



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

***"EL EXPEDIENTE CLÍNICO ELECTRÓNICO COMO PRUEBA
FEHACIENTE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL"***

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

BLANCA OTILIA CORNEJO FLORES

ASESOR:

LIC. KARLA BARRAGÁN DÍAZ

MORELIA, MICHOACÁN, ENERO 2009

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**"EL EXPEDIENTE CLÍNICO ELECTRÓNICO COMO PRUEBA
FEHACIENTE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

BLANCA OTILIA CORNEJO FLORES

ASESOR:

LIC. KARLA BARRAGÁN DÍAZ

MORELIA, MICHOACÁN, ENERO 2009

DEDICO ESTE TRABAJO Y MI ETERNA GRATITUD

A:

La facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UMSNH

Por convertirse en mí casa

Todos y cada uno de mis maestras y maestros

Por compartirme sus conocimientos

Mi asesora Lic. Karla Barragán Díaz

Por su invaluable ayuda

Mis padres (QEPD)

Por su ejemplo

Mis hermanas y hermanos

Por su cariño

Ti

Por caminar a mi lado

Mis amigas y amigos

Por su amistad

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN-----	IV
-------------------	----

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL

1.1 Antecedentes-----	1
1.2 Mesopotamia-----	2
1.3 China-----	3
1.4 India-----	3
1.5 Egipto-----	3
1.6 Las Culturas Clásicas Grecia y Roma-----	4
1.7 Edad Media-----	5
1.8 Renacimiento-----	6
1.9 Responsabilidad médica penal en México-----	7

CAPITULO II

EL ACTO MEDICO

2.1 Definición-----	10
2.2 Requisitos del acto médico-----	12
2.3 Lex Artis-----	12
2.4 La legitimidad del acto médico-----	14

CAPITULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGALIDAD DEL EXPEDIENTE CLÍNICO EN MÉXICO, ARGENTINA Y ESPAÑA

3.1 Definición del expediente clínico-----	19
3.2 Análisis comparativo-----	19
3.3 Justificación del expediente clínico-----	21
3.4 México-----	21
3.5 Marco legal-----	22
3.6 Argentina-----	24
3.7 Las ventajas de la historia clínica electrónica -----	25
3.8 España-----	26
3.9 Marco legal-----	27

CAPÍTULO IV

LA HISTORIA CLÍNICA INHERENTE AL EXPEDIENTE

4.1 Antecedentes-----	29
4.2 Manejo historia clínica-----	29
4.3 Contenido del expediente clínico-----	30
4.4 Secreto profesional-----	31
4.5 Derechos y deberes del médico-----	32
4.6 Los derechos del paciente sobre la historia clínica-----	32
4.7 Las utilidades de la historia clínica-----	33
4.8 Diagnóstico-----	35
4.9 Acto médico-----	36

CAPÍTULO V

LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL MEXICANO

5.1 Pruebas en general-----	39
5.2 Pruebas en el proceso penal-----	40
5.3 Responsabilidad profesional-----	40
5.4 La culpa-----	45
5.5 El Proceso penal-----	47
5.6 La Prueba pericial-----	48
5.7 Prueba documental-----	49

CONCLUSIONES -----	51
--------------------	----

PROPUESTAS -----	52
------------------	----

BIBLIOGRAFÍA -----	56
--------------------	----

INTRODUCCION

Si el nudo gordiano de la responsabilidad médica se determina con base en la confección de la historia clínica o expediente clínico, siendo éste el que define la situación procesal del profesional; deben implementarse los medios para que este documento se transforme en una herramienta útil para el profesional de la medicina y pueda ser utilizada por éste ante la eventualidad de un proceso judicial como prueba de su actuar y como medio judicial incriminatorio. Todo lo anterior plantea diversas interrogantes cuyas respuestas gravitan ineludiblemente en la diaria actividad profesional del médico.

Mediante este trabajo pretendo demostrar que en la actualidad se debe reconocer la ventaja y utilidad práctica de la informatización de las historias clínicas. Las historias clínicas servirán así mismo para evitar que un registro manual defectuoso, o una omisión por ilegibilidad, daño o pérdida o cualquier otro motivo que pudiera ser utilizado como una presunción contraria.

Últimamente se han llevado a cabo investigaciones judiciales sobre la asistencia médica recibida y cuestionada por el paciente. Estas investigaciones se han realizado en lugares tales como centros hospitalarios con el fin de deslindar o fincar responsabilidad profesional sobre el personal sanitario que tiene participación en su atención. Es en estos casos donde la historia clínica juega un papel muy importante como documento legal, pues se convierte en el medio o prueba fehaciente para el esclarecimiento de los actos médicos, que están plasmados precisamente en el expediente por propia mano del médico quien los realiza. El expediente servirá en un dado caso para fincar responsabilidad penal, es decir cuando se trata de la realización de un delito o de una falta imprudente o negligente cometida por el profesional médico con repercusiones negativas sobre la salud y sobre la vida del paciente que sea.

El estudio de la historia clínica es de gran interés tanto para los jurisperitos como para el médico. Luego entonces en tratándose de la responsabilidad médica penal, la cual se determina en base a lo que se encuentra plasmado en la historia clínica, aquí se hará constar el actuar diligente y correcto o la mal praxis del profesional de la medicina.

El médico forense y los especialistas en la materia de que se trate serán llamados en auxilio de la administración de justicia y tendrán que ilustrar al juez con sus conocimientos y con su experiencia. De tal forma que al emitir los informes que les sean solicitados, el juzgador podrá adquirir los elementos de juicio necesarios para fundamentar de mejor manera sus fallos (sentencias). En la actualidad, los funcionarios judiciales llamados a resolver en los juicios de orden penal carecen de los conocimientos de anatomía, fisiología y psicología tan relacionadas con su campo de acción y tan necesarias para formarse criterios propios sobre una multitud de cuestiones penales.

En ocasiones no existe mal praxis sino una mala confección de la historia clínica que puede ocurrir en la anamnesis (interrogatorio y exploración física) referida en el expediente clínico del paciente. La historia clínica conlleva para el profesional médico un deber de preparación e información previa en la diagnosis (padecimiento actual) como momento central de la actividad típica del médico referida a la naturaleza de la enfermedad y su gravedad para poder establecer un tratamiento.

De tal forma que la historia clínica también denominada expediente clínico es considerada como: el conjunto de documentos ordenados y detallados que recopilan cronológicamente todos los aspectos de la salud del paciente, su entorno higiénico-dietético y familiar. Estos documentos sirven de base para conocer las condiciones de salud del paciente, los actos médicos así como los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene a lo largo del proceso asistencial. Por ello, la historia clínica constituye una pieza

fundamental en la mayoría de las pericias médicas. Es pues el documento idóneo para el esclarecimiento de los hechos por lo que su examen minucioso debe ser el paso obligado siempre, porque en todo proceso judicial el objetivo es claro, inequívoco, llegar a la verdad.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA PENAL

“La medicina posee una tradición histórica ininterrumpida a lo largo de los siglos, que se remonta a las mas antiguas civilizaciones, ya se regula la práctica médica y quirúrgica y se establece la responsabilidad profesional del médico según la ley del Talión; también se detallan ciertas enfermedades de los esclavos que invalidan el contrato de compraventa.”¹

1.1 Antecedentes

La filosofía y la medicina, según algunos historiadores, son producto del pensamiento y acción de los griegos. Al evolucionar la medicina modeló el espíritu científico y dispuso el cúmulo de creencias y supersticiones existentes entre los griegos acerca de las enfermedades revelando el secreto del cuerpo humano y las fallas que sucedían en él. Los médicos griegos demostraron que los males del cuerpo se debían no solo a trastornos internos sino que también eran producto de las condiciones climáticas y ambientales. De esta forma, la medicina superó sus propios límites, descartando las creencias en la omnipresente influencia de los dioses en el desarrollo de las enfermedades en el cuerpo humano. Los avances de la medicina en la Grecia antigua también formuló preguntas que requerían de respuestas racionales para establecer los hechos que causaban la enfermedad.

Las grandes civilizaciones de la antigüedad clásica, así como en las culturas más remotas ya es posible encontrar algunos datos aislados de interés en el campo médico legal. Entre las culturas que buscaron no solo dilucidar las causas y efectos de

¹Juan Antonio Gisbert Calabuig y Enrique Villanueva Cañadas, *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª. ed., Barcelona, Elsevier-Masson, 2004, p. 5.

las enfermedades humanas sino también la reglamentación jurídica de la práctica médica destacan las siguientes:

1.2 Mesopotamia

En las culturas mesopotámicas sobresale el Código de Hamurabi, creado en el año 1692 a.C. durante el Imperio Babilónico. Dicho código contiene una serie de 282 leyes tendientes a normar la sociedad y vida cotidiana. Las leyes buscaron regular el funcionamiento judicial, precios, salarios, la responsabilidad profesional y las penas según los delitos o crímenes cometidos. Las leyes referentes a la responsabilidad profesional, las indemnizaciones por lesiones, y los honorarios médicos constituyen la más notable aportación en el campo del derecho médico de la época. El Código de Hamurabi influyó profundamente los textos legales de épocas históricas sucesivas.

La civilización Mesopotámica floreció entre los ríos Éufrates y Tigris alrededor de los 4000 años a.C., En ésta región el pueblo sumerio creó la primera civilización verdadera del mundo según Samuel Noah Kramer. La medicina en Sumeria se concentraba en la práctica de la magia contra los espíritus malignos. El hombre enfermo debía protegerse mediante conjuros contra el demonio para liberar el cuerpo de esta persona. Quienes trataban las enfermedades eran sacerdotes unos adivinos, exorcistas, y otros médicos que daban medicamentos y realizaban rudimentarias operaciones quirúrgicas. En esa época existían manuales donde se describían los diagnósticos y pronósticos de algunas enfermedades, así como los detalles de los síntomas. También sobresalían los compendios que enumeraban tratamientos y remedios según la parte afectada del cuerpo.

Las leyes del código Hamurabi o el código del derecho babilónico fueron tallados en una estela de diorita negra, y ahí se señalaban los pagos que el paciente tenía que hacer cuando era curado, y los castigos aplicables a los médicos que se equivocaban o no lograban el éxito, tanto así que incluso llegaban a amputarles las manos si una persona moría durante un tratamiento: “Si un cirujano ha abierto una infección del ojo

con un instrumento de bronce y salvado así un ojo del hombre, recibirá diez ciclos. Si un cirujano ha abierto una infección del ojo con un instrumento de bronce y destruido el ojo del hombre, perderá la mano”²

1.3 China

La civilización China ha sido una cultura aislada de Occidente hasta épocas tardías. El primer compendio de medicina legal surgió a mediados del siglo XIII, fecha en la que Song Ts’eu produjo la compilación del Si-yuan-lu. Éste texto médico legal puede traducirse como compilación de la reparación de las injusticias sufridas a manos de los médicos de la época. Este texto se conoció en Occidente hasta el siglo XVIII.

1.4 India

En cuanto a la cultura hindú el aspecto de mayor interés es sin duda la valoración de las lesiones de las que depende el castigo que debe sufrir el autor sobre todo las amputaciones que formaban parte de las penas previstas en la legislación (la pena por adulterio era la amputación de la nariz).

1.5 Egipto

La medicina en la civilización egipcia tuvo un lugar destacado al grado de conferir poderes divinos a los médicos, elevándolos al rango de dioses. “Entre el año 2,686 y el 2,613 a.C. hizo su aparición en Egipto el médico más antiguo de que se tenga memoria, era un personaje real e histórico, quien fue posteriormente considerado como dios ente los egipcios. Se trata de Imhotep (el que llega en paz), aparece éste en el panteón egipcio como el Dios de la medicina y un papiro antiguo cita que era adorado como tal en Menfis.”³

² Juan Jaramillo Antillon, *Historia y Filosofía de la Medicina*, San José, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2005, pp. 4-5.

³ *Ibidem.*, p. 10.

1.6 Las Culturas Clásicas—Grecia y Roma

Antes de la época dorada de los griegos siglos IV y V a.C., los pueblos del cercano oriente poseían una sabiduría fundada en mitos y hechos religiosos, aunque su sabiduría no estaba basada en la razón sino en creencias o fe. A diferencia de otros pueblos, los griegos no crearon leyes encaminadas a normar la práctica médica como en Babilonia donde ya existían códigos legales sin Dios. La ley griega creada en el siglo VI a.C., no pretendía ser portadora de la voluntad divina sino corregir las fallas de los ciudadanos. Por ejemplo, Tales, científico jonio de la ciudad de Mileto intentó comprender el mundo sin creer que se debía a la intervención de los dioses. Por su parte, Demócrito inventó la palabra átomo (que no puede cortarse) señalando que todas las cosas, incluso las personas, estaban hechas de átomos juntados intrincadamente. Demócrito creía que las religiones dominantes en su época eran malas y que no existían almas inmortales ni dioses “nada existe, aparte de átomos y el vacío.”⁴ En esta época inicio la medicina empírica, la cual ha tenido que pasar por la prueba y el error para desechar o aceptar aunque de manera provisional una experiencia y así convertirse en ciencia. La medicina es pues una profesión que en su mayor parte se aprende en la práctica y mediante los avances que aunque pausados, día a día van marcando pautas para eliminar fallas de error humano.

