

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN TIEMPOS DE PANDEMIA THE DOCTOR-PATIENT RELATIONSHIP IN TIMES OF PANDEMIC A RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Diego Andrade Sosa**
*Valeria Escobar Suhr***

RESUMEN. El presente artículo refiere a determinados problemas bioéticos y jurídicos en marcados en la crisis global generada por el COVID-19. En ese sentido se abordan cuestiones tales como la asignación de recursos limitados, las limitaciones al ejercicio de la autonomía en general, y del derecho a no saber y el egreso contra voluntad médica en particular; y la protección de la confidencialidad de los datos sanitarios; en el contexto de la pandemia señalada.

PALABRAS CLAVE. Bioética. Pandemia. Recursos limitados. Autonomía. Confidencialidad.

ABSTRACT. This article refers to certain bioethical and legal problems framed in the global crisis generated by COVID-19. In this sense, issues such as the allocation of limited resources, limitations to the exercise of autonomy in general, and the right to not to know and discharge against medical will in particular are addressed; and the protection of the confidentiality of health data; in the context of the indicated pandemic.

KEY WORDS. Bioethics. Pandemic. Limited resources. Autonomy. Confidentiality.

RESUMO. Este artigo refere-se a certos problemas bioéticos e legais enquadrados na crise global gerada pelo COVID-19. Nesse sentido, são abordadas questões como a alocação de recursos limitados, limitações ao exercício da autonomia em geral e o direito a não conhecer e dispensar a vontade médica em particular; e a proteção da confidencialidade dos dados de saúde; no contexto da pandemia indicada.

PALAVRAS CHAVE. Bioética. Pandemia. Recursos limitados. Autonomia. Confidencialidade.

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Ayudante (G1) de Derecho Civil (FCEA-UR). Aspirante a Profesor Adscrito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (FD-UR). Integrante del Grupo de Estudio Bioética y Derecho (FD-UR). Maestrando en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (FD-UR). dandradesosa@gmail.com

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Asistente (G2) de Derecho Civil (FCEA-UR). Ayudante (G1) de Introducción a la Bioética y de Derecho Privado IV y V (FD-UR). Integrante del Grupo de Estudio Bioética y Derecho (FD-UR). Maestranda en Derecho Comercial (FD-UR). vescobarsuhr@gmail.com

I. INTRODUCCION.

Atravesamos actualmente un momento histórico mundial, propulsado por el SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID-19 y propiciante de una pandemia de escala mundial

Como destaca Camilo NOGUERA PARDO “El covid-19 ha planteado desafíos a los sistemas de salud, en particular, y a la protección de los derechos fundamentales y deberes ciudadanos, en general. Los sistemas jurídicos de usanza y los modelos éticos tradicionales empiezan a resultar insuficientes para dilucidar órbitas de acción y construcción de políticas públicas efectivas para el futuro inmediato. En ese vacío académico surgen disciplinas y campos de estudio con capitales teóricos importantes para consultar y dirigir esfuerzos gubernamentales y acuerdos internacionales en pro de la especie humana. Dos de estos discursos son la bioética y el bioderecho” (los destacados nos pertenecen); y sobre el particular, continúa puntualizando el autor que “Lo hace desde marcos conceptuales que buscan orientar la acción de la investigación clínica y biotecnológica, y sus resonancias en la vida: desde modelos de razonamiento, modelos de justificación, modelos de argumentación y principios de acción hasta comités de revisión y de liberación. Para el caso concreto de covid-19 y la crisis sanitaria global, la bioética tiene mucho que decir” (NOGUERA PARDO, 2020)

La aparición del patógeno y pandemia de marras, deriva en que se refloten con especial intensidad determinados dilemas bioéticos y normativos, que atañen a derechos fundamentales de las personas que se encuentran en juego en la relación médico-paciente; a cuyo modesto abordaje, dedicaremos el presente artículo.

En ocasiones las tentativas de respuesta a tales cuestiones serán provistas de la interpretación de textos normativos vigentes en Uruguay, y en otros casos las mismas devendrán de criterios y pareceres brindados por sendos autores e inclusive por organismos internacionales.

De esta forma, primeramente, referiremos a una cuestión habitual en los debates bioéticos, y que cobra especial tenor en tiempos de una pandemia, como lo es la problemática derivada de recursos sanitarios limitados.

En segundo lugar, se aludirá a posibles limitaciones al ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad, con especial detenimiento en el derecho a no saber y el alta contra voluntad médica.

En tercer término, se hará un desarrollo relativo a la protección de la confidencialidad de los datos sanitarios de los pacientes, materia que estimamos no puede ser soslayada en la actual coyuntura.

Finalmente explayaremos algunas reflexiones finales a modo de conclusiones del trabajo realizado.

II. EL RECURRENTE DILEMA DE LA ASIGNACION DE RECURSOS ESCASOS.

2.1. El acceso a los recursos sanitarios en condiciones de igualdad.

El derecho a la salud a la igualdad en las posibilidades de acceso a los recursos sanitarios, ha sido recogido y subsumido en numerosos instrumentos, tanto de fuente nacional como internacional.

Así en el sistema universal, encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece, en sus artículos 1 y 2 que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición; estableciendo específicamente en el artículo 3 que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y en el 25 se señala que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, prevé en su artículo 12 que “1. Los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

En el marco de este orden, resulta menester destacar a la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO del 19 de octubre de 2005 (en lo sucesivo DUBDH), establece en su artículo 10 que “Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad”. Y en su artículo 14, numeral 2, se expresa: “Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar: a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano”.

Ingresando en el nivel vernáculo el artículo 44 de la Constitución de la República, establece que: “El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad”.

Yendo a regulaciones de fuente legal, la Ley N° 18.335 del 15/08/2008 sobre “Derechos y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud” señala en su artículo 2 que: “Los pacientes y usuarios tienen derecho a recibir tratamiento igualitario y no podrán ser discriminados por ninguna razón ya sea de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidades, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica”; añadiendo en sus artículos 7 y 10 que “Todo paciente tiene derecho a una atención en salud de calidad, con trabajadores de salud debidamente capacitados y habilitados por las autoridades competentes para el ejercicio de sus tareas o funciones (...) Todo paciente tiene el derecho a que sus exámenes diagnósticos, estudios de laboratorio y los equipos utilizados para tal fin cuenten con el debido control de calidad. Asimismo tiene el derecho de acceso a los resultados cuando lo solicite (...) Todas las patologías, agudas o crónicas, transmisibles o no, deben ser tratadas, sin ningún tipo de limitación, mediante modalidades asistenciales científicamente válidas que comprendan el suministro de medicamentos y todas aquellas prestaciones que componen los programas integrales definidos por el Ministerio de Salud Pública (...) Los servicios de salud serán responsables de las omisiones en el cumplimiento de estas exigencias”

Como vemos, de la normativa reseñada se extrae como corolario que todas las personas detentaríamos, sin distinción y en condiciones, el derecho a acceder a todos los tratamientos, procedimientos, fármacos y demás insumos que, según el estado actual de evolución de la ciencia médica, contribuyan a la asistencia de nuestra salud.

