

Sánchez, Diego C.

*Los derechos y deberes de médicos y pacientes
desde la vigencia de la Ley 26.529*

Prudentia Iuris N°70, 2011

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sánchez, D. C. (2011). Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde la vigencia de la Ley 26.529 [en línea], *Prudentia Iuris*, 70, 165-186. Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derechos-deberes-medicos-pacientes-26529.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LOS DERECHOS Y DEBERES DE MÉDICOS Y PACIENTES DESDE LA VIGENCIA DE LA LEY 26.529¹

DIEGO C. SÁNCHEZ

Resumen: El artículo considera los derechos y deberes de médicos y pacientes, especialmente luego de la sanción de la ley 26.529, destacando sus temas relevantes, aquellos que habían dado lugar a distintas interpretaciones tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina. Se tratan, así, la historia clínica y el consentimiento informado, precisándose sus conceptos, formas, funciones e interpretaciones. Similar atención merecen las directivas anticipadas de salud, el “testamento vital”, las posibilidades del médico y sus posibles objeciones de conciencia. De igual modo la autonomía de la voluntad del paciente, su libertad y responsabilidad. Se considera la eutanasia, precisándose que no es un derecho del paciente. Se estudia el secreto profesional del médico, a la luz de las contradictorias normas legales vigentes y jurisprudencia consecuente, para detenerse en la más reciente decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual composición. Finalmente se precisan los conceptos de las responsabilidades de médicos y órganos sanitarios, con la posibilidad de su aseguramiento y el conflicto de algunas de las coberturas que se otorgan en plaza, como la conocida *claims made*.

Palabras clave: Ley 26.529 – Médicos – Pacientes – Derechos – Deberes – Responsabilidad – Aseguramiento – Historia clínica – Consentimiento informado – Secreto profesional.

Abstract: The article considers the duties and obligations of doctors and patients, especially after the sanction of the law 26.529, highlighting its relevant subjects, those that have given place to many different interpretations in the jurisprudence, as in doctrine. They are considered, the medical history and the informed consent, precising

¹ Actualización del artículo publicado originariamente como “Aspectos Legales de la Práctica Médica”, en *Tratado de mecánica vascular e hipertensión arterial* (Maestría sobre el tema de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Biomédicas), editor en jefe: Ricardo Esper, Directora: Carol Kotliar Directores asociados: Marta Barontini y Pedro Forcada, Buenos Aires, Editorial Inter-Médica S.A.I.C.I., 2010, págs. 1039-1049.

its concepts, forms, functions and interpretations. Similar attention deserves the anticipated directives of health, the “vital” testament, the doctor’s possibilities and his possibilities of conscientious objection. In a similar way the autonomy of the patient’s will, his liberty and responsibility. It is considered the euthanasia, precisising that it is not a patient’s right. The study of the doctor’s professional secret, with the contradictories effective legal norms and consequent jurisprudence, to the most recent decision of the National Supreme Court of Justice in its current composition. Finally it precise the concepts of the responsibilities of doctors and sanitary organs, with the possibility of its insurance and the conflict of some of the coverage’s that are offered in the market, as the well-known claims made.

Key-words: Law 26.529 – Doctors – Patients – Rights – Duties – Responsibility – Insurance – Medical history – Informed consent – Professional secret.

1. Derechos y deberes de médicos y pacientes. Antecedentes y concepto

Marcelo López Mesa (en Buenos Aires, 2004)² recuerda que Javier Plaza Penadés (en Navarra, 2001)³ ha dicho de España, aplicable a Argentina: “Nuestro país ha experimentado en los últimos tiempos (desde los años sesenta o setenta hasta nuestros días) un cambio de mentalidad muy significativo en lo que se refiere a la concepción social de la actividad del médico y al grado o canon de calidad exigible en la prestación de los servicios sanitarios, puesto que desde la asunción de las negligencias médicas como una circunstancia inherente al riesgo de la vida y al hecho de someterse a cualquier intervención médico-sanitaria, se ha pasado a un cuestionamiento, en ocasiones exagerado, de los resultados de las actuaciones y prestaciones médicas y sanitarias, fruto de una evolución a una sociedad cada vez más exigente con las condiciones de calidad en las que deben prestarse los servicios sanitarios y más proclive a exigir responsabilidades cuando realmente los servicios y prestaciones sanitarios no se han prestado con la debida calidad y diligencia profesional”.

Las cuestiones llevaron a legislar el tema en España y en Argentina, por ejemplo a través de la siguiente normativa:

En España, en Navarra, con la Ley Foral 11/2002, sobre los derechos del paciente a la información, a la documentación clínica, a la protección de la salud.

En Argentina, en Formosa, Río Negro, Tucumán, entre otras provincias, mediante leyes como la 26.529/2009 y la 26.657/2010.

En Francia también se dictó la ley 2002/303. Hay muchos casos más en los que se dictaron leyes reguladoras de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y

² LÓPEZ MESA, Marcelo, “Los daños por mala praxis médica y su cuantificación en algunos aspectos particulares”, Buenos Aires, *La Ley*, 2004-B-1283.

³ PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Navarra, España, Aranzadi, 2001.

privados, en materia de autonomía del paciente, de información y documentación clínica.

Entre otras razones (expresamente invocadas en algunas de las leyes individualizadas) tenemos la protección del derecho a la salud contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina, que lo garantiza estableciendo un mandato a las autoridades para su protección; el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina de la Unión Europea, suscrito en 1997, que dio tratamiento explícito a los derechos de los pacientes, entre los que destaca el derecho a la información, al consentimiento informado y a la intimidad de la información de la salud de las personas.

Esperamos que la nueva legislación, al hacerlo sobre cuestiones últimamente tan litigiosas, contribuya a disminuir la judicialización.

La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad –a su libertad y responsabilidad– y a su intimidad, orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica, proclama el artículo 1° de la ley española; ley que es antecedente de la ley argentina.

Por cierto que hay diferencias normativas: en la ley argentina 26.529 (que es la que seguiré y establece en su art. 23 que es de orden público, como lo hace el art. 45 de la ley 26.657) se legisla, por ejemplo, sobre los derechos del paciente, pero no encontramos siquiera referencia a sus obligaciones –como el deber de colaboración respecto del profesional, de informarle adecuadamente y que comprende cumplir totalmente con la ejecución del tratamiento–. El artículo 5° de la ley española dispone, por el contrario, que los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico, o sobre su salud, de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público, o con motivo de la asistencia sanitaria.

Los derechos del paciente, en su relación con los profesionales de la salud, o los agentes del seguro de salud, así se enumeran (art. 2° de la ley 26.529): a) asistencia, destacando que –prioritariamente los niños, las niñas y los adolescentes– tienen derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, y precisando que el profesional actuante solo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b) trato digno y respetuoso; c) incluyendo expresamente el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad y la confidencialidad; d) el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como también a revocar posteriormente la manifestación de voluntad; e) a recibir la información sanitaria necesaria por escrito, vinculada a su salud, derecho que incluye el de no recibirla.

Entiende la ley 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; esta información solo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente y –en el

supuesto de incapacidad del paciente— a su representante legal o quien conviva con él, o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

2. Directivas anticipadas de salud. El “testamento vital”. Posibilidades del médico. Las objeciones de conciencia. Límites. Autonomía de la voluntad o libertad y responsabilidad

Al disponer la ley argentina que el profesional actuante podrá eximirse del deber de asistencia, coincidimos con Lafferriere⁴ quien reconoce implícitamente a los profesionales de salud la “objeción de conciencia”. Estimamos que siempre debe quedar a salvo la libertad del profesional de no cooperar, ni directa ni indirectamente, con una conducta que considera injusta y contraria a los dictados de su conciencia.

