



Dossier

Derecho y deber de confidencialidad: desafíos para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina

Por Mercedes Cavallo

La **Revista Argentina de Teoría Jurídica** de la **Universidad Torcuato Di Tella** es una publicación electrónica dedicada, fundamentalmente, al análisis de los problemas teóricos que plantea el derecho. En ella se publican, principalmente, ensayos de filosofía jurídica, moral y política, análisis económicos del derecho y doctrina jurídica. Incluye análisis jurisprudenciales, comentarios de fallos que tengan un contenido teórico sustancial, notas y reseñas bibliográficas. El proceso de edición de la revista está a cargo de alumnos de Abogacía quienes, a su vez, tienen la posibilidad de contribuir en ella con trabajos propios. La dirección y coordinación académica de la publicación corresponde a los profesores de la Escuela de Derecho. La revista aparece en julio y noviembre de cada año.

Derecho y deber de confidencialidad: desafíos para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina

Mercedes Cavallo

El secreto médico es uno de los principios más antiguos que rigen la práctica médica. El juramento hipocrático señala:

Guardaré secreto acerca de lo que oiga o vea en la sociedad y no sea preciso que se divulgue, sea o no del dominio de mi profesión, considerando como un deber el ser discreto en semejantes casos.¹

La obligación de guardar secreto profesional no se encuentra sólo en el ámbito de la medicina. Los ministros de un culto admitido, abogados, procuradores, escribanos y, en determinadas circunstancias, los militares y funcionarios públicos también están amparados por el secreto sobre los hechos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión.² Sin embargo, el respeto por la confidencialidad adquiere excepcional relevancia cuando se trata de servicios de salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el deber de confidencialidad como el deber de los proveedores de la salud de “proteger la información del paciente y no divulgarla sin autorización.”³ Rebecca Cook y Bernard Dickens identifican tres aspectos que conforman el deber de confidencialidad:

- El deber de los profesionales de la salud de proteger la información de los pacientes contra la divulgación no consentida por el paciente;⁴
- El derecho de los pacientes a conocer la información que los profesionales de la salud poseen sobre ellos;⁵
- El deber de los profesionales de la salud de asegurar que los pacientes que autoricen la divulgación lo hagan en ejercicio de su voluntad autónoma e informada.⁶

¹ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 97. Para un análisis pormenorizado de los principios de beneficencia y no maleficencia que rigen los juramentos médicos ver Rancich AM, Pérez ML, Gelpi RJ, Mainetti JA. Análisis de los principios éticos de beneficencia y no maleficencia en los juramentos médicos, en relación con el hipocrático. *Gac Méd Méx* 1999; 135: 345-351

² Ver, por ejemplo, artículo 244 del Código Procesal Penal Argentino.

³ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud. Ginebra: OMS; 2003. pp. 68

⁴ Cook RJ, Dickens BM. Considerations for Formulating Reproductive Health Laws (Second Edition). Geneva: WHO; 2000. pp. 21

⁵ Cook RJ, Dickens BM. Considerations for Formulating Reproductive Health Laws (Second Edition). Geneva: WHO; 2000. pp. 21

⁶ Cook RJ, Dickens BM. Considerations for Formulating Reproductive Health Laws (Second Edition). Geneva: WHO; 2000. pp. 21

El deber recae sobre aquellos profesionales de la salud que recibieron información confidencial directamente del paciente, sobre aquellos que recibieron la información a través de otro profesional que participa o participó del tratamiento del paciente, aunque más no fuera de modo administrativo, como también sobre aquellos que recibieron la información sin el consentimiento del paciente.⁷

Según Jonathan Herring, los argumentos a favor de la protección del secreto se dividen en consecuencialistas, deontológicos y, lo que él llama, “beneficios públicos/privados”⁸.

Los fundamentos consecuencialistas sostienen que la infracción a la garantía de confidencialidad puede disuadir al paciente de buscar asistencia médica oportuna. Por otro lado, el paciente se sentirá seguro y le brindará al profesional de la salud toda la información necesaria para un diagnóstico y tratamiento adecuados. Esta línea argumentativa prioriza el derecho a la salud del paciente y la eficiencia en la provisión del servicio.⁹

Los fundamentos deontológicos son tres: primero, la información privada del paciente hace a su intimidad y es un elemento integral en la formación de la propia identidad; segundo, la reserva de secreto implica respetar la autonomía del paciente, en su habilidad para elegir su propio plan de vida; tercero, la reserva se funda en el deber de fidelidad, es decir, el profesional hizo una promesa y el paciente espera que la cumpla.¹⁰

Los argumentos de “beneficios públicos/privados” se cimientan en la idea de que cuando un médico viola la confidencialidad produce un daño individual, pero también un daño social, porque los pacientes, en general, perderán confianza en los profesionales de la salud.¹¹ Sin embargo, esta posición plantea cuando se considera que existe un interés público, de mayor relevancia que el privado, que justifica la infracción de la reserva.¹²

Jonathan Herring argumenta que, a primera vista, la garantía de confidencialidad parece un principio llano e indiscutible.¹³ No obstante, el autor resalta que las prácticas médicas actuales hacen que la confidencialidad sea un asunto cada vez más complejo; un paciente en un hospital es asistido por un gran número de profesionales, cada uno a cargo de distintos aspectos del tratamiento. Esto significa que cada profesional tiene o puede tener acceso a la historia clínica del paciente.¹⁴ Además, la informatización de las historias clínicas y registros de los pacientes, mientras facilitan el flujo de información, dificultan la protección de la confidencialidad.¹⁵

En el plano de la salud sexual y reproductiva, las complejas aristas de la confidencialidad se vuelven, además, polémicas y sesgadas. Rebecca Cook y Bernard Dickens resaltan que la sensibilidad que rodea estos temas hace que la sexualidad y la

⁷ Cook RJ, Dickens BM. Considerations for Formulating Reproductive Health Laws (Second Edition). Geneva: WHO; 2000. pp. 20

⁸ Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 190-191

⁹ Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 190-191

¹⁰ Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 191

¹¹ La importancia de la relación de confianza en profesiones que sirven una función de utilidad pública es analizado en Sucar G, Rodriguez JL, Iglesias AM. “Violación de Secretos y Obligación de denunciar: un dilema ficticio. Un comentario crítico al fallo ‘Zambrana Daza’.” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°8. pp. 198

¹² Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 191-192

¹³ Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 144

¹⁴ Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 144

¹⁵ Herring J. Medical Law and Ethics. Oxford: Oxford University Press; 2006. pp. 144

reproducción no sean discutidas abiertamente en muchas familias, comunidades y culturas, e incluso dentro de la pareja.¹⁶ El deber de confidencialidad, por lo tanto, cobra superior relevancia en estos casos, cuando es más probable que su violación determine que individuos que necesitan los servicios temen la divulgación de su información privada y dejen de solicitarlos.¹⁷ De hecho, la OMS entiende que la violación de la confidencialidad es una barrera administrativa o legal al acceso al aborto seguro;¹⁸ es decir, un problema de salud pública. A este respecto, en 1999, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer expresó:

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.¹⁹

En el mismo sentido, la Federación Internacional de Planificación Familiar sostiene:

La violación de este secreto conduce a que –por temor– las mujeres no acudan en forma oportuna a los servicios y que en consecuencia se vean expuestas a las complicaciones de una ILE (interrupción legal de embarazo) practicada en condiciones de riesgo.²⁰

En los últimos años, algunos países de Latinoamérica sancionaron leyes o normas técnicas para reforzar la protección de la confidencialidad en materia de derechos sexuales y reproductivos.²¹ Sin embargo, el respeto por la confidencialidad en Latinoamérica es aún pobre, y constituye un factor que determina la exposición de las mujeres al aborto inseguro, a embarazos no deseados y a enfermedades de transmisión sexual.

En las secciones siguientes analizaré tres nudos críticos que presenta el principio de confidencialidad médica en el plano de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto latinoamericano. En la sección 1 reseñaré el dilema al que se enfrentan los profesionales de la salud en aquellos países donde las leyes les exigen que denuncien los delitos que conocen en ejercicio de su profesión, y al mismo tiempo les exigen respeto por la confidencialidad del paciente. En la sección 2 estudiaré los problemas que se derivan de no entender a la confidencialidad como un derecho, también, del profesional de la salud.

