

El derecho a la salud y al aborto

El punto ciego

por **SABRINA A. CARTABIA**⁽¹⁾

Resumen: En nuestro país existe consenso respecto a la ilegitimidad y sanción que merecen la tortura y los tratos inhumanos, crueles y degradantes, reflejada en el tipo penal de apremios ilegales. Sin embargo, cuando estas acciones son realizadas por miembros de equipos de servicios de salud en relación con las mujeres que abortan y llegan a solicitar ayuda frente a las complicaciones que provoca la clandestinidad de la práctica, la violencia en la cual el Estado incurre es completamente invisibilizada. La penalización del aborto, la interpretación de una regla procesal que estipula la obligación de los funcionarios públicos de denunciar los delitos que conocieran en ejercicio de sus funciones, y el hecho de que estos actos lleguen a la justicia como parte de los expedientes de aborto propio sin ser investigados ni sancionados, normaliza que los profesionales de la salud violen el secreto profesional y atormenten física y psicológicamente a las mujeres durante el tratamiento médico con la finalidad de obtener una confesión para realizar una denuncia policial o simplemente para castigar. Así se refuerza la legitimidad de la tortura sobre los cuerpos femeninos que disienten con el mandato patriarcal de la maternidad, y se soslaya su prohibición tanto como la existencia de los derechos humanos de las abortantes.

I | Lo invisible

En nuestro país existe un claro repudio hacia la tortura cuando se da en instituciones donde las personas se encuentran privadas de su libertad, como cárceles o comisarias. Esto trasluce el consenso existente en torno a

.....

(1) Abogada (UBA).

que solo los miembros de las fuerzas de seguridad o del servicio penitenciario son los agentes estatales pasibles de cometer este delito. El sistema no es permeable a incorporar sistemas de protección cuando son otros los agentes estatales que llevan adelante dichos actos.

La penalización del aborto, sumada a la existencia de la falacia jurídica de la protección absoluta de la vida en gestación,⁽²⁾ obstaculiza la realización de abortos no punibles⁽³⁾ y genera la práctica clandestina e insegura de interrupciones voluntarias del embarazo, así como la investigación penal de abortos espontáneos, la violación del secreto profesional, y que se promuevan tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Tomaremos el caso de los equipos de salud compuestos por médicos, enfermeras, asistentes sociales y otros agentes en el marco del tratamiento médico que dispensan a mujeres que sufren complicaciones a causa de la práctica clandestina de interrupciones de embarazo o, simplemente, de abortos espontáneos, pues en muchos casos se criminaliza iniciando una investigación judicial a cualquier aborto con la finalidad de descubrir si ha sido fruto del accionar de la mujer.

Para mostrar esto escogí algunas noticias periodísticas que surgen de las versiones en línea de diarios de diferentes regiones del país.

En primer lugar cabe resaltar el impacto negativo que tiene la posibilidad de denuncia penal por parte de los servicios de salud en el hecho de que las mujeres se ven obligadas a no acudir a los hospitales por miedo a ser denunciadas. Los siguientes fragmentos de diferentes notas revelan esto.

Una mujer de la provincia de Catamarca fue internada en grave estado y desde el hospital se dio intervención a la justicia para que investigue. En ese contexto, una fuente declaró frente a los medios:

.....

(2) La CSJN, en su fallo "F.A.L s/Medida autosatisfactiva", del 13/03/2012, clarificó, en sus considerandos 9 a 14, el contenido del derecho constitucional y convencional resaltando que la interpretación que debe seguirse es la que ya han realizado los organismos internacionales de derechos humanos, que se habían expedido en varias oportunidades sobre la inexistencia de una vocación que protegiera la vida desde la concepción obligando a la prohibición del aborto. También se recomienda la lectura del fallo de la Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ('Fecundación *In Vitro*') vs. Costa Rica" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2012.

(3) Son los abortos autorizados en el art. 86 CP.

... una o dos veces por semana, al menos, ingresan a ese centro asistencial chicas con problemas derivados de abortos clandestinos. “Es terrible ver cómo llegan. La mayoría son menores de edad y, a veces, la familia solo se entera cuando desde aquí se da intervención a la Policía”, relató.

Se señaló, además, que asisten a ese centro asistencial cuando la situación es insostenible. “Ingresan volando en fiebre, cuando están en riesgo sus vidas. Entre nosotros, como en el campo, solemos decir que llegan ‘casi podridas’. Pobrecitas, quizás el miedo las hizo ir a esos lugares en donde se arriesgan a todo”.⁽⁴⁾

Otra historia similar:

Ayer por la madrugada se registró en las instalaciones de la Maternidad Provincial la entrada de una muchacha de 23 años que había sufrido un aborto —hasta el momento no está confirmado si fue inducido o natural— que la dejó en un delicado estado de salud. (...) Dada la complejidad del caso la muchacha fue derivada a la Maternidad Provincial, donde este tipo de casos se reportan con frecuencia y los médicos manejan protocolos de acción más especializados. (...) El hecho particularmente adquirió relevancia judicial y ameritó la intervención de la Unidad de Delitos Criminales, luego de que los médicos que atendieron a la muchacha realizaran una denuncia ante autoridades judiciales.⁽⁵⁾

