

V. La Confidencialidad Médica en Materia de Aborto en Argentina, Perú y Uruguay¹

*Mercedes Cavallo*²

Introducción

El deber médico de confidencialidad es uno de los más importantes principios de la medicina; sus orígenes se remontan al antiguo Juramento Hipocrático. Este deber reviste tal importancia que, aunque en el comienzo fue considerado un mero deber ético, los sistemas jurídicos del mundo lo han acogido, también, como un deber legal.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, el deber de confidencialidad implica que las y los proveedores de servicios de salud tienen la obligación de proteger la información de las y los pacientes, y no divulgarla sin su autorización. También deben asegurarse de que las y los pacientes que realmente autorizan que dicha información confidencial se revele a otros, lo hagan de una manera libre y sobre la base de información clara³.

El deber de confidencialidad obliga a las y los profesionales de la salud que recibieron información confidencial directamente de boca de sus pacientes o en su examen médico, a aquellos que conocieron la información a través de otros profesionales que participaron en el tratamiento de las y los pacientes, incluso realizando funciones administrativas, como así también a aquellos profesionales que recibieron información sin el consentimiento expreso de las y los pacientes⁴.

En muchos países de Latinoamérica, la ley requiere —o es interpretada y aplicada como si requiriese— a las y los proveedores de servicios de salud que violen el deber de confidencialidad y que denuncien aquellos delitos de acción pública que conocieron durante el ejercicio de su profesión; aunque el delito haya sido cometido por su paciente, y que esto implique violar el deber de confidencialidad.

En el caso específico de profesionales de la salud que brindan atención ginecológica, especialmente tratamiento por complicaciones derivadas de abortos inseguros en países donde el aborto está criminalizado, el conflicto normativo muchas veces los empuja a denunciar a sus pacientes a las autoridades policiales. En estos casos, la violación del deber de confidencialidad no sólo humilla a las mujeres, vulnerando su dignidad y privacidad, sino que las expone a persecuciones penales, disuadiéndolas de buscar correcta y oportuna

¹ Este artículo es una traducción y reimpression parcial, permitida por la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), del artículo original de la autora “Conflicting Duties Over Confidentiality in Argentina and Peru” *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 2011; 112: 159-162.

² Abogada, Universidad Torcuato Di Tella; LL.M., Universidad de Toronto. Actualmente se desempeña como abogada en la Asociación por los Derechos Civiles e integra el Consejo Asesor de Salud Adolescente del Ministerio de Salud de la Nación.

³ Organización Mundial de la Salud (2003). *Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica de Políticas para Sistemas de Salud*. Ginebra: OMS, pág. 68.

⁴ Cook, R.J., Dickens, B.M. y Fathalla, M.F. (2003). *Reproductive Health and Human Rights-Integrating Medicine Ethics and Law*. Oxford: Oxford University Press (disponible en español), pág. 121-2.

asistencia médica cuando las consecuencias del aborto practicado en condiciones de riesgo ponen en peligro su salud y su vida⁵.

Aunque en varios países el conflicto de deberes es tan sólo aparente (deviene de una interpretación errónea de la ley), numerosos estados han instrumentado normativas para clarificar los problemas derivados de malentendidos. Sin embargo, muchas veces estas iniciativas tienen nula o insuficiente fuerza vinculante, lo que redundará en que el conflicto de deberes tenga graves consecuencias para la salud pública, a la vez que responsabiliza a los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos frente a su propia comunidad y a la comunidad internacional por las violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

Este artículo aborda tres aspectos del deber de confidencialidad en tres países latinoamericanos: Argentina, Perú y Uruguay. En primer lugar, el artículo explica el conflicto de deberes en relación a la obligación médica de denunciar abortos en cada país. En segundo lugar, el artículo estudia las implicancias que este conflicto trae aparejadas para la salud pública y los derechos humanos en cada país. Finalmente, el artículo analiza los instrumentos legales que surgieron en estos países en la última década, como recursos útiles para cambiar significativamente el escenario.

El conflicto de deberes

El conflicto de deberes en relación a la confidencialidad y la obligación de denunciar el aborto en Argentina, Perú y Uruguay, si bien comparte rasgos similares, tiene distinta gravedad en cada país. En Argentina la protección de la confidencialidad ha sido creciente en los últimos años, aunque persisten algunos problemas; en Uruguay la protección hace tiempo que es muy amplia, y en Perú el conflicto normativo continúa siendo grave.

