

## **LA DONACION DE SANGRE COMO “REGLA DE CONDUCTA” EN LA SUSPENSION DEL PROCESO PENAL A PRUEBA**

**Con este título el Instituto de Filosofía del Derecho y Estudios Interdisciplinarios del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata, bajo la Dirección del Dr. Pedro Federico Hooft, actual Presidente de la Asociación Argentina de Bioética, emitió un dictamen en el mes de junio pasado, en respuesta a una solicitud de un profesional del derecho del Departamento Judicial de Pergamino, lugar en el que con posterioridad a una presentación del Coordinación Regional de Hemoterapia de la Zona Sanitaria IV, los Juzgados y/o Tribunales del fuero penal, ajustándose al criterio de dicho organismo, comenzaron a desestimar la donación de sangre como posible regla de conducta en la suspensión del proceso penal a prueba (“probation”), apartándose de resoluciones anteriores que aceptaban el ofrecimiento de donación en un hospital público como regla de conducta por su sentido de “solidaridad social”.**

La Coordinadora General de Hemoterapia desconociendo el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba (alternativa de enjuiciamiento –y eventual punición- de los delitos particularmente leves, paralización temporal de la pretensión punitiva del Estado a instancias de la persona sometida a proceso, supeditando la suspensión al cumplimiento de reglas de conductas que el procesado ofrece realizar, de modo que al cumplirlas satisfactoriamente se extingue la acción penal, pues de ocurrir lo contrario el trámite sigue sus cauces normales); calificó erróneamente a la donación de sangre como “castigo”.

La Comisión *ad-hoc* presidida por el Dr. Hooft, e integrada por los Dres. María Julia Amilcar, Pablo J. Ballatinas, Sebastián Calderara Garriz, Alberto Eito, José Esain, Ricardo Gutiérrez, Federico Gastón Lhomme, Geraldin J. Picardi y Horacio Salvador, aclarando esta finalidad del instituto, realiza entre otras las siguientes consideraciones:

- Es el propio imputado el que ofrece la realización de las actividades (reglas de conducta)
- La probation pretende mediante las mismas, acentuar el valor solidaridad, persiguiendo un doble objetivos: beneficiar al resto de la comunidad y al propio enjuiciado que se siente de esta manera integrado y no estigmatizado.
- Es el juez o tribunal el que debe ponderar este alcance de las reglas de conducta propuestas, pudiendo en su caso modificarlas, inclusive a petición del propio imputado.
- La donación de sangre responde entonces a lo que se espera de estas reglas de conducta (su proyección social), y concuerda con la letra y el espíritu del art. 13 de la ley 22990, que prescribe su fomento, difusión y aliento.
- La voluntad de donar sangre pertenece a la esfera de privacidad e intimidad de cada individuo, bajo el amparo del art. 19 de la Constitución Nacional.
- Es una conducta autorreferente que no afecta de modo alguno a terceros.

- Si se le niega esta posibilidad al procesado, se viola el principio de no discriminación del art. 16 de la Carta Magna. Los sometidos a proceso penal en condiciones de acceder al instituto de la suspensión del juicio penal a prueba, no pueden ser tenidos como miembros de un grupo de riesgo, atento a que el instituto no se aplica a encausados con condenas anteriores.
- La donación de sangre entra bajo la perspectiva Bioética que valora la dignidad de la persona humana, y su respeto como sujeto moral autónomo, libre respecto de sus actos, con el sólo límite de no afectar legítimos derechos de terceros o controvertir un interés público de carácter relevante.

Estos han sido a grandes rasgos las reflexiones de la Comisión, resultado de un estudio profundo y crítico, volcadas en el informe mencionado y que fuera remitido al solicitante Dr. Migliaro del Departamento Judicial de Pergamino y al Presidente del Colegio de Abogados Departamental Dr. Gerónimo Granel; y del que se espera tenga la proyección deseada, en la tarea de reconocernos ciudadanos responsables de un Estado social y Democrático de Derecho.

Por, Dra. MARIA JULIA AMILCAR  
Instituto de Filosofía y Estudios Interdisciplinarios  
del Colegio de Abogados Departamental Mar del Plata

## **LA DONACION DE SANGRE COMO “REGLA DE CONDUCTA” EN LA SUSPENSION DEL PROCESO PENAL A PRUEBA.**

Informe del Instituto de Filosofía del Derecho y Estudios Interdisciplinarios del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata.

Comisión *Ad hoc* presidida por el Director del Instituto, Dr. Pedro Federico HOOFT, e integrada por los Dres. María Julia Amilcar, Pablo J. Ball-Ilatinas, Sebastián Calderara Gárriz, Alberto Eito, José Esain, Ricardo Gutiérrez, Federico Gastón Lhomme, Geraldin J. Picardi y Horacio Salvador.

### **I.- Antecedentes.**

Mediante una nota suscripta por un profesional del Derecho del Departamento Judicial de Pergamino —Dr. Rodolfo Alberto Migliaro— se remitieron al Dr. Pedro Federico Hooft, en el carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Bioética, antecedentes relacionados con la *probation* (suspensión del proceso penal a prueba) en el Departamento Judicial de Pergamino, provincia de Buenos Aires.

De la presentación de referencia y documental acompañada surge que la justicia penal del mencionado Departamento Judicial en determinados casos, y en el contexto de las medidas denominadas “reglas de conducta” (art.76 ter. por remisión al art. 27 bis. del Código Penal) con un sentido de “solidaridad social” aceptó el ofrecimiento de imputados en causas penales no graves, de donar sangre en hospitales públicos.