En la provincia de Mendoza:

Una mujer de 40 años permanece internada luego de causarse, según cree la Justicia, un aborto espontáneo en Gutiérrez, Maipú. (...) Ante esto, la guardia policial del nosocomio le dio intervención a la Justicia. Por lo tanto, la Oficina Fiscal inició un expediente, calificado por el momento como “aborto de la mujer, propio o consentido”.⁽⁶⁾

(4) [En línea] <http://www.lagaceta.com.ar/nota/491014/Policiales/Por-supuesto-aborto-clandestino-Aguilares-mujer-esta-grave.html>

(5) [En línea] <http://www.elesqui.com/notas/2012/11/29/ciudadania-263470.asp>

(6) [En línea] <http://www.sitioandino.com/nota/66411-esta-internada-una-mujer-que-supuestamente-se-causo-un-aborto-espontaneo/>

En Santiago del Estero:

Personal de la Comisaría 16 de Clodomira Banda, fue alertado por profesionales del hospital de esa ciudad del departamento Banda sobre el ingreso de una mujer con signos de un aparente aborto provocado.

Los profesionales diagnosticaron además que la paciente se encontraba en estado delicado, por lo que fue derivada a la Maternidad Faustino Herrera, donde le iniciaron un tratamiento.

La Policía realiza un relevamiento en su familia y entre los vecinos para establecer qué sucedió.⁽⁷⁾

Además, en otro diario de la misma provincia:

Una embarazada con fuertes dolores y aparentes signos de aborto puso en alerta ayer a los médicos del hospital Regional, al sospechar que podrían estar ante una práctica ilegal para inducir a la expulsión del feto.

La novedad fue transmitida a la Policía por los profesionales, como es de estilo en este tipo de casos, a poco de que la mujer ingresara a la una de la madrugada.

Sin embargo, al profundizar los estudios sobre la mujer se estableció que no presentaba señales de que se haya realizado prácticas abortivas.⁽⁸⁾

En San Juan:

Pasado el mediodía, un llamado de las autoridades de la escuela Juan Dolores Godoy, ubicada en Hipólito Yrigoyen al 3500, Santa Lucía, alertó a la policía sobre el hallazgo de restos que podrían ser de un feto.

Los primeros trascendidos indican que los restos fueron encontrados en uno de los bidet de los sanitarios de mujeres del establecimiento. Personal de Criminalística y Seccional Quinta trabajaron en el lugar. Desde la Policía, esperan los resultados preliminares para determinar si se trató de un aborto.⁽⁹⁾

.....

(7) [En línea] <http://www.elliberal.com.ar/ampliada.php?ID=50628>

(8) [En línea] <http://www.nuevodiarioweb.com.ar/notas/2013/11/10/alerta-possible-aborto-489887.asp>

(9) [En línea] http://www.diariodecuyo.com.ar/home/new_noticia.php?noticia_id=593719

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Una joven, de 28 años, recibió distintas formas de maltrato en el Hospital Fernández, de la Ciudad de Buenos Aires, cuando fue a la guardia con un aborto en curso. En violación a la legislación vigente y al deber de confidencialidad, una médica dio aviso a la policía, ante la presunción de que la interrupción del embarazo había sido provocada por la misma paciente. La joven fue trasladada a la comisaría 53ª de la Policía Federal, donde permaneció presa por 10 horas, cuando todavía sufría pérdidas. (...) La mujer contó a la defensora pública que la asistió que las médicas que la atendieron le hicieron comentarios condenatorios, culpabilizándola por lo sucedido y que le habrían indicado una dosis menor de medicación para el manejo del dolor, para que "sienta lo que hizo", aunque luego la enfermera encargada le dio finalmente la dosis completa.⁽¹⁰⁾

Los ejemplos visibilizan una cadena de incumplimientos. El primer eslabón es la violación sistemática de la obligación ética y legal de guardar secreto profesional, lo cual cobra aún mayor relevancia cuando esto se hace en perjuicio del acceso a la salud de adolescentes y niñas, quienes requieren de una protección extra según el marco de derechos humanos que establece la Convención de los Derechos del Niño. Luego están los tratos inhumanos, crueles, degradantes, y finalmente la tortura.

