

que se considera que el secreto profesional no es obligatorio, pero que el secreto profesional es fundamental para sellar la confidencialidad de los datos personales de los pacientes. El Dr. Escallón explica que el secreto profesional es fundamental para garantizar la privacidad de los pacientes y proteger su salud.

CONFERENCIA EN EL INSTITUTO NACIONAL DE RADIUM

Algunos tópicos de moral Médica Profesional.

Por el Dr. Rafael Escallón, Profesor Jefe de Ciencias Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Procurador General de la Nación.

Seguramente el hecho de que yo hubiera intervenido en la preparación de los códigos Penal y de Procedimiento Penal, que rigen en Colombia desde 1938, indujo al Prof. Esguerra Gómez a hacerme la petición de que tratara ante ustedes algunos temas médico-legales, particularmente relacionados con el secreto profesional. No puedo atribuir esta inmerecida distinción a un motivo distinto, y como la inquebrantable y antiquísima amistad que me une al Prof. Esguerra Gómez, no me permite una negativa, he accedido a sus deseos descargando desde luego en él y en el Prof. Pantoja la exclusiva responsabilidad de las deficiencias, poca novedad y escaso interés, que sin duda alguna anotarán ustedes en esta conversación.

La invitación en referencia era para mí tanto más obligante, cuanto que el Prof. Esguerra, quien desde hace muchos años ha dedicado todo su gran talento y actividad insuperables a la lucha contra el cáncer, está íntimamente convencido, como yo, de que los problemas médico-sociales, no pueden estudiarse unilateralmente, ni con el criterio exclusivo de la clínica o el laboratorio, sino que es preciso considerarlos también en sus aspectos social y legal, máxime si se trata de un asunto como el secreto profesional, cuya naturaleza, alcance e interpretación, es necesario conocer y analizar en toda su amplitud, porque a menudo se le cita, para violarlo, y también se le imíngue sin apreciarlo como es debido.

La función social de las profesiones liberales. — Los deberes profesionales y la disciplina social.

Desde hace casi un siglo en que esa nueva ciencia que se llamó la Sociología hizo su aparición en el campo de las investigaciones humanas, los estudiosos y los hombres de estado han venido preocu-

pándose con interés creciente por los problemas sociales, es decir, por aquellos que atañen especialmente a la colectividad, como una reacción contra las tendencias individualistas tan en boga durante el movimiento enciclopedista y como ineludible consecuencia de la Revolución Francesa. Esa nueva ciencia, por cierto bastante compleja y que hasta ahora apenas se halla en su iniciación, ha venido a abrir nuevos e ilimitados horizontes a la investigación humana y a proponer problemas que antes ni siquiera se planteaban a su consideración. Autores como Roberto Ardigó llegan a afirmar que los fenómenos sociales obedecen a una mecánica semejante a la de las leyes físicas, y así formula lo que él llama la ley del ritmo para dichos fenómenos, sosteniendo que en ellos se cumple un proceso semejante al del péndulo, según el cual, las actividades e instituciones de un pueblo y hasta sus mismas leyes oscilan con ritmo definido entre dos extremos opuestos de acción y reacción. Así, por ejemplo, a una época de predominio del poder público o de la autoridad, suceden una reacción individualista que exagera la libertad y llega hasta desconocer las prerrogativas fundamentales de la autoridad, y cuando ésta principia a sentirse socavada con las exageraciones individualistas, como sucedió a fines del siglo XIX y principios del presente, surge natural y como quien dice, instintivamente, una reacción orientada hacia el predominio de la colectividad, como lo estamos presenciando en los tiempos que corren.

Hoy en día no son precisamente los derechos del individuo y las garantías ciudadanas, las que preocupan o desvelan los espíritus: son los fenómenos colectivos, la naturaleza de la sociedad y del Estado, sus funciones, sus derechos, sus preeminencias, el intervencionismo, las crecientes funciones de la autoridad hasta culminar en el socialismo o el comunismo, las que embargan la mente de los hombres de estado y de los gobiernos con el beneplácito casi universal.