De los mismos antecedentes recepcionados, se desprende también que con posterioridad a una presentación de la Coordinación Regional de Hemoterapia de la Zona Sanitaria IV, los Juzgados y/o Tribunales del fuero penal del ya mencionado Departamento Judicial, y siguiendo los criterios expuestos en la presentación premencionada, desestimaron en lo sucesivo el ofrecimiento de donar sangre como una de las eventuales y posibles “reglas de conducta” ya indicadas.

Teniendo en cuenta que el Instituto de Filosofía y Estudios Interdisciplinarios del Colegio de Abogados de Mar del Plata, cuenta entre sus integrantes inclusive a miembros del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Bioética, y habida cuenta de la prevalencia en el caso de las cuestiones específicamente jurídicas -sin desmedro del análisis interdisciplinario- por Presidencia se consideró pertinente solicitar un dictamen a través de una Comisión *ad-hoc* correspondiente al precitado instituto.

## **II.- La opinión de autoridades de aplicación del Servicio de Hemoterapia, de carácter prohibitivo.**

La Coordinadora Regional de Hemoterapia, invocando facultades que le serían propias conforme previsiones de la ley provincial 11.725/97 y su decreto reglamentario 3716/97, mediante nota dirigida a los responsables médicos de los Servicios de Hemoterapia de la Zona Sanitaria IV comunicó que en lo sucesivo correspondía rechazar a “todos los donantes obligados por la probation o cualquiera sea la denominación mediante la cual se derivan del Sistema Judicial a personas que habiendo cometido un delito o infracción se los castiga con una serie de obligaciones entre las cuales figura la de realizar EXTRACCIONES PERIODICAS DE SANGRE en algunos casos refiriéndolos a determinado hospital”.

A partir de la mencionada comunicación, dejó de aplicarse en el ámbito del Departamento Judicial de Pergamino, la aceptación, dentro de las variadas y múltiples “reglas de conducta” posibles, el ofrecimiento de donar sangre por parte de personas inculpadas en causas penales que no registraran antecedentes penales y reuniesen las demás exigencias legales.

Analizados todos los antecedentes recepcionados, la Comisión alcanzó consenso unánime en cuanto a la aceptabilidad ética y jurídica de una donación voluntaria de sangre dentro de las “reglas de conducta” conforme normativa del Código Penal ya mencionada, sobre la base de los siguientes argumentos y fundamentos normativos, considerando:

## **III.- Argumentos contrarios a la posibilidad de donar sangre por parte de personas sometidas a proceso penal.**

Que algunas de las argumentaciones vertidas en la resolución de la Coordinadora General de Hemoterapia, denotan inexactitudes y carecen en consecuencia de sustento razonable, particularmente en lo que concierne al punto de partida dado por la naturaleza y alcance del instituto de la suspensión del proceso penal a prueba (*probation*) así como respecto del fundamento y función de la jurisdicción penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, en

concordancia con principios y valores constitucionales, así como de derechos igualmente reconocidos a toda persona por su condición de tal.

La reforma legislativa del año 1994 (ley 24.316) introdujo en el Código Penal el sistema de suspensión del proceso penal a prueba conocido con la denominación de *probation*. Se trata de una reforma que implica una alternativa al enjuiciamiento -y eventual punición- de los delitos particularmente leves.

Es un supuesto de paralización temporal de la pretensión punitiva del Estado, que puede disponerse sólo a pedido de la persona sometida a proceso penal, supeditando la suspensión del mismo al cumplimiento de ciertas condiciones durante un plazo determinado, entre las que se destacan reglas de conducta que el procesado ofrece realizar, de modo tal que si las mismas se cumplen satisfactoriamente, se extingue la acción penal. En caso contrario, ante un injustificado incumplimiento de esas condiciones, el trámite procesal continúa su curso.

Lo expuesto significa que la persona destinataria de la "probation" no reviste el carácter de "condenado" sino que no encontrándose aún probada -mediante sentencia judicial- la comisión de un delito, ni habiendo por ello recaído un veredicto de culpabilidad, mantiene su estado jurídico de inocencia (art.18 C.N.). Queda claro entonces que no se trata de un "castigo".

En atención a ello, si bien las reglas de conducta a imponer deben estar orientadas a criterios preventivos, en modo alguno pueden asimilarse en cuanto a su fundamento, naturaleza y alcance, a una sanción penal, como expresión del poder más coactivo del Estado, tendiendo la *probation* a evitar la punición de delitos leves, y consecuentemente la aplicación de penas y registro de un posible antecedente condenatorio.

Por medio de esta limitación al ejercicio del poder punitivo se procura, y en ocasiones se logra, brindar al sistema mayor eficacia y operatividad, estando previsto el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba tanto a favor de la víctima mediante su protección desde el punto de vista resarcitorio y como del propio imputado con la integración social e internalización de pautas positivas de conducta, para lo cual puede considerarse este aspecto que la donación de sangre resulta ampliamente satisfactoria.