Igualmente coincidimos con Andruet⁵ en que tener convicciones morales es un dato que pone de manifiesto la madurez racional de la persona. Todos los hombres, porque hace a su naturaleza, generan creencias y se fortalecen en las convicciones a partir de las cuales construyen sus proyectos de vida, y por ello están en condiciones de ser potenciales objetores de conciencia. Y lo hacemos aplicando los conceptos aun a los jueces porque, bien dice, no se advierte desde este punto de vista cuál sería la razón para suponer que los jueces no pueden tener convicciones que luego no defendan como proyectos de vida, por una parte; y por la otra resultaría discriminatorio considerar que el juez, por el hecho de estar sujeto a la ley está impedido también de remover el obstáculo moral para su convicción. Y esta convicción nos lleva a aceptarla asimismo para los Oficiales Públicos titulares de Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas de todo el país, concordando ahora con Arias⁶ en su análisis de la “ley” 26.618.

Otra coincidencia con Lafferriere⁷ es que hubiese sido mejor referirse a la “libertad y responsabilidad”, en lugar de “autonomía de la voluntad”, pues aquella expresión destaca la doble cara de la dinámica propia del paciente con relación al cuidado de su propia vida y salud. Y lo mismo cabe decir respecto de las denominadas “directivas anticipadas”, pues admitimos la necesidad de no acentuar unilateralmente la “autonomía de la voluntad” y balancearla con la responsabilidad del paciente sobre su propia vida.

Toda persona capaz tiene la facultad de disponer “directivas anticipadas” sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo,

⁴ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Los derechos del paciente y el consentimiento informado en la Ley 26.529”, Buenos Aires, *Legislación Argentina de El Derecho*, 2010.

⁵ ANDRUET (h.), Armando S., “¿Los jueces pueden ser objetores de conciencia?”, Sup. Const. 2010 (septiembre), Buenos Aires, *La Ley*, 2010-E-1076.

⁶ ARIAS, Alberto J., “La objeción de conciencia y la inconstitucionalidad de la ley 26.618”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, *La Ley*, 2010, N° 11.

⁷ Ídem.

salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes, establece la ley argentina.

En la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encontramos antecedentes favorables a las directivas anticipadas.

Uruguay (ley 18.473/2009) ha adoptado la expresión “voluntad anticipada” que, como la de Argentina, resulta más apropiada que la de “testamento vital” —porque el testamento tiene efectos luego de la muerte—. Es revocable por voluntad del declarante, pero irrevocable por incapacidad sobreviniente. La ley prevé la excusación del médico tratante por sus convicciones personales y, en tal caso, su subrogación por otro.

El artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina, que dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, nos confiere el fundamento superior (hay otras normas locales) para que el paciente no pueda ser obligado a un tratamiento médico determinado (salvo por disposición de la ley), el respeto de la voluntad individual (pero diferenciando intervenciones complejas, o de resultado incierto, o no); se advierte en algunos fallos la prioridad del derecho a la libertad, aun por encima del derecho a la vida.

No existe duda de que es necesario contar con la autorización expresa del paciente en los casos de intervenciones mutilantes, aún cuando pretendan preservar su vida; se consideran mutilantes aquellas operaciones que tienen por objeto la ablación de un órgano natural, o de un miembro, o su inutilización. Son no mutilantes las que tienden a la extracción de un cuerpo extraño (tumor, hematoma, esquirla, etc.) no exigiendo la extirpación o alteración de órgano natural. Lamentablemente la ley de ejercicio de la medicina en Argentina, de 1967 y deficiente redacción, presenta un listado casuístico que se presta a confusiones, pero la abstención de tratar sería la regla y el tratamiento compulsivo la excepción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido en un conocido precedente⁸ que el paciente ejerce el derecho de autodeterminación sobre su propio cuerpo, que tiene un incuestionable poder de “señorío” sobre él, y que el médico tiene el deber de respetar la decisión del paciente a no recibir determinado tratamiento médico, especialmente cuando se refiere a transfusiones de sangre. En una sentencia de segunda instancia la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su Sala I,⁹ ha admitido la demanda de daños y perjuicios entablada por quien fue operada y transfundida —en el caso, padecía uronefrosis— a pesar de haber expresado su negativa a transfundirse en razón de ser Testigo de Jehová y se condenó al médico interviniente, al sanatorio, a la obra social y a la aseguradora, a abonarle una indemnización en concepto de daño moral. Y en primera instancia, en un caso de intervención mutilante, también se ha decidido admitir la voluntad del paciente de

⁸ “Bahamondez, Marcelo” del 06-04-93, anotada por SAGUES, Néstor Pedro, “¿Derecho constitucional a no curarse?”, Buenos Aires, *La Ley*, 1993-D-130.

⁹ “G., C. L. c/ Mediconex S.A. y otros”, del 31-05-07, Buenos Aires, *La Ley*, 2007-E-279.

negarse al tratamiento;¹⁰ el doctor Lorenzetti se pregunta en la citada nota a dicha sentencia por la posición correcta, respondiendo: “Entendemos que existe un derecho a rechazar tratamientos médicos para personas adultas. Una vez reconocido, no puede darse una autorización judicial caso por caso reconociendo el derecho casuísticamente, porque ello importaría desconocer la premisa anterior”.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha intimado a los padres de un menor a cumplir con su vacunación oficial obligatoria, bajo apercibimiento de procederse en forma compulsiva, pues el carácter imperativo del régimen desplaza la exigencia del previo consentimiento informado establecido por los artículos 5º y siguientes de la ley 26.529.¹¹

El problema en España ha merecido también la atención de la doctrina y la jurisprudencia. En un reciente trabajo¹² se informa que la jurisprudencia constitucional contiene pronunciamientos que otorgan primacía a la protección de la vida del paciente Testigo de Jehová, justificando la imposición de un tratamiento –la transfusión de sangre– en una situación de urgencia, incluso contra su voluntad, si con ello se salva su vida. Con base en el artículo 3º de la Ley Orgánica 7/1980, del 5 de julio, de libertad religiosa (BOE núm. 177, del 24-7-1980), el ATC 369/1984, del 20 de junio, estima que el derecho a la libertad religiosa (art. 16.1. CE) tiene como límite la salud de las personas, y que para salvaguardar dicha salud se obtuvo autorización judicial para una transfusión sanguínea (FJ 3). Según esto, la protección de la vida y la salud de las personas prevalecería sobre la libertad religiosa y la facultad de autodeterminación en relación con dicha vida y dicha salud. Con posterioridad, la STC 166/1996, del 28 de octubre, no emplea el criterio de la salud como límite de la libertad religiosa y como justificación de la imposición de la transfusión de sangre. Siguiendo el precedente de la STC 120/1990, del 27 de junio, entiende que, salvo causa justificada, la asistencia médica coactiva es una lesión de un derecho fundamental (FJ 2). Sin embargo, introduce otro criterio limitativo: la *lex artis*. La transfusión de sangre es “un remedio cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, solo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo”.

El autor concluye –en contrario de la jurisprudencia que estudia– sosteniendo que los principios de no maleficencia, beneficencia y respeto de la autonomía determinan que, ni ética ni jurídicamente, resulte admisible la objeción de conciencia del médico al rechazo de una transfusión de sangre por un paciente Testigo de Jehová.

