



RED JURÍDICA DE CLACAI

AMICUS CURIAE

ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos

**PREPARADO POR EL CONSORCIO LATINOAMERICANO CONTRA EL ABORTO
INSEGURO – CLACAI
EN EL CASO LUIS WILLIAMS POLLO RIVERA vs. Perú
Caso N° 12.617**

11 de mayo de 2016

I. Antecedentes

II. Objetivo y organización del *Amicus Curiae*

III. Argumento del *Amicus Curiae*

1. La tipificación del delito de colaboración terrorista vulnera el principio de legalidad
2. El ejercicio de la medicina en situaciones de conflicto armado interno
3. El derecho médico al secreto profesional
4. La normativa internacional y la regulación en América Latina y El Caribe

IV. Conclusiones

AMICUS CURIAE

**ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso LUIS WILLIAMS POLLO RIVERA vs. Perú**

I. Antecedentes

El Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro¹ – CLACAI, a través de su Red Jurídica² somete a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos el presente escrito de *amicus curiae*, de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 del Reglamento de la Corte, con el fin de someter a su consideración algunos argumentos jurídicos relativos a la criminalización de la práctica profesional de la medicina en el Caso Luis Williams Pollo Rivera vs. Perú.

De conformidad con el artículo 2, numeral 3°, del Reglamento de la Corte, el “*amicus curiae*” puede ser presentados por toda aquella persona o institución ajena al litigio y al proceso que aporte a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso y ofrece consideraciones jurídicas sobre el proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

Presentamos este documento con el ánimo de contribuir con elementos jurisprudenciales y doctrinales, a ampliar los estándares internacionales de derechos humanos en relación a la vigencia del derecho al secreto profesional de las y los médicos en materia de persecución penal, tanto en tiempos de conflicto armado interno como en tiempos de paz.

II. Objetivo y organización del *Amicus Curiae*

El objetivo de este informe es entregar algunas consideraciones jurídicas sobre la criminalización de la práctica profesional de la medicina, especialmente el acto médico en situaciones de conflicto armado interno y su derecho a no ser perseguido ni procesado por el cumplimiento de sus deberes profesionales, especialmente el secreto profesional.

El informe se divide en cuatro secciones. La primera sección describe brevemente la legislación anti-terrorista peruana de la época en que sucedieron los hechos, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, específicamente la aplicación del principio de legalidad a la tipificación del delito de colaboración al terrorismo. Una segunda sección analiza la criminalización del acto médico en situaciones de conflicto armado interno y su exención; una tercera sección, sobre el

¹ El Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI) es una articulación integrada por activistas, investigadores/as, proveedores/as de servicios de salud y profesionales que contribuye a la disminución del aborto inseguro en Latinoamérica. Para mayor información, favor visitar: www.clacai.org

² La Red Jurídica de CLACAI es la articulación de diferentes abogados y abogadas de América Latina y el Caribe con experticia en derechos reproductivos. Esta Red ofrece un acompañamiento a las organizaciones de sociedad civil en la región que promueven y defienden los derechos reproductivos como eje fundamental de los derechos humanos.

derecho al secreto profesional; y, una cuarta sección sobre la normativa internacional y la regulación del secreto profesional de las y los médicos en América Latina y El Caribe.

Finalmente, se formulan algunas conclusiones que esperamos sean de utilidad a esta Honorable Corte.

III. Argumento del *Amicus Curiae*

1. La tipificación del delito de colaboración con el terrorismo vulnera el principio de legalidad

En el Perú el régimen legal de los delitos de terrorismo se basa en el Decreto Ley N° 25475, promulgado un mes después del golpe de Estado de 1992.³ Respecto a esta normatividad el “Informe sobre Derechos Humanos y Terrorismo”, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2002), al igual que esta Honorable Corte, consideran que “*ciertas leyes nacionales de antiterrorismo violan el principio de legalidad porque, por ejemplo, estas leyes han tratado de incluir una definición exhaustiva del terrorismo que, inevitablemente, resulta excesivamente amplia e imprecisa, ... desnaturalizando el significado de esa figura delictiva y crean imprecisión y ambigüedades cuando se trata de distinguir entre esos delitos diversos*”.

Frente a este tipo de pronunciamientos, el Perú derogó el Decreto Ley N° 25659 –que tipificaba al terrorismo como delito de traición a la patria- y, mediante sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 3 de enero de 2003, declaró ajustada a la Constitución Política la descripción del delito de terrorismo contenida en el Decreto Ley N° 25475. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el tipo penal de los actos de colaboración con el terrorismo respecto al marco internacional de los Derechos Humanos⁴.

El artículo 4 del Decreto Ley N° 25475, describe como **delito de colaboración con el terrorismo** quien “*de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en el Decreto Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista*”; y establece seis conductas como “actos de colaboración”:

- a. *Suministrar documentos e informaciones sobre personas y patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados y cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas.*

³ Carlos Rivera Paz y Édwar Álvarez Yrala, *La nueva legislación antiterrorista: Avances y límites*, Lima, febrero de 2003.

⁴ República del Perú, Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional de 4 de enero de 2003 (Exp. N° 010-2002-I/TC).