2 | La violación del secreto profesional

En Argentina, el deber de confidencialidad surge de un marco normativo formado por la Constitución Nacional, los tratados de DDHH, normas específicas dictadas en materia de salud, y legislación penal que castiga la violación del secreto, salvo que exista justa causa.⁽¹¹⁾

(10) [En línea] <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-233328-2013-11-11.html>

(11) DEZA, SOLEDAD, "Deber de guardar el secreto profesional en situaciones postaborto", [en línea] https://www.justucuman.gov.ar/oficina_mujer/versionClasica/archivos/otros/taller_confidencialidad_post_aborto/Violacion_de_secreto.pdf. Allí la autora expresa que "... el secreto profesional reconoce su existencia en la protección del derecho a la intimidad, la privacidad y la libertad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH) declaró que el derecho a la intimidad garantiza 'un espacio que nadie puede invadir, una esfera de actividades absolutamente personal para cada individuo'. El derecho a la privacidad está protegido

Así, la Ley de Ejercicio de la Medicina, ley 17.132, establece:

Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer —salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal—, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitar o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal (art. 11).

Por otra parte, la Ley de Derechos del Paciente, ley 26.529, establece:

Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: (...) c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley 25.326; d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente (art. 2°).

.....
por varios tratados de derechos humanos. Entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), cuyas normas han adquirido el carácter de *Ius Cogens* o derecho fundamental e imperativo para los Estados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

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

Y los principios que informan desde el ámbito internacional y nacional al bloque constitucional federal toman aplicables, además, todas aquellas disposiciones que preserven derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad, a la libertad, a la privacidad, a la salud y a no autoincriminarse”.

A su turno, la Ley de Protección de Datos Personales, ley 25.326, establece que:

Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquellos, respetando los principios del secreto profesional (art. 8°).

1) El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos.

2) El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública (art. 10).

Y mientras que el Código Penal dispone que “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (art. 156); el Código Procesal Penal de la Nación vigente hasta la Reforma establece que existe la obligación de denunciar para:

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** (art. 177).⁽¹²⁾

(12) El resaltado me pertenece.

Existe un conflicto de derechos que se resuelve en forma incorrecta. A través de la aplicación de creencias generalizadas, entre los miembros de los servicios de salud se toman decisiones que violan el marco de derechos humanos que protege a las mujeres. Frente a este escenario, el Estado no aplica políticas públicas tendientes a prevenir —por medio de la capacitación y difusión de criterios claros— y sancionar a quienes afectan profundamente la dignidad y privacidad de mujeres, niñas y adolescentes.

La confusión puede estar dada por la existencia del fallo “Zembrana Daza” emitido por una composición de la CSJN que no aplicaba los tratados de DDHH, y que no dudaba en otorgar supremacía a los intereses de persecución estatal de delitos por sobre la vida, la salud y la dignidad de las personas. En dicho fallo se establece que:

... el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando, en casos como el de autos, las evidencias son de índole material.

En ese sentido cabe recordar que desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.⁽¹³⁾

Sin embargo, el criterio jurisprudencial fue reformulado en 2008 con el fallo “Baldivieso”,⁽¹⁴⁾ que reafirma la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo ple-

.....

(13) CSJN, “Recurso de hecho deducido por Gustavo M. Hornos (fiscal de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal) en la causa Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”, 12/08/1997.

(14) CSJN, “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso ‘Baldivieso César Alejandro s/ causa n. 4733’”, 20/04/2010. La Corte deja bien en claro que, si bien los/las médicos/as pueden ser perseguidos penalmente por la comisión de delitos, no se los puede perseguir por el ejercicio de su profesión. Por lo tanto, dado que uno de los presupuestos más básicos de la relación entre el/la médico/a y sus pacientes es la expectativa de confidencialidad, tampoco se puede obligar a los/las médicos/as a denunciar a sus pacientes porque ello implicaría poner en peligro el valor especial que se le atribuye a la confianza que el paciente deposita en su médico —y no en los demás—.

nario "Natividad Frías" de 1966, y que a su vez se encuentra refrendado en el caso "De la Cruz Flores vs. Perú" que resolvió la Corte IDH,⁽¹⁵⁾ de manera que, en cuanto a la validez de los procesos iniciados como puntapié de la violación del secreto profesional, el criterio jurisprudencial es claro y está dado por los fallos "Natividad Frías" y "Baldivieso", que definen la nulidad de todo lo actuado y absuelven a los imputados, pues el interés público en investigar un delito ya consumado, no configura razón suficiente que habilite a romper con la obligación de guardar secreto.

Nunca se puede justificar someter a las mujeres al inhumano dilema de solicitar auxilio médico en instituciones públicas o enfrentarse con la muerte o la cárcel. Por otra parte el ejercicio de un cargo público no releva de su cumplimiento, una interpretación contraria es inconstitucional por enfrentarse al deber de igualdad y no discriminación. No puede investigarse sobre la base de una denuncia delictuosa pues el ordenamiento legal es hermético y no consiente su propia violación.

Sucede que cuando los miembros de los servicios de salud se encuentran con una situación de aborto, el sistema permite un desplazamiento que no genera ningún beneficio para la sociedad: a la paciente se la pone en el lugar de acusada y los médicos se trasladan al lugar de inquisidores. De esta forma, determinados sectores del poder médico y del judicial se cierran en sí mismos, uniéndose con la finalidad de controlar la sexualidad y la (no) reproducción femenina.

