “Ante la necesidad de atención médica por complicaciones de un aborto voluntario, no existe igualdad real de oportunidades y trato, si las mujeres de escasos recursos que solamente pueden acceder para su tratamiento a un hospital público son denunciadas por los profesionales actuantes, mientras que las mujeres con posibilidades económicas, en similar situación, concurren a un establecimiento sanitario en donde recibirán la debida atención y no serán denunciadas”.

Recapitulando entonces, cabe afirmar que no existe la tensión entre obligación de denunciar el delito de aborto y obligación de guardar secreto. Por el contrario, cabe afirmar que la protección de la confidencialidad propia de la relación médico-paciente otorga prevalencia al secreto médico como regla, circunscribiendo sus excepciones a escasos supuestos legales donde el margen de discrecionalidad es sumamente acotado.

Esto último, teniendo en vista preci-

samente –como se ha expuesto– que la denuncia de aborto no salva ninguna vida, ni promueve la protección de ningún bien jurídicamente superior al derecho a acceder a la atención sanitaria, al derecho a la vida, al derecho a la intimidad, a un trato digno y al derecho a una vida libre de violencia que tienen plena vigencia en el caso de la paciente abortante.

4. Enfoque de género sobre el derecho a la confidencialidad en situaciones post-aborto

Ya en el año 1966, el voto del Dr. Lajerza en el plenario “Natividad Frías” daba cuenta de la criminalización selectiva del delito de aborto al considerar “Antes de entrar en la materia de este plenario casi debido a mi ya vieja obstinación, quiero dejar sentado que, como juez, estoy inalterablemente dispuesto a condenar, cuando fueren de mi incumbencia, todos los delitos previstos en las leyes represivas. Lo que no empece¹⁶ a que ponga mi mayor empeño en fustigar ciertas desviaciones injustificadas. El art. 88 del Código Penal se aplica exclusivamente a las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas de ese delito.”

Esta injusticia reproductiva que reproduce con crudeza paradigmas de exclusión de la realidad crea un doble estándar en salud, toda vez que “las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario

entregándolas convictas”, en palabras de la justicia, corren una suerte muy distinta de las mujeres que pueden acceder a la salud paga. La suerte “las menesterosas” referidas en el voto del Dr. Lajerza es una suerte devaluada, como están también devaluadas sus posibilidades de desarrollo humano e incluso sus facultades más básicas (entre ellas, el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y a la intimidad) para ser arquitectas de su propia biografía. La suerte de “las menesterosas” que abortan en la clandestinidad, y que viendo su vida en peligro buscan ayuda en el ámbito de la salud pública, es una suerte huidiza que en la mejor de las situaciones deberá encontrarse con una actitud médica ética que le permita subsistir. Mientras que el resto de las mujeres que abortan en Argentina, aquellas que no forman parte de las estadísticas hospitalarias de la sanidad, que no cuentan en las cifras negras de morbilidad y mortalidad materna, y que jamás serán encausadas penalmente ni serán objeto de investigación judicial alguna, no solamente acceden a una especie de salud fortalecida que les permite ejercer su derecho a decidir con seguridad y en condiciones de dignidad, sino que además cuentan con la serenidad propia de la confidencialidad guardada por los médicos/as que las asisten en forma privada y la inmensa tranquilidad de estar fuera del foco punitivo del Estado. Estas mujeres de la “salud privada” gozan a la hora de abortar de una privacidad más robusta que “las menesterosas” y, por ende, de una suerte más leal.

El deber de confidencialidad es inherente a la condición de profesional de la salud y se debe reserva a todos/as los/as pacientes por igual. Pero en el caso de la denuncia de aborto, la violación del secreto es un delito con sesgo de género que involucra otras variables de discriminación como son raza, cultura, condición social y edad.

El Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) en su Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud, interpretando el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, estableció la obligación de los Estados de eliminar “la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”. También expresó su preocupación por el vínculo existente entre el cumplimiento del derecho a la privacidad en materia de salud, aborto, y salud de las mujeres, al expresar que: “La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de vio-

lencia sexual o física”.

No sería justo hablar de aborto sin referir que es una práctica médica que afecta exclusivamente a mujeres. No sería leal omitir considerar que estas situaciones desafortunadas son en general el producto de la orfandad de una política pública seria en materia de derechos sexuales y reproductivos que aúnen desde las distintas carteras ministeriales esfuerzos en aras de mejorar la educación sexual, la anticoncepción y el desarrollo social de niñas, adolescentes y mujeres. Y tampoco sería justo eludir analizar que las consecuencias de la falta de políticas que contribuyan al desarrollo humano y empoderamiento de las mujeres impactará con mayor crueldad en aquéllas en estado de vulnerabilidad no sólo por su carencia de recursos económicos, sino también por la escasez de recursos simbólicos como son la falta de educación, la falta de contención social, el abandono familiar, la segregación cultural y demás connotaciones que atraviesan la realidad de una niña, de una adolescente y de una mujer en estado de pobreza, o bien pertenecientes a zonas rurales o a pueblos originarios cuyo denominador común sería la vulnerabilidad.