En general, la percepción de que el ordenamiento jurídico de estos países requiere a las y los profesionales de la salud deberes contrapuestos se deriva de la interrelación de tres tipos de provisiones: una primera que les impone la obligación de denunciar delitos de acción pública (típicamente delitos contra la vida y la integridad física) que hubieran conocido en ejercicio o en ocasión de su profesión; una segunda que penaliza a aquellos que, estando obligados a denunciar delitos, omitieran hacerlo; y una tercera que penaliza la violación del secreto profesional.

A pesar de que, como ya se adelantó, el rompecabezas normativo no necesariamente implica un conflicto legal real, la ambigüedad propia de la ley, sumada al modo heterogéneo y hasta contradictorio en que la ley es interpretada y aplicada por los tribunales, provoca que, en la práctica, muchas veces se opere como si hubiese un efectivo conflicto normativo. Esta circunstancia genera un clima de inseguridad jurídica donde las y los profesionales de la salud y directores de las instituciones sanitarias a menudo adoptan una “política de denuncia” con el objetivo declarado de evitar posibles futuras persecuciones penales derivadas de la omisión de denunciar.

En Argentina, la percepción de que el deber de denunciar que pesa sobre las y los profesionales de la salud incluye denunciar a pacientes que acuden al hospital a recibir

⁵ OMS, *Op. Cit.* pág. 94; Cook et al., *Op. Cit.* pág. 121-2

atención ginecológica por complicaciones derivadas de abortos posiblemente ilegales se debe a una errónea interpretación de tres tipos de normas⁶.

Por un lado, el Código Procesal Penal de la Nación establece que “tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1º) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; 2º) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”⁷. De acuerdo con este artículo, el deber médico de denunciar existe únicamente respecto de los delitos contra la vida y la integridad física (como es el caso del aborto), pero si, y sólo si, esa información no está amparada por el secreto profesional. Es claro, entonces, que la norma considera la posibilidad de que el deber de denunciar entre en conflicto con el deber de guardar secreto, y, para ese caso, establece expresamente que el deber de confidencialidad tiene precedencia.

Por otro lado, el Código Penal castiga al que “tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado...no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”⁸. Mientras es evidente que las y los profesionales de la salud no están obligados a denunciar delitos contra la vida si están amparados por el deber de confidencialidad, algunos jueces argentinos han sostenido que aquellos profesionales que trabajan en hospitales públicos deben ser considerados funcionarios públicos a los fines del artículo y que, por ende, están obligados por el deber general de denunciar que pesa sobre todos los funcionarios.

Sin embargo, no existen bases jurídicas para distinguir los deberes legales que pesan sobre profesionales de hospitales públicos de aquellos que pesan sobre profesionales de clínicas privadas. A diferencia de otras actividades propias de la función pública, el ejercicio de la medicina puede darse con las mismas características en establecimientos sanitarios del Estado y en establecimientos sanitarios privados. No sería razonable variar el estándar de protección de los derechos de los pacientes en función del lugar donde se desempeña quien los atiende. De lo contrario se aplicaría la ley de forma arbitraria e, incluso, inconstitucional, dado que redundaría en un perjuicio sobre aquellas personas de sectores socio-económicos bajos, que son quienes más recurren a los servicios de salud pública; lo que las expondría al dilema de elegir entre ser perseguidas penalmente o sufrir un grave daño en su salud (incluso la muerte), en violación de la garantía contra la autoincriminación, el derecho a la igualdad y el derecho a la salud.

Además de la protección implícita que el sistema jurídico argentino hace de la confidencialidad cuando exime del deber de denunciar a las y los profesionales que se encuentran bajo el amparo del secreto médico, el Código Penal protege el secreto expresamente cuando tipifica su violación como un delito. El Código castiga con multa e inhabilitación a quien teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o

⁶ La Argentina, como país federal, tiene sus normas procesales penales reguladas a nivel provincial. Como consecuencia de ello, el texto de las normas que formulan el deber de denunciar varía entre jurisdicciones provinciales. Por esta razón, me referiré a “tres tipos de normas”, aunque tomaré del ejemplo el texto del Código Procesal Penal Nacional.

⁷ Art. 177, Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

⁸ Art. 277(1)(d), Código Penal de la Nación Argentina.

arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa⁹. Este artículo, lejos de verse como una protección a la confidencialidad se ha usado como argumento para violarla. El aspecto controversial de la norma es que permite la violación de la confidencialidad cuando se esté en presencia de una “justa causa”.

En Argentina, los proveedores de servicios de salud podrían entender que, incluso cuando no estén obligados a denunciar delitos porque no son funcionarios públicos, como profesionales de la salud deben denunciar dado que un delito contra la vida constituye un supuesto de justa causa (entendida como “causa legal”) para el quebrantamiento del secreto.

