

Montevideo, 21 de abril de 2010.

Señor Presidente del
Comité Ejecutivo del
Sindicato Médico del Uruguay
Dr. Julio Trostchansky
Presente.-

De la mayor consideración:

Por la presente se cumple en responder a la consulta formulada acerca del requerimiento del B.P.S. de que se indique el diagnóstico en las certificaciones médicas por enfermedad.

1. MARCO NORMATIVO

- 1.1 Para comprender cabalmente las consecuencias jurídicas del requerimiento de B.P.S., así como su naturaleza jurídica, es necesario analizar el mismo en el marco normativo en el cual fue dictado.
- 1.2 El art. 15 de la Ley N° 18.211 de 5 de diciembre de 2007 estableció que la Junta Nacional de Salud suscribiría un Contrato de Gestión con cada uno de los prestadores que se integrasen al Sistema Nacional Integrado de Salud. Asimismo, estableció que el contenido de dicho contrato sería determinado por la reglamentación.
- 1.3 En este marco, se dictó el Decreto del Poder Ejecutivo N° 464/008 de 2 de octubre de 2008, en el cual se aprobó el proyecto de Contrato de Gestión entre la JUNASA y cada prestador integral.
- 1.4 En virtud de la cláusula novena de dicho contrato, bajo el nomen iuris "Certificaciones" se estableció que: *"Ante una situación de enfermedad de un usuario amparado por el Decreto Ley N° 14.407 de 22 de julio de 1975 y en caso que ello conlleve impedimento a término para cumplir con su labor habitual, el usuario podrá requerir del prestador que comunique al Banco de Previsión Social la situación constatada. Dicha comunicación será cumplida por el prestador en el término de 48 horas contadas a partir de la consulta médica, aplicando el formato y los medios de remisión electrónica de datos compatibles con el sistema que ponga a disposición el Banco de Previsión Social"*.
- 1.5 En cumplimiento del último giro de esta cláusula, el B.P.S. realizó el lanzamiento del **Sistema Nacional de Certificación Laboral** con el fin de que a partir del 5 de abril de 2010 todos los afiliados comenzaran a certificarse a través de este mecanismo. Dicho procedimiento consiste en

que el médico certificador debe llenar un formulario en dos vías en el cual se indican los datos identificatorios del paciente, la patología, el período de licencia, el abandono de domicilio (si correspondiese), la internación a domicilio (si correspondiese) y el nombre del profesional.

Una vez que ambas vías son llenadas, una se entrega al usuario y otra corresponde a la IAMC empleadora del médico certificador. Acorde con este sistema, una vez que la IAMC recibe la información, debe ingresarla al portal del BPS, originándose de esta forma la Solicitud de Subsidio por Enfermedad del trabajador.

- 1.6 **En síntesis**, el requerimiento exigido por el BPS tiene base normativa en el contrato celebrado entre la JUNASA y el prestador integral, el cual a su vez tiene base en un Decreto del Poder Ejecutivo.

No obstante, tal como se verá a continuación, en primer lugar, el contrato celebrado entre la JUNASA y el prestador integral no alcanza a los médicos (terceros frente a ese contrato) y en segundo lugar, el ordenamiento legal es un todo y existen normas de superior jerarquía que impiden al médico revelar cuál es la patología o diagnóstico realizado al paciente.

2 ALCANCE DEL CONTRATO CELEBRADO CON LA JUNASA

- 2.1. El contrato celebrado por los prestadores integrales (ej: Mutualistas) con la JUNASA alcanza únicamente a las partes contratantes, es decir, al Estado y al prestador integral que firme, mas no alcanza a los médicos empleados de la institución.

Ello es así, en tanto el art. 1293 del Código Civil establece que "*Los contratos no pueden oponerse a terceros ni invocarse por ellos*". En este sentido, la opinión más autorizada en materia civil ha señalado que: "El contrato tiene un efecto relativo (no absoluto) en cuanto su eficacia se circunscribe a los sujetos que lo formaron, esto es, a las partes contratantes" (Jorge GAMARRA – "Tratado de Derecho Civil Uruguayo", F.C.U., Montevideo, 1990, Tomo XV, pág.7).

- 2.2 En función de lo anterior, la obligación establecida en el Contrato de Gestión de aplicar el mecanismo de certificación establecido por el BPS, no alcanza al médico certificador, quién es un tercero respecto de este contrato y no está obligado a cumplir con el mismo.
- 2.3 No obstante, como podrá advertirse, el prestador integral como empleador del médico, pretenderá exigirle que cumpla con estos mecanismos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las órdenes que el empleador pueda impartir al médico deberán estar siempre dentro de sus poderes de

dirección como empleador, mas este nunca podrá ordenarle al médico que incurra en una conducta contraria a las leyes o a su moral.

