

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

LOS DERECHOS DEL PACIENTE A LA LUZ DE LAS NUEVAS NORMAS LEGALES.

Temario: Introducción. Derechos esenciales de los pacientes. El Derecho a la Asistencia. El Derecho al trato digno y respetuoso. El Derecho a la Intimidad. El Derecho a la confidencialidad. El Derecho a la Autonomía de la Voluntad. El Derecho que se reconoce a los Menores de edad. El Derecho a la Muerte Digna. El Derecho a la Información Sanitaria. El Derecho a la Interconsulta Médica. Para concluir.

Por el Dr. Amadeo Eduardo Traverso.

Introducción.

La necesidad de resolver los conflictos que plantea, por una parte, el deber profesional médico, jurídico y ético de asistir a un paciente enfermo, suministrando los tratamientos y procedimientos necesarios para su cura y sobrevivencia y por la otra, el reconocer el derecho del paciente a la autodeterminación, dieron por resultado el dictado de normas legales bajo cuyo ámbito se otorga un marco normativo de mayor seguridad jurídica tanto para el profesional médico como para el paciente.

Coincidimos con la opinión de los especialistas en que la ley 26.529 (Sancionada: Octubre 21 de 2009; Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009) – Modificada por Ley 26.742 (sancionada el 09/05/2012 ; promulgada el 24/05/2012 ; publicada 24/05/2012) sirve para ordenar conceptos y dar debida importancia a la Historia Clínica y a los Consentimientos Informados, tal como la jurisprudencia y la doctrina más autorizada lo venía señalando en las últimas décadas.

Sin embargo, también debemos reconocer que las leyes dictadas, más allá de su espíritu reglamentario, introducen conceptos extrapolando expresiones, usos e institutos que de alguna manera marcan un cambio de paradigma. Su contenido y alcance van mucho más lejos que la anecdótica referencia a la historia clínica y/o al consentimiento informado.

El marco normativo, recoge tanto las recomendaciones de la doctrina nacional como la construcción pretoriana de la jurisprudencia en esta materia de tan alto contenido humano, incorporando para la solución de los conflictos, procedimientos y soluciones consagrados como principios generales a través de los tratados internacionales ratificados por el Congreso de la Nación.

Derechos esenciales de los pacientes.

A solo título ejemplificativo, la nueva normativa establece o consagra siete derechos esenciales del paciente. A continuación trataremos de hacer una referencia a tales derechos, sin pretender ser exhaustivos:

El Derecho a la Asistencia.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

Entre los "derechos del paciente" que ambas leyes califican de "esenciales" se encuentra en primer término el "derecho a ser asistido" por un profesional de la salud. La ley lo describe como el derecho a ser servido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente.

En realidad el deber de *asistir* a un paciente viene impuesto al profesional de la salud desde el famoso "Juramento Hipocrático"¹ por el cual se asume una obligación de asistencia no discriminada hacia cualquier persona que requiera sus servicios. La ley 17.132 y demás normas complementarias, establecieron las Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas, de las que resulta el *Deber de Asistencia* como una obligación del profesional médico. Asimismo, el art. 2° de la ley 23.661 –Sistema Nacional del Seguro de Salud– establece la prohibición de toda forma de discriminación².

Sin embargo, desde la perspectiva del paciente, la ley 26.529 ya no hace referencia al "deber u obligación" del profesional de la salud, sino que establece un "derecho" de los pacientes a exigir la "asistencia" que se extiende y alcanza a los "niños,

