

Excmo. Sr. Presidente de la Real Academia de Medicina y Cirugía de la Región de Murcia,

D Manuel Segovia Hernández Excmo Secretario D.Manuel Sánchez Solís de Querol
Excmos. E Ilmos Sres. académicos

Excmos. E Ilmas. autoridades,

Sras. y Sres.

Me embarga una profunda emoción y satisfacción estar ante tan distinguido auditorio para dar lectura a mi discurso de ingreso después de haber sido designado como académico correspondiente extranjero e integrarme a esta Muy Ilustre Institución.

Muchas gracias por recibirme. Es un gran honor para mi. Agradezco la generosidad con que me distinguen y reciben.

Mi agradecimiento al Excmo Sr. Presidente y a todos los miembros, y especialmente de manera particular a quienes confiaron en mí como posible *miembro correspondiente extranjero*. D. Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz, D. Aurelio Luna Maldonado y también a Da. Maria Trinidad Herrero Ezquerro. Mi respeto y admiración son profundos y ya de larga data. Gran honor me hacen los presentes y también los que enviaran saludos y disculpas por no poder estar. Sirva estas breves pero muy sentidas palabras para recordar a quienes me han permitido alcanzar este día y de alguna manera que sean partícipes de esta celebración.

Estoy preocupado por lo difícil o imposible que me resulta decirles algo que pueda estar a la altura de ustedes y de esta distinguida Institución.

**Intimidad, privacidad, confidencialidad, protección de datos,
secreto médico y derecho a la imagen.**

(desde bioética y legislación uruguaya)

r

Introducción

Comenzamos con nociones de Intimidad, para luego acercarnos a los alcances de la confidencialidad médica en la relación asistencial. Se ha dicho con razón, que la violación de la confidencialidad es la más frecuente de las faltas éticas en la práctica médica. No por frecuente deja de ser importante.

Intimidad, concepto

La intimidad se refiere al ámbito interior de la persona. Donde solo Uno es dueño. Traza una línea fronteriza entre lo más privado o íntimo y lo público, entre lo oculto y lo externo. Se relaciona con la autonomía, la dignidad y lo propio, lo más privado de lo privado.

Contenido de la intimidad

Asegurando el Derecho a lo íntimo se resguarda ese mundo interior donde tenemos todo aquello que nos hace sentir autónomos, únicos, individuales y diferentes. La intimidad debe permanecer vedada a terceros, salvo que la propia persona quiera revelarla o abrirla. Esta situación de apertura de la intimidad, en forma al menos relativa, se da en la relación asistencial y hace posible la relación clínica. La conciencia de ello nos obliga al secreto profesional.

El Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente al conocimiento y la acción de terceros, sean entes públicos o particulares. Es un derecho ligado al respeto a la dignidad de la persona, a su respeto como tal.

Su importancia y consideración actual es creciente.

Toda persona tiene derecho a mantener apartados o separados del conocimiento de los demás determinados hechos o actuaciones que constituyen lo que denominamos la vida íntima, que es privada, y probablemente lo más importante de lo que él mismo considera más privado. Su nombre, dirección, edad, teléfono, etc. son parte de lo privado, pero lo íntimo es más profundo, son sentimientos, pensamientos y concepciones que no quisiera ventilar nunca, o solo en ocasiones especiales y a personas específicas, ciertamente a los profesionales de la salud.

Se utiliza también la expresión "derecho a la privacidad", que parece una traducción literal de la locución inglesa "the right of privacy" por cuyo motivo algunos autores consideran equivalentes intimidad y privacidad. Otros, sin embargo, creen que la privacidad refiere sólo a los datos de una persona, y que separadamente no tienen mayor trascendencia, pero, reunidos con otros, permiten conocer sus cualidades y otros aspectos de su vida. En definitiva es la misma persona individual quien determina los datos y los hechos que deben permanecer cerrados al conocimiento de los demás. Es la Intimidad un Derecho personalísimo, que permite determinar por sí, cuando, como, y con qué extensión puedo comunicar o permito mostrar a terceros datos personales privados e íntimos.

Confidencialidad

Pero la asistencia médica no se puede realizar sin conocer datos, hechos y actuaciones de la persona y sin explorar partes de su cuerpo que el paciente no expone a la vista de los demás, por cuyo motivo el paciente debe abrir la puerta de su intimidad, y en ocasiones, hasta el ámbito más reducido de sus secretos, para hacer posible la actuación médica. Se produce así una situación de confidencialidad necesaria o forzosa sobre datos de la vida íntima de la persona enferma, por lo que debe garantizarse la reserva, el secreto médico.

