

La inviolabilidad de la clínica médica: custodia de la intimidad del paciente y de su historia

Dr. Gabriel Adriasola *

Resumen

Introducción: este artículo pretende determinar el estatuto legal de la clínica médica partiendo de que ella es un lugar físico en el cual se custodian datos íntimos de los pacientes, cubiertos por el secreto profesional médico. Específicamente todos aquellos datos contenidos en las historias clínicas, documentos que integran el secreto profesional médico y que por lo tanto no pueden ser objeto de incautación por parte de la justicia penal con el propósito de inculpar al propietario de esa historia clínica. A partir de ese dato se considerará a la clínica médica como un "domicilio especial" inviolable.

Objetivo: se intenta demostrar que el factor que permite que en la clínica médica se custodien datos sensibles y confidenciales es el que conduce a que ella tenga un estatuto privilegiado de inviolabilidad. El método para realizar esa demostración es estrictamente lógico y se basa en el silogismo. En primer lugar se deberá demostrar que la historia clínica integra el secreto profesional médico. Seguidamente se deberá analizar si el secreto profesional médico es inviolable y oponible a cualquier mandato judicial. A partir de allí, y desde que la clínica médica es un lugar físico en el que se custodiarían documentos (historias clínicas) inviolables, ninguna autoridad judi-

cial puede disponer el allanamiento de una clínica médica con la finalidad de incautar historias clínicas cuando el investigado es el paciente y este no ha dado su expreso consentimiento a que la justicia acceda a esa historia.

Conclusiones: luego del análisis se arriba a las siguientes conclusiones: a) el secreto profesional médico no puede ser relevado por ninguna autoridad judicial si no media el consentimiento expreso del paciente; b) la historia clínica integra el secreto profesional médico y su acceso coactivo es una violación oblicua al mismo; c) la institución médica, como lugar físico en el que se custodian historias clínicas y datos íntimos de los pacientes tiene un estatuto privilegiado, denominado "domicilio especial", similar al despacho de un abogado, y no puede ser objeto de registros o allanamientos con la finalidad de encontrar prueba inculpatória contra pacientes de la institución.

Palabras clave: CONFIDENCIALIDAD
REGISTROS MÉDICOS

Keywords: CONFIDENTIALITY
MEDICAL RECORDS

* Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho del CLAEH, Uruguay.
Profesor de Postgrado de los Cursos de Especialización Penal de la Universidad Austral de Buenos Aires.
Asesor Legal de la Comisión de Bioética de la Federación Médica del Interior.
Correspondencia: Dr. Gabriel Adriasola. Avenida Chiossi y Luxemburgo, Edificio Chiossi, Maldonado, Uruguay.
Correo electrónico: gadriasola@adriasolaclavijo.com
Aceptado: 19/3/12
Recibido: 11/5/12

1. El estatuto de la clínica médica

El objetivo de este artículo es analizar el estatuto de la clínica médica en tanto se trata de un lugar en el que se almacenan datos íntimos de los ciudadanos, específicamente aquellos asentados en historias clínicas y que por lo tanto –como veremos– integran el secreto profesional médico. El problema se aborda debido a que es frecuente que la justicia penal, ante una negativa de la institución sanitaria a enviar una historia clínica para ser utilizada como prueba de cargo en la investigación de un delito contra un paciente de la misma, ordene el allanamiento de la clínica médica con la finalidad de secuestrar esa historia, sin contar con el expreso consentimiento del paciente para que esa historia sea liberada por la institución. El ejemplo más habitual es, quizá, una investigación sobre la posible comisión de un delito de aborto.

La hipótesis de trabajo es, entonces, la siguiente: a) existe una investigación penal sobre un paciente de la clínica (no una investigación penal sobre miembros de la clínica); b) en la historia clínica hay datos que pueden incriminar penalmente al paciente (por ejemplo, realización de abortos, consumo de drogas, etcétera); c) la justicia ordena el registro de la clínica para secuestrar la historia clínica de ese paciente sin su consentimiento. Debe, entonces, determinarse si ese allanamiento se ajusta a derecho.

Ello supone definir si existe un estándar de inviolabilidad de la clínica médica por tratarse, como se dijo, de un lugar físico en el que se custodian datos confidenciales reflejados en la historia clínica. Para ello es necesario, como primer paso metodológico, fundamentar el porqué la historia clínica integra el secreto profesional médico y por qué el secreto profesional médico no puede ser relevado por una autoridad judicial si no media el expreso consentimiento del paciente. Resueltas esas cuestiones, se estará en condiciones de analizar el estatuto –en el sentido de inviolabilidad y sus alcances– de la clínica médica⁽¹⁾.

2. Normativa sobre la titularidad y la reserva de la historia clínica

Si bien existen múltiples decretos y ordenanzas del Ministerio de Salud Pública (MSP), este tema debe enfocarse hoy bajo las normas de la Ley N° 18.335 de derechos del paciente y su Decreto Reglamentario del 8 de setiembre de 2010 pero interpretadas en consonancia con el artículo 220 del Código del Proceso Penal.

El artículo 18 literal d) de la Ley N° 18.335 resuelve una vieja disputa y expresamente declara que “la historia clínica es propiedad del paciente”. A continuación la misma norma establece que la historia clínica será reservada y que “el revelar su contenido, sin que fuere nece-

sario para el tratamiento o mediare *orden judicial*... hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal”.

Esta norma confirma que el contenido de la historia clínica integra el secreto profesional médico debido a la expresa remisión al artículo 302 del Código Penal. Sin embargo, el problema se plantea porque parecería que ese secreto no se viola si la revelación del contenido de la historia clínica obedece a una “orden judicial”.

El artículo 30 literal e) del Decreto Reglamentario de la Ley N° 18.335 reitera esta alusión a la orden judicial, y en el artículo 32 prevé también el supuesto de que en la historia clínica existan también datos de terceros, en cuyo caso no podrán ser revelados sin el consentimiento de esos terceros a menos –nuevamente– que “mediare orden judicial”.

En consecuencia hay que analizar si estas disposiciones habilitan a la justicia a requerir de una institución la revelación del contenido de una historia clínica aun sin el consentimiento del propietario de la misma, esto es, el paciente. Adelantamos que el núcleo del problema consiste en que estas disposiciones carecen de todo contenido pues aluden meramente a una orden o mandato judicial sin otra especificación que permita discernir qué juez y en qué casos puede emitir ese mandato.

3. La historia clínica integra el secreto profesional médico y la clínica médica es el custodio de ese secreto

Consecuencias de esta afirmación. En primer lugar y a los fines de este análisis debemos preguntarnos si el secreto profesional médico puede ser relevado por un juez en lo penal sin el consentimiento del paciente. Esta es la pregunta angular que permitirá definir el estatuto jurídico de la clínica médica. El secreto profesional está estrechamente ligado al derecho constitucional a la privacidad, extremo este que le impone límites al legislador. Dentro de las diversas clases de secretos tutelables hay algunos que tienen mayor intensidad que otros, y eso se refleja en la posibilidad de que un organismo estatal releve o levante la obligación de guardar reserva sin el consentimiento del paciente, violando, en aras del interés general, el derecho a la intimidad de aquél.

En el caso del secreto profesional médico no solo no existe una norma de esa naturaleza sino que, por el contrario, existe un mandato que le impide al juez penal violar la confidencialidad médico-paciente.

Así, el ya citado artículo 220 del Código del Proceso Penal Uruguayo establece que el médico y demás auxiliares de la ciencia médica están impedidos de brindar testimonio de los hechos secretos llegados a su conocimiento a menos que sean liberados por el paciente de su deber de guardar el secreto profesional. Esta norma no autoriza ni faculta al juez penal a relevar al médico del

secreto profesional sin el consentimiento del paciente. Hay que resaltar como argumento adicional que el secreto médico está, en esta misma disposición, puesto a la par del secreto profesional del abogado y del sacerdote (secreto de confesión), que son también secretos que la justicia no puede relevar sin el consentimiento del cliente del abogado o de quien acude al sacramento de la confesión. Más aún, esta norma prevé incluso la nulidad del testimonio si el profesional lo brinda sin ser liberado por el titular del secreto (paciente, cliente, etcétera) y solo faculta al juez a obtener la declaración si el profesional invoca el secreto erróneamente.

