

Aproximación al secreto médico del adolescente

Gabriel Adriasola*

Resumen

Introducción: este artículo pretende aproximarse desde un punto de vista jurídico al alcance del secreto médico en pacientes menores de 18 años. El tema presenta complicaciones no sólo por la casuística sino también por la escasa regulación legislativa. Si a veces se debate el alcance de la confidencialidad médica en casos de pacientes mayores, con más razón se erige en un tema espinoso el alcance del secreto en pacientes adolescentes.

Objetivo: proponemos demostrar que en el marco normativo uruguayo el paciente menor tiene derecho a la confidencialidad cuando se trata de un adolescente maduro. Para llegar a esa conclusión se combinarán tanto el concepto médico de adolescente maduro como las convenciones internacionales sobre derechos de los niños y los jóvenes ratificadas por Uruguay, de manera de poder establecer no sólo un criterio médico sino también un límite etario de fuente legal a partir del cual el menor goza del derecho a la confidencialidad tanto con relación a quienes detentan su patria potestad o tutela como con relación a pedidos judiciales de información médica.

Conclusiones: luego del análisis llegamos a las siguientes conclusiones: a) los menores entre 12 y 18 años están amparados por el secreto profesional médico; b) los menores entre 15 y 18 años pueden incluso oponer el secreto profesional a sus padres o tutores; c) en materia de salud sexual y reproductiva los menores entre 12 y 18 años pueden pedir asesoramiento confidencial sobre métodos contraceptivos; d) las menores entre 15 y 18 años pueden, bajo determinadas circunstancias, pedir confidencialidad con relación a sus padres en el marco de los programas de asesoramiento pre y posaborto; e) en dichos programas las menores entre 12 y 15 años deben contar con el consentimiento de los padres; f) el derecho de menores limita en parte el secreto médico por el principio de tutela en casos de negativa a tratamiento en enfermedades graves o por motivos religiosos; g) dentro de esos límites etarios el médico deberá evaluar la madurez del menor para ampararlo en el secreto profesional.

Palabras clave: *CONFIDENCIALIDAD; DEFENSA DEL NIÑO - legislación y jurisprudencia. ADOLESCENTE.*

Key worss: *CONFIDENTIALITY; CHILDAVOCACY - legislation & jurisprudence. ADOLESCENT.*

* Abogado. Ex profesor titular de Derecho Penal I y II de la Universidad Católica del Uruguay. Asesor Legal del Tribunal de Ética Médica de la Federación Médica del Interior.

Correspondencia: Gabriel Adriasola
Colonia 920 Esc. 703. Montevideo, Uruguay.
Correo electrónico: gadriasola@adriasolaclavijo.com
Recibido: 22/9/08.
Aceptado: 13/10/08.

El menor de edad y su derecho a la confidencialidad médica

El secreto médico es una subespecie del secreto profesional y sujeto a tutela legal⁽¹⁾. Entre los muchos aspectos que merecen la profundización de un artículo aparece como medular la situación del adolescente y su carácter de titular del secreto médico. En otras palabras, ¿puede un adolescente pedir el amparo de la confidencialidad médico-paciente aun con relación a sus padres? ¿Puede pedirla con relación a la Justicia? Y, por último, ¿cuál es la edad a partir de la cual nace ese derecho a la confidencialidad?

Esta última pregunta se vincula estrechamente al concepto de “adolescente maduro”. Esta noción se ha ido abriendo paso en la sociedad y en los ámbitos tanto médicos como jurídicos. En los primeros es necesario mencionar el Programa Nacional de Salud Adolescente que adoptó la doctrina del “menor maduro”⁽²⁾. En este documento también se cita el criterio cronológico de la Organización Mundial de la Salud (OMS), dividiendo la adolescencia en “temprana” (desde los 10 a los 14 años) y “tardía” (desde los 15 a los 19 años).

En el ámbito jurídico, la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de los Jóvenes (la “Convención”), aprobada en Uruguay por la Ley N° 18.270 de 8 de abril de 2008 y publicada en el Diario Oficial el 25 del mismo mes. Este instrumento internacional reconoce en su artículo 15.1 el derecho a la intimidad de los jóvenes señalando que “*los jóvenes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.

Pero el derecho del menor de edad a la confidencialidad médica está consagrado de manera expresa y contundente en el artículo 25 de la Convención, bajo el título Derecho a la Salud. El numeral 3° de esta disposición dice claramente que “*tienen igualmente derecho a la confidencialidad y al respeto del personal de los servicios de salud, en particular, en lo relativo a su salud sexual y reproductiva*”. Se trata de una consagración legal en vigor para el derecho uruguayo que le reconoce al menor de edad –pues veremos luego el concepto de “joven” para la Convención– el derecho a la titularidad del secreto médico de la misma forma que lo tiene un mayor de 18 años. En ese sentido cabe recordar muy sumariamente que el secreto médico se trata de una manifestación del derecho constitucional a la intimidad⁽¹⁾, que sólo puede ser relevado por consentimiento expreso de su titular (el paciente) y que ni siquiera la Justicia puede relevarlo al médico contra la voluntad del titular del secreto⁽³⁾.

No existe entonces la menor duda de que el menor de 18 años puede ser titular del secreto médico y que, como contrapartida, el médico está obligado no sólo a guardar dicho secreto sino a defenderlo en función de su naturale-

za estatutaria. Esta significa que el médico no sólo está obligado a guardar silencio sino también a ejercer una defensa pro activa del secreto del que es depositario⁽⁴⁾. Por supuesto que cuando hablamos de menor de edad debemos recurrir a la ley civil y penal para determinarla, que en Uruguay está fijada por debajo de los 18 años de edad. A partir de ese concepto mayor debe profundizarse en el concepto de “adolescente maduro”. Es decir, ese derecho a la confidencialidad médica desde qué edad nace cuando estamos frente a un menor de 18 años.