¹⁰ “P., A.F.”, del 18-09-95, anotada por el actual presidente del Alto Tribunal, LORENZETTI, Ricardo, “Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos”, Buenos Aires, *La Ley*, 1997-F-601.

¹¹ “N.N. o U.V. Protección y guarda de personas”, del 6-10-10, anotado por BIGLIARDI, Karina A. y ROCCA, María del Rosario, *La vacunación obligatoria y la elección de la medicina alternativa de los padres, y por PULVIRENTE, Orlando D., Una vacuna contra el olvido de los deberes hacia la sociedad*, Buenos Aires, *La Ley on line* AR/JUR/58570/2010 y *La Ley* Buenos Aires, 2010, pág. 1107.

¹² SEOANE, José Antonio, *El perímetro de la objeción de conciencia médica*, www.indret.com 4/2009.

3. Eutanasia

No existe un derecho subjetivo a morir. En este marco se desenvuelve la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así la STEDH, caso “Pretty c/ Reino Unido”, del 29 de abril de 2002, al interpretar el artículo 2º CEDH en el que se reconoce el derecho de toda persona a la vida, entiende que este derecho no conlleva un aspecto negativo, a saber el derecho a morir, y que dicho artículo 2.1 CEDH no crea un derecho a la autodeterminación en el sentido que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida (ap. 39). Y de otra parte, al analizar la posible vulneración del artículo 8º que reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, el Tribunal, en un razonamiento *obiter dicta*, afirma que si bien “el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un final fatal [...] la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos en el artículo 8.1 del Convenio” (ap. 63).

También los tribunales españoles han resuelto que en el derecho fundamental a la vida, no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida.

En la ley argentina la eutanasia no es un derecho del paciente pues, si se la incluye entre las directivas anticipadas, se la tendrá como inexistente.

Sin embargo, en alguna provincia (Río Negro, ley 4.264) se permite el rechazo de los métodos ordinarios –hidratación y alimentación–. Coincidimos entonces en la inconstitucionalidad de esta ley, en que: “Dice Dios: ‘Yo doy la vida y la muerte’, Dt 32,39 [...] la administración de agua y alimento, aunque se lleve a cabo por vías artificiales, representa siempre *un medio natural* de conservación de la vida, *no un acto médico*. Por lo tanto, su uso se debe considerar, en principio, ordinario y proporcionado, y como tal *moralmente obligatorio*, en la medida y hasta que demuestre alcanzar su finalidad propia [...]” (Juan Pablo II, 20-03-2004). Por lo tanto, dejar de hidratar y alimentar a un paciente es, simplemente, condenarlo a muerte por inanición, deshidratación y/o desnutrición (Mensaje de los obispos de Río Negro sobre la Dignidad de la Vida Humana, 11 de julio de 2007).

4. El secreto profesional

El secreto médico es uno de los deberes principales en el ejercicio profesional, cuyo origen es el de la misma historia y que hoy mantiene toda su vigencia. El secreto médico, la confidencialidad e intimidad y la historia clínica son tres cuestiones que se implican recíprocamente y se relacionan; la información contenida en la historia clínica debe estar amparada por el secreto profesional.

En Argentina el artículo 11 de la ley 17.132, de ejercicio de la medicina, prohíbe a los profesionales de la salud revelar todo aquello que llegare a su conocimiento con motivo o en razón del ejercicio de su actividad; el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina contiene prescripciones similares; el artículo 156 del Código Penal pena a quienes 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 deber de confidencialidad que tienen los médicos respecto de lo que le comuniquen sus pacientes encuentra sustento constitucional en el derecho a la salud y a la intimidad del que gozan los ciudadanos (arts. 19, 33 y 42 de la Constitución Nacional). Hay excepciones a este deber de confidencialidad; por ejemplo las leyes de profilaxis de la lepra, de la peste, de las enfermedades venéreas en período de contagio, o infectocontagiosas, o transmisibles, la que impone el certificado prenupcial y la obligación de denunciar los nacimientos y defunciones, la ley de lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y la de protección contra la violencia familiar (leyes 11.239, 11.359, 11.843, 12.331, 14.586, 15.465, 16.668, 23.798 y decreto reglamentario 1.244/91, 24.417, entre otros).

Por otra parte, los códigos de procedimientos penales –provinciales en Argentina– imponen, en general, a los profesionales de la salud la obligación de denunciar los delitos que conozcan al ejercer su profesión pudiendo, en caso de incumplimiento, incurrir en delito de encubrimiento.

Se trata de una encrucijada porque los profesionales, por un lado, tienen el deber de denunciar los delitos que conozcan en el ejercicio de su profesión y, por el otro, tienen la obligación de guardar el secreto profesional; encrucijada que se extiende porque la jurisprudencia también interpreta en forma no concordante las contradictorias normas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³ había resuelto, por mayoría, lo opuesto a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, también por mayoría.¹⁴ El pasado día 20 de abril de 2010, el Alto Tribunal –por unanimidad, aunque con diferentes fundamentos en algunos de los votos–, según dictamen del Procurador General de la Nación,¹⁵ ha modificado su criterio. Ha sostenido que la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general; el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado. Se dijo que no existe en el caso (estallido de trece cápsulas de cocaína que transportaba en su aparato digestivo el procesado) ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno, ni había ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida, o a la integridad física de terceros, de modo que cabe descartar toda otra hipótesis conflictiva.

En el dictamen del Procurador General, que admite y al que remite el Alto Tribunal, se destaca: “[...] la confidencialidad médico-paciente, asegurada mediante el deber impuesto al primero de ellos de no revelar datos sobre el estado de salud

¹³ “Zambrana Daza, Norma B.”, del 12-08-97, anotada por BIDART CAMPOS, Germán J., *Denuncia de un delito del que tuvo noticia el médico por evidencias corporales de su paciente*, Buenos Aires, *La Ley* 1999-B-166.

¹⁴ “Frias, Natividad”, sentencia plenaria del 26-08-66, Buenos Aires, *La Ley*, 123-842.

¹⁵ “Baldivieso, César Alejandro”, Buenos Aires, *La Ley on line* AR/JUR/7491/2010.

de las personas a quienes atiende, es una institución cuyos orígenes parecen remontarse ya a Hipócrates, quien en la formulación de su célebre juramento incluyó el carácter secreto de la información acerca de los pacientes (cf. M. Kotler, E. Witztum, R. Mester y B. Spivak, *Medical Confidentiality in the New Israeli Patients' Rights Act (1996): Does it Add or Detract?*, *Medicine and Law*, v. 19, 2000, pág. 113 y ss., pág. 113). Sobre la indudable existencia de la institución del secreto médico, no solo recogida en todo código de ética médica y Ley de Ejercicio de la Medicina (artículo 11 de la ley 17.132), sino arraigada uniformemente en la práctica cotidiana ya como un entendimiento tácito, no es necesario extenderse más. Sí es relevante, para las ponderaciones que tienen peso en la decisión de la cuestión, detenerse en las modernas formas de fundamentación del derecho a la intimidad que se protege con el secreto médico.