Sería entonces absolutamente contradictorio, un verdadero absurdo lógico, que la ley prohíba testificar al médico –bajo pena de nulidad del testimonio– sobre cualquier comunicación o conocimiento relacionado con su paciente y que, al mismo tiempo, un juez pudiera ordenarle a una institución sanitaria que le exhiba la historia clínica, o incautarla en un allanamiento, ya que la historia es el documento en el cual está reflejada toda la relación médico-paciente que de principio es de naturaleza confidencial.

Es que la penetración en esferas de la intimidad por parte de una autoridad pública –conforme al artículo 28 de la Constitución de la República– solo puede fundarse en una ley de interés general. Ello conduce a la siguiente pregunta: ¿configura el artículo 18 literal d) de la Ley N° 18.335 de derechos del paciente, al hacer referencia a la “orden judicial” para revelar el contenido de una historia clínica, una ley de interés general que le permita a la justicia penetrar en la intimidad contenida en ese documento? Y si la institución médica desoye esa orden, ¿ello legitima el allanamiento para la incautación coactiva de una historia clínica? Para responder a esta interrogante se debe desarrollar el concepto de norma intrusiva en la esfera de la privacidad⁽²⁾.

4. Características de las normas que permiten a un juez penetrar en la esfera de la privacidad

En el derecho positivo uruguayo existen normas que permiten a determinados jueces relevar determinados secretos. Así, el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, referido al secreto bancario; el artículo 47 del Código Tributario, referido al secreto fiscal. También hay normas que permiten a determinados jueces, en determinados casos, autorizar escuchas telefónicas o la vigilancia audiovisual (filmaciones encubiertas, colocación de micrófonos), técnicas de investigación que también violentan el derecho a la intimidad (ver Ley N° 18.494).

Pero estas normas tienen en común que describen con precisión en qué casos y qué órgano judicial puede penetrar en las esferas de la intimidad. Así, en el caso del secreto bancario, el juez con competencia penal o el juez

con competencia en materia de alimentos. En otras palabras, el ciudadano sabe con precisión que su intimidad patrimonial puede ser vulnerada si se enfrenta a una investigación penal o a una reclamación alimentaria, por supuesto que mediando una orden judicial emitida bajo resolución fundada.

En consecuencia, para determinar si un determinado secreto es o no relevable por la justicia, debe existir una disposición de rango legal que especifique con claridad qué juez, en qué casos y bajo qué requisitos puede relevar ese secreto sin el consentimiento de su titular. De no ser así se estaría violentando el mandato constitucional de certeza, esto es, el derecho de todo ciudadano a saber con precisión y en qué circunstancias su intimidad puede ser violada en beneficio de un interés superior.

Por lo tanto, una norma que autorice a la justicia penal a relevar el secreto profesional médico y, en consecuencia, violar el derecho a la intimidad del paciente contenido en la historia clínica debería contener los siguientes requisitos: a) determinación de cuál es la autoridad judicial facultada por la ley a violar la intimidad (juez en lo penal, juez en lo laboral, etcétera); b) determinación de la naturaleza del proceso en que puede emitirse ese mandato (proceso penal, proceso de familia, proceso laboral, etcétera); c) exigencia de motivación (explicitación por parte de la justicia de las razones por las cuales es necesario relevar el secreto contra la voluntad de su titular).

Y es que la autorización para que una autoridad pública viole la intimidad de los ciudadanos debe estar estrictamente regulada y delineada en una ley desde que se trata de una “restricción de derechos fundamentales” como lo son la intimidad y la vida privada, consagrados en la Constitución de la República. La jurisprudencia y la doctrina europeas contienen enseñanzas muy ricas en este aspecto.

Cabezudo Bajo señala que “conforme al principio de legalidad, toda restricción de derechos fundamentales debe encontrarse legalmente prevista...”⁽³⁾. Este autor califica al principio de legalidad o reserva de ley como un “presupuesto formal” de las restricciones de derechos⁽³⁾. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) introduce el concepto de “calidad de la ley habilitante”, que implica que la medida violatoria de un derecho fundamental “siempre ha de estar prevista por la ley, que esta conducta sea a su vez necesaria en una sociedad democrática y que esa necesidad se valore en términos de proporcionalidad entre la medida lesiva adoptada y el objetivo legítimo que la autoridad pública persigue con tal acción”⁽⁴⁾. Por consiguiente se debe evaluar la “calidad de la ley habilitante”, y esa evaluación debe hacerse bajo la óptica de que esa ley respete el mandato de certeza, esto es, el derecho de todo ciudadano a saber

de antemano en qué circunstancias su derecho a la intimidad puede ser vulnerado legítimamente por el Estado. En otras palabras, toda limitante a la libertad o derecho humano debe estar contenida *con precisión* en la ley, ya que una ley que le confiera a las autoridades un cierto poder de apreciación para restringir determinadas libertades debe fijar de manera absoluta el alcance de dicho poder. De esto se desprende que solo la ley y no un reglamento u ordenanza administrativa (normas de jerarquía inferior) podría restringir el derecho fundamental a la intimidad.

La segunda exigencia es la motivación de la decisión del juez que autoriza a ingresar en esferas de la intimidad. No es posible que un juez se introduzca en esferas de la intimidad sin explicitar los motivos que lo llevan a tomar tan delicada decisión. La ausencia de motivación de una decisión de intrusión o de relevamiento de secretos provocaría la nulidad de la prueba así obtenida. Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estableció que “es vital para la existencia de la seguridad jurídica que los jueces cumplan con el requisito que debe contener todo fallo judicial, como lo es la motivación de sus decisiones, y de esta manera puedan los justiciables conocer la razón que llevó al juez a establecer conclusiones en su decisión, toda vez que lo contrario atenta con ese derecho de acceso a la jurisdicción y a su vez constituye una violación del derecho de un proceso debido. La motivación de los fallos judiciales es un requisito esencial que debe contener toda decisión...” siendo la nulidad de lo actuado la sanción a la ausencia de esa garantía⁽⁵⁾.

La tercera característica de una norma intrusiva en el ámbito de la privacidad es que el órgano que la ley debe autorizar para tomar la decisión de la intrusión debe ser necesariamente un juez. Ello debido a que de acuerdo al artículo 23 de la Constitución de la República los jueces son los custodios de las garantías individuales. En un Estado democrático de derecho toda intromisión en la intimidad como fuente de prueba en un proceso debe necesariamente ser ordenada por un tribunal. Así, en relación con las intervenciones telefónicas el Tribunal Supremo Español ha sentado el concepto de “exclusividad jurisdiccional”, por el cual solo la autoridad judicial puede establecer restricciones y derogaciones al derecho de las comunicaciones telefónicas⁴. Y, por último, se debe establecer en la ley cuál es el tribunal autorizado a violar la intimidad con fines probatorios. No basta una alusión genérica a los mandatos de la justicia pues la justicia tiene ámbitos de conocimiento y materias diferentes (civil, penal, laboral, familia, etcétera) y el ciudadano tiene que conocer de antemano las potestades de cada juez en materia de intrusión en esferas de la intimidad.

5. El artículo 18 de la Ley N° 18.335 no es una norma intrusiva en la esfera de la intimidad en tanto no identifica cuál es el juez competente ni las circunstancias en que se puede ordenar la entrega o el secuestro de una historia clínica

No solo no existe en el derecho uruguayo una norma con estas características, es decir, que autorice a un juez determinado y en determinadas circunstancias a violar la intimidad contenida en una historia clínica con fines probatorios, sino que la citada Ley N° 18.335 tampoco puede considerarse que cumple con estas exigencias.