¹⁶ Cook RJ, Dickens BM. Considerations for Formulating Reproductive Health Laws (Second Edition). Geneva: WHO; 2000. pp. 20

¹⁷ Cook RJ, Dickens BM. Considerations for Formulating Reproductive Health Laws (Second Edition). Geneva: WHO; 2000. pp. 20

¹⁸ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud. Ginebra: OMS; 2003. pp. 94

¹⁹ CEDAW/RG/1999/24, párrafo 12 (d)

²⁰ Federación Internacional de Planificación Familiar. Aborto Legal: Regulaciones Sanitarias Comparadas. New York: IPPF/RHO. pp. 151

²¹ Ver México, Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud Relacionados con la Interrupción del Embarazo en el Distrito Federal (2006); Brasil, Norma Técnica para la atención Humanizada del Aborto, “3. Acogimiento y Orientación” (2005); Colombia, Norma Técnica para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, “6. Características del Servicio” (2006)

En la sección 3 desarrollaré el problema de solicitar autorización o notificación parental a los adolescentes que requieren servicios de salud sexual y reproductiva.

1. La confidencialidad y el interés del estado en perseguir delitos de acción pública

Muchas legislaciones y códigos penales establecen que los médicos y profesionales de la salud tienen una obligación de denunciar aquellos delitos de acción pública que conocieron durante el ejercicio de su profesión.²² La mayoría de estos países también contemplan el deber de los proveedores de servicios de salud de guardar secreto médico.²³ En algunas jurisdicciones se entiende que ambos mandatos colisionan creando un dilema de deberes.²⁴ La obligación de denunciar tiene fundamento en lo que Herring llama argumentos de “beneficio públicos/privados;” por un lado se encontrarían los beneficios privados de mantener la confidencialidad del paciente y respetar su intimidad y autonomía, y, por otro lado, se encontrarían los beneficios públicos de perseguir un delito de acción pública. Si bien este análisis es, en parte, acertado, la realidad es que la falta de protección a la confidencialidad no sólo viola intereses privados sino que también conlleva problemas de salud pública.

La obligación de denunciar tiene un impacto negativo especialmente en los países que criminalizan el aborto,²⁵ porque los profesionales que atienden a mujeres por complicaciones post-aborto las denuncian a las autoridades. En este contexto, la obligación legal de denunciar a las mujeres que se practicaron un aborto las disuade de requerir asistencia médica y constituye una violación a su derecho a la intimidad,²⁶ privacidad, libertad,²⁷ a la garantía que prohíbe la autoincriminación,²⁸ al principio de legalidad²⁹ y a la salud.

²² Ver, por ejemplo, el artículo 177 del Código Procesal Penal Argentino en concordancia con el artículo 277 del Código Penal Argentino; artículo 175 del Código Procesal Penal de Chile. La obligación de denunciar, en muchas jurisdicciones, se deriva de los artículos que establecen la figura de encubrimiento en general.

²³ Ver, por ejemplo, el artículo 156 del Código Penal Argentino; el artículo 247 Código Penal de Chile; el artículo 302 del Código Penal de Uruguay; los artículos 210 y 211 del Código Penal Federal de México; el artículo 187 del Código Penal de El Salvador; el artículo 302 del Código Penal de Bolivia.

²⁴ Ver, por ejemplo, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, *G., N.* (2007)

²⁵ Para un análisis general del conflicto ver Casas L. “Capítulo Cuatro. Salud” en Motta C, Sáez M. *La Mirada de los Jueces: Género y Jurisprudencia Latinoamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; 2008.

²⁶ Germán Sucar, Jorge L. Rodríguez and Agustín María Iglesias, “Violación de Secretos y Obligación de denunciar: un dilema ficticio. Un comentario crítico al fallo ‘Zambrana Daza’.” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°8 at 194-95

²⁷ Germán Sucar, Jorge L. Rodríguez and Agustín María Iglesias, “Violación de Secretos y Obligación de denunciar: un dilema ficticio. Un comentario crítico al fallo ‘Zambrana Daza’.” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°8 at 194-95

²⁸ Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, *Natividad Frías* (1966); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, *C.J.V.* (1991); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, *Ferrara, Claudia* (2003); Cámara Nacional Criminal y Correccional. Sala IV, *Torres Molina, Elisa (T.M.,E.)* (2003); Cámara de Acusación de Córdoba, *Aguirre de Ferreira, M.A.* (1979); Cámara Criminal de Mendoza, *T. de C., M. D. y otros* (1982); Cámara Penal de Paraná, Sala II, *Barrios, Angélica* (1984); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, *Katz, Gladys* (2004); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, *Luque* (2008)

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *De La Cruz Flores* (2004)

1.1 La situación en Argentina

El Código Penal Argentino criminaliza el aborto en los artículos 85³⁰, 86³¹, 87³² y 88.³³ Estos artículos se encuentran en la sección de Delitos contra la Personas, particularmente, Delitos contra la Vida. Por ende, el aborto se considera un crimen de acción pública, perseguible de oficio. Por otro lado, el artículo 156³⁴ del Código Penal castiga la violación al deber de confidencialidad. De los artículos 244³⁵ y 177³⁶ del Código Procesal Penal surge que la obligación de guardar secreto recae, entre otros profesionales, sobre los proveedores de servicios de salud.

Para gran parte de la doctrina y jurisprudencia, la obligación de denunciar surge del mencionado artículo 177, ya que requiere a los profesionales de la salud la denuncia de delitos de acción pública, salvo cuando se encuentren al amparo del secreto profesional. Los artículos 249³⁷, 274³⁸ y 277³⁹ del Código Penal también son mencionados entre las normas que establecen el deber de denunciar de los profesionales de la salud.

³⁰ Artículo 85: “El que causare un aborto será reprimido:

1. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;
2. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

³¹ Artículo 86: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

³² Artículo 87: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”

³³ Artículo 88: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”

³⁴ Artículo 156: “Será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.”

³⁵ Artículo 244: “Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado. Sin embargo, estas personas no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, salvo las mencionadas en primer término. Si el testigo invocare erróneamente ese deber con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, el juez procederá, sin más, a interrogarlo.”

³⁶ Artículo 177: “Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1°) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones; 2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos 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.”

³⁷ Artículo 249: “Será reprimido con multa de \$ 750 a \$ 12.500 e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.”

³⁸ Artículo 274: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable.”

A pesar de que muchos autores y jueces sostienen que dicho dilema es ficticio,⁴⁰ en Argentina, gran parte de la jurisprudencia entienden que existe un conflicto normativo y resuelve en diversos sentidos; a veces priorizando la obligación de denunciar y otras veces priorizando el deber de confidencialidad. El análisis de estas sentencias excede el objetivo de este artículo; sin embargo, es importante mencionar las tres líneas jurisprudenciales que coexisten en Argentina.

La primera corriente es seguida por la mayoría de los tribunales y fue sentada en un fallo plenario de 1966 llamado *Natividad Frías*. Esta interpretación considera que la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido sobre el aborto en ejercicio de su profesión o empleo -oficial o no-, viola la garantía constitucional de la mujer a la no autoincriminación.⁴¹ El argumento es que la mujer que requiere asistencia, por complicaciones derivadas de una práctica abortiva, lo hace llevada por la urgencia y el desespero. Por lo tanto, los jueces afirman que usar el ansia vital de una mujer para extraerle una confesión y luego iniciar un proceso criminal en su contra viola la garantía contra la autoincriminación.⁴² A través de este argumento, los fallos establecen que la denuncia hecha por el médico, en violación al deber de confidencialidad, no es válida para instruir sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices.⁴³

La segunda corriente representa la posición minoritaria y también se asienta en la garantía a la no autoincriminación; la diferencia es que extiende la nulidad a todos los imputados, incluidos los coautores, instigadores o cómplices,⁴⁴ porque considera que la violación a la garantía invalida todo el proceso.

La tercera corriente representa, también, una posición minoritaria. Esta línea considera que la denuncia del profesional de la salud no viola la garantía de la mujer a la

³⁹ Artículo 277: “1) Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: d) 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.”

⁴⁰ Ver Sucar G, Rodríguez JL, Iglesias AM. “Violación de Secretos y Obligación de denunciar: un dilema ficticio. Un comentario crítico al fallo *Zambrana Daza*.” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N°8; Ver Niño L. “El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble” en Plazas F, Hazán L. Garantías Constitucionales en la Investigación Penal: Un estudio crítico de la jurisprudencia. Buenos Aires: Editores del Puerto; 2006. pp. 3/16

⁴¹ Artículo 18 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.”

