

Voces: PSICÓLOGOS - SALUD MENTAL - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL - SECRETO PROFESIONAL - MALA PRAXIS - ABUSO SEXUAL - MENORES - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBRA SOCIAL - DAÑO MORAL - NEGLIGENCIA - HISTORIA CLÍNICA - DENUNCIA - VIOLENCIA FAMILIAR - RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Título: La delgada línea entre la responsabilidad profesional y la obligación de denunciar

Autor: Ortiz, Diego O.

Fecha: 8-jul-2013

Cita: MJ-DOC-6349-AR | MJD6349

Producto: MJ,SYD

Sumario: *I. Introducción. II. Los hechos del caso y lo resuelto. III. Responsabilidad de la psicóloga. IV. El silbido de la niña. V. La reparación del rubro daño moral. VI. Conclusión y reflexión.*

Por Diego O. Ortiz (*)

«Ante el horror de lo que escapa a todo control, ante la irrupción de lo que apenas comprendemos y no podemos reparar, los humanos parlotamos análisis y dicerios como los niños silban en la oscuridad para espantar su miedo» Fernando Savater.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los oficios o profesiones relacionados con la salud tienen un límite legal, cuando se traspasa el «riesgo permitido» y es cuando está en peligro la salud o la vida del ser humano (1).

La obligación de los profesionales de la salud consiste en arbitrar los medios adecuados para la recuperación del paciente, y queda a cargo de este la prueba de que, al brindar los medios empleados, se incurrió en imprudencia, impericia o negligencia. Por ello, atañe al paciente la prueba de la culpa del profesional (2).

El profesional de la salud debe comprometerse a volcar todas las técnicas y conocimientos que posee con el mayor cuidado o diligencia posible. Asume obligaciones de medios, por lo que no puede garantizarse el éxito de una operación ante un resultado incierto.

La psicología es una ciencia perteneciente al campo de la salud mental que se encuentra

sujeta a los principios de la ciencia que ejerce, a los que se suman las obligaciones ligadas a su práctica. La misma no es una profesión auxiliar, sino por el contrario es autónoma.

La actividad del psicólogo como la de cualquier otra profesión es susceptible de caer dentro de distintos ámbitos de responsabilidad ya sea civil o penal. En el ámbito civil, son los daños y perjuicios derivados de mala praxis, como ocurre en cualquier rama de la medicina o profesión vinculada a la salud de la persona, a través de los cuales se busca resarcir el daño ocasionado.

En el caso objeto de este comentario -"B. S. E.y otra c/ Obra Social del Personal Directivo Luis Pasteur y otros"-, la psicóloga accionada estaba obligada a actuar responsablemente, y a evitar que a causa de su negligencia, imprudencia, impericia o falta de formación adecuada otras personas pudiesen sufrir daños injustos.

La frase inicial de este artículo nos hace reflexionar sobre la mirada adulta y la dificultad de decodificar los silbidos de los niños víctimas de abuso sexual infantil.

GLASER plantea que los profesionales de este campo continúan encontrando dificultad en su reconocimiento y definición operacional, y experimentan dudas respecto a cómo probarlo legalmente. Existen también problemas respecto de la intervención y la terapia para proteger al niño de la forma menos perjudicial. Estas dificultades han llevado a un retraso en la detección y en la intervención protectora (3).

Si bien en el presente fallo se condena a la obra social, me remitiré específicamente a la responsabilidad de la psicóloga ante este tipo de casos, como la detección del abuso sexual infantil de menores.

El artículo se titula "La delgada línea entre la responsabilidad profesional y la obligación de denunciar" debido a la frágil línea que existe entre la responsabilidad del profesional del área de psicología en la detección del abuso y su posterior e inmediata obligación de denunciar tal hecho. Surgen varios interrogantes de la lectura del fallo: ¿cuánto es el tiempo que tiene el profesional para detectar el abuso? ¿cuál es el costo para la víctima si no se detecta el abuso? ¿cuál es el costo para la víctima si el abuso se detecta y no se denuncia? ¿cuál es el grado de responsabilidad en el que incurre el psicólogo por la omisión de denunciar o por no haberse dado cuenta del abuso? ¿escuchó el silbido de la niña?