¹ El Juramento decía: "Juro por Apolo, médico, por Esculapio, Higías y Panacea y pongo por testigos a todos los dioses y diosas, de que he de observar el siguiente juramento, que me obligo a cumplir en cuanto ofrezco, poniendo en tal empeño todas mis fuerzas y mi inteligencia. Tributaré a mi maestro de Medicina el mismo respeto que a los autores de mis días, partiré con ellos mi fortuna y los socorreré si lo necesitaren; trataré a sus hijos como a mis hermanos y si quieren aprender la ciencia, se la enseñaré desinteresadamente y sin ningún género de recompensa. Instruiré con preceptos, lecciones orales y demás modos de enseñanza a mis hijos, a los de mi maestro y a los discípulos que se me unan bajo el convenio y juramento que determine la ley médica, y a nadie más. Estableceré el régimen de los enfermos de la manera que les sea más provechosa según mis facultades y a mi entender, evitando todo mal y toda injusticia. No accederé a pretensiones que busquen la administración de venenos, ni sugeriré a nadie cosa semejante; me abstendré de aplicar a las mujeres pesarios abortivos. Pasaré mi vida y ejerceré mi profesión con inocencia y pureza. No ejecutaré la talla, dejando tal operación a los que se dedican a practicarla. En cualquier casa donde entre, no llevaré otro objetivo que el bien de los enfermos; me libraré de cometer voluntariamente faltas injuriosas o acciones corruptoras y evitaré sobre todo la seducción de mujeres u hombres, libres o esclavos. Guardaré secreto sobre lo que oiga y vea en la sociedad por razón de mi ejercicio y que no sea indispensable divulgar, sea o no del dominio de mi profesión, considerando como un deber el ser discreto en tales casos. Si observo con fidelidad este juramento, séame concedido gozar felizmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria."

² ART. 2°.- El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones **eliminando toda forma de discriminación** en base a un criterio de justicia distributiva.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

niñas y adolescentes" –menores de 18 años- como manifestación de los derechos del niño consagrados a través de los tratados internacionales y la legislación interna del país³.

A nuestro modo de ver, tal circunstancia, implica un cambio sobre la óptica legal y médica del problema.

El Derecho al trato digno y respetuoso.

Otro de los derechos esenciales del paciente es el referido al "*trato digno y respetuoso*" por parte no solo de los profesionales de la salud sino también de todos los Agentes del Sistema de Salud que puedan llegar a intervenir en un caso dado.

Su concepto es brindado por el art. 2º, inc. b) de la ley, en los siguientes términos: El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes

Obviamente no se trata de un concepto nuevo. La dignidad, o "cualidad de digno", deriva del adjetivo latino *dignus* y se traduce por "valioso". Hace referencia al valor inherente al ser humano en cuanto ser racional, dotado de libertad y poder creador, pues las personas pueden modelar y mejorar sus vidas mediante la toma de decisiones y el ejercicio de su libertad. La dignidad entonces es tan antigua como la humanidad misma.

Sin embargo cabe recordar que al *trato digno y respetuoso*, se refiere el contenido del primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en 1948, el cual establece que "*... todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*". Con posterioridad, el concepto de dignidad humana fue retomado por los dos Pactos internacionales de derechos humanos de 1966 y por la mayoría de los instrumentos condenatorios de una serie de prácticas directamente contrarias al valor esencial de la persona, tales como la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, las condiciones inhumanas de trabajo, las discriminaciones de todo tipo, etc.

³ LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DISPOSICIONES GENERALES Art. 2.- Aplicación obligatoria. "*La Convención sobre los Derechos del Niño Ver Texto es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos*". "*Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles*". Publicada en el Boletín Oficial del 26-oct-2005 - Número: 30767.-

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

La dignidad humana, contiene elementos subjetivos, que corresponden al convencimiento de que las condiciones particulares de vida permiten alcanzar la felicidad y de elementos objetivos, vinculados con las condiciones de vida que tiene la Persona, para obtenerla. Así las cosas se determinó a la Dignidad Humana, como un derecho fundamental.

En tal orden de ideas, nuestra Carta Magna en su artículo 42 consagró el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a "... *condiciones de trato equitativo y digno*".

El derecho a un trato digno y respetuoso hacia el paciente en orden a las normas citadas, es enfocado por la ley con relación a las *convicciones personales y morales* del paciente, principalmente con sus condiciones *socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad*.

A nuestro modo de ver, también aquí se registra un cambio de enfoque y también del modo y alcance con que se encara la cuestión.

El Derecho a la Intimidad.

Tan esencial como los enumerados, se encuentra el "*Derecho a la Intimidad*" que la ley reconoce al paciente. Su fundamento se encuentra en la garantía constitucional enumerada en el artículo 43 de la Constitución Nacional y en lo que dispone a su turno, la ley 25.326⁴ "*De protección de Datos Personales*", con las modificaciones introducidas por las leyes 26.343 y 26.388⁵.