La mera referencia a una “orden judicial” contenida en la Ley N° 18.335 no la transforma en una norma intrusiva en la esfera de la privacidad, pues no identifica en qué casos la justicia puede pedir la historia clínica; tampoco identifica si es la justicia penal, o la civil, o de familia, ni tampoco enumera los requisitos que debería observar ese juez indeterminado para ordenar tal requerimiento. En este estado es imposible interpretar que el artículo 18 literal D) de la Ley N° 18.335 faculta a la justicia, sea del fuero que sea, a requerir a las instituciones de salud las historias clínicas con independencia del consentimiento del titular del secreto y, a la vez, propietario de esa historia clínica.

En consecuencia, la norma debe interpretarse en consonancia con la naturaleza de blindaje absoluto que tiene el secreto médico, la que se desprende sin duda del citado artículo 220 del Código del Proceso Penal. Así, si un juez no puede conminar a un médico o al personal de salud a testificar sobre la enfermedad o dichos del paciente, tampoco puede obtener la historia clínica sin el consentimiento del propietario de la misma, lo que configuraría una violación oblicua al secreto profesional médico. Por ello, la mención a una orden judicial solo debe ser cumplida cuando el médico o la institución tengan la certeza de que esa historia ha sido pedida por el paciente o este haya consentido en que la justicia la requiera. De lo contrario, no deberá cumplir la orden judicial, y, si lo hace, incurrirá en el delito de violación al secreto profesional. No está de más destacar que la negativa nunca puede configurar el delito de desacato, pues la orden sería ilegítima, y la desobediencia a órdenes ilegítimos no queda atrapada por ese delito.

En apoyo de esta afirmación cabe señalar que la jurisprudencia uruguaya ha establecido que no se configura desacato ante la desobediencia a una orden contraria a la ley. Así lo señaló el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno en sentencia del 19 de agosto de 1994: “La actuación de los funcionarios públicos que excede las fronteras de la legalidad (o de reglamentos, agregamos) no es sino una vía de hecho pero a su vez la reacción del individuo contra el acto arbitrario queda sometida a los procedimientos que la ley consagra para garan-

tizar sus derechos. Cuando la defensa de esos derechos no puede realizarse ajustándose a las previsiones legales como consecuencia de la naturaleza misma de la arbitrariedad, la resistencia es legítima y como tal no lesiona a la Administración Pública. Y no la lesiona precisamente porque la actuación arbitraria no está tutelada por el Derecho y menos aun cuando constituye la causa que impide al individuo defenderse conforme a los procedimientos que establece la ley”.

En definitiva, la disposición analizada (artículo 18 literal d) de la Ley N° 18.335) no puede interpretarse en el sentido de que la historia clínica es ahora permeable a cualquier mandato judicial. Esta norma carece de las características propias de una norma intrusiva en la esfera de la privacidad. No define cuál es la “justicia competente”, no define en qué procedimientos y bajo qué circunstancias puede el juez violar la intimidad del ciudadano-paciente. En esas circunstancias, el centro sanitario tiene el deber de verificar si la orden judicial cuenta con el consentimiento del paciente y titular del secreto. Y si constata que ello no es así, debe negarse a cumplir el mandato de la justicia y, en consecuencia, tampoco puede la justicia incautar coactivamente una historia clínica mediante el recurso a una orden de allanamiento.

6. La Ley N° 18.331 de protección de datos personales

La clínica médica como portadora de registros de datos sensibles. El artículo 4° literal E) de esta ley califica a la información referente a la salud como un “dato sensible”. En dicho aspecto la información sanitaria y, en consecuencia, la contenida en la historia clínica, forma parte de una base de datos protegida también por esta ley bajo la custodia de la institución médica.

Asimismo, esta ley en su artículo 11 establece que las personas que manejan las bases de datos “están obligadas a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público. Lo previsto no será de aplicación en los casos de *orden de la justicia* competente, de acuerdo con las normas vigentes en esta materia o si mediare consentimiento del titular. Esta obligación subsistirá aún después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos”.

Una vez más nos encontramos aquí con una alusión genérica a la “justicia competente”. ¿Esa alusión significa que el Poder Judicial puede acceder a datos médicos e historias clínicas sin el consentimiento del titular? Entendemos que no.

Al igual que sucede con el artículo 18 de la Ley N° 18.335, no se trata de una norma que faculte a un órgano específico de la justicia a penetrar en estas bases de datos. Simplemente alude a una orden de la justicia competente de acuerdo con las normas vigentes en esta mate-

ria. Y no existe ninguna norma que habilite a ningún juez a penetrar en el secreto profesional médico, del cual la historia clínica forma parte. En definitiva, esta disposición no hace más que remitirse a normas –inexistentes– que expresamente facultan a la justicia a penetrar en esferas de la intimidad. Las hay en materia comercial –datos de los cuales también se ocupa esta ley– pero no en materia de intrusión en el secreto profesional médico. Por lo tanto, esta disposición en nada cambia lo expuesto anteriormente y, por el contrario, reafirma que la revelación del secreto profesional médico –incluido el contenido de la historia clínica– encuadra en la figura delictiva del artículo 302 del Código Penal Uruguayo. En este contexto, la clínica médica aparece como un lugar físico en el que se custodian bases de datos sensibles cuya revelación está penada por la ley. A partir de estas premisas podemos ahora ingresar al tema central de esta contribución. La clínica médica es inviolable si se trata de que una autoridad judicial penetre en ella con el propósito de incautar o secuestrar una historia clínica para utilizarla en una investigación criminal en contra del titular o propietario de la misma.

7. La inviolabilidad de la clínica médica se deriva del derecho del paciente a la no autoinculpación

Se analizó que bajo la ley uruguaya, la historia clínica integra el secreto profesional médico y que como este no puede ser relevado por la justicia sin el consentimiento del paciente, sería intolerable que se produjera una saca coactiva bajo la modalidad de un registro de la institución médica que la custodia. Por supuesto que esta hipótesis sucedería en casos en que la misma institución se negara a entregar la historia al recibir una solicitud judicial en la que no constara el consentimiento del paciente. Pero este marco legal tiene un fundamento en principios de jerarquía constitucional.

En efecto, para determinar si un secreto ingresa dentro de la categoría de no relevable, con la consecuencia de que el depositario de ese secreto no puede ser objeto de registro o allanamiento, se debe realizar en principio una búsqueda legislativa con la finalidad de encontrar una ley que autorice ese relevamiento por parte de una autoridad pública. Si esa ley no existe, podemos en principio –porque luego veremos que hay excepciones– entender que estamos ante un secreto no relevable con varias consecuencias: el custodio del secreto no puede ser obligado a testificar y el lugar en el que se custodia ese secreto es inviolable si la finalidad del registro o allanamiento es hacerse de esa información. Pero el resultado de esa búsqueda (ausencia de norma que permita el relevamiento) es solo un indicio de que el secreto que estamos estudiando puede categorizarse como un secreto no relevable.

Sin embargo, la mera inexistencia de ley que autorice el relevamiento o la penetración en esferas de lo secreto no puede ser el único elemento para arribar a esa conclusión pues ello daría pie a que –a contrario sensu– el legislador se creyera asistido de dictar leyes que tornen relevables cualquier tipo de secreto y que en consecuencia autoricen registros en lugares sustantivamente inviolables. En otras palabras, la asignación de naturaleza de no relevante a un secreto no puede depender del exclusivo arbitrio del legislador ni de mayorías parlamentarias circunstanciales.

En consecuencia se debe acudir a criterios de raigambre constitucional. Es así que el legislador no puede autorizar el relevamiento de un determinado secreto cuando ese relevamiento conculca principios constitucionales e inherentes al Estado democrático de derecho.

Por ello, desde que en la historia clínica queda asentada toda la relación médico-paciente, y en tanto el paciente debe poder hablar ante su médico en un ámbito de confidencialidad absoluta, ello se quebrantaría si sabe que lo que se asiente en la historia clínica puede en el futuro ser una prueba en su contra.