II.LOS HECHOS DEL CASO Y LO RESUELTO

La actora, madre de la niña, interpone una demanda de mala praxis profesional contra una psicóloga, contra la Obra Social del Personal de Dirección de Sanidad Luis Pasteur y contra las compañías aseguradoras Federación Patronal Seguros S. A. y SMG Compañía Argentina de Seguros S. A. a efectos de responsabilizarlos en forma concurrente al pago de \$ 28.000. La madre de la menor había requerido un tratamiento psicoterapéutico ante la obra social, y esta la deriva a la licenciada accionada.

Peticiona la actora (la madre en representación de su hija), como rubro resarcitorio, que se la indemnice por las lesiones psicofísicas derivadas del abuso al que fue sometida por su padre. Reclama \$ 30.000 por daño emergente y \$ 35.000 por daño psicológico.

En primera instancia, el juez de grado rechazó la demanda por entender que no existió mala praxis profesional en los servicios que la psicóloga prestó como especialista entre los meses

julio de 1998 y enero de 2000.

Indicó el magistrado tres etapas de sesiones: la primera, con entrevistas interrumpidas por decisión unilateral de la madre porque había perdido su trabajo, y con él la obra social demandada; la segunda, atendida en forma particular; y la tercera, en que finaliza la quinta sesión pactada, que se realiza con el grupo familiar, nuevamente bajo la cobertura de la obra social accionada. Menciona suspensiones por las vacaciones de verano, momento en el cual la niña en el mes de enero reveló en sueños el abuso de su padre. Que a consecuencia del contacto telefónico con la psicóloga se la derivó a una ginecóloga y se le indicó la necesidad de una asistencia legal, como suspensión de las visitas programadas con su padre. Recién en febrero de 2000, la psicóloga analizó la situación de «ataque real».

El a quo tuvo en especial consideración que el delito se ubicó temporalmente entre los meses de enero y agosto de 1999, cuando la niña retoma las sesiones con la psicóloga. Entiende que el primer período no puede estar sujeto a reproche a la profesional, por lo que descarta una praxis inadecuada en ese plazo, dado que la Cámara Penal ubicó el abuso a partir de enero de 1999. El magistrado se apoyó para su decisión final en los informes del Cuerpo Médico Forense y el de las licenciadas en psicología de la UBA, al expresar que no tienen elementos necesarios para establecer la dilatación o no de la realización de las acciones protectorias.

La actora, disconforme con lo resuelto, recurre la decisión en segunda instancia ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, expresando agravios, y en el fallo del 23 de octubre del año 2012, se revoca lo decidido en la sentencia de grado y se condena a la obra social y a la psicóloga demandada por mala praxis médica, el actuar negligente, consistente en no descubrir que la menor bajo su tratamiento estaba siendo sometida a abuso sexual por parte de su padre biológico. Indican que la madre fue víctima secundaria del abuso, que la accionada no advirtió la perspectiva culpabilizadora de la madre, y que omitió indicar en tiempo oportuno la intervención legal, o disponer una interconsulta u otra acción para evitar la prolongación de la situación tortuosa sufrida por la menor.

Debe repararse el daño moral teniendo en cuenta que la menor junto a su madre habían depositado sus esperanzas en la psicóloga demandada para que fuera develado el motivo de su intranquilidad emocional, lo cual se vio postergado y dilatado debido a una actuación profesional que demostró un alto grado de ineptitud.

III. RESPONSABILIDAD DE LA PSICÓLOGA

«El niño en riesgo no solo está frente a "familias peligrosas", sino también, frente a "profesionales peligrosos"» Eduardo Padilla, citando a Peter Dale.

1. El rol de los profesionales en la temática del abuso sexual infantil

Los profesionales -entre ellos los psicólogos- que trabajan en la temática del abuso sexual infantil cumplen un rol esencial en la crisis asociada con la denuncia. Por ese rol de gran peso, se debe responsabilizar al profesional que no se da cuenta de lo que le sucede, que sobre la base de las entrevistas sospecha, pero no quiere inmiscuirse en problemas legales, como ser testigos, prestar colaboración, etc., que tiene una seria sospecha, pero prefiere no hablar.