Determinación de la edad en que nace el derecho a la confidencialidad médica

Una de las posibilidades es dejar la valoración de la madurez en manos del propio médico. Este sistema deja el nacimiento del secreto médico en las propias manos del profesional y es en definitiva compatible con el criterio de justa causa de revelación que consagra la ley uruguaya⁽³⁾. Este concepto hace del médico su propio juez en cuanto a cuándo debe revelar el secreto médico y configura un verdadero estado de necesidad en el sentido de que sólo puede revelarlo para impedir un mal mayor al de la propia revelación⁽⁴⁾. Existen también opiniones, como la del Dr. Yznardo Figuerola, que sostiene que debe ser un juez de familia debidamente asesorado quien determine la madurez del menor⁽⁵⁾.

No obstante, la Convención parece adoptar un criterio diferente, colocando un límite etario para su aplicación. De este modo expresa en su artículo 1° que “*la presente Convención considera bajo las expresiones ‘joven’, ‘jóvenes’ y ‘juventud’ a todas las personas, nacionales o residentes en algún país de Iberoamérica, comprendidas entre los 15 y los 24 años de edad. Esa población es sujeto y titular de los derechos que esta Convención reconoce...*”. Bajo esta norma, desde una óptica estrictamente legalista, el denominado “adolescente maduro” capaz de ser titular del derecho a la confidencialidad médica sería aquel menor de 18 años y no menor de 15 años. La ley española de autonomía del paciente de 2002 fija una edad mínima de 16 años para que el menor tome decisiones y consienta tratamientos aun en conflicto con quienes detentan su patria potestad. Al respecto, señala el Dr. Galán Cortés en materia de consentimiento informado que “*en caso de conflicto entre la voluntad del menor con suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres o representantes legales, debe prevalecer la voluntad del menor, por cuanto estamos ante un acto que afecta bienes como la libertad, la salud y la vida del paciente*”⁽⁶⁾. Este autor, también como se analizará más adelante, establece que existiendo dudas sobre las condiciones de madurez del menor, el médico deberá recurrir al juez o al Ministerio Público⁽⁶⁾.

Sin embargo, también es cierto que determinar la madurez de un menor no puede seguir un código rígido a riesgo de caer en una ficción legal. Así, ha señalado el Dr. Castellano Barca que *“la evaluación de un menor para valorar su grado de madurez es una acción médica, diferente para cada caso, que variará a lo largo del tiempo y que puede estar influida por múltiples factores. Transcribo algunos criterios de madurez a juicio de Martín Espildora: comprensión adecuada de lo que se está hablando, da motivos razonables que fundamentan su petición, pondera los riesgos y beneficios de su decisión, y puede acudir solo para recibir asistencia. En ocasiones se precisará estudio psicológico”*⁽⁵⁾. Pero por otra parte, el mismo autor señala que *“probablemente la mayoría alcanza la madurez moral alrededor de los 15 años”*⁽⁵⁾, con lo que viene a reafirmar el criterio de la Convención.

El Dr. Berro Rovira, en cambio, postula que la edad mínima para considerar a un menor como adolescente capaz de consentir es a partir de los 12 años. Señala que *“deberá mediar necesariamente una evaluación del grado de madurez existente en el niño y adolescente, y su competencia. Me permito sugerir este planteo en el mayor de 12 años”*. Y fundamenta esta posición señalando que *“a los 18 años se adquiere la mayoría de edad, hasta hace escaso tiempo era a los 21 años. La capacidad para conducir vehículos en Montevideo también se fija a los 18 años, pero a los 16 en el interior, incluso con diferencias para motos. A los 12 años para la mujer y 14 para el varón la de contraer matrimonio con asentimiento de los padres. No es ahora delito de violación la relación sexual de un mayor con menor de 15 años si medió consentimiento. Se admite consentimiento válido por encima de 12 años; repetimos, hasta hace escaso tiempo era 15 años el límite, ¿o sea que puede un o una adolescente consentir legalmente relaciones sexuales pero no podría consentir actos médicos, por ejemplo asesoramiento e indicaciones de técnicas anticonceptivas para esas relaciones, si el límite es 18 años? El delito de violencia doméstica es agravado si la víctima es menor de 16 años y no de 18 años”*⁽⁷⁾. Y continúa este autor: *“Como a partir de los 12 años se comienza con distintas consideraciones y eventualidades que avanzan hacia la adquisición de responsabilidades civiles y penales progresivas, y así incluso lo plantea el Proyecto del Nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, y a partir de los 10 años la pediatría informa de la posibilidad de competencia, al menos en cierto grado, entendí que si se pretende plantear un límite fijo de edad habría que considerar que los adolescentes pueden ser muy probablemente maduros entre 12 y 18 años y competentes en distintos grados para tomar decisiones de las comprendidas en el llamado consentimiento médico, informado o válido. El inicio de la adolescencia responde al comienzo de la*

maduración sexual y su finalización en cambio se marca más por un hecho social que biológico. La OMS considera el período de adolescencia entre 10 y 19 años. Legalmente la posición de plantear 12 años tiene abundante apoyo de legislaciones en Derecho Médico comparado, y no está violentando la Convención de Derechos del Niño, que tantas veces ya he citado y que, repito, hace más hincapié en la madurez que en la edad absoluta por sí sola”⁽⁷⁾.