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, *Natividad Frías* (1966) [Juez Lejarza]

⁴³ Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, *Natividad Frías* (1966); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, *C.J.V.* (1991); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, *Ferrara, Claudia* (2003); Cámara Nacional Criminal y Correccional. Sala IV, *Torres Molina, Elisa (T.M.,E.)* (2003)

⁴⁴ Cámara de Acusación de Córdoba, *Aguirre de Ferreira, M.A.* (1979); Cámara Criminal de Mendoza, *T. de C., M. D. y otros* (1982); Cámara Penal de Paraná, Sala II, *Barrios, Angélica* (1984); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, *Katz, Gladys* (2004); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, *Luque* (2008)

no autoincriminación porque no hay una “confesión.” Para estos jueces, el hecho de que las evidencias del aborto sean orgánicas determina que no hay violación al derecho a no declarar contra uno mismo. Por ende, los jueces entienden que sólo existe un conflicto de derechos entre el derecho a la vida del feto y el derecho a la privacidad de la mujer, en el que gana el derecho a la vida del feto.⁴⁵ La tercera corriente, entonces, admite la validez de la denuncia y persigue tanto a la mujer que consintió el aborto como al proveedor que lo practicó.

En Argentina, la aparente colisión entre el deber de confidencialidad y el deber de denunciar es uno de los factores que más determinan el aborto inseguro, especialmente en mujeres de bajos recursos. La realidad es que a pesar de que la tipificación del aborto es sumamente ineficiente para disuadir la práctica del aborto,⁴⁶ el tratamiento del deber de confidencialidad y la obligación de denunciar que hacen las cortes -y su consecuente inseguridad jurídica- es sumamente eficiente para disuadir a las mujeres de buscar asistencia médica luego de un aborto, y a los médicos de realizar abortos legales y seguros.

Por un lado, los criterios jurisprudenciales divergentes hacen que los profesionales de la salud, ante la duda, denuncien la comisión del aborto a las autoridades. Esta realidad es abordada por Silvina Ramos y colegas:

Si bien desde algunos ámbitos se ha instado a los médicos a no denunciar a las mujeres que concurren a hospitales públicos con secuelas de abortos mal realizados, haciendo valer el secreto médico por sobre la obligación de los funcionarios públicos de denunciar todos los delitos que lleguen a su conocimiento, precisamente porque está en juego la salud de las mujeres, es frecuente que el personal hospitalario dude de la legalidad de esta interpretación y, ante la duda o la errónea comprensión del derecho, avance en la denuncia.⁴⁷

El miedo a la denuncia policial impide que las mujeres que sufren complicaciones derivadas de abortos recurran a los centros de salud de forma oportuna. Human Rights Watch “entrevistó a mujeres que no recurrieron a atención post aborto necesaria, en perjuicio de su salud, por temor a que se las denuncie a la policía”⁴⁸

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Cámara Penal de Lomas de Zamora, *Maturano Amelia* (1981); Cámara de Apelaciones y Garantías Penal de Morón, en pleno, *R., R.* (1986); Suprema Corte de Buenos Aires, *Fernández, Gladys y otra s/ Aborto*, 1990; Suprema Corte de Buenos Aires, *Iñiguez Dominga (I.,D.I.)* (1992); Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Zambrana Daza* (1997); Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, *G.,N.* (2007)

⁴⁶ “Las complicaciones por abortos inseguros han sido la primera causa de muertes maternas en la Argentina en los últimos veinte años, y representan un tercio del total de esas muertes. Junto a Trinidad y Tobago y Jamaica, la Argentina es el único país de América Latina en el que se verifica este hecho. Según estimaciones recientes realizadas por las investigadoras Pantelides y Mario, solicitadas por el Ministerio de Salud de la Nación, en la Argentina se realizan alrededor de 450.000 abortos al año, lo que significa más de un aborto por cada dos nacimientos (0,64 abortos por cada nacimiento) en Ramos S, Bergallo P, Romero M, Feijó J. “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*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Siglo XXI Editores; 2009. pp. 461-462

⁴⁷ Ramos S, Bergallo P, Romero M, Feijó J. “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*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-Siglo XXI Editores; 2009. pp. 482

⁴⁸ Human Rights Watch. *Decisión Prohibida: Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina*. New York: Human Rights Watch; 2005. pp. 59

Por otro lado, la jurisprudencia que persigue a los proveedores del aborto⁴⁹ tiene un efecto disuasorio para los profesionales de la salud, que se niegan a hacer abortos legales sin autorización judicial previa, aunque la ley no establezca ese requisito. Human Rights Watch también reporta sobre este aspecto:

[S]i bien el Código Penal no exige una autorización judicial para un aborto, la autorización judicial se ha convertido en un requisito de facto porque la mayoría de los médicos no llevaría a cabo el procedimiento sin la autorización de un juez.⁵⁰

En 2000, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se pronunció respecto de la situación en Argentina:

Preocupa al Comité que la penalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental⁵¹

En consecuencia, en Argentina, la inseguridad jurídica y la vaga protección que hacen las cortes de la confidencialidad médica son un factor que determina el aborto inseguro y que viola derechos humanos y garantías constitucionales de las mujeres.

1.2 La situación en Brasil

El Código Penal de Brasil criminaliza el aborto en los artículos 124,⁵² 125,⁵³ 126⁵⁴ y 127,⁵⁵ y establece las causas de justificación en el artículo 128.⁵⁶ Estos artículos se encuentran en el Título I: Crímenes contra las Personas, Capítulo I: Crímenes contra la Vida. Al igual que en Argentina, en Brasil, el aborto es un delito de acción pública.

⁴⁹ Ver la primera y la tercera línea jurisprudencial.

⁵⁰ Human Rights Watch. Decisión Prohibida: Acceso de las mujeres a los anticonceptivos y al aborto en Argentina. New York: Human Rights Watch; 2005. pp. 51

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, "Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 03/11/2000 (Observaciones Finales/Comentarios)", *UN Doc. CCPR/CO/70/ARG*, 3 de noviembre del 2004, párrafo 14.

⁵² Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Artigo 124: "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos."

⁵³ Aborto provocado por terceiro. Artigo 125: "Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos."

⁵⁴ Artigo 126: "Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência."

⁵⁵ Forma qualificada. Artigo 127: "As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte."

⁵⁶ Artigo 128: "Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

El artículo 154⁵⁷ del Código Penal de Brasil castiga la violación al secreto profesional. Por otro lado, el artículo 66 II de la Lei das Contravenções Penais⁵⁸ establece la obligación de denunciar, siempre y cuando no se exponga al paciente a persecución penal.

José Henrique Rodrigues Torres explica que los proveedores de servicios de salud no tienen obligación de denunciar a las mujeres que manifiesten intenciones de practicarse un aborto o a aquellas que se hayan practicado un aborto y recurran a un centro de salud en busca de asistencia médica.⁵⁹ En su análisis, el autor argumenta que denunciar a una mujer que se practicó un aborto o consintió en que otro se los practicara constituye “daño” porque la expone a un proceso criminal. Por ende, infringir el deber de confidencialidad en esos casos no estaría justificado bajo el artículo 154.⁶⁰

En relación a la figura de participación, el autor sostiene que la abstención de denunciar de los profesionales de la salud no constituye delito salvo que tenga un deber jurídico de hacerlo; situación que no concurre en los casos de aborto inducido, por lo establecido en los artículos 154 y 66.⁶¹

La Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF) sostiene:

En Brasil, los médicos o profesionales de la salud tienen prohibido revelar a las autoridades policiales, judiciales o al Ministerio Público la práctica de un aborto o un aborto espontáneo, salvo que sea para proteger a la mujer y con su consentimiento. Lo anterior se fundamenta en el deber ético y legal de guardar el secreto médico. Quien incumpla este deber puede ser objeto de procedimiento criminal o ético legal y debe resarcir todos los perjuicios causados a la mujer.⁶²

Si bien los problemas con la obligación de denunciar en Brasil son menores que en Argentina, algunos jueces consideran que existe un deber legal de denunciar.

⁵⁷ Artículo 154: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.” El artículo es muy similar al 156 del Código Penal Argentino; castiga la revelación sin justa causa que puede generar daño.