Con profunda tristeza hemos visto en los últimos tiempos, cómo en los estados totalitarios ha carecido de valor la personalidad humana, ya que en esos régimenes no se le concede otra importancia distinta a la de un tornillo o engranaje de la monstruosa máquina que contribuye a integrar. Afortunadamente con el triunfo de las Naciones Unidas, tales régimenes se hallan en bancarrota y las tendencias sociales, económicas y políticas se orientan hacia una fórmula de equilibrio entre los principios de libertad y autoridad, que concilie las garantías ciudadanas y las libertades públicas con las aspiraciones colectivas de progreso y mejoramiento social. La conquista de este equilibrio que ha sido la aspiración de la humanidad a través de los siglos en su lucha permanente y legendaria entre la libertad y la autoridad, es una meta difícil de obtener, pero

que en ningún momento puede perderse de vista como motivo de honda meditación y de estudio.

En este orden de cosas, se parte de la base de que el hombre vive en sociedad por una ley ineludible de su propia naturaleza; sus exigencias de orden físico, intelectual y moral le imponen la vida en comunidad con los demás hombres, pero la subsistencia de la comunidad implica la necesidad de una disciplina social, o en otros términos, de un régimen de coadaptación de actividades psíquicas y musculares en virtud del cual el individuo pueda obtener su perfeccionamiento físico, intelectual y moral y realizar el grupo sus aspiraciones de progreso colectivo. Pero como la sociedad se compone de partes desiguales que corresponden a las diversas funciones que están llamadas a cumplir, además de las normas de disciplina que contemplan en general a todos los asociados, deben existir otras que regulen las actividades de cada grupo social y mediante las cuales puedan constituirse adecuadamente los gremios, sindicatos, corporaciones, etc., que en los últimos tiempos han vuelto a surgir con significación y valor, que no sería posible desconocer. Naturalmente esta concepción se opone a las pretensiones del individualismo extremista, que ha venido sosteniendo la necesidad de prescindir de los gremios de maestros o doctores en el ejercicio de las profesiones u oficios, como lo proclamó la Revolución Francesa, lo que no sería posible aceptar en las circunstancias actuales del mundo. El progreso científico, con el consiguiente avance y desarrollo desconcertante de la industria mecánica, las indisentibles ventajas de la mutua cooperación, la impotencia del individuo para desarrollar sus aptitudes y capacidades en un ambiente de aislamiento, imponen la organización de las agrupaciones gremiales para el cumplido desarrollo de las múltiples y complejas actividades de la vida social moderna.

El hecho de que toda profesión liberal exija una aptitud y preparación especiales en quienes la ejercen, confiere a estos una misión de la mayor importancia en la sociedad, especialmente en ambientes como el nuestro en que toda familia tiene la aspiración y la esperanza de ser la cuna de un doctor.

Cabe aquí preguntar, es necesario definir la situación de los gremios profesionales en la sociedad y establecer claramente si deben estar sujetos a una disciplina especial para cada profesión? La contestación afirmativa no admite la menor duda: es indiscutible que, además de las normas de disciplina general, que se imponen a todos y a cada uno de los individuos, cada profesión, cada gremio están sujetos a la disciplina especial que imponen la naturaleza e importancia de las funciones que ejerce en la vida social. Para comprender mejor la materia, recordemos el significado de algunas

palabras, que a diario se emplean, pero no pocas veces sin la acepción precisa que tienen o deben tener.

Dolo y culpa en la vida social.