En la mitología griega, Asclepio (Esculapio para los romanos) era considerado el dios de la medicina. Asclepio era el médico de los dioses del Olimpo a quienes curaba las heridas y enfermedades mediante una raíz de peonia. Entre los consejos que daba eran “conocete a ti mismo” y “nada en exceso”. Según los mitos, Higieia y Panacea sus hijas asistían a los ritos del templo, alimentaban a las serpientes sagradas y ayudaban a sanar a los enfermos. En el año 293 a.C. los romanos adoptaron el culto de Higieia como diosa de la salud, representada por una bella mujer que sostenía en sus manos una copa (símbolo de la vida) y una serpiente enrollada en su brazo izquierdo. Su hermana Panacea fue considerada por los romanos como la diosa de los medicamentos y simboliza el ideal de una medicación inocua y eficaz.

⁴ *Ibidem.*, pp. 4-5.

En Grecia se adoptó un enfoque ético y deontológico en los problemas de la práctica médica. Esta visión ha tenido influencia hasta la actualidad, por ejemplo el juramento hipocrático es más valorado por su simbolismo que por su contenido estricto.

En Roma el biógrafo e historiador Plutarco relató los castigos impuestos por la mala práctica médica. “Plutarco refiere que Glaucus, médico de Ephestion, fue condenado a morir en la cruz por la indignación que a Alejandro le produjo el abandono en que el infortunado médico había dejado a su cliente, abandono que trajo como consecuencia la muerte de éste.”⁵ En la cultura romana encontramos numerosas referencias legislativas en relación con aspectos diversos como por ejemplo, la reparación de las lesiones en la *Lex Cornelia de injuriis*, y *Lex Aquilia* que regía a los médicos. En estas leyes se habla por vez primera sobre la “culpa gravis,” debe citarse también la ley que restringía el uso de los venenos, *Lex Cornelia de sicarios et veneficiis*.

1.7 Edad Media

En esta larga etapa que va del siglo V al XV encontramos un cierto interés por los aspectos o repercusiones legales de la medicina. Numerosos textos legales de diversos países europeos a lo largo de este periodo se ocuparon de temas concretos de medicina. Durante la edad media surgen además las primeras vislumbres de la intervención médica en la administración de la justicia y de la influencia de los conocimientos médicos en la redacción de las leyes.

En la España medieval los antecedentes en los ámbitos médico-legales se encuentran en la legislación Visigótica en el fuero juzgo de mitad del siglo VII. Sobresalen también los usos y costumbres del derecho Catalán conocidos como los Usatges de Barcelona recopilados en el siglo XII. En el derecho español destaca el extenso código de las Partidas compiladas por Alfonso X de Castilla escrito a mitad del

⁵ Citado en Luz María Reyna Carrillo Fabela, *et al.*, *La responsabilidad profesional del médico en México*, Editorial Porrúa, 5ª. ed., 2005, p. 2.

siglo XIII. Las Partidas abordan en detalle y profundidad numerosos aspectos legales de la medicina.

Entre las aportaciones de origen italiano, germánico, y francés destacan:

El estudio de las lesiones sobre todo las penas y las indemnizaciones que deben pagarse, en algunos textos hay un gran detalle de las tasas que se especifican para casi todo tipo de lesiones. Otro enfoque distinto de las lesiones es su consideración como mecanismo de castigo desde los azotes hasta las amputaciones. Más esporádicas son las referencias a aspectos médicos en cuestiones procesales, por ejemplo los criterios para decidir sobre la veracidad de una confesión. A veces se recurría a los juicios de Dios, valorando la aparición de lesiones objetivas ante ciertas pruebas, por ejemplo, el juicio del agua caliente.

Al final del periodo medieval, ya en los albores del renacimiento, se autorizó el estudio del cadáver, al principio de ajusticiados, más que con interés anatómico que para conocer la causa de muerte.

1.8 Renacimiento

En esta etapa surgen aportaciones médicas determinantes con una clara intención médico-legal, particularmente en la obra de algunos cirujanos cuando había lesiones graves o muertes violentas el cirujano podía ser llamado a declarar ante el juez, realizando una pericia sobre las lesiones.

A fines del siglo XIV y principios del siglo XV, en el reino de Aragón en España, existía una cierta práctica habitual de peritaje (desuspitacio) en la administración de la justicia de Lérida. Dicha práctica incluía el exámen de lesionados y del cadáver y además el peritaje en la tortura. Esta práctica quedó plasmada en la ley criminal alemana *Contitutio criminalis Carolina* auspiciada por el emperador Carlos V y votada en la Dieta de Ratisbona en 1532. En dicho texto legal se fijaron los elementos esenciales para la comprobación de cada delito, estableciendo taxativamente la intervención de médicos y cirujanos. La promulgación de esta ley criminal sirvió de

modelo para las reformas legislativas en diferentes partes de Europa, tales como: Las Ordenanzas de Sajonia y las Eclesiásticas de Francia decretadas a principios del siglo XV.

1.9 Responsabilidad médica penal en México

Al consumarse la independencia de México (1821) las principales leyes vigentes eran como derecho principal; la Recopilación de Indias complementada por los Autos Acordados, las ordenanzas de minería, de Intendentes, de tierras y aguas y gremios y como derecho supletorio la Novísima Recopilación, y las partidas y Ordenanzas de Bilbao (1737). Éstas últimas constituían el Código mercantil que regía para su materia pero sin referencias penales.

El nuevo estado mexicano se interesó primeramente por legislar sobre su ser y funciones y se abocó al derecho Constitucional y Administrativo. El presidente Vicente Gómez Farías calificó de ardua y urgente la tarea codificadora y se enfocó en avanzar la agenda legislativa de corte liberal a lo largo de la década de 1830. Posteriormente, los Constituyentes de 1857 junto con los legisladores del 4 de diciembre de 1860 y 4 de diciembre de 1864, los que sentaron las bases del derecho penal en México. Hacia 1867, una vez que Benito Juárez y sus seguidores derrotaron a los invasores franceses, los juaristas ocuparon la capital de la República y el presidente Juárez se dió a la tarea de organizar su gabinete (1867). Juárez nombró al abogado Antonio Martínez de Castro como Secretario de Instrucción Pública. Martínez de Castro organizó y presidió la comisión redactora del primer Código Penal Mexicano (1871) que contempla “sin más ley que el arbitrio, prudente a veces, y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia.” En su “exposición de motivos” Martínez de Castro señala que solamente por casualidad muy rara podrá suceder “que la legislación de un pueblo convenga a otro” (Montesquieu). Así, el jurista mexicano siguió los eventos de su época, nutriéndose de las enseñanzas de la escuela clásica tales como el dogma de libre albedrío, el delito como entidad propia, la justicia absoluta y la utilidad social combinadas, ejemplaridad y corrección de las penas. En la legislación de la época se

diferenciaron los grados del delito intencional y las categorías de participación en el delito y se clasificaron las circunstancias atenuantes y agravantes casuísticamente. De esta forma, la métrica penal quedó rigurosamente organizada para quedar así: Todo juicio o proceso jurisdiccional supone controversia, discusión, acusación por una parte y defensa por la otra, contienda no abstracta o ideológica sino concreta y limitada a la materia del juicio, es decir, relativa:

1. A la comprobación de los elementos constitutivos del delito
2. A la comprobación de la responsabilidad penal, o sea de la participación del inculcado en la consumación de los hechos investigados.
3. A la demostración de la culpabilidad en que fundar la sentencia ya condenatoria o absolutoria. En consecuencia, el procedimiento penal es esencial y fundamentalmente probatorio. Se ha dicho por algún procesalista que si un delito no puede ser probado o si no es posible demostrar la responsabilidad penal de una persona, es tanto como si tal delito no se hubiere cometido jamás.⁶

La prueba luego entonces ha sido definida como “el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión de litigio sometido al proceso.” En esas actividades, quienes deben tener mayor participación son las partes; una para probar su acusación mediante la comprobación de los elementos constitutivos del delito y sus circunstancias externas de ejecución tales como la participación que el inculcado haya tenido en los hechos investigados a fin de que de ellos se desprendan la responsabilidad penal y la culpabilidad. Además para demostrar la concurrencia de circunstancias atenuantes en la comisión del delito negando la responsabilidad, la no concurrencia de todos los elementos constitutivos del delito y en fin tratando de demostrar los hechos en los que se funde la defensa material que corresponde al imputado o la técnica que debe ser llevada por el defensor. La participación del juez en la actividad probatoria debe entenderse como limitada a aquellos hechos que en su concepto no hayan aclarado debidamente las partes. La distinción constitucional entre las funciones persecutoria

⁶ Rafael Pérez Palma, *Guía de Derecho Procesal y Penal*, 2a. ed., México, 1975, p. XVI.

del delito y jurisdiccional le impide allegarse oficiosamente elementos de condena o de absolución.

El Código de Procedimientos penales en México a partir de las reformas de 1931 determina que los jueces gozan de facultades para ordenar la práctica de pruebas y que no tienen más límites que su propio criterio. Sin embargo, en opinión de algunos juristas, esa amplitud en el arbitrio judicial no resiste ni la crítica constitucional ni el análisis doctrinal.⁷ El proceso penal consiste en que si bien respecto de la materialidad misma del delito, por regla general, el juez dispondrá de elementos suficientes para tenerla por acreditada, respecto a la responsabilidad penal, esto es, sobre la participación que el imputado haya tenido en los hechos investigados y también por regla general, carecerá de pruebas directas. La responsabilidad penal se funda normalmente en indicios, en presunciones apoyados por el dicho de testigos y de peritos, que no son siempre verídico; de manera que la sentencia penal, aun siendo apegada a la ley, no siempre deja tranquila la conciencia del juez que la pronuncia, porque detrás de ella existe siempre la posibilidad de error judicial. Alguien ha dicho que “el derecho y el procedimiento penal podrían ser perfectos si el hombre no hubiera aprendido a mentir”.⁸

⁷ Rafael Pérez Palma, *Op. cit.*, p. XVII.

⁸ *Ibidem.*, p. XVIII.

CAPÍTULO II

EL ACTO MÉDICO

2.1 Definición

Después de consultar la vasta literatura jurídica relativa al acto médico no encontramos una definición jurídica de acto médico. Podríamos definir como acto médico a todas aquellas actividades reservadas a los médicos para una cuestión sobre la que gravitan diversas cuestiones jurídicas y responsabilidades de todo orden por ser una actividad que incumbe de manera importante a toda la sociedad.

La medicina no incide exclusivamente en el hombre enfermo y tampoco toda la actividad médica está orientada hacia la curación de algún proceso. Hacia 1898, el criminólogo Carl Stooss definió por tratamiento médico toda acción benéfica para la salud de la persona ejercida sobre su cuerpo. Stooss consideró no solo acciones meramente terapéuticas sino de prevención, exploración, y cuidados. Stooss define en sentido negativo las prácticas médicas que “no constituye tratamiento cuando no se realiza en interés de la salud y el bienestar corporal o psíquico de la persona sobre la que actúa.”⁹

A principios del siglo XX, El penalista Edmund Mezger consideraba que tratamiento curativo es “la intervención sobre la persona de otro con el objeto de mejorar su salud, siempre que pueda considerarse como medida adecuada, teniendo en cuenta el estado presente de nuestro saber.”¹⁰

En tanto, Crespi en 1955 define el acto médico como “una acción llevada a cabo por parte de un médico en ejercicio de su actividad profesional dirigido a favorecer las

⁹ Citado en Juan Antonio Gisbert Calabuig y Enrique Villanueva Cañadas, *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰ *Ibidem.*

condiciones de vida de un ser humano.”¹¹ Los penalistas españoles representados por Luis Jiménez de Ansúa, José María Rodríguez Deversa, Francisco Muñoz Conde y otros siguen las directrices de Mezger al definir el acto médico. El comité de expertos en problemas legales del Consejo de Europa adoptó la siguiente definición “toda clase de tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad.” Más recientemente la Unión Europea de Médicos Especialistas han propuesto una nueva definición de acto médico, “el conjunto de pasos efectuados en todos los campos de la salud, exclusivamente por un licenciado en medicina, con vistas a formular un diagnóstico seguido, si es necesario, de la aplicación de acciones médicas, terapéuticas o preventivas.”¹²

El médico, por lo tanto, debe responder e informar sobre aquello que verdaderamente constituye un acto médico que es un hecho esencialmente social, que establece una relación técnica y amistosa entre el médico quien presta ayuda y el paciente quien la recibe. Estos actos así como sus actores se encuentran sometidos al control tanto por las leyes como por la propia organización profesional a través de las normas Deontológicas.¹³ Cabe mencionar que no todo lo que realizan los médicos son actos médicos, ni cualquier acto médico puede ser realizado por cualquier médico. Así, el acto médico pudiera ser entonces toda actividad lícita efectuada por un profesional de la medicina encaminado a la curación de una enfermedad o a la promoción de la salud integral de las personas.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*, p. 49.