- b. La cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento o de otros medios susceptibles de ser destinados a ocultar personas o servir de depósito para armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos, y de otras pertenencias relacionadas con los grupos terroristas o con sus víctimas.*
- c. El traslado a sabiendas de personas pertenecientes a grupos terroristas o vinculadas con sus actividades delictuosas, así como la prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos.*
- d. La organización de cursos o conducción de centros de adoctrinamiento e instrucción de grupos terroristas, que funcionen bajo cualquier cobertura.*
- e. La fabricación, adquisición, tenencia, sustracción, almacenamiento o suministro de armas, municiones, sustancias u objetos explosivos, asfixiantes, inflamables, tóxicos o cualquier otro que pudiera producir muerte o lesiones. Constituye circunstancia agravante la posesión, tenencia y ocultamiento de armas, municiones o explosivos que pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.*
- f. Cualquier forma de acción económica, ayuda o mediación hecha voluntariamente con la finalidad de financiar las actividades de elementos o grupos terroristas.*

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha establecido que en la descripción de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal, de tal forma que permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas no penales⁵. Asimismo, la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad⁶.

Un caso análogo, en el que se valora como ambigua y confusa la tipificación de los actos de colaboración al terrorismo, es justamente el de la médica María Teresa De La Cruz Flores contra Perú, en el que la Corte señaló que:

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel v. Argentina, párr. 63; Caso Ricardo Canese, párr. 174; Caso Cantoral Benavides, párr. 157; Caso Castillo Petrucci y otro contra Perú, párr. 121; y Caso Uzón Ramírez v. Venezuela, párr. 55.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004 párr. 174; y Caso Baena Ricardo y otros, párr. 139.

“79. ...la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

83. La señora María Teresa De La Cruz Flores fue procesada y condenada por actos de colaboración con el terrorismo en aplicación del artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 mediante sentencia de 21 de noviembre de 1996.

88. La Corte observa que el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475, en aplicación del cual fue condenada la señora De La Cruz Flores, tipifica como delito los actos de colaboración con el terrorismo y no la pertenencia a una organización que pueda ser considerada como terrorista, ni la obligación de denunciar posibles actos terroristas. La pertenencia a una organización terrorista está tipificada como delito en el artículo 5 del Decreto Ley No. 25.475, y la obligación de denunciar está establecida en el artículo 407 del Código Penal de 1991. Sin embargo, son precisamente la pertenencia a una organización y la falta de la denuncia los elementos considerados por el tribunal nacional como generadores de la responsabilidad penal de la presunta víctima en la sentencia de 21 de noviembre de 1996. Esta conducta no se encuentra contemplada en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475, que es el único artículo sustantivo en el que se basa la condena de la señora De La Cruz.

89. El artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 describe numerosas y diferentes conductas penales que constituyen el delito de colaboración con el terrorismo. El tribunal nacional omitió especificar en su sentencia cuál o cuáles de esas conductas eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito”.

A pesar de este conjunto de consideraciones, en el presente caso del médico Pollo Rivera, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en fecha 22 de diciembre de 2004, dictó la ejecutoria suprema R.N. N. 1062-2004, estableciendo:

*“Sexto: Que el delito de colaboración terrorista, ...reprime al que se vincula de algún modo a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de los delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista; ..., es de agregar que los actos de colaboración típicamente relevantes, en primer lugar, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en segundo lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas ... que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin: favorecer la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que, asimismo, es de acotar que cuando el tipo penal hace mención a "cualquier acto de colaboración" o "[...] actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo" se entiende que los actos de colaboración que a continuación detalla (cinco o seis, según las leyes) **tienen un valor meramente ejemplificativo, es decir, no***

constituyen una enumeración taxativa; que, ahora bien, los actos imputados al encausado Pollo Rivera se sitúan -en todos los casos- en el primer párrafo del tipo I penal, pues no existe un supuesto específico en el que se subsuma lo que hizo conforme aparece descrito en el quinto fundamento jurídico.

Séptimo: Que esta Suprema Sala, ..., asume la doctrina que instituye la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del dieciocho de noviembre del año en curso, recaída en el Asunto De la Cruz Flores versus Perú; que dicha Sentencia en el párrafo ciento dos estipula que el acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo, tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple”.⁷

Sin embargo, de manera contradictoria, por una parte, la Corte Suprema no penaliza el acto médico, pero al mismo tiempo, persiste en la vaguedad y ambigüedad en la tipificación del delito de colaboración terrorista, condenando al médico Pollo Rivera.

Los cargos atribuidos a Pollo Rivera, se refieren a que habría participado “a partir de sus conocimientos médicos” de un sistema de apoyo consciente y voluntario de atención sanitaria a los miembros heridos de Sendero Luminoso; juzgando de esta manera, el acto médico como “cualquier acto de colaboración”, a pesar de haberse declarado la atipicidad del acto médico en su calidad de deber profesional, dado el carácter neutral de los servicios de salud, que deben ser prestados con independencia de las características, actividades y convicciones de las personas atendidas.

De esta manera, la justicia peruana vulneró los derechos del médico Luis Williams Pollo Rivera, específicamente el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, en razón a que ha sido juzgado y condenado por la supuesta comisión de actos de colaboración al terrorismo, bajo una tipificación penal amplia, ambigua y no taxativa, que ha permitido que los juzgadores del Perú califiquen como conducta delictiva la prestación de actos de su deber profesional de médico.

⁷ El énfasis es nuestro.

2. El ejercicio de la medicina en situaciones de conflicto armado interno.

En cuanto a la protección aplicable al personal médico y sanitario en contextos de conflicto armado, el Protocolo II ha complementado el artículo 3, común a los Convenios de Ginebra, que los incluye para hacer posible el cuidado a los heridos y enfermos.

El artículo 9 del Protocolo II, reconoce expresamente la obligación de respeto y protección para el personal sanitario y la obligación de proporcionarles toda ayuda disponible para el desempeño de sus funciones. Por la neutralidad de dichas funciones no se les obligará a realizar tareas que sean incompatibles con su misión humanitaria.