En España, por ejemplo, se admite que revelar el contenido de la historia clínica viola el derecho a la no autoinculpación, esto es el derecho de una persona investigada por un delito a no declarar contra sí mismo ni a producir prueba en su contra. Dice Luna Maldonado que “estas peticiones de la historia clínica las puede realizar la Administración de Justicia en el curso de un procedimiento penal o civil, siendo en este último una prueba documental, pudiendo el médico o el hospital invocar el secreto profesional para no remitir la historia clínica a no ser que sea por petición del propio paciente o con la autorización del mismo. En el caso de un proceso penal, recoge la Constitución en su Art. 24.2 párrafo primero el derecho de la persona a no declarar contra sí misma y no confesarse culpable, por lo que si la información vulnerable este precepto, no podría ser utilizada sin su consentimiento (pensemos que el paciente al ser interrogado por el médico admite el consumo de alcohol u otra sustancia psicoactiva antes de un accidente de tráfico). En ciertos casos el hospital o el médico podrían negarse a remitirla sin incurrir en un delito de desobediencia grave a la autoridad”⁽⁶⁾.

En la jurisprudencia argentina se ha sostenido que “no puede instruirse sumario criminal en contra de la mujer que haya causado su propio aborto o consentido que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo, sea este último oficial o privado... La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto, implica una autoacusación forzada por la necesidad

impuesta por el instinto natural de la propia conservación, puesto que acude a él en demanda angustiada de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible por pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social –si bien indiscutible– de reprimir su delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada. Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo –según el derecho vigente–, menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable”⁽⁷⁾.

En el mismo sentido se sostuvo que “es evidente que la necesidad de la acusada de salvaguardar su vida la lleva a contar lo sucedido al profesional –pero de otorgar efectos jurídicos a la narración efectuada en circunstancias extremas– implica introducir ilegalmente la confesión de su ilícito sin que se respeten las formas exigidas por el Código de Procedimiento Penal para ello. De esta manera se compromete la garantía constitucional que resguarda la prohibición de declarar contra sí mismo”⁽⁸⁾.

Estos razonamientos resultan enteramente trasladables al derecho uruguayo. La consulta médica y el contenido de la historia clínica no pueden nunca convertirse en prueba de cargo contra el paciente pues entonces, de manera oblicua, se estaría violando su derecho a no declarar y en consecuencia a no autoinculparse.

Por supuesto que la justicia puede pedir historias clínicas cuando el propietario de la misma así lo solicita y si la institución no la entrega al propietario podrá pedir la incautación coactiva, pero ese no es el supuesto en análisis. También el médico, cuando es denunciado o demandado por el paciente, puede hacer valer la historia clínica en ejercicio de una legítima defensa.

Postular la tutela integral de la historia clínica y la inviolabilidad de la clínica médica en función de su deber de custodia puede conducir a pensar que ello encierra un conflicto entre el interés público en la persecución de un delito y el interés privado de preservar el derecho a la intimidad. En realidad es una falsa contradicción. La preservación del derecho a la intimidad médica es un valor que hace a la esencia del Estado de derecho, y el médico debe asistir a su paciente liberándolo a este de cualquier temor a que las confidencias que realiza en ese ámbito puedan volverse en su contra bajo la forma de una inculpación penal. El médico no es un auxiliar de la justicia, y como dijo el Tribunal de Gran Instancia de París en el caso Gubler, “nada autoriza a un médico a transformarse en garante del buen funcionamiento de las instituciones”⁽⁹⁾.

8. Es ilegal el allanamiento de instituciones médicas con el fin de secuestrar la historia clínica. Su asimilación a los denominados “domicilios especiales”

Como vimos, la clínica médica es custodia de bases de datos sensibles amparados por la confidencialidad médica. En el específico caso de la historia clínica, también vimos que no debe entregarla ante un pedido de la justicia sin el consentimiento de su propietario. Pero esa negativa, legítima por cierto, puede generar desbordes como la saca coactiva de la historia mediante el recurso de una orden de allanamiento o registro. Las instituciones médicas deben tener claro que ese tipo de medidas no son ajustadas a derecho. La inviolabilidad de la clínica médica se fundamenta, en estos casos, en la imposibilidad legal y constitucional que tiene la justicia para relevar el secreto médico y en que la historia clínica es parte medular de ese secreto. En ese contexto, una saca coactiva de la historia mediante una orden de registro de la institución médica sería una violación oblicua a dicho derecho a la confidencialidad de que goza el paciente y que la institución debe custodiar y hacer valer. También hemos fundado esa inviolabilidad en el derecho del paciente a no autoinculparse.

Por lo tanto, corresponde ahora analizar el estatuto de la clínica médica ante el instituto procesal del registro domiciliario o de otros lugares, y de ese análisis surgirá la asimilación de la clínica a otros lugares físicos inviolables y, por lo tanto, la ilegalidad de un allanamiento sobre la misma.

9. El domicilio y la tutela al derecho a la intimidad

El allanamiento por excelencia es el registro domiciliario. El domicilio se define en general como el ámbito donde se desarrolla la vida privada del ciudadano, también su vida familiar, y por lo tanto su tutela forma parte de la tutela al derecho a la intimidad.

En ese sentido y según Cabezudo Bajo, el fundamento de la protección del domicilio reside en la tutela de la esfera de la intimidad, esto es, el derecho a la intimidad de la vida personal y familiar⁽³⁾. En igual dirección, el Tribunal Constitucional Español también ha sostenido que la intimidad de las personas físicas es el fundamento de la protección constitucional del domicilio⁽¹⁰⁾.

Pero la tutela del domicilio no solo se vincula a la esfera de la intimidad y vida privada familiar, sino también, como lo ha destacado la jurisprudencia española, al secreto profesional. En efecto, en el domicilio es donde se desarrolla la vida íntima y familiar de las personas. Pero a su vez existen otros lugares físicos donde también se encuentran datos íntimos o confidenciales de los ciudadanos, en particular datos abarcados por el secreto profesional, concepto que puede y debe distinguirse del concepto más amplio de intimidad.

A diferencia de lo que acontece con la tutela de las comunicaciones privadas, en el ámbito del secreto profesional el destinatario de la comunicación o documento es un sujeto cualificado. El paciente manifiesta confidencias ante un médico por necesidad, en cambio, si esas mismas confidencias las manifiesta a un amigo, lo hace porque así lo desea y decidió libremente. Por ejemplo, si en una llamada telefónica una mujer le confiesa a una amiga que se ha practicado un aborto y su teléfono está intervenido por orden judicial, la escucha es una prueba válida pues la ley permite violar por causa justificada el derecho a la intimidad de las comunicaciones. En cambio, si esa misma confidencia se la hace a un médico y este la registra en la historia clínica, la manifestación se realizó por necesidad y con miras a un acto asistencial, y por ello está protegida por el secreto profesional. De ahí que el médico sea considerado un “confidente necesario”.

Esta especial característica del receptor de la información lo distingue del simple receptor de una correspondencia privada. El confidente necesario, en virtud de la profesión o actividad que ejerce, es portador del derecho-deber de custodiar el secreto que se le ha confiado⁽¹¹⁾.

En consecuencia existen lugares físicos donde se encuentran documentos que contienen esas manifestaciones o datos confidenciales de la persona, y se encuentran allí por estricta necesidad. Tal es el caso de las historias clínicas cuyo propietario es el paciente pero que se encuentran custodiadas por razones de servicio en las clínicas médicas. La cuestión pasa por determinar si esos lugares físicos (que contienen bancos de datos sensibles protegidos por la ley) pueden ser objeto de una orden judicial de allanamiento para obtener pruebas en contra del propio paciente. En una clínica médica se guardan datos de todo tipo acerca de los pacientes, datos verdaderamente sensibles como lo son los referidos a la salud de los pacientes y así están calificados por el artículo 4º de la Ley N° 18.331. Esta misma ley en su artículo 17 establece que esos datos sensibles, y aquí nos referimos a los datos sanitarios, solo pueden ser comunicados a terceros con el consentimiento del titular de los mismos, y solo podrán ser comunicados sin ese consentimiento cuando “sea necesaria su comunicación por razones sanitarias, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, preservando la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados cuando ello sea pertinente”.