Bajo los parámetros descriptos, 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*⁶.

⁴ HABEAS DATA - REGIMEN LEGAL. Publicada en el Boletín Oficial del 02-nov-2000 - Número: 29517.-

⁵ El art. 1° de esta ley establece: "*La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional. Las disposiciones de la presente ley también serán aplicables, en cuanto resulte pertinente, a los datos relativos a personas de existencia ideal.*

En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas".

⁶ El art. 7° de la ley 25.326 nos aproxima al concepto de **datos sensibles**. En tal sentido dice: "...ARTICULO 7° — (Categoría de datos). 1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

La ley no establece una sanción específica para el supuesto de violación de este deber, por lo que en todo caso se aplicará lo previsto en las leyes más específicas. Sin embargo, bastará con acreditar la difusión de información clínica del paciente para que éste sea acreedor a la indemnización derivada de la responsabilidad por daños y perjuicios por la inobservancia de la ley.

Cabe recordar que el art. 5° de la ley 25.326 establece que el tratamiento de datos personales es *ilícito* cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias.

Por su parte, el art. 8° de la ley, con específica relación a la salud, 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 aquéllos, respetando los principios del secreto profesional*”.

La ley 25.326 prevé para quienes incurran en incumplimientos o violaciones a cuanto dispone, sanciones de multa de \$ 1.000 a \$ 10.000 y también las sanciones penales establecidas en el art. 117bis y 157bis del Código Penal⁷. Además incorpora y otorga al eventual damnificado la acción de protección de los datos personales o de hábeas data que procede en los siguientes casos: a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos; b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

El Derecho a la confidencialidad.

Otro de los derechos esenciales que la ley establece es el “*Derecho a la Confidencialidad*”. El mismo se encuentra emparentado desde ya con el Derecho a la Intimidad que hemos tratado más arriba.

2. *Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.*

3. *Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros.*

4. *Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales sólo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas”.*

⁷ Ver arts. 31, 32 y 33 de la ley 25.326.-

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

Consiste básicamente en que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica del paciente, 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.

La misma ley 25.326 en su artículo 10° hace referencia a este derecho, lo hace en estos términos: "... 1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al **secreto profesional**⁸ 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".

El Secreto Profesional se encuentra -cabe recordarlo- previsto como en la ley 17.132, estableciendo en tal sentido que "... 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 facilitarlos o utilizarlos con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal" (art. 11).

El Código Penal de la Nación, en su artículo 156 establece por su parte que: "Será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa".

El secreto profesional goza de protección constitucional a través de la cláusula 18 de nuestra Constitución Nacional en cuanto declara inviolables al domicilio, la correspondencia epistolar y a los papeles privados, preservando a las acciones privadas de los ciudadanos de la autoridad pública siempre que ellas no ofendan al orden, la mora pública o perjudiquen a terceros (art. 19 CN).

Por otro lado, la República Argentina ha suscripto tratados internacionales que, por imperio de lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22, tienen jerarquía constitucional, de rango superior a las leyes. Entre tales tratados se encuentra el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que establece: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni

⁸ Para profundizar este punto nos remitimos a nuestro trabajo: "La Responsabilidad Civil del Médico y su Seguro", Capítulo I, pág. 44, editorial Publiseg SRL, 2005.-

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Asimismo, el artículo V, de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en cuanto establece que: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.*

En el orden jurídico interno, el artículo 1071 bis del Código Civil resguarda el derecho a la intimidad, disponiendo en tal sentido que: *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres y sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuere procedente para una adecuada reparación”.*

Por fin, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina establece, en su artículo 66, *“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 las familias, la respetabilidad del profesional y la dignidad del arte exigen el secreto. Los profesionales del arte de curar tienen el deber de conservar como secreto todo cuanto vean, oigan o descubran en el ejercicio de la profesión, por el hecho de su ministerio, y que no debe ser divulgado”.*

Se protege de tal manera el derecho a la intimidad en cuanto constituye una reserva que proyecta la libertad espiritual de la persona. Bajo tal paraguas encuentran protección tanto los profesionales que ejercen la medicina como los pacientes respecto de éstos⁹.