¹³ El ejercicio de la medicina, por su propia naturaleza y por la trascendencia que tiene en todos los órdenes (social, jurídico, administrativo, económico, personal) debe ajustarse a las más rigurosas normas Deontológicas, tal hecho que está presente en la medicina de todos los tiempos, como lo testimonian los juramentos de Hipócrates (siglo V y IV a.C.) y de Aspa (siglo V d.C.) así como la plegaria del médico de Maimónides (siglo XII) ha llegado a nuestros días con toda su vigencia, tal como se aprecia en los textos que a este respecto han redactado los organismos nacionales e internacionales de la profesión médica.” J.A. Gisbert Calabuig, *Op. cit.*, pp. 60-61.

2.2 Requisitos del acto médico

En términos generales los requisitos del acto médico se definen de la siguiente forma:

-Debe ser una actividad lícita ejecutada por un profesional de la salud, con título profesional o grado académico equivalente que debe registrarse ante la Dirección General de Profesiones, de la Secretaría de Educación Pública.

Que sus fines sean necesariamente curativos, o preventivos, o de alivio de algún padecimiento,

- Por consenso el acto médico es un acto personal y bilateral ya que tiene que haber consentimiento del paciente ya que éste tiene absoluta libertad de decidir el tratamiento que más le conviene para la recuperación de su salud y el médico debe entonces respetar estas decisiones para que éste acto sea lícito.

- Ajustado a la *Lex artis* término, que aunque clásico, ha ganado últimamente gran relevancia jurídica al hacer las sentencias judiciales continuamente alusión a este concepto y ser el punto de referencia de la buena práctica médica.

Partiendo de que la sociedad a través de sus autoridades académicas y políticas otorga un título profesional, certificando la competencia de quien lo recibe y encuadrando a éste en un régimen general de responsabilidad pero teniendo siempre en cuenta las condiciones propias de su profesión y oficio como el profesional de la medicina. Ésta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos aplicando técnicas especiales y quienes aplican éstas lo hacen imprimiendo su sello personal con sus características individuales que integran el ejercicio médico: ciencia, técnica, y arte.

2.3 *Lex Artis*

La locución latina *lex artis*, es decir, ley del arte o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate y ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación tomando en cuenta las características de quien lo ejerce así

como las circunstancias específicas de cada paciente. En la medicina existen actos de complejidad diversa y no es lo mismo formular la receta de un analgésico que practicar una intervención quirúrgica. Por esta razón la *lex artis* tiene en cuenta la actuación más no el resultado, dado que no se puede apreciar con la misma severidad un acto quirúrgico que se ejerce de urgencia en una apartada región geográfica por un médico general que actúa bajo un estado de necesidad, que el acto que se practica al mismo tiempo en una clínica de alta especialidad con todos los medios y elementos técnicos a disposición del cirujano.

Por otro lado, tampoco puede exigirse a un cirujano general de una institución que por el solo hecho de serlo realice procedimientos ante el supuesto de que por su especialidad está capacitado para hacerlo. No basta que sepa la teoría sino que además se requiere que posea la suficiente práctica toda vez que las destrezas quirúrgicas son distintas entre quienes realizan un procedimiento quirúrgico de modo habitual en un tercer nivel de atención y quienes durante su residencia médica acaso solamente pudieron observar uno de estos procedimientos. Ambos galenos ciertamente son especialistas en la misma área y están certificados pero en la realidad no puede exigírseles lo mismo pues como decía John Locke "(...) supongamos que la mente sea un papel en blanco limpio de todo signo ¿Cómo llega a tener ideas? ¿De dónde saca todo el material de la razón y del conocimiento, ese prodigioso cúmulo esa variedad casi infinita que la activa imaginación ha pintado en ella? Contesto con una sola palabra: De la Experiencia."¹⁴ Por tanto, la experiencia constituye el fundamento de todo nuestro saber, ya que de ella deriva en última instancia la *lex artis* y la ciencia.

La *lex artis* que valora la aplicación del conocimiento médico con los parámetros de excelencia han existido en distintas épocas han existido aunque con diferencias dado el nivel de desarrollo científico alcanzado. Con el paso del tiempo más verdades son reemplazadas por otras más firmes con el apoyo de la ciencia, técnica o de la tecnología. Luego entonces el médico tiene que ejercer su profesión con pericia,

¹⁴ Citado en Fernando Guzmán Mora.
http://www.abcmedicus.com/articulo/medicos/2/id/422/pagina/4/lex_artis_medicina.html

diligencia, con conocimientos actualizados, y sopesando siempre los pros y los contras de una determinada actuación que no lleve al enfermo a soportar un riesgo mayor del que cabría esperar o a un daño mayor del que jurídicamente tiene el deber de soportar.

El médico tiene como uno de sus derechos irrenunciables la libertad de método y de prescripción y además la posibilidad de elegir libremente a sus pacientes. Los anteriores son por lo tanto los pilares de la medicina libre tradicional. Por ello, la conducta profesional debe examinarse a la luz de los estándares exigibles a todo profesional en un momento histórico dado y en función de su estatus porque el médico honesto “sabe que no sabe” o en el mejor de los casos “sabe cuán poco sabe” y entiende que no es depositario de la verdad absoluta; que solo con estudio, perseverancia, esfuerzo, y mucha práctica harán que la falibilidad se reduzca a su mínima expresión.

2.4 La legitimidad del acto médico

La legitimidad del acto médico nace de la ley que protege esta actividad y además confiere a los médicos los bienes más preciados por el ser humano como son: la vida y la salud. El médico debe cumplir con los requisitos exigidos por el Estado para el desempeño de esta actividad y de este modo el médico pueda realizar una serie de actuaciones sobre el cuerpo humano que estarían tipificadas como delitos; pero al ser realizadas por él se encuentran legitimadas. De tal suerte que las heridas hechas por cualquier persona sería un delito de lesiones, mientras que las realizadas por un médico sobre el cuerpo del paciente se convierten en acto terapéutico.

Así la vieja sentencia del “*primum non nocere*” marcó siempre el límite de lo permitido en medicina: nada que implique daño. Un siglo atrás, C. Bernard aseveró que la experimentación en el hombre era lícita solo en la medida en que fuese inofensiva. Hoy no puede admitirse pues serían muy pocas las exploraciones con fines de diagnóstico las permitidas. Además, si nos situamos en el campo de la cirugía que evidentemente en los últimos años ha progresado de manera notable alcanzando campos complejos como lo son cerebro, corazón, hígado, etc.

Por otro lado, en el campo de la terapéutica farmacológica los químicos al servicio de los laboratorios farmacéuticos sintetizan nuevos medicamentos que son cada vez más potentes así como más ofensivos; tal como lo prueban los ensayos que se hacen en animales. Por último es el turno de los médicos para aplicarlos en el hombre, al llegar ese momento surge en la conciencia del experimento la noción del riesgo; se trata no obstante de un riesgo legítimo en que los peligros son conocidos o, cuando menos previsible. Pero por desgracia algunas veces no es así. Los alcances y consecuencias que hoy no se conoce quizá mañana darán la clave para prevenirlos. Por ende, si trasladáramos la medicina hacia el futuro como decía Guillermo Fergusson: “los médicos recuerden el uso de las drogas quimioterapéuticas que actualmente utilizamos para el tratamiento del cáncer con el mismo horror con el que nosotros miramos el uso de aceite hirviendo en las heridas en el pasado e, igualmente las generaciones venideras contemplarán nuestros hoy tan admirados métodos de cirugía de corazón abierto como una de las más salvajes agresiones al ser humano.”¹⁵

Sin embargo, en la práctica las reclamaciones (demandas penales o civiles) de responsabilidad profesional en las intervenciones quirúrgicas se plantean después de terminado todo el proceso y a la vista de los resultados obtenidos que el enfermo o sus familiares consideren inadecuadas como consecuencia de una falta cometida por el cirujano. Tales resultados desfavorables pueden ser la muerte del operado o haber quedado con secuelas de diversa naturaleza. Los tribunales para decidir sobre estas secuelas o reclamaciones toman en consideración múltiples elementos cuyo análisis se hace a través de peritación médica legal siendo los principales:

-la importancia del riesgo operatorio implícito en la intervención, cuya valoración se hace teniendo en cuenta el pronóstico de la enfermedad como el grado de urgencia con que hubo de realizarse al operar.

¹⁵ Fernando Guzmán Mora.
http://www.abcmedicus.com/articulo/medicos/2/id/422/pagina/4/lex_artis_medicina.html

-la precisión del diagnóstico preoperatorio (antes de la cirugía) deducido a su vez de la realización de las pruebas, exámenes e investigaciones llevadas a cabo en el enfermo, para corroborarlo.

-el estado general y patologías intercurrentes (diabetes, cardiopatías, entre otras que ya existen en el enfermo) y pueden incrementar el riesgo que supone una intervención en un momento dado y que debe ser valorado para establecer junto a otros factores la relación riesgo-beneficio

-la técnica quirúrgica utilizada teniendo en cuenta que ésta es un factor personal que queda al arbitrio del cirujano tales como su experiencia propia, la disponibilidad de material sobre todo en aquellas técnicas que lo exigen muy especializado.

-los cuidados y vigilancia postoperatoria (después de la cirugía) prestados al operado.

De tal forma que en el contexto del acto médico, la culpa “se singulariza como falta, como un defecto de la conducta o de la voluntad o del intelecto; como una desatención o un descuido, la carencia de los conocimientos científicos necesarios para el caso, o de la técnica aplicable. Estas limitaciones evidencian que no se previó lo que era previsible pero no se observó la conducta para evitarlo”¹⁶

Se puede decir que los tribunales toman en cuenta solo a la responsabilidad profesional cuando del análisis de éste estudio se deduce que el cirujano actuó con imprudencia (que es el no obrar con la debida precaución, son acciones en las que se aprecia una ligereza, falta de tacto, de mesura, de la cautela, precaución, discernimiento y buen juicio debidos por parte del profesional de la salud, así como un desprecio total del cuidado). La ciencia médica hace aconsejable realizar para evitar el riesgo en el acto médico llevado a cabo. Debe por ende evitarse la negligencia (ésta se trata de la omisión falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento y

¹⁶ Vicente Acosta Ramírez, *De la responsabilidad civil médica*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 382.

seguimiento del paciente que están indicadas y que forman parte de los estudios en las profesiones de la salud). Del mismo modo se debe eliminar la impericia (que significa insuficiencia de conocimientos para realizar alguna intervención sobre el paciente), imprudencia (o inatención que revele la omisión de sus deberes).

El criterio de la *lex artis* se define como ad-hoc es decir se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades de cada caso y a la asistencia individual que se le presta. La *Lex artis* tiene un carácter relativo que permite delimitar cada situación de modo que a lo que obliga es a que la asistencia sea correcta y adecuada en atención a las circunstancias de espacio y tiempo en que se presta la misma. Sin embargo, no impone una determinada asistencia, ni obliga a la obtención del resultado favorable en todo caso, cuestión ésta que es imposible garantice la medicina por muy avanzada que sea.

“Problemas éticos en medicina clínica el ejercicio de la medicina han exigido del médico, una elevada calidad moral, sin embargo, en ninguna época como la nuestra se han planteado tantos y tan complejos problemas morales a los médicos y nunca como ahora se ha requerido una adecuada formación ética de los profesionales sanitarios. Las razones de éste cambio son de tres tipos: un factor que ha desencadenado multitud de problemas y conflictos éticos ha sido el enorme progreso técnico de la medicina en los últimos treinta años, como diferentes procedimientos de sustitución de funciones orgánicas consideradas vitales (diálisis y trasplantes, etc.) el nuevo concepto de muerte encefálica permite hoy diagnosticar como muertas a personas a las que aún les late el corazón, y que por ello y de acuerdo a la definición clásica estarían vivas.”¹⁷

¹⁷ A. Von Domarus y Pedro Farreras Valentí, *Medicina Interna*, España, Elsevier 1966, p. 55.

En conclusión pudiera decirse que el acto médico inicia con la relación que se da entre el médico y el paciente, de manera subjetiva y de manera concreta u objetiva serían las intervenciones quirúrgicas, farmacológicas, las técnicas de diagnóstico (Rx, ultrasonografía, Resonancia Magnética, TAC, etc.) efectuadas por el médico sobre el organismo del segundo.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGALIDAD DEL EXPEDIENTE CLÍNICO EN MÉXICO, ARGENTINA Y ESPAÑA.

