

Voces: ABORTO - RELACIÓN MÉDICO PACIENTE - DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS - DENUNCIA PENAL - MÉDICOS - PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN - DERECHO A LA INTIMIDAD - SECRETO PROFESIONAL - VIOLACIÓN DE SECRETOS - ÉTICA PROFESIONAL - DERECHO A LA LIBERTAD - FUNCIONARIOS PÚBLICOS - DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Título: Deber de guardar el secreto profesional en situaciones postaborto

Autor: Deza, Soledad

Fecha: 3-jul-2013

Cita: MJ-DOC-6342-AR | MJD6342

Producto: SYD

Sumario: *I. Marco legal del secreto médico. II. Importancia de la confidencialidad y supremacía del secreto. III. Deber de guardar secreto como regla general y derecho a revelarlo como excepción. IV. Usuaría, paciente o 'padeciente': ¿a qué mujer se denuncia por aborto?*

Por Soledad Deza (*)

«En presencia del aborto, los médicos se transforman en policías, jueces y sacerdotes» Susana Rostagnol, antropóloga (1)

El caso "María Magdalena" (2) tomó repercusión nacional por la violencia y crueldad que recibió una paciente. Esta mujer de 26 años ingresó con hemorragia ginecológica y fue recibida en la madrugada por la jefa de Guardia y una médica residente de la Maternidad Nuestra Señora de las Mercedes de la provincia de Tucumán. En el interrogatorio previo, según da cuenta la historia clínica de la usuaria, ella refirió estar en tratamiento por una patología biliar, usar anticonceptivos inyectables y desconocer su situación de gravidez. No obstante ello, sus médicas tratantes diagnostican un «aborto provocado» y efectúan una denuncia policial. Además de la violación del deber de guardar la confidencialidad de su paciente, las médicas le practicaron un legrado sin anestesia y promovieron el ingreso de personal policial uniformado a la sala de partos comunitaria, con el propósito de que le tomaran declaración sobre la denuncia de aborto que habían formulado en su contra.

Todos los hechos referenciados constan en la historia clínica de la paciente, confeccionada de puño, letra y con rúbrica de ambas profesionales.

El caso "María Magdalena" está judicializado a la fecha, (3) pero es un indicador que evidencia la asimetría de poder en la que se asienta la relación médico-paciente y el padecimiento que transitan mujeres vulnerables que son criminalizadas en lo que las perfila, más que como pacientes, como

verdaderas «padecientes» de la salud pública.

Para justificar esta conducta de violación del secreto médico, se suele apelar desde el sector médico y a veces también desde un sector del Poder Judicial (4) a un falso dilema entre obligación a guardar reserva o confidencialidad (propia de la relación médico-paciente) y la obligación de denunciar un delito como de colaborar con el poder punitivo del Estado.

I. MARCO LEGAL DEL SECRETO MÉDICO

El deber de guardar el secreto profesional tiene sólidos fundamentos éticos y jurídicos para apuntalar la relación médico-paciente. Los primeros tienen su base en una de las frases del juramento hipocrático, (5) en el cual el profesional de la salud jura «guardar silencio sobre lo que, en mi consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendré 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 solo 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 Asamblea en Londres por la Asociación Médica Mundial, señala: «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, llevada a cabo en 1981 y revisada en el año 2005, deja establecido el principio del secreto para la relación médico-paciente: «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 estableció que «cuando sea posible la información para usos secundarios debe ser anónima [...] o protegida por códigos».

Desde la criminología también se ha valorado el deber de confidencialidad que preserva la intimidad de una persona en el marco de una relación médico-paciente como de fundamental importancia. Prueba de ello es que la revelación de un secreto sin que medie justa causa ha sido tipificada 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. 326 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». Esta misma norma está comprendida en el art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

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».

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 6952 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 aquellos, 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».

En lo que atañe a estándares internacionales fijados por instrumentos internacionales de vigencia local, el secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad, la privacidad y la libertad. 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 art. 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 art. 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 de quien es paciente y el deber de no revelar los datos a los que se accedan en virtud del vínculo generado con la persona que busca su asistencia médica tienen fundamento legal en el derecho positivo nacional e internacional, público y privado.