3 | Mucho más que una denuncia

Si bien la violación del secreto profesional es un grave atentado contra los derechos humanos de las mujeres que abortan en nuestro país, existen consecuencias aún más graves derivadas de las creencias y prejuicios enquistados en nuestra sociedad.

Los tratos inhumanos, crueles y degradantes son moneda corriente en los servicios de salud, e incluso en algunos casos configuran tortura. Posiblemente, la argumentación que se lleva adelante resulte chocante, pues resulta contrario a la intuición pensar que quienes llevan adelante funciones relacionadas

.....
(15) CORTE IDH, "Caso De La Cruz Flores vs. Perú" (Fondo, Reparaciones y Costas), 18/11/2004.

con la protección de la salud y la vida de las personas en el marco del servicio médico estatal, sean los mismos que dispensan malos tratos y torturan a mujeres que han abortado. Sin embargo, existe una red de conceptos, leyes y prácticas que legitiman la actual violación de los DDHH de mujeres, niñas y adolescentes que impiden ver el problema existente. Esto se ve reforzado por la impunidad que rodea a estas prácticas abusivas, que legitima y hasta genera una práctica *contra legem* fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes ejecutivos y judiciales tanto nacionales como provinciales, que hacen caso omiso respecto de la ilegalidad de la violación del secreto y no llevan adelante las comunicaciones y capacitaciones correspondientes ni las investigaciones pertinentes para sancionar a quienes actúan por fuera de la ley, reforzando así la legitimidad de los abusos cometidos por quienes forman los equipos médicos e incluso incentivando su función inquisidora.

En este sentido, el caso María Magdalena resulta paradigmático.⁽¹⁶⁾ Una mujer de 26 años de condición humilde y madre de tres niños llegó a un centro de salud con un aborto en curso. Las dos médicas que la atendieron, frente a la posibilidad de que el aborto hubiera sido provocado, le efectuaron ellas mismas un interrogatorio cargado de violencia y le practicaron un legrado sin anestesia. Luego dieron intervención a la policía, cuyos agentes ingresaron a la sala de madrugada, donde otras mujeres estaban en labor de parto, para tomarle declaración a María Magdalena mientras se encontraba convaleciente en la cama del hospital. Contando con la declaración arrancada en una situación de vulnerabilidad ostensible y en violación del secreto profesional y con una denuncia por parte de María Magdalena respecto de los maltratos recibidos, el Fiscal de la causa decidió archivar la causa por violación del secreto profesional y violencia obstétrica, psicológica e institucional, pues según consta en el expediente:

... Si bien por lo general se presentan casos controvertidos sobre el alcance del deber de reserva profesional en el caso de los médicos sean particulares o funcionarios públicos tienen un deber genérico de guardar silencio sobre algún secreto del que hayan tomado conocimiento en razón de su profesión, pero existen ciertos delitos —como las práctica abortivas— que

(16) Para un estudio más exhaustivo respecto de la violación del deber de guardar secreto profesional en el caso "María Magdalena", DEZA, SOLEDAD, "Deber de...", *op. cit.*

imponen al profesional de la salud a denunciar el hecho tal como los establece nuestro Código de Procedimiento en su art. 326. (...) A mayor abundamiento del Informe efectuado por la Asesora letrada del Instituto de Maternidad Ntra. Sra. de Las Mercedes se indica que "Legalmente el Procedimiento Médico llevado a cabo, en cuanto a la denuncia del aborto provocado fue el correcto", por lo que de ningún modo se evidencia la comisión de un ilícito penal.

Por otra parte, ignorando la jurisprudencia de la CSJN y el criterio asentado en el fallo "Natividad Frías", el fiscal decidió continuar con el proceso contra María Magdalena, mientras que la Directora de la maternidad, Rossana Chahla, declaró en los medios: "La paciente llegó con 16 semanas de embarazo y una ginecorragia, con huellas de maniobras abortivas. Desde la institución estamos obligados por ley a denunciar este posible delito".⁽¹⁷⁾

Esto sucede porque el derecho excede de la mera norma escrita (derecho en los libros), y es una cristalización social aún más compleja, en la cual interactúa la aplicación que realizan los operadores jurídicos (derecho en acción) y las creencias que tiene la población (derecho en las conciencias). En la brecha existente entre el derecho en los libros y el derecho en acción, tienen lugar las violaciones a los derechos, y estas merecen sanciones.

La falta de confianza de las mujeres respecto al trato que recibirán al pedir auxilio frente a complicaciones postaborto se ha configurado en un problema de salud pública en el que el derecho explicita que quienes abortan no merecen ser tratadas en forma digna ni tienen derecho a recibir cuidados médicos, pues por medio de la posibilidad de ser denunciadas se las aleja de los servicios de manera tal que, frente a las complicaciones derivadas de un aborto, prefieren esperar y llegan al hospital cuando las infecciones o hemorragias se encuentran en un estado crítico que pone en peligro cierto su vida o integridad física. La actitud de quienes deberían salvar la vida de las mujeres se ha convertido en un problema de salud pública que no se aborda de manera eficiente.