#### **IV.- La *probation*: caracterización y finalidades.**

Entre las condiciones a cuyo cumplimiento se puede comprometer el encausado que elige la vía de la suspensión del proceso penal a prueba, debe destacarse la alternativa de someterse a una serie de "reglas de conducta" que pueden resultar de la más diversa índole -en general con proyección social- con la posibilidad, por ejemplo, entre otras la realización de trabajos no remunerados a favor de una institución de bien público (pintar una escuela, ayudar en comedores barriales, etc.), completar la escolaridad primaria, realizar estudios o prácticas tendientes a una capacitación laboral o profesional, realizar algún tratamiento médico psicológico cuando ello estuviere indicado. La enumeración legal no es taxativa sino que tales medidas pueden ser modificadas por el Tribunal interviniente en atención a las situaciones particulares de cada caso.

Cabe indicar que es el propio imputado quien ofrece la realización de dichas actividades, y por ende, surgen de su propia elección aquéllas a cuya ejecución

prefiere comprometerse. Es así que nunca se verá sometido a reglas cuya ejecución no consienta, habida cuenta de la naturaleza del instituto bajo análisis, conforme se describiera más arriba.

Sin lugar a dudas que este aspecto de la suspensión del proceso penal a prueba tiende a generar y/o fortificar el “valor solidaridad”, en ocasiones desatendido, con ciertas pautas de conducta que se consideran socialmente positivas y que acarrear un doble beneficio, o un beneficio recíproco, no solamente para la sociedad, sino para la propia persona que ha sido sometida a proceso, como un modo de conseguir o mantener mínimas dosis de integración social y sin dejar de señalar por otro lado que se pretende evitar de este modo su estigmatización.

Una vez solicitada la suspensión del proceso penal a prueba por parte del imputado, y ofrecida tanto la forma de reparar los daños como las reglas de conducta a las que la persona imputada se compromete, corresponde al Juez o Tribunal considerar su aceptación, rechazo o modificación, es decir, evaluar la procedencia de la petición. Para ello, se deberá necesariamente ponderar que las reglas de conducta en estos casos, tienen que tener una finalidad integradora, orientadas a hacer sentir a quien las cumple comprometido con su entorno vital, útil y solidario, en definitiva, tendientes a componer el conflicto estrechando más los vínculos entre la persona sometida a proceso y la sociedad toda.

Más aún, para fortalecer el cumplimiento de la finalidad que le acuerda una expectativa social favorable al instituto, la ley le permite al Juez o Tribunal modificar las reglas de conducta en el transcurso de su propia ejecución, meritando las mismas a partir de dictámenes fundados de la Institución de bien público que realice el control de la regla ofrecida e instrumentada por resolución judicial. También se encuentra facultado el Juez o Tribunal para modificar las reglas de conducta a petición fundada del propio imputado o a través de su defensor, máxime cuando se trate del ejercicio de derechos personalísimos.

#### **V.- La aceptabilidad ética y jurídica de la donación de sangre como parte**

A la luz de lo expuesto, consideramos que no existe impedimento alguno para aceptar el ofrecimiento de la donación de sangre como regla de conducta en el marco de una suspensión de juicio a prueba.

Por el contrario, creemos que la donación de sangre reúne los requisitos necesarios y deseables que debe revestir una regla de conducta, por cuanto resulta innegable su carácter altruista y profundamente solidario, consistiendo ni más ni menos que en la donación de un bien personalísimo y esencial para la vida humana a favor de quienes por razones de salud –y en el ámbito de instituciones públicas- puedan requerirlo.

Corresponde en este sentido señalar su absoluta concordancia con la letra y el espíritu del art. 13 de la ley 22.990, norma que prescribe que la donación de sangre debe ser fomentada, apoyada, enseñada, difundida y alentada.

Tratándose, como se ha visto, de una de las posibles reglas de conducta en el marco de una suspensión de juicio a prueba, mal puede considerarse a esta donación de sangre como una medida coercitiva impuesta al encausado.

En tal sentido, resulta inapropiado hacer referencia a “donantes obligados” como se puntualiza en la resolución de la Coordinadora de Hemoterapia, toda vez

que mal puede el Juez disponer como regla de conducta la donación de sangre cuando la propia persona no la ha ofrecido. Obligar a la persona a donar sangre en contra de su voluntad carecería de toda razonabilidad en vista de la finalidad integradora del instituto, siendo que para provocar mínimas dosis de integración social debe necesariamente contarse con la voluntad del enjuiciado, lo cual significa respetar su autonomía en la toma de decisión respecto de las reglas a cumplir.

## **VI.- El respeto a la privacidad y a las conductas autorreferentes: el art.19 de la Constitución Nacional.**

Por otra parte, la voluntad de donar sangre como regla de conducta se sitúa en la zona de privacidad, cuya protección se ve consagrada por el art.19 de la Constitución Nacional, en la intimidad disponible de cada persona, en el derecho de disponer del propio cuerpo. Todos estos son, en verdad, derechos de rango constitucional que un Estado Democrático debe reconocer, respetar y tutelar, de manera que aunado a las finalidades del instituto en análisis, la interpretación por su denegatoria debe realizarse de manera restrictiva, y siempre fundada y justificada en razones de orden o interés público relevante.

No está de más aclarar que en las conductas autorreferentes, que como tales no dañan a terceros y que por lo tanto, no pueden ser objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe promover y tutelar, la intimidad coloca a la dignidad como ápice axial de las mismas, que no pueden sufrir ninguna clase de interferencia por parte del Estado o de particulares.

La circunstancia de rechazar la donación de sangre de aquellas personas sometidas a proceso -en el marco de una regla de conducta ofrecida y dispuesta judicialmente- con fundamento en esa sola condición, la de ser "procesado", importa una violación al principio de no discriminación reconocido en el art. 16 de la Constitución Nacional, puesto que dicha distinción no tiene una justificación razonable y objetiva.