La opinión del Dr. Berro Rovira fue vertida antes de la aprobación de la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de los Jóvenes que, como vimos, se aplica a los mayores de 15 años y expresamente consagra para ellos el derecho a la confidencialidad médica. No obstante, entendemos que la Convención no limita los derechos establecidos por la Convención de Derechos del Niño. El artículo 1º de la Convención expresamente aclara que los derechos reconocidos a los jóvenes a partir de los 15 años son *“sin perjuicio de los que igualmente les beneficie a los menores de edad por aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”*. Con base en esta disposición podría admitirse el criterio del Dr. Berro Rovira y aceptar que a partir de los 12 años podemos estar ante un adolescente maduro. Y decimos “podemos” porque el mero hecho de tener 12 años cumplidos no es sinónimo automático de madurez. Como ya lo señalamos, la evaluación de la madurez de un menor es un acto médico diferente para cada caso⁽⁴⁾, por lo que no es posible admitir un sistema de “madurez tarifada” legalmente. De este modo, se combinan los criterios médicos y legales. Por debajo de los 12 años no puede el menor ser titular del secreto médico aun cuando el médico evalúe positivamente un estado de madurez. Esto es importante porque una de las principales consecuencias del derecho al secreto médico en el adolescente maduro es que la información revelada al médico resulta inaccesible incluso para quienes detentan su patria potestad o tutela. Dice con claridad el Dr. Castellano Barca que *“pueden producirse conflictos en la relación entre padres y menores y en algunos supuestos como afirma Antequera Vinagre ‘las funciones inherentes a la patria potestad ceden cuando surge un conflicto de intereses entre los padres y menores’”*. Por otro lado *“el menor es titular de derechos fundamentales y el hecho de estar sometido a tutela no debe suponer un menoscabo para el libre ejercicio de su personalidad”*⁽⁵⁾. Este retroceso de la patria potestad es legalmente inviable en el caso de un menor de 12 años.

Sin embargo, y mediante la armonización de la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de los Jóvenes y la Convención Internacional de los Derechos del Niño, es posible sostener que el médico puede evaluar que se está ante un adolescente maduro a partir de los 12 años de edad y en caso de una evaluación médica positi-

va surge el deber de ampararlo en el secreto profesional. En suma, entre los 12 y los 18 años el médico tiene el deber de evaluar si está ante un menor con suficiente madurez como para ampararlo en el secreto médico de forma que este se sobreponga al acceso a la información de quienes detentan su patria potestad o su tutela.

Alcance del secreto médico en los adolescentes maduros con relación a la interrupción voluntaria del embarazo

Establecido ya el criterio que consideramos adecuado para determinar el límite etario a partir del cual el médico puede evaluar la madurez del adolescente, corresponde delimitar los efectos que tiene el estatuto de confidencialidad entre el menor y el médico. Como premisa hay que señalar que de principio no existen diferencias con el alcance de la confidencialidad cuando se trata de un paciente mayor de edad. La peculiaridad principal está dada en que el paciente está sujeto a patria potestad o tutela y los derechos de quienes ejercen estos institutos ceden ante el derecho a la confidencialidad del adolescente maduro. El ya citado artículo 25 de la Convención Iberoamericana, que consagra el derecho a la confidencialidad, hace especial hincapié en lo relativo a la salud sexual y reproductiva del menor. En este contexto, el menor maduro tiene el derecho a la tutela del secreto en una amplia gama de situaciones. Estas abarcan desde el asesoramiento y obtención de métodos anticonceptivos hasta situaciones más problemáticas. Entre estas últimas se destaca el caso de la adolescente embarazada que decide interrumpir su embarazo. ¿Puede el médico asesorarla en el marco de la Ordenanza N° 369/2004 del Ministerio de Salud Pública? Esto significa que si en la consulta de asesoramiento la paciente adolescente persiste con su convicción de interrumpir el embarazo se debería mantener confidencialidad sobre esa decisión y asesorarla sobre los métodos no riesgosos y examinarla luego de realizado el aborto. Esta es una situación dilemática. Alguna doctrina penal considera que el aborto realizado sobre una menor de 18 años es un aborto sin consentimiento⁽⁸⁾. No obstante, esta opinión no condice con los instrumentos internacionales mencionados en este artículo y tampoco es unánime en la doctrina. Al respecto, el Dr. Corujo –actual ministro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno– ha señalado que *“de manera alguna puede compartirse la conclusión que las menores de 18 años no pueden brindar consentimiento válido para el delito de aborto”*⁽⁹⁾.

Desde una perspectiva bioética, A. Huneus dice que *“la ética define la doctrina del menor maduro, según la cual el individuo puede ejercer los derechos desde que tiene la madurez necesaria para entenderlos. En el tema del consentimiento en los menores de edad, la bioética*

definió este concepto del menor maduro para evitar que los adolescentes tuvieran que pedir consentimiento para todo a sus padres”⁽¹⁰⁾. No es entonces posible desconocer esta realidad social con el pretexto de interpretaciones legales sobre si un menor de 18 años tiene o no capacidad para consentir un aborto.

En ese sentido reitera con contundencia el autor citado que *“la confidencialidad es un derecho humano de los niños, sin discusión alguna, y debe respetarse siempre. Las reglas que protegen la orientación que el profesional acuerda con su paciente garantizan la confidencialidad. Por supuesto que en situaciones excepcionales ésta se puede suspender, como en casos de riesgo vital, embarazo complicado o intención suicida”*⁽¹⁰⁾. E incluso se da capital importancia a las políticas institucionales de modo que ese derecho del menor a la confidencialidad sea conocido no solo por el personal de salud sino también por los padres: *“Cada institución debe elaborar políticas que aseguren la confidencialidad y que sean conocidas de los pacientes, los padres, el personal de salud y la comunidad. Las políticas de confidencialidad deben ser públicas para que realmente se respeten”*⁽¹⁰⁾.

No hay entonces la menor duda de que todo lo relativo a la anticoncepción queda amparado por el secreto profesional médico. Incluso el caso de “la anticoncepción de emergencia”. También queda comprendido en el secreto médico el menor maduro que le comunica al médico que consume drogas y le pide que no se enteren sus padres. Estas situaciones están comprendidas por el secreto médico cuando el menor tiene entre 12 y 18 años. Por supuesto que si existe grave riesgo de salud para el menor, el médico podrá ampararse en la justa causa de revelación del secreto por estado de necesidad para prevenir un mal mayor.