El concepto de “disociación” se aplica a cualquier información que provenga de una clínica médica relacionada con datos sanitarios de sus pacientes. Y ese concepto de “disociación” se encuentra definido en la misma Ley N° 18.331: “Disociación de datos: todo trata-

miento de datos personales de manera que la información obtenida no pueda vincularse a persona determinada o determinable” (artículo 4º literal G) de la Ley N° 18.331).

10. La clínica médica como un “domicilio especial”

Una clínica médica es, entonces, un lugar físico en el que se custodian datos sensibles relativos a la salud de sus pacientes. El problema de la legalidad del allanamiento para secuestrar historias clínicas o información que sirva de evidencia inculpatoria contra un paciente de esa clínica no es un tema menor. Si se permitiera el allanamiento y secuestro de historias clínicas por parte de la justicia penal, la tutela del secreto profesional médico mediante la prohibición de testificar que tiene el médico y sus auxiliares sería letra muerta. Lo que la justicia no puede obtener mediante el testimonio del médico lo puede obtener mediante la coacción de un registro y secuestro, y puede obtener mucho más, toda la historia sanitaria del paciente que está siendo investigado.

En función de esa peculiaridad (vinculación entre un lugar físico y el secreto que contiene datos capaces de autoinculpar al paciente) se desarrolló el concepto de “domicilios especiales”. Estos “domicilios” son lugares físicos en los que su violación, además de lesionar la vida privada y familiar, conlleva también vulneraciones al secreto profesional. Nace así el concepto de “domicilio especial” como complementario del concepto de “domicilio común”. Si bien el “domicilio especial” no es en puridad un domicilio en sentido estricto, la doctrina y jurisprudencia extranjera, especialmente la española, realizan esta asimilación con la finalidad de dotar al “domicilio especial” de similar tutela constitucional que la que posee el domicilio común, aunque luego se verá que la tutela del “domicilio especial” debe ser más amplia e intensa que la del domicilio común.

Los ejemplos paradigmáticos de “domicilios especiales” son el estudio del abogado y la clínica médica. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional Español 37/1989 de 15 de febrero “relativa a la ilegítima entrada y registro en una clínica médica que se dedicaba a la práctica de abortos” recoge el argumento de que “la demandante invoca la violación al derecho a la intimidad causada por la recogida de sus datos personales incluidos dentro del expediente médico...”⁽³⁾.

Partiendo de la concepción general del concepto de domicilio existe abundante literatura que define el concepto de domicilio común. Se trata del domicilio de la persona física, objetivamente habitable y subjetivamente habitado. Sin embargo, debe señalarse que si el delito de violación de domicilio tutela la intimidad, también tutela otras manifestaciones de esta como el secreto profesional. En la sentencia del Tribunal Constitucional

Español 37/1989 ya citada, no se trataba del registro de una casa habitación sino de una clínica médica. Sin embargo esta fue considerada como un domicilio pues allí se guardaban datos íntimos de los ciudadanos. En dicho fallo “se reconoce la condición de domicilio constitucional a una clínica médica” porque en ella existían datos relativos a la identidad personal y a la fecha de una aparente cita médica⁽³⁾.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Niemitz). Así, “tras manifestar que no existen distinciones entre un despacho que se encuentra dentro de un domicilio y el que se sitúa en una oficina, ha extendido la protección de la vida privada y del domicilio, contenida en el artículo 8 CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos), a un despacho profesional y, con carácter general, a ciertas actividades profesionales y comerciales y a los locales, pues el sentido de esa norma es, como el propio tribunal considera, la protección del individuo frente a interferencias arbitrarias de la autoridad pública”⁽³⁾. Continuando con esta línea, el Tribunal Supremo Español extendió la inviolabilidad del domicilio a los despachos profesionales⁽¹²⁾.

En definitiva, la razón de considerar como domicilio bajo tutela constitucional a las clínicas y despachos profesionales radica en última instancia no solo en la tutela del secreto profesional, sino también en la tutela integral de la intimidad del paciente o cliente, es decir, del titular de los datos confidenciales e íntimos que se encuentran en dichos lugares aun cuando esos lugares no sean el domicilio común del titular del derecho.

Así, señala con contundencia Cabezudo Bajo que “el derecho al secreto profesional comprende el derecho de los clientes a exigir el cumplimiento del deber de secreto de los datos revelados, lo que tiene como contrapartida el derecho del profesional a no declarar sobre sus clientes, que se ha considerado asimismo como un deber jurídico. En particular, ha de considerarse como profesional aquellos que ejercen profesiones liberales, tales como los médicos... abogados y procuradores ... titulares de un despacho que pueden ser sujetos individuales o grupos con o sin personalidad jurídica”⁽³⁾. Y continúa este autor: “Los despachos profesionales han de protegerse, de un lado, en virtud del derecho a la intimidad del cliente y, de otro, y de forma complementaria, ha de concederse una protección institucional a estas profesiones de interés social a través del secreto profesional”⁽³⁾.

En otras palabras, la tutela integral del secreto profesional y la intimidad del paciente no se limita a la prohibición de testificar que pesa sobre el profesional, sino que abarca otras medidas oblicuas de acceso a datos íntimos como son la restricción a registros, inspecciones o allanamientos. Cabe consignar que además de las clíni-

cas médicas y despachos de abogados, se han considerado “domicilios especiales” las sedes de los medios de comunicación y los bancos.

11. “Domicilios especiales” en que se puede practicar un registro y domicilios especiales inviolables

El análisis de la jurisprudencia y doctrina española al que se ha recurrido para vincular la tutela del domicilio como una derivación del derecho a la intimidad y el secreto profesional merece una advertencia. El domicilio común, es decir, la casa habitación, puede ser objeto de una restricción de derechos mediante la correspondiente autorización judicial de allanamiento con las limitaciones previstas en el artículo 11 de la Constitución de la República y los artículos 201 y ss. del Código de Proceso Penal Uruguayo. Estas normas contienen un “permiso” para violar la intimidad domiciliaria (así, según la Constitución, “orden expresa de juez competente, por escrito y en los casos previstos por la ley”). Sin embargo, cabe plantearse si es posible que un juez autorice el registro de un despacho profesional o de una clínica para obtener información que inculpe penalmente al cliente de ese despacho o al paciente que se atendió en dicha clínica.

A estas alturas se impone entonces abordar la siguiente cuestión: ¿por qué se puede autorizar el registro de un domicilio común, de un banco o de una empresa y no el de un despacho jurídico o de una clínica si todos esos domicilios tienen en común la violación del derecho a la intimidad? La respuesta debe construirse sobre dos ejes conceptuales: a) la esfera de lo íntimo es más amplia que la esfera de lo secreto, y b) dentro de la esfera de lo secreto existen secretos que pueden ser relevados por una autoridad judicial y otros secretos que se denominan de blindaje absoluto y que por lo tanto no pueden ser relevados por ninguna autoridad pública sin consentimiento de su titular.

En efecto, si bien tanto lo íntimo como lo secreto (este último también como expresión de lo íntimo) gozan de tutela penal, una porción de la esfera de lo secreto goza también de una tutela adicional, ya que no se admite sobre esa porción de la esfera de lo secreto restricción de derecho alguna. En otras palabras, sobre ese sector de lo secreto, ninguna autoridad estatal puede ingresar y, en consecuencia, tampoco cabe el registro de un domicilio especial comprendido en esa porción de la esfera de lo secreto, y los dos secretos que claramente entran en esa porción de la esfera del secreto inexpugnable son el secreto profesional de abogados y médicos. El punto medular a definir es por qué razón se califican a determinados secretos como inviolables y a otros como pasibles de la restricción de derechos que implica un registro domiciliario. La razón consiste en determinar si el registro de

estos “domicilios especiales” puede desembocar en el secuestro de documentación amparada por un secreto profesional no relevante por la justicia, y como se examinó, el secreto médico no es un secreto relevante por ninguna autoridad judicial.