“Sin duda el expediente clínico es uno de los documentos más importantes dentro de la atención médica y por desgracia uno de los más descuidados en la práctica, por considerarlo un simple registro y no llevarse de manera ordenada o escribirlo de modo ilegible, pues no se considera la posibilidad de alguna complicación en el manejo de los pacientes”¹⁸

3.1 Definición de expediente clínico

“El conjunto de documentos gráficos e imageneológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención con arreglo a las disposiciones sanitarias.”¹⁹

3.2 Análisis comparativo

La historia clínica debería ser la fuente primaria de toda la información para la gestión sanitaria. Sin embargo, para obtenerla en los archivos tradicionales de papel con base en las características y la calidad requeridas se necesitan muchas horas hombre de trabajo. Además, siempre queda una duda razonable respecto a la calidad de los resultados obtenidos por la forma manual en la que se compila o lo que es peor todavía; la imposibilidad de obtenerlos por la falta de homogeneidad de los registros, o por las dificultades de interpretación caligráfica, por el costo del papel—que no es poco—pero es mínimo frente a los costos del espacio, infraestructura y el personal que se requieren para hacer eficiente un archivo tradicional.

Asimismo, en la actualidad debemos acostumbrarnos al nuevo modelo de la relación médico-paciente, frente al papel que reclaman los pacientes. El acceso del

¹⁸ Irving F. Dobler López, *La responsabilidad en el ejercicio médico*, 2ª. ed., México, Editorial El Manual Moderno, 2002.

¹⁹ Norma Oficial Mexicana No.168, numeral 4.4

paciente a la información sobre su estado de salud gira en torno del expediente clínico y los datos en él contenidos. Cuando se pregunta a ¿quién pertenece el expediente clínico y los datos en él asentados? La respuesta debería centrarse en el contexto de los principios éticos que guían el proceder médico y en lo que marca la ley. No obstante, la normativa en América Latina muestra posturas diferentes sobre la propiedad del expediente aunque lo realmente importante es reconocer el valor que tiene dicha información para el paciente y la atención de su salud. En el momento que éste lo solicite por eso se debe estar siempre en la disposición de entregar un resumen clínico completo en su beneficio.

El presente capítulo aborda lo actuado en—México, Argentina y España—dado que el médico experimenta profundos cambios en su quehacer profesional debido al papel complejo que reclaman los enfermos, la globalización del saber médico, los aspectos éticos de las nuevas tecnologías, los condicionantes económicos, o la desaparición del modelo paternalista en el cual, el médico decidía todo lo que en su opinión beneficiaba al paciente sin preguntar a éste si estaba de acuerdo con el tratamiento o no. Por tanto, la relación médico-paciente debe evolucionar a una relación de libertad en la cual el paciente está investido del derecho de exigir al médico o a la institución sanitaria no divulgar los datos relativos a su salud, contenidos en el expediente clínico. El paciente además debe ser informado antes de realizar cualquier tratamiento sobre él.

Tradicionalmente se ha adiestrado a los médicos en la elaboración ordenada de los datos objetivos y subjetivos del paciente. La sistematización de datos representa una herramienta indispensable en el tratamiento y los datos clínicos del paciente. A éste conjunto de datos se le denomina de muy diversas maneras: expediente clínico, ficha clínica, historial médico o historia clínica. Diversos artículos, libros y publicaciones de los últimos tiempos sostienen que la existencia del expediente clínico debe insertarse dentro de los principios clásicos de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia.

3.3 Justificación del expediente clínico

La existencia del expediente clínico se justifica por el principio de la beneficencia; que busca el bien del paciente. Por ello, el médico lleva un registro de los datos que conciernen al enfermo y anota todo aquello que le pudiera ser útil para obtener un diagnóstico correcto, un pronóstico certero y un tratamiento adecuado, así como todos y cada uno de los actos médicos que realiza. El principio de beneficencia ha guiado a la medicina desde épocas remotas, y por tanto, el médico actual debe dejar constancia de su interacción con el paciente sin olvidar detalle alguno.

3.4 México

En México lo conocemos como expediente clínico y en conjunto lo conforman: la historia clínica, notas de evolución, notas de enfermería, estudios paraclínicos, resúmenes clínicos y está definido legalmente en la norma oficial de expediente clínico NOM-168-SSA1-1998 como “el conjunto de documentos gráficos e imageneológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias.”

La postura prevista en esta norma es pragmática pero al parecer mas justa, porque el expediente pertenece a la institución que lo conforma y solo tiene obligación de entregarlo a las autoridades competentes que son la autoridad judicial, los órganos de procuración de justicia, las autoridades sanitarias, las comisiones de arbitraje médico Nacional y Estatales, los cuales también están obligados a dar información verbal, elaborar y entregar al paciente un resumen clínico en el momento que lo solicite. La Norma Oficial Mexicana del expediente clínico NOM-168 SSA1-1998 establece que es obligación del médico plasmar en el resumen clínico “los aspectos relevantes de la atención médica del paciente contenidos en el expediente clínico. Deberá tener como mínimo: padecimiento actual, diagnósticos, tratamientos, evolución, pronóstico, estudios de laboratorio y gabinete.”

La norma NOM-168-SSA1-1998 del expediente clínico obliga al profesional a entregar el expediente a la autoridad competente. Con ello se asegura que el paciente convertido en víctima u ofendido pero también el médico como presunto responsable puedan integrar sus medios de prueba con la seguridad de que no serán alterados. Este punto es trascendental ya que el expediente clínico es el instrumento legal donde se evidencia la actuación del profesional de la salud y constituye la prueba documental de mayor peso jurídico.

3.5 Marco legal

El día 30 de septiembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998 del Expediente clínico y entró en vigor al día siguiente:

Que se ha detectado la necesidad de efectuar modificaciones al contenido de la citada Norma Oficial Mexicana, a efecto de lograr mayor claridad y congruencia, lo que facilitará su aplicación.

Que el artículo 51 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización establece la posibilidad de modificar las normas oficiales mexicanas sin seguir el procedimiento para su elaboración, siempre y cuando esto no implique crear nuevos requisitos o procedimientos, o bien incorporar especificaciones más estrictas se tiene a bien expedir la siguiente:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE MODIFICA LA NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-168-SSA1-1998, DEL EXPEDIENTE CLÍNICO

UNICO. Se modifica en la NOM-168SSA1-1998. Del expediente clínico los numerales: 5.6 y 5.1. Que a la letra decían:

5.6 en los establecimientos para la atención médica, la información contenida en el expediente clínico será manejada con discreción y confidencialidad atendiendo a los principios científicos y éticos que orientan a la práctica médica y solo podrá ser dada a conocer a terceros mediante orden de las autoridades o a la CONAMED, para el arbitraje médico.

5.11 el empleo de medios magnéticos, electromagnéticos de telecomunicación será exclusivamente de carácter auxiliar para el expediente clínico.

Para quedar como sigue:

5.6. En los establecimientos para la atención médica la información contenida en el expediente clínico será manejada con discreción y confidencialidad, atendiendo a los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica y solo podrá ser dada a conocer a terceros mediante orden de las autoridades judiciales, administrativas, sanitarias o a las comisiones Nacional y Estatales de Arbitraje Médico existentes para el ejercicio de sus atribuciones.

5.11 Se permite el empleo de medios electrónicos, magnéticos electromagnéticos ópticos, magneto ópticos o de cualquier otra tecnología en la integración de un expediente clínico, mismo que en su caso quedará sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales aplicables.

TRANSITORIO

Único.- La presente Resolución entrara en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación

México, DF., a 30 de julio de 2003.- el presidente del Comité Consultivo Nacional de Normalización de Regulación y Fomento Sanitario, Ernesto Enríquez.-Rubio.- Rúbrica

Fecha de Publicación: 22 de agosto de 2003

3.6 ARGENTINA

Las leyes de la República Argentina contemplan el derecho de “habeas data” Nro. 25.326

LEY 25.326 DE HABEAS DATA

TEXTO SANCIONADO DEFINITIVAMENTE EN EL SENADO

El Senado y Cámara de Diputados,...

Capítulo I. Disposiciones Generales

Artículo 1º Objeto.

La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

O “habeas scriptum” que equivale al habeas corpus (el derecho al propio cuerpo) y obliga a los médicos y establecimientos de salud a entregar los datos (Constitución Nacional Art. No. 43 protección de datos de la persona y acceso a la información) al menos cada seis meses para que el paciente pueda actualizarlos y verificarlos. Se pretende implementar el expediente clínico informatizado y no cabe en la actualidad desconocer sus ventajas ni negar su utilidad práctica. El reconocimiento de su validez como medio probatorio jurídico no podrá negarse, porque el derecho no puede permanecer a la zaga de los avances tecnológicos. Si el nudo gordiano de la responsabilidad médica se determina con base en la confección de la historia clínica que es la que define la situación procesal del profesional entonces se deben implementar los medios para que la misma se transforme en una herramienta útil para el profesional de la medicina y pueda ser utilizada por éste ante la eventualidad de un proceso judicial como prueba de su actuar; y también como medio judicial incriminatorio. Todo lo anterior plantea diversas interrogantes y cuya respuesta gravita ineludiblemente en la diaria actividad médico profesional.

3.7 Las ventajas de la historia clínica electrónica

La principal ventaja es la inviolabilidad la cual evita mediante técnicas de encriptación—el arte o ciencia de cifrar información utilizando técnicas que hagan posible el intercambio de mensajes de manera segura que solo puedan ser leídos por las personas a quienes van dirigidos. En consecuencia la alteración de las historias clínicas en razón de toda modificación debe realizarse por intermedio del software. El sistema de encriptación impide pues borrar lo escrito previamente cargando cualquier corrección efectuada al final del texto.

-Secuencialidad- el software no permite que se altere la secuencia en el llenado de la historia clínica.

-Legibilidad- permite una fácil y rápida lectura de los datos consignados en las historias clínicas que en síntesis escribir claramente implica una relación riesgo-beneficio optima para evitar errores que puedan derivar en responsabilidades por resultados y daños no buscados.

-Duración- las copias de las historias clínicas realizadas en CD'S son eternas.

-Garantía- el software obliga a completar la totalidad de los ítems (agregados), contemplados evitando las omisiones y deficiencias involuntarias en el registro de datos útiles.

-Transportabilidad- de impresión asegura que el paciente pueda disponer de una copia de su historia clínica. Inclusive de sus imágenes, radiografías, recetas médicas y tomografías, etc.

-Alteraciones por terceros- con la utilización de claves de acceso se evita la alteración de las historias clínicas por personas no autorizadas.

-Confidencialidad- se protege la confidencialidad de los datos médicos y la intimidad del paciente, como la historia clínica es conformada por información que proviene de distintos actores, cada uno de los cuales tiene que ser responsable de la información que genere. Por lo tanto debe firmar electrónicamente cada una de las notas que escriba y formen parte del expediente clínico (en argentina el marco legal de la Firma Digital, está dado por la Ley 25.506.) La firma digital permite conferir características de no repudiabilidad al documento digital, identificando inequívocamente al autor y

verificando que su contenido no ha sido alterado. Es importante la informatización de las historias clínicas y no cabe en la actualidad desconocer su ventaja ni negar su utilidad práctica y que servirán para evitar que un registro manual defectuoso, o una omisión por ilegibilidad, daño o pérdida o cualquier otro motivo pudieran ser utilizados como una presunción contraria.

3.8 España

Las doctrinas acerca del derecho sobre la propiedad del expediente clínico son muy variadas en el mundo, por ejemplo: propiedad del paciente, propiedad del médico que es quien las realiza, propiedad de la institución de salud, teorías integradoras o eclécticas. Haremos el análisis de la postura española acerca de las dos primeras:

Propiedad del paciente: partiendo de que la historia clínica se redacta en beneficio del paciente y del carácter fundamental y especialmente protegido de sus derechos en la relación médico-paciente porque son datos que se refieren a su identificación, su salud e intimidad, le otorga el derecho no de propiedad, sino de utilización de los datos contenidos en la historia como si fuera suya.

Propiedad del médico: los autores que defienden la propiedad del médico destacan su carácter de propiedad intelectual y científica del facultativo por ser éste quien la realiza. De manera que toda la historia se encontraría teñida de juicios personales y que como conjunto es objeto de tutela por la ley de propiedad intelectual. En contra de ésta teoría se hace la observación de que esta doctrina podía ser válida cuando se trata de la relación médico-paciente entendida al modo tradicional, pero no puede serlo en la práctica profesional donde se utilizan equipos médicos o cuando el tratamiento se produce en centros o instituciones de salud, públicas o privadas, con respecto a las que existe una relación de dependencia laboral o funcional por parte del médico. España les reconoce en el expediente clínico la propiedad tanto al paciente en cuanto a los datos personales y al médico en relación con las anotaciones que éste realiza y que son el producto de sus interpretaciones personales. Así el paciente tiene derecho de obtener una copia del expediente clínico, pero el médico tiene la

prerrogativa de excluir todos los comentarios subjetivos que haya anotado, por lo que requiere la revisión y autorización de todos los médicos que intervinieron en la atención del paciente para entregar la copia solicitada. La normatividad en España ha plasmado la corresponsabilidad de la atención médica en la doble propiedad del expediente clínico, pero genera problemas para establecer límites. Se entiende que toda la información es del médico, lo que conduce a que éste último pueda utilizarla libremente según sea su conveniencia mientras no viole el secreto profesional. Ante ello también se ha cuestionado si dicha información es del paciente; si es así se promulgan por entregarle una copia pero consideran que ello promueve ciertas controversias. El conflicto inicia en el instante en que los médicos requieren de datos personales que anotan en el expediente clínico para integrar los diagnósticos, pero no toda la información contenida en el expediente clínico ha sido proporcionada por el paciente; en este caso resultaría ocioso pedir acceso a datos que él conoce y puede recuperar en cualquier momento. El expediente incluye la información que ha sido generada a través de la interpretación que los médicos realizan de los datos recabados por el interrogatorio, la exploración física y los estudios paraclínicos, la diferencia de datos personales objetivos y las interpretaciones subjetivas.