La intimidad, a pesar de la intromisión de médicos y de otros profesionales del equipo asistencial, debe quedar incólume. El derecho a la intimidad personal, en el ámbito de la relación asistencial, debe respetarse en cualquier caso. De esta forma, la confidencialidad (que

expresa la idea de tener fe o seguridad en otra persona) se configura como una forma de actuar para proteger el derecho a la intimidad del otro. Por ejemplo, ya la ley de sanidad española 41/02 le da relieve, rotulando el cap. III "Protección del derecho a la intimidad", lo que regula en el art.7, estableciendo que "toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud" y mandando a los centros sanitarios que establezcan las normas y protocolos que sean necesarios para garantizar el respeto de la confidencialidad de los datos sanitarios, y garantizar el acceso de los pacientes a los mismos. (Josep CORBELLÀ I DUCH).

La aplicación de técnicas informáticas en el tratamiento de los datos sanitarios, por su carácter de datos especialmente sensibles, obliga a establecer una serie de controles y de cautelas a fin de respetar el derecho a la intimidad personal, en la faceta que se denomina intimidad informática. El deber de guardar la confidencialidad de los datos de los pacientes y usuarios en general obliga a todos los trabajadores de la salud, sin distinción de categorías profesionales, ni de puestos de trabajo. Y las empresas están obligadas a establecer los mecanismos y controles para velar por el respeto real y efectivo de la confidencialidad, aplicando todos los recursos que facilita el ordenamiento jurídico desde la implantación de reglamentos y protocolos de actuación, hasta la aplicación de normas disciplinarias, que pueden llegar hasta la sanción penal por violación de secreto profesional.

Para YZQUIERDO TOLSADA el secreto médico es una obligación accesoria del servicio profesional, impuesto para la protección de los intereses del paciente. Establecido que el paciente es el titular de la información, y que sólo podrá facilitarse a la persona que él mismo señale, se está protegiendo la intimidad de los datos personales, y se permite que el paciente, como titular de los mismos, pueda disponer lo que estime conveniente sobre su difusión o comunicación. Los aspectos relacionados con la regulación de la historia clínica, desde la determinación de su contenido, conservación, propiedad, uso y acceso, inciden directamente en la protección del derecho a la intimidad del paciente.

Todo lo relacionado con la historia clínica debe inscribirse dentro del derecho fundamental a la intimidad, la comunicación de los datos en ella contenidos y las peticiones de acceso a la misma deberán tener siempre autorización expresa del titular de los datos y propietario de la historia, el paciente. La utilización de historias clínicas con finalidades epidemiológicas, de investigación o de organización de los servicios de salud debe realizarse, disociando los datos, de tal manera que no sea posible identificar la identidad del paciente. Con tal disposición se contribuye eficazmente al estudio y al progreso, sin merma de la intimidad personal.

Evolución

Se evolucionó desde un sentido garantista, de negación a terceros o barreras de acceso a lo íntimo, a la privacidad, basado en la tutela de la propiedad, con herramientas jurídicas de la tutela del dominio, hacia un sentido positivo; la privacidad como un derecho individual, presupuesto y fuente de otros derechos. Y la confidencialidad como una regla de Bioética. Actualmente se supera ese enfoque de tutela de lo propio y se pone énfasis en la dignidad humana y en la protección de sus derechos fundamentales. No olvidemos que los derechos

individuales impiden se prive a las personas de ciertos bienes o derechos básicos. Que se respete su intrínseca dignidad.

Intimidad y derechos humanos

La Intimidad está presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de ONU de 1948, cuando establece: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada..." "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Pero no hay duda que el Derecho a la Intimidad está actualmente en riesgo, como se ha dicho, por la: "La irrupción de la informática en la sociedad que ha replanteado la cuestión del derecho a la intimidad en atención al riesgo que para la persona implica la estructuración de grandes bancos de datos de carácter personal, y particularmente la potencialidad del entrecruzamiento de información contenida en ellos." (Daniel Ricardo ALTMARK y Eduardo MOLINA QUIROGA).

A partir de la realidad actual aparece un nuevo derecho, el denominado derecho a "la libertad informática", una "nueva fisonomía del derecho a la intimidad". (Carlos DELPIAZZO). "La libertad informática aparece como un nuevo derecho de auto-tutela de la propia identidad informática, o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscriptos en un programa electrónico". (PÉREZ LUÑO). En ese sentido en nuestro ordenamiento jurídico (Uruguay) se destaca la ley 18331 de Protección de Datos Personales y Habeas Data. También la antigua ley 9.739 de 1937 que en sus artículos 20 y 21 que protege el Derecho a la Imagen.