Podría un tratamiento desigual encontrarse justificado en forma razonable y objetiva cuando está encaminado a proteger un interés público relevante. La autoridad médica puede y debe rechazar la donación de sangre cuando no se cumplan con los requisitos legislativamente establecidos (arts. 44 y 45 de la ley 22.990) para la debida seguridad transfusional y exclusivamente en razón de tratarse de una persona sometida a proceso penal.

En efecto, siendo que un inculpado en causa penal deberá someterse a los exámenes y pruebas de rutina como cualquier persona que desee donar su sangre, la circunstancia que el Estado le niegue la posibilidad del ejercicio de ese derecho personalísimo por su condición de procesado, constituye un grave acto de discriminación, a la vez que una flagrante contradicción con la letra y sustancia de la ley 22.990 que como se ha visto, prescribe el fomento de la donación de sangre.

Por lo mismo, constituye un error conceptual considerar a las personas sometidas a proceso penal en condiciones de gozar del instituto de la suspensión del juicio penal a prueba -en razón de sólo esa circunstancia- como integrantes de un grupo de riesgo. La suspensión del proceso penal a prueba no se aplica a encausados que registren condenas anteriores, en consecuencia, no estamos hablando de población carcelaria como posible grupo de riesgo.

Por lo demás, toda persona sometida a proceso, goza de un estado jurídico de inocencia, garantizado constitucionalmente, el que se mantiene hasta el dictado de una sentencia condenatoria firme. De tal estado gozan las personas incluidas en el régimen de la *probation*.

Resultaría una actitud paternalista el impedir el libre desarrollo del individuo y el consecuente ejercicio de sus derechos personales, más allá de los eventuales grupos que circunstancialmente pueda integrar a partir de las elecciones de vida que realice en el marco de su autonomía personal.

## **VII.- La perspectiva bioética.**

La Bioética, novel disciplina a la cual podemos referirnos puntualizando la reciente definición propuesta por Francis Abel i Fabre: “La Bioética es el estudio interdisciplinar (transdisciplinar) orientado a la toma de decisiones éticas de los problemas planteados a los diferentes sistemas éticos, por los progresos médicos y biológicos, en el ámbito microsocio y macrosocio, micro y macroeconómico, y su repercusión en la sociedad y su sistema de valores, tanto en el momento presente como en el futuro” (en *Bioética: orígenes, presente y futuro*, Madrid; Fundación Mapfre de Medicina del Centro Borja de Bioética, 2001, p.5/69; ISBN 84-7100-799-1).

El vertiginoso desarrollo de la Bioética, que ha potenciado el diálogo inter y transdisciplinar a partir de sus orígenes en los años 70 del siglo XX, ha tenido al mismo tiempo una fuerte proyección en el campo jurídico, dando nacimiento a una “nueva forma de juridicidad”, más atenta a los derechos personalísimos y al valor y dignidad de la persona humana. Sirva como ejemplo a ese respecto la sanción en 1994 de las llamadas “Leyes Francesas de Bioética” (en buena medida fruto de una larga y fecunda elaboración realizada a partir de 1983 por la prestigiosa Comisión Nacional de Bioética Francesa) y en fecha más reciente con la aprobación y posterior vigencia de la denominada Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina, también conocida como Convención Europea de Bioética. (Ver NYS, Herman, “La Convención Europea de Bioética. Objetivos, Principios Rectores y Posibles Limitaciones”, (trad. Pedro F. Hooft), en *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires; nº 6181; 16/02/2000; ps.7/16; ISSN 0326-1190)

A partir de un fructífero entrelazamiento y recíproca complementación entre derecho, medicina y bioética, han surgido consensos respecto de algunas cuestiones esenciales para la dilucidación del tema aquí planteado.

El respeto a la dignidad humana, como valor fundamental, común a la bioética y a la filosofía de los Derechos Humanos, se traduce al abordar problemas caracterizados por una complejidad y conflictividad crecientes, en nociones más concretas, tales como el respeto de la autodeterminación de las personas, el reconocimiento de éstas como sujetos morales autónomos en el campo de la atención sanitaria, el consentimiento libre e informado, y el respeto a las conductas autorreferentes -entre otras-, privilegiando en todo momento el “valor solidaridad”.

Es opinión de la Comisión que enfocado el problema cuyo estudio nos convoca desde esta perspectiva, la respuesta a la aceptabilidad ética y jurídica de

la donación libre y espontánea de sangre, con un sentido de solidaridad social resulta indubitable.

Puede también efectuarse una “lectura” de la misma cuestión a la luz de los denominados “principios bioéticos” (autonomía, beneficencia - no maleficencia, y justicia). (Ver BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*. EEUU; Oxford University Press; 2001; ISBN 0-19-514331-00 – ISBN 0-19-514332-9 -p.b.k.-).

Respecto del primero, el mismo guarda estrecha relación con el derecho fundamental a la autodeterminación (en Bioética también reconocido como “principio de respeto por las personas”) lo cual implica reconocer en cada ser humano un sujeto moral autónomo, que decide libremente respecto de sus actos o conductas en la medida que ello no afecte a legítimos derechos de terceros o controvierta un “interés público relevante”.