- 2.4 **En síntesis**, el contrato de gestión celebrado por la JUNASA y los prestadores integrales no alcanza a los médicos. En función de ello, deberá analizarse el resto del ordenamiento jurídico para ver si efectivamente el empleador puede obligar a sus médicos a implementar el sistema de certificaciones médicas instaurado por el BPS o si el médico puede abstenerse de realizarlo al amparo de lo establecido por las normas vigentes.

3. EL DIAGNÓSTICO ESTÁ COMPRENIDO EN EL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

- 3.1 El secreto médico está regulado en el **art. 302 del Código Penal** el cual establece que: *“(Revelación de secreto profesional) El que, sin justa causa, revelare secretos que hubieran llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho causare perjuicio, con multa de 100 U.R. (cien unidades reajustables) a 600 U.R. (seiscientas unidades reajustables)”*.

- 3.2 Quiere decir, que el secreto profesional comprende todo aquello que llega a conocimiento del médico como consecuencia de su tarea. Más específicamente, la doctrina ha sostenido que: “Integran el secreto profesional del médico la naturaleza de la enfermedad, la comunicación del pronóstico, que solo puede hacerse al interesado o a personas inmediatas y justamente interesadas en el paciente, salvo determinadas excepciones que veremos, así como todas las circunstancias de hecho que rodeen a la enfermedad” (Gabriel ADRIASOLA – “Alcances del Secreto Profesional del Médico”, Publicación del Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Medicina de la Universidad de la República, <http://www.mednet.org.uy/dml/bibliografia/nacional/tx020917.htm>).

Asimismo, se ha sostenido que “habrá de considerarse comprendido dentro del mismo, todo lo relacionado con el paciente, no sólo el hecho en sí de estar enfermo, sino también los síntomas y signos observados, pronósticos, posibles consecuencias, tratamientos indicados, resultados, etc. Los alcances de la obligación y derecho no sólo involucran al médico tratante sino también a cualquier otro colega que intervenga en el caso” (Alfonso CARRERA RIVA PALACIO – “El secreto profesional médico”, <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=201>).

- 3.3 Conforme a dicha definición, queda claro que **el diagnóstico está comprendido dentro del secreto profesional**, por lo que el problema que se plantea con el nuevo sistema de certificaciones médicas es que

uno de los datos contenidos en el formulario a llenar por el médico es justamente la patología que sufre el paciente.

Tal extremo resulta relevante desde el punto de vista jurídico en tanto, conforme al sistema de certificaciones instaurado por B.P.S, una de las vías del formulario queda en manos del paciente pero la otra, es enviada a la IAMC a quien pertenece el médico certificador y posteriormente al B.P.S.

Quiere decir que la patología del paciente es divulgada por el médico en tanto se consigna en el certificado al que luego tienen acceso otras personas.

Dicha conducta encuadra dentro del verbo nuclear utilizado por el legislador "revelar", que no es más que dar a conocer un determinado extremo. Pues bien, al anotarse en el formulario la patología del paciente, no se está haciendo otra cosa más que dando a conocer por parte del médico el diagnóstico realizado al paciente.

En este sentido, se ha manifestado la doctrina argentina sosteniendo que en el caso del médico que va a certificar a un empleado, éste "debe consignar que por razones médicas se haya impedido de cumplir funciones en un área específica o en el ámbito laboral en su totalidad **no estando autorizado a divulgar el motivo**" (Roberto FOYO – "El secreto profesional como elemento del acto médico", en Revista SIDEME, N° 3, 2010, http://www.sideme.org/revista/num3/SECRETO_Roberto_S3.pdf).

3.4 En este sentido, corresponde señalar que mientras que el citado art. 302 - que impone la obligación de secreto profesional para los médicos- tiene rango legal, la resolución de B.P.S. que impone el sistema de certificaciones y el Decreto en el cual se contiene el proyecto de Contrato de Gestión tienen rango de acto administrativo.

Ello determina que, conforme al principio de la jerarquía de las normas, lo que prima es la ley, ya que para que existiera una excepción al secreto profesional médico, la misma debería estar establecida por ley, cosa que no sucede en la especie.

Como consecuencia de ello, el médico que revelase el diagnóstico del paciente o cualquier otra información llegada a su conocimiento por causa de su profesión a través del nuevo sistema de certificación, podría estar incurriendo en el delito de violación de secreto profesional.

Es por este motivo que el empleador no puede obligar al médico a llenar este tipo de formularios ya que de lo contrario lo estaría obligando a cometer un delito, cosa que evidentemente no puede hacer.