Hábeas data

Es el derecho, en ejercicio de una acción constitucional o legal, que tiene cualquier persona que figura en un registro o banco de datos, de acceder a tal registro para conocer qué información existe sobre su persona, y de solicitar la corrección de esa información si le causara algún perjuicio. Derecho, como venimos de decir, reconocido legalmente por la ley uruguaya Nº 18. 331, con especial referencia a los datos personales de los pacientes o datos de la Salud. Estos datos, de la Salud, los considera la ley uruguaya 18331 como especialmente sensibles.

Vulneración del Derecho a la intimidad

Se ha referido como posibilidad de vulneración del derecho a la intimidad, facilitada por los recursos informáticos, lo que se denominó como "ciudadano de cristal o transparente", en alusión a poder conocer y alimentar un banco de datos y una red informática sobre su filiación política, pertenencia sindical, confesión religiosa, grupo de pertenencia, costumbres sexuales, apetencias personales y sociales, historia clínica, historial penal, cuentas bancarias, situación económica, viajes, etc. Podrá agregarse información genética, permitiendo el cuadro completo de los aspectos más íntimos físicos, hereditarios y hasta psicológicos (paciente transparente). Además su personalidad transparente a fines de mercado (pautas de consumo, etc.) u otras, incluso su ADN, pudiendo llegar a la "estigmatización electrónica" (Winfried HASSEMER, Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ).

Hábeas data referida a los pacientes

Los pacientes, como toda persona tienen derecho a disponer de su información. A preservar la propia identidad informática. A consentir, controlar y rectificar los datos concernientes a la propia personalidad. Derecho a ser informado y a ser protegido en la libertad de información. Derecho a la protección de datos de carácter personal. Derecho a la "autodeterminación informativa" y hábeas data.

Protección de datos personales en Medicina, secreto médico

Su protección tiene base: Deontológica, Legal y Bioética:

- Deontológica: podemos citar los códigos deontológicos, en mi país el Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay, que al mismo tiempo es también la ley uruguaya 19.286. Se establecen allí disposiciones éticas sobre el Secreto médico y la Confidencialidad en la relación asistencial.
- Legal: el delito de revelación de secreto profesional en lo penal, leyes y decretos más recientes que protegen legalmente la confidencialidad y secreto médicos (Código Penal Uruguayo arts. 302 y 163, Ley uruguaya 18.331, Ley uruguaya 18.335. Decretos: 274/10 (reglamentario de ley 18.335), 258/92 (reglas de conducta médica), 455/01 (Marco regulatorio de la actividad médica) art. 225, y 396/03 (de la historia clínica electrónica) arts. 11 a 15. La ley 18.331 de Protección de datos personales y hábeas data: estableció que el derecho a la protección de los datos personales es inherente a la persona humana (Derecho Humano) (artículo 1º) y esta protección se aplica sin considerar el soporte en que se encuentren registrados los datos (artículo 3º). (Papel, dispositivos ópticos, dispositivos electrónicos, etc.). En el Art. 11, luce específica referencia al Secreto profesional. Constante referencia al Consentimiento informado. Datos "especialmente protegidos" cap. IV: "sensibles". Art. 18: Consentimiento expreso. Art. 19: Datos "relativos a la Salud", Secreto profesional.
- Bioética: las reglas de Confidencialidad, Lealtad y Consentimiento que asimismo tutelan el secreto profesional y la historia clínica.

Importancia de la Confidencialidad en la relación asistencial

Acertadamente señaló Louis PORTES: "Es el encuentro entre una confianza y una conciencia" (PORTES, Louis: A la recherche d'une éthique médicale)..., y ... "no hay medicina sin confianza, confidencias sin confianza y confidencias sin secreto" (Patrick LOIRET: La théorie du Secret Médicale).

La Confidencialidad, como ya expresamos, es una de las reglas de la bioética. Toda vez que se establece una relación clínica, el deber de confidencialidad por parte del médico o equipo tratante, opera previamente en la medida en que se entiende como un deber nacido con anterioridad al vínculo, de manera que no es necesario agregarlo como una condición más en la relación. La relación asistencial es médica, ética y jurídica.