El artículo 10 del Protocolo II, prevé la inmunidad de la misión médica; no se les podrá castigar por sus actuaciones médicas y no podrán ser coaccionados para realizar actividades contrarias a la deontología.

“Artículo 10. Protección general de la misión médica

- 1. No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad.*
- 2. No se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a las disposiciones del presente Protocolo, ni a abstenerse de realizar actos exigidos por dichas normas o disposiciones.*
- 3. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos.*
- 4. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido”.*

Como se observa, el personal sanitario goza de un régimen de protección especial que se centra en su no calificación de combatiente con lo que detentan, en consecuencia, exención de captura. Con la garantía de no ser obligados a realizar tareas incompatibles con su misión humanitaria, el personal médico debe ser respetado, lo que implica a su vez garantizar el principio del secreto

médico y la neutralidad de la medicina. En tal sentido, no se pueden imponer medidas penales o de otro género contra el personal sanitario por haber cuidado a las personas protegidas. Más aún, el personal médico precisa ser protegido no solo mientras cuida a los heridos y enfermos, dado que el riesgo mayor tiene lugar después de prestados sus servicios y auxilios médicos, pues existe la tentación de calificar sus actos como «colaboración» con una de las partes en conflicto⁸.

En ese sentido, el artículo 10 del Protocolo Adicional II, impone dos obligaciones. Por un lado, la inmunidad incluso después de haber prestado el servicio y, de otro lado, prohíbe obligar al personal sanitario a realizar actos contrarios a la deontología (como experimentos o actividades hostiles) u obligarlo a abstenerse de prestar auxilios exigidos por normas deontológicas y médicas. Así, este personal goza de neutralidad en el ejercicio de sus funciones, por lo que no se le podrá obligar a realizar tareas que sean incompatibles con su misión humanitaria (prohibición de coacción) ni tampoco a dar información sobre sus pacientes (confidencialidad del servicio médico)⁹.

Bajo el marco del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo 9 de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica. Hay que descartar la posibilidad de incriminar el acto médico, porque el médico, al ejercer sus actividades sanitarias, está desempeñando una misión humanitaria en el contexto de un conflicto armado. La Corte Interamericana dejó sentado en el citado caso De la Cruz Flores:

95. la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales¹⁰.

La tipificación de los actos de colaboración, en los términos vagos de la legislación antiterrorista del Perú, ha permitido que discrecionalmente las autoridades judiciales peruanas criminalicen el deber legal de prestar servicios médicos, lo que implica una vulneración del Derecho

⁸ Véase Araceli Mangas, Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos en situaciones de conflicto, Madrid, 1996.

⁹ Véase Araceli Mangas, Conflictos Armados Internos y Derecho Internacional Humanitario, Madrid, 1992.

¹⁰ Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso De La Cruz Flores Vs. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf

Internacional de los Derechos Humanos; mientras que la Corte Constitucional de Colombia avanza al señalar que “en el contexto de un conflicto armado no internacional, el crimen de rebelión no debería incluir la provisión de servicios médicos que los grupos armados requieren”... (Sentencia No. C-291/07).

3. El derecho médico al secreto profesional

El ejercicio de la profesión médica, dado su carácter humanitario (salvar vidas, curar heridos, rehabilitar enfermos, prevenir epidemias, etc.) importa un deber jurídico de actuar, por lo que en el derecho comparado y en la propia legislación peruana, es causal de exención de la responsabilidad penal. El mismo Código Penal peruano de 1991, entre las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, establece en su artículo 20.- (Inimputabilidad), *Está exento de responsabilidad penal: 8) El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.* Por lo que, el acto médico se reviste de un carácter extrapenal, y queda sujeto a sus propias técnicas científicas y reglas de pericia, debida diligencia, deontología y responsabilidad profesional.

En el caso de la médica De La Cruz Flores contra Perú, la Corte dispuso en el párrafo 102: “...*el Tribunal estima que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, ...por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo...*”.¹⁵ Correspondiendo entonces al Estado asegurar... “la adecuación estricta de la conducta al tipo penal” (p. 108). Sin embargo, como se observa en el presente caso, el Estado peruano ha continuado aplicando dicho marco legal, criminalizando la práctica médica, omitiendo su deber de no repetición.

Asimismo, sobre el secreto médico en el caso De la Cruz vs. Perú la Corte IDH planteó las siguientes consideraciones¹¹:

- Que la información que el médico/a obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional.
- Que los médicos/as tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos/as.
- Que las leyes nacionales deben ser modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica.

En ese sentido, el acto médico está revestido de garantías convencionales para hacer efectivas las prestaciones de salud que está llamado a entregar, una de ellas es la protección de no ser

¹¹ Loayza Tamayo, Carolina y Marin Sandoval, Ysabel. *El derecho de las médicas y los médicos al secreto profesional en el Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* 2010.Lima.Pág.40.

perseguido y castigado, y la otra es el deber/derecho al secreto profesional respecto de los pacientes.

a) La protección del personal médico de no ser perseguido y castigado

En cuanto a la protección aplicable al personal médico y sanitario en contextos de conflicto armado, el Protocolo II ha complementado el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que los incluye para hacer posible el cuidado a los heridos y enfermos. Asimismo, el artículo 9 del Protocolo II reconoce expresamente la obligación de respeto y protección para el personal sanitario y la obligación de proporcionarles toda ayuda disponible para el desempeño de sus funciones. Por la neutralidad de dichas funciones no se les obligará a realizar tareas que sean incompatibles con su misión humanitaria.