El psicólogo es el profesional más idóneo para intentar que el niño deleve lo sucedido sin dañarlo. En un procedimiento psicojurídico, puede contribuir a esclarecer si es que hubo o no

un acto abusivo, realizar un diagnóstico que permita dimensionar el daño producto de un proceso de victimización (4) o, una vez que lo ha contado, trabajar en su salud mental. El aporte clínico-pericial de la psicología se hace necesario sobre todo en los casos en que no existen evidencias físicas de la transgresión sexual, situación que corresponde a la mayoría de este tipo de atentados (5). En el terreno legal se hablaría de orfandad probatoria debido a la imposibilidad de recolectar pruebas que acrediten el abuso sexual (6).

Del fallo, cabe destacar la actitud profesional que tuvo la accionada luego de haberse enterado de la agresión sexual sufrida por la niña.

Expone la accionada que esas entrevistas se desarrollaron hasta diciembre de 1999, y que fueron retomadas el 31 de enero de 2000, y es recién por esa fecha cuando la menor a través de su sueño reveló la agresión de la cual era víctima.

De cara a este cuadro de situación de verdadero peligro para la integridad psicofísica de la menor, detectado aparentemente en forma temprana ya en agosto de 1999, la psicóloga solo decidió continuar con el tratamiento de juego con el paciente para darle un espacio propio y no contaminado, formar a la madre en la detección de situaciones de peligro para los chicos, como enseñarles a cuidar su cuerpo y privacidad, y realizar entrevistas familiares, entre otros, con el padre para mantenerlo al tanto del curso del tratamiento, indagar sobre su relación con A. y asesorarlo en los aspectos de cuidado con el trato con él.

Cabe entonces preguntar: ¿si la profesional tenía desde un comienzo (como, por ejemplo, desde el mes de agosto de 1999) tal grado de sospecha con alto grado de probabilidad de un abuso sexual, conforme expuso en este último informe, por qué motivo no arbitró los medios para proteger a la niña del ataque? ¿Por qué la psicóloga no tuvo en cuenta la posibilidad de un enfoque multidisciplinario si estaba casi segura de que la menor era abusada sexualmente? Es evidente que la licenciada no adecuó su accionar a tratar de develar el conflicto subyacente, dado que, en el informe del 16 de setiembre de 1999, nada dijo de ello y, sin embargo, en forma totalmente inexplicable, en el informe del 21 de febrero de 2000, con los mismos elementos asumió que había sospecha con alto grado de probabilidad de abuso sexual desde un comienzo, que retrotrajo a agosto de 1999 o tal vez antes.

Uno de los dos informes es falso o por lo menos incorrecto, y no responde a la realidad.

En este punto es palmaria la responsabilidad que pesa sobre el profesional. Es incuestionable que la codemandada no puso al alcance de la menor todos los medios necesarios para ayudarla en esa difícil etapa de su vida. La diligencia y la prudencia de la psicóloga estuvieron ausentes en un primer momento para lograr un juicio diagnóstico, y las alegadas discrepantes actitudes diagnósticas disponibles no configuran en la especie una causa suficiente de irresponsabilidad en tanto era injustificable para esta psicóloga en relación al estándar profesional (arts. 512, 902, 909 CCiv), ya sea que falló en las entrevistas psicológicas, o por omitir exploraciones psicofísicas o por falta de idoneidad suficiente para atender el caso.

La definición de una situación reclama un determinado tipo de acción. Es decir, la definición y el requerimiento de una acción son las dos caras de una misma moneda. Por ende, la estrategia de intervención se encontrará determinada por la definición que se haga de la situación.

O sea, sin tener conciencia de ello, podemos influir en las pautas familiares de modo que

nuestra actuación no solo no preste ninguna utilidad sino que, por el contrario, puede devenir iatrogénica, lo que significa, lisa y llanamente, empeorar la situación dada.

2. La historia clínica y sus implicancias con la labor profesional

Entre los documentos sanitarios que surgen en la relación médico-paciente, la historia clínica es el documento por excelencia, mencionado en el fallo a comentar, por eso creo necesario hacer una alusión a ella y relacionarla con el fallo.

La Ley 26.529, de los derechos del paciente, en su art. 12 la define como «el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud».

En suma, es el documento en el que se deja constancia de los acontecimientos principales de la enfermedad del paciente y de los actos médicos. Es un registro de datos sobre el diagnóstico, la terapia y la evolución del paciente. Es un deber esencial registrar los datos más importantes que hacen al diagnóstico y al tratamiento: su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional.