.....
(17) [En línea] <http://www.lagaceta.com.ar/nota/505851/tucumanos/dos-ginecologas-paciente-envueltas-conflicto.html>

Los datos estadísticos indican que, en Argentina, se practican anualmente cerca de 460 mil abortos voluntarios.⁽¹⁸⁾ Una investigación realizada por el CEDES (Centro de Estudios de Estado y Sociedad) y ADC (Asociación por los Derechos Civiles),⁽¹⁹⁾ cuyos datos son espasmódicos pero sirven para visualizar cómo el derecho, en este caso penal, genera realidades, arroja que solo en la CABA, durante el período 1993-2009, se registraron 809 causas por aborto propio, es decir, un promedio de menos de 6 por año. Finalmente, las condenas por aborto propio son muy pocas. En el período 2002-2008 se dictaron 22 condenas en todo el territorio nacional —menos de 4 por año— de las cuales 17 son a parteras empíricas o enfermeras y solo 5 a mujeres que abortaron. Presumiblemente, muchos de los procesos sean declarados nulos en virtud de los fallos “Baldivieso” y “Natividad Frías”. De esto podemos concluir que, de 460 mil abortos anuales, existe una o ninguna condena por año.

La actual norma penal no protege la vida en gestación ni ha impedido los abortos. La sociedad no tiene un interés en encarcelar a las mujeres que se practican interrupciones voluntarias de embarazo. Entonces, su función es meramente simbólica.

La mera posibilidad de ser investigadas genera una barrera que aleja a las mujeres del sistema de salud, pues “El estigma que supone cargar con un proceso penal es conocido. El impacto negativo que genera en las vidas de quienes son marcados por el poder punitivo estatal implica de por sí un castigo”.⁽²⁰⁾

La actitud de aquiescencia actual por parte del Estado, donde los profesionales del sistema de salud y de los diferentes poderes desconocen

(18) PANTELIDES, EDITH y MARIO, SILVIA, “Estimación de la magnitud del aborto inducido”, en *Notas de población*, n° 87, CEPAL, 2007, [en línea] http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P_4.pdf

(19) Durante el año 2010, el equipo jurídico del CEDES (Agustina Ramón Michel, Sonia Ariza y Sabrina A. Cartabia, coordinado por Paola Bergallo), junto con ADC, recolectó a partir de los informes del Sistema Informático de la oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, los datos referidos a causas iniciadas por aborto propio. Los resultados definitivos aún no han sido publicados. Los datos utilizados en esta reflexión se encuentran publicados en el informe de Derechos Humanos de 2011 del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), [en línea] http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS_FlnAL_2011.pdf

(20) CARTABIA, SABRINA A., “Toda sentencia es política”, en *Los derechos de las mujeres en la mira*, Bs. As, ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género), 2011.

las normativas vigentes y expresan actitudes prejuiciosas, estereotipadas y estigmatizantes hacia las mujeres que solicitan un aborto. Incluso en los casos en los que está permitido, genera problemas graves pues alejan a las personas de los hospitales causando un problema de salud pública que redundaría en la muerte de cerca de 100 mujeres por año en nuestro país. En este sentido, vale resaltar que las familias de las mujeres con complicaciones de aborto reportaron demoras en la decisión de buscar atención debido al temor de ser estigmatizadas en los servicios, así como retrasos en la identificación de la gravedad de la complicación por parte de los servicios de salud.⁽²¹⁾ El derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados adopten medidas positivas para su protección, incluyendo aquellas que sean necesarias para evitar que las mujeres tengan temor de acercarse a los servicios cuando su salud o su vida se encuentran en riesgo.

En la encuesta realizada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2004 para evaluar la calidad de los servicios de las maternidades públicas, el 9% de las maternidades del país que respondieron la encuesta indicaron que realizaban los legrados sin anestesia,⁽²²⁾ indicador inequívoco de la violencia institucional a la que se enfrentan las mujeres en situación de aborto. A esto se suma un estudio realizado por el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR) que también reportó la prevalencia de estas prácticas a partir de un relevamiento cualitativo de testimonios de mujeres en situación de exclusión atendidas en los hospitales de Rosario. Algunos de los testimonios relevados son elocuentes: “si saben que te hiciste un aborto te hacen el raspaje en carne viva”, o “no, querida, ahora aguantátela, mamá. Mirá, ahora vienen acá y quieren que no les duela”.⁽²³⁾ Las situaciones descriptas encuadran dentro de la definición de tortura, por lo que se vuelve imperioso generar un cambio de paradigma que corrija este problema tanto en los operadores judiciales y los funcionarios del poder ejecutivo como en los cuerpos médicos.

.....

(21) RAMOS, SILVINA y ROMERO, MARIANA, “Para que cada muerte materna importe”, Bs. As., CEDES, 2004, [en línea] www.cedes.org/english/descarga/mortalidad_materna.zip

(22) LOMUTO, CRISTINA y NIGRI, CISTINA, “Maternidades públicas argentinas: ¿cumplen las condiciones esenciales de funcionamiento?”, Bs. As., Dirección Nacional de Maternidad e Infancia, 2004.