Secreto Médico

“La obligación moral del secreto está fundada en su interés general, y su destrucción afecta a la sociedad entera porque despoja a los profesionales de la confianza que los rodea” (RIQUELME, 1876).

Definición

Situación que involucra una manifestación de intimidad confiada, o la aprehensión de un estado íntimo, brindados o tolerados por el paciente a un médico o equipo de salud, en virtud de la relación generada. El conocimiento de cuyos extremos debe permanecer limitado a quien o quienes lo adquirieron. (Fernando BAYARDO BENGUA, modificada).

¿Cuál es la fuente de la obligación del silencio?

Algunos han sostenido la fuente en un vínculo contractual, en un depósito inviolable, necesario y sagrado. Nos sumamos a los que entienden que implica además “prevalencia del fundamento ético”. Prevalencia del fundamento ético: Confianza, Lealtad, Fidelidad, Confidencialidad. Secreto, según el Profesor Brouardel expresó enfáticamente: *“Es un deber imperioso. Si un médico se encuentra ante un criminal que viene a pedirle sus cuidados, cualquiera que sea su emoción, su indignación, debe recordar que la legislación ha querido que el hombre por indigno que sea, pueda recibir cuidados con toda seguridad, aún si el silencio deba comprometer los intereses de la justicia. El médico no debe ver en éste hombre sino un enfermo. El no puede convertirse en su denunciante. La observación del secreto médico no es facultativa, sino obligatoria”* (Prof. Dr. Paul Camille Hippolyte BROUARDEL, 13 de febrero, 1837-23 de julio de 1906, Profesor de Medicina Legal y Decano la Facultad de Medicina de la Universidad de París).

Priorizando la asistencia

Es célebre el ejemplo de DUPUYTREN: “No he visto “insurgentes”, no he visto más que heridos”. (Respondiendo a la orden oficial de denunciar “insurgentes” internados en su servicio hospitalario, 1830) (Guillaume DUPUYTREN, 1777-1835). Podríamos citar ejemplos nacionales donde se asiste a la persona sin miramientos de otra índole, sin discriminaciones, alcanza la condición de vida para poseer dignidad intrínseca, por ser persona.

Denuncia de hechos delictivos conocidos profesionalmente

En lo legal se entiende que la obligación a denunciar delitos es relativa y a la sola conciencia del profesional cuando no estuviere obligado por su carácter funcional, por ejemplo un delito cometido en perjuicio de la administración siendo el médico funcionario público. En las restantes situaciones el profesional puede ampararse en el secreto profesional. El propio Código Penal Uruguayo prioriza y reconoce el valor del secreto profesional.

¿A quienes abarca la obligación del secreto profesional?

Guardar secreto profesional no solo le incumbe al médico tratante, sino que a todo el personal médico y no médico de la institución (incluso personal administrativo, de servicio y auxiliares). La circunstancia de que no se tenga título profesional no impide que el personal que conozca información confidencial de pacientes sea portador del deber de guardar secreto profesional.

Por ello se considera al secreto médico como un "secreto compartido". Y es más, podría considerársele como un secreto "institucional", en el sentido de que la institución médica, desde sus más altas jerarquías tiene el deber ético y legal de velar por la preservación de la intimidad del paciente (Gabriel ADRIASOLA).

"Secreto compartido institucional"

En este contexto de "secreto compartido e institucional", las autoridades de una institución médica resultan ser los principales portadores del deber de que sus subordinados médicos y no médicos observen estrictamente las reglas éticas y legales relacionadas con el deber de confidencialidad. (Gabriel ADRIASOLA).

¿De dónde parte el uso y costumbre uruguaya de denunciar todo?

Tal como lo ha hecho notar entre nosotros el Ac. Dr. Antonio TURNES, el equívoco seguramente se originó en el: "Reglamento de Médicos de Guardia del Hospital Maciel de 1917: Art.19, que reza: Siempre que concurra al Servicio de Entrada un herido, intoxicado, suicida u otro enfermo que puede hacer sospechar un acto delictuoso, el Médico de Guardia deberá comunicar de inmediato el hecho a la Policía, excepción hecha de los casos en que esos enfermos o sus acompañantes vengán muñidos de un pase policial o vengán en calidad de presos".

Estructura del vínculo

Desde el profesional: el vínculo entonces es deontológico, legal y bioético; deber de secreto de lo que se le confió o conoció "en virtud de su profesión, empleo o comisión". Desde el paciente: la necesidad absoluta o relativa de confiar a un profesional datos de su intimidad.