Y los principios que informan desde el ámbito internacional y nacional al bloque constitucional federal tornan aplicables, además, todas aquellas 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.

No obstante la claridad de la normativa vigente que protege el secreto profesional, el caso "María Magdalena" muestra que, al menos en la provincia de Tucumán, no solo no se censura la violación de secreto médico como delito penal que es, sino que se ha reivindicado la denuncia de abortos como una conducta esperada de los profesionales de la salud (6).

II. IMPORTANCIA DE LA CONFIDENCIALIDAD Y SUPREMACÍA DEL SECRETO

Existen dos fallos paradigmáticos en materia de obligación de reserva y violación de secreto médico: el fallo plenario "Natividad Frías" (7) y el fallo "Baldivieso" (8). Ambos en el orden nacional tienen importancia exponencial en cuanto fijan las reglas bajo las cuales habrá de interpretarse la obligación de confidencialidad y, a la vez, evidencian el carácter gravoso que conlleva el dilema cárcel o muerte para muchas personas que acceden a la salud en el ámbito público de la prestación.

Desde la criminología, (9) se sostiene que el bien jurídico protegido por el secreto profesional es la libertad individual entendida como la esfera de reserva que constituye la intimidad de una persona. De lo que se trata es de amparar la libertad individual relativa a los secretos confiados, por necesidad y no por gusto, a personas que se hallan en determinados cargos, artes o profesiones. Como delito de peligro concreto, para el quiebre del secreto profesional, 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. La sola ruptura de la esfera de la privacidad es un hecho suficiente para que la libertad protegida por este tipo penal y la intimidad como derecho fundamental que subyace se vean dañadas.

Se espera que quien asiste sanitariamente guarde secreto de lo que oye y conoce porque en sus manos está la responsabilidad moral de evitar afectar la esfera de intimidad y libertad de su paciente. La relación que se genera entre profesional de la salud y usuaria 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 (10).

La falta de reserva de la intimidad vendría a transgredir también la obligación bioética de propulsar todas aquellas medidas que tiendan a hacer un bien al paciente, con igual intensidad, abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pudiera ser eficaz para ocasionarle un mal. Si el profesional de la salud falla en la expectativa de reserva de la privacidad, habrá traicionado gravemente la confianza de una persona en condición de vulnerabilidad.

Esta responsabilidad moral le concierne indistintamente a todo integrante del equipo de salud que, en el ejercicio de su práctica clínica, haya tenido conocimiento de hechos o datos personales de su paciente. No cabe hacer disquisiciones 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, habiéndose sostenido que la obligación de guardar secreto profesional confrontada con la obligación de denuncia que contempla el legislador penal subsiste para todo miembro del equipo de salud y alcanza a cualquier profesional de la salud, ya

sea que actúe en la órbita pública o privada (11).

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 supuesto de saber reconoce como objetivo principal garantizar las condiciones necesarias para que quien padece alguna dolencia sea capaz de concretar en forma personal, autorreferente 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 solo apuntala la libertad del paciente, sino que, por lo mismo, contribuye a generar un ámbito de tranquilidad y confianza que coadyuve todas sus decisiones y elecciones (12).

Teniendo en cuenta que resguardar la libertad de una persona requiere también preservar el derecho de mantener reserva sobre lo que se piensa, hace, tiene o padece, la herramienta penal va en auxilio de las pacientes para resguardar esa esfera de privacidad que favorece las decisiones libres. Esta esfera, sin embargo, no se reduce al círculo de lo que jurídicamente constituye un secreto, sino que el Código Penal reprime en sentido amplio todas las acciones por medio de las cuales se utilicen (o pudieren utilizarse) secretos, datos o elementos privados de la vida de otra persona, perjudicándola (13).

Ahora bien, aun cuando el deber de guardar secreto atraviesa desde diversos plexos normativos legales y bioéticos la tarea de brindar atención sanitaria, se observa en el ámbito de la atención sanitaria pública que existe todavía resistencia del equipo de salud a mantener en el plano de la esfera privada los que requieren curso de acción terapéutica a propósito de situaciones postabortos.