Bajo el régimen de la ley 17.132, por constituir un deber impuesto por una ley, no se requiere un pedido expreso del paciente para que el *“secreto profesional”* deba ser siempre mantenido.

Un hecho es “secreto” cuando no adquiere difusión a terceros, no siendo por lo tanto conocido por un número indeterminado de personas, ni está al alcance de ellas

⁹ Así se ha dicho con razón que: “Considerar que prevalece el deber de denunciar sobre la reserva del secreto profesional, significa afirmar que el valor persecución del delito es antepuesto a los valores que se encuentran en el trasfondo de la prohibición contenida en el art. 156 del cód. penal. La norma de la violación de secreto pretende tutelar la libertad del paciente de formular al profesional médico todo aquello que considere conveniente, con la tranquilidad espiritual de que ello no podrá luego perjudicarlo ni trascenderá a terceros, pues redundará en última instancia, en una más amplia protección de la salud”. De la mayoría en la sentencia dictada por la CNCrim. y Correc. Fed., sala I, febrero 14-1995). ED, 168-147.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

conocerlo. El secreto alcanza a todo aquello que se desea mantener en forma reservada u oculta.

El artículo 156 Código Penal tipifica las conductas que dan lugar a la violación del secreto profesional, para lo cual es necesario que se cumplan las siguientes hipótesis:

- 1) El autor del ilícito (delito) debe haber tomado conocimiento del mismo, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte;
- 2) Debe haber adquirido estado público (divulgación) –poner al alcance de todos lo que antes no lo estaba – por acción u omisión del autor;
- 3) Tener potencialidad para causar un daño, que no necesariamente puede ser material (físico) sino también moral, al honor, la fama, el patrimonio, o cualquier otro bien jurídico, no necesariamente vinculado a la persona misma cuyo secreto se revela;
- 4) La divulgación haya sido efectuada por el autor, sin causa justificada.

La norma penal comentada, tiene por finalidad evitar la divulgación, pero la acción típica se limita a la revelación, aunque sea a una sola persona. Puede cometerse por acción u omisión, dejando al alcance de alguien no autorizado la posibilidad de acceder al secreto.

El artículo 156 CPN se complementa con lo que dispone a su vez el artículo 244 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto impone un deber de abstención *"sobre los hechos secretos que hubieran llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad"* para *"los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar"*.

La "Justa Causa" que admite la divulgación del secreto comprende todas las causas de justificación, el estado de necesidad, la legítima defensa propia o de terceros, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

Así, no existe violación del secreto profesional en los siguientes casos:

1. Cuando media una autorización expresa del paciente. Obviamente, si existe consentimiento del interesado, desaparece el carácter secreto del hecho. Cabe señalar sin embargo, que de conformidad a lo que dispone el segundo párrafo del artículo 244 CPPN, las personas enumeradas por la norma, no podrán negar su

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

testimonio cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado, a excepción de los ministros de un culto admitido.

Igual situación se configura cuando quien releva del deber de guardar secreto no es el paciente, sino el juez de la causa. En tal caso, tampoco existe delito.

2. Cuando se ha convertido en información libremente disponible al público, por circunstancias ajenas al médico;
3. Cuando el profesional médico procura evitar un mal mayor que la propia revelación del secreto implica, lo que constituye un "estado de necesidad" en los términos del artículo 34, inc. 3° del CPN. Por ejemplo cuando el médico pone en conocimiento de parientes del enfermo algún peligro de contagio, o cuando el psiquiatra avisa a los familiares que el paciente manifestó su voluntad de suicidarse. También cuando informa al padre del menor alguna enfermedad del hijo. Basta la buena fe del profesional, en cuanto a la valoración del caso, que eliminará el dolo, pues cualquier error al respecto restará tipicidad al hecho, atento a que no está prevista una figura culposa¹⁰.
4. No resultará punible la violación del secreto profesional cuando el médico obre en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo (art. 34, inc. 5° CPN). Así el caso en que la información deba ser utilizada por el médico en un juicio por cobro de honorarios contra su cliente, o de mala praxis promovido por el paciente o sus derechohabientes, para la defensa de sus intereses.