⁵⁸ Lei das Contravenções Penais, Artigo 66: “Deixar de comunicar à autoridade competente: (...) II – crime de ação pública, de que tenha conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.”

⁵⁹ Rodrigues Torres JE. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. Disponible en : http://www.ipas.org.br/arquivos/Torres_2008.pdf pp. 34

⁶⁰ Rodrigues Torres JE. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. Disponible en : http://www.ipas.org.br/arquivos/Torres_2008.pdf pp. 35.

⁶¹ Rodrigues Torres JE. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. Disponible en : http://www.ipas.org.br/arquivos/Torres_2008.pdf pp. 36.

⁶² Federación Internacional de Planificación Familiar. Aborto Legal: Regulaciones Sanitarias y Comparadas. New York: IPPF/RHO. pp.80

1.3 La situación en Chile

Los artículos 231,⁶³ 246⁶⁴ y 247⁶⁵ del Código Penal de Chile castigan la violación al secreto profesional. Casas e Isla sostienen que, si bien ninguno de estos artículos refiere, de forma explícita, a los profesionales de la salud, el artículo 247 (2) demanda reserva de secreto a los profesionales “que requieren título,” entre los que se encuentran “médicos, matronas, enfermeras y, en general, los ‘titulados’.”⁶⁶

Además, el artículo 10 (10)⁶⁷ del Código Penal exime de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber u oficio.

Como sostiene la gran mayoría de la doctrina, los autores afirman que no es necesario que el paciente solicite, de forma expresa, la reserva del secreto.⁶⁸ Además, los autores argumentan que la reserva puede infringirse de forma directa –por acción- o de forma indirecta –por omisión.⁶⁹

Se puede entender que la confidencialidad se encuentra amparada, también, en el artículo 360 (1)⁷⁰ del Código de Procedimiento Civil y en el artículo 201 (2)⁷¹ del Código de Procedimiento Penal.⁷²

En relación a la obligación de denunciar, el artículo 175⁷³ del Código Procesal Penal Chileno requiere a los profesionales de la salud la denuncia cuando noten en una persona

⁶³ Artículo 231: “El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte sueldos vitales.”

⁶⁴ Artículo 246: “El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte sueldos vitales, o bien en ambas conjuntamente. Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta sueldos vitales.”

⁶⁵ Artículo 247: “El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de éste, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez sueldos vitales.” 2 3 “Las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.”

⁶⁶ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 99

⁶⁷ Artículo 10 (10): “Están exentos de responsabilidad criminal: 10. el que obra en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”

⁶⁸ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 99

⁶⁹ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 100

⁷⁰ Artículo 360: “No serán obligados a declarar: 1° Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre los hechos que se les haya comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio.”

⁷¹ Artículo 201: “No están obligados a declarar: 2° Aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico, confesor, tienen el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiere a dicho secreto.”

⁷² Ver también artículos 298, 302 (1), 303, 304, 305 del Código Procesal Penal de Chile.

señales de un delito. Casas e Isla mencionan, también, el artículo 20 del Código Sanitario; pero el artículo refiere a las enfermedades transmisibles de los pacientes. Los autores afirman:

Si de hecho se trata de un secreto confiado, cesa la obligación de informar o denunciar, y el profesional estará exento de responsabilidad en virtud del Art. 10 N°10 [del Código Penal], pues obraría en cumplimiento de un deber u oficio. Por los demás, si los Códigos de Procedimiento Civil (...) y Penal (...) eximen a los profesionales de la obligación de declarar en juicio sobre los hechos confidenciales de que hayan tomado conocimiento en el desempeño de su oficio, con mayor razón la ley los eximirá de la obligación de denunciar o informar, cuando se trate de hechos confiados al profesional.⁷⁴

En relación al desarrollo jurisprudencial, los autores mencionan que en un caso de terrorismo de 1989, la Corte Suprema se pronunció en defensa del secreto médico y de la información contenida en fichas médicas.⁷⁵ Sin embargo, el tratamiento de los casos de aborto es distinto. En 1984 dos médicos no denunciaron a una mujer que requirió asistencia pos-aborto, porque no podían determinar si el aborto fue espontáneo o inducido; el juez los procesó argumentando que es a la Justicia a quien le corresponde determinar tal circunstancia.⁷⁶

Los autores sostienen:

En la práctica, la mayoría de los médicos mantienen reserva respecto de los casos en que atienden a mujeres con complicaciones producidas por maniobras abortivas. Sin embargo, no existe una normativa clara y sistemática que señale las disposiciones legales aplicables en la especie. De este modo, las situaciones en que se presenta conflicto de legalidad respecto de la frontera ético-jurídica de la confidencialidad de la información médica se resuelve de modo casuístico. La relevancia de este aparente vacío legal no es menor, y radica –por ejemplo– en el hecho que el ochenta por ciento de los casos de mujeres procesadas por aborto corresponde a denuncias hechas por los jefes de servicio o profesionales de los servicios de salud.⁷⁷

⁷³ Artículo 175: “Denuncia obligatoria. Estarán obligados a denunciar: Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito”

⁷⁴ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 106

⁷⁵ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 107

⁷⁶ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 108

⁷⁷ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 109

En 1999, el Comité de Derechos Humanos realizó Observaciones Finales a Chile. En relación al deber de confidencialidad y su relevancia en casos abortos el Comité mostró preocupación por la situación del aborto inseguro en Chile y recomendó el respeto por el secreto médico:

La penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo en peligro sus vidas. El deber jurídico impuesto sobre el personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a abortos puede inhibir a las mujeres que quieran obtener tratamiento médico, poniendo así en peligro sus vidas (...) El Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica.⁷⁸

En conclusión, pareciera que Chile comparte con Argentina la inseguridad jurídica y la poca protección a la confidencialidad.

1.4 La situación en Uruguay

En 2007, un procesamiento a una mujer que había consentido un aborto y fue denunciada por el médico que la asistió generó que la Facultad de Medicina de la Universidad de la República hiciera una declaración a favor del deber de confidencialidad.⁷⁹

La Ley 9763 de 1938 modificó el Código Penal y estableció la criminalización del aborto.⁸⁰ El artículo 3⁸¹ de la ley requiere que el profesional de la salud denuncie los hechos

⁷⁸ Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Chile. 30/03/99. CCPR/C/79/Add.104 (Concluding Observations/Comments) párrafo 15

⁷⁹ Rodríguez Almada H, Berro Rovira G. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales. Montevideo: SMU; 2002. Disponible en: <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/fundml-aborto.pdf>

⁸⁰ **Artículo 325:** “Aborto con consentimiento de la mujer. La mujer que causare su aborto o lo consintiera será castigada con prisión, de tres a nueve meses”; **Artículo 325 (bis):** “Del aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer. El que colabore en el aborto de una mujer con su consentimiento por actos de participación principal o secundaria será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión”; **Artículo 325 (ter):** “Aborto sin consentimiento de la mujer. El que causare el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con dos a ocho años de penitenciería”; **Artículo 326:** “Lesión o muerte de la mujer. Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 (bis), sobreviniere a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de dos a cinco años de penitenciería y si ocurre la muerte, la pena será de tres a seis años de penitenciería. Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 (ter) sobreviviniere a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de tres a nueve años de penitenciería, y si ocurriese la muerte, la pena será de de cuatro a doce años de penitenciería”; **Artículo 328:** “Causas atenuantes y eximentes. Inciso 1°. Si el delito se cometiere para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil del honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo. Inciso 2°. Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad y si se efectuase con su consentimiento será eximido de castigo. Inciso 3°. Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad y si se efectuase con su consentimiento o para salvar su vida será eximida de pena. Inciso 4°. En caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica, el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuase con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena. Inciso 5°. Tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá sólo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción. El plazo e tres meses no rige para el caso previsto en el inciso 3°.”

de aborto al Ministerio de Salud, sin dar nombres. El requisito de denunciar protegiendo la confidencialidad pareciera ser una manera legítima del Estado de investigar cuántos abortos se llevan a cabo, en qué condiciones, etc., para luego traducir esa información en políticas de salud públicas.⁸²

El artículo 302⁸³ del Código Penal de Uruguay castiga la revelación de secreto profesional salvo cuando media “justa causa” de revelación. Rodríguez Almada y Berro Rovira, en la declaración antes mencionada, afirman que “la actividad médica está comprendida (...) entre las actividades obligadas al secreto”⁸⁴ y sostienen que sólo una norma jurídica que establezca la obligatoriedad de la denuncia puede constituir “justa causa” de revelación.⁸⁵

Por otro lado, los autores mencionan que, a nivel administrativo, el Decreto 258/92 establece normas de conducta médica de aplicación directa en las dependencias del Ministerio de Salud Pública y aplicables a cualquier médico cuya conducta debiera ser valorada por la Comisión de Salud Pública. A la vez, el Decreto 204/01 determina su carácter obligatorio y establece sanciones en caso de incumplimiento.⁸⁶

Además, el artículo 4⁸⁷ del Decreto 258/92 establece que el secreto debe respetarse tanto si fue requerido de forma explícita como implícita, directa o indirectamente. El artículo 40⁸⁸ del mismo decreto no hace distinción entre profesionales que den servicios privados y aquellos que den servicios públicos.