La razón expuesta por parte de los implicados en las violaciones a la confidencialidad esgrime los resabios de una falsa tensión entre obligación de denunciar frente a obligación de guardar secreto.

III. DEBER DE GUARDAR SECRETO COMO REGLA GENERAL Y DERECHO A REVELARLO COMO EXCEPCIÓN

La obligación de denuncia que pesa sobre los miembros del equipo de salud está específicamente contemplada en el inc. 2 del art. 177 Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN) y en el art. 326 Código Procesal Penal de Tucumán (en adelante CPPT). El inc. 1 del art. 177 CPPN (art. 326, inc. 1, CPPT), por su parte, regula la obligación de denuncia en aquellos casos en que el sujeto cognoscente sea un funcionario o empleado público, independientemente de su profesión puntual, y en cuanto el objeto conocido sea un delito de acción pública. Y el inc. 2 del art. 177 CPPN (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, que sea particularmente un delito contra la vida o la integridad del cual haya tomado conocimiento al prestar los auxilios de su profesión. Conforme se advierte, tanto para la norma adjetiva nacional como para la provincial, la obligación de denunciar que pesa sobre profesionales de la salud tiene una salvedad expresa: que los hechos conocidos por el médico estén amparados por el secreto profesional.

El límite legal impuesto para la obligación de denunciar que pesa sobre el equipo de salud es el propio deber de guardar secreto.

Vale decir que la obligación de guardar secreto es la regla y la facultad (u obligación) de denunciar es la excepción. Este razonamiento deductivo se obtiene al advertir que al ser la obligación de guardar secreto una obligación genérica creada por una extensa plataforma normativa, a modo de conducta esperada en todos los casos de atención sanitaria, habrán de estar también contempladas en leyes las situaciones puntuales que marginen esta obligación médica y permitan comportarse por fuera de la

conducta esperada por la legislación.

Para hacer ceder el deber de guardar secreto, será necesario que concurran circunstancias especiales que no estén protegidas por el secreto. Es lo que el mismo Sebastián SOLER ha llamado «zona de facultad» para dejar en claro que el profesional de la salud debe ser consciente de que solo podrá revelar aquellos datos provenientes de una situación no protegida por el «secreto», debiendo callar si es que existe tal protección de confidencialidad (14).

Estas excepciones a la regla de confidencialidad son lo que se denomina «justa causa» de revelación del secreto médico (15).

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. Tampoco es una opción que los médicos puedan decidir a cada momento respetar o declinar. La violación de la confidencialidad no es un derecho disponible para profesionales de la salud más que en casos expresamente contemplados por la ley.

La confidencialidad es una garantía necesaria para derechos tan básicos como son el acceso a la atención sanitaria, la intimidad y la libertad. La Corte federal sostuvo expresamente en el caso "Baldivieso" que es imprescindible que el acceso a todas las acciones necesarias para facilitar la integridad física y favorecer la salud estén garantizadas por el respeto a la privacidad y al derecho a no autoincriminarse de parte del paciente. Expresa en este sentido: «Este cuidado de sí es, entonces, originaria y primordialmente un comportamiento que se lleva a cabo en el marco de privacidad la que, como se ha visto, encuentra la misma protección constitucional que, en general, se reconoce a la vida privada y a sus diversas manifestaciones. Cuando los cuidados del cuerpo son realizados por las personas con el auxilio de un tercero, como es el caso del médico, no cabe presumir, al menos sin un fundamento razonable, que ha mediado una renuncia a la exclusividad o reserva garantizada por la Constitución Nacional contra las invasiones gubernamentales [...] Es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente».

El blindaje que la legislación ha resuelto en torno al flujo de información que circula entre médico y paciente, donde el paciente es sin dudas la parte vulnerable, debe mantenerse incólume precisamente porque, además, este blindaje habrá de evitar el efecto discriminatorio que implica la posibilidad de ser criminalizado solo por acceder a la salud en el ámbito público de la prestación (16).