El aspecto crítico es –como señalamos– cuando una menor madura manifiesta su voluntad de interrumpir el embarazo. En el caso de un mayor de edad hemos sostenido que *“el tema puede plantearse también desde la óptica de la colisión de deberes combinada con la futilidad presumible de la revelación, lo que nos aleja aún más de considerar al médico como garante de la vida del embrión. En efecto, partiendo del supuesto de que la revelación no sería idónea para impedir que la mujer igualmente se realice el aborto, su consecuencia real sería que la paciente abandonara el sistema de asesoramiento previo y control posterior. Esa circunstancia determinaría que la revelación de la decisión de abortar incrementara el riesgo vital no sólo de la paciente en el caso concreto, sino de todas aquellas que potencialmente perderían su confianza en el sistema. Ese incremento del riesgo se verificará también en la muy probable hipótesis de que la paciente se realizará el aborto en condiciones peores y más riesgosas que si sigue las indicaciones del médico y concurre al control posaborto. En esa colisión*

sión de deberes a los que se ve enfrentado el médico parece claro que debe primar el evitar riesgos a la mujer que ya decidió realizar el aborto"⁽¹¹⁾. ¿Es trasladable este razonamiento al caso de una adolescente madura?

En Uruguay, la pregunta continúa siendo –ante la carencia de legislación– si el médico que sabe que un menor maduro decide realizarse un aborto debe guardar secreto –como en el caso de una persona mayor, o debe revelar el hecho a los padres contra la voluntad del menor. Los Dres. Rodríguez Almada y Berro Rovira –en un medular aporte al papel de los médicos en la realización de abortos legalmente autorizados– han señalado que *“si bien es una cuestión ética y jurídicamente compleja, en el caso de las menores, la información y el consentimiento de la propia niña o adolescente no deja de ser un requisito, y se debe recurrir a una valoración ad hoc en el marco de la doctrina de la minoridad madura”*⁽¹¹⁾.

Para abordar este aspecto hay que deslindar otras situaciones que tienen una solución no controversial. La atención posaborto de una adolescente madura está amparada por la confidencialidad y si la menor pide que no se revele el hecho a sus padres, el médico debe cumplir con ese pedido. Obviamente, tampoco puede el médico denunciar a la menor ante la Justicia sino que debe atenerse a la forma de denuncia anónima prevista por la Ley N° 9.763, ya que esta no distingue entre mayores y menores de edad.

Otra hipótesis en la que el médico no debería quebrar su deber de confidencialidad es aquella en que la consulta preaborto de un adolescente maduro en el marco de la citada Ordenanza N° 369/2004 se realiza con el conocimiento y asentimiento de sus padres o tutores. En ese caso no existe conflicto de intereses entre el menor y estos. Pero, como dijimos, es la hipótesis del conflicto de intereses o del pedido del menor de no revelar su situación a los padres el aspecto dilemático, tanto desde un punto de vista ético como jurídico. Ello, sin embargo, no significa desconocer la realidad del embarazo adolescente como un problema. En un primer nivel de análisis es obvio que en todos los casos el médico deberá convencer al menor de interiorizar a sus padres de la situación y tomar una decisión en conjunto.

No obstante, queda subsistente el problema de que el menor pida la confidencialidad de su decisión sea por temor a un conflicto de intereses con sus padres o porque no desea que estos se enteren de su embarazo y su decisión de abortar. ¿Debe en este caso el médico actuar como lo hace en Uruguay frente a una persona mayor de edad? Para dar una respuesta hay que comenzar por analizar si el criterio de la colisión de deberes y de la futilidad de la revelación descrito líneas atrás es aplicable al caso de un menor maduro. Al respecto cabe recordar que hemos sostenido que *“desde que la consulta preaborto está*

estructurada con la finalidad de prevenir riesgos letales a la mujer embarazada, y bajo el supuesto real de que la revelación no es idónea para prevenir el hecho, no estaríamos ante un caso de justa causa de revelación y por lo tanto el médico estaría impedido de delatar a la mujer. En efecto, se trata de dos factores que excluyen por un lado la coparticipación del médico en un acto delictivo y que descartan su posición de garante de la vida del concebido”⁽¹¹⁾. Una primera cuestión pasa entonces por determinar si la revelación es idónea para prevenir el hecho en el caso de una adolescente madura. La futilidad de la revelación es clara en el caso de los mayores pues no existen medios que puedan impedir que lleve a cabo su curso delictivo, sin embargo, es dudoso que ese mismo razonamiento sea trasladable a un menor.

Siempre cabe la posibilidad de que la disuasión que no pudo obtener el médico sea sí obtenida por los padres. Por lo tanto, sólo cuando el médico tenga una razonable certeza de que por la madurez, determinación, independencia del menor o ausencia de relacionamiento con sus padres la revelación será fútil, es que podrá hacer valer el secreto profesional por sobre los derechos de la patria potestad o la tutela. Sorteado este primer escollo, prevalecerá la finalidad de que la menor se realice un aborto seguro y concurra luego a la revisión posterior. Puede criticarse este raciocinio debido a que coloca al médico en un terreno sumamente resbaladizo desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, si su valoración fue consciente, estudiada detenidamente y llegó a la honesta convicción de que la revelación sería inidónea para prevenir el hecho y que, por el contrario, mantener el secreto minimizaría los riesgos del aborto, ninguna conducta penal le sería imputable.