(23) JURADO, MARÍA y ARMICHIARDI, SAMANTHA, “Con todo al aire. Reporte de derechos humanos sobre la atención en salud reproductiva en hospitales públicos”, INSGENAR/CLADEM, 2003.

4 | ¿Violencia obstétrica o tortura?

La Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, define a la violencia obstétrica como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929 (de parto respetado).” Si bien es loable que una ley recepte este tópico, por las razones ya expuestas debemos salir del eufemismo que nos ofrece la “violencia obstétrica” y aplicar la figura de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues el impacto simbólico que tiene la aplicación estas para deslegitimar ciertas prácticas sociales permite generar un cambio en la concepción que tienen los miembros de los equipos de salud y de los poderes involucrados respecto a cuáles son sus obligaciones. La existencia de tortura y los tratos inhumanos, crueles y degradantes compromete la responsabilidad internacional del Estado, lo cual también contribuye a generar un cambio en las políticas públicas.

El peso simbólico que tiene la falacia de la protección absoluta de la vida del por nacer puede ser contrapuesto a la visibilización de las conductas que se llevan adelante en nombre de buscar dicha protección, que ha demostrado ser ineficiente pues las mujeres no dejan de abortar por la prohibición y el maltrato que habilita. Son prácticas contrarias a la dignidad y los derechos humanos mucho más condenables por el impacto negativo que tiene sobre la vida y la libertad de personas reales, ya nacidas y verdaderas titulares de derechos,

Esto último, teniendo en vista que la denuncia de aborto no salva ninguna vida ni promueve la protección de ningún bien jurídicamente superior al derecho a acceder a la atención sanitaria, al derecho a la vida, al derecho a la intimidad, a un trato digno, a no autoincriminarse y al derecho a una vida libre de violencia, que tienen plena vigencia en el caso de la paciente.⁽²⁴⁾

.....

(24) DEZA, SOLEDAD, “Deber de...”, *op. cit.*

Hay duda porque existe un aparente conflicto de derechos, se opta por violar el secreto profesional, el Estado no pena esta conducta, se genera la idea de que es obligación del médico, y de allí se habilita una actitud activa en la búsqueda de la confesión donde el Estado presta su aquiescencia en prácticas tortuosas que se emplean con el objeto de arrancar una confesión y para castigar a las mujeres que abortan.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes establece:

... se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona **dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas** (art. 1°).⁽²⁵⁾

En lo que aquí nos importa, podemos identificar que la tortura está presente cuando coincidan los siguientes elementos:

- Un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.
- Infrinja a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.
- Con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que haya cometido, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

El derecho opera condicionando nuestros actos y nos dicta qué hacer y qué no. La presencia del derecho es invisible pero está, coexiste con nosotros y nosotras hasta en los resquicios más íntimos de nuestras vidas para regular incluso nuestra sexualidad, de manera tal que

... la sexualidad de los hombres es libre, la de las mujeres, que tienen prohibido abortar tiene fuertes ataduras (...) la penalización del aborto nunca protegió ni protegerá la vida, es, más bien, un

.....
(25) El resaltado me pertenece.

mecanismo de marginación de modelos desviados de femineidad, que puede castigar a las disidentes o no hacerlo, pero no deja de constituir un poderoso dispositivo simbólico para ubicar a las mujeres donde es necesario que estén, dentro de la normalidad heteroimpuesta, pero fuertemente internalizada.⁽²⁶⁾

Los hombres y mujeres somos parte de una realidad social relativa por ser contingente de las construcciones sociales, en la que el derecho opera como discurso. A su vez, es necesario considerar que el derecho excede ampliamente de lo que dicen las normas escritas. Recordemos que el discurso se ajusta a una regla de distribución de la palabra estricta y excluyente que individualiza a quienes están legitimados a definir el contenido del derecho. Allí, el primer nivel está integrado por los órganos autorizados para crear derecho; el segundo por los operadores jurídicos a través de las sentencias, las elaboraciones teóricas, la actuación de los abogados y los profesores; y el tercero es la parte más velada, enquistada en las creencias que se encuentran en el imaginario social,⁽²⁷⁾ entre las cuales el derecho absoluto a la vida de la persona por nacer es una falacia jurídica que habilita una innumerable cantidad de abusos hacia las mujeres, niñas y adolescentes, que van desde la prohibición del aborto a demanda y la obstaculización o negativa de abortos no punibles hasta la legitimidad de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Si tenemos en cuenta que la realidad cotidiana está basada en lo que conocemos como "sentido común" y que este se performativiza alrededor de conductas y cuerpos estereotipados, la violencia que se imprime sobre aquellas personas no ajustadas al molde establecido se ejerce por medio de normas jurídicas que indican qué está permitido y qué no. Es así que el derecho exhibe su vínculo inescindible y necesariamente oculto con el poder y, sobre todo, con la violencia.⁽²⁸⁾ Sin embargo, el derecho exhibe una función paradójica, pues en su faz performatizadora cristaliza, reifica y a su

(26) HOPP, CECILIA M., "Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate". Ponencia presentada en las II Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UBA, 28/10/2010.