Ahora bien, las restricciones al ejercicio de este derecho no emanan de los textos positivos, sino que están determinadas por la realidad fáctica: existen recursos limitados para el tratamiento de las diversas afecciones, circunstancia derivada del incremento de los costos de atención médica, los cuales, como sostiene D’EMPAIRE obedecen a una serie de factores tales como el desarrollo científico y tecnológico, una mayor exigencia por parte de los usuarios, la asimetría de la información (ignorancia por parte del enfermo de sus necesidades reales y de las diferentes alternativas que existen para su diagnóstico y tratamiento), los terceros pagadores (pago de la atención médica a través de instituciones públicas de salud o por seguros privados; lo cual repercute en que al no ser el paciente directamente, ni el médico quienes pagan la factura se tiene poca consideración sobre los costos), la medicina defensiva (ante el temor demandas judiciales contra médicos, en ocasiones, estos últimos incurren en gastos exagerados y a veces no justificados, a fin de protegerse del eventual inicio de litigios), y la ineficiencia de los sistemas de salud

(D'EMPAIRE, 2001).

La repercusión aislada o en conjunto de alguno/s de los factores referidos en el párrafo anterior genera en la praxis, que los equipos sanitarios deban afrontar la compleja decisión de ponderar la asignación de un determinado insumo o tratamiento a un paciente con la consecuencia de tener que denegarlo a otro. Dicha cuestión, contextualizada en el presente, será abordada a continuación.

2.2. Las decisiones a adoptar ante recursos limitados. ¿Colisión de principios?

La crisis originada por el COVID 19 ha puesto en jaque a los sistemas sanitarios a nivel mundial. La virulenta contagiosidad de la enfermedad, ha repercutido en un incremento inusitado de pacientes a los centros asistenciales y hospitalarios que requieren de determinado tratamiento o prestación limitada, que es a su vez requerido para otros pacientes con idéntica o diversa patología.

En tal sentido, la cuestión de los respiradores y su asignación a los enfermos críticos, ha sido paradigmática en el contexto de esta pandemia e ilustra parte del dramatismo de la misma. Sobre este aspecto, reviste interés lo manifestado por Marc Antoni Broggi, Presidente del Comité de Bioética de Catalunya al señalar que “La intubación en UCI no es un tratamiento contra el virus, no es la salvación. Es un sostén que intenta dar tiempo a que el cuerpo venza la enfermedad (...) “Si se ve claro que esta espera resulta ilusoria, no tiene sentido empezarla o continuarla. No todos pueden beneficiarse, médicamente hablando, de un proceso intubación” (Cfr. MACPHERSON, 2020).

Como destacan GARDUÑO-ESPINOSA, ROSAS-VARGAS, y REYNÉS-MANZUR: “Tradicionalmente se esperaba que el médico actuara sólo por el bien de sus pacientes, sin considerar las necesidades de los demás (...) Este enfoque individualista sobrevivió al paternalismo del médico y la autonomía del paciente, en que la voluntad del enfermo se convirtió en el principal criterio para decidir qué recursos emplear; sin embargo, otro valor, la justicia, se ha transformado en un factor importante en la toma de las decisiones médicas. Esto implica un aspecto más social de la asignación de los recursos, que considera las necesidades y derechos de otros pacientes. Significa que el médico es responsable no sólo de sus propios pacientes, sino que en cierta medida, también de los demás. Ya no es suficiente que el galeno prescriba un estudio o un tratamiento costosos, sólo porque ya existe en otras partes del mundo y que señale que “si no hay dinero, no es mi problema, que el hospital lo consiga”. En cada decisión de esta naturaleza, se necesita elegir, considerando lo individual y lo colectivo (...) Un tipo de decisión sobre asignación, que deben tomar muchos médicos, es la elección entre dos o más pacientes que necesitan un recurso escaso, como la atención de personal de urgencia, disponibilidad de una cama en terapia intensiva, órganos para trasplante, exámenes y medicamentos muy costosos,

una campaña de vacunación o trasplantes de corazón (...) El médico que controla estos recursos debe decidir qué pacientes tendrán acceso a ellos y cuáles no, sabiendo muy bien que los que no tendrán acceso a estos recursos, pueden sufrir e incluso morir (...) Estos médicos, que abordan los problemas de asignación, deben ponderar y tratar de equilibrar los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia y otros más como la solidaridad, para que en este dilema respecto a los derechos de unos y otros, se resuelva con menor daño (...) Si hay una sola cama en terapia intensiva y dos pacientes están en espera, y con las mismas probabilidades en su pronóstico, ¿A quién se le debe asignar? Aquí, la discusión de los principios éticos ayuda en gran medida a tratar de tomar la decisión más justa” (GARDUÑO-ESPINOSA, ROSAS-VARGAS y REYNÉS-MANZUR, 2013, 298-299).

Los autores de marras proponen como criterios orientadores para la asignación de recursos escasos, tener presentes los siguientes lineamientos: “1. Todos los pacientes tienen derecho a la asistencia sanitaria. El Estado establecerá las modalidades. 2. Los recursos siempre son insuficientes. 3. Conocer las diversas teorías filosóficas permiten un debate más inteligente. No hay ninguna teoría que sea completa, aunque todas coinciden en que debe haber un mínimo decoroso. 4. Las decisiones para asignar un tratamiento a un paciente y a otro no, debe hacerse con estrictos criterios médicos y éticos (Medicina basada en evidencias, principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia distributiva y el costo-beneficio). 5. Se sabe de antemano que unos pacientes serán beneficiados y otros sufrirán. Hay que ponderar los derechos de todos, maximizar el bien del que lo recibe y minimizar el daño en quien no se aplica (...) Deben evitarse tratamientos fútiles o superfluos que prolongan la vida en forma inútil. La Unidad de Cuidados Paliativos puede dar su opinión en estos casos. Debe fomentarse la política de atención en su domicilio a pacientes en la fase terminal con programas denominados “llevar a casa el hospital” (GARDUÑO-ESPINOSA, ROSAS-VARGAS, y REYNÉS-MANZUR, 2013, pp. 301- 302).