La confidencialidad como derecho y su correlato, la obligación de guardar secreto que pesa sobre el médico, son un andamiaje que ha sido diseñado 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 situaciones postaborto las mujeres no solo se ven atravesadas por la angustia propia de una afección a su salud, sino que, además, encuentran el temor a la denuncia de parte de sus médicos tratantes, las coloca frente disyuntivas tan dramáticas como: vida-muerte, derecho a la salud-clandestinidad sanitaria y cárcel-vida.

La denuncia de aborto en el sector público de la salud encubre cuestiones de conciencias privadas y de violencias ajenas, y es utilizada usualmente a la hora de censurar un comportamiento que se reprueba desde las convicciones personales. Dicho de otra forma, quienes verbalizan algún tipo de objeción de conciencia frente a la interrupción del embarazo, en general, recurren a la denuncia de las mujeres abortantes como mecanismo para castigar.

Cuando una mujer en estado de vulnerabilidad acude a un hospital público en búsqueda 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 esta 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 denunciados. 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 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 (17).

Recapitulando, entonces, cabe afirmar que no existe tensión alguna 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 de justa causa, (18) donde el margen de discrecionalidad es prácticamente nulo.

Esto último, teniendo en vista 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, a no autoincriminarse y al derecho a una vida libre de violencia, que tienen plena vigencia en el caso de la paciente.

IV. USUARIA, PACIENTE O 'PADECIENTE': ¿A QUÉ MUJER SE DENUNCIA POR ABORTO?

El delito de aborto ocurre en el cuerpo de la mujer y el profesional de la salud no puede aprovecharse de este extremo (tampoco podría hacerlo el Estado) para colaborar con una función de persecución punitiva (19).

En el caso de mujeres que concurren en situación postaborto o con un aborto en curso, la lógica de la inclinación jurisprudencial por la superioridad de la obligación de guardar secreto 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 cercadas por los peligros de la clandestinidad de esta práctica y por el miedo a ser criminalizadas con denuncias médicas incluso cuando la interrupción del embarazo no hubiera sido provocada, (20) situaciones ambas que profundizan el dilema cárcel o muerte e incrementan con igual intensidad la morbilidad y la mortalidad que asechan a las mujeres abortantes.

La niña, adolescente o mujer que llega a un hospital público en el marco de una situación postaborto se convierte en verdadera padeciente de efectores de salud que utilizan la denuncia penal o policial como mecanismo para censurar aquella conducta reñida con su propia conciencia. Lejos de las padecientes queda el trato digno y respetuoso que les acuerda la Ley 26.529 y mucho más lejos aún el derecho a vivir una vida libre de violencias.

No como «padecientes», pero ya en el año 1966, el Dr. Lajerza en su voto del plenario "Natividad Frías" daba cuenta de la criminalización selectiva del delito de aborto (21). Esta injusticia reproductiva que reproduce con crudeza paradigmas de exclusión crea un doble estándar en salud, toda vez que «las

menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas» corren una suerte muy distinta de las mujeres que pueden acceder a la salud paga.

La suerte de «las menesterosas» que abortan en la clandestinidad y 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 para 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, que jamás serán encausadas penalmente ni serán objeto de investigación judicial alguna, su suerte es muy distinta. Piénsese que quienes abortan en el marco de la consulta privada 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 médicos que las asisten en forma rentada 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 Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación para las Mujeres (CEDAW) en su Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud, interpretando el art. 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 a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia 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 aún en 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 al empoderamiento de mujeres impactará con mayor crueldad en aquellas en estado de vulnerabilidad no solo 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.

Interpelar el contenido del derecho a la salud y la calidad de atención médica que rodea situaciones de aborto y postaborto, con enfoque de género, exige notar que la condición de mujer genera vivencias, cuestionamientos, disyuntivas, sufrimientos y violencias exclusivos para su género, según las construcciones culturales de roles que cada comunidad disponga para la mujer y para la maternidad (22).

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-reproducción. 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.