3.9 Marco legal

Para tal efecto la ley 41/2002 de España hace referencia a algunas definiciones:

Información clínica– es todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo que permita adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla, o recuperarla.

Historia clínica- el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de una paciente a lo largo del tratamiento.

Documentación clínica– es el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial

Así la historia clínica contiene datos *objetivos* como los son la información y valoraciones *subjetivas* que no pertenecen específicamente a la atención de un paciente. Partiendo de ésta distinción, el derecho de acceso de los pacientes será tan solo de datos objetivos y serán estos los que el paciente proporciona a través del interrogatorio y las mediciones obtenidas a través de instrumentos como los signos vitales y los resultados de estudio de laboratorio y gabinete. La exploración física siempre será subjetiva porque el valor asignado a algún signo

Es de acuerdo a la percepción del observador, sin que ésta represente en ningún momento un error.

CAPÍTULO IV

LA HISTORIA CLÍNICA INHERENTE AL EXPEDIENTE

4.1 Antecedentes

En un principio, cuando apenas había hospitales un solo médico (médico general) atendía individualmente todas las necesidades del paciente, elaborando sus historias clínicas en un simple cuaderno de notas donde registraba los datos más importantes según su propio criterio. Después con la aparición de las especializaciones médicas, del trabajo en equipo multidisciplinario, y de la medicina hospitalaria; la historia clínica pasó a ser responsabilidad compartida de un grupo de profesionales y posteriormente de las instituciones, lo cual obligo a estructurar la información y su manejo de manera coordinada. De esta manera, la Historia Clínica (HC) se ha convertido, durante los últimos años, en el trabajo de la informática médica en vista de la condición de multiusuarios del equipo sanitario que intervienen en ella. La informática médica además ha generado la compartición del expediente clínico, haciendo difícil el seguimiento cronológico de los hechos y actos médicos pues cada grupo lleva sus registros en forma independiente, agregando con esto un problema más para la elaboración y uso adecuado del expediente clínico. Actualmente al utilizar hojas intercambiables sin folio y escritas a mano por los médicos y ordenadas bajo cualquier criterio y en cualquier sentido dentro del expediente es casi inevitable que se traspapele, pierda o en el peor de los casos sustituyan maliciosamente los contenidos del expediente, lo cual no es extraño que ocurra (sobre todo cuando existe alguna demanda por Mal Praxis), al tratar de encubrir con ello la responsabilidad del médico y creando confusión.

4.2 Manejo de Historia Clínica

La historia clínica llega a convertirse para el área administrativa de las instituciones de salud en un problema de logística dado que a mayor atención prestada, más hojas y

mayor volumen tendrá el expediente. Por todo lo anterior el presente trabajo propone sustituir a la HC tradicional (de soporte en papel) por una HC informatizada (HCI) que respondería a las necesidades actuales persiguiendo los siguientes objetivos:

Primero- dar cumplimiento a las características y objetivos del documento llamado Historia Clínica (HC) en cuanto a los requerimientos del equipo sanitario, manteniendo la confidencialidad de los datos en ella asentados.

Segundo- resolver los dos problemas clásicos de los archivos de HC, tales como el almacenamiento de grandes volúmenes documentales de cada uno de los pacientes y la seguridad frente a los riesgos de pérdida, deterioro, o extravío de los mismos.

Tercero- permitir la transferencia rápida de la información sanitaria existente de un paciente a puntos lejanos, y la garantía que cada paciente tenga un único expediente y éste pueda ser consultado simultáneamente en diferentes lugares, sobre todo cuando el enfermo sea trasladado a otra institución de salud.

Cuarto- soportar las decisiones médico-asistenciales mediante la interacción con base de datos que permitan una rápida consulta de las mejores prácticas, los protocolos de manejo y las evidencias reconocidas.

Quinto- poner a disposición de los educadores, investigadores, y de los planificadores sanitarios ésta información, en forma rápida y eficiente.

4.3 Contenido del expediente clínico

La historia clínica (HC) es un documento con características muy especiales que requiere ser manejada de manera diferente a un simple documento. Para mantener sus fines, el médico junto a la cama del enfermo, saca una serie de datos que reflejan la vida del paciente. Por ello, el expediente clínico adquiere un valor considerable ya que suele contener datos confidenciales y por lo mismo es un documento médico-legal que además sirve de base para la asistencia, docencia e investigación en medicina. Por lo

tanto, la importancia del expediente clínico es tal que trasciende la relación médico-paciente y exige de todos quienes intervienen en su elaboración, la integración, manejo y custodia; el mayor esmero, veracidad y pleno sentido de responsabilidad. Para que así el expediente clínico se convierta en una verdadera base de datos que pueda proporcionar elementos para el buen diagnóstico y mejor tratamiento del enfermo así como la prueba irrefutable en la responsabilidad médica penal, y no sea solo un conjunto de papeles más en la burocracia institucional ni tampoco un mero trámite de exigencia administrativa.

La elaboración adecuada del expediente clínico viene a demostrar entonces la excelencia en la práctica clínica por la institución y su personal de expertos.

4.4 Secreto profesional

La historia clínica es el documento que resulta de la relación médico-paciente y en ella intervienen generalmente:

- el médico que tiene el deber legal y deontológico de elaborarla
- el paciente que es el sujeto y objeto de la misma
- el centro (hospitalario) en el que se desarrolla la relación médico-paciente motivo de la historia.

El médico es quien realiza la historia, dirigiendo el interrogatorio del paciente, realizando las exploraciones y solicitando las pruebas complementarias que considere necesarias para llegar a un diagnóstico acertado y a la prescripción de un tratamiento idóneo al mismo. De igual manera, el médico debe custodiar la historia clínica mientras esté en su poder, salvaguardando la confidencialidad del secreto profesional así como de los datos contenidos en ella.

El paciente, por lo tanto, es quien proporciona los datos de tipo personal en una actitud de confianza hacia el médico. Al mismo tiempo es el sujeto sobre el que recaen las exploraciones y pruebas de laboratorio y gabinete que forman parte de su historia personal.

En tanto, el sanatorio, hospital o clínica, a su vez facilita los medios técnicos que posibilitan el estudio adecuado del paciente y en la mayoría de los casos el tratamiento indicado para su curación. El centro médico también está obligado a proporcionar al médico los medios para la custodia de la historia clínica o a custodiarla en su propio archivo, porque “los establecimientos para el internamiento de enfermos, estarán obligados a conservar los expedientes clínicos por un periodo mínimo de cinco años contados a partir del último acto médico” tal como lo establece la Ley General de Salud en materia de Prestaciones de Servicios de Atención Médica en su artículo no. 32. Por lo tanto, la historia clínica puede por todo lo apreciado llegar a plantear numerosos problemas legales cuando entran en conflicto los derechos de las partes que intervienen en ella.

4.5 Derechos y deberes del médico

Cuándo el médico elabora la historia clínica realiza una tarea personal y creativa en la que aplica sus conocimientos científicos así como su experiencia, por lo tanto el médico tiene en relación con la historia clínica pocos derechos y numerosos e importantes deberes. En este sentido tiene el deber de elaborarla con fidelidad, reflejando todos los aspectos de interés en la evolución del paciente y estableciendo con precisión los medios utilizados para establecer el diagnóstico y el tratamiento aun cuando vaya mas allá del meramente farmacológico, como lo son las intervenciones quirúrgicas.

4.6 Los derechos del paciente sobre la historia clínica

Se contempla el derecho a la información y el otorgar el consentimiento a la actuación médica por medio de la información que éste previamente le brinde de manera verbal continuada y deberá ser suficiente para que el paciente conozca su diagnóstico su pronóstico y pueda elegir entre las posibles alternativas de tratamiento que se le

ofrezcan. También puede transmitirse dicha información por escrito en documentos concretos como el informe de alta que es impuesto como obligación de los médicos que ejercen en hospitales públicos (IMSS, SSA, ISSSTE, PEMEX) o en centros privados (HOSPITALES, SANTORIOS, y CLINICAS) con el propósito de que el paciente quede satisfecho con la información que se le brinda, incluyendo una reseña de los datos radiológicos, o pruebas analíticas (Laboratorio) o de otra índole, pues es un derecho innegable del paciente el conocimiento de su estado de salud.

4.7 Las utilidades de la historia clínica

Investigación y docencia

La investigación de la historia clínica con estos propósitos debe contemplar el respeto a la intimidad del paciente y la guarda del secreto profesional.

Inspección- las autoridades sanitarias, así como las comisiones de arbitraje médico Nacional y Estatal pueden disponer de la historia clínica con el propósito de evaluar la calidad y la legalidad prestada en la atención del enfermo por el profesional de salud.

Documento médico-legal- en los últimos tiempos se han llevado a cabo investigaciones judiciales sobre la asistencia médica recibida por el paciente en un centro hospitalario para deslindar o fincar responsabilidad profesional sobre el personal sanitario que tiene participación en la atención de determinado paciente. Es en estos casos donde la historia clínica juega un papel clave pues se convierte en el medio o *prueba fehaciente para el esclarecimiento de los actos médicos*, que son plasmados por propia mano del médico quien los realiza. La documentación contenida en la historia clínica sirven para fincarle en su caso responsabilidad penal, es decir cuando se trata de la realización de un delito o de una falta imprudente, o negligente que tenga repercusión sobre la salud y aun sobre la vida del paciente que sea cometida por el profesional de la salud. El estudio de la historia clínica en tales casos es de gran interés tanto para jurisconsultos como para el médico interesado en saber las disposiciones que marca el código vigente en donde se contempla la sanción penal para los actos médicos que él realiza y aquellos que en el ejercicio de su profesión médica y dentro de

ésta se consideran delitos. Sin duda entre las profesiones que se llaman liberales no existe otra que mas desvelos proporcione, más peligros corra, más sacrificios se impongan a los que la ejercen y a la vez menos recompensas alcancen como lo es la profesión médica. Idealmente, los médicos están al servicio del cliente y de cuantos tienen la necesidad de sus auxilios a toda hora del día y de la noche movidos por el destino que su profesión les marca y llevan a cabo cumplidamente su humanitaria misión; ya sea cerca tanto del pobre menesteroso como de las personas acomodadas en cuyo servicio pone todos sus conocimientos al igual que su experiencia práctica para que el paciente pueda recuperar su salud perdida. Noble y hermosa es la profesión médica cuando se ejerce con dignidad y honradez.

Luego entonces en tratándose de la responsabilidad médica penal se determina en base a lo que se encuentra plasmado en la historia clínica, siendo ésta la que hará constar el actuar diligente o la mal praxis del profesional de la medicina. El médico forense y los especialistas en la materia de que se trate serán los llamados en auxilio de la administración de justicia quienes ilustrarán a los jueces con sus conocimientos y con su experiencia al emitir los informes que les son solicitados con el fin de que el juzgador adquiera y evalúe los elementos de juicio necesarios para fundamentar de mejor manera sus fallos (sentencias). Dado que hoy por hoy, los funcionarios judiciales carecen de los conocimientos de anatomía, fisiología y psicología tan relacionados con su campo de acción y que les son tan necesarios para tener criterio propio sobre multitud de cuestiones que están llamados a resolver en los juicios de orden penal.

En ocasiones no existe mal praxis sino una mala confección de la historia clínica. Esto puede ocurrir en la anamnesis (interrogatorio y exploración física) referida en el expediente clínico del paciente y que conlleva para el profesional médico un deber de preparación e información previa o en la diagnosis (padecimiento actual), como momento central de la actividad típica del profesional médico, referida a la naturaleza de la enfermedad y su gravedad para poder establecer un tratamiento. Se presupone dentro del llamado deber de cuidado, la recolección ordenada y completa, de los datos anamnésicos del examen del paciente, y el uso oportuno de los medios

auxiliares de investigación científica, como son las microscópicas, clínicas, bacteriológicas, radiográficas, etc. para la detección exacta de todos los síntomas clínicos manifestados en el enfermo y así llegar si no a un diagnóstico absolutamente seguro, sí lo más cercano a él. Del mismo modo, las pruebas auxiliares permitirán la obtención de un mayor conocimiento del cuadro clínico del enfermo y terapia que se impondrá. El médico a su vez debe comprobar el estado de cosas indicado médicamente y usar todas las fuentes del conocimiento existentes a su disposición para lograr eliminar el desacierto en su diagnóstico.