- 3.5 Asimismo, debe tenerse en cuenta que el secreto profesional reviste mayor exigencia que el secreto bancario o tributario en tanto en el caso del secreto profesional, el mismo **ni siquiera puede ser relevado por orden de la Justicia penal.**

En efecto, el art. 220 del Código del Proceso Penal establece expresamente 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” y señala en su numeral 3º) “Los médicos, farmacéuticos, obstetras y demás técnicos auxiliares de la ciencia médica”.

En función de dicha norma, la doctrina ha entendido que: “Hay entonces secretos profesionales que no pueden ser relevados por la Justicia Criminal; empero, existen otros secretos tutelables, como el secreto bancario, el secreto tributario, el secreto de los corredores, que no siguen esta regla, sino que, en principio, pueden ser relevados por la autoridad pública, específicamente la judicial. El secreto médico se encuentra entre los primeros, entre aquellos que no pueden ser relevados por mandato alguno de la autoridad judicial, al punto que están los médicos expresamente abarcados por el ya citado artículo 220 del Código del Proceso Penal Uruguayo” (Gabriel ADRIASOLA – “Alcances del Secreto Profesional del Médico”, cit.).

Por lo tanto, si ni siquiera la Justicia penal puede relevar a los médicos del secreto profesional, mucho menos podrá hacerlo el B.P.S. a través de un acto administrativo.

- 3.6 No obstante lo señalado anteriormente, existen **excepciones establecidas expresamente** en las cuales el médico queda relevado del secreto profesional y puede revelar la información que llega a su conocimiento en virtud de su profesión.

- 3.6.1 La primera de dichas excepciones es la *existencia de justa causa*. Por justa causa la doctrina ha entendido que: “consiste en un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación para evitar un mal mayor; sirve de ejemplo el caso de un profesional que se ve obligado a dar a conocer el secreto para defender su buen nombre profesional de una imputación injusta o para salvar al tercero del peligro actual, no evitable de otra manera, de un daño grave a su persona. Es la situación del médico que pone en conocimiento de los parientes del enfermo, el peligro de contagio que pudiera derivar de su enfermedad” (Gabriel ADRIASOLA – “Alcances del Secreto Profesional del Médico”, cit.).

En definitiva, la existencia de justa causa deberá ser evaluada por el propio médico quien deberá analizar si corresponde o no develar la

información. No obstante, lo importante es que esté en juego la necesidad de evitar un mal mayor.

A modo de ejemplo, se ha justificado la revelación del secreto médico si existe en el médico la certeza de que el paciente no le dirá a su pareja que tiene VIH. Asimismo, también estará justificada la revelación del secreto si el paciente confesara al médico su intención de suicidarse al salir de la consulta. En ambos casos, está justificada la revelación del secreto médico a los terceros interesados.

Sin embargo, se considera que no es justa causa para revelar el secreto médico el hecho de que el paciente confiese que ha cometido un delito. Ello en tanto dicha excepción no está establecida por ley y en tanto se entiende que "Entre el interés público de la persecución del delito y el secreto profesional prima éste último" (Gabriel ADRIASOLA en Jornadas sobre Certificaciones y constancias Médicas, publicación del SMU, Montevideo, 2002, pág. 33).

En el mismo sentido, se ha manifestado: "Un punto que conviene poner de manifiesto porque luce como fondo de todo lo atinente a la denuncia, es la uniformidad de los autores en el sentido de que los médicos no están obligados a denunciar los delitos de que tuvieren conocimiento en el ejercicio de su profesión" (Miguel LANGÓN – "Los factores legales o jurídicos referidos a las enfermedades de transmisión sexual", en L.J.U., Tomo 92, pág. 459).

Dicha afirmación es lógica en tanto, de establecerse la obligación del médico de denunciar los delitos de sus pacientes, estos deberían optar entre asistirse o ser denunciados ante la Justicia. A los efectos de evitar dicha situación y poniendo la salud ante todo, se hace primar la asistencia del paciente antes que la represión del delito.

- 3.6.2 La segunda de dichas excepciones es la *autorización expresa del propio paciente*. Éste es el titular del derecho de autorización y como tal, es a quien corresponde eximir al profesional del deber de guardar secreto.

En este caso, el médico podrá llenar el formulario de BPS con el diagnóstico debido, no obstante lo cual, sería conveniente que exija constancia escrita del consentimiento del paciente.

- 3.7. Por último corresponde señalar los **casos en que el médico tiene la obligación de quebrantar el secreto médico y denunciar**. Estos casos están previstos expresamente por nuestra legislación.