En esta línea argumental, el español DE LORA alude a la fórmula empleada por el economista de la salud Alan Williams para poder evaluar tratamientos y de ese modo priorizar entre pacientes: “Se trata del baremo conocido como QALY (Quality Adjusted Life Years), es decir, Años de Vida Ajustados por Calidad (AVAC). La idea es simple: no podemos guiarnos solo por lo que en términos de supervivencia proporciona una terapia sino que también hemos de ponderar la calidad de vida alcanzada. Tomemos como 0 el peor estado de salud posible (equivalente a la muerte) y 1 la salud plena. Así que si consideramos que una persona parte de un estado de salud muy malo (pongamos 0.2), pero gracias al tratamiento vivirá casi estupendamente (0.9) durante diez años, sus AVAC serán 7 (0.7x10). Si además sabemos lo que cuesta el tratamiento podemos calcular fácilmente el coste por AVAC y comparar las alternativas terapéuticas. Con un método semejante

Williams demostró que un programa de trasplante renal era mejor que la hemodiálisis en términos de coste-efectividad” (DE LORA, 2020)

Los enfoques anteriormente referidos parecieran revestir mayor aplicación en hipótesis de ponderación entre el costo beneficio de la realización un determinado esfuerzo terapéutico y su repercusión en la calidad de vida del paciente hipotético. Pero en el supuesto particular del COVID-19 y en la especificidad de la asignación de respiradores para el tratamiento de uno de sus síntomas más preocupantes, la insuficiencia respiratoria; la practicidad de la ponderación señalada no parece tan clara. Resalta con acierto DE LORA que el criterio “AVAC” privilegia “a quienes tienen más vida por delante y no sufren de discapacidades permanentes”; lo que lleva al autor a cuestionarse sobre la existencia de mejores opciones (DE LORA, 2020); y citando a Henry Sidgwick expresa: “el bien de cualquiera no es de más importancia (desde el punto de vista “del universo”) que el bien de cualquier otro y, por lo tanto, todos los pacientes han de ser tratados como igualmente únicos y de valor inconmensurable, la única opción éticamente disponible es echarlo a suertes, un caso de justicia procesal pura en la terminología de John Rawls” (DE LORA, 2020).

DE LORA, en base a recomendaciones efectuadas por la Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) y la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Terapia Intensiva (SIAARTI), señala que debe descartarse una priorización de pacientes que requieran ventilación mecánica en base al criterio “primero en llegar, primero en ingresar, ya que “se trata de una expresión del azar que sacrifica a quienes están peor simplemente porque llegaron más tarde. Además, opaca otras propiedades que bien pudieran ser consideradas relevantes. Es por ello (...) de que deberá tomarse en consideración la prognosis y la probabilidad de recuperación” (DE LORA, 2020).

El mencionado profesor ibérico puntualiza que “el racionamiento puede suponer en este caso no solo “no administrar” el soporte ventilatorio sino, eventualmente, “retirarlo”, una decisión que no puede considerarse contraria a la práctica clínica cuando esa limitación del esfuerzo terapéutico obedece a razones de futilidad al final de la vida o al ejercicio de la autonomía de la voluntad del paciente, pero que en este supuesto respondería a su “mejor uso” en otro enfermo con un resultado fatal para el primero” (DE LORA, 2020).

Como apunta LINCONAO, tal extremo, es decir jerarquización de los pacientes que privilegia a aquellos con mejor pronóstico (que en el caso del COVID-19, en ciertos países se ha traducido en la preferencia por las personas de menor edad y mejor pronóstico, limitándose la atención a los adultos mayores y a personas con comorbilidades), plantearía una aparente “contradicción contra el principio bioético de justicia. Este proclama que debe darse igual trato para todos los pacientes (Beauchamp & Childress, 2002)”. No

obstante, este especialista señala que dicho obstáculo podría ser sorteado en el entendido de que “en una situación donde los recursos son limitados el principio de justicia comienza a dar lugar al principio de beneficencia. Este principio consiste en hacer el bien (en este caso sanar) y en evitar y reparar el daño. Este principio puede dividirse en dos facetas en la beneficencia positiva que procura ayudar a los enfermos y la utilidad que procura un balance entre beneficios y daños. Al priorizar en la atención médica los casos con mejores posibilidades de evolución se están siguiendo la lógica de utilidad que procura maximizar los beneficios. Por más duras que estas medidas resulten sigue coordinadas éticas propias de un contexto de desborde” (LINCONAO, 2020).

La argumentación de LINCONAO reviste cierta coherencia, en el sentido que resuelve con una lógica habitualmente admitida para los casos de colisiones entre principios. Como señala BERNAL PULIDO que existen dos formas básicas de aplicar las normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, mientras que la ponderación “es la manera de aplicar los principios” (BERNAL PULIDO, 2003, 5); y ha sido Robert ALEXY quien con mayor claridad y precisión expuso la teoría de la ponderación. El precitado autor alemán señala que la denominada “ley de la ponderación” puede ser formulada de la siguiente manera: “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento de o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de la ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto” (ALEXY, 1988, 147) Dicha elaboración también puede ser expresada como “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (ALEXY, 2009, 83). En el razonamiento del jurista germano la operación a realizar en sede de ponderación ante dos principios entran en colisión implica que uno de ellos tiene que ceder ante el otro.

Ahora bien, en materia Bioética, otros autores han sostenido una jerarquización diversa a la propuesta por LINCONAO, basado en un alcance distinto conferido a los principios en juego. Así Diego GRACIA GUILLEN, citado por BERRO ROVIRA y CLUZET, establece el siguiente orden jerárquico entre los principios bioéticos, por su orden: justicia, autonomía y beneficencia. Por lo tanto, ante una hipótesis de conflicto, los principios del bien común: justicia y no maleficencia deberán predominar sobre aquellos que expresan el bien individual: autonomía y beneficencia, aun cuando no siempre sea sencillo en la práctica, poder expresar esta predominancia (Cfr. BERRO ROVIRA y CLUZET, 2013, 347)

En relación a la jerarquización entre estos principios, y especialmente el papel del principio de justicia BERRO ROVIRA y CLUZET traen a colación una previsión contenida en el Código de Ética Médica del Sindicato Médico del Uruguay y la Federación Médica del Interior, en su artículo 12 señala que “El médico debe buscar los mejores

medios de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes. Deberá buscar responsablemente el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos en las instituciones donde trabaja, evitando todo despilfarro o negligencia en la administración de recursos destinados al mayor número posible de pacientes y denunciando y oponiéndose como ciudadano a todas aquellas situaciones en que esto resulte de la malversación o la mala distribución de los bienes sociales” (BERRO ROVIRA y CLUZET, 2013, 347-348). En línea análoga, a nivel del derecho positivo vigente encontramos el Código de Ética Médica recientemente aprobado por Ley 19.286 en su artículo 8 reza: “El médico debe procurar los mejores medios científicamente aceptados de diagnóstico y tratamiento para sus pacientes, así como el rendimiento óptimo y equitativo de dichos recursos”.