Secreto, tutela ética

Se basa en el deber de respetar parte de la intimidad confiada o conocida. Derechos del paciente: incluso al secreto de su consulta. A no revelar en determinadas circunstancias datos íntimos. A la confidencialidad sobre datos conocidos en la relación asistencial, a la intimidad de su cuerpo y sus emociones, salvo autorización expresa, pero aún con su expresa autorización podemos callar si estimamos que la revelación le puede ser perjudicial, tal como lo enseñaba el Ac Prof. Dr. Nerio ROJAS.

Secreto relativo

El deber de secreto que debe tener el médico puede volverse relativo si el paciente lo autoriza a revelar, parte o todo. La ley o el cargo lo obligan a revelar. Existe peligro inminente de suicidio. Amenaza a la vida de terceros. Necesidad de defensa legal contra acusaciones de su propio paciente o familiares. Estas situaciones se engloban como "justas causas de revelación". De acuerdo a nuestra Ley Penal, el médico podrá revelar información por él conocida en el ejercicio de su profesión (secreto relativo, en contraposición al absoluto, de confesión por ejemplo) siempre que exista una justa causa para ello. Esta justa causa –según alguna doctrina jurídica nacional– consiste en un verdadero estado de necesidad que legitima la revelación para evitar un mal mayor, es decir que la revelación de la información clínica solo puede ser

hecha cuando el mal que se pretende prevenir resulte ser de mayor importancia que la obligación del secreto (intrínseca a la relación clínica). Podríamos ejemplificarlo siguiendo lo establecido en el Código de Ética, que refieren a situaciones de amenaza de vida a terceros o a otros bienes fundamentales de la sociedad. En muchas oportunidades la familia participa de la relación clínica con la anuencia del paciente, lo que significará para el médico y equipo un secreto compartido con quienes el paciente autorice expresa o tácitamente. También el pudor se ha relacionado con la intimidad, por lo que todo examen físico que se realice deberá hacerse con el mayor respeto a aquél.

Desde nuestro punto de vista, de no mediar una justa causa indudable, lo ajustado a derecho y a la ética es preservar el secreto siempre.

La obligación de secreto, solo se podrá quebrantar por la autorización del paciente, pero incluso su autorización no nos obliga a hablar, tal como lo enfatizaba el Prof. Dr. Nerio ROJAS. Para el caso de los pacientes portadores de HIV-S.I.D.A. parece lógico pensar que los contactos deben conocer la situación a través de nuestro paciente, no obstante es deber nuestro solicitarle información al paciente sobre el punto. Si no conocieran la situación, debiéramos asegurarnos de que será el propio paciente quien lo revele a esos contactos, y en caso de su negativa, previa información a él, creemos que opera la justa causa frente a la conciencia del médico tal como se desprende también del propio Código de Ética Médica en su artículo 22 literal B.

Liberación de la obligación

Solo el paciente puede liberar al médico o el equipo asistencial del deber de guardar secreto y "El médico que habla no comete revelación del secreto, pero ello no significa la obligación imperativa de revelar". (Nerio ROJAS).

Secreto, nuevos planteos

Todos los códigos de ética, desde la antigüedad, recogen el secreto y su revelación, al menos sin justa causa, como contraria a la ética y deontología. Los cambios actuales, el sistema de atención, los avances científicos y tecnológicos, han generado nuevos planteos, reactivando su importancia. (Bancos de semen, trasplantes, ADN, informatización) que paulatinamente van recogiendo los nuevos códigos deontológicos de los colegios médicos.

Secreto en las peritaciones

Los peritos solo se deben revelar los elementos que pueden proporcionar respuestas a las preguntas planteadas por sus mandantes, con respeto a las normas del secreto profesional.

Secreto, su tutela legal, delito

Como ya anticipamos, constituye delito revelar sin justa causa, secretos que hubieran llegado a conocimiento del profesional en virtud del ejercicio de su profesión, empleo o comisión si dicha revelación ocasionare daño. (C.P.U. art. 302, pena actual 100 a 600 Unidades Reajustables (unos 500 a 2500 dólares americanos) y art.163 para funcionarios públicos, 6

meses a 2 años de inhabilitación). Con fórmulas similares es también figura delictiva en la mayoría de los códigos penales extranjeros.