Sin embargo, es necesario dotar de determinado grado de certeza el accionar del médico. Y para ello debemos recurrir a la citada Convención Iberoamericana sobre los Derechos de los Jóvenes. La expresa consagración del secreto profesional y el derecho de los jóvenes a partir de los 15 años a la confidencialidad médica permite sostener que si un joven a partir de esa edad no puede ser disuadido por el médico de realizarse un aborto y este manifiesta un conflicto de intereses con sus padres, en principio el médico debe tratarlo como un mayor de edad si se dan las condiciones propias de una adolescencia madura. Además deben darse las demás condiciones generales que hemos enumerado: convencimiento razonado del médico acerca de la futilidad de la revelación del secreto (los padres no podrán impedir la realización del aborto) y convencimiento razonado del médico acerca de que el mantenimiento de la confidencialidad aun a despecho de los derechos de la patria potestad minimizará los riesgos de un aborto imposible de evitar. Por debajo de los 15 años, entendemos que siempre deberá informarse a los padres y la confidencialidad acerca de la decisión de abortar solo

operará en caso de consentimiento de estos.

La ausencia de una legislación regulatoria es la que obliga a realizar estas interpretaciones que pueden resultar opinables o no compartidas por los operadores judiciales. Varios Estados han adoptado o están considerando legislaciones restrictivas en materia de aborto adolescente y notificación a los padres. Así es posible clasificar los sistemas restrictivos en tres niveles: a) leyes que obligan al médico a notificar a los padres de la menor que expresa su voluntad de realizar un aborto; b) leyes que exigen el consentimiento escrito de los padres, y c) leyes que cuando la menor no quiere involucrar a los padres se sustituye el consentimiento de ellos por el de un juez⁽¹²⁾. Se ha criticado este tipo de legislaciones por diversas razones. Al respecto se ha señalado que *“las jóvenes que no se lo dicen o no pueden decírselo a sus padres, frecuentemente tienen razones importantes como una historia de alcoholismo en la familia, de abuso emocional o físico, o de incesto. La participación de esos padres podría invitar más abusos de la adolescente o de otro miembro de la familia. En vez de hablar con sus padres –por cualquier razón que fuera– algunas jóvenes recurren a abortos peligrosos e ilegales o tratan de hacerse el aborto a sí mismas. Al hacerlo, corren peligro de graves heridas y muerte, o, en algunos casos, de cargos criminales”*⁽¹²⁾. En el mismo sentido *“al colocar obstáculos en el camino de las adolescentes, las leyes restrictivas tienen el efecto de crear demoras adicionales para mujeres que ya tienen dificultad en buscar atención rápida. Cuando las adolescentes saben que el doctor está obligado por la ley a hablar con sus padres antes de proporcionarle servicios de salud, están menos dispuestas a obtener atención a la salud relacionada con la actividad sexual”*⁽¹²⁾.

La sustitución del consentimiento de los padres por la intervención judicial también ha sido objeto de críticas: *“Ir a un tribunal suele ser intimidante aun para los adultos más sofisticados, quienes generalmente tienen un abogado que los represente. Una adolescente embarazada que busca una excepción jurídica, no sólo tiene que buscar a un juez, sino que tiene que navegar un sistema legal confuso y encarar preguntas intensas, a veces sentenciosas y a menudo traumáticas hechas por desconocidos. Ciertamente, las adolescentes más pobres, más jóvenes y con menos experiencia son las menos capaces de usar las excepciones judiciales, por lo cual tienen la mayor probabilidad de convertirse en madres adolescentes o en víctimas de un aborto ilegal”*⁽¹²⁾. El límite etario que postulamos en este artículo para que el médico garantice la confidencialidad a la menor condice incluso con las estadísticas. Así, se expresa que *“cada año, al menos 4 millones de abortos inseguros ocurren entre las adolescentes de 15 a 19 años, muchos de los cuales terminan en muerte o daños irreparables que in-*

cluyen infertilidad”⁽¹³⁾.

El Proyecto de Ley sobre Salud Sexual y Reproductiva que está a estudio del Parlamento en su versión del año 2007 recogía, para el caso de las niñas y adolescentes, el criterio restrictivo. Así, en un marco de legalización del aborto establece en su artículo 12 que *“en los casos de adolescentes o niñas el médico recabará su consentimiento así como el asentimiento de al menos uno de sus representantes legales o, en caso de ausencia o inexistencia de éstos, de la persona encargada de su cuidado”*. Y en su artículo 13 recurre a la solución denominada de las *“excepciones jurídicas”*⁽⁹⁾: *“Cuando por cualquier causa se niegue el asentimiento previsto en el artículo anterior o sea imposible obtenerlo, la adolescente o la niña que quiera interrumpir su embarazo podrán acudir al juez letrado con competencia en materia de familia especializado, quien autorizará la interrupción del embarazo siempre que se cumplan los plazos y condiciones previstas en los artículos 8º, 9º y 11º de la presente ley. La adolescente o la niña deberá comparecer personalmente con asistencia letrada. El procedimiento será verbal y el juez, previa audiencia, resolverá en el plazo máximo de cinco días a partir del momento de la presentación de la petición ante la sede, habilitando horario inhábil si fuera menester”*.

La pregunta, nuevamente, es si es necesario acudir a estos antecedentes para definir si el secreto profesional cede ante la patria potestad en el actual marco normativo de la Ordenanza N° 369/2004, que se desarrolla en un contexto de penalización del aborto. Para contestarla es necesario acudir a la finalidad de esta normativa que es la minimización de riesgos en un contexto de criminalización del aborto. Si el contexto familiar de una menor entre 15 y 18 años hace inviable impedir el aborto y el médico evalúa que la revelación tendría como muy probable consecuencia enviar a la menor al sistema de clandestinidad absoluta con riesgo a su salud o vida, debe hacer prevalecer el deber de confidencialidad y en ese caso prestar el asesoramiento previo y posterior al aborto.

Es cierto que ello somete al médico a una evaluación ante sí, pero esa evaluación no debe ser solitaria sino interdisciplinaria, que incluya la valoración psiquiátrica o psicológica. Los Dres. Rodríguez Almada y Berro Rovira lo recomiendan expresamente: *“En los casos de pacientes menores de edad se recomienda la consulta con psiquiatría pediátrica a los efectos de valorar el grado de comprensión de la situación de la paciente”*⁽¹⁴⁾.