- 3.7.1 Tal es el caso de la *Asistencia a un enfermo psiquiátrico peligroso*, situación que está prevista en el art. 365, num 15 del Código Penal que establece que se considerará que comete falta: "El médico que habiendo

asistido o examinado a una persona afectada de una enfermedad mental o psíquica que represente un peligro para el enfermo o para los demás, omitiere dar aviso a la autoridad”.

Respecto de este punto debe tenerse en cuenta que el secreto médico es relevado únicamente respecto de las autoridades, lo que no quiere decir que deba alertarse a todo el mundo acerca de la patología del paciente.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que será el propio médico quien evalúe el grado de peligrosidad del paciente. En función de ello, en los casos que el médico considere que el paciente es peligroso para el mismo (ej: que corra riesgo de suicidarse o lesionarse) o para terceros, deberá dar aviso a la autoridad competente.

- 3.7.2 Similar situación es la de *Asistencia de un psicópata a domicilio*: prevista en el art. 11 de la Ley N° 9.581 de 24 de agosto de 1936, a cuyo tenor: *“El médico encargado de asistir a un psicópata en su domicilio o en otro domicilio particular, cuando dicha asistencia obligue a la imposición de medidas restrictivas de la libertad, exigidas por la necesidad del tratamiento o por sus reacciones antisociales, deberá comunicar el caso a la Inspección General de Psicópatas dentro de las veinticuatro horas, en un certificado en que se expondrá, además de todos los datos relativos a la filiación del paciente, su sintomatología y resultado de la exploración somática y psíquica, sin que sea necesario establecer un diagnóstico clínico”.*

En este caso el legislador prioriza la seguridad del médico sobre el secreto y además le brinda una garantía al paciente quien será privado de su libertad y en caso de necesitarse el uso de la fuerza, se busca que sean las autoridades competentes para ello quienes tomen las medidas que sean necesarias.

4. CONCLUSIONES

- 4.1 El BPS lanzó el Sistema Nacional de Certificación Laboral a través del cual se pretende que el médico certificante complete un formulario emitido en dos vías consignando, entre otros datos, el diagnóstico del paciente.

Si bien una de las vías queda en poder del afiliado, la otra está destinada a la IAMC empleadora del médico, la cual deberá cargar los datos al sistema de BPS, divulgándose así el diagnóstico realizado al paciente.

- 4.2 El diagnóstico es un elemento comprendido en el secreto médico y por tanto el médico está obligado a no divulgarlo a nadie so pena de cometer delito, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley. En función de ello, el médico está impedido de consignar públicamente el diagnóstico y

no puede ser obligado a ello por su empleador en tanto éste último no puede obligarlo a cometer delito.

- 4.3 No obstante, existen situaciones en que la ley autoriza al médico a revelar el secreto. En efecto, la ley autoriza al médico a revelar el secreto cuando hay justa causa o autorización expresa del paciente. En el primero de los casos deberá tenerse en cuenta que se considera que existe justa causa cuando el médico revela la información para evitar un inminente mal mayor. En cambio, no se entiende que existe justa causa cuando el médico denuncia un delito ya que el médico no tiene la obligación de hacerlo. En el segundo de los casos, se aconseja que el consentimiento expreso del paciente quede consignado por escrito a los efectos de evitar problemas.
- 4.4 Asimismo, existen casos en que el legislador obliga al médico a revelar el secreto por razones de seguridad, tales como el caso de un enfermo psiquiátrico que representa un peligro para él o para terceros o el caso de asistencia a un enfermo psiquiátrico que es asistido a domicilio y sobre el cual se van a tomar medidas privativas de su libertad.
- 4.5 En cambio, el requerimiento administrativo de BPS de consignar el diagnóstico en el formulario no puede ser considerado una excepción al secreto médico, ya que éste último tiene rango legal y las excepciones al mismo solo pueden estar previstas por una norma de igual o mayor rango, (circunstancia que no se verifica en este caso porque la exigencia de B.P.S. tiene su origen en un acto administrativo).
- 4.6 Asimismo, tampoco puede invocarse la obligatoriedad del contrato firmado entre la JUNASA y la IAMC en tanto el médico es un tercero respecto de ese contrato y por tanto no se encuentra obligado por las cláusulas del mismo.
- 4.7 En función de lo anterior y teniendo en cuenta el interés del paciente de acceder al subsidio por enfermedad, debe concluirse que para que los médicos puedan consignar el diagnóstico en el formulario suministrado por el B.P.S. deben obtener la autorización expresa del paciente, la cual se recomienda quede consignada por escrito.

Quedo a las órdenes por cualquier aclaración o ampliación que se considere necesaria o conveniente.

Saludo a Usted muy atentamente,



Dr. Carlos E. Delpiazzo