Esta interpretación es incorrecta porque de la cláusula de “justa causa” deriva errónea y arbitrariamente el alcance del secreto profesional. En otras palabras, esta posición considera que el secreto profesional encuentra su límite en la “justa causa”. Así, se asume erróneamente que el deber de confidencialidad se restringe sólo a aquellos casos donde no haya justa causa de revelación.

Sin embargo, la norma que penaliza la violación de secreto establece lo contrario: criminaliza, de modo genérico, la violación al deber de confidencialidad y establece ciertas excepciones en las que esa violación no es punible. Esto es así porque no toda revelación de secreto es punible. Por ejemplo, las revelaciones que no causan daño no están castigadas por la ley, pero eso no implica que las y los profesionales de la salud no tengan un deber de confidencialidad también vinculante respecto de esa información. Es erróneo derivar el alcance del deber de confidencialidad de la eximición de castigo criminal para algunos casos de revelación de secreto.

Aunque es claro que las y los profesionales de la salud tienen un deber de denunciar únicamente delitos contra la vida y la integridad física, sólo cuando no se encuentren obligados a guardar secreto, todavía persiste la pregunta respecto de la clase de información que está amparada por el deber de confidencialidad. Concretamente, ¿es la comisión del delito de aborto por parte de la paciente la clase de información secreta que exime al profesional de la obligación de denunciar? En Argentina, esta pregunta es objeto de polémica, y ha sido respondida por las cortes de modos disímiles y hasta encontrados.

La heterogeneidad en la aplicación de la ley trajo aparejada considerable inseguridad jurídica para la comunidad médica. Esto se refleja en los fallos judiciales: por ejemplo, en la última década, todas las salas de la Cámara Nacional Criminal y Correccional se han pronunciado al menos una vez sobre este asunto¹⁰.

A diferencia de lo que ocurre en Argentina, el ordenamiento jurídico de Perú impone a las y los profesionales de la salud el expreso deber de denunciar a las autoridades policiales la comisión de un aborto que conocieron en ejercicio de su profesión¹¹. A pesar de que el Código Procesal Penal de ese país exime del deber de denunciar a aquellos que están

⁹ Art. 156, Código Penal de la Nación Argentina.

¹⁰ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I: “A., G. Y.,” 2008; “NN s/aborto,” 2006; “Katz,” 2004. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV: “T.M.E.,” 2003. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V: “C., E. C. s/aborto,” 2009; “Cotto, Claudia,” 2005; “Sautu,” 2007. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VI: “L., V. B.,” 2008; “S., A. E.,” 2007. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala VII: “G.N.,” 2007.

¹¹ Art. 30, Ley de Salud Básica de Perú.

amparados por el secreto profesional¹², el Código Penal castiga a quien omite denunciar cuando esté bajo la obligación de hacerlo¹³. Así, la norma que postula el deber de denunciar abortos ha sido usada para inferir que la información relativa a un aborto cometido por la paciente no es la clase de información amparada por el secreto profesional y, por ende, las y los profesionales de la salud deben denunciarlos.

Como sucede en Argentina, el Código Penal de Perú también castiga la violación del secreto profesional y, de hecho, lo hace de un modo más robusto que su país vecino; porque no justifica a aquellos que revelaron el secreto por una “justa causa”. Esto se complementa con la protección que la Constitución peruana da al secreto profesional cuando sienta que “toda persona tiene derecho...a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional”¹⁴. Desafortunadamente, estas protecciones son de poca o nula utilidad en los casos de aborto, para los que existe obligación expresa de denunciar.

El sistema jurídico de Uruguay es el más claro y el más protector del secreto de los tres países estudiados. La idea de que los y las profesionales de la salud tienen un deber de denunciar los abortos que conocieron en ejercicio de su profesión parece surgir de un decreto que establece que “el médico debe defender los derechos humanos relacionados con el ejercicio profesional, y especialmente el derecho a la vida a partir del momento de la concepción (...) En salvaguarda de los derechos y dignidad de la persona humana (...) debe negarse terminantemente a participar directa o indirectamente, a favorecer o siquiera admitir con su sola presencia toda violación de tales derechos, cualquiera fuera su modalidad o circunstancias”¹⁵. Aquellos que postulan la obligación de las y los médicos de denunciar abortos leen esta obligación bajo la provisión del Código Penal que castiga al “médico, partera o farmacéutico que notando en una persona o en su cadáver, señales de envenenamiento o de otro grave atentado, no diere parte a la autoridad, dentro del término de veinticuatro horas a partir del descubrimiento, salvo que la reserva se hallare amparada por el secreto profesional”¹⁶.

Como en el caso de Argentina, la obligación de denunciar se supedita a la definición del alcance del secreto profesional, que también se ve teñida por la norma del Código Penal que criminaliza la revelación de secreto profesional salvo que medie “justa causa”¹⁷.