¿Puede un juez relevar al médico del deber de secreto cuando el titular es un menor de edad?

Tratándose de personas mayores hemos sostenido que ningún juez, ni siquiera un juez en lo penal, puede relevar

al médico de su deber de guardar secreto profesional⁽¹⁾. El tema puede tener otras aristas más sutiles en materia de menores. No obstante, el análisis debe partir, como siempre, de los principios generales. El artículo 220 del Código del Proceso Penal establece en su numeral 3° que “*deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que llegasen a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo pena de nulidad: Los médicos, farmacéuticos, obstetras y demás técnicos auxiliares de la ciencia médica*”. Esta disposición establece también que el médico sólo podrá testificar si es “liberado” del secreto. Algunos jueces han entendido que como la disposición no dice quién puede liberar al médico del secreto, los magistrados penales tienen la potestad de relevarlos por resolución judicial y sin el consentimiento del paciente. No obstante, la doctrina entiende que la alusión al relevamiento refiere exclusivamente al titular del secreto y no al juez. Compartimos esta posición por diversas razones. En primer lugar porque la norma abarca no solo a los médicos sino también a abogados y sacerdotes. Que un juez pueda relevar el secreto del abogado o el secreto de confesión echaría por tierra los pilares del Estado democrático de derecho.

En segundo lugar, cuando el legislador quiso otorgar a un juez la potestad de penetrar en las esferas de la intimidad lo dijo expresamente, aun aludiendo a la vaguedad de “juez competente”. Todas las normas que conceden ese poder a los jueces lo explicitan. Así, la facultad de relevar el secreto bancario en el artículo 25 del Decreto-Ley N° 15.322, la potestad de relevar el secreto tributario en el artículo 47 del Código Tributario, la interceptación de comunicaciones telefónicas en el artículo 212 del Código del Proceso Penal, etcétera.

Por otra parte, el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal expresa que “*las personas mencionadas no podrán negar su testimonio cuando formalmente sean liberadas del deber de guardar secreto. Si el testigo lo invoca erróneamente sobre un hecho que no puede estar comprendido en el mismo, el juez procederá sin más a interrogarlo*”.

Se ha sostenido que sería redundante la mención al término “liberar” de guardar secreto pues esa liberación es siempre una potestad del titular del mismo, y que como dicha mención no estaba contenida en el artículo 227 del anterior Código de Instrucción Criminal ahora se permite el relevamiento judicial. Sin embargo, coincidimos con G. Puig, quien señala que “*la referencia al artículo 227 del Código de Instrucción Criminal no nos parece que pueda ser un argumento en favor... dado que el giro ‘cuando formalmente sean liberadas del deber de guardar secreto’, no habría tenido ningún sentido en aquel Código porque los abogados y médicos ni siquiera podían ser llamados a declarar, y entonces no podían ser ‘for-*

malmente liberadas’”. (Arlas anotaba: “*A diferencia de lo que ocurre con las inhabilidades, debe entenderse que las personas que indica este artículo 227 no pueden ser llamadas a declarar, es decir, que está prohibido citarlas como testigos y si se infringe la prohibición tal declaración será nula*”). (Código de Instrucción Criminal, C.E.D., 1962)”⁽¹⁵⁾.

Comentando el abrogado Código del Proceso Penal aprobado por la Ley N° 16.893, que nunca entró en vigor y ahora fue derogado, decía el Dr. Preza Restuccia que “*corresponde enjuiciar muy severamente una práctica judicial, bastante generalizada, por la cual el juez releva al profesional de su deber de guardar secreto*”. Debido a ello, dicho código estableció expresamente que “*el único que puede otorgar ese relevo es el directo beneficiario, que, obviamente, no lo es un juez; la acción indagatoria de un magistrado, no puede conducirlo al extremo de determinar a un profesional o funcionario, obligados por el precepto penal a guardar secreto, a infringir el precepto penal; si así se probare, el juez podría eventualmente incurrir en coautoría del delito de revelación de secreto y no podría enervar la antijuridicidad del comportamiento, invocando el cumplimiento de la ley –artículo 28 CP– porque, es justamente esa ley la que, por un lado, dice cuándo hay delito de revelación de secreto y una norma procesal indica claramente que sólo el beneficiario del secreto puede relevarlo*”⁽¹⁶⁾. Entendemos que esa mención interpretaba la voluntad legislativa que sancionó el citado artículo 220 del Código de Procedimiento Penal vigente.

Por último, el término “liberar” se corresponde más con la facultad del titular del secreto que con una potestad judicial. La ley siempre que ha otorgado a los jueces la potestad de penetrar en la esfera de la intimidad ha utilizado el término “relevar”.

En suma, clarificado ya que el juez no puede relevar el secreto médico interpretando que el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal le otorga esa potestad, corresponde ahora analizar si el mismo régimen se sigue en materia de menores de edad.

Ya señalamos que el artículo 25 de la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de los Jóvenes en su numeral 3° expresa que los jóvenes “*tienen igualmente derecho a la confidencialidad y al respeto del personal de los servicios de salud, en particular, en lo relativo a su salud sexual y reproductiva*”. Esta norma no tiene limitación alguna y por lo tanto debe entenderse que –por lo menos a partir de los 15 años– el secreto médico tampoco puede ser relevado por la Justicia contra la voluntad del menor. Esto se reafirma incluso en el Código de la Niñez y Adolescencia aprobado en Uruguay por la Ley N° 17.823, cuyo artículo 11 establece que “*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 la individualización de su persona”.