"El valor del secreto médico como institución ha sido fundamentado a través de argumentaciones tanto deontológicas como utilitarias (cf. Sabine Michalowski, *Medical Confidentiality for Violent Patients? A Comparison of the German and the English Approach*, *Medicine and Law*, vol. 20, 2001, pág. 569 y ss., pág. 571). En efecto, el derecho del paciente a tener una esfera privada en lo relativo a su condición psíquica y física puede considerarse como un derecho personal y por lo tanto digno de protección como bien en sí mismo. Pero también es frecuente la argumentación de la necesidad de mantener intangible el secreto médico en los casos individuales como manera de proteger el bien común –trascendente al derecho individual– de una correcta administración de tratamientos médicos, y con ello, por supuesto, asegurar el bien de la salud pública. El razonamiento, explicado de otra manera, consiste en lo siguiente. Mediante el aseguramiento a cada paciente en concreto de que se conservará su secreto médico, se consigue el bien general consistente no ya (solamente) en la protección del secreto de ese paciente que fue celosamente guardado, sino que se promueve la confianza general de que habrá confidencialidad. De esa manera, al fortalecerse ese sentimiento, se maximiza la frecuencia de la recurrencia de los pacientes al tratamiento médico, que se vería disminuida, por el contrario, si no fuera esperable que los datos íntimos serán mantenidos con carácter privado. Por lo tanto, se promueve la salud pública.

"Ambas argumentaciones pueden verse entre muchos otros lugares en el fallo del Tribunal Constitucional Alemán del 8 de marzo de 1972 (BverfGE 32, 373). Respecto de la fundamentación a través de la idea del secreto como un derecho personal, esa corte sostuvo la raigambre constitucional del derecho a la privacidad con un argumento fácilmente trasladable a cualquier país con una constitución liberal protectora de los derechos fundamentales. En efecto, el derecho a una esfera de intimidad se relaciona con el derecho humano básico al libre desarrollo de la personalidad y la intangibilidad de la dignidad humana, que debe permanecer protegida respecto de intromisiones estatales (BverfGE 32, 373, pág. 379 y s.). El Tribunal también sostuvo, por otra parte, el argumento utilitarista relativo a que la confianza individual en que lo conocido por el médico será mantenido en secreto promueve a nivel general el sistema de prestación de salud (fallo citado, pág. 380).

"La argumentación relativa al efecto general, promotor de la salud pública, es también explicada por Gostin (Lawrence Gostin, *Health Information Privacy*, *Cornell Law Review*, v. 80, 1995, pág. 451 y ss., pág. 511), quien sostiene que la ley que prote-

ge la confidencialidad está justificada en la necesidad de desarrollar la confianza en el médico, de tal modo que los pacientes se sientan libres de revelar los aspectos más íntimos de sus vidas; por lo tanto, según el autor, la confidencialidad está diseñada para promover el proceso terapéutico, y para fortalecer los vínculos médico-paciente como un bien social general. Daniel Shuman (*The Origins of the Physician-Patient Privilege and Profesional Secret*, Southwestern Law Journal, v. 39, 1985, pág. 661 y ss., nota 13) ubica la primera formulación del argumento utilitarista en el año 1847, en el Código de Ética de la Sociedad Médica Americana.

"Por supuesto que, como sucede en el ámbito de todo derecho, fundamentado de la manera que fuera, pueden existir otros intereses que compitan con él por la supremacía y, frente a los cuales, deba ceder, como podría ocurrir si se encontrara comprometida la integridad física o la salud en concreto de otra u otras personas cuyo resguardo dependiera de la divulgación de informes médicos confidenciales.

"También respecto a las argumentaciones utilitarias se precisó en alguna ocasión que el derecho a la intimidad debía ceder ante un interés mayor, aun cuando se admitiera que la confianza de los individuos en la confidencialidad del tratamiento se viera menoscabada. La Suprema Corte de California, en el fallo del 1º de julio de 1976, 'Vitaly Tarasoff et al. v. The Regents of the University of California et al.' sostuvo, en un caso en el que se discutía, entre otras cosas, si podía ser considerado una violación del deber de confidencialidad la comunicación de un terapeuta sobre la peligrosidad de un paciente para la vida de una persona que '[...] la política pública favorable a la protección del carácter confidencial de las comunicaciones entre el paciente y el psicoterapeuta debe ceder ante el extremo en el que la revelación es esencial para prevenir el peligro para otros. El privilegio protectorio termina allí donde comienza el peligro público'.

"Se trata en definitiva de cuestiones opinables cuya dilucidación escapa del punto a resolver, pero lo que sí lo integra y parece mucho más claro, a mi modo de ver, son los casos en los que el valor del secreto médico se contrapone solo con el interés general en la persecución penal y no a un peligro que esté en relación con los hechos del caso en concreto. Tal fue la solución adoptada en el fallo antes citado del Tribunal Constitucional Alemán, en el que se negó que se encuentre justificada la intromisión en la relación de privacidad por el solo interés en la dilucidación de hechos criminales que se imputan al paciente; ello lesionaría su derecho fundamental a que se respete su esfera privada (BverfGE 32, 373, pág. 381).

"En el derecho alemán, las excepciones al deber de guardar el secreto médico, protegido mediante el tipo penal del parágrafo 203 del Código Penal alemán (equivalente al artículo 156 del Código Penal), están reguladas de manera muy restrictiva en los parágrafos 138 y 139. Pero, en todo caso, la resolución entre el conflicto de guardar el secreto médico y el deber de denunciar se plantea –incluso desde el punto de vista del derecho positivo, recogido en las normas citadas– solo respecto de la evitación futura de delitos graves, y no respecto de la necesidad de persecución de hechos ya cometidos. La literatura corriente rechaza la idea de que el conflicto con el interés en la persecución de delitos pasados deba decidirse en contra de la subsistencia del secreto médico. Así, por ejemplo, Lenckner (Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, 1991, pág. 1484), con cita de literatura, afirma que el interés en la persecución penal no justifica la lesión del deber de confidencialidad,

salvo en casos especialmente graves, que impliquen una perturbación persistente de la paz (por ejemplo, actos de violencia terrorista), cuando existe el peligro de que el autor siga realizando hechos delictivos considerables. Sin embargo, continúa este autor, si el obligado a confidencialidad obtuvo el conocimiento del hecho porque el autor es su paciente o mandante, solo existe una autorización para revelar el secreto en casos de altísima peligrosidad para el futuro, y ello tampoco procede si el autor se dirigió al abogado (asunción de la defensa) o al médico (por ejemplo, para el tratamiento de una anomalía de los impulsos) a causa de ese hecho”.

La antes indicada contradicción jurisprudencial la encontramos en otros tribunales (por ej.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 30-04-09, causa “M. A., P.”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, 23-10-07, causa “S., A. E.”; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 15-09-05, causa “Nuñez del Prado del Carpio, Hug”o; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 07-06-06, causa “E., A. T.”, entre otras).

En consecuencia, la pregunta: ¿cuándo se está obligado a denunciar y cuándo a guardar el secreto profesional? no parece fácil de responder. Pero la reciente sentencia del Alto Tribunal en “Baldivieso”, y el admitido dictamen del procurador –que por ello nos hemos permitido transcribir extensamente–, nos permiten decir que se ha fortalecido el secreto profesional, salvo si se encontrare comprometida la integridad física o la salud de otra persona, si existiere peligro o proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar –precisamente– daños a la vida, o a la integridad física de terceros.

Otro de los problemas que se plantean es el quebrantamiento de la intimidad y confidencialidad del paciente, favorecidos por el tratamiento informatizado de los datos, o por la necesidad de su comunicación a distintos interesados participantes (v.gr.: las obras sociales exigen para pagar la factura de un asociado copia de su historia clínica).