Sin embargo, la duda respecto de la denuncia de abortos, en concreto, es aclarada por la ley que prevé que “el médico que intervenga en un aborto o en sus complicaciones deberá dar cuenta del hecho, dentro de las cuarenta y ocho horas, sin revelación de nombres, al Ministerio de Salud Pública.”¹⁸ Es decir, que la obligación de denunciar es legal, pero no tiene fines inquisidores, sino que parece justificarse en un interés del Estado en documentar los abortos. El requisito expreso de que no se revelen nombres cuando se denuncian los abortos implica, en el sistema jurídico uruguayo, el reconocimiento implícito de que la confidencialidad tiene un valor superior al interés del Estado en perseguir los delitos.

Los deberes en conflicto y sus implicancias para la salud pública y los derechos humanos

¹² Art. 327 (2), Código Procesal Penal de Perú.

¹³ Art. 407, Código Penal de Perú.

¹⁴ Art. 2 (18), Constitución Política del Perú.

¹⁵ Art. 2, Decreto 258/92.

¹⁶ Art. 360 (10), Código Penal de Uruguay.

¹⁷ Art. 302, Código Penal de Uruguay.

¹⁸ Art. 3, Ley 9763.

Los sistemas jurídicos que, en última instancia, imponen a las y los profesionales de la salud el deber de denunciar a sus pacientes en violación al deber médico de confidencialidad vulneran diversos principios y derechos contenidos en tratados y convenciones de derechos humanos ratificadas tanto por Argentina como por Perú. Concretamente, la importancia del respeto por la confidencialidad, especialmente cuando se trata de servicios de salud sexual y reproductiva, ha sido afirmada por órganos de monitoreo de los tratados, tales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁰.

En la misma línea, aunque sin fuerza vinculante, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, llevada a cabo en Cairo en 1994²¹, y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, llevada a cabo en Beijing en 1995²², afirmaron la importancia de la protección de la confidencialidad en la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva, y de planificación familiar.

En Argentina y Perú, la colisión de deberes trae aparejadas graves consecuencias para la salud pública, especialmente de las mujeres en situación de pobreza.

De acuerdo a las últimas estimaciones del Ministerio de Salud de Argentina, en el país se practican más de 450.000 abortos clandestinos al año²³; lo que representa más de un aborto por cada dos nacimientos. El aborto practicado en condiciones de riesgo es la primera causa de morbi-mortalidad materna; llevándose la vida de más de 100 mujeres al año y provocando la hospitalización de más de 60.000 mujeres anualmente, la mayoría de estatus socio-económico bajo²⁴.

La heterogénea interpretación de la ley que hacen las cortes a lo largo y a lo ancho del país ocasiona que algunos hospitales tengan una “política de denuncia” y otros no. Esta situación se ve agravada por condicionamientos morales o religiosos de las y los profesionales. Aunque no hay estudios que documenten la real dimensión del fenómeno, un estudio de 2001 mostró que el 60% de las y los profesionales de la salud estaban a favor de denunciar casos de aborto, mientras que el 34,3% se oponía²⁵.

Un estudio reciente en la Ciudad de Buenos Aires documentó que desde enero de 1994 a noviembre de 2004, 760 mujeres fueron denunciadas por el delito de aborto²⁶. A pesar de que no se determinó cuántas de estas mujeres fueron denunciadas por las y los

¹⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 (2000) “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, párrafo 23.

²⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 24 (1999) “La mujer y la salud (Art. 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)”, párrafo 12 (d), 18 y 31(d).

²¹ Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas, Programa de Acción, Capítulo VII, Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva (1994), párrafo 7.23 (c) y 7.45.

²² Informe de Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, Beijing, 1995, párrafo c.2.(e).

²³ Pantelides, E., Mario, S., Fernández, S., Manzelli, H., Gianni, C. y Gaudio, M. (2006) “Estimación de la magnitud del aborto inducido,” reporte preliminar ante la Comisión Salud Investiga, Ministerio de Salud de la Nación.

²⁴ Pantelides, *Ibid*

²⁵ Ramos, S., Gogna, M., Petracci, M., Romero, M. y Szulik, D. (2001). *Los médicos frente a la anticoncepción y el aborto: ¿una transición ideológica?* Buenos Aires: CEDES.

²⁶ Ramos, S., Bergallo, P., Romero, M., y Feijoó, J. (2009). “El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina” en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ed.. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

profesionales que las atendieron, puede argumentarse que no son mayoría las denuncias efectuadas por otras personas, tales como la pareja o algún familiar.