En materia de cargas impuestas en "cumplimiento de un deber", las leyes de profilaxis de enfermedades contagiosas, obligan a los profesionales de la salud a revelar el hecho a ciertas personas, que a su vez también deben guardar el secreto profesional.

En otros casos, la legislación civil sobre hechos relativos a la existencia y capacidad de las personas, imponen también la obligación de denuncia. También la ley de

¹⁰ El secreto profesional médico, por Fernando Mario Caunedo y Manuel Gorostiaga, trabajo publicado en elDial.Express del 26/12/2003.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

Protección contra la Violencia Familiar 24.417¹¹ que impone a los profesionales de la salud, entre otros obligados, y a todo funcionario público en razón de su labor, a denunciar ante la autoridad competente los malos tratos y lesiones en el ámbito familiar.

Como lo señalan los Dres. Caunedo y Gorostiaga¹², "la norma tiene un fin tuitivo respecto de los menores, ancianos y discapacitados, y la obligación de denunciar se fundamenta en el mandato ético de la tutela del desprotegido. En estos casos, el secreto profesional protegería sólo al victimario". El profesional está obligado tanto si ejerce la profesión en forma privada como si lo hace integrando un servicio de salud. Su relación con la víctima puede ser permanente, ocasional o transitoria. Sin duda, mayor será la responsabilidad en el primer caso. La obligación nace con la sospecha de maltrato ante la evidencia psíquica o física.

Cuando el profesional médico actúa en el ejercicio de un derecho, también se encuentra eximido de la obligación de guardar secreto, en el estrecho ámbito de su reclamo o defensa. De tal manera en materia de honorarios profesionales, el artículo 73 del Código de Ética Médica que ya mencionamos, dispone que "cuando el médico se vea obligado a reclamar judicialmente sus honorarios, se limitará a indicar el número de visitas y consultas, especificando las diurnas y nocturnas, las que haya realizado fuera del radio urbano y a qué distancia, las intervenciones que haya practicado. Será circunspecto en la revelación del diagnóstico y naturaleza de ciertas afecciones, reservándose para exponer detalles ante los peritos médicos designados o ante la entidad gremial correspondiente".

Por su parte, el artículo 69, inc. g) del Código de Ética Médica, para el caso de una demanda por mal ejercicio profesional, lo releva del deber de confidencialidad.

Cabe señalar que, la violación del secreto profesional, aunque involucra la responsabilidad civil del médico, constituye un riesgo expresamente excluido de las pólizas usuales, por tratarse de un evento ajeno al riesgo principal asumido por el asegurador, pues su causa ilícita de imputación ningún punto de contacto guarda con la licitud del objeto del seguro de responsabilidad civil relacionada al acto médico. Es precisamente la causa ilícita lo que lo torna inasegurable (artículo 60 LS).

En síntesis, mientras bajo el régimen de la ley 17.132, por constituir un deber impuesto al profesional de la salud por una ley, no se requiere un pedido expreso del paciente para que el "*secreto profesional*" deba ser siempre mantenido, a partir de la sanción de la ley 26.559 y su modificatoria, la ley 26.742, tal principio es fortalecido al ser calificado como un derecho esencial del paciente.

El Derecho a la Autonomía de la Voluntad.

¹¹ Publicada en el Boletín Oficial del 03/01/1995.-

¹² El secreto profesional médico, por Fernando Mario Caunedo y Manuel Gorostiaga, trabajo publicado en elDial.Express del 26/12/2003.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

Un aspecto no menor y a nuestro modo de ver, el de mayor complejidad se encuentra referido al derecho a la "*Autonomía de la voluntad*" que el nuevo régimen legal consagra.

El inciso e) en su primer párrafo, establece que "*... el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad*".

La posibilidad de adoptar este tipo de decisiones se encuentra estrechamente vinculado al derecho a la "*información sanitaria*", que está previsto en el inciso f) del art. 2°, Capítulo I, de la ley 26.529 y a la definición de sus alcances que se desarrolla en el art. 3° del Capítulo II, del mismo cuerpo legal.