5. Historia clínica, concepto, formas, funciones; su interpretación judicial

Si admitimos que historia es la narración verdadera de sucesos pasados y clínica significa al lado, o junto a la cama, o al lecho, la historia clínica sería la narración verdadera de todos los sucesos acaecidos al lado del paciente. Es el documento obligatorio, cronológico, foliado, completo, en el que debe constar toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

Su contenido puede confeccionarse en soporte magnético, arbitrando todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de sus datos; debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos, o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad. La documentación respaldatoria deberá conservarse.

Los establecimientos asistenciales, públicos o privados, y los profesionales de la salud –en su calidad de titulares de consultorios privados– tienen a su cargo la guarda y custodia de la historia clínica como depositarios, debiendo instrumentar los

medios y recursos necesarios para evitar el acceso a la información que se contiene en ella por personas no autorizadas.

Esta obligación rige durante el plazo mínimo de diez años (hay otros plazos en distintas jurisdicciones, por ejemplo la ley española dispone cinco años) que se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica. Así lo establece la reciente ley nacional argentina coincidiendo con el término de prescripción liberatoria de responsabilidad contractual de diez años; se ha perdido con ello la ocasión de su reducción –reclamada por la doctrina mayoritaria– en materia de responsabilidad médica; debe, además, tenerse presente que la prescripción se suspende y se interrumpe por diversas causales.

La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial –público o privado– y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá serle comunicada.

El paciente es el titular de la historia clínica (sin perjuicio de los derechos e intereses jurídicamente protegidos, del médico, de las instituciones sanitarias e –incluso– los públicos); a su requerimiento debe suministrársele copia autenticada por autoridad competente de la institución asistencial; la entrega debe hacerse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia. Se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) el paciente y su representante legal; b) el cónyuge, o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, y los herederos forzosos, en su caso; c) los médicos y otros profesionales del arte de curar, contando con expresa autorización del paciente, o de su representante legal.

A estos fines el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo las mismas formalidades y garantías que las debidas al original.

Ante la negativa a la entrega, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, el legitimado dispone de la acción directa de “habeas data”, por el proceso que resulte más apto, rápido y exento de gastos de justicia.

Las leyes consideran falta grave los incumplimientos a dichas obligaciones.

El inciso 2, del artículo 14, de la ley española establece que cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

La historia clínica debe contener (leyes citadas –especialmente art. 15, ley 26.529–, Códigos de Ética como el de la Asociación Médica Argentina –AMA, 2001–):

- a) fecha de inicio de su confección, con la autorización de ingreso en su caso, y el informe clínico de alta;
- b) datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
- c) datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- d) registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;

- e) antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;
- f) todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas; estos asientos deben ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud; en las cirugías debe incluirse el parte quirúrgico completo, con mención de la hora de comienzo y finalización, anestias con parte anestésico completo y la evaluación realizada por el anestesiólogo, estableciendo una relación con el paciente y el estudio de su historia clínica, análisis, radiografías, etc.;
- g) todas las hojas deben estar foliadas y constar en cada una el nombre del paciente;
- h) las anotaciones deben ser legibles e inteligibles, firmadas y selladas por el profesional que efectuó la práctica;
- i) todos los datos deben ser volcados diariamente, sin dejar espacios en blanco; no debe tener tachaduras, sobreescritos, utilización de *liquid paper*, interlineados; cualquier modificación debe ser salvada por quien efectuó la corrección;
- j) se dejarán constancias de las explicaciones dadas al paciente respecto a diagnosis y prognosis, así como la reacción del paciente al tratamiento.

Forman parte de la historia clínica los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve resumen del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

Los médicos no escribían las historias clínicas, tenían una resistencia natural para hacerlo. En la actualidad la ley lo impone y sus falencias pueden ser –y en muchos casos efectivamente lo son– tomadas como presunción en contra del ente o del médico, mientras que si son llevadas correctamente, sin omisiones ni falsedades, y se corresponden con la restante documentación, su contenido hace fe y debe tenerse por cierto.

Ha resuelto así la jurisprudencia que las anotaciones en la historia clínica son tareas de índole profesional de fundamental importancia, que deben ser efectuadas con rigor, precisión y minucia, porque de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente y es lo que permite evitar que se cometa “iatrogenia”, dado que el paciente es visitado por diversos profesionales, que adecuan su tarea a la evolución de que da cuenta dicha historia clínica y determinan la administración de medicamentos o tratamientos según sus registros.

Recuerda Roberto Vázquez Ferreyra: “Con respecto a la importancia de la historia clínica en el marco de la relación médico-paciente, y con especial referencia al consentimiento informado, Highton y Wierzba relatan que en Canadá se consideran de mucha utilidad las anotaciones efectuadas por el médico en dicho documento:

‘Las Cortes suelen atribuir gran importancia a estas anotaciones, especialmente cuando las mismas son progresivas y resulta claro que fueron efectuadas contemporáneamente respecto de los hechos que registran. Asimismo, se les da mucho crédito cuando identifican cuestiones o aspectos especiales expresados por el paciente. Estas anotaciones no necesitan ser voluminosas ni ocuparle mucho tiempo al profesional: Si en la historia clínica del hospital o consultorio se recogen elementos relevantes de la conversación con el paciente, ello puede ser mucho más creíble que cualquier otra prueba aportada por las partes involucradas en el juicio’.”¹⁶

El mismo autor¹⁷ destaca la importancia de la historia clínica para el o los médicos que en ella participan, para sus colegas, el paciente y el juez; dice que ha sido detallada con acierto por el médico, doctor Enrique de la Vega,¹⁸ y transcribe: “[...] la confección misma de la historia clínica es muy importante, pues hay que tener en cuenta que otras personas que acceden a este documento no son médicos, más aún quien finalmente dictaminará, en una controversia o investigación penal, es precisamente una persona no médica, por lo tanto es necesario que tengamos presente la posibilidad real del impacto subjetivo que causará a dichas personas, quienes aún inconscientemente harán un primer juzgamiento a priori de la posible personalidad de quienes hayan intervenido en su confección, sin que eso signifique que sean grafólogos eruditos, cuando se observa cualquier manuscrito sucede así, no sólo por las formas gráficas sino por el tipo de redacción, la sintaxis, etc., se forma ineludiblemente una personalidad del autor sea finalmente cierta o no, pero que contribuye a inclinar la balanza en uno u otro sentido [...] qué importante es tomar en cuenta respecto de la enfermedad actual el recuento minucioso y detallado de todo lo que surge de ello [...] cuántas veces no pocos profesionales se lamentaron omitir ciertos detalles que en su oportunidad minimizaron o no les dieron la importancia necesaria. Ejemplificando, no es lo mismo una enfermedad que comenzó el mismo día de la confección de la historia clínica que otra que comenzara treinta días antes, como ocurre en los casos de síndrome febril prolongado, por ejemplo, donde seguramente ya hayan intervenido otros profesionales, a los que también les correspondería ser partícipes de lo que se llama responsabilidad médica [...]. No está demás referirse al párrafo antecedente y señalar todos y cada uno de ellos, ya sean personales, hereditarios o patológicos. Hay que recordar siempre que: lo que no se anota se da por obvio (es peor ya que constituye una omisión). [...] En cuanto al examen semiológico, cuanto más experto se hace uno, más valora lo que nuestros profesores en su oportunidad nos imponían: el minucioso, ordenado y detallado paso (transcripción) del prolijo examen anotando aun los valores o parámetros que se encuentran dentro de límites fisiológicos normales. Siempre ejemplificando: si se trata de un paciente cuya enfermedad de base es la hipertensión arterial, aunque en el momento del examen esté normotenso y no se anote esta circunstancia y el

¹⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La insuficiencia de algunos defectos de la historia clínica como para tener acreditada la relación causal en la responsabilidad civil médica - Comentario Breve”, Buenos Aires, *El Derecho*, 181-164.