En cuanto al principio de beneficencia-no maleficencia, tan caro a la tradición hipocrática, tiene en miras el mayor bien de la persona, su “mejor interés”, sin ocasionar daño. En caso de la donación de sangre, ofrecida voluntariamente por una persona sometida a un proceso penal –no condenada- entre otras múltiples y variadas alternativas posibles, no ocasiona daño alguno a quien lo ofrece al tiempo que implica un verdadero bien para terceros, y para la sociedad en su conjunto.

La congruente articulación entre el respeto a la autonomía personal (tratándose de conductas autorreferentes) y el principio de beneficencia- no maleficencia, conlleva la aceptabilidad jurídica y bioética de la donación de sangre en el contexto del instituto conocido como *probation*.

Por último, nada cabe objetar a esa misma decisión, desde la perspectiva del principio de justicia, estrechamente vinculado con criterios de equidad en la atribución de cargas y beneficios, y con particular referencia en el caso al valor solidaridad.

A mayor abundamiento, respecto de las conductas “autónomas”, nuestro más Alto Tribunal -la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en el fallo “Bahamondez” (1993) invocó el respeto por la persona humana como valor fundamental, reconociendo el señorío sobre “su propio cuerpo, identidad, honor, intimidad y creencias trascendentes”, remarcando que en última instancia se trataba del “señorío a su propio cuerpo” (del voto de los Ministros Fayt y Barra). El máximo tribunal se expidió respecto de la prevalecencia -en el caso de conflicto de normas y de valores- a favor de la libertad personal, y protección de la esfera íntima de la persona, descartando posibles soluciones de sesgo “paternalista” (Para mayor información respecto de los “principios bioéticos” puede verse: HOOFT, Pedro Federico, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*; Buenos Aires; Editorial Depalma; 1999; ISBN 950-14-1689-5).

Cabe finalmente inferir, que la Circular expedida por la Coordinadora Regional de Hemoterapia cae en un irrazonable exceso de reglamentación que conculca derechos, garantías y valores de raigambre constitucional que constituyen la plataforma básica de un Estado Democrático y Social de Derecho.

## V.- Consideraciones finales.

Valorar las reglas de conducta como socialmente positivas supone considerar valioso para el desarrollo personal y social que las mismas arraiguen en el sujeto, o sea, que trasciendan el marco del funcionamiento del mismo, y precisamente esto comulga en gran medida con los fines expresados en el art. 13 de la ley 22.990 respecto de la donación de sangre, conducta que conforme al texto de esta manda, debe ser fomentada, apoyada, ensañada, difundida y alentada.

Pues bien, tanto el mecanismo de la *probation* como la ley que reglamenta la donación de sangre humana, coinciden en fomentar pautas de conducta socialmente positivas, que en pos de la vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho, respetuoso del hombre en su dignidad e integridad, requiere echar raíces, hacerse firme como uso y costumbre, en definitiva, como virtud en cuanto bondad de vida.

Por último, más allá de los criterios generales establecidos, considera la Comisión que resultará prudente y oportuno evaluar pormenorizadamente en cada caso el ofrecimiento efectuado por la persona sometida a proceso, garantizando que dicha decisión esté siempre precedida de un consentimiento libre e informado, y que tal decisión sea el fruto de una evaluación razonada por parte de la persona involucrada, libre de todo tipo de coerción externa, sin perjuicio de la facultad del Juez o Tribunal de requerir un dictamen interdisciplinario (por ejemplo de existir, por parte de un Comité de Bioética) a fin de evaluar todas y cada una de las circunstancias relevantes del caso.

Dr. Pedro Federico Hoofft.  
Director.

Dra. María Julia Amilcar.

Dr. Pablo J. Ball-Ilatinas.

Dr. Sebastián Calderara Gárriz.

Dr. Alberto Eito.

Dr. José Esain

Dr. Ricardo Gutiérrez. Dr. Federico Gastón Lhomme.

Dra. Geraldina J. Picardi

Dr. Horacio Salvador.

[Abiotetica.org](http://Abiotetica.org)

**Modelos de consentimiento informados**

Por ADECRA



## PARA LA INYECCION ENDOVENOSA DE MEDIOS DE CONTRASTE

Su medico le ha solicitado un estudio radiológico que requiere de la inyección de un medio de contraste endovenoso, con el objeto de precisar mejor la causa de un problema de salud. El mencionado medio de contraste de un valioso elemento que le permite realizar diagnósticos más precisos.

Según el estudio solicitado, esta sustancia es administrada a través de una pequeña aguja en una vena, usualmente en el pliegue del codo, aunque también podría ser en el pie o la pierna. Normalmente estos estudios de contraste son considerados bastantes seguros. Sin embargo, cualquier inyección se acompaña de un riesgo de daño o lesión, incluyendo nervios, arterias o la vena misma.

También infección o una reacción a la sustancia inyectada. Ocasionalmente dicha reacción puede ser leve, desarrollando nauseas, estornudos o urticaria. Infrecuentemente | 1 caso cada 1.000\, ocurren reacciones mas serias. Los profesionales del Centro están entrenados en los tratamientos de las mismas y cuentan con los medios necesarios para ellos. Muy raramente | 1 caso cada 40.000\, puede ocurrir una muerte como consecuencia de la administración de este medio.