Harcourt¹⁷ señala acertadamente la simbiosis existente entre derechos reproductivos y pobreza refiriendo que cuando se desgajan los derechos reproductivos de los derechos a la información, a la alimentación, al empleo, al agua, a la asistencia médica o la seguridad de la propia vida descontextualizándolos, todo abordaje se complica. Esta autora, citando a Rosalind Petchesky, pregunta: “Cómo va a

poder una mujer disfrutar de este derecho si carece de recursos económicos para pagar los servicios de salud reproductiva o el transporte para conseguirlos? Si es analfabeta o no le proporcionan información en una lengua que entienda? O si la acosan sus padres, su esposo o cualquier pariente que la insultaría o le pegaría si se entera de que acude por salud sexual?”

Interpelar el contenido del derecho a la salud y la calidad de atención médica que rodea situaciones de aborto y post-aborto, con enfoque de género, exige notar que la condición de mujer genera vivencias, cuestionamientos, disyuntivas, sufrimientos y violencias exclusivos según las construcciones culturales de roles que cada comunidad disponga para la mujer y para la maternidad. Ya el feminismo postcolonial advirtió sobre el error de considerar la existencia de un colectivo denominado mujer por la atomización de las identidades que se dan dentro del género en cuanto a raza, etnia, clase, orientación sexual y demás variantes que logran conformar identidades.¹⁸

Deconstruir ese concepto monolítico de mujer que se presenta como insostenible hoy por hoy nos conduce a visibilizar que existen cuestiones de raza, edad, clase social, poder adquisitivo, nivel educativo y pertenencia cultural, entre otras variables, que descartan la posibilidad de generalizar como posibles denunciadas de aborto a todas las mujeres. Esta situación alerta, por un lado, sobre el sesgo de género que acompaña a todo conflicto que se origine en decisiones que vinculen la tríada mujer-sexualidad-re-

producción. Y, por otro lado, pone en el tapete la forma en que las condiciones sociales y ambientales son idóneas para agudizar las angustias con la clandestinidad de ciertas prácticas médicas y la posible criminalización de sus conductas para ciertas mujeres.

Según Paola Bergallo, la baja tasa de condenas penales para los casos elevados a juicio oral y para las causas sustanciadas a partir de denuncias por aborto son un indicador de que el Estado no muestra un interés auténtico en perseguir penalmente este delito. En igual sentido, la brecha entre cifras oficiales de casos de aborto judicializados y los también oficiales egresos hospitalarios por situaciones post-aborto evidencian una baja en la persecución penal que no se condice con la extendida condena moral del aborto.

Al mismo tiempo, tampoco conduce a asumir que los profesionales de la salud atribuyan prevalencia al secreto profesional. Sin embargo, aún cuando la baja tasa de denuncias pueda obedecer a consideraciones humanitarias de los profesionales de la salud sobre los derechos de las pacientes, lo que se lee entre líneas es que las denuncias e investigaciones se promoverán con criterio de “selectividad” y que las probabilidades de persecución penal, aún en las primeras instancias del proceso, son directamente proporcionales al estado de vulnerabilidad.¹⁹

Un dato de relevancia en torno a este tema es el hecho de que en las Fiscalías de Instrucción en lo Penal de Tucumán se observó que además de investigaciones caratuladas como “aborto”, “aborto provocado” o “aborto seguido de muerte”,

inexplicablemente se investigan también denuncias de “aborto natural”²⁰ y “aborto espontáneo”²¹. Estas causas penales son indicadores de una confluencia de saberes en la colaboración con el sistema penal acusatorio.

Resulta improbable pensar en un agente policial como persona idónea para determinar el carácter de espontáneo, natural, incompleto o provocado (propio de un saber médico). A la vez, evidencia no sólo la desinformación que se registra en el ámbito médico en cuanto a la situación de aborto y criminalidad (donde quedarían excluidos casos como aborto natural o espontáneo por no adecuarse al tipo penal) sino también una asociación silenciosa entre profesionales de la salud, personal policial y poder judicial en la criminalización de mujeres en estado de vulnerabilidad.