De la ley, surge que la confección de la historia clínica es obligatoria en términos jurídicos, además de configurar un deber en términos ético-profesionales, debiendo ser completada en orden cronológico y requiriéndose la foliatura de sus hojas, dado que el orden temporal de cada una de las anotaciones permite evaluar integralmente la evolución de un paciente, así como los actos desarrollados por los profesionales o auxiliares de la salud según las circunstancias del momento. En este orden, el número de folio incorporado en cada página conlleva necesariamente la satisfacción y complemento de este requisito, asegurando la continuidad progresiva de cada una de las incorporaciones que se efectúen en la historia clínica.

La ley enumera al solo efecto enunciativo cuáles son los asientos que deberían registrarse en la historia clínica. A este respecto, incluye a todos los actos médicos realizados o indicados, incluyendo a aquellos afines con el diagnóstico presuntivo; los datos que individualizan al paciente y su grupo familiar, datos de identificación del profesional interviniente y los antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos del paciente. Es de vital importancia destacar que, según el inc. d del art. 15 de la ley, los registros de los actos llevados a cabo por los profesionales y auxiliares deben ser claros y precisos, en tanto debe tenerse presente que la historia clínica debe ser llevada de manera tal que cualquier profesional interviniente en la atención del paciente pueda comprender cada uno de los actos llevados a cabo previamente (7).

La psicóloga debe llevar de manera organizada, crónica y detallada la historia clínica de la paciente o el registro del tratamiento, lo que le permite rever algunas cuestiones atinentes al tratamiento, entre otras cosas.

Asimismo, el psicólogo deberá asentar en la historia clínica cuál ha sido el motivo por el que se sospecha del abuso sexual (como, por ejemplo, el relato del niño de la situación de abuso, sospecha de un tercero, sintomatología no específica y/o indicadores psicológicos que se evidencien en tal sentido).

En el fallo que comento se advierte claramente que no hay un orden cronológico de las entrevistas. Ilustro con algunos extractos transcritos del fallo: «... una simple confrontación de

fechas que el informe del 16 de septiembre fue datado con anterioridad a las entrevistas que dan cuenta de las situaciones que se describieron en el mismo; más aún, hay una hoja suelta con fecha de octubre de ese año.

»¿Cuál podrá ser el motivo de esa grave discordancia?Por ahora podemos apuntar que el material que tenía la psicóloga para elaborar su informe psicodiagnóstico eran las constancias de la HC, la cual es totalmente incompleta e inexacta en cuanto a las fechas de las entrevistas, y nada dice sobre el abuso sexual que se estaba perpetrando contra la menor por parte de su padre. No hay constancia detallada de las entrevistas que se realizaron a partir del 5 agosto de 1999, y aparece en forma descolgada un registro del 23 de septiembre, y otro del 30 de ese mes, mientras que intercalada la anotación del 12/11 sobre la varicela y neumonitis, más otra hoja posterior de octubre de 1999, sin indicación del día».

Luego la licenciada presenta un dictamen en el juicio ante el Tribunal de Familia, en el que no solo expone las características emocionales de la menor, sino que arriesga la posibilidad de un «ataque real». Expresa que también le advierte inmediatamente en la entrevista a la madre -se desconoce la fecha por insuficiencia de soporte documental debido a la HC incompleta- sobre la «sospecha con alto grado de probabilidad, de que su hija estuviera, o hubiera sido objeto de algún tipo de estimulación sexual».

3. El secreto profesional y la obligación de denunciar: ese dilema vigente... denunciar o no denunciar

Me permito dudar seriamente de si la profesional accionada sabía del abuso o no sabía, o se dio cuenta tarde. Sin embargo, si sabía del abuso desde el comienzo del análisis del resultado de las entrevistas con la niña, debió arbitrar los medios necesarios de protección. Si no sabía del abuso, obró negligentemente y sin conciencia de la situación, al no tomar los recaudos necesarios que exigen la temática. Y si se dio cuenta tardíamente, esa dilación en develar e intervenir evidentemente ha ocasionado serios daños en la niña víctima.

Hay dos temas a tratar, vinculados con el fallo: el secreto profesional y la obligación de denunciar.La invocación genérica y difusa del secreto profesional provoca confusiones y crea una coraza de impunidad en negativas a denunciar de los obligados por ley.