Este riesgo es similar al de la administración de penicilina. Algunos pacientes tienen mayor riesgo para presentar reacciones no deseadas, por lo que le sugerimos a ellos recibir un medio de contraste diferente, más caro, llamado de baja de osmolaridad o no iónico, el cual presenta mucha menor tasa de efectos adversos. No obstante, no están exentos de presentarlos, incluyendo reacciones serias. Los pacientes más expuestos a los efectos adversos de los medios de contraste son.

**1-** Aquellos con antecedentes de alergia a la administración de un medio de contraste.

**2-** Gente con alergias severas o asma.

**3-** Las cardiopatías o pacientes con enfermedad vascular periférica.

**4-** Pacientes con mieloma múltiple, policitemia, feocromocitoma y anemia drepanocítica

**5-** Pacientes con enfermedad renal severa, especialmente causada por diabetes.

**6-** Niños y ancianos.

**7-** Diabéticos.

**8-** Deshidratados.

Si usted no esta en uno de estos grupos de alto riesgos, le recomendamos el uso de los medios de contraste estándares o convencionales. Estos tienen una probada historia de eficacia y seguridad. Por otra parte le solicitamos que si sospecha estar embarazada, por favor lo informe. Realice todas las preguntas que desee, antes de firmar este consentimiento. Una vez efectuadas y satisfecho con las respuestas, por favor firme al pie.

En la ciudad de ..... a los .....del mes de .....de 2002.

.....  
Firma del paciente o representante legal  
Aclaración .....  
Documento .....

.....  
Firma del medico interviniente  
Aclaración .....  
Documento .....

**PARA PROCEDIMIENTOS INVASIVOS GUIADOS POR TOMOGRAFÍA COMPUTADA.**

Usted debe someterse, por indicación de su medico, a un estudio diagnostico \ tomografía computada. El mismo servirá de guía para tomar una muestra de una parte de su tejido corporal \biopsia\, para poder ser así remiando el anátomo patólogo y poder saber que afección se trata, dentro de las muchas posibles. Habiéndolo examinado, analizada su historia clínica y habiendo conservado con su medico de cabecera, coincidimos en que este procedimiento podrá ayudar a conseguir lo ya enunciado, no habiendo una alternativa disponible superior al mismo. De conseguirse este objetivo, será altamente beneficioso para su tratamiento, ya que se le podrá poner "nombre y apellido" a su enfermedad. Sin embargo, en algunas ocasiones es posible obtener el material en cantidad y/ o calidad suficiente, por lo que este objetivo no se lograra, debiéndose continuar la investigación por otros medios.

Tomar una muestra de tejido corporal no esta exento de riesgos, ya que no deja de ser una intervención quirúrgica, aunque solo sea mínimamente invasiva. Por tal motivo podrán suceder hemorragia, infección, dolor a posteriori en el sitio de abordaje, ect. D e todas maneras, todo el personal que trabaja en la institución esta entrenado para el manejo de las complicaciones que se pudieran presentar, tanto en forma inmediata como alejada.

En su caso particular será sometido/a a.

\*Especificar procedimiento, parte del cuerpo afectada, tipo de anestesia, duración del tratamiento, cuidados post procedimiento, tiempo estimado para tener el resultado, estadísticas de las complicaciones del centro-las más importantes-\*

Realice todas las preguntas que desee antes de firmar este consentimiento. Una vez efectuadas y satisfecho/a con las respuestas, por favor firme al pie.

En el caso de requerirse la administración de medios de contraste, recurrir al ya remitido consentimiento.

.....  
*Firma del paciente o representante legal*  
*Aclaración* .....  
*Documento* .....

.....  
*Firma del medico interviniente*  
*Aclaración* .....  
*Documento* .....

Comentario. En caso de entregar el material al paciente para ser remitido al patólogo, explicar claramente el tratamiento de muestra hasta su entrega, y -como en el caso de las indicaciones del alta-,conservar una copia rubricada. Es de muy buena practica comunicar todos los hallazgos y/o complicaciones, ect., tanto al patólogo como al medico de cabecera, además de pesquisar luego cual fue la evolución. Además como la biopsia no son emergencias, se debería citar al paciente y hacerle una historia clínica, para luego darle un turno. Se deberán explicitar las indicaciones previas a la practica, así como también la firma del consentimiento en un día diferente al del procedimiento. Todo lo actuado deberá archivarse en dicha historia clínica y guardarse 15 anos.

*Nota. Recordar dar las instrucciones de alta, por escrito y firmadas por él medico y el paciente, la institución deberá guardar una copia\* y teléfonos y lugares donde concurrir en caso de necesidad\**

# SECRETO MÉDICO Y SIDA

por Oscar A. Lossetti y Fernando C. Trezza

## **Introducción:**

El secreto médico es una variante del secreto profesional. En la Argentina, la situación del secreto médico está contemplada fundamentalmente en dos legislaciones. Una de ellas es la **Ley 17132/67 del Ejercicio de la Medicina, que en su artículo 11 expresa** que "...todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer; salvo en los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal...". La otra, es el código de fondo recientemente mencionado, que en su **artículo 156** expresa que será sancionado "...el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa."

La **violación del secreto profesional es un delito de acción privada**, cuya denuncia corresponde a quien se sintiere agraviado u ofendido por dicha revelación injustificada (sin justa causa), con o sin daño consecuente: el daño es la revelación del secreto.