En definitiva las jerarquizaciones propuestas por GRACIA GUILLÉN y LINCONAO, a pesar de ser diferentes, conducirían a un mismo resultado: la primacía del bien común o del colectivo por sobre lo individual; rasgo que definitiva ha sido caracterizante de la Bioética, especialmente en su faz social.

En otro orden, DE LORA destaca que apelar a la futilidad del tratamiento en razón quien sea su destinatario, como lo han hecho algunos sistemas sanitarios del orbe (ejemplo: pacientes mayores de ochenta años, portadores de comorbilidades, etc.) “cuando en circunstancias distintas a las actualmente concurrentes no se retiraría el respirador, no solo es un acto gravemente contrario a la deontología profesional, sino que, desde un punto de vista puramente instrumental, pone en riesgo la necesaria confianza que hemos de tener en el sistema sanitario” (DE LORA, 2020). No obstante, el autor entiende que en el caso de la discriminación por el factor edad, basado en el hecho “tener una igual oportunidad de disfrutar de un número de años de vida” sería un criterio razonable, en tanto “En la alternativa de quien ya los ha disfrutado –y se ubica por lo tanto por encima de ese umbral– y la persona que no lo ha hecho, se debe elegir a esta segunda” y posteriormente agrega: “una primera objeción al criterio de la edad como decisor es que se trata de eso precisamente, de una forma odiosa de discriminar (...) el hecho de ser mayor constituiría un rasgo como la raza, la discapacidad o el género, una circunstancia independiente de la voluntad del individuo (nadie piensa que uno puede remediar ser viejo quitándose antes la vida). En realidad, no es así: la discriminación por edad no es como el ominoso racismo o sexismo sino la justa compensación en favor de quien no tendría la oportunidad de llegar a cumplir esa expectativa vital” (DE LORA, 2020).

Sin embargo, el propio académico reconoce que “hay otras objeciones más atendibles (...) Así, una persona de 50 años ha podido vivir muy intensamente, cumplir muchos de sus propósitos juveniles y poder morir habiendo cerrado los capítulos más importantes de su existencia, mientras que el de 80 pudiera ser en cambio el que justo ahora, por fin, empieza a disfrutar de una suerte de “edad dorada” después de una vida sujeta a infortunios diversos”. Por ello en definitiva propugna el criterio de “utilidad social” del

paciente sería “difícilmente objetable, como es el de la necesidad de contar con personal sanitario para, precisamente, luchar más eficazmente contra la propagación del virus y en pos de la curación de los enfermos (...) Así, la condición del médico mayor (que hubiera podido regresar a la actividad asistencial desde su situación de jubilado para contribuir a paliar la crisis) debiera ser ponderada. No digamos ya si además su enfermedad se debe precisamente a que contrajo el virus atendiendo a sus pacientes: en ese caso le estaríamos compensando con justicia” (DE LORA, 2020).

Parte de los criterios esbozados estarían recogidos en la “Orientación ética para el uso de recursos limitados en los servicios críticos de salud durante la pandemia de COVID-19” de la Organización Panamericana de la Salud (en lo sucesivo OPS), cuyas recomendaciones son las siguientes: “1. Establecer criterios de priorización transparentes: La existencia de criterios transparentes y de acceso público fortalece la confianza de la población en la autoridad sanitaria, que es clave para su respaldo a la respuesta, y alivia la carga de los proveedores de salud, al no tener que ser ellos quienes determinan estos criterios. 2. Salvar la mayor cantidad de vidas: Salvar la mayor cantidad de vidas es un criterio fundamental que implica priorizar a quienes están en mejores condiciones clínicas de sobrevivir el tratamiento con respecto a quienes difícilmente se recuperarán incluso con el tratamiento. Debe quedar siempre claro que esto no constituye abandonar a los pacientes: se les debe siempre brindar el cuidado paliativo necesario incluso si no es posible ofrecerles tratamiento. 3. Priorizar a quienes tienen la tarea de salvar las vidas de otros: Personas como los proveedores de salud arriesgan su vida para salvar las vidas de otros. Priorizar su atención responde por ello un criterio de justicia, y permite además salvar la mayor cantidad de vidas dado su rol central en la atención de otros. 4. Tratar a todas las personas equitativamente: Todas las personas en la misma situación (con COVID-19 u otra enfermedad) deben ser tratadas de la misma manera. En atención a la justicia y la equidad es fundamental asegurar que no haya variaciones según privilegio o discriminación respondiendo a diferencias de etnicidad, religión, orientación sexual, recursos económicos u otros criterios ajenos a estas recomendaciones” (Organización Panamericana de la Salud (2020).

Estimamos que el sucinto documento elaborado por la OPS, puede considerarse como instrumento de utilidad para la resolución de situaciones que el tópico abordado en este capítulo pueda suscitarse; y en definitiva se ajusta a lo manifestado por LINCONAO “Ciertamente debemos ser iguales frente a la ley pero no lo somos desde una óptica médica. Desde esta óptica, en una situación de escasez, privilegia el uso racional de los recursos médicos” (LINCONAO, 2020).

Sin perjuicio de lo señalado, entendemos que cualquiera de los criterios no puede ser considerado como una suerte de “molde estático” unívoco y aplicable a cualquier situación de escasez de recursos. Una respuesta rígida y permanente, podría no ajustarse

debidamente a todos los casos, e inclusive podría ser fuente de responsabilidad profesional al provocar una “pérdida de chance” al paciente

En tal sentido, si pretendiéramos establecer una guía para los dilemas que aparejan este tipo de circunstancias, estimamos que la misma podría ser subsumida de la siguiente manera: en primer término, en base al respeto al derecho a la igualdad (especialmente en el acceso a oportunidades) y a la dignidad humana de todas las personas, debe efectuarse un agotamiento exhaustivo de las alternativas que garanticen un acceso a las posibilidades de tratamiento, al mayor número posible de individuos afectados; y en segundo lugar, en forma subsidiaria ante la constatación objetiva de imposibilidad o inviabilidad material para llevar adelante el criterio anteriormente señalado, se podrá acudir al uso de la ponderación, en las formas desarrolladas ut-supra, para dilucidar las eventuales colisiones y primacías de derechos entre las personas.

III. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN TIEMPOS DE PANDEMIA. EL DERECHO A NO SABER Y EL ALTA CONTRA VOLUNTAD MÉDICA.