Un enfoque de género en los poderes del Estado permitirá sensibilizar sobre el contexto de asimetría (y abuso de poder) que rodea la denuncia de aborto, sobre las injusticias existentes en el acceso a esta práctica según la posición social que ocupe la mujer, sobre las diferencias de trato (digno y respetuoso o no) que recibe una mujer en situación postaborto 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 dé en una mujer de clase aventajada o no.

El deber de confidencialidad es inherente a la condición de profesional de la salud y se debe reserva a todos los 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 hecho de que las denuncias de aborto provengan de casos registrados en la salud pública o tenga como «denunciadas», «imputadas» o «encausadas» a mujeres de escasos recursos no debe engañarnos sobre una realidad que tiene lugar exclusivamente en situaciones de marginalidad. La imposibilidad de ignorar este contexto de marginalidad, pobreza y escasez de recursos simbólicos impone a los trabajadores de la salud inclinarse por preservar aquellas garantías que, como la de confidencialidad de la relación médico-paciente, conduzcan a generar un espacio de seguridad en la atención sanitaria y a descartar la idea de colaborar con un Estado al cual le sobran recursos para realizar dicha tarea. La condena normativa al aborto convive, en los hechos, con una práctica tolerante hacia el aborto clandestino por parte del mismo Estado. Ciertamente es que son casi nulas las condenas efectivas por aborto, pero la criminalización de las mujeres existe más allá de los finales procesales que se ideen para cada caso.

En la denuncia de aborto formulada por médicos del sistema público de salud subyace un reproche moral que no es capaz de ser relegado a la conciencia propia, allí donde es preciso permanezcan este tipo de cuestiones. Cuando la propia conciencia del profesional de la salud se expande más allá de su propia esfera íntima de competencias y se proyecta hacia la vida privada de las usuarias del servicio público de salud, se vulneran derechos fundamentales.

Esta situación debiera ser enfrentada por los carriles democráticos correctos, generando el poder político un espacio propicio para una discusión en la que participen todos los actores estratégicos que entretejen el discurso reproductivo y no reproductivo de niñas, adolescentes y mujeres. No parece justo que, para resolver un problema político como es la clandestinidad del aborto, el Estado ampare el accionar de inescrupulosos efectores de la salud pública que convierten a sus pacientes en «padecientes».

(1) Rostagnol, Susana, "Lugares y sentidos del aborto voluntario: un diálogo con la bioética", *Perspectivas Bioéticas*, 21 (2006), *Bioética y Género*, vol. II, Buenos Aires, Del Signo.

(2) "Dos médicas con objeción de Hipócrates", Página 12, publicado el 13/8/2012, http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200919-2012-08_13.html. "Los puntos de la denuncia",

(3) Tanto la causa de «aborto provocado» promovida a consecuencia de la violación de secreto como la denuncia por «violación de secreto médico y violencia obstétrica, física, psicológica e institucional» formalizada por la paciente se radican en la misma Fiscalía de Instrucción en lo Penal de la VII Nominación de San Miguel de Tucumán, a cargo del fiscal Arnoldo Suasnabar.

(4) El fiscal de instrucción en lo penal de la VII Nominación de Tucumán ordenó en fecha 28/10/2012 el archivo de una denuncia de violación de secreto médico que constaba en la historia clínica de la paciente, argumentando la vigencia de una obligación de denunciar «maniobras abortivas» y merituando que la relación existente entre las médicas denunciadas y su paciente es «una relación médico-paciente no-formal». La resolución fue apelada.

(5) Juramento hipocrático, disponible en la página oficial del Ministerio de Salud de la Nación, <http://test.e-legis-ar.ms.gov.ar/leisref/public/showAct.p?id=5299&word>.

(6) En La Gaceta, diario de mayor circulación en la provincia de Tucumán, la jefa de la maternidad Nuestra Señora de las Mercedes declaró ante una denuncia de violación de secreto médico a dos médicas de la institución (2ª en número de partos en América Latina): «"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 ginecorragia, con huellas de maniobras abortivas. Desde la institución estamos obligados por ley a denunciar este posible delito», dijo Rossana Chahla, directora de la Maternidad, disponible en <http://www.lagaceta.com.ar/nota/505775/policiales/dos-medic-s-maternidad-acusadas-maltratar-paciente.html> (consultado el 3/10/2012).