En suma, el derecho a la no autoinculpación es lo que fundamenta la imposibilidad del legislador de dictar una ley que autorice a la justicia a relevar el secreto profesional médico y, como consecuencia de ello, quedaría vedado el allanamiento sobre una clínica médica con el fin de obtener datos contenidos en historias clínicas o archivos que puedan inculpar al paciente. De no ser así se tambalearía el sistema democrático pues quedaría minada la confianza entre paciente y médico si la historia clínica fuera objeto legítimamente secuestrable durante un registro judicial.

La historia clínica no es un documento secuestrable en un allanamiento. Al respecto, señala Aguiar Guevara que “otro de los vicios que contradicen el deber ser con respecto a la historia clínica es su incautación por vía de visita domiciliaria o allanamiento”⁽¹³⁾. Obviamente que si el registro y secuestro se verifican, la consecuencia no es otra que la nulidad de esa prueba.

12. El fundamento lógico de la inviolabilidad de la clínica médica como “domicilio especial”

El razonamiento legal tiene una estructura silogística, o dicho de otro modo, el silogismo puede ser una de las mejores formas de expresar el razonamiento legal⁽¹⁴⁾. La lógica aplicada al derecho debe ayudarnos para fundamentar por qué un juez en lo penal no puede ordenar un allanamiento de una clínica médica para secuestrar una historia clínica que sirva de prueba para inculpar al paciente. Así, es posible construir el siguiente silogismo: a) el médico no puede ser citado a declarar como testigo en un proceso criminal sobre hechos secretos confiados por su paciente si este no lo libera del deber de guardar secreto (premisa mayor); b) la historia clínica refleja datos secretos de la relación médico-paciente (premisa menor); c) si un juez no puede relevar al médico de su secreto profesional y por lo tanto no puede interrogarlo, no puede secuestrar la historia clínica para obtener por vía oblicua la información que no puede obtener directamente por vía testimonial. Ello conduce directamente a la inviolabilidad absoluta de la clínica médica ante una orden judicial que contenga esa finalidad.

En efecto, si se ordena un registro o allanamiento con ese fin, la justicia está eludiendo ilegítimamente la prohibición de interrogar directamente al médico y sustituyéndola por la autorización de un registro de la clínica y el secuestro de la historia clínica.

No obstante, hay que señalar que este silogismo se trata de un razonamiento legal que parte de la validez y

aceptación de la “premisa mayor”. En el caso en ejemplo, si un juez entiende que la ley le habilita a relevar al médico de su secreto profesional, el silogismo cae. Como en este caso la premisa mayor se estructura sobre el artículo 220 del CPPU, convencer al juez que la interpretación correcta de este es que solo el paciente –y no el tribunal– puede liberar al médico de su deber de guardar secreto, es crucial a la hora de que el tribunal acepte el razonamiento. Es un caso en el que la premisa mayor se construye con la fuente de un texto-ley, por lo que siempre la validez del razonamiento legal dependerá de la interpretación de ese texto.

Ahora bien, el razonamiento legal no se agota con el razonamiento silogístico. Si bien pensar de esa forma es la base principal del razonamiento legal, quedó demostrada la relevancia de la interpretación de los textos que conforman la premisa mayor o proposición. El silogismo –como se dijo– es un razonamiento formal, y para que la conclusión sea legalmente admisible y logre persuadir a un tribunal, la interpretación del texto que conforma la premisa mayor es una tarea imprescindible. Esa interpretación, para dar firmeza a la proposición del silogismo, debe ser una interpretación basada en reglas que el tribunal no pueda desconocer. Existen determinados estándares de interpretación de un texto legal que deben seguirse para dar la mayor fuerza convictiva a la premisa mayor.

Un texto legal o un documento pueden contener palabras ambiguas, por ello es necesario minimizar la ambigüedad de la palabra en el contexto de todo el texto legal o documento. Así, pueden establecerse ciertas reglas de interpretación del texto.

En primer lugar se debe presumir que las palabras expresan su sentido ordinario. Salvo expresa indicación en contrario, se presume que la palabra o frase apoya el propósito que persigue el texto. El texto debe ser interpretado en el sentido de que no puede contener contradicciones. Si es posible, cada palabra debe tener un efecto o sentido, ninguna palabra debería leerse como superflua. Por último, los textos legislativos que definen crímenes y penas, en caso de ambigüedad, deben ser interpretados a favor del acusado (“rule of lenity”)⁽¹⁴⁾. En suma, hay que tratar de minimizar la idea de que cada concepto legal admite una “doble lectura” (la famosa tesis de “las dos bibliotecas”).

Volviendo al ejemplo del silogismo sobre el secreto de la historia clínica, a partir de la interpretación del artículo 220 del CCPU como premisa mayor, esa interpretación debe hacerse de la siguiente manera si se respetan estas reglas. En primer lugar el artículo 220 del CPPU establece que el abogado o el médico, o las demás personas enumeradas en la norma “no podrán negar su testimonio cuando formalmente sean liberadas del deber de

guardar secreto”. Aquí la palabra clave a interpretar es “liberadas”. ¿Quién “libera” al profesional de su deber de no testificar? ¿Solo su cliente o también puede “liberarlo” el juez? La primera operación lógica es preguntarse por el sentido ordinario de la palabra “liberar”. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “liberar” significa “eximir a alguien de una obligación”, “hacer que alguien o algo quede libre”. Por lo visto, el sentido ordinario de la palabra no nos alcanza para determinar si el juez puede liberar al profesional además del cliente. Consecuentemente hay que pasar al segundo paso que es si la palabra persigue el propósito del texto (el texto es la norma legal en este caso). Véase que a continuación la disposición dice que “si el testigo lo invoca erróneamente sobre un hecho que no puede estar comprendido en el mismo, el juez procederá sin más a interrogarlo”. Esto revela una esfera de competencia para el juez. El juez lo que debe hacer es evaluar si el testigo invocó erróneamente el secreto, y si entiende que así lo hizo, procederá a interrogarlo pues el testigo no está siendo preguntado sobre hechos que violen su secreto profesional. Así las cosas, si la palabra “liberar” le concediera al juez la facultad de prescindir del consentimiento del cliente para “liberar” o eximir al profesional de su deber de guardar secreto, la frase que sigue estaría de más. Si el juez puede liberar la obligación de confidencialidad del profesional llamado como testigo ningún sentido tiene que se le otorgue la facultad de apreciar si está invocando erróneamente el secreto profesional y en ese caso sí podría interrogarlo. Esto sería una contradicción y un texto no puede tener contradicciones. En conclusión, la palabra “liberar”, interpretada en el contexto del texto legal, alude al titular del secreto y no a una autoridad judicial que pueda actuar con prescindencia del consentimiento de aquel.

Es cierto que el artículo 213 del CPPU solo exceptúa del secuestro a “las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los Defensores para el desempeño de su cargo”. Sin embargo, permitir el secuestro de historias clínicas para buscar evidencia inculpatoria del paciente contradice con toda la estructura constitucional y legal del secreto profesional. Del artículo 213 del CPPU se desprende que el despacho del abogado no puede ser objeto de allanamiento para secuestrar los documentos que su defendido le ha entregado o enviado para el ejercicio de su defensa. La analogía ya descrita entre el despacho jurídico y la clínica médica determina que de la misma forma no se puedan secuestrar datos o documentos en una clínica médica que puedan inculpar al paciente. Nuevamente es posible acudir al razonamiento silogístico: a) el secreto médico tiene la misma intensidad que el secreto del abogado (así se desprende del artículo 220 del CPPU y del principio constitucional de prohibición

de autoinculpación-premisa mayor); b) los documentos secretos entregados por el cliente a su abogado no son pasibles de secuestro (premisa menor); c) las informaciones confiadas por el paciente a su médico y plasmadas en la historia clínica tampoco pueden ser secuestradas. Obviamente que si el registro y secuestro se verifican, la consecuencia no es otra que la nulidad de esa prueba.