4.8 Diagnóstico

El diagnóstico es un aspecto muy delicado y difícil de evaluar a la hora de determinar la responsabilidad penal puesto que éste se apoya además de los criterios científicos en verdaderos juicios intuitivos (el llamado ojo clínico). Por lo tanto es una materia compleja, conjetural y que comporta mayores riesgos de error. Porque lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad penal médica no son los errores del diagnóstico ni la falta extraordinaria de pericia en el desarrollo de las actividades quirúrgicas, al no ser exigibles en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y medidas como lo marca le *Lex artis*. El Tribunal Supremo en España excluye el diagnóstico como acto eminentemente científico del control de los jueces. Para ello el tribunal se fundamenta en que la medicina es una ciencia por definición inexacta por sí misma, como toda ciencia valorativa (ante un mismo paciente con determinados síntomas varios médicos ofrecen diagnósticos distintos) e inexacta por la normal interferencia en la curación y de circunstancias frecuentemente imprevisibles como la baja o nula calidad de los medicamentos tales como los expendidos por el “Dr. Simi” tan socorridos en nuestro país. Dichos medicamentos no reúnen las pruebas mínimas de bioequivalencia por las que deben pasar los medicamentos como los que observan laboratorios serios Merck, Bayer, Pfizer entre otros que sí las realizan, e invirtiendo millones de dólares diariamente en la purificación del principio activo de los medicamentos con el fin de evitar efectos secundarios y en ocasiones letales en el ser humano.

Otro factor sería la resistencia natural del enfermo como por ejemplo su estado psicológico etc., por lo cual el error es factible y lo que interesa al juez es saber si la conducta inculpativa merece o no reproche humano, más que estrictamente científico. Dado que generalmente no es frecuente que el facultativo abuse o confíe en exceso en el llamado ojo clínico, que es un don intuitivo de imposible valoración y que en ocasiones puede provocar temeridad cuando se pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales como análisis clínicos o radiográficos.

4.9 Acto médico

En las actuaciones médicas se trata de examinar las circunstancias concretas en que el profesional se encontraba, la preparación específica que le fue exigida para el puesto que desempeñaba, los medios que tenía a su disposición para su trabajo, la clase de intervención de que se trataba, la forma en que la realizó la intervención etc. Todo ello a fin de poder comparar el comportamiento del caso concreto con aquel que ordinariamente observa la clase médica en las mismas o similares circunstancias y para poder afirmar que hubo imprudencia. Por ende, los errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, excepto que los errores sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar. Teniendo el personal médico semejantes medios a su alcance, así como de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que como en el caso de la gangrena gaseosa cuyas consecuencias son fatales si no se detecta en el mismo momento de su aparición (provocando amputaciones o la muerte misma). La medida de la diligencia o negligencia del profesional de la medicina viene dada por un canon estándar, el cual se denomina: *Lex artis*: “las reglas del arte médico” o reglas generalmente reconocidas como las apropiadas para el tratamiento médico correcto que son establecidas por la ciencia médica. De tal manera que la historia clínica también denominada expediente clínico, es considerada hoy por hoy como el conjunto de documentos ordenados y detallados que recopilan cronológicamente todos los aspectos de la salud del paciente,

su entorno higiénico-dietético, y familiar que sirven de base para conocer sus condiciones de salud, los actos médicos, así como los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene a lo largo del proceso asistencial.

En la actualidad con el desarrollo de la ciencia médica se incluyen en el expediente clínico juicios, documentos, imágenes, procedimientos, informaciones, así como el consentimiento Informado del paciente, convirtiéndose en documento legal y documento probatorio en caso de una denuncia por responsabilidad profesional. También puede dársele diferentes connotaciones como lo son el que:

“el expediente clínico cuando lo emite un establecimiento privado puede ser considerado para efectos de clasificación de pruebas como documento privado o en cambio los expedientes clínicos elaborados en establecimientos públicos y de seguridad social son considerados como prueba documental pública, es decir tiene valor probatorio pleno salvo prueba en contrario.”²⁰

Se exige la obligatoriedad de llevar el registro de los acontecimientos de salud por parte de los profesionales y las instituciones que intervienen. De modo que la historia clínica debe ser la prueba irrefutable que determine la responsabilidad penal del profesional de la medicina cuyas características deben ser: fidedigna, inviolable y única para cada paciente. Para que exista certeza en los procedimientos, la ley establece los medios de prueba que sirven objetivamente para crear en el ánimo del juzgador una convicción apta para dictar sentencia, así la prueba se conoce como “actividad procesal encaminada a la demostración de la existencia de un hecho o acto, o de su inexistencia.” El artículo 288 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que “los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso.” El artículo 290 del mismo ordenamiento establece que “los tribunales en sus resoluciones expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba.”

²⁰ Luz María Reyna Carrillo Fabela, *La responsabilidad profesional del médico en México*, 5ª. ed., Editorial Porrúa, 2005. pp. 91 y 92.

La tercera sala de la Suprema Corte de Justicia en tanto ha considerado que:

“Tratándose de la facultad de los jueces para la apreciación de las pruebas, la legislación mexicana adopta el sistema mixto de valoración, pues si bien concede arbitrio judicial al juzgador, para la apreciación de ciertas pruebas (testimonial, pericial, o presuntiva), ese arbitrio no es absoluto, sino restringido por determinadas reglas basadas en los principios de la lógica, de las cuales no debe separarse, pues, al hacerlo, su apreciación, aunque no infrinja, directamente la ley, si viola los principios lógicos en que descansa, y dicha violación puede dar materia al examen constitucional.”²¹

²¹ Tesis 242 del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, México, 1985, 4ª. parte, pp. 675-676.

CAPÍTULO V

LAS PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL MEXICANO

5.1 Pruebas en general

La prueba es necesaria ante cualquier reclamación de tipo judicial. No basta con referirse al hecho, la prueba que se trate debe ser pertinente y debe ser conducente, es decir, debe tener que ver con el reclamo que se hace. La prueba consiste en llevarle al juez la convicción o darle certeza sobre la existencia del hecho o fuente del cual surge el derecho.

En tanto, la certeza o convicción desde el punto de vista probatorio significa persuasión de la verdad en el juez sobre los hechos del proceso, los cuales al coincidir con la hipótesis de la norma le permite su aplicación. Desde el punto de vista legal la persuasión se puede presentar en diferentes grados, ya que un medio probatorio puede infundir en el juzgador una simple incertidumbre, cierta posibilidad, o un estado de certeza plena o suficiente.

Las características que debe reunir la prueba además del requisito de la conducencia, es decir acompañado del medio probatorio, no solo autorizado por la ley sino que debe referirse a los hechos relevantes o pertinentes, o sea aquellos que se relacionan directa o indirectamente con la polémica planteada en el juicio.

El concepto de prueba no ha sido conceptualizado unánimemente, porque según algunos autores: la prueba es el dato o fuente en sí (la huella, la firma, la mancha de sangre, etc); pero para otros es el procedimiento o actividad que ha de realizarse para confirmar o rechazar lo previamente afirmado.

5.2 Pruebas en el proceso penal

Para Sentís Melendo prueba “es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia.”²² El objeto de la prueba es lo que ha de probarse. Por su parte Couture afirma que en la prueba penal no solo se trata de confirmar la verdad o la falsedad de una hipótesis sino también de buscarla y averiguarla.²³ Sentís Melendo difiere diciendo que la prueba no es averiguar sino únicamente verificar.²⁴ Así, las afirmaciones sobre los actos médicos dentro del proceso serán el objeto a probar y los medios de prueba nos indican cómo ha de probarse cierto objeto y cómo pueden ser: La confesión judicial, la inspección, los dictámenes de peritos, la declaración de testigos, confrontación, careos, documentos, etc. Como lo señala el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“se admitirá como prueba en los términos del artículo, 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad”

El destinatario de la prueba siempre será en principio el tribunal que es el que ha de decidir. La carga de la prueba corresponde a las partes, aunque no de forma exclusiva, pues también al tribunal en algunas ocasiones de manera oficiosa (por disposición de la ley), o voluntaria (diligencias para mejor proveer).

5.3 Responsabilidad Profesional

De acuerdo con las leyes de México, el médico tendrá que responder por sus errores voluntarios o involuntarios cometidos durante el ejercicio de su profesión. En donde la falta se compruebe de manera irrefutable conforme a derecho, pudiendo ser culposa o

²² Santiago Sentís Melendo, *Naturaleza de la prueba*, Buenos Aires, EJEA, 1978, p. 34.

²³ Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, México, Editorial Nacional, 1969, pp. 215 y 216.

²⁴ *Ibidem*. p. 58.

imprudencial porque de ninguna manera se espera que un médico pueda cometerla de manera dolosa, “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley” (Art. 9 primer párrafo del Código Penal Federal). Se trata pues de una conducta desplegada con el deliberado propósito de ocasionar un resultado típico, o bien a sabiendas de que se producirá ese resultado. Aún así no se descarta la posibilidad que esto llegue a ocurrir.

El problema de la responsabilidad penal del médico, particularmente en México, es relativamente reciente surge a partir de la década de 1980, aunque en los últimos años se ha incrementado. Debemos observar que muchos de los actos que realiza el médico tienen forma o apariencia delictuosa sin llegar a serlo de ninguna manera. La conducta punible se manifiesta en diversas formas esto se infiere del Código Penal Federal en su artículo 7 primer párrafo, el cual sostiene que: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”²⁵ El acto y la omisión constituyen entonces esas expresiones o formas de la conducta. Siendo “los delitos de acción los que se realizan por un movimiento positivo del hombre [...] forman la mayoría y van en contra siempre de una ley prohibitiva.”²⁶ En tanto que los delitos por omisión se dice que “son aquellos que consisten en no hacer algo que se debe hacer; violan un mandato y constituyen un actuar humano, o caen bajo la denominación genérica de actos humanos debido a que son también una forma de exteriorización de la voluntad.”²⁷

La actividad del médico puede terminar en un resultado penalmente típico: la muerte o lesión del enfermo que está bajo su cuidado y no se trata de acción u omisiones vacías de sentido con un resultado indiferente sino que debe ser captado por el tipo penal para que la conducta sea delictuosa.

²⁵ Igual disposición la encontramos en el *Código penal del estado de Michoacán*. Título segundo.

²⁶ Como lo refiere Sergio García Ramírez, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 131.

²⁷ Ignacio Villalobos, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1960, p. 245.

La teoría de la acción finalista que va ganando terreno en México sostiene que la acción y la omisión atienden a un fin y sirven a un objetivo que les confiere sentido y les otorga relevancia típica. En tanto, el segundo párrafo del Código Penal Federal, donde se concreta la comisión por omisión y que permite atribuir el resultado lesivo y punible captado por la ley indica que:

“En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente, siendo el resultado material, el efecto natural de la actividad, previsto en el tipo.”²⁸

Ejemplo de lo anterior sería la privación de la vida inherente al homicidio o la alteración de la salud correspondiente a las lesiones. Por lo tanto, delito de resultado material es aquel que produce una modificación en el mundo físico: Homicidio—cuando se suprime una vida, lesiones—cuando se altera la salud no ocurren modificaciones. Por ejemplo en la difamación, el sujeto a quien se le atribuye el deber jurídico se le llama “garante” precisamente por la obligación que se le asigna y que implica en principio una garantía o salvaguarda para el sujeto pasivo.²⁹

El médico adquiere la calidad de garante con respecto al sujeto cuando en el ejercicio de la profesión libre y privada contrata con éste sus servicios o bien cuando se halla obligado a brindarle determinada atención profesional porque específicamente lo ordene la ley que regula la asistencia médica. La ley de profesiones en su artículo 40 indica que “los profesionistas podrán asociarse para ejercer ajustándose a las

²⁸ Olga Islas de González Mariscal, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª. ed., México, Editorial Trillas, 2004, p. 51.