En relación a las normas éticas, el derecho a la confidencialidad del paciente está sentado en el artículo 20 del Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay.⁸⁹ Si

⁸¹ Artículo 3, Ley 9763: “El médico que intervenga en un aborto o en sus complicaciones deberá dar cuenta del hecho, dentro de las cuarenta y ocho horas, sin revelación de nombres, al Ministerio de Salud Pública. El Juez no podrá llegar al procesamiento de un médico por razón de delito de aborto sin solicitar, previamente, informes al Ministerio de Salud Pública, quién se expedirá luego de oír al médico referido.”

⁸² Guttmacher Institute documenta que 46 Estados de Estados Unidos requieren a los hospitales, clínicas y profesionales de la salud que hagan reportes periódicos y confidenciales sobre el aborto; 7 Estados requieren que se reporten las formas de pago; 26 Estados requieren que especifiquen las complicaciones post aborto, en State Policies in Brief: Abortion Reporting Requirements, 2009.

⁸³ Artículo 302: “Revelación de secreto profesional. El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de cien a seiscientos Unidades Reajustables.”

⁸⁴ Rodríguez Almada H, Berro Rovira G. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales. Montevideo: SMU; 2002. Disponible en: <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/fundml-aborto.pdf> pp. 6

⁸⁵ Rodríguez Almada H, Berro Rovira G. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales. Montevideo: SMU; 2002. Disponible en: <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/fundml-aborto.pdf> pp. 6

⁸⁶ Rodríguez Almada H, Berro Rovira G. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales. Montevideo: SMU; 2002. Disponible en: <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/fundml-aborto.pdf> pp. 7

⁸⁷ Artículo 4: “El médico debe guardar secreto frente a terceros sobre cuanto hubiera conocido en forma explícita o implícita, directa o indirecta, acerca de la enfermedad, vida privada o intimidad de quienes hubiera de asistir o examinar en el ejercicio de su profesión y guardar silencio al respecto en todo tiempo, incluso después de la muerte del paciente.”

⁸⁸ Artículo 40: “El paciente tiene derecho a que se respete su intimidad mientras permanezca en el hospital y se trate confidencialmente toda la información y los documentos relativos al estado de su salud.”

⁸⁹ Artículo 20: “El paciente tiene derecho a: 1. Exigir que se guarde ante terceros el secreto de su consulta. El médico debe garantizar este derecho en tanto esté a su alcance. 2. A no revelar su nombre ni aun ante el médico, en determinadas

bien el derecho a la confidencialidad tiene una protección de carácter relativo,⁹⁰ que podría sugerir la divulgación del secreto en caso de abortos ilegales, Rodríguez Almada y Berro Rovira afirman que el artículo 20 debe leerse en concordancia con el artículo 22.⁹¹ De las normas surge que el deber de confidencialidad de los médicos protege intereses superiores al mero interés del estado en perseguir delitos de acción pública.

La obligación de denunciar de los profesionales de la salud está establecida en el artículo 360 (10)⁹² del Código Penal de Uruguay. Sin embargo, y al igual que en Argentina, Brasil y Chile, Uruguay exime de la denuncia a quien se encuentre amparado por el secreto. Por otro lado, la obligación de denunciar parece surgir del artículo 2 del Decreto 258/92, que establece:

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.

Sin embargo, Rodríguez y Berro sostienen que la eximición del deber de denunciar para los casos en que el profesional está amparado por el secreto, sumado a protección de la confidencialidad para los casos en que la denuncia de aborto es obligatoria, determinan que la mujer que se realizó un aborto no pueda ser perseguida por la denuncia efectuada por el profesional de la salud.

circunstancias. 3. A la confidencialidad sobre los datos revelados por él a su médico y asentados en historias clínicas, salvo autorización válidamente expresada de su parte. El médico guardará el secreto profesional y será responsable de propiciar su respeto por parte de todo el equipo de salud involucrado con su paciente. De igual manera, participará en la educación a este respecto. Los registros informatizados deben estar adecuadamente protegidos de cualquier acceso de personal no sanitario, o que no esté obligado al secreto.”

⁹⁰ Rodríguez Almada H, Berro Rovira G. Iniciativas médicas contra el aborto provocado en condiciones de riesgo: fundamentos médico legales. Montevideo: SMU; 2002. pp. 6

⁹¹ Artículo 22: “El derecho al secreto no implica un deber absoluto para el médico. Además de los casos establecidos por la Ley, éste deberá revelar el secreto en situaciones como las siguientes: 1. Peligro vital inminente para el paciente (posibilidad de suicidio). 2. Negativa sistemática de advertir al inocente acerca de un riesgo grave para la salud de este último (contagio de enfermedades adquiridas, transmisión hereditaria de malformaciones, etcétera). 3. Amenaza a la vida de terceros (posibilidad de homicidio en cualquiera de sus formas). 4. Amenaza a otros bienes fundamentales para la sociedad. 5. Defensa legal contra acusación de su propio paciente. 6. Los médicos deben reclamar a la Justicia que recurra a los medios propios para investigar un posible delito, sin coaccionar al médico a romper su deber de fidelidad para con el paciente.”

⁹² Artículo 360: “Será castigado con multa de diez a cien Unidades Reajustables o prisión equivalente: 10) (Omisión en denunciar hechos delictuosos, conocidos profesionalmente). El 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.”

1.5 La situación en Perú

Perú protege el secreto profesional en los artículos 2 (18)⁹³ de la Constitución Política, 165⁹⁴ del Código Penal, 327 (2)⁹⁵ y 165 (2)⁹⁶ del Código Procesal Penal, 141 (1)⁹⁷ del Código de Procedimientos Penales, y 15 (a) y (b)⁹⁸ de la Ley General de Salud.

En relación al deber de denunciar, el artículo 30⁹⁹ de la Ley General de Salud exige a los profesionales de la salud que denuncien cuando asistan a una mujer que presente indicios de la comisión de un aborto criminal, entre otros supuestos. Además, los artículos 17 (4) y (5)¹⁰⁰ y 18¹⁰¹ de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública regulan

⁹³ Artículo 2 (18): “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.”

⁹⁴ Artículo 165: “El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días-multa.”

⁹⁵ Artículo 327 (2): “No obligados a denunciar: Tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional.”

⁹⁶ Artículo 165 (2): “Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado:

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

⁹⁷ Artículo 141 (1): “No podrán ser obligados a declarar: 1. Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetras, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión.”

⁹⁸ Artículo 15 (a) y (b): “Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad;

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

⁹⁹ Artículo 30: “El médico que brinda atención médica a una persona por herida de arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente.”

¹⁰⁰ Artículo 17: “Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial: 4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso. 5. La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal. En este caso, sólo el juez puede ordenar la publicación sin perjuicio de lo establecido en el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.”

¹⁰¹ Artículo 18: “Regulación de las excepciones: Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley. La información contenida en las excepciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 son accesibles para el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo. Para estos efectos, el Congreso de la República sólo tiene acceso mediante una Comisión Investigadora formada de acuerdo al artículo 97 de la Constitución Política del Perú y la Comisión establecida por el artículo 36 de la Ley N° 27479. Tratándose del Poder Judicial de acuerdo a las normas que regulan su funcionamiento, solamente el juez en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales en un determinado caso y cuya información sea imprescindible para llegar a la verdad, puede solicitar la información a que se refiere cualquiera de las excepciones contenidas en este artículo. El Contralor General de la República tiene acceso a la información contenida en este artículo solamente dentro de una acción de control de su especialidad. El Defensor del Pueblo tiene acceso a la información en el ámbito de sus atribuciones de defensa de los derechos humanos. Los funcionarios públicos que tengan en su poder la información contenida en los artículos 15, 16 y 17 tienen la obligación de que ella no sea divulgada, siendo responsables

el acceso a la información confidencial. Por otro lado, el artículo 407¹⁰² del Código Penal peruano castiga la omisión de denuncia.