La situación en Perú es similar a la de Argentina. Estimaciones disponibles para el año 2001 arrojan que en el país se practican anualmente más de 350.000 abortos clandestinos; y el 30% de ellos presenta complicaciones posteriores²⁷. El aborto practicado en condiciones de riesgo es la cuarta causa de mortalidad materna y ocasiona 32.000 hospitalizaciones al año²⁸.

Otro estudio demostró que entre 1994 y 2001, cerca de 380 abortos ilegales fueron denunciados a la policía²⁹. Aunque no hay datos oficiales sobre persecuciones criminales o condenas a profesionales de la salud que no denunciaron a sus pacientes por el delito de aborto³⁰, Perú tiene una larga tradición de persecuciones y condenas contra profesionales de la salud que atendieron a supuestos terroristas y no los denunciaron a las autoridades³¹. Por supuesto que la referencia al terrorismo no pretende equiparar los actos terroristas con los abortos, sino sólo señalar la operatividad del secreto médico en temas más documentados.

Tanto en Argentina como en Perú, la obligación de los y las profesionales de la salud de denunciar los abortos que conocieron en ejercicio de su profesión implica la violación al derecho a la salud, a la privacidad, y la igualdad, y la garantía contra la autoincriminación.

En Uruguay, estimaciones disponibles del decenio 1992-2001 indicaban que el aborto practicado en condiciones de riesgo era la principal causa de muerte materna, representando el 28% del total de muertes³². Los datos más recientes del Ministerio de Salud Pública de Uruguay indican que en 2008 la tasa de mortalidad materna era de 0,02%³³, aunque esto no representa necesariamente una tasa de abortos clandestinos baja; sino más bien que los servicios de salud son buenos y accesibles³⁴.

La colisión de deberes no representa un problema serio dado que los y las profesionales de la salud tienen claro que la ley prioriza la confidencialidad por sobre el deber de denunciar. Sin embargo, han existido casos aislados de médicos denunciantes, como el

²⁷ Ferrando, D. (2002). *El Aborto Clandestino en el Perú, Hechos y Cifras*. Lima: CMP Flora Tristán y Pathfinder International.

²⁸ Ferrando, *Ibid*

²⁹ Base de Datos Atenea (2001), elaboración propia.

³⁰ El "Informe de monitoreo del cumplimiento de compromisos de las metas de la UNGASS en salud sexual y salud reproductiva de mujeres y población trans", anexo al informe UNGASS 2010 del Ministerio de Salud de Perú (MINSA), documentó que "continúa habiendo estigma y discriminación en algunos servicios de salud. Aún se evidencian denuncias sobre la violación al principio de confidencialidad del diagnóstico, negación de la atención, homofobia y transfobia en los servicios de salud". Conclusiones disponibles online en <http://www.promsex.org/actualidad/peru-envio-el-informe-ungass-2010.html>

³¹ American Association for the Advancement of Science (1994), Report on Science and Human Rights XV (1).

³² Faúndes A, Barzelatto J. (2005) *El drama del aborto. En busca de un consenso*. Bogotá: Tercer Mundo; Ver también Briozzo, L., Vidiella, G., Vidarte, V., Ferreiro, G., Cuadro, J.C. y Pons, J.E., "El aborto provocado en condiciones de riesgo. Emergente sanitario en la mortalidad materna en Uruguay. Situación actual e iniciativas médicas de protección materna" *Rev. Med. Urug* 2002; 18: 4-14.

³³ Disponible en http://www.msp.gub.uy/uc_3791_1.html

³⁴ Briozzo, L., Labandera, A., Gorgoroso, M. y Pons, J.E. (2007), "Iniciativas Sanitarias": una nueva estrategia en le abordaje del aborto de riesgo" en *Iniciativas Sanitarias Contra el Aborto Provocado en Condiciones de Riesgo* Montevideo: Arena, pág. 28.

procesamiento a una mujer que había consentido un aborto y fue denunciada por el médico que la asistió en 2007³⁵.

La creciente protección de la confidencialidad médica.

Como se explicó, en la última década, surgieron medidas para el reconocimiento de la confidencialidad médica. En Argentina, los pasos más importantes fueron dados por la Corte Suprema en abril de 2010 con el caso *Baldivieso*, al reconocer que la confidencialidad tiene preeminencia por sobre el deber de denunciar; y por el Poder Legislativo a fines de 2009 con la promulgación de la ley que regula el ejercicio de los derechos del paciente. Respecto de Perú, la iniciativa fue dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2004 en el caso *De la Cruz Flores v. Perú*³⁶, al sostener que el Estado había violado sus obligaciones internacionales fundadas en la Convención Americana de Derechos Humanos al perseguir penalmente a profesionales de la salud que se habían negado a denunciar a sus pacientes. En Uruguay, las dos normas antes referidas trajeron seguridad jurídica a las y los médicos, a los servicios de salud y a las pacientes, en materia de aborto.