²⁹ En opinión de María Silva Sánchez no es exclusivamente la teoría del garante la fundamentadora de la responsabilidad en la comisión por omisión: en el Derecho español se afirma “la realización de un tipo de la Parte Especial en la comisión por omisión requier[e] identidad estructural o material de la omisión con la correspondiente comisión activa. Y para eso no es suficiente con que la omisión provenga de un sujeto responsable, o de un garante. Será precisa, mas bien, una relación de garantía cualificada” “La responsabilidad penal del médico por omisión” en Santiago Mir Puig (editor). *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1988, p. 134.

prescripciones de las leyes relativas; pero la responsabilidad en que incurran será siempre individual.” Lo anterior regula el caso en que varias personas constituyan una asociación o una sociedad civil pero no se aplica al equipo profesional que como tal participa en un acto médico que finalmente encuadra en el tipo penal. Se puede clasificar en atención a la calidad del sujeto activo que figura en ellos (tipos penales) la del delito común e indiferente en donde cualquier persona puede ser sujeto activo. En tanto, el delito propio o especial o exclusivo en que “el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad (específica) en dicho sujeto” son “aquellos que pueden ser cometidos por personas determinadas, en razón de propiedades jurídicas o naturales.”³⁰

Según Mezger la exigencia de cierta calidad en el actor no significa que quienes no la poseen y participan en los hechos queden exentos de responsabilidad penal: “si bien no pueden en absoluto ser autores en el sentido estricto de la palabra queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean por tanto sujetos de delito...”³¹

La Ley General de Profesiones en su artículo 2º indica que “las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional determinará cuales son las actividades profesionales que necesiten título o cédula para su ejercicio.” A la ley mexicana le interesa el profesional cuando éste desarrolla una profesión reglamentada y no como lo refiere el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: “cualquier empleo o facultad u oficio.” Cuando un sujeto carente de título o de autorización para el ejercicio profesional “se atribuye el carácter de profesionista” (artículo 250, fracción II, inciso a del Código Penal Federal, y el artículo 208 fracción II del Código Penal del Estado de Michoacán). Tal como se aprecia los códigos no aluden a un profesionista que ejerce indebidamente la profesión sino a una persona que la “usurpa” esto es, que ocupa sin derecho para ello —la calidad de profesionista—que no le corresponde.

³⁰ Celestino Porte-Petit Candaudap, *Apuntamientos de la parte general del Derecho penal*, 16ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1994, p. 346.

³¹ *Ibidem*.

Al ejercicio de actos propios correspondientes a una profesión sin contar con las condiciones de formación y autorización exigidas legalmente o quienes la practican son desde épocas remotas conocidas y se dieron por la escasez de profesionistas sobre todo de médicos (tarea que quedó en manos de el médico práctico doméstico de buena fe). “El acto profesional desde el punto de vista jurídico positivo es la prestación de un servicio personal reglamentado por quien cuenta con título legalmente expedido y registrado y dispone de la cédula que permite el ejercicio de aquel.”³²

No obstante existen dos supuestos que quedan fuera del rigor de la identidad del sujeto activo de los delitos en que intervienen practicantes de la medicina. Entre éstos existen quienes han concluido sus estudios correspondientes a la profesión médica, sin embargo, no han obtenido el título respectivo. También existen otros practicantes que han obtenido dicho título pero que no lo han registrado y por tanto carecen de la autorización de ejercicio. Luego entonces, estos sujetos no son aún profesionales en el sentido estricto de la palabra y sus actos no constituyen por ende el ejercicio de una profesión. Por supuesto lo anterior no los excluye de cometer delitos solo implica que su conducta será apreciada bajo los tipos aplicables a todas las personas fuera de las concernientes a los profesionales de la medicina. Los médicos como sujetos activos por lo que toca a nuestro derecho vigente algunos conceptos tipificados en el Código Penal Federal (Art.229) y en la Ley general de Salud se refieren a:

“los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente. Este delito de nueva creación tiende a evitar el llamado coyotaje de las responsivas [...] por el que profesionistas sin escrúpulos cobran sus honorarios y corren los tramites de la responsiva, sin volverse a preocupar por el paciente, con serio perjuicio para el mismo, y para los

³² Según lo refiere Sergio García Ramírez, *Op. cit*, p. 144,

procesados autores del daño, por el peligro de una mas grave calificación final del delito.”³³

En una cirugía por ejemplo, se realizan lesiones en el cuerpo humano como cicatrices permanentes y la cirugía puede poner en peligro la vida del paciente. En este sentido se ajustan a la descripción típica de las lesiones punibles pero no así en cuanto al que causa lesiones quien en el sentido del Código Penal Federal quiere dañar al ofendido. El médico no quiere dañar sino que se propone curar al enfermo o al menos aliviarlo, aplicando para ello sus conocimientos en su actividad. En éste caso la acción esta desprovista de finalidad lesiva y es posible concluir que se trata de una conducta penalmente atípica. Por lo tanto, la intervención del médico que se realiza conforme a la *lex artis* y con finalidad curativa “no llena ningún tipo delictivo aun en el caso de resultados funestos, ya que es una lesión que no ha perseguido matar al enfermo y en el tipo de lesiones u homicidio doloso suponen que se persigue ese fin como meta u objetivo de la acción.”³⁴

5.4 La Culpa

La culpa es la categoría delictiva que con mayor frecuencia se actualiza a propósito de la práctica médica “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales,” (Art. 9 segundo párrafo Código Penal Federal). A ella se refiere según la intención de quien la utiliza el término “iatrogénia” que ha sido definido como “la resultante de un riesgo terapéutico y, como tal asimilable a un supuesto de caso fortuito, partiendo del reconocimiento de la imprevisibilidad o inevitabilidad de los resultados.”³⁵ Olga Islas de González Mariscal sostiene que “existe culpa cuando no se prevee el cuidado posible y adecuado para no producir o en su caso evitar la lesión típica, previsible y provisible, se haya o no previsto” en esta definición entran en juego

³³ Como lo cita Sergio García Ramírez, *Op. cit.*, p.188.

³⁴ *Ibidem*, p. 216

³⁵ A. R. Urrutia, *et al.*, *Responsabilidad Médico-legal de los obstetras*, 2ª. ed., Buenos Aires, La Rocca, 2004, p. 219.

cuatro conceptos derivados del tipo penal: previsibilidad, provisiabilidad, previsión y provisión. La autora define cada uno de los conceptos de la siguiente forma:

“previsibilidad quiere decir que el sujeto tiene posibilidad de prever la lesión del bien jurídico; provisiabilidad significa que el sujeto tiene la posibilidad de poner en juego el cuidado posible y adecuado para no producir, o evitar, la lesión del bien; previsión es el hecho psíquico real de prever la lesión del bien; y provisión es el poner efectivamente en juego el cuidado posible y adecuado para no producir; o evitar, la lesión del bien.”³⁶

Por su parte el artículo 34 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal sostiene que los peritos tomarán en consideración:

“I. Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnicas aplicables al caso y generalmente aceptadas dentro de la profesión de que se trate; II. Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se preste el servicio; III. Si en el curso del trabajo se tomaron en cuenta todas las medidas indicadas para obtener buen éxito; IV. Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido, y V. cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.”

También el artículo 60 parte final del Código Penal Federal contienen referencias útiles para establecer la existencia de la culpa. Por supuesto que es preciso asociar la conducta del agente con la producción del resultado lesivo o la creación del peligro que constan en el tipo penal y determinan en consecuencia punición de aquella. Si no

³⁶ Así lo refiere Sergio García Ramírez en *La Responsabilidad Penal del Médico 2ª. ed.*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 224.

existe esa relación de causa a efecto o de factor a consecuencia nada podrá reprocharse al agente por descuidado, torpe o imperioso que hubiera sido en su comportamiento. En los delitos de resultado material, la realización depende pues de la producción de cierto resultado típico: la muerte, la alteración de la salud, acción y resultado no se hallan yuxtapuestos, sin conexión, sino que han de encontrarse en una determinada relación para que el resultado pueda imputarse al autor como producto de su acción. Ese nexo reclamado por la ley penal es la causalidad. Sin embargo, para que haya responsabilidad penal no basta con la causalidad es necesario que el resultado pueda ser “objetivamente imputado al sujeto, desde el prisma de una justa punición.”³⁷

5.5 El Proceso Penal

La Constitución previene que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo y que los tribunales estarán expeditos para impartirla conforma a la ley (Art. 17). También asegura que la persecución de los delitos compete al Ministerio Público auxiliado por la policía ministerial. La imposición de sanciones en tanto corresponde a la autoridad judicial, esto se vincula con la norma que dispone “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” (Art. 14 segundo párrafo). Por lo tanto, cuando se ha cometido un delito de cualquier naturaleza e independientemente de quien lo haya realizado se requiere de un proceso ante autoridad judicial para llegar a la solución concretada en la sentencia. Es así que el proceso es el medio natural para la solución de los conflictos penales y la sentencia el acto donde se establece la existencia de un delito, la responsabilidad de sus autores y participantes, y la sanción que a éstos corresponda.

Para llegar a este resultado es preciso conocer los hechos sobre los que se juzga, es decir, adquirir la verdad acerca de los acontecimientos a los que se asigna

³⁷ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. I., trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1978.

carácter delictuoso. ¿Hubo delito?, ¿Quién lo cometió? Estas interrogantes requieren respuestas precisas y es así como se establece la verdad que al decir de los juristas puede ser: verdad formal; es la que presentan las partes ante el juzgador y su versión de los hechos. El juez por su parte se limita a conocer esta verdad relativa convenida o aparente que no puede ser verdadera en absoluto.

Y la verdad real, material o histórica es uno de los fines específicos del proceso penal y para conocerla se requiere de ciertos medios de conocimiento que conduzcan a ella. Estos medios son las pruebas (pudiéndose decir que el proceso penal es un ejercicio probatorio). El juez sin embargo, no puede atenerse a lo que digan las partes, debe indagar y saber por eso dispone de la facultad de ordenar diligencias “para mejor proveer” para que remuevan la incertidumbre y esclarezcan puntos dudosos del conflicto (pero no puede suplir la ineficiencia del Ministerio Público y convertirse en inquisidor).

Todas las pruebas son o pueden ser relevantes y atendibles en asuntos penales derivados de la práctica médica, aunque poseen importancia la inspección y la prueba pericial.

5.6 La prueba pericial

De peritos queda a cargo de personas que cuentan con formación profesional en la materia a la que se refiera el dictamen salvo la intervención de peritos prácticos en la hipótesis de que no existan carreras profesionales sobre aquella materia o por otro motivo resulte imposible disponer de profesionales.

El dictamen pericial por lo tanto es la opinión fundada de él o de los peritos. Es el juicio emitido por personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica u arte con el objeto de esclarecer alguno de los hechos materia de la controversia. Debido a que la preparación del juzgador no abarca todos los ámbitos del conocimiento científico tendrá que resolver auxiliándose de los peritos, quienes deberán rendir su peritaje conjuntando la ciencia y la técnica sustentadas en

sólidos principios éticos y deontológico y de forma objetiva, imparcial, concreta, precisa, y clara.

En la peritación médico-legal por responsabilidad penal médica deberá hacerse con dos especialistas uno en la rama o área en la que versará el dictamen y el otro en medicina legal porque sus actuaciones y aportaciones son complementarias y aportan mayores elementos al juzgador. Además le da un carácter colegiado a la prueba pericial que establecerá si el médico ha cumplido cabalmente con su obligación respecto de un enfermo determinado y si ha ejercido su actividad de forma precisa y concreta destinada al diagnóstico correcto, así como al tratamiento idóneo.

5.7 Prueba documental

El expediente clínico reviste suma importancia en las controversias sobre materia médica, pues éste contiene diversos documentos escritos y firmados por el médico. En él se encuentra sobre todo plasmados la nota inicial, historia clínica, hoja frontal, informes de laboratorio y gabinete, notas médicas de ingreso, evolución, ínter consulta, preoperatoria, preanestésica, postoperatoria, post anestésica, y de alta, así como la cronología de la atención. El expediente clínico es además donde el médico registra su plan de manejo, las modificaciones del tratamiento acordes a la evolución del padecimiento, sus razonamientos para someter a un procedimiento quirúrgico a un paciente, las posibilidades de complicaciones y su respuesta a eventos inesperados que pueden poner en peligro la vida del enfermo.

Por lo tanto se considera al expediente clínico como medio de prueba cuando se invoca para esclarecer algún aspecto del diagnóstico, el pronóstico, y el tratamiento. (La CONAMED señala la eficacia del expediente clínico como prueba preconstituida, de fundamental importancia para la evaluación de los casos sometidos a su arbitrio. También hace evidencia plena ante las controversias que se presenten entre usuarios y prestadores de los servicios de salud al permitir evaluar si hubo o no el consentimiento por parte del usuario a someterse a determinado acto médico, lo que dificulta la defensa en caso de demandas dolosas).

Al ser las pruebas documentales las más importantes en cualquier juicio se investigan los documentos médicos, de entre los cuales el más importante por su fuerza legal, es el expediente clínico (electrónico) el que debiera en mi opinión ser la prueba irrefutable de la responsabilidad penal del médico en México.

CONCLUSIONES

En épocas pasadas hubo una justicia de médicos para médicos, me refiero al Protomedicato, constituido por profesionales de la medicina que velaban por los intereses de la profesión médica, el buen desempeño de la misma y el desenvolvimiento de las disciplinas de la salud. No obstante considerando tanto aquella experiencia como la situación actual en que la justicia se administra por tribunales ordinarios.