En otras palabras, el paciente debe recibir información suficiente que le permita conocer, apreciar y comprender los efectos de la enfermedad que padece, las alternativas de diagnóstico o terapéuticas, las características y duración de cada práctica, comparación con otros procedimientos, riesgos que el procedimiento trae aparejados, beneficios y alternativas y opciones¹³.

Como se ha señalado, el suministro de la información debe centrarse en el interés del paciente y adaptarse a su posibilidad de comprensión. Todo ello con el objeto de permitir al paciente el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, para aceptar y/o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos que le sean propuestos.

El Derecho que se reconoce a los Menores de edad.

El segundo párrafo de este inciso establece que: "*...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061¹⁴ a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*".

Esta manda legal parecería tropezar con el régimen legal de la Patria Potestad que se encuentra regulado por los artículos 264 a 310 del Código Civil. De

¹³ Los Derechos de los Pacientes, por el Dr. Alfredo Jorge Kraut, pág. 161/2, editorial Abeledo Perrot, 1997.-

¹⁴ LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DISPOSICIONES GENERALES Art. 2.- Aplicación obligatoria. "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos".

"Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles". Publicada en el Boletín Oficial del 26-oct-2005 - Número: 30767.-

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados

Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"

C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

acuerdo a tal régimen el menor es un incapaz y en consecuencia se encuentra inhabilitado para tomar cualquier decisión sobre su cuerpo y su vida. Tal facultad corresponde sea ejercida por los padres en base a la información proporcionada por el médico. Así lo recuerda el Dr. Jorge A. Mazzinghi¹⁵ al comentar los arts. 265 y 266 CC, referidos al deber recíproco de asistencia que la ley establece entre padres e hijos como una consecuencia de la estrecha solidaridad que liga a unos y otros.

El mismo autor indica que corren por cuenta de los padres todo lo relativo a su atención médica y a ellos les compete decidir sobre operaciones que deban practicarse a los menores, sin perjuicio de las facultades reguladoras del Juez en los casos extremos¹⁶.

Sin embargo, la ley 26.529, cabe recordarlo, otorga "intervención" al menor en el proceso para ejercer el derecho –en el ámbito de la autonomía de la voluntad- para aceptar terapias o procedimientos médicos o biológicos, o bien, para rechazar tales terapias y procesos y/o a revocar en cualquier momento una manifestación de voluntad anterior.

No comparto la idea de la instauración de una "democracia sanitaria" elaborada en el marco del sistema de protección integral de los derechos del niño, como concepto opuesto al Instituto Jurídico de la Patria Potestad. Cuando se trata de un menor incapaz, no cabe duda que son sus padres quienes en mejor condición se encuentran para tomar las decisiones que sean necesarias para resguardar su integridad psicofísica y la salud. No lo es el menor y tampoco lo es el Estado, aún a través de la posible intervención de la justicia o jurisdicción, quienes deben tomar tales decisiones.

¹⁵ Derecho de Familia, t° 4, 3° edición actualizada y reestructurada, pág. 387, editorial Universidad Austral 1999.

¹⁶ El Dr. Mazzinghi, en nota n° 77, transcribe un interesante fallo: "... Siendo la cirugía propuesta la única solución que por el momento brinda la ciencia médica y encontrándose ella justificada, en la especie, por la necesidad de salvaguardar la salud y desarrollo integral de la personalidad de la paciente, expuesta a graves trastornos de todo orden si no se asume esta actitud, resulta innegable la facultad de los padres para disponer su realización (C8° Civ. y Com. Córdoba 31/03/86, Rep. LL, t XLVI, p. 1504, sum. 8). Ninguna norma de derecho sustancia exige que el órgano jurisdiccional deba conferir autorización para un intervención médica a raíz de la cual se le extraería la médula ósea a un menor para trasplantársela a su hermano; de lo que se deriva que solo los progenitores en el ejercicio pleno de la patria potestad son los únicos que pueden hacerlo". (Juzg. 1ra. Inst. Civ. n° 24, Capital 20/09/88, ED, t. 130, p. 524).