En Argentina, las distintas interpretaciones de las regulaciones legales respecto del deber de denunciar y el deber de confidencialidad en relación al delito de aborto han dado lugar a tres corrientes jurisprudenciales que postulan distintos criterios de aplicación de la ley, y que se derivan de un precedente desarrollado en 1966 en el caso *Natividad Frías*³⁷.

El fallo plenario tiene muchos votos distintos, que, si bien confluyen en un resultado al que adhiere la mayoría de los jueces, se fundamentan en diferentes razonamientos. La lectura que siguen hoy día la mayoría de los tribunales³⁸ es que en *Natividad Frías* se sostiene que los profesionales de la salud no tienen el deber de denunciar los abortos que conocieron en ejercicio de su profesión, porque no son funcionarios públicos. Sin embargo, si aún así realizaran la denuncia, ésta sería nula para impulsar un proceso contra la mujer que se practicó el aborto o consintió que otro lo practicara. El argumento es que el interés del Estado en la persecución criminal no puede justificar —mucho menos obligar a— que una mujer sea expuesta al dilema inhumano de decidir entre buscar asistencia médica e ir presa, o no buscarla y morir para evitar la persecución penal. Con este argumento, el fallo postuló que obligar a las y los médicos a denunciar estos casos viola la garantía contra la autoincriminación de las pacientes. Así, se sostuvo que tomar ventaja de la situación desesperada de la paciente para extraerle una confesión del delito criminal que luego le será imputado viola su derecho constitucional de un modo que, además, es cruel e innoble. Finalmente, esta lectura sostiene que, a pesar de que la denuncia es nula en un proceso contra la paciente, sí es válida para perseguir criminalmente a terceras partes que colaboraron en el aborto (ya sea como autores, instigadores, cómplices o encubridores), dado que no existe entre el médico que hizo la denuncia y el colaborador en el aborto deber de confidencialidad alguno.

Una minoría de tribunales lee *Natividad Frías* de un modo más amplio y establece que, si un profesional de la salud denuncia un aborto del que tuvo noticia en ejercicio de su

³⁵ Rodríguez Almada H, Berro Rovira G. (2007). *Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales*. Montevideo: SMU. Disponible en: <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/fundml-aborto.pdf>

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “De La Cruz Flores v. Perú,” 2004.

³⁷ Cámara Nacional Criminal y Correccional, en pleno, “Natividad Frías,” 1966.

³⁸ Cámara de Apelaciones de San Martín, “L.,D.B.,” 1985; Superior Tribunal de Justicia de Neuquén “M.,M.E.,” 1988; Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, “E.,A.T.,” 2006; Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Santa Fe, Sala III, “D.,R.B. s/aborto,” 2006.

profesión, la denuncia es nula de nulidad absoluta porque implica una violación a la garantía constitucional contra la autoincriminación. Esta lectura del fallo se centra en los votos que la nulidad original, derivada de la violación a la garantía, conlleva la invalidez de todo el proceso criminal, lo que redundó en la imposibilidad de perseguir tanto a la mujer como a los colaboradores en el aborto³⁹.

Finalmente, otra minoría de tribunales adhiere a los votos minoritarios en *Natividad Frías*, que afirman que las y los profesionales de la salud que trabajan en hospitales públicos son funcionarios públicos y que, como tales, tienen el deber de denunciar a las pacientes que se realizaron abortos ilegales, incluso cuando eso implique la violación al deber de confidencialidad. La denuncia, por tanto, es válida tanto para perseguir a la paciente como a cualquier otra persona que colaboró en la comisión del delito⁴⁰. Esta posición fue sostenida por la Corte Suprema en 1997, en un caso llamado *Zambrana Daza*⁴¹.

Zambrana Daza no fue un caso de aborto, pero las normas que interpreta y la doctrina que de allí se deriva sí es (y de hecho ha sido) aplicable a tales casos. En el caso, una mujer que arribó a un hospital público en busca de asistencia médica —debido a una úlcera estomacal provocada por la explosión de capsulas de cocaína que traía en su estómago— fue denunciada a la policía por el profesional médico que la atendió. La Corte Suprema estableció que cuando se trata de delitos de acción pública, la denuncia es válida para iniciar la persecución penal, sin que existan excepciones que liberen al profesional de dicha obligación⁴². La Corte también afirmó que las y los profesionales de la salud que trabajan en instituciones públicas son funcionarias y funcionarios públicos a los fines del artículo.