¹⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica – Actitud a asumir por parte de un médico demandado por mala praxis”, Buenos Aires, *La Ley*, 1998-C-34.

¹⁸ DE LA VEGA, Enrique, “La historia clínica: el ABC del acto médico”, Rosario, N° 45, mayo de 1993.

óbito (circunstancia posterior) sea consecuencia de un ACV, seguramente el juez inferirá que hubo omisión en el mejor de los casos (...) Imaginemos que si de anotar lo menos posible se tratara, sería mejor no confeccionar historia clínica. Con ello erróneamente estamos siguiendo el consejo de legos que sostienen que escribir menos es sinónimo de errar menos sin que ello signifique extralimitarse en divagar que ello sí puede entrañar en aumentar el riesgo del tema en cuestión [...]. Es casi condición sine qua non hacer mayor énfasis en el aparato o sistema que se encuentre en estrecha relación con el diagnóstico presuntivo, con el auxilio indispensable del especialista correspondiente, no sin antes marcar puntualmente los síntomas y signos positivos que merecieron consideración para su llamado a interconsulta, además debe consignarse en la historia clínica, el pedido éste y la vía de su notificación a quien correspondiere (aunque lleve el hecho de perder treinta segundos más, que finalmente será una segura ganancia)”.

6. Consentimiento informado, concepto, formas, funciones; su interpretación judicial

El consentimiento informado es la declaración de voluntad consciente efectuada por el paciente, en pleno uso de sus facultades, o por sus representantes legales –en su caso– emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, las molestias y los efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

La ley argentina 26.529/2009, que así lo define en su artículo 5°, dispone que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere con carácter general el previo consentimiento informado del paciente, que podrá ser verbal, pero con excepciones en que deberá ser escrito y debidamente suscripto: a) internación; b) intervención quirúrgica; c) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) procedimientos que implican riesgos y su revocación (leyes anteriores ya lo establecían como la de Ejercicio de la Medicina -17.132-, la de Trasplante de Órganos -24.193- y otras normas locales; también los Códigos de Ética de la Asociación Médica Argentina, o de la Confederación Médica de la República Argentina).

Por su parte, el artículo 7° de la ley 26.657 de Salud Mental otorga en su inciso j) el derecho del paciente a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención que, en el caso de no ser comprendidas por el paciente, se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales; agrega el artículo 10 que, por principio, rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la ley. Y se precisa que las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías

adecuadas para su comprensión, estableciéndose en el artículo 16-c la necesidad del consentimiento para disponer la internación. Se ha considerado a esta ley como un primer paso en cumplimiento de la ley 26.378 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;¹⁹ también se ha expresado perplejidad por la insuficiencia con la que ha tratado la capacidad jurídica de los enfermos mentales, recordándose que la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre las Personas con Discapacidad mandaba una revisión integral de la legislación referida al ejercicio de la capacidad pero, sin embargo, la ley ha introducido una reforma insuficiente y confusa.²⁰

Otro caso especial del consentimiento lo encontramos en Argentina en la ley 26.130.²¹

Para la exposición con fines académicos se requiere el consentimiento del paciente –o de sus representantes legales– y del profesional de la salud interviniente, con carácter previo a su realización.

El profesional de la salud quedará eximido de solicitar el consentimiento informado en los siguientes casos: a) cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

La decisión del paciente –o de su representante legal– puede ser revocada, debiendo el profesional actuante acatar la decisión y dejar expresa constancia en la historia clínica, adoptando para el caso las formalidades correspondientes para acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que fue llevada a cabo en conocimiento de los riesgos previsibles que implica.

La ley agrega que en los casos en que el paciente, o su representante legal, revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante solo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.

Reconocen expresamente el artículo 5° del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el día 1° de enero de 2000, y el artículo 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01, que el paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente. La Carta Europea regula el consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona, después de reconocer a “toda persona el derecho a su integridad física y psíquica”, al disponer que “en el marco de la medicina y la biología se res-

¹⁹ MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., “Primera aproximación al impacto de la nueva Ley Nacional de Salud Mental en materia de capacidad civil”, Buenos Aires, *La Ley*, sup. actualidad del 7-12-10.

²⁰ LAFERRIERE, Jorge N. y MUÑOZ, Carlos, “La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad”, Buenos Aires, *El Derecho*, sup. del 22-02-11.

²¹ BOSTIANCIC, María Carla, “El consentimiento informado en la ley 26.130 de contracepción quirúrgica”, Buenos Aires, *La Ley*, 2008-F-792.

petarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”.

En un estudio español sobre el conocido caso “Leganés”²² se concluye que es indiscutible que los hechos de tal caso hayan sacudido a la opinión pública y provocado graves perjuicios entre el colectivo de médicos y de pacientes, sin haberse obtenido beneficio alguno de la crisis pues la confianza mutua necesaria entre unos y otros se ha deteriorado.

La información clara y precisa que debe darse al paciente también debe ser adecuada a eventuales consecuencias económicas del tratamiento. López Mesa²³ anota un fallo del Consejo de Estado francés –arrêt “Mme Biancale”– que resolvió que pesa sobre los establecimientos de salud la obligación de esta información al paciente por la aplicación de determinado método terapéutico o tratamiento, en especial cuando se trata de tratamientos específicos. En el caso el hospital no informó a la paciente sobre los costos de una larga internación y tratamiento de rehabilitación y, al cabo de cuatro años, pretendió cobrarle más de doscientos setenta mil francos por tales conceptos. El Consejo de Estado lo impidió al considerar que la falta de información sobre tal aspecto constituía una barrera para la pretensión.

Vázquez Ferreyra²⁴ relata que, entre los días 6 y 10 de agosto de 2000, asistió en Helsinki, Finlandia, al XIII Congreso Mundial sobre Derecho Médico y destacó que uno de los temas que más preocupaba a los asistentes, de todos los países, era el del consentimiento informado.

Ricardo De Ángel Yagüez²⁵ nos dice que el consentimiento informado ha sido considerado como un derecho humano fundamental por la jurisprudencia española. Así, por ejemplo, la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo Español, de fecha 12 de enero de 2001, expuso que el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

Por cierto es nulo el consentimiento prestado por el paciente para actos reprobados por la ley (por ej., aborto, intervenciones quirúrgicas, prácticas o tratamientos que la ley no permite) y no releva de responsabilidades (civiles o penales) al médico que lo recibió y realizó la práctica reprobada. El inciso 3, del artículo 11, de la ley española especialmente dispone que no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestar-

²² SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, *El consentimiento informado en sedaciones*, www.indret.com.

²³ LÓPEZ MESA, Marcelo, “Sanatorios, hospitales y responsabilidad civil (¿Qué factores de atribución de responsabilidad civil se aplican a sanatorios y hospitales?)”, Buenos Aires, *sup. Derecho de Daños de Eldial.com*, marzo 2010.

²⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “La indemnización correspondiente por la no obtención del consentimiento informado en la praxis médica”, Buenos Aires, *El Derecho*, 197-709.

²⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricargo, “Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado”, en Julio César Galán Cortés, prólogo, Madrid, España, Civitas, 2001.

las. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

Los tratamientos compulsivos solo pueden realizarse en algunos casos: a) pacientes que han intentado su suicidio, o con conductas suicidas; b) vacunaciones obligatorias (ver *supra* SCJBA, nota 10); c) atención de enfermos venéreos remisos; d) revisiones médicas preocupacionales, militares, estudiantiles, análisis de ADN en juicios de filiación.