En Perú, el debate gira en torno a la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley General de Salud. El Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) realizó un informe explicando el dilema ético/jurídico al que se enfrentan los profesionales de la salud cada vez que asisten a una mujer con un aborto provocado. PROMSEX señala que el artículo 30 encuentra su fundamento en la correcta administración de justicia en relación con la protección de la vida humana -feto-, reconocida en el artículo 44¹⁰³ de la Constitución Política de Perú.¹⁰⁴ La Organización explica:

La omisión de denuncia puede considerarse una modalidad de lesión a la administración de justicia, por constituir una forma de impedimento u obstaculización para que el Poder Judicial solucione un conflicto social. Por ello, la omisión de denuncia se encuentra prevista en el artículo 407 del Código Penal peruano.¹⁰⁵

El artículo 30, entonces, especifica que los profesionales de la salud están sujetos al deber de denunciar. PROMSEX, sin embargo, subraya que el mencionado artículo 327 del Código Procesal Penal peruano exime del deber a aquellas personas que estén amparadas por el secreto.

La Organización explica que, si bien tanto la administración de justicia como el secreto profesional están protegidos constitucionalmente, estos bienes jurídicos no son absolutos y están sujetos a restricciones según su ejercicio, siempre maximizando su operatividad.¹⁰⁶ Por lo tanto, para evaluar qué norma debe prevalecer, PROMSEX somete el artículo 30 al “método de la ponderación” de distintos bienes jurídicos en conflicto.¹⁰⁷ El “método de la ponderación” es también conocido como el “test de proporcionalidad” que

si esto ocurre. El ejercicio de estas entidades de la administración pública se enmarca dentro de las limitaciones que señala la Constitución Política del Perú. Las excepciones señaladas en los puntos 15 y 16 incluyen los documentos que se generen sobre estas materias y no se considerará como información clasificada, la relacionada a la violación de derechos humanos o de las Convenciones de Ginebra de 1949 realizada en cualquier circunstancia, por cualquier persona. Ninguna de las excepciones señaladas en este artículo pueden ser utilizadas en contra de lo establecido en la Constitución Política del Perú.”

¹⁰² Artículo 407: “Omisión de denuncia. El que omita comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.”

¹⁰³ Artículo 44: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.”

¹⁰⁴ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 19

¹⁰⁵ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 20

¹⁰⁶ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 23-24

¹⁰⁷ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 24

aplican las cortes canadienses para determinar si una limitación a un derecho constitucional está justificada bajo los principios constitucionales o no.¹⁰⁸ Básicamente, el análisis consiste en ver si la norma que restringe derechos constitucionales tiene un objetivo legítimo de acuerdo con principios democráticos; si la norma está instrumentada a través de medios apropiados –es decir, si los medios están conectados racionalmente con el objetivo, y si vulneran lo menos posible otros derechos-; y si la norma tiene un impacto proporcionado en relación al objetivo que persigue.

La obligación de denunciar del profesional de la salud, de acuerdo al “método de la ponderación,” es un medio demasiado gravoso para proteger la administración de justicia.¹⁰⁹ En otras palabras, existen medidas que protegen la administración de justicia, pero que vulneran menos otros derechos; en este caso, el secreto profesional. PROMSEX argumenta:

El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico o la médica deben cumplir la misión que le incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos ni la persecución de los infractores, menos si con ello se desvirtúa la institución del secreto profesional a la que se encuentran sometidos y que, a su vez, cumple la función de garantizar el respeto de otros derechos fundamentales de los pacientes que atienden en la consulta.¹¹⁰

Además, el deber de denunciar de los profesionales de la salud, de acuerdo al “método de la ponderación,” tiene un impacto negativo desproporcionado en relación al bien jurídico que protege. PROMSEX argumenta:

En este caso, no sólo se ven afectados el propio derecho al secreto profesional del médico o la médica y de la paciente, y derechos conexos como la intimidad, sino también otros derechos como la libertad, el principio de inocencia, la garantía de no declarar contra sí mismo, la salud y –en algunos casos– la vida de la persona asistida.¹¹¹

La Organización subraya que la obligación de denunciar puede inhibir seriamente el pedido de asistencia médica de las mujeres con complicaciones pos-aborto; dicho de otra forma, el derecho a la salud se ve desproporcionadamente vulnerado.¹¹²

Por otro lado, es relevante mencionar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *De La Cruz Flores v. Perú*. Allí, la CIDH estableció que

¹⁰⁸ Ver Suprema Corte de Canadá, *R v. Oakes* (1986); Suprema Corte de Canadá, *R.v. Big M Drug Mart Ltd.*, (1985); Suprema Corte de Canadá, *Irwin Toy Ltd v. Quebec* (1989); Suprema Corte Canadá, *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada* (2000)

¹⁰⁹ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 25

¹¹⁰ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 26

¹¹¹ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 28

¹¹² Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 28

el deber legal de los profesionales de la salud de denunciar un delito que conocieron en ejercicio de su profesión constituye una violación al principio de legalidad.¹¹³

PROMSEX concluye:

En ese sentido, consideramos que el único caso en el que resultaría justificada la obligación de denunciar ante las autoridades competentes, sin autorización del paciente y aún en el supuesto de que la denuncia pudiese conllevar su incriminación, sería el que conduzca a impedir un delito futuro y grave. Pero no respecto de aquellos ya consumados.¹¹⁴

Por lo tanto, la protección de la vida del feto no puede ser nunca el bien jurídico protegido por el artículo 30, porque el aborto ya fue consumado.¹¹⁵

En conclusión, el análisis del artículo 30, a través del método de ponderación, sumado a la sentencia de CIDH contra Perú dan argumentos racionales y normativos para sostener la inconstitucionalidad del deber de denunciar de los profesionales de la salud.

2. Confidencialidad: un derecho del paciente y un deber/derecho del profesional de la salud

La mayoría de las veces se considera que la confidencialidad es un derecho del paciente y un deber del médico.¹¹⁶ Sin embargo, para los casos en que existen normas que requieren a los profesionales de la salud el deber de denunciar los abortos, la confidencialidad deber entenderse como un derecho, también, del proveedor de servicios de salud.

Como se vio en el caso de Argentina, la inseguridad jurídica en relación a la protección de la confidencialidad de las mujeres tiene un impacto negativo en los profesionales porque los expone a persecuciones criminales y puede disuadirlos de realizar abortos legales, perjudicando, a la vez, el derecho a la salud de las mujeres. En otras palabras, no entender a la confidencialidad como un derecho, también, del profesional viola el principio de legalidad¹¹⁷ y, eventualmente, el derecho a la salud de las mujeres.

La resistencia a realizar abortos legales también ocurre cuando no se respeta la identidad de los profesionales que practican abortos. El estigma alrededor del aborto expone a los proveedores a acosos de parte de grupos religiosos, *pro-life* y, a veces, incluso, de la propia comunidad médica.

Human Rights Watch reportó los acosos que sufren los proveedores de aborto en México:

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *De la Cruz vs. Perú* (2004), pp. 96-103.

¹¹⁴ Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Médicos en Conflicto entre la Cura y la Denuncia: Artículo 30. Lima: PROMSEX; 2006. pp. 31

¹¹⁵ Esta conclusión es avalada por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia *C-411/93*

¹¹⁶ Colombia, en el Decreto de 2006 que reglamenta aspectos de salud sexual y reproductiva, considera que la confidencialidad es también un deber institucional.