Aunque, como se dijo, la vasta mayoría de jueces argentinos parecen considerar que la información relativa a la comisión de un aborto por parte de la paciente es el tipo de información protegida por el deber de confidencialidad, el caso *Zambrana Daza* ha provocado mucha incertidumbre entre profesionales de la salud. Afortunadamente, en abril de 2010, la Corte Suprema, en una conformación distinta a la que en 1997 falló *Zambrana Daza*, decidió el caso *Baldivieso*⁴³.

Los hechos de *Baldivieso* eran muy similares a los de *Zambrana Daza*, pero esta vez, la Corte Suprema afirmó que el deber de confidencialidad encuentra respaldo en garantías y derechos constitucionales. A pesar de que el fallo no contesta expresamente la pregunta respecto de si información relativa a la comisión de un aborto es información confidencial amparada por el secreto profesional, la Corte sí postula que en casos donde el paciente llega a la institución médica con un cuadro de riesgo para su salud, los intereses en juego son, por el lado del paciente, el derecho a la confidencialidad —que incluye información respecto de la comisión de un delito— y, por el lado del Estado, el interés en la persecución penal. La Corte profundizó en que los valores en juego son, por un lado, los derechos del paciente a la autonomía, privacidad, dignidad y vida, y, por otro lado, el interés del Estado en perseguir el tráfico de drogas. Las y los jueces enfatizaron en que no existe ningún otro interés en cabeza del Estado.

³⁹ Cámara Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Tenca, N. s/nulidad,” 1999; ver también Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, “Luque,” 2008, en comparación con “Katz” de la misma Sala.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, “G.N. s/ sobreseimiento,” 2007.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Zambrana Daza,” 1997.

⁴² “Zambrana Daza”, *Idem*, párrafo 17.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Baldivieso, César Alejandro,” 2010.

La Corte aplicó el método de la ponderación y afirmó que la dignidad del ser humano es un valor supremo en el orden constitucional argentino, que, junto con los principios del debido proceso penal, impiden al Estado valerse de medios inmorales para llevar adelante persecuciones penales, tales como la imposición a las y los profesionales de la salud del deber de denunciar a pacientes que acuden al hospital porque su vida o salud está en riesgo.

Baldivieso, como *Zambrana Daza*, es un caso de tráfico de drogas y, por tanto, es difícil predecir cuán frecuente será su aplicación en los casos de aborto. Sin embargo, el pronunciamiento puede ser una herramienta para resolver la aplicación disímil de la ley que hacen tribunales inferiores, resolviendo, de ese modo, la inseguridad jurídica que aqueja a las y los profesionales de la salud. La ponderación de los intereses en juego que hace la Corte se aplica a los casos de aborto, dado que la persecución penal tiene lugar una vez que el aborto ya fue practicado, volviendo a la persecución penal el único interés en cabeza del Estado.

A la protección a la confidencialidad otorgada por la Corte se le suma la otorgada por la Ley 26.529 que regula el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, en todo el país. La ley establece como un derecho esencial en la relación entre el paciente y el o la profesional de la salud el derecho a la intimidad y a la confidencialidad.

Con respecto al derecho a la intimidad, la ley establece que “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”⁴⁴.

En relación con el derecho a la confidencialidad, la ley establece que la o “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”⁴⁵.

El médico que incumpla el deber de guardar secreto dispuesto en la ley puede recibir, además de la sanción penal, una sanción disciplinaria⁴⁶.

En Perú, el conflicto entre el deber de confidencialidad y el deber de denunciar impulsó una denuncia ante la jurisdicción de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso *De La Cruz Flores*.

En 1996, María Teresa De La Cruz Flores, médica pediatra, fue arrestada por las fuerzas policiales peruanas, investigada por un tribunal de jueces “sin rostro” (es decir, anónimos) y sentenciada a veinte años de prisión por el delito de terrorismo. Parte de la evidencia usada en el juicio fue que De La Cruz Flores había brindado asistencia médica a un miembro del grupo terrorista *Sendero Luminoso*⁴⁷. En la sentencia peruana se afirmó que “cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las

⁴⁴ Art. 2 inc. c) de la Ley 26.529 (2009).

⁴⁵ Art. 2 inc. d), Ley 26.529 (2009).

⁴⁶ Art. 21, Ley 26.529 (2009).

⁴⁷ “De La Cruz Flores v. Perú,” *Op. Cit.*, párrafo 93.

lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas”⁴⁸. La condena fue confirmada por la Corte Suprema de Perú en 1998.

En 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la confidencialidad debe privilegiarse sobre el deber de denunciar, como claramente lo establecen normas nacionales e internacionales, tales como la Constitución peruana, el Código de Procedimientos Penales de Perú y el Código de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial.