Por otra parte, el artículo 75 de dicho código establece también que *“en todos los casos en que se investigue la responsabilidad del adolescente, el procedimiento se ajustará a los trámites establecidos por este Código y subsidiariamente por el Código General del Proceso”.* Este código también consagra el derecho de no declarar de aquellos profesionales investidos de un deber de confidencialidad. En su regulación de la prueba testimonial el artículo 156.2 expresa que *“asimismo pueden rehusarse contestar preguntas que violen su deber o facultad de reserva, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto”.*

Ya se dijo que la Convención Iberoamericana sobre los Derechos de los Jóvenes consagra su derecho al secreto médico y lo hace sin restricciones. Entendemos, por lo tanto, que el médico sólo puede ser liberado por el menor y no por un juez penal o de menores. Concluimos, por lo tanto, que en este aspecto rigen los mismos principios que para el paciente mayor de edad. De esto no cabe duda cuando el menor tiene entre 15 y 18 años en función de la contundencia con que esta Convención establece su derecho a la confidencialidad. También en función de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y del Código de la Niñez y la Adolescencia el médico de un paciente entre 12 y 15 años puede hacer valer su deber de confidencialidad. Lo que sí diferencia al menor del mayor es que se acentúa el aspecto tutelar de la Justicia de Menores. En ese contexto, la evaluación por parte del médico de si existe justa causa para revelar el secreto puede tener connotaciones diferentes a los casos en que el paciente es un mayor de edad.

El aspecto tutelar como límite al secreto médico

El principio de tutela de la minoridad puede, en algunos casos, limitar el alcance del secreto médico. De la misma manera que la tutela de la salud de una adolescente nos permite concluir que puede ampararse en programas de asesoramiento pre y posaborto gozando de confidencialidad, existen en cambio otros casos en que este principio limita el privilegio del secreto.

Con respecto a los mayores de edad hemos señalado que *“es discutible, y ciertamente lindante con un desconocimiento de la voluntad del paciente, la divulgación del secreto para procurarle un bien cuando con el silencio no se expone a terceros a un peligro. Así, quebrantaría su deber de sigilo el médico que, contra la expresa petición del paciente, revela a sus familiares una enfer-*

medad grave de aquél –aunque no epidémica– para que lo convengan de realizar un tratamiento que rechaza”⁽¹⁾.

Este principio puede ceder en el caso del menor cuando se niega a un tratamiento en caso de enfermedad grave. Creemos que en esa circunstancia el médico debe informar a los padres o tutores. También en el caso de menores que se niegan a una transfusión por profesar el credo de los Testigos de Jehová, el médico debe solicitar la autorización judicial.

Se trata de casos especiales que, incluso, recortan la autonomía de la voluntad del paciente menor. Pero estas soluciones derivan justamente de esa calidad y de conciliar los deberes de confidencialidad con el principio tutelar del derecho de menores.

Summary

Introduction: this article addresses the scope of medical confidentiality for patients under 18 from a legal perspective. The topic is highly complex, not only due to casuistics, but also because of the scarce medical confidentiality regulations. If debates on the scope of medical confidentiality in patients of age are frequent, the scope of medical confidentiality for adolescent patients is especially controversial.

Objective: this study aims to prove that within the Uruguayan legal framework, patients that are under age have the right to medical confidentiality when they are mature adolescents. With the purpose of reaching this conclusion we shall combine both the medical concept of mature adolescent with the international conventions on the rights of the child and youngsters that were ratified by Uruguay, in order to establish not only medical criteria but also a legal minimum age to have the right to confidentiality with regard to those who possess their parental authority or guardianship and to court requests for medical records.

Conclusions: upon our analysis we arrived at the following conclusions: a) children between 12 and 18 are protected by medical professional secrecy; b) children between 15 and 18 may even enforce professional secrecy against their parents or tutors; c) in terms of sexual and reproductive rights, adolescents between 12 and 18 may seek confidential counseling for contraceptive methods; d) girls between 15 and 18 may, under certain circumstances, request confidentiality concerning their parents within the framework of pre and post abortion counseling programs; e) in order to take part in such programs, the girls between 12 and 15 need to have parental consent; f) the rights of children and adolescents under age partially limit medical secrecy on account of the guardianship principle, in the case of denial for treatment of serious conditions or due to religious reasons; g) within the above men-

tioned age limits, physicians shall evaluate the maturity of minors in order to be protected by professional secrecy.

Résumé

Introduction: cet article veut faire une approche depuis une perspective juridique à l'atteinte du secret médical chez des patients mineurs de 18 ans. Cela comporte une série de difficultés, par la casuistique mais aussi par l'absence de réglementation législative. Si parfois il est question de débat en ce qui concerne la confidentialité médicale avec les patients adultes, il est évident que l'affaire devient très délicate lorsqu'il s'agit de patients adolescents.

Objectifs: on se propose de prouver que dans l'enca-drement législatif uruguayen, le patient mineur a droit à la confidentialité s'il s'agit d'un adolescent mûr. Pour arriver à cette conclusion, on combinera la conception médicale de maturité ainsi que les conventions internationales sur les droits des enfants et des jeunes, ratifiées par l'Uruguay; on pourrait donc établir non seulement un critère médical mais aussi une limite d'âge de source légale à partir de laquelle le mineur jouit du droit à la confidentialité soit envers ses parents ou ceux responsables de sa tutelle, soit face à des pétitions judiciaires d'information médicale.

Conclusions: après l'analyse, on a conclus: a) les mineurs entre 12 et 18 ans sont protégés par le secret professionnel médical; b) les mineurs entre 15 et 18 ans peuvent même opposer le secret professionnel au titulaire de l'autorité parentale; c) en ce qui concerne la santé sexuelle et reproductive, les mineurs entre 12 et 18 ans peuvent demander assistance confidentielle portant sur des méthodes contraceptives; d) les mineurs entre 15 et 18 ans peuvent, dans certaines circonstances, demander confidentialité vis à vis des parents, dans le domaine des programmes d'assistance pré et post avortement; e) dans ces programmes, les mineurs entre 12 et 15 ans doivent compter sur le consentement du titulaire de l'autorité parentale; f) le droit des mineurs limite en partie le secret médical par le principe de tutelle en cas de refus au traitement de maladies graves ou pour des motifs religieux; g) dans ces limites, le médecin devra évaluer la maturité du mineur pour le protéger dans le secret professionnel.