La mencionada Ley N° 18.335, establece que todo paciente tiene derecho a conocer todo lo relativo a su enfermedad. Este derecho es un corolario del principio de autonomía. Sobre el particular ESCOBAR TRIANA, y ARISTIZABAL TOBLER señalan que: “El respeto a la autonomía obliga a los profesionales de la salud a revelar la información necesaria y suficiente y asegurar la comprensión y la voluntariedad de las decisiones” (ESCOBAR TRIANA, y ARISTIZABAL TOBLER, 2011, 92). ORDOQUI CASTILLA define a la autonomía del paciente como “(...) la capacidad de decidir libremente con relación a las sugerencias que le realiza el médico con referencia a los tratamientos a seguir en el proceso de curación de su enfermedad. Sin autonomía, sin libertad no puede haber consentimiento informado. Una persona autónoma es la que actúa con libertad según sus propias convicciones e intereses” (ORDOQUI CASTILLA, 2012, 7).

En otras palabras, el respeto de la autonomía en el ámbito médico es una obligación de los profesionales de la salud para asegurar que los pacientes tengan derecho a escoger. Para que el profesional de la salud pueda afirmar que las decisiones de los pacientes son autónomas debe estar seguro que son informadas, libres, voluntarias y auténticas.

Volviendo a los alcances de ese derecho del usuario a conocer su estado sanitario, según el artículo 18, incluye entre otros aspectos: “A) Conocer la probable evolución de la enfermedad de acuerdo a los resultados obtenidos en situaciones comparables en la institución prestadora del servicio de salud. B) Conocer en forma clara y periódica la evolución de su enfermedad que deberá ser hecha por escrito si así lo solicitase el paciente; así como el derecho a ser informado de otros recursos de acción médica no disponibles en

la institución pública o privada donde se realiza la atención de salud”

Evidentemente el derecho a conocer los detalles de su estado de salud, para pacientes de un virus novedoso como el COVID-19, resulta una obviedad; como lo es con todas las enfermedades en general, en puridad.

Sin embargo, hay otra cara de la moneda: el derecho a no saber del paciente, definido por Clarisa RODRÍGUEZ como la voluntad del mismo “de no recibir información acerca de los procedimientos de atención a su salud” (RODRÍGUEZ, 2011); y citando a ORDOQUI CASTILLA alude a una posible fundamentación del mismo, basada “en razones de confianza, o con el convencimiento de que tener o no la información en nada va a incidir sobre la posición que va a adoptar en protección de su salud, el paciente puede renunciar a este consentimiento informado entiende que la renuncia no necesariamente debe ser expresa, pudiendo ser tácita”(Cfr. RODRÍGUEZ, 2011). Y referente a la modalidad de ejercicio de este derecho, según ORDOQUI CASTILLA, el mismo “exige un acto de pronunciamiento de voluntad inequívoco, explícito y claro, de forma que no puedan quedar dudas de cuál fue la postura del paciente”, por estar en juego “nada menos que la tutela de valores fundamentales de la personalidad, parece coherente exigir que la renuncia a este derecho de información sea expresa”, por lo que debería debe dejarse, por parte del profesional actuante, constancia de ello en la historia clínica, firmada por él y por el paciente. (Cfr. RODRÍGUEZ, 2011).

La regulación del derecho a no saber figura en propio artículo 18 de la Ley N° 18.335, especificando que “En situaciones excepcionales y con el único objetivo del interés del paciente con consentimiento de los familiares se podrá establecer restricciones al derecho de conocer el curso de la enfermedad o cuando el paciente lo haya expresado previamente (derecho a no saber)”. No obstante la propia norma prevé una limitante al ejercicio de este derecho, al señalar que el mismo “puede ser relevado cuando, a juicio del médico, la falta de conocimiento pueda constituir un riesgo para la persona o la sociedad”.

Esta excepción consagrada en la norma también cobra una especial relevancia en el marco de la actual pandemia mundial. En forma palmariamente evidente es claro que resultaría riesgoso para la comunidad que en pos del respeto de este aspecto de la autonomía, no se informara a un paciente que es portador del COVID-19 y que recaudos debe adoptar con respecto al mismo. Nuevamente, y en sede de ponderación de principios, justicia vs. autonomía, lo colectivo inclina el fiel de la balanza por sobre lo individual.

De otro aspecto del ejercicio de la autonomía, nos da cuenta el artículo 24 del aludido cuerpo legal al establecer que: “El paciente o en su caso quien lo representa es responsable de las consecuencias de sus acciones si rehúsa algún procedimiento de carácter diagnóstico o terapéutico, así como si no sigue las directivas médicas. Si el paciente abandonare el centro asistencial sin el alta médica correspondiente, tal decisión deberá

consignarse en la historia clínica, siendo considerada la situación como de “alta contra la voluntad médica”, quedando exonerada la institución y el equipo de salud de todo tipo de responsabilidad”.

La situación del alta contra voluntad médica, en contextos de “normalidad” (o de la normalidad pre-pandemia), no aparejaría mayores complejidades, ni irrogaría responsabilidades a las partes involucradas, en tanto se deje constancia, en debida forma, en la historia clínica del paciente. No obstante, en la corriente realidad el alta contra voluntad médica, e incluso la conducta posterior del paciente, podría aparejar consecuencias legales de entidad para el mismo. Sobre el particular debe tenerse en consideración que el artículo 22 de la Ley N° 18.335 que señala que “Toda persona tiene el deber de cuidar de su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad, tal como lo establece el artículo 44 de la Constitución de la República. Asimismo tiene la obligación de someterse a las medidas preventivas o terapéuticas que se le impongan, cuando su estado de salud, a juicio del Ministerio de Salud Pública, pueda constituir un peligro público, tal como lo dispone el artículo 224 del Código Penal”.

El citado artículo del Código Penal, prevé el delito “Daño por violación de las disposiciones sanitarias”, tipo delictivo definido de la siguiente manera: “El que mediante violación a las disposiciones sanitarias dictadas y publicadas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación en el territorio nacional de enfermedades epidémicas o contagiosas de cualquier naturaleza, causare daño a la salud humana o animal, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión. Será circunstancia agravante especial de este delito si del hecho resultare un grave perjuicio a la economía nacional”.

Ante la Declaración de Emergencia Sanitaria Nacional dispuesta por el Decreto N° 93/020 de fecha 13 de marzo de 2020, y las exhortaciones sobre cuidados ante el novel patógeno efectuadas por las autoridades de salud pública, entendemos que un abuso en el ejercicio del derecho al no seguimiento de determinadas indicaciones médicas, que puedan derivar en un peligro o daño para el resto de la sociedad, podría aparejar, prima facie, una eventual imputación para el infractor de la figura prevista en el artículo 224 del Código Penal. De todos modos, reconocemos que el punto es debatible, y no existiría univocidad de opiniones.