El artículo 10 del Protocolo prevé la inmunidad de la misión médica:

Artículo 10. Protección general de la misión médica

- 1. No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad.*
- 2. No se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a las disposiciones del presente Protocolo, ni a abstenerse de realizar actos exigidos por dichas normas o disposiciones.*
- 3. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos.*
- 4. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido.*

En tal sentido, no se pueden imponer medidas penales o de otro género contra el personal sanitario por haber cuidado a las personas protegidas. Más aún, el personal médico precisa ser protegido no solo mientras cuida a los heridos y enfermos, dado que el riesgo mayor tiene lugar después de prestados sus servicios y auxilios médicos, pues existe la tentación de calificar sus actos como «colaboración» con una de las partes en conflicto¹².

¹² Véase Araceli Mangas, Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos en situaciones de conflicto, Madrid, 1996.

Por otra parte, en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas, en agosto de 2013 (A/68/297), se señala: “...*Las leyes que castigan todo apoyo a terroristas u otros opositores del Estado también pueden aplicarse de manera inapropiada a la prestación de atención médica. En consecuencia, se ha detenido, acusado y condenado a médicos y otros miembros del personal de salud por haber cumplido con imparcialidad su deber profesional.*”

La adopción de un enfoque basado en el derecho a la salud con respecto a las situaciones de conflicto obliga a los Estados a adoptar medidas continuas y concretas para hacer efectivo el derecho a la salud de las personas afectadas por un conflicto, incluidas las que participan activamente en él. En base a dichas consideraciones el Relator recomienda a los Estados: Abstenerse de adoptar leyes y políticas que castiguen a los profesionales que presten servicios de salud a las personas que participan en un conflicto, o derogarlas o rescindirlas cuando existan”.

La protección inadecuada del deber de confidencialidad de las y los profesionales de la salud, no solo es nociva en tiempos de guerra. En tiempos de paz, tiene graves impactos en la salud de las personas, pues la duda respecto a la confianza que todos y cada uno de los ciudadanos y ciudadanas depositamos en las y los profesionales de salud, muchas veces equivale a la diferencia entre la vida, la muerte, o la vida en cautiverio. En ese sentido, en su informe del año 2000, el antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, señaló: “la falta de confidencialidad puede impedir que las personas busquen consejería y tratamiento, poniendo en riesgo su salud y bienestar. Por lo tanto, los Estados están obligados a tomar las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad y la privacidad en el ámbito médico”¹³.

Es decir, que si la confianza de esa relación privilegiada que existe entre médico/a y paciente se pierde o se coloca bajo sospecha, debido a que las leyes obligan a los médicos a denunciar; se pierden también valiosas opciones para mejorar la calidad de vida, para dejar atrás dolencias y enfermedades, incluso para recibir atención de emergencia, sin que ello signifique ser pasible de una denuncia penal.

b) El deber/derecho del secreto profesional de las y los médicos

El secreto profesional en el campo de la medicina tiene sus raíces en el juramento de Hipócrates de Cos (460 – 377 a.C.), que define el profesionalismo médico y es un principio fundamental de

¹³ Observación General N° 14 sobre El derecho al disfrute demás alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>

la práctica médica. Esencialmente describe la obligación ética y legal del/la médico/a de mantener confidencial (secreto) toda información que vea, oiga o descubra directamente o indirectamente en el contexto de su relación profesional con el/la paciente¹⁴. Información que directa o indirectamente se ha obtenido durante el ejercicio profesional, tanto sobre la salud y vida del paciente como de su familia.

En ese sentido, el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, en su artículo 64 señala que, “*comete falta contra la ética el médico que divulgue o difunda por cualquier medio la información que hubiere obtenido o le hubiere sido confiada con motivo de la realización de un acto médico*”; similar disposición a la contenida en el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial que establece que “*el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente*”¹⁵.

El secreto profesional es un derecho y un deber a cargo de los profesionales de la medicina, así como un derecho de los/las pacientes¹⁶. Hay que distinguir entonces el secreto médico como derecho y deber de las y los profesionales médicos, del secreto médico como derecho del/la paciente:

i. Secreto médico como derecho y deber de los profesionales médicos

Consiste en mantener en reserva toda información que el profesional de la medicina haya conocido a través del acto médico prestado a favor de su paciente. Este derecho tiene su fundamento en la relación profesional –cliente o paciente–, y tiene también un fundamento ético: actuar a favor del paciente y nunca en su perjuicio.

El secreto médico pueda ser invocado por el profesional cuando a) se trata de un hecho de carácter reservado, es decir, desconocido por la generalidad de las personas; b) está destinado a permanecer oculto; y, c) el hecho o información se conoce en razón de la profesión que se ejerce¹⁷.

¹⁴ Thompson IE. The Nature of Confidentiality. Journal of Medical Ethics. 1979. Pg 57-64.

¹⁵ Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 97.

¹⁶ Artículo 8 de la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente de la 34 Asamblea Mundial Médica (AMM) de 1981, enmendada por la 47 Asamblea General de 1995 y revisada su redacción en la 171 Sesión del Consejo de 2005; artículos 7 y 8 de los Principios de Ética Médica Europea, aprobados el 25 de junio de 2002 por la Conferencia Internacional de Órdenes Médica.

¹⁷ Casas B., Lidia y otros. Confidencialidad de la Información y consentimiento informado en salud sexual y reproductiva. Santiago de Chile: Corporación de Salud y Políticas Sociales, 2002, p. 93; Loayza Tamayo, Carolina e Isabel Marín Sandoval. El derecho de las médicas y los médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, 2010, p. 18.

ii. Secreto médico como derecho del/la paciente

El secreto médico es un derecho de los/las pacientes, pues éstos/as están facultados para exigir que la información proporcionada a un médico en el contexto de la relación médico-paciente, no debe ser de conocimiento de terceros. Así, el secreto médico salvaguarda la intimidad, y el paciente tiene derecho a que toda información relacionada a su estado de salud, así como la de tipo personal que pudiese haberse producido dentro del vínculo médico/paciente, se mantenga en secreto, incluso después de su muerte.