Un enfoque de género permitirá sensibilizar sobre el contexto que rodea al delito de aborto, sobre las injusticias existentes en el acceso a esta práctica según la posición social de la mujer, sobre las diferencias de trato que recibe una mujer en situación post-aborto en el ámbito público y en el ámbito privado de la asistencia médica, sobre la incidencia de los recursos materiales y simbólicos de las abortantes en el trazado de sus destinos biográficos reproductivos y no-reproductivos y, fundamentalmente, sobre el diferente “peso” del derecho a la confidencialidad, según la situación de aborto se de en una mujer de clase aventajada o no.

El hecho de que las denuncias de aborto provengan de casos registrados en la salud pública o tengan como pro-

tagonistas a mujeres de escasos recursos no debe engañarnos sobre una realidad que tiene lugar exclusivamente en situaciones de marginalidad. Por el contrario, nos alerta como sociedad respecto de la hipocresía que permite a la mujer aventajada un acceso a la salud no-reproductiva más seguro y más libre que la coloca fuera del alcance del poder punitivo y la persecución penal.

Y al mismo tiempo visibiliza la discriminación que en materia de acceso a la atención sanitaria se legitima desde el Estado, cuando se convalida la existencia de un doble estándar de salud que preserva la intimidad de las mujeres en el ámbito privado de la consulta médica y la bastardea en el ámbito público con denuncias hacia las usuarias.

La revelación del secreto médico que precede a la denuncia de aborto formulada por un profesional de la salud, además de tipificar un delito y encuadrar una falta ética, transparenta la primacía que para el galeno ha tomado la cosmovisión propia por sobre el bienestar de quien busca ayuda médica en un hospital público, nunca en un consultorio privado.

La condena normativa del aborto convive, en los hechos, con una práctica tolerante desde el Estado que criminaliza, pero no condena. Parte de esta condena se cristaliza a través del ejercicio de violencia hacia la mujer por parte del equipo de salud que brinda atención en situaciones post-aborto y de las denuncias que se judicializan en violación del secreto médico. “En presencia del aborto los médicos se transforman en policías, jueces y sacerdotes”.²² ■

Notas y referencias bibliográficas

¹ “Dos médicas con objeción de Hipócrates”, Diario *Página 12*, publicado el 13/08/2012, disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200919-2012-08-13.html>; “Los puntos de la denuncia”, Diario *Página 12*, publicado el 13/08/2012 (consultado el 1/11/2012), disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/200919-60086-2012-08-13.html> (consultado el 1/11/2012).

² *Juramento Hipocrático*. Disponible en la página oficial del Ministerio de Salud de la Nación: <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=5299&word=>

³ En el diario *La Gaceta* de la Provincia de Tucumán, la Jefa de la Maternidad “Nuestra Señora de las Mercedes”, Rossana Chahla, declaró lo siguiente ante una denuncia de violación de secreto médico a dos médicas de la institución: “Desde la Maternidad sostienen que no hubo maltrato ni mala praxis, que lo que se hizo fue denunciar un delito y que la paciente tendrá que sostener con pruebas su denuncia. [...] La paciente llegó con 16 semanas de embarazo y una ginecografía, con huellas de maniobras abortivas. Desde la institución estamos obligados por ley a denunciar este posible delito”. Disponible en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/505775/policiales/dos-medicas-maternidad-acusadas-maltratar-paciente.html> (consultado el 3/10/2012).

⁴ Beca J.P. Confidencialidad y secreto médico, 2011. Disponible en: http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/06/CONFIDENCIALIDAD_Y_SECRETO_MEDICO.pdf (consultado el 10/09/2012)

⁵ Gracia D. *Procedimientos de decisión en ética clínica*. Madrid: EUDEMA, Instituto de Bioética y Ciencias de la Salud, 1991.

⁶ Peña Fernández M. y Tápanes Daumy H. La relación médico-paciente en el ámbito de la imagenología, *Revista de Humanidades Médicas* 2012; 12(1). Disponible en: <http://www.humanidadesmedicas.sld.cu/index.php/hm/article/view/187/111> (consultado el 16/12/2012)

⁷ Soler S., en *Derecho Penal*, t. IV, 132.

⁸ El único proyecto legislativo que encuentra entrada hasta el momento en la Honorable Legislatura de Tucumán fue presentado por el Legislador Guillermo Gassebauer y la Legisladora Adriana Najhar y prevé la autorización de los padres o representante legal para acceder a este derecho (no) reproductivo en el caso de menores.