(27) RUIZ, ALICIA, "Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo", en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Bs. As., Editores del Puerto, 2001.

(28) RUIZ, ALICIA, "Violencia y vulnerabilidad", en *Revista Institucional de la Defensa Pública*, año 1, n° 1, Bs. As., 2011.

vez genera realidades e ideas, en tanto en la otra cara de la moneda encontramos que es una herramienta para combatir la discriminación; mientras que la esfera performatizadora refuerza estereotipos fuertemente esencializados —sobre todo en cuanto a las sexualidades—, la otra cara del derecho resulta útil para constituir a las personas discriminadas en sujetos de derecho dentro de instituciones que antes los rechazaban.⁽²⁹⁾ Por lo tanto, visibilizar determinadas situaciones de violencia como tortura puede tener un efecto sensibilizador que logre cambiar determinados prejuicios y prácticas. Para proponer este ejercicio, se introducen los siguientes fragmentos extraídos de declaraciones en juicios de Lesa Humanidad en nuestro país:

En ese momento estaba embarazada de dos meses (...) Un día que continuaba con frío la levantaron y la llevaron a un lugar que tenía como mesón, en donde la pusieron y le hicieron un aborto en carne viva, un raspaje sin anestesia, cuando terminaron le pusieron una inyección y dijeron “dejala allí”, no le pusieron ropa interior.⁽³⁰⁾

Arce declaró este jueves en el juicio oral por la causa conocida como Guerrieri II, en la que están acusados por delitos de lesa humanidad 12 militares y personal civil de inteligencia retirados. (...) “Para aplicarme la picana me la ponían debajo de las uñas, y así perdí a mi hijo, me hicieron un aborto sin anestesia”, abundó Arce ante los jueces entrerrianos Roberto López Arango, Lilia Carnero y Noemí Berros, integrantes del TOF1 de Rosario. (...) Al detallar los tormentos que sufrió a manos de “la patota” del Batallón 121, entonces dirigido por el ahora imputado Pascual Guerrieri, dijo que por el embarazo que cursaba “seguía con pérdidas, así que me hicieron un aborto sobre la mesa donde comían (sus verdugos), donde me tenían de brazos y piernas”.

El represor que la atendió “me dijo: ‘No tengo muchas posibilidades, yo no te puedo operar por abdomen, te voy a limpiar, pero no te puedo asegurar que no te vayas a morir’”, recordó Arce.⁽³¹⁾

(29) CARTABIA, SABRINA A., “Toda sentencia...”, *op. cit.*

(30) TRIB. ORAL CRIM. FED., SANTA FE, “Aguirre, Emma del Valle s/ denuncia por privación ilegítima de la Libertad y otros delitos”, 30/03/2011.

(31) [En línea] <http://www.telam.com.ar/notas/201309/33342-me-hicieron-un-aborto-sin-anestesia-declaro-una-sobreviviente-de-la-dictadura.html>

5 | El precio de lo tolerado

Cuando se obliga a las mujeres a continuar con embarazos no deseados, se prolonga su angustia e inestabilidad emocional. Esto se ve amplificado cuando frente a la realización de un aborto clandestino existe la posibilidad de ser criminalizadas en caso de recurrir al hospital público en busca de auxilio médico.

El trato que reciben las mujeres en los servicios de salud constituye un problema que hace a la calidad de los servicios, pues incrementan con igual intensidad la morbilidad y la mortalidad de mujeres gestantes.⁽³²⁾

No se respetan los principios éticos que deben guiar el ejercicio de la medicina, pues se deja completamente de lado el principio de beneficencia y no maleficencia en el caso de las mujeres que concurren al hospital con problemas acarreados por abortos clandestinos.

La falta de reserva de la intimidad vendría a transgredir también la obligación bioética de propulsar todas aquellas medidas que tiendan a hacer un bien al paciente, con igual intensidad, abstenerse de llevar a cabo cualquier conducta que pudiera ser eficaz para ocasionarle un mal. Si el profesional de la salud falla en la expectativa de reserva de la privacidad, habrá traicionado gravemente la confianza de una persona en condición de vulnerabilidad. Es así que el principio de autonomía no solo apuntala la libertad del paciente, sino que, por lo mismo, contribuye a

.....