Lo que sí estimamos que resulta palmariamente evidente, es la vocación por la protección del bien colectivo o social aún en sacrificio del ejercicio del derecho de autonomía, en determinados supuestos excepcionales. Obviamente, como toda excepción su aplicación es restrictiva a las situaciones prevenidas por la norma.

IV. LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS SANITARIOS.

Otro aspecto que puede sufrir detrimentos en el marco de la aparición de una nue-

va enfermedad de escala masiva y contagio vertiginoso, cuyas perspectivas de tratamiento y profilaxis aún se vislumbran como remotas, es el manejo de la información sanitaria, especialmente la atinente a los datos de quienes padecen la enfermedad. En una sociedad ávida de información sobre una patología de la que se desconoce aún mucho, cualquier filtración indebida de la esfera confidencial del individuo, resultará más perjudicial que beneficiosa para el colectivo.

Sobre el particular, resulta menester traer a colación lo prevenido por el artículo 9 de la DUBDH, al manifestar que “La privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe deberían respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos”.

En el ámbito sanitario, el conocimiento de datos, hechos, actuaciones e incluso secretos de las personas, conjuntamente con la exhibición de determinadas partes de su cuerpo, resulta un requisito ineludible para que se propicie la atención médica. Esta situación hace surgir, según BERRO y ADRIASOLA una confidencialidad “necesaria sobre la vida íntima de la persona enferma, por lo que debe garantizarse la reserva, el secreto médico. La intimidad a pesar de la intromisión de médicos y de otros profesionales del equipo asistencial debe quedar incólume” (BERRO y ADRIASOLA, 2013, 396). FRANÇA, citado por GIL YACOBAZZO, y VIEGA RODRÍGUEZ, define a dicha regla de confidencialidad como “el derecho de toda persona a proteger los datos que le pertenecen en virtud de que los considera reservados o restringidos (por pertenecer a la intimidad) o su derecho a limitar la difusión de ciertas informaciones u opiniones emitidas” (YACOBAZZO, y VIEGA RODRÍGUEZ, 2018, 229)

ROTONDO, citada por ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, desde una perspectiva bioética, coloca a la privacidad e intimidad dentro de las reglas morales, refiriendo que “Para Kaplan la privacidad no sería una regla derivada de la autonomía, sino un derecho más básico de una necesidad natural. Por su parte, Stanley Benn establece que las reglas de confidencialidad y privacidad derivan del respeto a la persona: respetar a la persona de modo que sus actividades no puedan ser dañadas por nuestras acciones” (Cfr. ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, 2017, 167)

Lo anteriormente expuesto nos lleva en forma inevitable a sostener que la información relativa al estado de salud debe ser categorizada como una especie dentro del género “derecho a la intimidad” y en definitiva como un derecho fundamental. En ese marco es que estimamos, que se logra comprender su verdadera importancia y será útil para el desarrollo que ulteriormente se elucidará.

A nivel de la normativa vernácula, debemos comenzar por aludir a las regulaciones contenidas por la Ley N° 18.331 de 11/08/2008; la que comienza estableciendo,

en su artículo 1º, que “El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana, por lo que está comprendido en el artículo 72 de la Constitución de la República”; consagrándose en el artículo 11 un principio de reserva, en virtud del cual las personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros; así como a guardar estricto secreto profesional sobre los mismos (artículo 302 del Código Penal), cuando hayan sido recogidos de fuentes no accesibles al público; excepto en los casos de orden de la Justicia competente o si mediare consentimiento del titular.

Por otra parte, en literal “E” del artículo 4 se califican como “datos sensibles” las informaciones relativas a la salud de las personas. Los efectos que dicha categorización importan, se encuentran explicitados en el artículo 18 de la Ley; destacándose, dentro de otros aspectos, y a los fines del presente trabajo, los siguientes: 1) Que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles; 2) Que dichos datos sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y escrito del titular; 3) Que los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley, o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal para hacerlo. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando se disocien de sus titulares.

Por su parte el artículo 19 establece que “Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquéllos, respetando los principios del secreto profesional, la normativa específica y lo establecido en la presente ley”. Dicha previsión debe ser complementada con el Principio de reserva consagrado en el artículo 11, el cual establece que: “Aquellas personas físicas o jurídicas que obtuvieren legítimamente información proveniente de una base de datos que les brinde tratamiento, están obligadas a utilizarla en forma reservada y exclusivamente para las operaciones habituales de su giro o actividad, estando prohibida toda difusión de la misma a terceros. Las personas que, por su situación laboral u otra forma de relación con el responsable de una base de datos, tuvieren acceso o intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, 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 aun después de finalizada la relación con el responsable de la base de datos”.

Debe por último destacarse que el artículo 35 de la Ley, en la redacción dada por los artículos 152 de la Ley N° 18.719 de 27/12/2010 y 83 de la Ley N° 19.355 de 19/12/2015, confiere a la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC) la posibilidad de aplicar sanciones a los responsables de las bases de datos, encargados de tratamiento de datos personales y demás sujetos alcanzados por el régimen legal que infrinjan las obligaciones de reserva anteriormente referenciadas.

Como manifiestan BERRO ROVIRA y ADRIASOLA “La confidencialidad (...) es una de las reglas de la bioética. Toda vez que se establece una relación clínica, el deber de confidencialidad por parte del médico o equipo tratante, opera previamente en la medida en que se entiende un deber nacido con anterioridad al vínculo, de manera que no es necesario agregarlo como una condición más en la relación” (BERRO ROVIRA y ADRIASOLA, 2013, 399); agregando posteriormente que “Todos los códigos de ética, desde la antigüedad, recogen el secreto y su revelación, al menos sin justa causa como contraria a la ética y deontología” (BERRO ROVIRA y ADRIASOLA, 2013, 402). Esto no es ajeno a la realidad uruguaya, en la que el “Código de Ética Médica”, consagrado en la Ley N° 19.286 de 25/09/2014 “Código de Ética Médica”, alude con especificidad y detalle al deber del médico del mantenimiento del secreto de determinadas informaciones de las que tenga conocimiento como derivado del ejercicio de su profesión.

Así, en el literal “e” del artículo 3 se señala que es deber del médico, como profesional de la salud “Respetar el derecho del paciente a guardar el secreto sobre aquellos datos que le pertenecen y ser un fiel custodio, junto con el equipo de salud, de todas las confidencias que se le brindan, las que no podrá revelar sin autorización expresa del paciente”.