Como norma fundamental de disciplina social, a través de todos los tiempos y aún en las agrupaciones primitivas, el hombre debe enderezar sus actividades de tal manera que no cause el menor perjuicio ni a los demás ni a la colectividad. En un principio bastaba la producción de un simple daño material, para que se hiciera a su causante responsable hasta criminalmente; pero el progreso jurídico principió, muy acertadamente a discriminar el daño causado con el propósito de producirlo, del que se ocasionaba por simple descuido o negligencia y del que se presentaba fuera del control de las actividades del agente. Así surgieron las figuras del dolo, la culpa y el caso fortuito, entendiéndose: que hay dolo cuando conociendo el agente el vínculo de causalidad entre un hecho y sus resultados nocivos, quiere y produce el hecho para obtener dichos resultados; que hay culpa cuando el agente al obrar no previó los efectos nocivos de un acto habiendo podido preverlos, y que hay caso fortuito cuando el agente ni previó ni pudo prever los efectos nocivos que se produjeron.

Teniendo en cuenta estos conceptos y como norma general de disciplina social, todos debemos obrar de tal manera que, ni intencionalmente, ni por negligencia, descuido, imprudencia, etc., causemos perjuicio a nadie, porque tanto el dolo como la culpa, pueden dar lugar a la producción de hechos que están configurados en las leyes penales como delitos o por lo menos como contravenciones. Pero esta norma general de conducta cobra especial importancia en el ejercicio de ciertas profesiones, como las llamadas sanitarias, en que la salud, la integridad corporal y hasta la misma vida de los asociados está de por medio. La primera de tales profesiones, es como muy bien lo saben ustedes la profesión médica, porque abarca importantísimas actividades de la vida social y no sólo puede comprometer la salud y la vida de los individuos, sino también, y en no pocas ocasiones, hasta su mismo honor.

Menos que ningún otro, el médico puede decir para disculparse, no lo hice de apostura, porque sólo la remota posibilidad de un hecho doloso en el ejercicio de tan delicada profesión, sería más que alarmante, aterradora. Por eso no he pensado enunciarles siquiera hipótesis dolosas en el ejercicio de la profesión médica.

*Negligencia, imprudencia e impericia en el ejercicio de la medicina.
La temeridad.*

Pero si no es el caso de plantear ante ustedes hipótesis dolosas, que se relacionarían con el llamado delito técnico, si es indispensable que hablemos de los deberes especiales que incumben al médico y cuyas violaciones le hacen hasta criminalmente responsable. Con más rigor que ningún otro profesional, si se quiere, el médico está obligado a prever los posibles efectos nocivos de sus actuaciones, para poder prevenirlos o evitarlos. Por eso y ante todo el médico debe ser un perito o experto en la materia, y por eso el Estado exige títulos de idoneidad para el ejercicio de dicha profesión. Pero no basta presentar el título expedido o autorizado por el Estado para comprobar la pericia o capacidad técnica, en primer lugar porque ese título apenas demuestra el mínimo de idoneidad, y luego porque, si así fuera, no habría jamás lugar a hacerle el cargo de impericia a ningún profesional titulado, que de acuerdo con la ley, deben serlo hoy, todos los médicos en ejercicio. Todo médico debe saber, por tanto, que si no tiene suficiente capacidad técnica para acometer y llevar adelante un tratamiento o una intervención, debe abstenerse de uno y otra, porque de lo contrario incurrirá en grave responsabilidad criminal. La existencia y necesidad de las especialidades en los últimos tiempos han venido a darle a este criterio un carácter mucho más exigente y riguroso. Seguramente ésta ha sido la razón que ha determinado el protocolo, como quien dice, de las juntas médicas, en las que habla primero el más joven y por último el profesor más veterano y antiguo. En esta forma los más autorizados no intimidan ni sugestionan a los demás, y la inexperiencia o la audacia de los más jóvenes vienen a quedar controladas por la sabiduría y la prudencia de los más antiguos, evitándose así el que puedan imponerse tanto la impericia como la temeridad.

No se me oculta que es muy difícil definir en abstracto, y cuando se trata de hacerla valer en asuntos legales, no pocas veces en concreto, lo que se entiende o debe entenderse por impericia. En general ningún profesional, por joven e inexperto que sea, se allana a confesar su inexperiencia o incapacidad, y no son escasos los que a diario practican el dicho de Horacio, *audaces fortuna juvat*.