El consentimiento informado no debe ser confundido con el consentimiento como elemento en la formación de un contrato, sino que se vincula con la legitimación para disponer de derechos personalísimos.

Casos particulares son los de pacientes críticos o terminales, que padecen un estado de inconsciencia permanente (v.gr. lesiones cerebrales irreversibles, estado vegetativo persistente), cuyas expectativas de mejoría son remotas; la decisión sobre el tratamiento en la familia, o representantes, puede generar severos conflictos de orden ético o psicológicos. Debe tenerse presente la consulta previa con algún comité de bioética hospitalario, para que con el dictamen, los responsables cuenten con mayores elementos para efectuar la elección.

Otro supuesto es el denominado “privilegio terapéutico”, es decir, la omisión deliberada de información por el médico; su formulación legal varía según cada legislación (por ej.: mientras la ley española consagra este derecho del médico, no lo hace la argentina), permitiendo –algunas– ocultar información siempre que pueda producir efecto antiterapéutico; otras solo autorizan al médico a retenerla si lo contrario puede tener consecuencias graves para la salud del paciente, o se admite si el médico tiene importantes razones para creer que la revelación puede motivar que el paciente carezca de competencia para aceptar o rechazar un tratamiento. El dilema no admite una solución uniforme y, en cada caso, deberá evaluarse la conveniencia de decir o no “toda la verdad” al enfermo, en función de sus características y del estado psicológico por el que atraviese. El principio es que el paciente debe estar informado para prestar un consentimiento válido.

En algunas historias clínicas pueden leerse referencias a “paciente fugado”; la expresión –en general– es errónea; simplemente quien se retira –por su voluntad– de un establecimiento sanitario lo hace porque ha decidido no someterse al tratamiento propuesto y actúa en ejercicio de sus derechos, aunque resulte en su propio perjuicio. El establecimiento debe dejar constancia en la historia clínica, de ser posible documentada, o con testigos, de que el paciente ha abandonado el tratamiento por su voluntad. Diferente sería el caso en que el paciente abandona el ente y el tratamiento porque éste no es adecuado a su patología y lo hace para salvar su integridad.

En doctrina y jurisprudencia se discute sobre las consecuencias para el profesional por la falta de obtención del consentimiento informado. Se ha afirmado que, en el peor de los casos, puede implicar una afrenta al derecho personalísimo de autodeterminación del paciente –y generar el derecho al cobro de una indemnización por la lesión a ese derecho– pero no –bajo riesgo de echar por tierra todo lo referente a la autoría y relación de causalidad– no se pueden invertir los riesgos de la atención médica; el hecho de que no se haya obtenido el consentimiento informado del paciente no es justificativo válido como para responsabilizar a los profesionales por los riesgos propios de la salud y enfermedad del paciente. No existe fundamento jurídico

alguno para trasladar los riesgos de un acto médico del paciente al profesional, por el solo hecho de que éste no haya obtenido el consentimiento informado del primero.

En cuanto al hallazgo médico, que se presenta cuando –en el curso de una intervención quirúrgica– el cirujano encuentra que el paciente tiene otra dolencia que requiere su intervención, y no era conocida, ha merecido soluciones casuísticas, teniendo presente el criterio de beneficencia –según el cual el médico debe hacer todo lo que esté a su alcance para sanar al paciente– sumado al respeto por la autonomía de éste y a la urgencia de la nueva intervención.

La jurisprudencia francesa considera que cuando en el curso de una intervención quirúrgica consentida, aparecen circunstancias nuevas que hacen ineludible y urgente una actitud terapéutica distinta, que no permiten diferirla para una fase posterior, el médico está legitimado y obligado, en el interés del paciente, a continuar y variar en su caso el tratamiento inicialmente previsto, lo que en esta situación resulta vital y, por ende, urgente e inaplazable.

7. La responsabilidad de médicos y órganos sanitarios

Para que una persona, un médico por ejemplo, sea condenada al pago de una indemnización por daños y perjuicios reclamados por otra, un paciente en el ejemplo, es necesario que estén presentes, salvo excepciones, los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: daño, relación causal, antijuridicidad y factor de atribución; y que dichos elementos estén probados en una causa judicial.

He enumerado en primer lugar el daño, aunque sea el último en la cronología de un hecho que puede originar responsabilidad, porque es –en realidad– el primer elemento de la responsabilidad civil, ya que sin perjuicio no hay, ni puede haber, responsabilidad civil, por ausencia de interés, que es el fundamento de todas las acciones. Así lo dispone el artículo 1067 del Código Civil argentino: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código (a los efectos de la responsabilidad civil), si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar”.

Para que deba responderse por un daño, es necesario que ese daño haya sido causado, por acción u omisión, por su autor. La medida del resarcimiento resultará de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder.

Antijuridicidad e ilicitud son sinónimos; es ilícito todo acto contrario al ordenamiento jurídico. Se trata del proceder que infringe un deber jurídico, preestablecido en norma o regla de derecho, y que causa daño a otro, obligando a su reparación a quien resulte responsable, en virtud de una imputación o atribución legal del perjuicio.

Los factores de atribución de la responsabilidad pueden ser subjetivos, fundados en la idea de la culpa, u objetivos. El factor atributivo es subjetivo, o imputativo, en la responsabilidad por el hecho propio, consistiendo precisamente en la imputabilidad por culpa o dolo del agente del daño. En tanto que en otros supuestos, como el riesgo creado, los factores atributivos de responsabilidad son objetivos. Los factores de atribución son los que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por otro, se traslade económicamente a otro.

La responsabilidad civil de los médicos, como de los establecimientos asistenciales, es un capítulo de la responsabilidad civil que –aunque posea sus caracterís-

ticas propias— no justifica un régimen especial, más allá de elementos como la naturaleza de las obligaciones asumidas por los profesionales del arte de curar (es, en general, contractual, de medios y no de resultado, en razón de que no se compromete un resultado exitoso, sino tan solo el aporte de la ciencia y experiencia profesional en la consecución de ese resultado), la prueba de la culpa médica, la naturaleza contractual o extracontractual de esta responsabilidad, etc.

El jurista francés René Demogue²⁶ (sin perjuicio de Domat, el posterior estudio por los hermanos Mazeaud, y otros) fue quien desarrolló en doctrina, y ejemplificó clásicamente, las obligaciones de medios con el supuesto del médico que contrata la atención del paciente y que puede comprometer frente a éste, o su familia, la utilización de su ciencia, técnica y competencia profesional, además de los cuidados correlativos, pero no puede hacer lo propio con el resultado de salvarle la vida, ni el de terminar con la enfermedad que padece; también debemos considerar que la ley (en Argentina, ley 17.132, art. 20, incs. 1° y 2°) y la ética impiden al médico comprometer un resultado por su intervención profesional.

El criterio mayoritariamente aceptado es que la culpa médica, aun en sus aspectos estrictamente científicos, es la culpa común o corriente que resulta de los artículos 512, 902, 909 y concordantes del Código Civil de Argentina (en similar sentido España y Francia, entre otros); los profesionales no responden por cualquier falta o error, sino solo cuando cometen un error científico, objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Deben respetar los postulados de la *lex artis ad hoc*, es decir de conformidad a los conocimientos médicos existentes y aplicables al caso concreto.