Secreto, su tutela legal, denuncia sin revelar nombres

Incluso cuando existe obligación de denunciar determinadas enfermedades, la normativa exige hacerlo sin revelar nombres (enfermedades de denuncia obligatoria), salvo en el caso del enfermo mental "peligroso" (ley uruguaya 9581 o "infectocontagioso" con riesgo a terceros y siempre que se niegue tratar). En nuestro derecho positivo, la regla del secreto ni siquiera es derogada por la obligación de denunciar ilícitos conocidos profesionalmente, porque expresamente se establece, como ya expresamos: "...salvo que la reserva se hallare amparada por el secreto profesional." (art.360 inc.10 CPU).

Privacidad en el Código de la Niñez y Adolescencia, Ley uruguaya 17823

Dice su Art. 11°: "todo niño y adolescente tiene derecho a que se respete la privacidad de su vida. Tiene derecho a que no se utilice su imagen en forma lesiva, ni se publique ninguna información que lo perjudique y pueda dar lugar a individualización de su persona"

Intimidad en los Jóvenes: Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes Badajoz 2005. En Uruguay, ley Nº18.270 desde abril 2008

Dice el Art.15.1 "los jóvenes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" Y el Art. 25.3 Derecho a la salud. "Derecho a la confidencialidad y al respeto del personal de los servicios de salud, en particular,... su salud sexual y reproductiva".

El secreto luego del fallecimiento

La obligación deontológica y legal de guardar secreto no se extingue con la muerte del paciente. (Uruguay: Decreto PE-MSP 258/92 y Ley Nº 18.335). Recordemos por ejemplo la sanción que le cupo a Claude Gluber al revelar el gran secreto de Francoise Mitterand.

El secreto y la historia clínica

La historia clínica siempre, salvo para fines concretos consentidos por el paciente, debe ser secreta a terceras personas. (Decreto PE-MSP 258/92 y Ley Nº 18.335, así como los arts. 30 y 31 de su Decreto reglamentario Nº274/2010 PE-MSP). "...La historia clínica es de propiedad del paciente, será reservada y sólo podrán acceder a la misma los responsables de la atención médica y el personal administrativo vinculado con éstos, el paciente o en su caso la familia y el Ministerio de Salud Pública cuando lo considere pertinente. El revelar su contenido, sin que fuere necesario para el tratamiento o mediar orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal" (Art. 18 de la ley Nº 18.335, y Dto. PE-MSP Nº 274/2010)

Domicilio especial

A los despachos jurídicos y clínicas médicas no se puede ingresar a obtener datos, Sitio peculiar, vincula lugar físico con secreto profesional. Su violación lesiona vida privada y familiar y vulnera secreto profesional. Complementario del domicilio común, con tutela constitucional,

pero más amplia. (María José CABEZUDO BAJO, y sentencia Tribunal Constitucional Español 37/1989 15 de febrero).

¿Y a los pedidos de historia clínica por juez?

Advertimos: "Poseer poderes y permisos especiales significa que los profesionales están sujetos a tentaciones inusuales contra las cuales deben ser advertidos." (Jenny TEICHMAN, Ética social). Y alguna vez hemos contestado: "Sr. Juez, sin perjuicio de nuestra disposición y deber moral de colaboración con la tarea jurisdiccional, y al solo fin de evitar posibles inconvenientes por una eventual violación de la confidencialidad y de la propiedad de la Historia Clínica del paciente, que las disposiciones legales actuales protegen, solicitamos a usted se nos comunique, para dar cumplimiento a su pedido, que existe consentimiento del paciente para hacer entrega de su Historia Clínica".

¿Y después de muerto, pueden acceder los familiares a la historia clínica?

Si bien no hay una referencia específica en la normativa, se entiende que acceden a la historia clínica los familiares de acuerdo a los derechos sucesorios. Podría caber la excepción, de un acceso vedado a la historia clínica, si el paciente solicitó el amparo en el secreto médico para después de la muerte. Ya que el secreto, como referimos, no se extingue con ella.

Finalmente advertimos

Que incluso cuando sea una práctica habitual la no protección de la confidencialidad y la violación del derecho a la intimidad de los pacientes, será igualmente ilegal y éticamente incorrecto. El dueño de la historia clínica y de la información que se confía al personal de salud es exclusivamente el paciente o usuario. Es un deber pro-activo de todos los trabajadores de la salud, el deber de custodia, de protección de lo confiado, que les es conferido por ser portadores del secreto profesional. El rol de la Institución y Dirección Técnica no puede ser otro que apoyar esa posición ética y legal. No se deben revelar diagnósticos, ni entregar certificados ni historias clínicas a menos que se cuente con el consentimiento expreso del paciente. También se debe tener claro que no somos auxiliares de organismos diversos, ni de la Justicia, ni de la Policía. Las direcciones de servicios e institucionales deberían velar por el cumplimiento de las normas éticas y legales de protección de la confidencialidad y resguardo de los datos personales conocidos profesionalmente. Se trata de derecho a la intimidad, derecho humano.