¹¹⁷ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *De La Cruz Flores* (2004)

El personal de la salud y otros funcionarios públicos también suelen ser desalentados a facilitar el acceso al aborto legal directamente por sus colegas, recibiendo muy poco apoyo de los directores de sus respectivas instituciones. En Morelos, algunos funcionarios públicos reconocieron que habían sido el centro de comentarios negativos y de actitudes de hostigamiento.¹¹⁸

Lidia Casas Becerra y Pablo Isla Monsalve sostienen que la protección del secreto médico beneficia también al profesional “puesto que él tiene a su cargo una obligación de servicio cuya naturaleza es desarrollar una obligación de medios.”¹¹⁹ Esta observación es especialmente relevante para los casos en que los médicos se niegan a realizar abortos legales, aduciendo temor a las demandas por mala praxis. Los autores prosiguen:

[U]n individuo que ejerce cierta profesión a arte, para desempeñar adecuadamente su oficio de acuerdo a ciertos estándares y lograr ciertos resultados, que no están garantizados, pero que son deseados, necesita toda la información que su paciente o cliente pueda entregarle. Con el objeto de asesorar o diseñar una estrategia de acción, el profesional requiere contar con toda la información de parte de su cliente.¹²⁰

En conclusión, la protección integral al derecho a la salud de las mujeres demanda entender la confidencialidad como un derecho del paciente, y como un derecho y un deber del profesional de la salud.

3. La confidencialidad y la autorización de padres o tutores en el caso de los adolescentes

La salud sexual y reproductiva de los adolescentes es un problema de salud pública en Latinoamérica, principalmente por la temprana edad de iniciación sexual,¹²¹ y su incidencia en los embarazos no deseados.¹²²

Hay estudios que estiman:

¹¹⁸ Human Rights Watch. Víctimas por Partida Doble: Obstrucciones al Aborto Legal por Violación en México. New York: Human Rights Watch; 2006 pp. 69-70; Guttmacher Institute documenta esta realidad en Estados Unidos: “En 2000, 56% de los proveedores [de aborto] no hospitalarios, y 82% de aquellos profesionales que practican más de 400 abortos al año experimentaron algún tipo de acoso...80% de los proveedores en general sufrieron piquetes. Otros experimentaron formas más severas de acoso, como contacto físico y vandalismo.” Get “In the Know”: Questions about Pregnancy, Contraception and Abortion. New York: Guttmacher Institute; 2009. (Traducción libre)

¹¹⁹ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 95

¹²⁰ Casas Becerra L, Isla Monsalve P. “Análisis Jurídico de la Confidencialidad Médica en Chile” en Confidencialidad de la Información y Consentimiento Informado en Salud Sexual y Reproductiva. Santiago de Chile: CORSAPS; 2002. pp. 95

¹²¹ Ver Boletín de Infancia y Adolescencia sobre el Avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Maternidad Adolescente en América Latina y el Caribe: Tendencias, Problemas y Desafíos. Naciones Unidas; 2007. Ver International Women’s Health Coalition. Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos de Adolescentes Jóvenes: América Latina y el Caribe. New York: IWHC; 2007.

¹²² Ver Boletín de Infancia y Adolescencia sobre el Avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Maternidad Adolescente en América Latina y el Caribe: Tendencias, Problemas y Desafíos. Naciones Unidas; 2007

[C]ada año mas de 14 millones de adolescentes dan a luz...representando alrededor de un 15% de la tasa mundial de morbilidad materna y un 13% de la tasa de mortalidad materna. Además, las adolescentes representan más del 14% de la tasa de aborto inseguro, entre 2.2 y 4 millones de una estimación de 10 millones de abortos ilegales por año son practicados por adolescentes.¹²³

Calderón y Alzamora de los Godos exponen la situación en Perú:

Se estima que 13% de las adolescentes peruanas entre 15 a 19 años están embarazadas y 58,2% de las que llegaron a ser madres manifestaron que su embarazo fue no deseado; esta situación va de la mano con un inicio precoz de las relaciones sexuales además de la pobre información sobre salud sexual y planificación familiar a la que tienen acceso, problema que es de mayor envergadura en poblaciones de menor nivel socioeconómico¹²⁴

Center for Reproductive Rights reporta que, en Chile y Argentina, más de un tercio de las muertes maternas entre las adolescentes se relaciona con el aborto inseguro.¹²⁵

En algunas jurisdicciones, el acceso de los adolescentes a servicios de salud sexual y reproductiva, como aborto legal, anticonceptivos, o información sobre enfermedades de transmisión sexual, se ve coartado cuando se requiere, de forma legal o de facto, la autorización o notificación a padres o tutores.¹²⁶ La confidencialidad de los adolescentes, en este caso, está íntimamente ligada con la discusión sobre el consentimiento. Incluso puede argumentarse que los requisitos de autorización o notificación velan por el superior interés del niño/niña. Si bien el problema del consentimiento excede los objetivos de este artículo, es relevante analizar el problema de las autorizaciones o notificaciones como una violación al derecho/deber de confidencialidad. La imposición de autorización o notificación paterna constituye, además, una violación a la igualdad sobre las bases de sexo o género,¹²⁷ al derecho a la privacidad,¹²⁸ a la autonomía¹²⁹ y a las dimensiones de calidad y aceptabilidad del derecho a la salud.¹³⁰

¹²³ UNFPA. The state of world population 2004: the Cairo consensus at ten: population, reproductive health and the global effort to end poverty. New York: United National Population Fund; 2004. World population monitoring 2002: reproductive rights and reproductive health: selected aspects. New York: UN; 2002; World Health Organization. Pregnant adolescents: delivering on global promises of hope. Geneva: WHO; 2006; Olukoya AA, Kaya A, Ferguson BJ, AbouZahr C. Unsafe abortion in adolescents. *Int J Gynecol Obstet* 2001;75:137-47, citado en Cook RJ, Erdman JN, Dickens BM. Respecting Adolescents' Confidentiality and Reproductive and Sexual Choices. *International Journal of Gynecology and Obstetrics* (2007) 98, at 183

¹²⁴ Calderón J, Alzamora de los Godos L. Influencia de las Relaciones Familiares sobre el Aborto provocado en Adolescentes. *Rev Peru Med Exp Salud Publica* 23(4); 2006. pp. 247

¹²⁵ Center for Reproductive Rights. Hojas Informativas: Las Adolescentes y el Aborto. New York: CRR; 1999. pp. 2

¹²⁶ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud. Ginebra: OMS; 2003. pp. 92

¹²⁷ CEDAW/GR/1999/24: "los Estados Partes no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones." (párrafo 14)

¹²⁸ El Programa de Cairo y la Plataforma de Beijing sostuvieron que el derecho a la vida privada incluye resistir intrusiones de oficiales públicos, de modo de asegurar la autodeterminación y la decisión confidencial de la mujer, en Report of the International Conference on Population and Development, U.N. Doc. A/ Conf.171/13 (1994) at 7.3, 7.12, 7.17-7.20; Fourth World Conference on Women: Action for Equality, Development, and Peace, Beijing Declaration and Platform for Action, U.N. Doc. A/CONF. 177/20 (1995) at 8.25, 103, 107(e), 108(m), 267.

International Women's Health Coalition reporta:

Los proveedores de cuidados de salud, incluyendo a boticarios, con frecuencia se rehúsan a proporcionar información y suministros de anticonceptivos y condones a clientes jóvenes, sobre todo a menores de la edad legal de consentimiento. En Jamaica, por ejemplo, proveedores de servicios de planificación familiar dijeron tener reservas acerca de servir a clientes menores de 16 años. Países como México, Brasil, Colombia y Perú han adoptado políticas y programas para atender a adolescentes, pero la implementación ha sido irregular y no está claro el límite para una edad menor.¹³¹

Panamá, por ejemplo, requiere el consentimiento de un representante legal para la práctica del aborto en mujeres menores de edad.¹³²

Los daños derivados del pedido de autorización o notificación a los padres son dignos de consideración. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer documenta:

Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores; en consecuencia, corren el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos y embarazos indeseados o prematuros.¹³³

La OMS también aborda la situación especial de las adolescentes:

Las adolescentes generalmente carecen de conocimiento sobre la sexualidad, cómo ocurre un embarazo, cuáles son los signos de un embarazo y las enfermedades de transmisión sexual. En particular, las adolescentes jóvenes y las solteras pueden no admitir haber tenido relaciones sexuales ni, por lo tanto, la probabilidad de embarazo. Pueden tener escasa experiencia en hablar de estos temas con los adultos y en acceder y utilizar los servicios de salud para encarar sus necesidades de salud sexual y reproductiva. Las adolescentes necesitan un ambiente de apoyo, donde puedan expresar sus necesidades, temores y vergüenzas sin ser juzgadas ni acalladas.¹³⁴

¹²⁹ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud. Ginebra: OMS; 2003. La Guía dice: "El principio ético fundamental del respeto por las personas es respetar su autonomía. Por autonomía se entiende que una persona adulta, mentalmente competente, no requiere el consentimiento (autorización) de un tercero, como el marido o la pareja, para acceder a un servicio de salud." pp. 66

¹³⁰ CEDAW/GR/1999/24: "los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para garantizar el acceso a servicios de atención médica de calidad, lo que entraña, por ejemplo, lograr que sean aceptables para la mujer. Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas" párrafo 22

¹³¹ International Women's Health Coalition. Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos de Adolescentes Jóvenes: América Latina y el Caribe. New York: IWHC; 2007. pp. 4

¹³² Resolución 1 de abril de 1989, Artículo 3, Comisión Multidisciplinaria Nacional de Aborto Terapéutico.