Pero no basta solamente la pericia; cualquier profesional por experto y prudente que sea, puede incurrir en responsabilidad civil o penal por negligencia o descuido. Y en esta materia un profesional como el médico no puede proceder como procede el hombre medio dentro de las normas comunes o corrientes de la cautela; a él se le exigen un cuidado, una diligencia, una acuciosidad especiales, porque así lo imponen además de aquellas normas comunes y co-

rientes, la confianza que en él ha depositado el cliente. No basta dar un diagnóstico acertado, indicar el tratamiento adecuado, hacer una intervención quirúrgica perfecta, es necesario seguir todo el proceso de la enfermedad, porque el médico está obligado a prever y prevenir las complicaciones que puedan presentarse y los efectos nocivos de su actuación.

La responsabilidad civil y penal por actuaciones culposas en el ejercicio de la profesión médica, debido a causas y factores, que no sería el caso de enumerar aquí, no se ha hecho efectiva en Colombia, como a diario se hace en Europa y en los Estados Unidos; pero no tardará el día en que, debido principalmente a la influencia de la creciente emigración de otros países, se planteará y exigirá ante los tribunales, tanto civiles como penales, esa responsabilidad, y entonces los médicos tendrán que demostrar a cada momento, no sólo que son peritos y expertos en su profesión, sino también que en su ejercicio han procedido con la mayor diligencia, cautela y cuidado, al propio tiempo que han eludido las actuaciones temerarias. De lo contrario incurrirán en la configuración que de la culpa penal hace el art. 12 de nuestro código cuando dice: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando, a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

El secreto profesional.

La contemplación de estos tópicos nos conduce precisamente al estudio y análisis de lo que se llama el secreto profesional, que de una manera general se refiere al deber de no divulgar sin justa causa hechos de que se ha tenido conocimiento en el ejercicio de una profesión.

La violación de este deber constituye un delito, que se halla contemplado en el art. 307 del código penal, que es del tenor siguiente: "El que teniendo conocimiento por razón de su profesión arte u oficio, de un secreto, lo revele sin justa causa, incurrá en arresto de tres meses a un año y suspensión para ejercer tal profesión, arte u oficio por el mismo tiempo". Es el caso de preguntar ahora: Cómo se entiende esa revelación o divulgación y cuál debe ser su índole para que sea delictuosa?

Debe anotarse desde luego que, por regla general, ningún paciente exige o recomienda reserva a su médico antes de entregarse en sus manos. Todo el mundo sabe que cuanto llega a conocimiento del médico por la vía profesional, constituye un secreto que no puede divulgarse, y que, por tanto, no necesita recomendar reserva.

Nuestro código penal, al ejemplo de muchas otras legislaciones,

y con muy buen criterio, ha colocado esta infracción entre los "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" porque precisamente la defensa y el cuidado de la salud exigen que los asociados puedan gozar de la mayor libertad, sin la más mínima restricción, en la búsqueda y escogencia de los medios necesarios para protegerla. Pero si la discreción no es la primera virtud de los médicos, si los clientes no pueden contar con la seguridad de que el proceso de sus dolencias o su dolencia misma, quedan guardados en arca sellada desde el momento que llegan al conocimiento del facultativo, entonces perderán la libertad de defender su salud y preferirán guardar el secreto de sus quebrantos, poniendo en peligro hasta su misma vida, antes que afrontar la vergüenza y sinsabores de la divulgación. Cuando el secreto profesional está plenamente garantizado, queda igualmente garantizada a su vez, una de las libertades más importantes de los asociados.