El derecho a la imagen

El tratamiento del derecho a la imagen es una cuestión de gran actualidad que puede ser abordada desde diferentes ángulos, especialmente lo enfocaremos desde lo legal y lo ético.

Marco Legal

El derecho a la imagen se ha definido como "aquel que faculta a las personas a reproducir la propia imagen, con carácter comercial o no; visto desde la vertiente contraria, es el derecho que tiene la persona a impedir que un tercero pueda captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización". Se encuentra contemplado en los Arts. 20 y 21 de la Ley uruguaya Nº 9.739

de 1937; una ley antigua sobre el derecho de autor pero que mantiene vigencia hasta el día de hoy. El Art. 20 establece que "las fotografías, estatuas, cuadros y demás formas artísticas que representen a una persona, se considerarán de propiedad de ésta (...)". Siguiendo en la misma línea, el Art. 21 prevé la posibilidad de comercialización de la imagen, propiedad de la persona, siempre y cuando, exista consentimiento expreso de esta última. El último inciso del Art.21 prevé la libre publicación de las imágenes de personas cuando sean con fines científicos, didácticos y, en general, culturales o relacionadas con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren realizado en público. Este artículo 21 de la Ley Nº 9.739 de 1937, concretamente su último inciso, es hoy en día objeto de discusión tanto legal como ética. Así por ejemplo: "el artículo 21 de nuestra ley 9739 establece como principio general que se requiere recabar el consentimiento expreso de la persona para la puesta en el comercio de su propia imagen. Como excepción a dicha exigencia establece casos de publicaciones del retrato que registren hechos o acontecimientos desarrollados en público y/o de interés público" (María Balsa). Por otra parte, el art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia prevé una custodia del derecho a la imagen del niño. Recordemos que la imagen no es solamente el rostro. La ley uruguaya Nº18331 de Protección de Datos Personales, en su art. 9, prevé el consentimiento informado para revelar datos, imágenes y cualquier otra información individualizante, independientemente del soporte donde se encuentre. El art. 11 insiste en la reserva y el art 12 nos trasmite las eventuales responsabilidades que nos podrían caer si violásemos la norma. Por otra parte, como ya expresamos, considera esta ley como Datos Sensibles los concernientes a la Salud de las personas, destacando su especial resguardo. La ley uruguaya Nº 19286 del Código de Ética Médica del Colegio Médico del Uruguay es clara en destacar la obligación de preservar la Confidencialidad salvo justa causa, nos remitimos por lo pronto a su importante artículo 20 sobre el Secreto Médico, y a los concordantes art. 21, 22 hasta el 25. En suma el CEM, que es ley y nos abarca a los médicos uruguayos, nos obliga a contar siempre con el consentimiento del paciente para revelar datos comprendidos en la relación profesional. Lo mismo establece la ley de Derechos y obligaciones de los usuarios y pacientes en los servicios de salud Nº18335 y su Decreto 274/010, si bien es cierto que se refieren estas disposiciones legales al necesario consentimiento para diagnósticos y tratamientos y nada expresan sobre lo didáctico o la docencia. Pero al menos éticamente no asisten diferencias tales como para encontrar base a una publicitación de los datos para la docencia sin consentimiento. Todo lo contrario.

Consentimiento expreso

Ya hemos hecho mención a lo que establecen las leyes en cuanto al consentimiento. En síntesis, es necesario que el cedente autorice de forma expresa la utilización de su imagen, en lo posible, estableciendo su alcance y fines. Desde lo ético entiendo que el Consentimiento un valor insoslayable.

Violación del derecho a la imagen: Consecuencias

En primer lugar, la comercialización, difusión o cualquier otra acción análoga de una imagen, sin autorización o abusando del consentimiento otorgado entendemos es una acción contraria a la ética e ilícita. Como tal, pasible de acción reparatoria. Siguiendo lo previsto por el art. 12 de la Ley uruguaya Nº 18331. El derecho a la imagen no escapa a la tendencia actual de

expansión de la protección de los Derechos Humanos: el derecho a la intimidad, y ya no tutelado por la noción de lo privado y de la propiedad sino como verdadero derecho humano.