Ahora bien, como **en el caso del SIDA existe un marco legal constituido básicamente por la Ley 23798/90 y su Decreto Reglamentario 1244/91**, sus fundamentos, en lo concerniente al secreto médico, configuran los supuestos que la ley 17132/67 enuncia como "...no podrá darse a conocer; salvo en los casos que otras leyes así lo determinen..." y que el artículo 156 del Código Penal puntualiza "...lo revelare sin justa causa". Esta legislación especial tiende a resguardar la privacidad de las personas, considerándose que sus estipulados por un lado, prevén situaciones concretas con la obligación de guardar silencio, y por otro lado,

determinan taxativamente otras situaciones representantes de una “justa causa legal” que releva de la obligación de guardar secreto. Es de importancia su conocimiento para no cometer divulgaciones imprudentes que pueden ser pasibles de una demanda penal en contra del profesional médico, debiendo recalcar que no existe la figura “culposa” (sin intencionalidad) para esta contingencia.

### ***Análisis del marco jurídico:***

El **artículo 2° de la Ley 23798/90**, en relación al secreto médico, expresa: “Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

...c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma restrictiva;

d) Incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina;...

La obligación de guardar silencio conlleva que no se afecte la dignidad del individuo HIV positivo, impidiéndose actos de discriminación, estigmatización, humillación y degradación, y evitar la individualización en cualquier registro de almacenamiento de datos por medio del empleo de un sistema de codificación.

Partiendo de dicha obligación prohibitiva de revelar la información, **el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1244/91, en su inciso c)**, enumera las situaciones en las que un médico o cualquier persona que por su empleo u ocupación haya tomado conocimiento que un individuo se encuentra infectado por el HIV o enfermo de SIDA, queda exceptuado de guardar silencio y por lo tanto debe revelarlo (obligación) en los casos descriptos en los puntos 1 al 6, y puede revelarlo (decisión) en la situación expresada en el punto 7:

**“1) –** A la persona infectada o enferma, o a su representante legal si se trata de un incapaz”. Aquí se incluye como **“incapaces”** a los menores de edad, los enfermos mentales que no pueden dirigir sus acciones y los casos de alienación.

**“2) –** A otro profesional médico cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de una persona infectada o enferma”.

“3) – A los entes del Sistema Nacional de Sangre creado por el artículo 18 de la Ley 22990 mencionados en los incisos a), b), c), d) e), f), e i) del citado artículo, así como a los organismos comprendidos en el artículo 7° de la ley 21541”. Los entes a que se hace referencia son:

- Ministerio de Salud Pública y Medio Ambiente,
- Comisión Nacional de Sangre,
- Autoridades sanitarias de cada provincia,
- Servicios de información, coordinación y control,
- Establecimientos asistenciales de salud, oficiales y privados, que posean servicios de hemoterapia,
- Bancos de Sangre,
- Plantas industriales oficiales de producción de hemoderivados,
- Institutos que tengan relación con la utilización de la sangre,
- Asociaciones de donantes.

La ley 21541 sobre Transplantes ha sido derogada y reemplazada por la 24193/93, interpretándose entonces que deben considerarse a los organismos mencionados en el artículo 9° de ésta última.

“4) – Al Director de la Institución Hospitalaria, o en su caso, al director de su Servicio de Hemoterapia, con relación a las personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando resulte necesario para dicha asistencia”.

“5) – A los jueces, en virtud de auto judicial dictado por el juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia”. La citación judicial en causas criminales (fuero penal), a un médico lo obliga a testimoniar la verdad en cuanto supiere, por lo tanto, se encuentra con el **deber de información veraz quedando relevado de guardar silencio** respecto de una seropositividad HIV o SIDA enfermedad. Lo mismo en asuntos de familia. En el fuero civil no expresa posición.

“6) – A los establecimientos mencionados en el artículo 11°, inciso b) de la ley de Adopción 19134. Esta información solo podrá ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes”. La información sobre el cuadro o

serología del niño debe ser revelada a los institutos de beneficencia o establecimientos de protección de menores públicos o privados, y a las personas que se harán cargo del menor.

“7) – Bajo la responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor”. Como vemos, **es el único caso en que el peso de la responsabilidad de la decisión recae sobre el médico, ya que él debe decidir a quien puede informar**. Mientras que en los otros estipulados se enuncia claramente la justa causa legal de la obligación de informar y a quiénes, aquí queda el profesional médico librado a una suerte de “desamparo” al tener bajo su responsabilidad la elección de a quien o quiénes informar. Esta situación más que incómoda planteada al profesional **lo expone indudablemente a una posible demanda por violación de secreto**, en la que el juez, analizando la situación, argumentos y circunstancias, dictaminará en definitiva si hubo violación o no. El tema no es menor.

El médico tiene la **opción** de poder revelar esa información a quien crea conveniente, tendiendo a **evitar un mal mayor** que el que implica el daño de la propia revelación del secreto. En el Derecho, el pensamiento de Wierzba es interesante: señala que esa facultad otorgada al profesional genera dudas, ya que no hay una determinación taxativa, como en los otros incisos, respecto de cuáles son las personas que podrían sufrir un mal mayor como consecuencia de la falta de información. Si se detecta una seropositividad HIV en un hombre casado, que tiene a su vez 4 parejas extramatrimoniales, para evitar un mal mayor ¿el médico le puede informar sólo a la esposa legítima o a todas?. Si se quisiera establecer un principio de analogía con el inciso 3 del artículo 34° del Código Penal, en el caso específico del SIDA no se encuentra referencia a la “inminencia de peligro” exigida para la interpretación jurídica de esa norma.