En el **marco normativo nacional de Perú el secreto profesional**, encuentra amparo en el artículo 2 inciso 18 de la Constitución Política del Perú, que señala el derecho *“A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional”*. Constituyendo el ámbito de la relación médico/a-paciente, un derecho y un deber respecto de la o el profesional de la salud, así como un derecho de la o el paciente y la garantía para la realización de otros derechos fundamentales, tales como la intimidad, libertad, salud y vida. Así, lo ha entendido la Corte en el caso de la médica De la Cruz Flores contra Perú, párrafo 102, al establecer que: *“al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado (peruano) incurrió en una violación del principio de legalidad, ... por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión”*.

En el campo de la salud, específicamente el artículo 25 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, dispone que *“Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado”*. Agrega que, *“El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional”*.

No obstante el reconocimiento constitucional y el artículo 25° de la Ley General de Salud, el artículo 30 de este mismo cuerpo normativo señala que *“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”*. Las palabras *“indicio de aborto criminal”* y *“está obligado a...”* sitúan, bajo amenaza, a médicos y médicas en un rol de peritos judiciales que, en todo caso, compete a otros asumir. La función de esclarecer un *“indicio de aborto criminal”* está implicando anteponer al acto médico el juzgamiento sobre un hecho. Más aún tratándose de un tema como el aborto, basado en posiciones

y perspectivas ideológicas y políticas muy divergentes, así como en creencias religiosas y dogmas de fe¹⁸.

El artículo 30 de la Ley General de Salud no solo establece una obligación de hacer del/la médico, sino además una obligación cuya inobservancia es penalizada, precisamente por el artículo 407 inciso 1 del Código Penal que dispone: *“El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión [...], será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”*

La obligación de notificar el hecho, se da en aras de un supuesto deber de colaboración con la justicia, reconocido en el artículo 44 de la Constitución Política. Sin embargo, no es función prioritaria de las y los profesionales de la salud, la investigación y persecución del delito, mucho menos constituirse en el punto de entrada del sistema judicial, esta es una función de los efectivos policiales, de los fiscales u otros estamentos del sistema de administración de justicia.

Asimismo, como refiere Giannella, existen normas contradictorias y ambiguas en la protección del secreto profesional ya que “protege por un lado el secreto profesional y dejando al mismo tiempo abierta la posibilidad a su violación por mandato expreso de la autoridad judicial”¹⁹. Estas normas se encuentran contenidas en el Código Penal, Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales, que citamos a continuación:

Código Penal

Violación del secreto profesional

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.

Código Procesal Penal

Artículo 165 Abstención para rendir testimonio, numeral 2:

¹⁸ Gianella Malca Gonzalo. El sentido y la importancia del secreto profesional desde la medicina. PROMSEX. Primera edición, agosto 2011. Lima, Perú. Págs 65 y stes.

¹⁹ Idem. Págs 74.

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.

Artículo 327 No obligados a denunciar numeral 2:

2. Tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional.

Código de Procedimientos Penales

Artículo 141.- No podrán ser obligados a declarar:

1º Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión;

Como vemos las normas anteriormente citadas protegen el derecho al secreto profesional, sin embargo, además del artículo 30 de la Ley General de Salud, existe numeral 2 del artículo 326 del Código Procesal Penal que reforzaría el contenido del artículo 30 respecto a la violación del derecho al secreto profesional.

Artículo 326 Facultad y obligación de denunciar.-

2. No obstante, lo expuesto deberán formular denuncia:

a) Quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo.

En síntesis, si bien se puede concluir que el secreto profesional en el ámbito de la salud es un derecho constitucional de los médicos, médicas y pacientes, con basamento en la dignidad, el

derecho al libre desarrollo de la personalidad y la intimidad; y, a su vez, un deber cuya infracción supone un delito, por considerarse una condición para el respeto de determinados derechos fundamentales de las y los pacientes como son la intimidad, honor, salud, vida, libertad personal, entre otros²⁰, subsisten una serie de supuestos normativos que obligan a las y los profesionales de la salud a no cumplir con su deber de confidencialidad. Todo ello genera problemas en la interpretación, por lo que a veces un mismo hecho recibe del sistema respuestas diferentes. Cabe destacar de manera especial el caso de las mujeres y niñas, que en situación de aborto incompleto buscan atención sanitaria y deben sortear la posibilidad de una denuncia policial e incluso la cárcel; u otras tantas, que por el temor de ser denunciadas, no buscan la atención médica que necesitan, se auto inculpan o no proporcionarán información real sobre su situación de salud, poniendo en riesgo su vida y engrosando las estadísticas de la muerte materna.

La CIDH observa que los temas relacionados con la sexualidad y reproducción son altamente sensibles y por ello el temor de que la confidencialidad no sea respetada puede incidir en que las mujeres no busquen la atención médica requerida o en violencia obstétrica. Por el contrario, si la persona se siente segura y en confianza brindará toda la información requerida para que el profesional de la salud pueda realizar un diagnóstico y tratamiento más efectivo.²¹

4. Normas internacionales y Regulaciones en América latina y El Caribe

a) Normas internacionales que protegen la confidencialidad de los profesionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho de cada paciente a la privacidad bajo el derecho a “dignidad inherente”, y que ese derecho es un “derecho igual e inalienable de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo, en su artículo 12, señala que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”* En casos en que se exige a un/a profesional de la salud que no cumpla con esta obligación a su paciente debido a otro deber mayor o equivalente, surge un conflicto de deberes.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 estipula que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”*

²⁰ García Cobián Castro Érica. Médicos en conflicto. entre la cura y la denuncia: Artículo 30. Análisis de constitucionalidad de la Ley General de Salud y la obligación de los médicos y médicas de denunciar. PROMSEX, Lima, Perú, 2006.