En otro fallo que se transcribe en la misma nota se sostiene: "... Corresponde conceder la autorización solicitada por el Asesor de Menores para practicar transfusión de sangre a un menor de un mes de edad, pese a que dicho tratamiento médico no se compadece con las convicciones religiosas de los padres, ya que atento a aquella edad no se atenta contra la propia convicción religiosa del niño, y la medida se adopta en función de su primordial interés y de su derecho a la vida, por la necesidad de ejercer el patronazgo previsto en el art. 4° de la ley 10.093". (Juzg. 1ra. Inst. n° 3 Capital, 24/04/85, ED, t. 114, p. 113, con nota de Bidart Campos Germán J., La transfusión de sangre y la objeción religiosa de conciencia). En el mismo sentido CCic., y Com. San Martín, Sala II, 11/11/86, ED t. 125, p. 540, con nota de Bidart Campos Germán J., La Objeción de conciencia de los padres y el derecho a la vida de su hija recién nacida).

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533
Website: www.espositotraverso.com.ar

Esta es la regla que confirma la excepción y ésta última suele darse ante la imposibilidad de actuar por parte de los padres o el actuar antifuncional de los mismos y/o de los representantes legales.

Lo expuesto sería confirmado por la ley, en el segundo párrafo del art. 4°, Capítulo II, el que exige que: "En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad".

No obstante, habrá que reconocer que el derecho a la "intervención" que la ley reconoce a los menores, puede y seguramente lo será, una fuente de conflictos. Cómo se resuelve por ejemplo el conflicto entre un menor de edad de 16 años que consiente un tratamiento médico y/o quirúrgico sobre su cuerpo, frente a la oposición de sus padres?

No se pueden ignorar las habituales y periódicas intervenciones judiciales cuando la disposición del propio cuerpo se encuentra en juego y es necesario resolver los conflictos de valores y derechos que el caso plantea a las partes involucradas como paciente menor, médico y padres o representantes legales. Será necesario encontrar un justo equilibrio.

Parte de tal equilibrio se logra sobre la base de lo que dispone el art. 921 CC que reconoce la existencia de discernimiento a la edad de 14 años¹⁷, vale decir, la posibilidad de que el menor forme su propio juicio sobre la base de la información que recibe. La Convención de los Derechos del Niño, reconoce este derecho en su art. 12 al establecer que los Estados garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Este artículo es operativo, de aplicación directa, por haber sido incorporado como legislación interna en mérito a lo que dispone el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional¹⁸.

En consecuencia, debería reconocerse al menor, mayor de 14 años, el derecho a intervenir en el proceso médico al que es o será sometido, a escuchar y ser informado sobre sus alcances y riesgos, y a formar su propio juicio sobre tales

¹⁷ Art. 921 CC: Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.

¹⁸ En igual sentido opina el Dr. Oscar Ernesto Garay: Tratado de la Responsabilidad Civil en las Especialidades Médicas. T. 1, pág.423; editorial ERREPAR; año 2009.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

procedimientos. También tendrá que reconocerse el derecho del menor, mayor de 14 años a dar su opinión.

No cabe duda que los padres en primer lugar, tendrán muy especial cuidado en respetar la voluntad de su hijo, en la medida en que médicamente ello sea posible.

El Derecho a la Muerte Digna.

Dentro de este derecho esencial, la ley consagra también el derecho a la *muerte digna* autorizar el rechazo de terapias, procedimientos médicos o biológicos, cuando no existen recursos científicos que permitan recuperar al paciente¹⁹.

El Dr. Kraut señala que el progreso médico, especialmente en los últimos treinta años, generó técnicas terapéuticas que permiten posibilidades impensadas hasta unas décadas. Estos avances traen beneficios y desventajas. La curación de enfermedades y el alivio del dolor constituyen beneficios innegables. Por otro lado, la asistencia médica del paciente grave o agónico prolonga artificialmente la vida mediante el uso de recursos extraordinarios o desproporcionados, a veces con gran costo de sufrimiento.