13. Otras consecuencias derivadas de la naturaleza de la clínica médica como “domicilio especial”

Este enfoque relacionado con la inviolabilidad de la clínica médica en tanto en ella se custodian datos íntimos de los pacientes sirve también para dar una respuesta sobre situaciones cotidianas que se producen en el contexto de los servicios sanitarios. Por supuesto que el hecho de que estas circunstancias se produzcan hace al “ser” y no al “deber ser”. La aspiración, sin embargo, es que el “deber ser” se imponga de una vez por todas sobre un “ser” que carece de respaldo legal.

Así, es frecuente que la policía, con o sin orden judicial, traiga heridos (por accidente u otro tipo de episodios) a las guardias de emergencia y pretendan ingresar al lugar donde el médico les prestará asistencia. En primer lugar, si se trata de una persona no detenida o bajo custodia, el personal policial no puede presenciar el acto asistencial ni ingresar al consultorio o a la sala de emergencia con fines ajenos al asistencial. El médico solo puede franquear el acceso policial a la clínica por estrictas razones de seguridad del personal médico o auxilio en la asistencia del paciente.

Tampoco puede certificar el estado del paciente al personal policial. Ello es una revelación del secreto profesional y si esa información es necesaria a los fines de una futura investigación penal, el portador del rol para ello no es otro que el médico forense. El médico que presta asistencia no puede ser a la vez un perito de su paciente.

14. Asistencia de pacientes detenidos o bajo custodia policial. Diferente es el caso de personas detenidas o bajo custodia

Aquí se debe acudir a las normas previstas en la Ley N° 18.315 de Procedimiento Policial. En principio, y bajo el título de “atención a personas bajo custodia policial”, el artículo 16 de esta ley establece que “el personal policial asegurará la plena protección de la salud e integridad física de quienes estén eventualmente bajo su custodia. En particular, tomará medidas inmediatas para proporcionar atención médica y/o psicológica cuando sea necesario”. En consonancia con esta norma, el artículo 51 de esta misma ley establece: “En caso que una persona que registre ingreso como detenida o conducida en dependencias policiales

se encuentre herida o en presunto estado de intoxicación por alcohol u otro tipo de sustancia, la policía deberá solicitar apoyo médico para brindarle inmediata atención (artículo 16 de la presente ley)”.

Estas normas no regulan la situación de los detenidos en los centros asistenciales (hipótesis prevista en los artículos 78 y ss. de la ley) sino de la asistencia a personas detenidas o custodiadas en dependencias policiales. Las normas lo que hacen es recalcar un imperativo obvio de brindar asistencia y velar por la salud de la persona detenida o custodiada. El apoyo médico que debe solicitar la policía puede ser de cualquier institución pública o privada, pero el médico cuyo apoyo se requiere agota su rol con el acto de asistencia y no puede revelar el diagnóstico que continúa amparado bajo el secreto profesional. Esta regla, sin embargo, no es absoluta, pues bien puede existir justa causa de revelación para preservar la integridad del paciente detenido. Si el médico entiende que la afección impide la detención deberá internarlo sin revelación del diagnóstico, aplicándose en este caso los artículos 78 y ss. de la ley que básicamente regulan las medidas de seguridad para prevenir la fuga del detenido. En estos casos la inviolabilidad del centro hospitalario se relativiza por las razones de seguridad establecidas en la ley. Así, el personal de custodia no aceptará órdenes del equipo médico si estas comprometen su misión de vigilancia. No obstante, esta regla admite la excepción prevista en el artículo 84 que expresa: “A pedido y bajo la responsabilidad de la autoridad del centro asistencial, y con la finalidad de cumplir con un acto médico, el personal policial asignado a la custodia deberá liberar al detenido de las medidas de seguridad, previa autorización del superior a cargo del servicio. En ese momento deberá extremar su vigilancia, advirtiendo, además, al personal médico sobre el posible grado de peligrosidad de la persona custodiada. En caso de discrepancia del superior se dará cuenta inmediata al juez competente, quien resolverá”. Se trata de una hipótesis en la que en última instancia la decisión le compete al juez, pero esa decisión nunca podrá interferir con el normal desarrollo del acto asistencial. Si el médico entiende que la decisión del juez interfiere con el acto médico y pone en riesgo la salud del paciente, debe privilegiar a esta por sobre la orden judicial. Son, por supuesto, situaciones extremas que se deberían solucionar con un adecuado diálogo entre el equipo médico y auxiliares de la justicia como los médicos forenses. Cabe consignar también que salvo justa causa rige plenamente en estos casos el secreto profesional y el secreto inviolable de la historia clínica.

Si la internación no se justifica y el médico entiende que el paciente debe ser medicado, deberá dar instrucciones precisas al personal policial, asentándolo en la historia clínica.

La regla en la aplicación de estas disposiciones es que el médico no actúa como perito y solo es llamado a prestar asistencia, por lo que se traba una relación médico-paciente regida por los principios legales y éticos que regulan este tipo de relación, sin importar la calidad de detenido del paciente. Ello significa que no debe peritar ni revelar el diagnóstico. El ciudadano detenido que requiere asistencia médica goza del derecho al secreto profesional al igual que un ciudadano libre.

En ese sentido es extraordinariamente gráfico Rodríguez Almada al señalar que “el recluso enfrenta una limitación a la libertad física. A lo sumo, la sentencia judicial pudo haberlo privado de ciertos derechos puntuales, como los derechos políticos, el ejercicio de la patria potestad, la capacidad para administrar bienes o para desempeñar cargos públicos o profesiones. Pero ninguno de los derechos del paciente consagrados en las normas éticas y jurídicas resultan abolidos en la persona privada de libertad”⁽¹⁵⁾. Por supuesto que en tales casos registrarán también las causales de revelación del secreto por justa causa (enfermedades infectocontagiosas, riesgos en el ámbito carcelario, etcétera), pero con la prevención que esa revelación solo debe producirse agotados todos los medios menos lesivos para evitar un mal mayor.

15. Excepciones a la inviolabilidad de la clínica médica

En suma, la clínica médica es inviolable en tanto la orden judicial de registro se dirija a obtener datos íntimos de pacientes sin el consentimiento de los mismos y con la finalidad de utilizarlos como evidencia inculpatória en su contra. Fuera de este principio, si el paciente consiente en el secuestro –o el mismo lo pide– la medida es legítima. Esta hipótesis puede darse en el contexto de una medida cautelar ante la justicia civil o penal solicitada por el paciente previo a una demanda o denuncia contra el médico tratante, fundado en el temor de desaparición, mutilación o modificación de la historia clínica en su perjuicio. No hay que olvidar que la historia clínica, además de contener información íntima del paciente, también es considerada una fuente de prueba y en caso de consentimiento del paciente o defensa del médico demandado, su naturaleza confidencial decae.

No obstante, el objeto de este trabajo es analizar el secuestro de historias clínicas en la órbita de la justicia penal y no civil, por lo que el ejemplo anterior más que como una excepción debe tomarse como un supuesto ajeno a la hipótesis en estudio.

Otra hipótesis de excepción es que la propia clínica o el personal de la misma esté siendo investigado por la comisión de posibles delitos. En estos casos, la resolución judicial que ordene el registro y secuestro de documentos deberá ser muy específica y cauta a la hora de determinar qué tipo de documentos deben secuestrarse con

la finalidad de preservar datos íntimos de pacientes legítimos, es decir, no involucrados en el delito investigado.

16. Conclusiones

Este trabajo pretende comenzar a debatir la tesis de que en aquellos lugares físicos en los que se resguarda información confidencial que no está constitucional ni legalmente al alcance de las autoridades de investigar delitos, no es posible ejecutar un allanamiento dirigido al secuestro de esa información. En el específico caso de las clínicas médicas, esa información estará asentada en la historia clínica o en otros registros análogos. El eje medular de la argumentación es que la institución médica es custodia de esa información privilegiada y, por lo tanto, se trata de un lugar protegido, en suma, un lugar exceptuado del allanamiento si este se practica –como se dijo– con la finalidad de obtener prueba penal contra un paciente. Las hipótesis más frecuentes son las órdenes dirigidas a obtener información acerca de asistencia posterior a un aborto clandestino o al consumo de estupefacientes. La ejecución de un allanamiento y secuestro en esas circunstancias violentaría el derecho a la no autoinculpación como se mencionó durante el desarrollo de este trabajo.