En primer lugar, el secreto profesional encuentra su fundamento constitucional en el art. 19 de la CN, cuando garantiza la libertad de intimidad (8). Apunta a proteger a la persona a quien la revelación injustificada del obligado a guardar secreto podría causarle o le causa un daño. En consecuencia, el secreto podría causarle o le causa un daño. Así, el secreto profesional, en términos de violencia familiar, protege solo al victimario o autor, quien se vería perjudicado ante la revelación de los hechos.

Por el contrario, las víctimas no pueden verse perjudicadas por la revelación que hace el obligado a guardar el secreto -en términos de la situación violenta-, ya que dicha revelación no puede perjudicarla, sino todo lo contrario. De ello se sigue que el secreto existe siempre solamente en relación al victimario, pero, dado el interés superior y público que tiende a la protección psicofísica de los incapaces en sentido lato, el obligado a guardar secreto se ve relevado de dicha obligación. Es más, se ve obligado a comunicar a la justicia el caso del cual emerge una situación de riesgo intrafamiliar que involucre a aquellos (9).

El art. 8 de la Ley 23.277, que reglamenta el ejercicio de la psicología, establece obligaciones

como guardar el más riguroso secreto profesional sobre cualquier prescripción o acto que realizare en cumplimiento de sus tareas específicas, así como de los datos o hechos que se les comunicare en razón de su actividad profesional sobre aspectos físicos, psicológicos o ideológicos de las personas.

Así como rige la prohibición de revelar datos íntimos y reservados, también existe mala praxis por su contrario. «Existe abuso de secreto cuando el profesional calla el delito del que ha sido víctima su paciente. Distintas leyes de violencia familiar estipulan la obligación de denunciar, pero uno encuentra que algunos psicólogos la incumplen», aclara VIAR (10).

Con respecto a la obligación de denunciar en una entrevista, el médico psicoanalista Jorge Volnovich habla sobre el rol de las instituciones que trabajan con esta temática y la posibilidad de denunciar. Plantea que todas pueden actuar en función de una cierta credibilidad que se establece sobre la situación del abuso y, además, el hecho de considerar que todas las acciones que se están realizando, además de credibilidad, son justas y necesarias. La impresión que da es justamente lo contrario: es muy común que los profesionales digan: «No, ¿por qué lo voy a comunicar? Es un lío bárbaro, voy a armar un lío bárbaro, a mí, a la familia del niño, etc.». Generalmente, las denuncias terminan en lo peor, por lo que no se denuncia (11).

Las leyes de protección contra la violencia familiar han establecido artículos referentes a la obligación de denunciar. Así, la Ley 24.417, en su art. 2, plantea que: «Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el Ministerio Público». También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor.

Llama la atención la nominación tan heterogénea de los obligados ex lege a denunciar. Evidentemente, el legislador convocó a aquellos que en forma habitual tienen contacto -generalmente, a posteriori- con situaciones de violencia familiar y le ha dado entidad jurídica al mandato ético que sostiene la tutela de los más desprotegidos (12).

Con respecto a los profesionales de la salud, no hay aquí ninguna representación legal previa, pero sí una relación funcional entre el damnificado y el obligado a denunciar, ya sea transitoria, ocasional o permanente, como por ejemplo, el médico pediatra que encuentra indicios de abandono físico y emocional en un paciente (relación funcional transitoria) tiene ambos, no solo una relación previa, sino la posibilidad de aportar a la denuncia la mayor cantidad de datos posibles sobre la víctima. En tanto el médico de guardia que encuentra signos o síntomas físicos compatibles con abuso sexual tendrá una relación funcional ocasional -tal vez única- con la víctima y también tendrá la obligación de denunciar.

Entiendo que solo se encontrarán obligados a denunciar cuando sepan sobre la situación de violencia y que el grado de certeza sea razón para creer, o causa razonable para creer o sospechar. Los obligados a denunciar no investigan el hecho, sino que lo sospechan razonablemente.