Existe consenso acerca de la **prioridad del interés de la comunidad por sobre el deber de confidencialidad particular**. Según la “doctrina Tarasoff”, el deber del secreto profesional cede frente al interés de la comunidad cuando ésta se encuentre o pueda encontrar en peligro. Entonces, el médico basará la

justificación de su conducta siguiendo esos principios generales adecuados al minucioso análisis del caso particular. Las situaciones más comunes que obligarían a la decisión de informar bajo su responsabilidad son a:

- Cónyuge, pareja o compañero sexual,
- Familiares directos,
- Dirección de establecimientos educativos donde concurren menores afectados, a fin de proteger al propio alumno y prevenir el riesgo de contagio a terceros,
- Dirección o Jefaturas laborales, en ámbitos donde la actividad o trabajo conlleve riesgo de contagio a terceros.

Por supuesto que **obteniendo el consentimiento por escrito** del afectado, para poder revelar la información sobre su afección a quien el médico le propone, le eximiría al profesional de responsabilidad penal sobre violación de secreto.

El **artículo 6° del Decreto Reglamentario 1244/91 expresa**: “El profesional médico tratante determinará las medidas de diagnóstico a que deberá someterse el paciente, previo consentimiento de éste. Le asegurará la confidencialidad y, previa confirmación de los resultados, lo asesorará debidamente...”. Es importante destacar el seguro de la **confidencialidad**, como parte integrante del secreto médico. Éste debe existir tanto en la reserva ante la solicitud de la pruebas diagnósticas como en la reserva ante los resultados.

Los preceptos legales restantes resultan en los artículos 10° de la ley y del Decreto que nos ocupa. **Artículo 10° de la Ley 23798/90**: “La notificación de casos de enfermos de SIDA deberá ser practicada dentro de las cuarenta y ocho horas de confirmado el diagnóstico, en los términos y formas establecidas por la ley 15465. En idénticas condiciones se comunicará el fallecimiento de un enfermo y las causas de su muerte”. **Artículo 10° del Decreto Reglamentario 1244/91**: “La notificación de la enfermedad y, en su caso, del fallecimiento, será cumplida exclusivamente por los profesionales mencionados en el artículo 4°, inciso a) de la ley 15465, observándose lo prescripto en el artículo 2°, inciso e) de la presente reglamentación. Todas las comunicaciones serán dirigidas al Ministerio de Salud y

Acción Social y a la autoridad sanitaria del lugar de ocurrencia, y tendrán el carácter de reservado”.

Debe destacarse que la **notificación obligatoria** que releva del secreto médico es sobre “**enfermos de SIDA**” (no de personas solamente seropositivas al HIV), estando incluidos pacientes HIV (+) con enfermedades marcadoras (infecciones oportunistas, neoplasias). Lo mismo ocurre con la notificación del fallecimiento. Nótese que **el artículo 4º, inciso a) de la ley 15465/60** (Notificación Obligatoria de Enfermedades) expresa: “Están obligados a la notificación: a) el **médico** que asista o haya asistido al enfermo o portador o hubiere practicado su reconocimiento o el de su cadáver...”.

La notificación será por **escrito** y tendrá carácter **reservado (art. 2º, inc. e) D.R. 1244/91)**, y será realizada en la ficha establecida para enfermos de SIDA que se envía a la Unidad Coordinadora Ejecutora VIH/SIDA – ETS. El fallecimiento por SIDA por las siguientes dependencias del Ministerio de Salud: La Unidad Coordinadora Ejecutora VIH/SIDA – ETS y la Dirección de Estadísticas a través del Informe Estadístico de Defunción. El carácter reservado referido precedentemente consiste en una codificación de siglas de las iniciales de nombre y apellido con la fecha de nacimiento.

### ***Jurisprudencia:***

Una persona entabló demanda judicial civil aduciendo, entre otras cosas, que se había revelado su condición de HIV (+) sin su consentimiento a su empleador.

En primera instancia se desestimó la demanda con el argumento que el actor había otorgado su consentimiento escrito y válido (libre y sin vicios de la voluntad) para que se le practicara el examen de serología de HIV y además para que se le comunicara su resultado al empleador. Se apeló, y la Cámara falló determinando que “no se viola el artículo 2º, inciso c) del Decreto 1244/91 que obliga al médico que detecta a una persona infectada por el virus HIV a no revelar o suministrar dicha información, si es el propio afectado quien otorgó expresamente la autorización para comunicarlo a su empleadora...” (Autos: “D.E.B. c/ C.M. e Hijo S.R.L.” – Cámara Civil, Sala E, 29/03/2000).

***Bibliografía y lecturas recomendadas:***

-) Barbarelli, N. y Babio, C.: Secreto profesional. Asociación de Médicos Municipales - Praxis Médica, Año 7, N° 28, Marzo de 2003.-

-) Curia, M.T. y Patitó, J.A.: Secreto médico y ética en SIDA. Prensa Médica Argentina; 83: 344-347, 1996.-

-) Patitó, J.A., Guzmán, C., Lossetti, O., Trezza, F.: El SIDA en la Medicina Legal: legislación y consideraciones éticas. Buenos Aires, Centro Norte, 2001.-

-) Patitó, J.A., Lossetti, O., Trezza, F: Tratado de Medicina Legal y Elementos de Patología Forense. Buenos Aires, Quorum, 2003.-

-) Wierzba, S.: SIDA y Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Ad hoc 1992.

<http://revistapersona.4t.com/27Losetti.htm>