En doctrina y jurisprudencia, que dista de ser unánime, se ha sostenido que la conducta de los profesionales debe ser juzgada con gran circunspección para ponerlos a cubierto de la proliferación de posibles demandas temerarias; también se ha admitido, con excepciones, las obligaciones como de medios, con imputación subjetiva, reconociendo supuestos de actos médicos considerados —en algunos casos— como obligaciones de resultados (por ej.: cirugías plásticas —comprensivas de la reparadora y estética—, las menores o simples, el caso de los anatomopatólogos y biólogos, en relación con los análisis de laboratorio).

Pero tampoco es unánime el criterio al respecto y sostienen —tanto la doctrina como la jurisprudencia— que aun en las cirugías de puro embellecimiento existe un *álea* de la que resulta la posibilidad de no lograrse el resultado esperado, no obstante que el médico haya empleado en la intervención la mayor de las diligencias; la ciencia médica no proporciona un conocimiento total de las leyes naturales del organismo, por lo que no es un dato menor la magnitud de lo desconocido y la singularidad de cada paciente que arroja un cierto grado de incertidumbre sobre los resultados finales de la intervención que realiza el facultativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina²⁷ ha decidido que en los juicios en los que se debate la responsabilidad médica la prueba debe versar no solo sobre el resultado negativo del tratamiento, o de la intervención quirúrgica, sino

²⁶ DENOGUE, René, *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

²⁷ “Barral de Keller Sarmiento, Graciela Higinia c/ Guevara, Juan Antonio y otros”, del 28-09-04, Buenos Aires, *Fallos* T. 327, *La Ley* 2005-A-712, dictamen del procurador y los allí citados.

también sobre los actos u omisiones del profesional que demuestran una actividad negligente, imprudente o falta de pericia necesaria, pues aquélla no queda comprometida, si la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente.

Mientras que el médico responde por su culpa o dolo, los centros asistenciales responden, además de hacerlo como principal por faltas cometidas por su personal, por deficiencias del servicio, por incumplimiento de su obligación contractual de proveer adecuadamente servicios sanitarios, como morosidad –o premura– en la realización oportuna de actos médicos, uso de instrumental médico, falta de higiene o asepsia, siendo responsables por infecciones hospitalarias, aunque no todas comprometan la responsabilidad del sanatorio.

El Tribunal Supremo de España ha deslindado conceptualmente las dos áreas de actuación del médico, decidiendo que las prácticas de medicina curativa constituyen contratos de locación de servicios –típicas obligaciones de medios–, mientras que las de medicina voluntaria deben encasillarse dentro de las locaciones de obra, que arquetípicamente son vistas como obligaciones de resultado. Distinto es el supuesto de la medicina experimental pues, en general, al médico le está vedada la realización de experimentaciones médicas peligrosas sobre un ser humano, pudiendo distinguirse, como lo hace el Código francés de la salud, entre aquellas que buscan una finalidad terapéutica directa, de aquellas en que ello no ocurre.

De algunos fallos resulta que el obrar negligente de los profesionales médicos impidió al paciente tener mayor posibilidad de curación, o probabilidad de salvar su vida. No obstante ello, al establecerse la cuantía indemnizatoria, no se tiene en cuenta que se está tan solo ante la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional médico hubiera sido el autor directo del perjuicio final –muerte o enfermedad–. Algo así como que el médico “puso la enfermedad” en el paciente o es el causante de la enfermedad. Este razonamiento, por cierto equivocado, se advierte en muchas demandas por responsabilidad civil médica. En estos casos de pérdida de una chance no se puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente, pues en gran parte obedece a un proceso natural. El daño cierto y actual que efectivamente debe ser reparado no es otro que la pérdida efectiva de la chance de supervivencia o curación, analizando las circunstancias concretas de cada caso, de acuerdo a la incidencia causal del incumplimiento médico.

8. El aseguramiento

La responsabilidad civil de médicos e instituciones constituye para ellos un pasivo que puede haber sido asegurado trasladando el riesgo a una aseguradora, que lo puede asumir –mediante el pago de una prima– total o parcialmente (v.gr.: limitación en el monto máximo de la cobertura, con una franquicia o deducible a cargo del asegurado, con una cobertura parcial por costas, etc.). Paradójico resulta este seguro de responsabilidad civil que, en la acertada expresión de Nicolás Barbato,²⁸ nació

²⁸ BARBATO, Nicolás, *Culpa grave y dolo en el Derecho de Seguros*, Buenos Aires, Hammurabi, 1988.

prohibido y hoy es obligatorio (en innumerables jurisdicciones y en muchísimas de sus coberturas).

Hay un hecho generador de la responsabilidad (la intervención en el oblito quirúrgico, por ejemplo) y hay un momento posterior en el que el intervenido reclama la reparación de sus daños.

Estos dos momentos originan dos tipos de cobertura posibles; el segundo es el que ha originado problemas en Argentina. Recordemos que según las cláusulas *claims made* –a ellas nos referimos– el asegurado será mantenido indemne en los términos del contrato de seguro cuando se den dos condiciones: una es que el siniestro haya ocurrido durante el plazo de vigencia de la cobertura contratada (como la cobertura en base ocurrencias), y la otra es que el reclamo se haya producido también durante dicho período.

Desde que comenzaron a comercializarse las pólizas con dicha modalidad contractual, la doctrina jurídica se ocupó de la cuestión. Se ha sostenido que la cláusula *claims made* infringe el artículo 42 de la Constitución Nacional y las normas imperativas (v.gr. arts. 109 y 158) de la ley 17.418 de seguros; ello –se dice– porque la relación entre el médico y el asegurador es una relación de consumo y los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de sus intereses económicos.

La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado contradictoriamente, como los proyectos de reforma de la ley 17.418; pero estimo que los contratos de seguro de responsabilidad civil en base a cláusulas *claims made* han sido admitidos por el mercado. Coincidió así con Bulló,²⁹ Castro Sammartino y Schiavo³⁰ y López Saavedra,³¹ entre otros, estando persuadido de que dichas cláusulas, que se utilizan actualmente en nuestro mercado, no solo no son abusivas –ya que, por el contrario, permiten el aseguramiento de determinados riesgos de responsabilidad civil que de otra forma no lo serían–, sino que tampoco contrarían normas inmodificables, o modificables a favor del asegurado, de la ley de seguros.

En reciente Resolución (N° 35.467 del 30-11-10), de aplicación para todo contrato que se emita o renueve a partir del 1° de enero de 2011, la Superintendencia de Seguros de la Nación ha establecido que en los seguros individuales o colectivos de responsabilidad civil profesional médica la cobertura mínima deberá contemplar una suma asegurada no inferior a ciento veinte mil pesos (\$ 120.000) por año, evento y profesional cubierto, con una franquicia máxima equivalente al cinco por ciento (5%) de la suma asegurada, pudiendo –en forma individual o colectiva– contratarse libremente seguros de responsabilidad profesional médica que contemplen condiciones de cobertura superiores, en la medida en que las respectivas condiciones técnicas y contractuales se encuentren autorizadas previamente por la misma Superintendencia.

²⁹ BULLÓ, Emilio, *El derecho de seguros y de otros negocios vinculados*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.

³⁰ CASTRO SAMMARTINO, Mario E. y SCHIAVO, Carlos A., *Leyes de seguro y productores de seguro (17418 y 22400) comentario y jurisprudencia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

³¹ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., “Seguros de responsabilidad civil y la cobertura *claims made* y Algo más sobre los seguros de responsabilidad civil bajo condiciones *claims made*”, Buenos Aires, *La Ley*, 1994-D-1037 y 1999-B-991, respectivamente.