Debe meritarse que quien cumple con la obligación de denunciar goza de inmunidad e indemnidad civil y penal, salvo que actúe de mala fe. Entonces, quien denuncia en cumplimiento de un deber legal no puede ser demandado por los daños y perjuicios derivados de su denuncia. Así permiten interpretarlo el art. 1071 CCiv en tanto dispone que el ejercicio

regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto y el art. 34 inc. 4 CPen, que dispone que no es punible el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo. Es dable señalar, como los abusadores, los maltratadores por lo general niegan el hecho, apelando a la fantasía infantil, y que esta negativa se da cuando mejor se encuentra económicamente el autor. Esta conducta constituye una estrategia procesal tendiente a mostrar ante el juez la ofensa por la falsa imputación, otras veces apunta a inhibir la actuación profesional de los mismos denunciantes (13).

La "Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus ámbitos personales", reglamentada por el Decreto 1011/10, introdujo dos normas concretas relativas al tema: a) el art. 18, en tanto señala que las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito y b) el art. 24 en su inc. e, en donde plantea que la denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito.

FAMÁ señala como positiva la ampliación de la legitimación para realizar la denuncia a «cualquier persona», a quien además se le garantiza la reserva de su identidad (art. 21 in fine) (14). La autora critica la parte de la obligación de denunciar que se topa con el deber de secreto que pesa sobre los profesionales en virtud de lo dispuesto por el art. 156 del Código Penal argentino. Esta norma debe conjugarse con lo previsto por el art. 34 inc.4 del mismo ordenamiento, que determina que no es punible «el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo» y con el art. 177 inc. 2, que establece que: «Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: [...] 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar» (15).

IV. EL SILBIDO DE LA NIÑA

1. Los derechos de la niña como paciente

Los derechos del paciente se cuentan hoy entre los derechos humanos individuales que deben añadirse a la lista clásica junto a los derechos a la vida, la salud, la libertad y la propiedad. El respeto de los derechos del paciente es un elemento central de la relación médico-paciente en el nuevo modelo autonomista de asistencia médica.

No podemos soslayar que la niña de 13 años era paciente, por eso amerita mencionar de manera general sus derechos, que en el fallo fueron vulnerados por la profesional tratante. La Ley 26.529, largamente esperada, regula los derechos de los pacientes frente a los profesionales e instituciones de salud. El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.

El art. 2 plantea los «derechos esenciales de los pacientes», entre ellos los siguientes:

A. Asistencia: El paciente -prioritariamente los niños, niñas y adolescentes- tiene derecho a ser asistido sin menoscabo y distinción alguna. Este derecho de asistencia también se extiende a los agentes del seguro (16). El decreto reglamentario agrega que, cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las leyes 23.849, 26.061 y 26.529 (17) .

B. Trato digno y respetuoso: El paciente tiene el derecho a que le otorguen un trato digno, respetando sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, pudor e intimidad, cualquiera sea el padecimiento.

C. Intimidad: Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles.

D. Confidencialidad: Asimismo, el paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración, manipulación o acceso a su documentación clínica guarde la confidencialidad y debida reserva.

E. Autonomía de la voluntad: El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. La ley otorga a niños, niñas y adolescentes el derecho a intervenir en la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

F. Información sanitaria: El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud, que incluye el de no recibir dicha información.

G. Interconsulta médica: El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión (interconsulta médica) sobre el diagnóstico, el pronóstico o el tratamiento relacionado con su estado de salud.

La Ley de Protección de Salud Mental 26.657, sancionada el 25/11/2010 y promulgada el 2/12/2010, constituye un importante avance en la protección del bien jurídico «vida y salud de las personas». El capítulo IV, titulado "Derechos de las personas con padecimiento mental", establece en el art. 7, inc. c, el derecho que tiene el paciente a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos.

2.El silbido de la niña

Como disparador: ¿Por qué nadie escuchó el silbido de la niña? (18) (Ya que no es lo mismo oír que escuchar) (19).

Dentro de las diversas formas que adopta el maltrato infantil, el abuso sexual es sin duda una de las más graves, tanto por el impacto que produce en el niño víctima como por las consecuencias postraumáticas que genera. Sin embargo, es al mismo tiempo el tipo de maltrato que más dificultades presenta en su detección, investigación y decisión de intervención adecuada (terapéutica y/o judicial) (20).

El niño se encuentra en un estado de real vulnerabilidad frente a la agresión sexual del adulto, mucho más aún si se trata de un integrante cercano de su propia familia (padre, abuelo, padrastro). La desigualdad, en el amplio sentido del término, signa la relación niño indefenso/padre poderoso (21).