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de Derechos Humanos (párrafo 81). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61. 22 noviembre 2011.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) reconoce la importancia de respetar la confidencialidad de la información obtenida en el ámbito médico, especialmente para que no se genere un efecto disuasivo en la búsqueda de atención requerida: 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 física²².

El Comité, también ha declarado que violar la confidencialidad de las mujeres que buscan atención médica post-aborto vulnera el derecho a la intimidad y a la salud de la mujer²³.

De manera específica, en julio de 2014, el Comité expresó su preocupación por “*el artículo 30 de la Ley General de Salud y el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal violen el derecho de las mujeres a la intimidad y a la salud reproductiva y den lugar al enjuiciamiento de mujeres por acudir a los servicios obstétricos de urgencia*”²⁴.

En su informe del año 2004, el antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, Paul Hunt, respecto a la importancia de la confidencialidad en el contexto médico, señaló: [...] *en el contexto de la salud sexual y reproductiva puede suceder que se incumpla el deber médico de confidencialidad. A veces estos incumplimientos, si van acompañados de la estigmatización, dan lugar a pérdidas inmotivadas de empleo, expulsión de familias y comunidades, agresiones físicas y otros abusos. Además, la no confidencialidad puede disuadir a las personas de buscar asesoramiento y tratamiento, con el consiguiente perjuicio para su salud y su bienestar. Así pues, los Estados están obligados a tomar medidas eficaces para garantizar la confidencialidad y la privacidad de los servicios médicos*²⁵.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció en el año 2016, que los Estados no deben limitar ni negar a nadie acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, ni siquiera por medio de leyes que penalizan la información y servicios de salud sexual y reproductiva.

²² Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 12 (d).

²³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *La mujer y la salud (artículo 12): Recomendación general no. 24, 20 período de sesiones, 1999*. [sitio de web de las Naciones Unidas] <http://www.unhcr.ch>.

²⁴ CEDAW. Observaciones finales sobre los informes finales séptimo y octavo combinados de Perú, en sus sesiones 1217^a y 1218^a, celebradas el 1 de julio de 2014 (véanse CEDAW/C/SR.1217 y 1218).

²⁵ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial Paul Hunt, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 40.

El Comité contra la Tortura, señala que los órganos internacionales y regionales de derechos humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género²⁶. Ejemplos de esas violaciones son el maltrato y la humillación en entornos institucionales²⁷; las esterilizaciones involuntarias; la denegación del acceso a servicios autorizados de salud²⁸ como el aborto y la atención posaborto; las esterilizaciones y abortos forzosos²⁹; la mutilación genital femenina; las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto³⁰ (párrafo 46).

La Organización Mundial de la Salud, en la edición de 2012 de *Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, estableció el umbral internacional reafirmando que “dentro del marco de las leyes nacionales de aborto, los estándares y las guías deben incluir protección para la toma de decisión en forma voluntaria y basada en la información, la autonomía en la toma de decisión, la ausencia de discriminación, y la confidencialidad y privacidad para todas las mujeres, incluidas las adolescentes”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en el artículo 11.2 la protección de la vida privada y familiar, también como derecho a la intimidad “*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*”

b) Regulaciones en América latina y El Caribe

El ordenamiento jurídico de los países de la región establece leyes que regulan el ejercicio profesional para proteger de esa manera la intimidad de sus ciudadanos y ciudadanas a través del secreto profesional. Sin embargo, revisando las regulaciones de la región se puede decir que existen tres maneras en que los profesionales de la salud no se sienten obligados a cumplir con su deber de confidencialidad³¹:

²⁶ CAT/C/CR/32/5, párr. 7 m); Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 28 (2000), párr. 11.

²⁷ Véase Centro de Derechos Reproductivos, *Reproductive Rights Violations as Torture and Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment: A Critical Human Rights Analysis* (2011).

²⁸ Véase CAT/C/PER/CO/4, párr. 23.

²⁹ E/CN.4/2005/51, párrs. 9 y 12. 36 A/HRC/7/3, párrs. 50, 51 y 53; CAT/C/IDN/CO/2, párr. 16.

³⁰ CAT/C/CR/32/5, párr. 6 j).

³¹ Delatando a las mujeres: el deber de cada prestador/a de servicios de denunciar. Implicancias jurídicas y de derechos humanos para los servicios de salud reproductiva en Latinoamérica. Publicación basada en investigaciones compiladas por el Instituto O’Neill para la Salud Nacional y Mundial (*O’Neill Institute for National and Global Health*) y Global Health Law en Georgetown University, en alianza con Ipas.

- **Cuando existe un deber jurídico explícito de incumplimiento de confidencialidad**

En países como Perú, la ley dispone que el/la prestador/a de servicios denuncie a la policía u otras autoridades a toda paciente sospechosa de haber tenido un aborto criminal. Ha habido mujeres que han sido encarceladas tras haber sido denunciadas a la policía por su prestador/a de servicios después que les brindara tratamiento por complicaciones del aborto.

- **Cuando existe la obligación jurídica de divulgar bajo ciertas circunstancias**

En países como Brasil, se puede exigir a las y los profesionales de la salud que divulguen información confidencial sobre sospechosas de abortos ilegales durante investigaciones penales o procesos judiciales. Por ejemplo, se creó una Comisión de Investigación Legislativa para que investigara los abortos ilegales en el estado de Río de Janeiro. El informe final recomendó formular legislación que haga obligatoria e inmediata la notificación por parte de profesionales de la salud a la policía cuando las mujeres reciben atención postaborto en unidades de salud públicas o privadas.