En relación al deber de denunciar que pesa sobre las y los profesionales, la Corte dijo que:

“al dictar la sentencia de... 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por... penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión. En razón de todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el Estado violó el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora De La Cruz Flores”⁴⁹.

Desafortunadamente, la sentencia en contra de Perú ha pasado inadvertida en el ordenamiento interno del país, en tanto no se ha enmendado la ley que requiere el deber de denunciar ni se ha implementado al momento ninguna normativa en concordancia con el fallo. En marzo de 2008, el Congresista de la República, Dr. Alberto Escudero Casquino presentó un proyecto de ley para eliminar el deber médico de denunciar, pero la propuesta no ha sido discutida aún en la legislatura⁵⁰. Se trata de un proyecto que impulsado por la Asociación Médica de Perú.

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana son obligatorios para Perú, en virtud de la ratificación de la Convención Americana, y también de leyes domésticas⁵¹ y sentencias judiciales⁵². La omisión de la efectiva implementación de los pronunciamientos trae aparejada responsabilidad internacional para el país que fue condenado.

En Uruguay, en 2004⁵³ el Ministerio de Salud aprobó la Normativa de Atención Sanitaria que establece medidas de protección materna frente al aborto practicado en condiciones de riesgo. Las medidas incluyen el diagnóstico, asesoramiento y apoyo a las usuarias del sistema de salud, para que cuenten con toda la información relativa a los abortos seguros y, en caso de que la usuaria tome la decisión de realizarse un aborto, el desarrollo de medidas de seguimiento que disminuyan las complicaciones posiblemente derivadas de la práctica. La normativa establece expresamente que las y los profesionales de salud se atendrán a las normas éticas y legales que rigen la práctica médica, por lo que “se respetará el principio de confidencialidad sin perjuicio de comunicar al Ministerio de Salud

⁴⁸ “De La Cruz Flores v. Perú,” *Ibid*, párrafo 96.

⁴⁹ “De La Cruz Flores v. Perú,” *Ibid*, párrafo 102-3.

⁵⁰ Proyecto de Ley N° 3040/2008, actualmente ante Comisión de Salud, Población, Familia y Personas con Discapacidad.

⁵¹ Ley 27.775.

⁵² Corte Constitucional de Perú, “Arturo Castillo Chirinos,” Exp. N° 2730-06-PA/TC, 2006.

⁵³ Ordenanza N° 369 del MSP de Uruguay, 2004.

Pública en la forma que indica la ley (antes de las 48hs) y sin revelación del nombre de la paciente, cuando intervengan en el tratamiento de las aplicaciones de un aborto provocado”⁵⁴.

Además, en 2008 se promulgó la ley de defensa del derecho a la salud sexual y reproductiva que garantiza “la calidad, confidencialidad y privacidad de las prestaciones”⁵⁵.

Conclusión

A pesar de que la confidencialidad médica es uno de los principios éticos y legales más importantes sobre los que se basa la práctica médica, algunos países de Latinoamérica tienen sistemas normativos que parecieran exigirles a los y las profesionales de la salud el deber de denunciar a sus pacientes cuando conozcan de un delito de acción pública en ejercicio de su profesión. Este deber, que puede entrar en conflicto con la confidencialidad médica, adquiere dimensiones más serias en aquellos países donde el aborto es un delito y las y los profesionales atienden a las mujeres en instancias posteriores a la interrupción del embarazo.

Si bien varios países de Latinoamérica comparten estos deberes supuestamente contrapuestos en sus sistemas jurídicos, el conflicto presenta características diferentes en cada uno. Este artículo estudió los casos de Argentina, Perú y Uruguay, donde el respeto que la ley otorga a la confidencialidad médica varía y, por ende, también lo hacen las implicancias que el conflicto de deberes tiene para la salud pública y los derechos humanos en cada país.

Sin embargo, asegurar la protección de la confidencialidad médica requiere más que tan sólo modificaciones de las leyes vigentes. Entender la importancia del secreto médico y su protección es necesario para la provisión de cualquier servicio de salud, pero especialmente aquellos servicios que hacen a la salud sexual y reproductiva de las mujeres. De a poco están ocurriendo avances legales positivos en esta dirección, pero aún quedan muchas medidas pendientes, especialmente en relación a la difusión de los cambios legislativos y administrativos entre profesionales de la salud, y a la uniforme aplicación de los criterios legales por las cortes.

⁵⁴ Art.12, Normativa de Atención Sanitaria: Medidas de Protección Materna frente al Aborto Practicado en Condiciones de Riesgo.

⁵⁵ Ley N° 18.426, 2008.