Los niños que han padecido de una situación de abuso, generalmente, callan, prefieren olvidar lo que les ha pasado como forma de eliminarlo de su mente, se sienten culpables, tienen vergüenza de sus familiares y de sus compañeros de escuela, de contar algo doloroso y que en el peor de los casos no le crean, por eso prefieren mantener el secreto.

La sospecha de abuso puede surgir a través de indicadores físicos, emocionales y de comportamiento; pero es preciso tener en cuenta que un solo indicador no es necesariamente síntoma de abuso sexual infantil; por lo que es imprescindible cruzar varios indicadores, sumando la dinámica familiar, para intentar acercarse a la presunción de que un niño está siendo abusado sexualmente.

De un extracto del fallo transcrito surge: «... por cuanto la niña a la corta edad de 5 años trató por todos los medios posibles a su alcance de hacer saber a sus mayores, incluida la especialista [..], el sufrimiento que padecía por la agresión sexual. Y esta, o bien no lo advirtió por negligencia o impericia, o no tomó las medidas adecuadas para tratar de evitar la continuidad de la agresión.

»En efecto, nada hizo oportunamente la codemandada a pesar que habían recurrido a ella justamente por ese problema que la niña no sabía cómo poner en palabras» (22).

V. LA REPARACIÓN DEL RUBRO DAÑO MORAL

La relación médico-paciente se caracteriza casi como ninguna otra por la dinamicidad y por la constante interacción que tiene lugar entre ambos sujetos del proceso (23). Cuando esa relación se quiebra por desconfianza derivada de un mal accionar configurado por no decir o no decir en su momento lo que surge del resultado de las entrevistas, podríamos pensar en abrir el campo de la responsabilidad en lo atinente al daño moral.

En la especie, la menor junto a su madre habían depositado sus esperanzas en la psicóloga para que fuera develado el motivo de su intranquilidad emocional, lo cual se vio postergado y dilatado debido a una actuación profesional que demostró un alto grado de ineptitud. Tal actuación negligente le produjo una verdadera afección a los sentimientos, dolor y sufrimiento, inquietud espiritual y agravio a las afecciones legítimas, en razón de esa postergación en el tiempo para atacar las causas de su padecer y evitar que permaneciera, lo que justifica ampliamente su receptación favorable (24).

Una jurisprudencia específica ha venido a aclarar la procedencia del rubro con base en la confianza depositada. Plantea que: «Es procedente el reclamo a título de daño moral formulado por un paciente contra el psicólogo terapeuta que mantuvo una relación de tipo íntimo con aquel durante el tratamiento, lo abandonó en varias ocasiones sin derivarlo a otro profesional y desvió del objetivo de la cura la dependencia instalada en el vínculo terapéutico, teniendo en cuenta la desilusión por haber sido objeto de un manejo por parte del demandado, en quien había depositado su confianza, que le agravó su estado psíquico» (25).

VI. CONCLUSIÓN Y REFLEXIÓN

Para concluir este comentario, quisiera rescatar la buena decisión de la cámara al responsabilizar a la psicóloga por su accionar negligente, inexperto y perjudicial para la niña en un caso en el que era necesario especialidad o sino derivación a otro profesional. Ingenua sería la postura del que pensara que el daño provocado por el abuso queda paralizado en el mismo instante del abuso sexual y que callarlo u olvidarlo sanará las heridas pronto. No todos los casos son iguales porque no todas las personas son iguales, pero en todos los supuestos el niño debe recibir ayuda de profesionales especializados en el tema, que oigan el silbido...

Por último, una frase para pensar: Volnovich plantea que tanto los profesionales, en la justicia como en los consejos, no perciben que cada uno de nosotros somos la única oportunidad que tiene el chico, y la única oportunidad de ser escuchado, de que su palabra sea tenida en cuenta, de que el victimario -el abusador- sea castigado por lo que hace, y de que la víctima, el niño que ha sido abusado, no se sienta culpable para siempre de lo que le ha pasado (26).

(1) Gorra, Daniel Gustavo, "Responsabilidad civil y penal de los profesionales de la salud", LL 2011-F, 1280.

(2) Bustamante Alsina, Jorge, "Prueba de la culpa", LL 99-892, entre otros.