(7) CNP en pleno in re "Natividad Frías", 26/8/1966.

(8) CSJN in re "Baldivieso César Alejandro", 20/4/2010.

(9) Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte especial, 4ª edición, Bs. As., Astrea, 1993, Tomo 1.

(10) Peña Fernández, Marylin e Hiram Tápanes, Daumy, "La relación médico-paciente en el ámbito de la imagenología" Revista Humanidades Médicas, Vol. 12, 1 (2012), <http://www.humanidadesmedicas.sld.cu/index.php/hm/article/view/187/111>, consultado el 16/12/2012.

(11) En el dictamen del entonces procurador fiscal de la Nación, Dr. Esteban Righi, en el fallo "Baldivieso", se advierte una clara fundamentación acerca de la improcedencia de efectuar diferenciación en torno a los obligados a mantener la confidencialidad: «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.

(12) Este dilema bioético-jurídico fue superado desde el Poder Judicial hace más de cincuenta años. El fallo "Natividad Frías" señala la Cámara Penal en pleno, resolvió 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 de 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 estos casos, con lo dispuesto por el art. 277, inc. 6º, 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 solo 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».

(13) Núñez, Ricardo, Tratado de derecho penal, 1ª edición, Córdoba, Lerner, 1988, t. V, p. 95.

(14) Soler, Sebastián, Derecho penal, t. IV, p.132.

(15) Tales situaciones de excepción deben ser legales para justificar un apartamiento de la regla de reserva: 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 ART (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 Decr. 278/11); 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 entiende 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).

(16) En el fallo "Baldivieso" 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 solo cuentan con la posibilidad que brindan los establecimientos estatales: las primeras contarían con una protección de un secreto médico (y, por ende, de su salud) más amplio que las segundas. Por otra parte, dado que las normas sobre secreto médico tienen la finalidad que alcanza tanto a los médicos públicos como a los privados (facilitar un ámbito

protegido que permita la obtención de toda la información relevante para su salud que el paciente 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 a una como a otra clase de facultativos. Por tales razones, debe concluirse que el deber de denunciar que pesa sobre los médicos públicos, es decir aquellos que ejercen la medicina en su condición de funcionarios estatales, es el mismo que tienen los médicos privados y no va más allá».

(17) Juliano, Mario, Amicus curiae, Asociación de Pensamiento Penal, http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012_07/fallos25.pdf.

(18) En el 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, convirtiendo 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 estos 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».

(19) 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».

(20) Las fiscalías de instrucción en lo penal de Tucumán registran investigaciones penales caratuladas como «aborto natural» (ej. exptes. 16.105/01, 11.304/08, 21.209/02, etc.), «aborto en grado de tentativa» (ej. exptes. 25.796/01, 2904/99, 9955/98, 11.227/95, etc.) «aborto espontáneo no provocado» (ej. Expte. 8104/06) y «aborto espontáneo» (ej. exptes. 37.098/10, 7307/05, 42.627/04, 23.043/98, 30.053/01, 22.987/10, 13.889/12, 31.637/06, etc.), en las cuales han sido criminalizadas mujeres cuya identidad se resguarda por razones de humanidad.

(21) Fallo "Natividad Frías", del voto del Dr. Lajerza: «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 empece a que ponga mi mayor empeño en fustigar ciertas desviaciones injustificadas. El art. 88 del Cód. Penal se aplica exclusivamente a las menesterosas a quienes la sociedad les cobra su altruista socorro hospitalario entregándolas convictas de ese delito».

(22) Vázquez Lava, Vanesa "Obstáculos en la atención de la salud en mujeres rurales", Seminario de acceso a la justicia reproductiva, Comp. y Ed. Viviana Della Siega, 2011, p. 75.

(*) Abogada (feminista), Universidad Nacional de Tucumán. Directora del Centro de Estudios de

Género, Universidad San Pablo T.

Este trabajo forma parte de una investigación más profunda en curso con dos colegas tucumanas sobre la judicialización del aborto en la provincia de Tucumán en los últimos veinte años.