Agrega el citado autor que en estos casos, la intervención médica plantea al paciente, a su familia y al médico, numerosos interrogantes y distintas situaciones fácticas que conducen a soluciones diversas, matizadas por el marco vivencial, filosófico o religioso de las personas involucradas²⁰.

A este potencial conflicto esta dirigido el nuevo marco legal. En efecto, la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 otorga este derecho como parte integrante del derecho a la autonomía de la voluntad, en los siguientes términos: "... *En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.*

¹⁹ Según Ramón Maciá Gómez, la muerte digna es la muerte que, deseada por una persona, se produce asistida de todos los alivios y cuidados paliativos médicos adecuados, así como con todos los consuelos humanos posibles. En otras palabras; una muerte digna es el hecho y el derecho a finalizar la vida voluntariamente sin sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal.

²⁰ Alfredo Jorge Kraut: Los derechos de los Pacientes. Abeledo Perrot; pág. 79, año 1997.

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente. (Modificado por art. 1° de ley 26.742)²¹.

El nuevo marco normativo ha logrado –en nuestra modesta opinión– una síntesis de los intereses religiosos, filosóficos y éticos que permitieron el consenso sociológico y político para su dictado. Aunque no signifique una solución total de todos y cada uno de los conflictos que en este ámbito se plantean, habrá de reconocerse que constituye un importante avance en la materia.

El Derecho a la Información Sanitaria.

La ley establece en este sentido que: *“El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información”*. La norma legal define en concepto en el art. 3° del Capítulo II, al establecer que: *“... A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”*.

La directriz tiene relación con lo que se conoce como *“consentimiento informado”* que es el acto médico por el cual el paciente es enterado, prevenido de su estado psicofísico, de su diagnóstico, de los tratamientos o intervenciones quirúrgicas a los que puede ser sometido, de sus consecuencias y alternativas. Es con fundamento a la información que el paciente recibe que éste consiente y presta su conformidad con el acto médico a practicarse. Este instituto es prolijamente regulado por los arts. 5° a 11bis, del Capítulo III de la ley.

El Derecho a la Interconsulta Médica.

Finalmente la ley reconoce como otro de los esenciales derechos del paciente, al derecho a la interconsulta médica por el cual el paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

El ejercicio del citado derecho se emparenta sin duda con el instituto del consentimiento informado y el de la historia clínica que la ley también desarrolla a partir de los arts. 12 a 21 del Capítulo IV de la ley.

²¹ Redacción anterior: “e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”;

ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: www.espositotraverso.com.ar

La Declaración de Lisboa-Bali-Santiago, recuerda el Dr. Oscar Ernesto Garay, incluye como contenido "en el derecho a la libertad de elección en cabeza de paciente, el derecho a la segunda opinión. El C.E. AMA dice –señala este autor- que se llama Segunda opinión a la resultante de una consulta a otro médico o a otro equipo de salud no responsable directo de la atención del paciente (aspecto legal y ético) para ratificar o modificar lo actuado (art. 140 C.E. AMA); y es una obligación en cabeza del profesional del arte de curar, ya que "por principio de beneficio o beneficencia surge la obligatoriedad del miembro del Equipo de Salud de considerar la salud del paciente por encima de cualquier otra condición ... La Segunda opinión es parte de la atención en salud. Puede ser referida a todo lo actuado o circunscribirse a algún punto determinado (art. 141 C.E. AMA)²².

Dado el contenido de este derecho, la información escrita sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento del paciente, resultan sin duda esenciales para poder lograr una interconsulta válida.

Para concluir.

Aunque la ley se encuentra sujeta a reglamentación por parte del Poder Ejecutivo Nacional, estamos convencidos que muchas de sus disposiciones serán de aplicación inmediata. No cabe duda que importa un importante avance, tanto desde el punto de vista de los derechos de los pacientes, como desde el punto de vista los profesionales médicos y demás operadores en el sistema de salud, que encontrarán en la ley una delimitación de deberes, responsabilidades y obligaciones propias del arte de curar, haciendo más segura su actuación.

²² Tratado de la Responsabilidad Civil en las Especialidades Médicas. T. 1, pág.409/410; editorial ERREPAR; año 2009.