Se ha escrito que “jamás ha existido la posibilidad de una defensa concreta y particular del paciente frente al mal servicio, pues ni el protomedicato obró a favor del paciente por la parcialidad de sus jueces, ni los tribunales de justicia hasta nuestros días, han podido con la tremenda carga de la necesaria especialización de una materia tan compleja (ciencia médica), y tan difícil de abarcar por los juzgadores.”³⁸

Así nuestros tribunales han determinado que “el juicio penal es de orden público, la sociedad está interesada en él y su fin último es la determinación de la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del acusado, incluyendo en caso afirmativo la reparación del daño en forma automática por tener el carácter de pena pública [...]”³⁹

Luego entonces la base de la acción penal será el expediente clínico pues es allí donde se plasman o debieran plasmarse todos y cada uno de los actos ejecutados por el médico y personal de salud que forman el equipo que se encarga de la atención del paciente. Aunque se ha legislado al respecto de dicho documento, en la realidad no se le brinda la importancia que tiene dado que es un instrumento clave para el esclarecimiento de los hechos y actuaciones ejecutadas por el médico. Peor aún en la gran mayoría de las instituciones de salud en América Latina únicamente se cuenta con

³⁸ John Tate Lennin, *El Real Protomedicato. La reglamentación de la profesión médica en el Imperio español*, Trad, Miriam de los Ángeles, Díaz Córdoba y José Soberanes Fernández, México, Facultad de Medicina, UNANM-Instituto de Investigaciones Jurídicas 1997.

³⁹ Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, diciembre de 1999, Tesis VI, 3º., C, p. 776.

expedientes en papel. Tales expedientes contienen principalmente hojas intercambiables sin folio escritas a mano por los médicos, y que pueden ordenarse con base en cualquier criterio dentro del expediente. Sin embargo dichas hojas pueden traspapelarse, perderse, o en el peor de los casos sustituirse maliciosamente. No es extraño que ocurra lo anterior sobre todo cuando existe alguna responsabilidad penal cometida por alguno de los médicos o personal médico que laboran en dicha institución y que tratan de encubrir un delito, crean confusión y perpetúan prácticas punibles que por falta de una legislación adecuada permanecen fuera del ámbito de la justicia. Este trabajo contribuye al dialogo sobre la reforma de la legislación en la esfera médica a partir de las siguientes cuatro propuestas.

PROPUESTAS

Por todo lo expuesto en el presente trabajo, “El expediente clínico electrónico como prueba fehaciente de la responsabilidad médica penal,” mis propuestas son las siguientes:

Primero. La Norma Oficial Mexicana (NOM-168-SSA1-1998, Del expediente clínico), publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1999, formó parte de los proyectos del Programa de Reforma del Sector Salud a fines del sexenio 1995-2000. La Norma delineó los criterios científicos, tecnológicos y administrativos para sistematizar, homogenizar, y actualizar la elaboración, integración, uso y archivo del expediente clínico, así como fijar su obligatoriedad para los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud. Esta Norma dictaría la regulación del expediente clínico así como sus diferentes usos en los ámbitos medico, jurídico, enseñanza, investigación, evaluación, administrativo y estadístico.

Esta Norma obligaba a los prestadores de servicios a nivel nacional a observar sus previsiones en cuanto a la integración, contenido y usos del expediente clínico. En

el apartado 4.4 de este Norma se define el expediente clínico como el conjunto de documentos escritos, gráficos e imageneológicos o de cualquier otra índole en los cuales el personal de salud debe hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias. Considerando los avances tecnológicos actuales, los nuevos modelos de la relación médico-paciente y el acceso del paciente a la información contenida en el expediente clínico; es necesario actualizar y reformular el apartado 4.4 tanto los elementos constitutivos del expediente clínico, como los medios para su integración y archivo. El presente trabajo propone la redefinición del expediente clínico al plantear la digitalización de los documentos que lo conforman, así como el archivo y consulta del mismo en su forma electrónica. De esta manera, contribuiría a fomentar una cultura de calidad, respeto y responsabilidad de parte del personal de salud hacia su profesión y sobre todo hacia los pacientes a quienes el apartado 5.3, les excluye del derecho a la propiedad del expediente, lo cual debe ser modificado, pues como probarían éstos una presunta responsabilidad penal del médico si no tienen en sus manos el documento idóneo para tal efecto.

El expediente clínico electrónico evitaría la alteración de los documentos que lo conforman mediante técnicas de encriptación y al mismo tiempo facilitando el archivo del mismo en espacios digitales y no en voluminosos y desorganizados archivos de papel. Al mismo tiempo, la forma electrónica facilita el acceso a los expediente clínicos por parte de los principales interesados que son los pacientes, haciendo efectivos los derechos que éstos tienen a la información almacenada en los expedientes clínicos.

Más allá de la conveniencia en espacio para archivo, ahorro en cuanto a uso de papel y acceso seguro y rápido a los expedientes, la digitalización del expediente clínico asegura la inviolabilidad de este documento clave a la hora de deslindar responsabilidad jurídica ante denuncias de mal praxis medica, negligencia ú otros reclamos sobre responsabilidad criminal atribuidos al personal de salud en el desempeño de sus actividades en la prevención o curación de la salud de los pacientes.

Es tiempo de que nuestro país actualice su procedimiento penal en tratándose de responsabilidad penal del médico para que lo pongan a la par de países como España y Argentina cuyos sistemas jurídicos están a la vanguardia de derecho médico y cuya legislación ubica al expediente clínico electrónico, como la herramienta clave en la dilucidación de demandas judiciales de los profesionales de la salud. De ahí que el presente trabajo ubique al expediente clínico electrónico como la pieza central.

Segundo. Que todas las Instituciones de salud públicas o privadas de la República Mexicana integren y conserven el expediente clínico electrónico.

Tercero. Que el derecho evolucione a la par del avance científico y tecnológico en medicina que cuenta con numerosas aplicaciones en diversos ámbitos y el derecho no debe ser la excepción. El desarrollo científico que suele superar, a la regulación jurídica determina a su vez el desenvolvimiento de la medicina. Recientemente se han elaborado ordenamientos jurídicos y creados tribunales o instituciones sobre cuestiones específicas que dirimen controversias sobre cuestiones médicas.

Hoy se habla de una nueva rama del derecho conocida como derecho médico que se ha conformado en el orden teórico con el impetuoso desarrollo de la revolución científica—técnica en el campo de la medicina y el reconocimiento del derecho. Así el derecho médico tiene por objeto estudiar las relaciones sociales derivadas de la prestación de servicios de salud y el ejercicio de la medicina. Los doctrinarios de la materia estudian dichas relaciones y el conjunto de disposiciones jurídicas referentes al campo de la medicina.

Según Jesús Parets Gómez,⁴⁰ las normas del derecho médico reúnen las siguientes características:

⁴⁰Jesús Parets Gómez, *Consideraciones jurídicas en torno a una de sus problemáticas actuales de eutanasia, las investigaciones jurídicas*, (Revista de la facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato) núm. Julio-diciembre de 1996, p. 237.

- a) tienen como finalidad tutelar la salud humana como componente esencial de la vida en sociedad
- b) se encuentran sometidas a la observancia de normas éticas
- c) los derechos y obligaciones derivada de ellas son irrenunciables y no admiten pacto en contrario y
- d) son de orden público

Por lo tanto, los juzgadores deberían recibir instrucción por lo menos acerca de tópicos generales de medicina así como de Derecho Médico para que sea más factible el discernir sobre la medida de la diligencia o la incorrecta actuación del profesional médico.

Cuarto. Que los peritos tengan título oficial en la ciencia o arte a que se refiere el punto sobre el cual deba dictaminarse, si la profesión o arte están legalmente reglamentados, pues en la práctica forense es común que los médicos legistas solo acrediten el carácter con el que se ostentan, con credencial de perito, que para tal efecto les proporciona la procuraduría de Justicia. Creo que no basta con esto, es necesario contar además con el título oficial de la especialidad que corresponda para incrementar el grado de credibilidad que merece, máxime que se recurre a ella para ilustrar al juez en la ardua tarea de impartir justicia en áreas del conocimiento que se encuentran fuera de su formación profesional.

Es aconsejable que inicialmente el médico-perito informe al juez sobre su cualificación y el grado de especialización que posee, ya que en el caso de no ser especialista, lógicamente, se pondrá en tela de juicio la idoneidad profesional de la prueba pericial practicada y el informe pericial emitido por éste.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ACOSTA Ramírez, Vicente, *De la responsabilidad civil médica*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- ALVAREZ Montoya, Diego Luis, Duque Ramírez, Luis Guillermo y Rubio, Vanegas Humberto, *Semiología médica integral*, Colombia, Universidad de Antioquia, 2006.
- ANTEQUERA Vinagre, José María, (Editor), *Derecho sanitario y sociedad*, Madrid, España, Ediciones Díaz de Santos, 2006.
- ANTILLÓN, Juan Jaramillo, *Historia y Filosofía de la Medicina*, San José, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2002.
- BAJO Fernández, Miguel y Cancio Meliá, Manuel, *Compendio de derecho penal: (parte especial)*, vol. 1., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- CARRILLO Fabela, Luz Maria Reyna, *et al.*, *La Responsabilidad Profesional del Médico en México*. Editorial Porrúa, 5ª. ed., 2005.
- CIRUGÍA y Cirujanos*. México, Academia Mexicana de Cirugía.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, México, Editorial Nacional, 1969.
- DOBLER López, Irving F., *La responsabilidad en el ejercicio médico*, 2ª. ed., México, Editorial El Manual Moderno, 2002.
- DOMARUS, A. Von y Farreras Valentí, Pedro, *Medicina Interna*, España, Elsevier, 1966.
- GARCÍA Ramírez, Sergio, *La Responsabilidad Penal del Médico* 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
- GISBERT Calabuig, Juan Antonio y Villanueva Cañadas, Enrique, *Medicina Legal y Toxicología*, 6ª. ed., Barcelona, Elsevier-Masson, 2004.

- GUERRERO Zaplana, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios*, 5ª. ed., Valladolid, Editorial Lex Nova, 2006.
- HERNÁNDEZ Cueto, Claudio, *Valoración médica del daño corporal: Guía práctica para la exploración y evaluación de lesionados*, 2ª. ed., Barcelona, Elsevier-Masson, 2001.
- ISLAS de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, 5ª. ed., México, Editorial Trillas, 2004.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. I., trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1978.
- MAGRO Servet, Vicente, *Guía práctica de responsabilidad sanitaria*, Madrid, España, LA LEY, 2007.
- SENTÍS Melendo, Santiago, *Naturaleza de la prueba*, Buenos Aires, EJE, 1978.
- PÉREZ Palma, Rafael, *Guía de Derecho Procesal y Penal*, 2ª. ed., México, 1975.
- PORTE-PETIT Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general del Derecho penal*, 16ª. ed., México Editorial Porrúa, 1994.
- REVERTE Coma, José Manuel, *Las fronteras de la medicina: Límites éticos, científicos y jurídico*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1983.
- RIVERO Serrano, Octavio y Tanimoto, Miguel (coords.), *El ejercicio actual de la Medicina: Segunda parte*, México, Siglo XXI, 2003.
- SILVA Sánchez, María, "La responsabilidad penal del médico por omisión" en Santiago Mir Puig (editor). *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1988.
- SILVA Silva, Hernán, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- TATE Lennin, John, *El Real Protomedicato. La reglamentación de la profesión médica en el Imperio español*, Trad, Miriam de los Ángeles, Díaz Córdoba y José Soberanes Fernández, México, Facultad de Medicina, UNANM-Instituto de Investigaciones Jurídicas 1997.
- TAPIA y GIL, Ambrosio, *La responsabilidad médica ante los tribunales de Justicia*, España, Impreso de la Casa Provincial de Beneficencia, 1908.

URRUTIA, A. R., *et al.*, *Responsabilidad Médico-legal de los obstetras*, 2ª. ed., Buenos Aires, La Rocca, 2004

VÉLEZ Correa, Luis Alfonso y Sarmiento Díaz, Juan José, *Ética médica: Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*, 3ª. ed., Medellín, Colombia, Corporación para Investigaciones Biológicas, 2003.

VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1960.

Hemerografía

PARETS Gómez, Jesús, “*Consideraciones jurídicas en torno a una de sus Problemáticas actuales de eutanasia, las investigaciones jurídicas,*” (Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato) núm. Julio-diciembre de 1996.

TENORIO-GONZÁLEZ, Francisco, “Responsabilidad profesional del médico,” *Cirugía y Cirujanos*, vol. 72, no. 6, noviembre-diciembre 2004.

Constitución, Códigos y Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal del Estado de Michoacán

Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán

Ley no. 25.326—Ley de Protección de Datos Personales República Argentina

Norma Oficial Mexicana No.168-SSA1-1998. Del expediente clínico

Resolución por la que se modifica la norma oficial mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico.

Fuentes en Internet:

GUZMÁN Mora, Fernando, “La Lex Artis en medicina,”

http://www.abcmedicus.com/articulo/medicos/2/id/422/pagina/4/lex_artis_medicina.html