⁹ En el emblemático fallo plenario “*Natividad Frías*” la Cámara Nacional decidió “sobre el art. 156 del Cód. Penal que conmina la revelación ‘de un secreto cuya divulgación puede causar daño’ cuando no medie ‘justa causa’, habré de decir, como tantas otras veces, que esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que solamente una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiéndolo en obligación su quebranto. En ningún caso el simple interés público puede llegar a ser la causa justa porque ese interés jugaría siempre dando al traste con todos los secretos. Nada justificaría la reserva del sacerdote o la del abogado o la de cualquier otro profesional y no la de los versados en el arte de curar, puesto que la confesión o el conocimiento que éstos obtienen están generalmente condicionados por un mayor y más urgente apremio [...]. En anteriores votos también he dicho hasta el cansancio que no puede instruirse un sumario sobre una denuncia delictuosa porque el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación. Además, el interés público no podría justificar este inhumano dilema: o la muerte o la cárcel.” Nuestra Corte Federal en el fallo “*Baldivieso*” indicó que “es difícil concebir un ámbito más ‘privado’ que el propio cuerpo. Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad

que está resguardada ‘en un sobre’ (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la Constitución), esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento hay para entender que esa protección alcanza al mismo cuerpo de la persona. En efecto, el derecho de cada persona a excluir interferencias o invasiones de terceros en su cuerpo es un componente necesario de la vida privada en la que rige el principio de autonomía personal, por lo que este ámbito debe compartir, como mínimo, la misma expectativa de reserva que los lugares expresamente mencionados en el texto constitucional”.

¹⁰ Creus C. *Derecho Penal*. Parte Especial, Tomo 1, Buenos Aires: Astrea, 4^o edición, 1993.

¹¹ La CIDH argumentó a favor del secreto profesional médico estableciendo que el médico que tenga conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a una persona no está obligado a denunciar el hecho. En consecuencia, estableció tres exigencias respecto a la importancia de mantener el secreto profesional y a la obligación de denunciar los ilícitos: “la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”. También expuso “El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica”. Y, finalmente, la Corte manifestó que “considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos”.

¹² Dictámen del Procurador Fiscal de la Nación, Dr. Esteban Righi, en fallo “*Baldivieso*” op. cit: “el inc. 1 regula el deber de denunciar para todo funcionario público en general, y cuando el legislador quiso regular explícitamente lo relativo al deber de denunciar en el ámbito de la consulta médica, lo hizo explícitamente en el inc. 2, en el cual, en realidad, dejó en claro que el deber de denunciar tenía como límite (además de que se tratara de los especiales casos de los delitos contra la vida y la integridad física) la supremacía del secreto profesional. En ese caso, el legislador no necesitó hacer una diferencia entre el funcionario público y el médico no funcionario, ya que al estatuir un deber especial a cargo del no funcionario, el estado lo inviste de una posición cuasi-funcional, o dicho de otra manera, le atribuye un deber institucional que no es posible de distinguir del deber que tiene un funcionario.”

¹³ Bidart Campos G.J. Denuncia de un delito del que tuvo noticia el médico por evidencias corporales de su paciente, *La Ley* 1999-B, 164.

¹⁴ Las Fiscalías de Instrucción en lo Penal de Tucumán registran investigaciones penales caratuladas como “aborto natural” (v. gr Expte N° 16105/01, 11304/08, 21209/02 etc), “aborto en grado de tentativa” (v. gr 25796/01, 2904/99, 9955/98, 11227/95, etc) “aborto espontáneo no provocado” (v. gr Expte N° 8104/2006), y “aborto espontáneo” (v. gr Exptes. N° 37098/10, 7307/05, 42627/04, 23043/98, 30053/2001, 22987/10, 13889/12, 31637/06 etc.), en las cuales han sido criminalizadas mujeres cuya identidad se resguarda por razones de humanidad.

¹⁵ Gil Domínguez A. Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza, *Suplemento de Derecho Constitucional*, La Ley, ejemplar del 14/12/98, 8-19.

¹⁶ *Empece* es la palabra que usa el juez, la cita es textual. Quiere decir que “no obsta”

¹⁷ Harcourt W. *Desarrollo y Políticas Corporales*. Barcelona: Ed. Ballesterra, 2011, 73.

¹⁸ Vazquez Laba V. Obstáculos en la atención de la salud en mujeres rurales, en V. Della Siega (comp.) *Seminario de acceso a la Justicia Reproductiva*, 2011, 75.

¹⁹ Bergallo P. *Aborto y justicia reproductiva*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2011. La autora referencia que “Según respuesta del Ministerio de Justicia de la Nación ante un pedido de información por condenas de aborto tramitado en febrero de 2010 por la Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES) entre el 2002 y el 2009 fueron condenadas veintidós mujeres por el delito de aborto en Argentina”.

²⁰ Causa “CML” del 2008; “QME” del 2001, entre otros.

²¹ Causa “AMV” del 2012; “SGV” del 2005; “DVdV” del 2010; “PEY” del 2006; “AMC” del 2011; “LLA” del 2012, entre otros.

²² Rostagnol S. Lugares y sentidos del aborto voluntario: un diálogo con la bioética, *Perspectivas Bioéticas* 2006; 21.