Una vez más nos encontramos, al analizar temas relacionados al secreto profesional, ante una aparente colisión de intereses: por un lado el interés público en la investigación y persecución de los delitos y, por otro, el interés de preservar la confianza del paciente en su médico, en no colocarlo en la encrucijada de que si se asiste se expone a una acusación penal, haciendo depender el cuidado de su salud de esa terrible elección. También la oposición aparece entre ese interés público de perseguir el delito y la preservación del principio que proscribía la validez probatoria de la autoinculpación. Se trata, en realidad, de falsas oposiciones. En un Estado democrático de derecho, la persecución del delito debe respetar determinados principios, y la proscripción de la autoinculpación –aun por vía indirecta mediante la violación de secretos– es uno de los principios esenciales del derecho al debido proceso.

Quizá sostener que la institución médica no puede ser objeto de allanamiento para obtener historias clínicas o datos sensibles fuera de las excepciones ya analizadas pueda parecer, a primera vista, una desmesura, un recorte a los poderes de la justicia penal en su tarea de persecución del delito. Y, sin embargo, es el corolario de la intangibilidad del secreto médico legalmente prevista en el derecho positivo uruguayo.

Summary

Introduction: this article aims to determine the legal status of the health care institution, considering it is the

physical location where the private clinical data belonging to patients is kept in custody, which data is covered by the medical professional secrecy. In particular, all data included in the medical records are included in documents that are protected by the medical professional secrecy, and thus cannot be seized by the criminal law with the purpose of prosecuting the owners of said medical records. On these grounds, the health care institution shall be considered an inviolable “special domicile”.

Objective: we aim to demonstrate that what enables sensitive and confidential information to be kept in the health care institution is the fact that leads to its having a privileged status of inviolability. The method used for such demonstration is strictly logical and is based on a syllogism. First, we need to demonstrate medical records are included in the medical professional secrecy. Next, we need to analyse whether the medical professional secrecy is inviolable and opposable to any judicial order.

Now, since the health care institution is the physical location where the inviolable documents (medical records) would be kept in custody, no judicial authority may order the search warrant of a health care institution with the purpose of seizing medical records when the patients are under investigation, unless they have especially authorized the judicial power to have access to their record.

Conclusions: the above mentioned analysis leads to the following conclusions: a) the medical professional secrecy may not be relieved by any judicial authority without the prior and explicit consent by the patient; b) medical records are covered by the medical professional secrecy and coercive access to it implies its mere violation; c) the medical institutions, as physical locations where the medical records and private data are kept in custody enjoy a privileged status named “special domicile”, that is similar to the lawyer’s office and may not be subject to search warrants with the purpose of finding evidence against patients who are members of the institution.

Resumo

Introdução: este artigo pretende determinar o estatuto legal do consultório médico partindo do princípio de que é um lugar físico no qual se custodiam dados íntimos dos pacientes, cobertos pelo segredo profissional médico. Especificamente todos os dados contidos nos prontuários médicos, documentos que integram o segredo profissional médico e que por tanto não podem ser objeto de apreensão por parte da justiça penal com o objetivo de culpar o proprietário desse consultório médico. A partir de esse dado se considerará o consultório médico como um “domicílio especial” inviolável.

Objetivo: demonstrar que o fator que permite que se custodiam dados importantes e confidenciais no consultório médico é o que determina que tenha um estatuto privilegiado de inviolabilidade. O método para realizar essa demonstração é estritamente lógico e está baseado no silogismo. Em primeiro lugar se deverá demonstrar que o prontuário médico do paciente integra o segredo profissional médico. A seguir se deverá analisar se o segredo profissional médico é inviolável e pode enfrentar qualquer mandado judicial. A partir desse ponto, e considerando que o consultório médico é um lugar físico no qual existem documentos em custódia (prontuários médicos de paciente) invioláveis, nenhuma autoridade judicial pode decidir uma busca e apreensão domiciliar em um consultório médico para a obtenção de prontuários médicos quando a pessoa investigada é um paciente e este não deu seu expresse consentimento para que a justiça tenha acesso ao seu conteúdo.

Conclusões: depois da análise descrita acima, chegamos às seguintes conclusões: a) o segredo profissional médico não pode ser relevado por nenhuma autoridade judicial se não conta com o consentimento expresse do paciente; b) o prontuário médico do paciente faz parte do segredo profissional médico e o acesso coativo é uma violação oblíqua do mesmo; c) a instituição médica, como lugar físico no qual se custodiam prontuários médicos e dados íntimos dos pacientes tem um estatuto privilegiado, denominado “domicílio especial”, similar ao escritório de um advogado, e não pode ser objeto de revistas ou busca e apreensão domiciliar com a finalidade de encontrar provas de culpabilidade contra pacientes da instituição.

Bibliografía

1. **Adriasola G.** La historia clínica y el secreto profesional médico. *Tribuna del Abogado* 2011; 175: 9-12.
2. **Cervini R, Adriasola G, Clavijo M.** El secreto profesional frente a la administración tributaria. Buenos Aires: BdeF, 2006.
3. **Cabezudo Bajo MJ.** La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal. Madrid: Iustel, 2004. p. 38.
4. **García González J.** Intervenciones de terceros en el correo electrónico: especial referencia al ámbito laboral y policial. In: Romeo Casabona C., coord. *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político criminales*. Granada: Comares, 2006. p. 315-6.
5. **Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia.** Audiencia constitucional: Exp. 11.974. Disponible en: <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/noviembre/732-8-11974-.html>. [Consulta: 7 de marzo de 2012].
6. **Luna Maldonado A.** Problemas médico legales del manejo de la historia clínica. *Rev Latinoam Der Méd Leg* 2000; 5(1): 39-47. Disponible en: <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v5n1/art7.pdf> [Consulta: 5 de febrero de 2012].

7. **Argentina. Ministerio Público Fiscal.** Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa nro. 62.204 - TCP (Buenos Aires) -Sala III - 03/10/2002. Disponible en: http://www.eldial.com.ar/suplementos/procesal/jurisprudencia/j_00004.asp [Consulta: 5 de febrero de 2012].
8. **Argentina. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal en Pleno.** (L.L.123-842; J.A. 966-V-69).
9. **Sabalet Moya J.** El secreto médico: aspectos jurídicos. Disponible en: <http://www.leysab.com/descargas/secretomedi-co.pdf> [Consulta: 14 de febrero de 2012].
10. **España. Ministerio de la Presidencia.** Jurisprudencia Constitucional Número de referencia: 22/1984 (Sentencia). Disponible en: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1984-0022. [Consulta: 5 de febrero de 2012].
11. **Bayardo Bengoa F.** La tutela penal del secreto. Montevideo: Facultad de Derecho, 1961. p. 323.
12. **Tribunal Supremo Español.** Sentencia del Tribunal Supremo Español de 11 de octubre de 1993.
13. **Aguar Guevara R.** La historia clínica, el deber ser. Disponible en: <http://www.ragaso.com/indexos/articulos.htm> - La_Historia_Cl%C3%ADnica:_el_deber_ser%E2%80%A6. [Consulta: 16 de febrero de 2012].
14. **Scalia A, Garner BA.** Making your case: the art of persuading judges. Saint Paul, Minnesota: Thomson, 2008. p. 42-5.
15. **Rodríguez Almada H.** Sobre la relación clínica entre el médico y la persona privada de libertad. In: Meirelles Gomes JC. A lógica da maldade: a violência em nome da Medicina. 2ª ed. Montes Claros: Unimontes, 2005. p. 181-91.