¹³³ CEDAW/GR/1999/24, párrafo 12 (b). Ver, también, CEDAW/GR/1999/24, párrafo 21

¹³⁴ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud. Ginebra: OMS; 2003. pp. 67

En este escenario, donde las relaciones sexuales entre adolescente son más la regla que la excepción, donde el involucramiento de los padres puede seriamente disuadir a los adolescentes de buscar servicios de salud sexual y reproductiva,¹³⁵ donde muchas veces son los propios padres o familiares los que abusan de las niñas, donde el embarazo prematuro puede truncar la educación de muchas mujeres o exponerlas a mayores riesgos para su salud;¹³⁶ en este escenario, violar la confidencialidad de las pacientes a través del pedido de autorización no parece una medida que, razonablemente, beneficie a los adolescentes.

Ante esta realidad, muchas jurisdicciones alrededor del mundo empezaron a establecer mecanismos alternativos al pedido de autorización de los padres, como la notificación a otro adulto que el adolescente elija, “bypass judiciales” para obtener autorización de las cortes,¹³⁷ o tratar a los adolescentes de acuerdo a sus “capacidades evolutivas.”¹³⁸ El Artículo 5¹³⁹ de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños a ser tratados según sus facultades evolutivas. A este respecto, Cook, Erdman y Dickens dicen:

*Las leyes que regulan el consentimiento a los procedimientos médicos deben aplicarse de forma contextual, reconociendo que aquellos que están por debajo de la edad estipulada pueden tener suficiente madurez para entender las consideraciones materiales de la elección que toman.*¹⁴⁰

La OMS recoge el concepto en su Guía Técnica:

*Los proveedores de salud deben estar entrenados en cómo informar, asesorar y tratar a las adolescentes según sus capacidades evolutivas para entender los tratamientos y opciones de cuidados que se le están ofreciendo, y no según un corte de edad arbitrario.*¹⁴¹

¹³⁵ Ver Jones R. Confidential Reproductive Health Services for Minors: The Potential Impact of Mandated Parental Involvement for Contraception. New York: Guttmacher Institute; 2004. pp. 4-5

¹³⁶ Boletín de Infancia y Adolescencia sobre el Avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Maternidad Adolescente en América Latina y el Caribe: Tendencias, Problemas y Desafíos. Naciones Unidas; 2007. pp. 6; Ver Center for Reproductive Rights. Hoja Informativa: Las Adolescentes y el Aborto. New York: CRR; 1999; Ver CEDES Nuevos Documentos 2003/15. Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos en la Argentina: Salud Pública y Derechos Humanos. Buenos Aires: CEDES; 2003. pp. 5; Ver Human Rights Watch. Víctimas por Partida Doble: Obstrucciones al Aborto Legal por Violación en México. New York: Human Rights Watch; 2006

¹³⁷ En Francia, por ejemplo, en 2001, se sancionó la ley 588 que establece que las niñas y adolescentes pueden acceder a procedimientos abortivos acompañadas por un adulto que ellas elijan. Guttmacher Institute documenta que en Estados Unidos, “34 estados incluyen un “bypass judicial” que permite a los adolescentes obtener aprobación de las cortes; 6 estados también permiten el aborto si se involucra algún familiar, como un abuelo” en Parental Involvement in Minors’ Abortions. New York: Guttmacher Institute; 2009

¹³⁸ Ver Choice of Termination Act and Amendment, Art. 5.3 de Sudáfrica, 1994-2004; Ver Boonstra H, Nash E. Minors and the right to consent to health care. New York: Guttmacher Institute; 2000

¹³⁹ Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

¹⁴⁰ Cook RJ, Erdman JN, Dickens BM. Respecting Adolescents’ Confidentiality and Reproductive and Sexual Choices. *International Journal of Gynecology and Obstetrics* (2007) 98, at 183 (Traducción Libre)

¹⁴¹ Organización Mundial de la Salud. Aborto Sin Riesgos: Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud. Ginebra: OMS; 2003. pp.68

UNICEF sugiere un marco para determinar las “capacidades evolutivas” de los niños y niñas que incluye: la capacidad de comprender y comunicar informaciones pertinentes, la capacidad para pensar y elegir con un cierto nivel de independencia, la capacidad de evaluar los beneficios, peligros y daños potenciales de sus conductas, y la posesión de una escala de valores relativamente estable.¹⁴² Además, la organización recomienda la eliminación de todos los límites fijos de edad, la presunción de competencia, y la evaluación individual de la capacidad de cada niño/niña, en casos concretos.¹⁴³

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomienda:

Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.¹⁴⁴

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer establece que las niñas y adolescentes son consideradas mujeres bajo los estándares de derechos humanos de la Convención.¹⁴⁵

Algunos países latinoamericanos ya reconocieron, en sus legislaciones, las capacidades evolutivas de los adolescentes en materia de derechos sexuales y reproductivos. Brasil, por ejemplo, establece que las adolescentes entre 16 y 18 años deberán ser asistidas por los padres o representantes legales, y que las menores de 16 años deberán ser representadas por los padres o representantes. Sin embargo, la voluntad de la adolescente deberá respetarse en todos los casos, aunque sus padres o representantes no estén de acuerdo.¹⁴⁶ Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia también estableció este derecho a los adolescentes.¹⁴⁷

* * *

El objetivo de este artículo fue desarrollar brevemente tres aspectos críticos de la aplicación del deber de confidencialidad en materia de derechos sexuales y reproductivos en Latinoamérica. En la sección 1 expuse el dilema al que se enfrentan los médicos cada vez que las legislaciones les exigen que denuncien la comisión de un delito que conocieron en ejercicio de sus funciones y que, al mismo tiempo, respeten la confidencialidad del

¹⁴² Lansdown G. La evolución de las Facultades del Niño. Florencia: UNICEF/Centro de Investigaciones Innocenti; 2005.

¹⁴³ Lansdown G. La evolución de las Facultades del Niño. Florencia: UNICEF/Centro de Investigaciones Innocenti; 2005.

¹⁴⁴ CESCR/GR/2000/12, párrafo 23

¹⁴⁵ CEDAW/GC/1999/24, párrafo 8

¹⁴⁶ Norma Técnica para la Atención Humanizada del Aborto (2005). En la práctica existen irregularidades en la aplicación de la Norma Técnica.

¹⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-335/06 (2006); Ver, también Norma Técnica para la atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, “6.3.3 Consentimiento Informado” (2006); Ver también artículo 8 y 9 del Código de la Infancia y Adolescencia (2006)

paciente. El objetivo fue mostrar el impacto negativo que la obligación legal de denunciar tiene sobre el aborto inseguro. En la sección 2 discutí la importancia de entender a la confidencialidad como un derecho, también, del profesional de la salud. En este sentido, resalté que para respetar el derecho a la salud de los pacientes y garantizar una correcta provisión de servicios es necesario proteger la confidencialidad de los profesionales y asegurarles que no serán perseguidos por cumplir con su deber. Por último, en la sección 3, desarrollé la relevancia de asegurar la confidencialidad de los adolescentes. El objetivo fue resaltar que la imposición de autorizaciones o notificaciones a los padres para realizar prácticas de aborto legal o suministrar información relevante disuade a los adolescentes de requerir asistencia médica, y, por ende, los expone a serios riesgos para su salud.

De la evidencia empírica y de las recomendaciones de los organismos internacionales surge que la confidencialidad es un pilar fundamental para la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva; su incumplimiento ocasiona o refuerza serios problemas de salud pública, como el aborto inseguro o la falta de acceso a anticonceptivos y a información sobre enfermedades de transmisión sexual, a la vez que viola derechos humanos de los pacientes y profesionales de la salud.