El desarrollo de internet y más concretamente, el surgimiento masivo de las redes sociales pueden llevar a una nueva fuente de reclamaciones con base en el derecho a la imagen. Lo cual, en última instancia, es consecuencia de la falta de intimidad, y de la dudosa eficacia de los mecanismos de protección de ciertos derechos fundamentales en estos sitios. Creemos que desde la ética es necesario tener siempre el consentimiento previo de los pacientes o voluntarios de investigaciones, y que por otra parte podríamos incluso quedar expuestos a acciones o reclamos sobre presuntas violaciones de la intimidad y/o derecho a la imagen. En suma no publicar, por cualquier medio, datos o imágenes de pacientes, imágenes totales o parciales, aun de regiones corporales que no muestren la cara o rostro, sin el consentimiento expreso de los pacientes involucrados.

Muchas gracias por vuestra atención.

Dr. Guido Berro Rovira

BIBLIOGRAFÍA

ADRIASOLA, G.: Secreto médico, encubrimiento y omisión de denuncia. 2ª edición, ampliada y actualizada. Carlos Álvarez Editor. Montevideo, 2011.

ALTMARK, D. R.; MOLINA QUIROGA, E.: "Régimen Jurídicos de los Bancos de Datos". Vol. 6 Informática y Derecho. Ed. Depalma.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ J M: "La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática". Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

BALSA, Ma. : "Derechos Sobre la Filmación de Espectáculo Deportivo". Fundación de Cultura Universitaria (FCU). Anuario de Derecho Comercial. TOMO X. Año 2004.

BASELGA, P.: "El Derecho a la Intimidad", Ed. Cívitas, Madrid, 1995.

BAYARDO BENGEOA, F.: La Tutela Penal del Secreto. Facultad de Derecho, Montevideo 1961.

BERRO, G.: Protección de los datos personales en medicina. En: Boletín de la Academia Nacional de Medicina del Uruguay. MEC. Vol. XXIII: 85- 90. Uruguay 2006.

BERRO, G y ADRIASOLA, G.: Confidencialidad En: Medicina Legal, Derecho Médico y Aspectos Bioéticos de Guido Berro Rovira y cols. FCU Cap.22, págs. 392-404. Montevideo, 2013.

BROUARDEL, P.: Le Secret Médical. Baillière et Fils. 2ªed. Paris -Francia. 1891.

BROUARDEL, P.: La responsabilité medicale. Baillière et Fils. Paris – Francia .1898.

CABEZUDO BAJO, M. J.: "La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal". Iustel, Madrid 2004,115

CORBELLA I DUCH, J.: "Reflexiones en torno a los derechos de los enfermos, con referencias a la ley española 41/02" En: Medicina Legal Derecho Médico y Aspectos Bioéticos. Guido Berro Rovira y cols. FCU . Cap. 25. Págs. 423-438. Montevideo 2013.

DE CARRERAS SERRA, L.: "Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación", Ariel, Barcelona, 1996, página 83 citado por LAMAS, Daniel Mario. "Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales". Editado por Ciato Abogados. Montevideo 2004. Pág 198.

DELPIAZZO, C.: Dignidad humana y Derecho. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho: 175-196 .Montevideo 2001.

DUPUYTREN, G. citado por: EMILE SARGENT en: La conscience du médecin. Rev. des Deux Mondes. CIX année, Mai-Jun 1939, ps. 194-207.

HASSEMER, W. y CHIRINO SÁNCHEZ, A.: El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento electrónico de datos. Bs As, Editores del Puerto. 1997.

LAMAS, D. M.: "Derechos de la personalidad y explotación de la apariencia humana. Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación como derechos personales y como derechos patrimoniales". Editado por Ciato Abogados. Montevideo 2004.

LLUCH, X. A.: El Derecho de Información Sanitaria, publicado en la revista "La Ley" de 26/01/03.

MARITAIN, J.: Los derechos del hombre y la ley natural, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1947.

MORALES PRATS, F.: Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios, publicado en la revista "Derecho y Salud", vol. 9, núm. 2, de julio-diciembre de 2001.

PÉREZ LUÑO, A. E.: Los derechos fundamentales, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

RIQUELME, citado por SIMONIN, C.: en su: Medicina legal Judicial, Ed. Jims. Barcelona 1980.

ROJAS, N.: Medicina Legal. Novena Edición. Edit. El Ateneo. Buenos Aires. 1966

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil del profesional liberal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998. La responsabilidad