(32) Esto se ve con particular énfasis en el caso de los abortos no punibles, es decir, aquellos que están autorizados por el Código Penal. Aun en casos extremos, como ser el peligro para la vida de la mujer, los médicos se resisten a realizar la interrupción del embarazo exigiendo la judicialización del caso. Un buen ejemplo de esto es el caso "Requerimiento de Instrucción Fiscal n° 1 referido a la muerte de Ana María Acevedo", [en línea] www.ela.org.ar OSJ Fallo: 566. En la provincia de Santa Fe, se le negó a una mujer embarazada y enferma de cáncer de mandíbula el tratamiento que requería su patología porque causaría problemas al feto. Para el caso en cuestión lo recomendado era la interrupción del embarazo. En un sistema donde se respeten los derechos de las mujeres y donde todos los miembros de la comunidad legal apliquen y conozcan las obligaciones que el Estado asumió en relación con nuestra protección, este caso nunca hubiera existido, porque los médicos intervinientes jamás hubieran dudado respecto del derecho a la atención médica y a la vida que tenía Ana María. Se nos presenta como ridículo que los profesionales de la salud se encontraran más convencidos de su obligación de resguardar la vida del feto que del deber de salvar la vida de Acevedo.

generar un ámbito de tranquilidad y confianza que coadyuve todas sus decisiones y elecciones.⁽³³⁾

Si bien existen criterios jurisprudenciales claros y la inmensa mayoría de las causas por aborto propio no prosperan, se continúa reivindicado la denuncia como una obligación de los profesionales de la salud. Es obligación del Estado generar modelos de atención integral con estándares de calidad que incluyan el respeto de los principios éticos en la prestación de los servicios, las opciones técnicas más avanzadas y menos invasivas para la atención de las complicaciones por abortos,⁽³⁴⁾ la disponibilidad de profesionales capacitados y la atención sensible y de calidad frente a las mujeres que requieren los servicios, así como investigar y sancionar a aquellas personas que afectan la dignidad de las pacientes.

El Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su Recomendación General 24 sobre la mujer y la salud, interpretando el art. 12 de la Convención, estableció que es obligación de los Estados de eliminar “la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”. Además expresó su preocupación por el vínculo existente entre el cumplimiento del derecho a la confidencialidad y privacidad: “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”.

Para cumplir con sus obligaciones, debe trabajarse en pos de la igualdad de género y la justicia reproductiva, mejorando el trato que se dispensa a las personas que recurren a los servicios de salud. El Estado debe, en primer lugar, capacitar con la finalidad de prevenir abusos que alejen a la población del sistema, y luego sancionar a quienes cometen abusos para garantizar la igualdad y dignidad (no)reproductivas.

.....

(33) DEZA, SOLEDAD, “Deber de...”, *op. cit.*

(34) Se asume como complicación de un aborto todas aquellas causas que requirieron la internación en un servicio de salud. Según el Ministerio de Salud de la Nación, Sistema Estadístico de Salud, Egresos de Establecimientos Oficiales por Diagnóstico (2009), se registraron en todo el país un total de 52.895 egresos hospitalarios por aborto.

El Estado, representado en el poder judicial y los fiscales, incumple su obligación de garantizar el ejercicio de un derecho, pues frente a la confusión o resistencia sistemática de la comunidad médica a respetar los DDHH, al momento de recibir las denuncias de aborto que claramente implican la violación del secreto además y un trato degradante que muchas veces linda con la tortura, no ordenan la investigación de estos hechos, limitándose en el mejor de los casos a archivar las causas. Esto no satisface los estándares internacionales, pues se configuran casos de discriminación en el acceso a los tribunales; teniendo en cuenta los prejuicios de los funcionarios del sistema de salud y de la rama judicial en relación con las mujeres y la ausencia de una acción legal apropiada para exigir el respeto del derecho a obtener salud, un trato digno y que se respete el secreto profesional.

La omisión del Estado al no actuar frente a estas violaciones deja a mujeres, niñas y adolescentes en un estado de indefensión y vulnerabilidad incompatible con lo que obliga el marco de derechos humanos existente en nuestro país, sometiéndolas a la terrible presión de no recurrir al sistema de salud por miedo a una sanción penal. Lo que mata no es el aborto, sino la desidia estatal que no protege a las abortantes de los abusos de médicos y funcionarios del poder ejecutivo y judicial, experiencia que suma más dolor y angustia a la ya acumulada por el hecho de tener un embarazo no deseado y recurrir a un aborto en situación de clandestinidad. Pues, aun cuando paguen un precio elevado por la interrupción del embarazo, salvo en el caso del aborto autogestionado con pastillas y contando con la información brindada por personas capacitadas y sensibilizadas en el tema —como el caso de las asesorías que se brindan en centros de salud o por grupos militantes comprometidos con la lucha de la legalización del aborto como Lesbianas y Feministas, Nuevo Encuentro o el Gleyzer, entre otros—, la incerteza que tienen las mujeres es total pues no cuentan con ninguna garantía: no saben si quienes anestesian son anestesistas, ni si quienes realizan los abortos y dicen ser médicos realmente lo son, al tiempo que desconocen el procedimiento al que se las va a someter pues, en virtud del velo de secreto y oscurantismo que se esparce sobre la práctica, se les niega información tanto antes como luego del aborto. Entonces se encuentran expuestas a todo tipo de abusos.