Resumo

Introdução: este artigo faz uma aproximação do ponto de vista jurídico do alcance do segredo médico em pacientes menores de 18 anos. Este tema apresenta complicações devidas não somente à casuística como também pela regulamentação jurídica que é escassa. Considerando que o alcance da confidencialidade médica nos casos de pacientes maiores de idade produz divergências, é óbvia a

dificuldade para abordar esse aspecto nos pacientes adolescentes.

Objetivo: propomos demonstrar que, de acordo com as normas jurídicas uruguaias, quando se trata de um adolescente maduro, o paciente menor de idade tem direito a confidencialidade. Para chegar a essa conclusão deve-se fazer uma combinação do conceito médico de adolescente maduro e das convenções internacionais sobre direitos das crianças e dos adolescentes assinadas por nosso país. Dessa forma podemos demonstrar que de acordo com a regulamentação uruguia o paciente menor tem direito à confidencialidade quando for um adolescente maduro para estabelecer, não somente um critério médico mas também um limite etário legalmente definido. Desse modo o menor teria direito a confidencialidade tanto em relação às pessoas que exercem poder familiar ou tutela como também em relação a pedidos judiciais de informação médica.

Conclusões: depois da análise concluímos que: a) os menores entre 12 e 18 anos estão amparados pelo segredo profissional médico; b) os menores entre 15 e 18 anos podem inclusive manter o segredo profissional em relação a seus pais ou tutores; c) no que diz respeito à saúde sexual e reprodutiva, os menores entre 12 e 18 anos podem receber assessoramento confidencial sobre métodos anticoncepcionais; d) as menores entre 15 e 18 anos podem, em determinadas circunstâncias, pedir confidencialidade em relação a seus pais no que diz respeito ao assessoramento dos programas pré e pós aborto; e) nesses programas as menores entre 12 e 15 anos devem contar com o consentimento dos pais; f) o direito de menores limita parcialmente o segredo médico pelo princípio de tutela nos casos de negação a tratamentos de doenças graves ou por motivos religiosos; g) dentro desses limites etários o médicos deve avaliar o amadurecimento do menor para ampará-lo no segredo profissional.

Bibliografía

1. **Adriasola G.** Secreto médico, encubrimiento y omisión de denuncia. Montevideo: Carlos Álvarez, 2008. 216 p.
2. **Uruguay. Ministerio de Salud Pública. Dirección General de Salud.** Programa Nacional de Salud del Adolescente. Montevideo: MSP, 2008. 43 p.
3. **Bayardo Bengoa F.** La tutela penal del secreto. Montevideo: Facultad de Derecho, 1961.
4. **Cervini R, Adriasola G.** Relaciones peligrosas: secreto bancario. Fisco, cooperación internacional. Montevideo-Bs.As.: BdeF, 2007: 59-62.
5. **Castellano Barca G.** Atención al adolescente. Aspectos éticos y legales. Rev Esp Ped, vol. 63 enero-febrero 2007. Obtenido de: http://www.adolescenciasema.org/index.php?menu=documentos&id=72&id_doc=214&show=1. (Consulta: 15 jul 2008).
6. **Galán Cortés JC.** La responsabilidad médica y el consentimiento informado. Rev Med Urug 1999; 15: 5-12.
7. **Berro Rovira G.** El consentimiento del adolescente: sus aspectos médicos, éticos y legales. Arch Pediatr Urug 2001;

- 72(1). Obtenido de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-05842001000100008&lng=es&nrm=iso. (Consulta: 15 jul 2008).
8. **Bayardo Bengoa F.** Derecho penal uruguayo. Montevideo: FCU, 1981: 158-9. t. VIII.
 9. **Corujo W.** Breves referencias al delito de aborto con consentimiento de la mujer y el secreto profesional en la Ley N° 9.763. Su relevamiento y aplicación en el Código del Proceso Penal. Colaboración principal y secundaria y la disminución del riesgo. In: Briozzo L, coord. Iniciativas sanitarias contra el aborto provocado en condiciones de riesgo. Aspectos clínicos, epidemiológicos, médico-legales, bioéticos y jurídicos. Montevideo: SMU, 2002: 117-23.
 10. **Huneus A.** Ética, sexualidad y adolescencia. Obtenido de: <http://www.medwave.cl/congresos/2002sogia1/3.act>. (Consulta: 17 jul 2008).
 11. **Adriasola G.** El secreto profesional médico y la consulta previa a la realización del aborto. In: Briozzo L, comp. Aborto provocado en condiciones de riesgo en Uruguay. Montevideo: Iniciativas Sanitarias, 2008: 137-41.
 12. **Nacional Abortion Federation.** Las mujeres adolescentes, el aborto y la ley. Obtenido de: <http://www.prochoice.org/es/datos/adolescentes.html>. (Consulta: 28 jul 2008).
 13. Eximición a profesionales de la salud de la obligación de denunciar los casos de aborto. Proyectos de Ley 13/04/07 1883-D-05. Obtenido de: <http://www.reddeencuentrosocial.org/content/ley1883D05.php>. (Consulta: 28 jul 2008).
 14. **Rodríguez Almada H, Berro Rovira G.** Pautas para la práctica institucional del aborto por indicación médico-legal. *Rev Med Urug* 2006; 22: 157-61.
 15. **Puig G.** El relevamiento por la justicia penal del secreto profesional de los abogados, puede aparejar responsabilidad del estado por acto jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad penal del abogado infidente. *La Justicia Uruguaya* t. 111.
 16. **Preza Restuccia D.** Regulación de los medios de prueba en el nuevo código del proceso penal. *La Justicia Uruguaya* t.117.