- **Cuando no existe ningún deber explícito de denunciar**

El incumplimiento de confidencialidad puede ocurrir cuando las y los profesionales de la salud no conocen bien las leyes, piensan erróneamente que el aborto es ilegal o pecado y denuncian a las mujeres; o que no denunciarlo sería una violación de esa obligación, que podría causar su propia sanción.

En otros casos, las y los profesionales de la salud denuncian a las mujeres por voluntad propia porque sienten la convicción religiosa o moral de hacerlo, por ende, las denuncian por violar la ley, aunque no tengan la obligación jurídica de hacerlo.

Bolivia, Ley del ejercicio médico, Ley N° 3131

Artículo 12 inciso k): Guardar el secreto médico, aunque haya cesado la prestación de sus servicios.

Ecuador, Código Penal de 2014

El artículo 422, señala que están obligados a denunciar “Las o los profesionales de la salud de establecimientos públicos o privados, que conozcan de la comisión de un presunto delito”; aunque el artículo 424, señala que nadie podrá ser obligado a denunciar a su cónyuge, pareja en unión estable o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Tampoco existirá esta obligación cuando el conocimiento de los hechos esté amparado por el secreto profesional.

Uruguay, Código Penal

El artículo 302 del Código Penal, señala que: *“El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieren llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de cien a dos mil pesos”.*

Argentina

Contemplado en la Ley N° 17.132, artículo 11 del Ejercicio de la Medicina, y en el Código Penal Argentino en su artículo 156, que establece penas de multa e inhabilitación especial a todo aquel que por su estado, oficio, profesión o empleo tuviera noticia de un hecho y lo revelare sin justa causa. Y es justo, en la determinación de “la justa causa” donde se producen las arbitrariedades, como en el caso de Belén:

“En la madrugada del 21 de marzo de 2014, Belén fue a la guardia del Hospital de Clínicas Avellaneda en San Miguel de Tucumán por dolores abdominales. La derivaron al Servicio de Ginecología porque tenía abundante sangrado. Allí, los médicos le informaron que estaba teniendo un aborto espontáneo de un feto de aproximadamente 22 semanas. Belén dijo que desconocía estar embarazada.

Belén fue detenida en prisión preventiva por más de dos años, acusada de haberse inducido un aborto. El fiscal de la causa luego cambió la acusación por la de homicidio doblemente agravado por el vínculo y alevosía. El 19 de abril, la Sala III de la Cámara Penal de Tucumán condenó a Belén a 8 años de prisión por homicidio”.

El Salvador³²

El Código de Salud, en sus artículos 37 y 38, señala que el secreto profesional es un deber que nace de la esencia misma de la profesión. El interés público, la seguridad de los enfermos, la honra de la familia y la respetabilidad del profesional exigen el secreto, por lo cual deben mantener confidencialmente cuanto vean, oigan o descubran en el ejercicio de su profesión. Ya sea que la información haya sido textualmente confiada por el paciente al profesional o implícito que resulta de las relaciones del paciente con el profesional. En ese sentido, el Código Penal, penaliza su revelación con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial del profesional (artículo 87 CP).

Frente a esta figura, existen circunstancias extremas en las cuales se permite revelar el secreto profesional. Sobre este punto la Corte Suprema de El Salvador, al interpretar las circunstancias, señala la obligación de reportar los casos en los cuales el/la paciente es la víctima de un crimen. Si el/la paciente aprueba la revelación del secreto profesional, no es una violación del mismo, y no hay conflicto entre las dos obligaciones legales. De hecho, el caso en contra de una mujer por

³² McNaughton H., Padilla K., Hernández E., Hernández P. y Ramírez P. Entre la espada y la pared: el secreto profesional y la atención post aborto. IPAS. Centroamérica. Nicaragua, 2004.

aborto inducido, motivado por la denuncia de un profesional de salud que descubrió el hecho en el ejercicio de su profesión, debería ser desestimado por los jueces por falta de sustento legal de las evidencias y los profesionales acusadores pueden ser denunciados por violación del secreto profesional.

“Tenía 22 años cuando ocurrieron los hechos, 3° grado, trabajaba como empleada doméstica, estaba acompañada y era madre de 2 hijos, vivía en uno de los municipios de Cuscatlán.

El embarazo fue producto de una violación, según ella informó a la psicóloga y consta en el expediente. Tuvo un parto precipitado extra-hospitalario en el que la criatura murió y Salvadora sufrió desgarraduras grado II. Fue denunciada por personal del Hospital Nacional de Cojutepeque. Mientras era conducida para recibir asistencia médica agentes de la policía la interrogaban para sacarle declaración, incumpliendo el debido proceso y sin que Salvadora tuviera la asistencia de un abogado al que tenía derecho. Fue condenada a 30 años de prisión. Esta encarcelada desde agosto de 2008, llevando ya casi 6 años de privación de libertad”.

Sin embargo, en El Salvador los prestadores de salud están denunciando a las mujeres que llegan a los servicios con abortos complicados o en el post aborto; ya sea por falta de conocimiento sobre las leyes, porque creen que la ley les obliga a denunciar, o el miedo de que, al no denunciar, serán acusados de complicidad. En la actualidad, en El Salvador hay más de 17 mujeres encarceladas cumpliendo condena, la mitad de ellas fueron informadas a la policía, por personal de salud cuando acudieron al hospital para una atención post aborto.