(3) Danya Glaser, "Abuso y negligencia emocional (maltrato psicológico): un marco conceptual", Journal of Child Abuse & Neglect, 26 (202), 697-714.

(4) Cantón, J.& Cortés, M., Guía para la evaluación del abuso sexual infantil, Madrid, Pirámide, 2000.

(5) Giardino, A. P. & Finkel, M. A. (2005), Evaluating child sexual abuse [Versión electrónica], Pediatric Annals, 34 (5), 382-394.

(6) Ortiz, Diego O., Abuso sexual infantil: Las voces de los actores involucrados, el silencio de los inocentes, Microjuris, Doctrina, 10 de junio de 2013, Entrega 105.

(7) Aizenberg Marisa, Los derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529, http://www.cedi.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=324:derechos-de-los-pacientes-ley-26529.

(8) Famá, María Victoria, "Legitimación activa y obligación de denunciar los hechos de violencia doméstica en el marco de la Ley 26.485", JA 2010-III, p. 6.

(9) Viar, Juan Pablo, La obligación de denunciar en la Ley 24.417. Violencia familiar y abuso sexual, Buenos Aires, Universidad, p. 90.

(10) Autor citado por Manuli, Gabriela, "Las denuncias por mala praxis psicológica evidencian el vacío legal de la profesión", 2007, http://www.perfil.com/contenidos/2007/02/19/noticia_0028.html, recuperado el 2 de julio 2013.

(11) Volnovich, Jorge, "Abuso sexual infantil: La lógica del desmentido", Emancipación SyE.

(12) Viar, op. cit.

(13) Grisetti, Ricardo Alberto, "Delitos sexuales intrafamiliares. Aspectos civiles, penales, criminológicos y victimológicos. Su abordaje en la provincia de Jujuy", LLNOA 2005, 511.

(14) Famá, op. cit., p. 5.

(15) O. cit.

(16) Rosales, Pablo O., Comentario sobre la nueva Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

(17) Canet, Julia & Mazzeo, Carina, Los derechos del paciente, Microjuris, Doctrina, 26 de junio de 2013, MJD6317.

(18) Parafraseando la frase inicial de Savater.

(19) En ese sentido, la clara diferencia que la propia Real Academia de la Lengua establece entre dos palabras habituales en nuestro idioma adquiere una relevancia tan grande que pueden significar para una niña o niño la diferencia entre sufrir o no sufrir, entre vivir o morir. Así, señala la RAE: «Escuchar: Poner atención o aplicar el oído para oír (algo o a alguien)». Por tanto, la acción de escuchar es voluntaria e implica intencionalidad del sujeto, a diferencia de oír, que significa, sin más, percibir por el oído (un sonido o lo que alguien dice). Rozansky, Carlos, "Oír o escuchar", Página 12, Sociedad, 1 de julio de 2013.

(20) Bringiotti, María Inés, "Los límites de la objetividad en el abordaje del abuso sexual infantil", Maltrato infantil. Riesgos del compromiso profesional, Comp. Silvio Lamberti, Buenos Aires, Universidad, p. 39.

(21) Colapinto, Leónidas, El entorno calla (Extracto del libro La hija incestuada), Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, 2001.

(22) Sin embargo la puso en silbidos.

(23) Canet & Mazzeo, op. cit.

(24) Bustamante Alsina, Teoría de la responsabilidad civil, p. 205; Zavala de González en Highton-Bueres, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. III-A, p. 172.

(25) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, 19/12/2003, M. G. c/ M. C. C. A., RCyS, 2004-353, con nota de Jaime Fernández Madero; DJ, 2004-2, 258 - LL 09/08/2004, 5, con nota de Silvia Y. Tanzi; Ethel Humphreys; Juan María Papillú; LLP, 2004-1242, con nota de Silvia Y. Tanzi; Ethel Humphreys; Juan María Papillú; AR/JUR/4901/2003.

(26) Volnovich, Jorge: Abuso sexual infantil. La lógica del desmentido.

(*) Abogado, UBA. Diplomado en Derecho de Daños, AABA. Posgrado de Especialización en Violencia Familiar, UMSA (en curso). Posgrado de Derecho de Familia, UBA (en curso).

Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas, UBA. Docente de Derecho de Familia, UBA. Asesor Legal del Centro Integral de la Mujer Margarita Malharro. Autor en trabajos jurídicos. Disertante en congresos.