En el artículo 20 se establece la obligación de los galenos de: “a) Guardar secreto ante terceros de la consulta y de todo aquello que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente. b) Aceptar asistir a un paciente que no quiere o no puede revelar su identidad en determinadas circunstancias. c) Preservar la confidencialidad de los datos revelados por el paciente y asentados en historias clínicas, salvo autorización expresa del paciente. d) Propiciar el respeto a la confidencialidad por parte de todos los trabajadores de la salud. De igual manera, participará en la educación a este respecto. Los registros informatizados deben estar adecuadamente protegidos”. Este último literal permite subrayar el carácter de “secreto compartido” al que refieren ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, al explicitar que “En el ámbito de la prestación colectiva de servicios médicos la preservación del secreto profesional médico alcanza no sólo al médico tratante o al equipo médico sino a todo el personal de la institución, sea médico o no médico. El médico, los auxiliares médicos y el personal administrativo de las instituciones, los laboratoristas, los empleados, administrativos, auxiliares de servicio incluso, están obligados a guardar

el secreto médico, y si no hacen cometen el delito de revelación del secreto profesional” (ADRIASOLA y MAGLIA CANZANI, 2017, 176).

En el artículo 21 del Código se puntualiza que el secreto profesional debe respetarse aun en la redacción de certificados médicos con carácter de documento público; y que el médico tratante evitará revelar públicamente la patología concreta que aqueje a un paciente, así como las conductas diagnósticas y terapéuticas adoptadas; añadiéndose que “El médico queda liberado de la responsabilidad del secreto solo si el paciente lo consiente explícitamente”; y que deberán ser denunciadas ante Colegio Médico del Uruguay cualquier tipo de presión institucional contraria a lo anteriormente expuesto.

En el artículo 22 se recalca que el respeto a la confidencialidad es un deber inherente a la profesión médica, y que sólo podrá ser relevado “en los casos establecidos por una ley de interés general o cuando exista justa causa de revelación”. Sobre el particular, y a vía ejemplificativa, el texto legal considera como justa causa de revelación los siguientes supuestos: a) peligro vital inminente para el paciente (por ejemplo riesgo de suicidio), b) negativa sistemática del paciente de advertir a un tercero acerca de un riesgo grave para la salud de este último (contagio de enfermedades transmisibles, por ejemplo), c) amenaza concreta para la vida de terceros, d) defensa legal contra una acusación de un paciente. Los supuestos referidos en este artículo claramente son estados de necesidad que ingresan en el concepto de justa causa, al que aludiéramos anteriormente.

Finalmente, en el artículo 25 del Código se establece que las reglas de confidencialidad, seguridad y secreto son extensibles a los medios de comunicación sociales.

Indubitablemente, por lógica extensión, la confidencialidad anteriormente aludida alcanza a la información recogida en las historias clínicas. Como refiere ADRIASOLA, citado por MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, “la no protección de los datos asentados en la historia clínica constituiría una forma oblicua de violación del secreto profesional” (Cfr. MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, 2017, 188). En dicha línea argumental, MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA estiman que una forma de impedirle a alguien ejercer el derecho y deber de cuidar de su salud consagrado en el artículo 44 de la Constitución de la República, sería “no garantizarle la confidencialidad de los datos que imprescindiblemente debe aportar para el tratamiento de su problema de salud y que necesariamente debe registrarse en su historia clínica. Si se quebrantara ese deber de secreto y los datos aportados tomaran estado público, podrían ir en contra del propio paciente, lo cual lo discrimina y le restringe el derecho a la asistencia” (MAGLIA CANZANI, GAMERO y RODRÍGUEZ ALMADA, 2017, 188).

Las posibilidades de acceso al documento en cuestión figuran especificadas en el literal “D” del artículo 18 de la Ley N° 18.335, al señalar que: “La historia clínica es de propiedad del paciente, será reservada y solo podrán acceder a la misma los responsables

de la atención médica y el personal administrativo vinculado con estos, el paciente o en su caso la familia y el Ministerio de Salud Pública cuando lo considere pertinente. También podrá ser solicitada directamente al prestador de salud por el Ministerio Público cuando se trate de la historia clínica de una víctima de un delito cuya investigación tenga bajo su dirección, siempre que recabe previamente el consentimiento de aquella o, en su caso de la familia, y a los solos efectos de la acción penal. El revelar su contenido, sin que fuere necesario para el tratamiento o mediar orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal”

Dichas previsiones son reafirmadas en la reglamentación del cuerpo legal de marras; específicamente en el artículo 30 del Decreto N° 274/010 de 08/09/2010 al establecer que “La historia clínica será reservada y sólo podrán acceder a la misma: a) Los responsables de la atención a la salud del paciente y el personal administrativo vinculado a dicha atención incluyendo, en las hipótesis a que refiere el literal D del Artículo 51 de la Ley Nro. 18.211, a los del Fondo Nacional de Recursos. b) El paciente o las personas que sean por él autorizadas. c) El representante legal del paciente declarado judicialmente incapaz. d) En los casos de incapacidad o de manifiesta imposibilidad del paciente, su cónyuge, concubino o el pariente más próximo. e) El Ministerio de Salud Pública incluyendo la Junta Nacional de Salud cuando lo consideren pertinente. Los servicios de salud y los trabajadores de la salud deberán guardar reserva sobre el contenido de la historia clínica y no podrán revelarlo a menos que fuere necesario para el tratamiento del paciente o mediar orden judicial o conforme a lo dispuesto por el Artículo 19 de la Ley N° 18.335”.

A su vez en el artículo 32 del cuerpo reglamentario de marras se regula el ejercicio del derecho de acceso a historias clínicas de personas fallecidas, señalando que el mismo corresponderá a cualquiera de sus sucesores universales debidamente acreditados. Asimismo, este artículo refiere a que, cuando en la historia clínica existan datos de terceros (excluyéndose los datos del paciente o de las personas vinculadas a la atención de este último) “no podrá ser revelada esta información, a menos que se cuente con el consentimiento de los terceros o que medie orden judicial o requerimiento del Ministerio de Salud Pública”.

De acuerdo a la norma citada en el párrafo precedente, se podrán comunicar a terceros datos referidos a la salud del paciente cuando sea necesario por razones de salud e higiene públicas, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto se preserve la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados, conforme a lo establecido por la Ley N° 18.331.

La reseña conceptual y normativa efectuada en el presente capítulo, da cuenta que aún en un contexto crítico y de una pandemia global, los datos personales sanitarios de las personas afectadas deben tener el manejo estricto y taxativo que prevé la normati-

va. Cualquier apartamiento del mismo efectuado por el personal asistencial, individual o colectivamente, así como de las instituciones públicas y privadas, e inclusive de órganos de gobierno, podría resultar violatorio del derecho humano a la intimidad de la persona afectada y eventualmente configurador del tipo delictual prevenido en el artículo 320 del Código Penal (revelación de secreto profesional).