Argumentar que la divulgación se hizo por descuido, pronunciar el eterno "no lo hice de apostar", "no caí en cuenta", "se me salió sin pensar", no constituye un descargo, ni tiene valor alguno ante la ley, porque la configuración que hace el código penal de esta clase de delitos, no sólo comprende la violación dolosa del secreto profesional, sino también la divulgación motivada por simple negligencia o descuido. La reserva comprende además, no sólo el tema central de la consulta, sino todos aquellos detalles o hechos colaterales, que llegan a conocimiento del médico en el curso de una actuación profesional, y no se requiere para constituir el delito que exista un daño concreto o potencial siquiera, ni que el secreto se haya confiado en forma confidencial o con la advertencia de la reserva.

Sólo desaparece el carácter delictuoso del hecho cuando existe una justa causa para la divulgación, y esta justa causa a veces no solo disculpa la divulgación, sino que impone la obligación de hacerla, como sucede con el deber que tiene todo ciudadano, inclusive naturalmente los médicos, de denunciar los delitos que lleguen a su conocimiento, (art. 13 C. de P. P.) con el que tienen los directores o encargados de clínicas, hospitales, casas de salud, etc., de denunciar los casos de lesiones o heridas que se presenten en tales instituciones, con la obligación de denunciar los casos de enfermedades contagiosas, etc., etc.

Es bien sabido de todos que la ley penal contiene un precepto o norma de conducta y una sanción, que el precepto incluye o bien una prohibición de hacer, o bien una orden de hacer, que tradicionalmente el legislador ha usado más las prohibiciones que las órdenes, y que en estas circunstancias, basta en general abstenerse de hacer cualquier cosa para no incurrir en infracciones penales. Pero las

crecientes exigencias de la vida moderna han ido cambiando este criterio para exigir de los asociados algo más que la simple abstención, para imponerles la obligación de hacer determinadas cosas, so pena de incurrir en sanciones penales si no las hacen. El auxilio a los desvalidos, a los niños, a los que se encuentran en grave peligro, ya no puede considerarse como el simple deber moral, que proclamó el Cristianismo desde hace más de dos mil años. Igualmente sucede con la denuncia de las enfermedades contagiosas y de los delitos, y con la obligación de declarar ante la justicia, y esas obligaciones no pueden eludirse alegando el secreto profesional sino en los casos en que la divulgación exponga al cliente a un proceso criminal.

En todos estos casos hay justa causa para revelar el secreto, porque existe el mandato legal; pero no la hay, para divulgar la enfermedad o dolencia del paciente, cuando se trata, por ejemplo de fijar judicial o extrajudicialmente, la cuantía de unos honorarios.

Cuando hay colisión de derechos, preguntan algunos, se justifica la divulgación? Me parece que en esta materia el conocido aforismo escolástico resuelve el problema: "En la colisión de derechos, decían, prevalece el derecho más importante, los derechos iguales se suspenden". Es el caso del marido que pretende informarse de la salud de su mujer o viceversa, o el del novio que investiga acerca de la salud o de la virginidad de su novia y viceversa. El gran maestro Carrara, se pronuncia en estos casos a favor de la justa causa para hacer la divulgación; porque el derecho que tiene a la protección de su libertad el que se curó de una enfermedad venérea o dio a conocer su falta de virginidad, es mucho menos importante que el trastorno del orden social y jurídico, que acarrearía el descubrimiento del asunto después de celebrado el matrimonio. Callarlo sería simplemente diferir el conflicto. Carrara se pronuncia por la justa causa de la divulgación tanto en lo relativo a los novios como a los casados; en tanto que otros autorizados tratadistas, sólo la admiten en cuanto a los primeros, ya que en el segundo caso sostienen que nada puede cambiarse. En mi opinión el peligro de un contagio venéreo, es mucho más grave que la violación del secreto, y debe admitirse la excusa.

He deseado presentar ante ustedes una serie de temas trascendentales relacionados con la moral médica profesional, discutidos y discutibles, que han sido objeto de estudio y que por tanto no son en sí nuevos; pero que ofrecen no poco interés por la forma como se les presenta y trata actualmente y que dentro de los principios generales que consagra nuestra ley, presentan interesantísimos y atrayentes aspectos.