Colombia y su desarrollo jurisprudencial

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado respecto del secreto profesional en diversas sentencias. Ha afirmado que la información confiada a determinados profesionales, señalados por el ordenamiento, entre los que se encuentran los médicos, exige cada vez más protección en función de la confiabilidad que debe serle conexas³³. Asimismo, la Corte Constitucional Colombiana, ha establecido que el secreto profesional revela una faceta peculiar que consiste en servir de garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que destaca el derecho a la intimidad, a la honra, al buen nombre, a la información, a la libertad, etc³⁴; incluso ha señalado, que si la declaración del médico sobre los hechos o circunstancias del paciente, conocidos en razón de su relación profesional, pudiera conducir a la incriminación de la persona

³³ Sentencia C-411/93 Fundamento jurídico 5.2.2

³⁴ Sentencia C-264/96 Ponencia del entonces magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

atendida y, si a pesar de ello, tal declaración hubiere sido prestada o practicada, no debería ser tomada en cuenta³⁵.

Por último, señala bajo qué supuestos podría enervarse el secreto profesional: “..., *el médico únicamente puede ser relevado de mantener en secreto lo que conoció, oyó, vio y entendió, por razón de su relación profesional con el paciente, cuando tal revelación comporte beneficios comprobados para el enfermo, y ante la necesidad extrema de preservar los derechos a la vida, y a la salud de las personas directamente vinculadas con él*”³⁶. El secreto profesional es, así, una garantía para el ejercicio de la profesión médica, de modo que ninguna autoridad o poder público, en general, pueda obligar a entregar dicha información reservada para usos que no sean propios del acto médico y los fines de la salud del paciente.

IV. Conclusiones

I. En lo que corresponde a las leyes antiterroristas del Perú, la Corte IDH ya declaró que la legislación peruana de entonces para el delito de terrorismo era ambigua e indeterminada, por lo que su aplicación afectaba la taxatividad de las normas penales y vulneraba el principio de legalidad. Esto también se dio en el análisis de las normas sobre colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas. El Estado mediante sentencia constitucional del año 2003 ha fijado la constitucionalidad de la tipificación del delito de terrorismo, pero no ha desarrollado un mayor avance por el tipo delictivo que se estableció para los denominados actos de colaboración, que pervive en dicho ordenamiento jurídico. Esta ambigüedad y laxitud ha permitido que autoridades judiciales del Perú, persigan y sancionen el cumplimiento de un deber legal, como es la práctica de la medicina, criminalizando esta función humanitaria. Se está penalizando una conducta legítima que no encuadra dentro el concepto de anti-juricidad de los tipos penales.

Esta situación llevó a que la Corte IDH, en un caso previo, De la Cruz contra Perú, determinase la responsabilidad del Estado por condenar a una profesional de la salud que fue acusada de presar atención médica a un integrante de una organización terrorista que requería su asistencia profesional. Hay que considerar que incluso en la situación de mayor emergencia y conflicto que puede vivir una sociedad, como es la guerra, se protege la labor del médico, por lo que en el orden de los conflictos internos el estándar de protección no puede ser inferior al que otorga el Derecho Internacional Humanitario en la protección de las personas.

³⁵ Sentencia C-264/96 Fundamento jurídico 6.4.

³⁶ Sentencia C-301/12

2. El ambiente jurídico y médico hostil, creado por el deber de denunciar, infringe los derechos humanos fundamentales en tiempos de guerra, pero también en tiempos de paz, como sucede con las mujeres y promueve estigma, discriminación y actos de violencia institucional contra las pacientes que necesitan cuidados obstétricos de emergencia. Se debe proteger plenamente la confidencialidad paciente-profesional de la salud a fin de prevenir las violaciones de los derechos humanos.

3. Es fundamental avanzar en una interpretación razonable, armoniosa y sistemática del secreto profesional del médico, que permita reforzar el principio que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin discriminar su condición política o legal, y que la atención de la salud constituye un deber profesional y un derecho, evitando así que el acto médico sea asociado a la complicidad o colaboración con el delito, sino más bien a una relación de confianza que permita que la información que se intercambie, flujo de información, sea lo más veraz posible, en aras del beneficio en la salud de las personas. Asimismo, se requiere de un procedimiento legal bien establecido ya que la ambigüedad ubica al profesional de salud en un papel que no le compete y que contradice sus principios éticos y profesionales.

4. Finalmente, se requiere de una legislación clara que garantice el secreto médico, por tanto, se recomienda la modificación del artículo 30 de la Ley General de Salud y el numeral 2 del artículo 326 del Código Procesal Penal, puesto que estas normas constituyen una violación del derecho al secreto profesional protegido constitucional y convencionalmente.

Es por ello, que corresponde al Estado peruano ajustar y actualizar su legislación penal interna en esta materia a fin de no repetir la criminalización de la función médica en situaciones de conflicto no internacional; y, adecuar su legislación sanitaria para garantizar el respeto del secreto profesional como un requisito esencial de la relación médico-paciente.

V. Petitorio

1. Solicitamos al ilustre Tribunal que acuse recibo del presente Amicus Curiae, presentado oportunamente y de conformidad con las normas reglamentarias de la Corte.
2. Requerimos que se ordene el traslado del presente escrito a las partes para que, de ser pertinente, los argumentos presentados revitalicen y enriquezcan la discusión en torno a los problemas legales planteados, en particular en relación al tema de las eventuales reparaciones en el presente caso.

Atentamente,



s/f

María Jennie Dador
Abogada – Red Jurídica de CLACAI

Brenda Álvarez
Abogada – Red Jurídica de CLACAI



Susana Chávez Alvarado
Secretaría Ejecutiva
CLACAI