V. REFLEXIONES FINALES.

Las crisis sanitarias, como lo son las pandemias, son susceptibles de hacer tambalear los esquemas básicos de normalidad de cualquier sociedad. Es por ello que desde la Bioética y el Derecho se debe propiciar una mirada tuitiva de los derechos fundamentales de los individuos, con la debida proporcionalidad respecto de la protección de la comunidad, para evitar que se comentan excesos, aún cuando los mismos pretendan llevarse a cabo en nombre del “bien común”.

De esta forma, al afrontar complejos dilemas en materia de asignación de recursos limitados, los equipos sanitarios deberán tener presente que no existen soluciones unívocas, pero que para arribar a las mismas los principios bioéticos pueden resultar una herramienta relevante.

Particularmente abogamos por la aplicación complementaria de los mismos, pero en el supuesto de una eventual contradicción insalvable, la dignidad humana y el respeto por la igualdad en el acceso de oportunidades deben ser los criterios

En otro orden, el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de pacientes y usuarios no puede ser desconocida aún en el contexto pandémico. No obstante, debe exhortarse al uso responsable de la misma, para no tener que afrontar consecuencias indeseables. Si bien el respeto de la libertad individual es un aspecto medular del Estado de Derecho, no menos cierto es que la misma admite limitaciones, cuando su ejercicio abusivo puede entrañar un peligro para el resto de la sociedad. En dicha línea, remitimos a las salvedades realizadas en materia del derecho a no saber y del supuesto de alta contra voluntad médica.

Finalmente, aún en la situación actual, el derecho a la intimidad, reconocido por diversos instrumentos nacionales e internacionales, debe estar garantido en toda su expresión general, y en sede de información sanitaria en particular. En ese sentido, el manejo debe ser restrictivo dentro del acotado margen que dispone la normativa vigente en la materia, tanto desde el punto de la protección de datos personales, como del cumplimiento del secreto profesional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

ADRIASOLA, G. y MAGLIA CANZANI, D. (2017). El secreto profesional médico. En RODRÍGUEZ ALMADA, H. *Medicina Legal. Derecho Médico* (pp. 167-180). Montevideo: Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina.

ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* Recuperado en 15 de mayo de 2020 de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>. Fecha de consulta:

ALEXY, R. (2009). *Los principales elementos de mi filosofía del Derecho*. Recuperado en 15 de mayo de 2020 de:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20364/1/DOXA_32_04.pdf

BERNAL PULIDO, C. (2003). *Estructura y límites de la ponderación* Recuperado en 15 de mayo de 2020 de <http://biblioteca.org.ar/libros/133287.pdf>

BERRO ROVIRA, G. y ADRIASOLA, G. (2013) *Confidencialidad*. En BERRO ROVIRA, G. *Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos* (pp. 395-405). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

BERRO ROVIRA, G. y CLUZET, O. (2013) *Bioética*. En BERRO ROVIRA, G. *Medicina Legal. Derecho Médico y aspectos bioéticos* (pp. 339-350). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

D'EMPAIRE, G. (2001). Aspectos éticos de la distribución de recursos escasos y el derecho a la asistencia médica. *Gaceta Médica de Caracas*, 109 (4), pp. 455-467. Recuperado en 27 de mayo de 2020, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0367-47622001000400002&lng=es&tlng=es.

DE LORA, P. (2020) *¿No es respirador para viejos? Sobre la “ética del bote salvavidas” y la COVID-19*. *Letras Libres*. Recuperado en 25 de mayo de 2020 de <https://www.letras-libres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-viejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19>

ESCOBAR TRIANA, J, ARISTIZABAL TOBLER, C. (2011), *Los principios en la bioética: fuentes, propuestas y prácticas múltiples*. *Revista Colombiana de Bioética*, 6, pp. 76-109. Recuperado en 15 de mayo de 2020 de <https://pdfs.semanticscholar.org/5b6b/d751d73b804b0adede3678cd71b77a88207.pdf>

GARDUÑO-ESPINOSA, A., ROSAS-VARGAS, R. y REYNÉS-MANZUR, J. (2013). Asignación de recursos escasos en pediatría. *Acta Pediátrica de México*, 34 (5), pp. 295-302.

GIL YACOBAZZO, J. y VIEGA RODRÍGUEZ, M. (2018) Historia clínica electrónica: confidencialidad y privacidad de los datos clínicos. *Revista Médica Uruguaya*, 34 (4), pp. 226-231. Recuperado en 15 de mayo de 2020 de http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf

LINCONAO, A. (2020). El COVID-19: Escasez de recursos y prioridad médica. *Bioética y debate social*. Recuperado en 24 de mayo de 2020 https://www.researchgate.net/publication/340116064_El_COVID-19_Escasez_de_recursos_y_prioridad_medica_Bioetica_y_debate_social

MACPHERSON A. (2020) La escasez de respiradores dispara el temor a no ser tratado de la mejor manera. *La vanguardia*. Recuperado en 6 de mayo de 2020 de <https://www.lavanguardia.com/vida/20200406/48329557057/dilemas-eticos-epidemia.html>

MAGLIA CANZANI, D., GAMERO, S. y RODRÍGUEZ ALMADA, H. (2017). Documentos médico-legales I. Historia clínica. En RODRÍGUEZ ALMADA, H. *Medicina Legal. Derecho Médico* (pp. 181-192). Montevideo: Fundación de Ediciones de la Facultad de Medicina.

NOGUERA PARDO, C. (2020) Bioética y biojurídica en el covid-19. *El tiempo*. Recuperado en 20 de mayo de 2020 de <https://www.eltiempo.com/vida/educacion/bioetica-y-biojuridica-en-el-covid-19-480846>

ORDOQUI CASTILLA, G. (2012). *Consentimiento Informado*. Ley 18335 y Decreto 274/10. Montevideo: Ediciones Del Foro.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2020) Orientación ética para el uso de recursos limitados en los servicios críticos de salud durante la pandemia de COVID-19. Recuperado en 24 de mayo de 2020 de <https://iris.paho.org/handle/10665.2/52092>

RODRÍGUEZ, C. (2011) El consentimiento informado del paciente: análisis de su nueva reglamentación. *Revista CADE : doctrina y jurisprudencia* (11), pp. 21-35 http://www.rmu.org.uy/revista/proximo/rmu34-4_921-gil-historia.pdf

Fecha de recepción: 31 mayo 2020.

Fecha de aceptación: 14 junio 2020.