

Impacto del acceso al expediente clínico, regulación y efecto en la práctica médica.

Impact for the access to clinical record, regulation and effect in medical practice.

Dr. Sergio López Ayllón*

*Investigador del Centro de Investigación y Docencia Económicas.

Resalto la oportunidad para que todos nosotros reflexionemos sobre este tema que, como hemos visto, tiene muchas aristas, que vale la pena hacer una reflexión específica, además, creo que a pesar de nuestro acalorado debate, en realidad, si lo vemos con la cabeza fría, estamos más cerca de un consenso que de un disenso y podríamos, con las conclusiones de este coloquio, generar una propuesta de regulación, mejor de la que tenemos ahora y que tiene, y en esto coincido, algunas deficiencias que vale la pena enmendar, en beneficio de todos.

Para desarrollar mi argumento y, me disculpo por el sesgo, voy a tener que hacer o iniciar por un análisis jurídico de las que me parecen, son algunas premisas básicas que nos permiten construir el análisis de este tema. Voy a comenzar por una afirmación, sin la cual esto no podría avanzar; y esta afirmación es que el derecho a la información constituye un derecho fundamental, es decir, es un derecho humano, es una garantía que tiene toda persona y de la que goza ampliamente.

Para sostener esta afirmación me tengo que referir a la norma constitucional que la contiene y como seguramente todos recuerdan, esta se encuentra en la parte final del artículo 6º constitucional que establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado. Ciertamente, esta afirmación o esta frase aparentemente no dice mucho más; sin embargo, si la completamos con las diversas disposiciones que contienen los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que ha firmado México, y que ya se han integrado al derecho mexicano, en particular la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 13 y 19, tendremos una mejor base para entender cuál es el alcance de este derecho y que, dicho rápidamente, comprende el ejercicio de tres facultades interrelacionadas: la de divulgar; la de buscar o investigar y la de recibir informaciones y opiniones por cualquier medio.

Estas tres libertades constituyen derechos objetivos públicos de los particulares frente al Estado, es decir, es un derecho que la persona opone un principio frente a la autoridad. La pregunta siguiente es ¿cómo se ejerce este derecho? y esto es, justamente, lo que vino a hacer la Ley de Acceso a la Información, esta ley es una ley reglamentaria del artículo 6º constitucional, en su parte relativa al acceso a la información pública.

Esta ley lo que hace es precisar cuál es el alcance de este ejercicio de acceso a la información en posesión de cualquier órgano del Estado mexicano. Ahora bien, como todo derecho fundamental, este no es absoluto y encuentra ciertos límites en su ejercicio; sin embargo, no cualquier limitación es válida y una de las condiciones para establecer límites en su ejercicio es que sólo otra norma constitucional puede

hacerlo, pues se trata de un derecho fundamental. En otras palabras, sólo unas normas de carácter constitucional o derivada de ella pueden establecer directa o indirectamente, restricciones a otra libertad constitucional.

Este derecho encuentra genéricamente dos grandes tipos de restricciones. Las primeras se derivan del interés público o de un interés público, jurídicamente protegido, como puede ser la seguridad nacional, la seguridad pública o incluso la vida y la salud de las personas; y el segundo gran tipo de limitaciones se refiere a la protección de la vida privada y el patrimonio de las personas. Respecto a este último derecho, es decir el de la vida privada, es también necesario indicar que, a nivel constitucional, está apenas enunciado pero que, otra vez, son los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos los que nos precisan un poco más cuál es su contenido, y que por razones de tiempo, obvio abundar en esto.

Ahora, creo muy importante destacar que estos dos derechos no se oponen, no estamos en una hipótesis de colisión de derechos, sino que deben de ser ejercidos de manera compatible y complementaria ¿Cuáles son las consecuencias de todo lo que vengo expresando para nuestra discusión? Si admitimos lo que he dicho, y sobre todo esta idea de que se, trata de derechos fundamentales, resulta obvio, para mí, al menos, que los expedientes clínicos de las instituciones públicas de salud encuadran claramente en la definición de sujetos obligados y que los expedientes clínicos son documentos en el sentido de la Ley, y por ello están sujetos a sus disposiciones.

Aclaro, y este es un punto importante, que esto excluye a los expedientes que se deriven de la práctica privada, y esto crea un escenario de regulación asimétrico; esto hay que concederlo, pues la norma oficial sí aplicaría respecto de los expedientes clínicos de instituciones privadas, pero no respecto del derecho de acceso a ellos, puesto que no se tratan de entidades públicas. Aquí tenemos un primer elemento de un escenario asimétrico en esta materia.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que cualquier persona puede tener acceso a los expedientes clínicos? La respuesta es no, porque estos expedientes constituyen, de conformidad con la Ley, documentos que contienen datos personales; en efecto, el expediente clínico contiene información relativa al estado de salud físico-mental de una persona física identificable.

La argumentación que voy entonces a realizar es relativamente sencilla: los expedientes clínicos, por ser documentos que contienen datos personales, están sujetos a las disciplinas que establece la Ley, respecto a su recolección, tratamiento y transmisión. Los titulares de los datos son, en principio, los únicos que tienen derecho a solicitar dicho expediente, mediante el proceso que establece la Ley, y tienen, claramente, derecho a conocer su contenido.

Cabe ahora preguntarse si existen argumentos jurídicos para negar este acceso. Como sostuve anteriormente, por tratarse de derechos fundamentales, dichas restricciones

tendrían que estar en una norma constitucional o derivarse de ella. Hasta donde conozco, no encuentro que exista una disposición de esta naturaleza.

En efecto, la única posibilidad de derivarlas de otro derecho fundamental estaría en el derecho a la salud; sin embargo, este derecho se construye como un típico derecho de tercera generación, es decir, un derecho social fundamental; y este tipo de derechos se construyen como protecciones positivas, es decir, acciones positivas, por parte del Estado, que amplíen la esfera fáctica y jurídica de los individuos; en otras palabras, se requiere, para el ejercicio de derechos, una acción del Estado, que en este caso es proteger la salud, mediante la prestación de este tipo de servicios.

Construido así, resulta difícil derivar del derecho a la salud, una restricción al expediente médico y, por ello, tengo mucha dificultad en encontrar un fundamento jurídico para lo que aquí se ha denominado el derecho a no saber. Encuentro que puede haber casos en que el acceso pudiera generar un daño específico y probado a la salud de un paciente, o a la salud pública. Estos casos constituirían excepciones, y la propia ley establece remedios genéricos, en los que quizá hay que avanzar un poco más.

Por otro lado, mi lectura de la Ley General de Salud, en especial de su artículo 77, me hace pensar que justamente, estas dos leyes no están desalineadas, sino que encuentran un punto de convergencia cuando este artículo al que, curiosamente, encuentro que no se le ha citado suficiente, establece el derecho del paciente a tener información suficiente, clara y oportuna. Es cierto, no dice cómo se construye esto, pero si interpretamos armónicamente la Ley de Acceso y la Ley General de Salud, en este artículo, creo que encontramos una base suficiente para decir que, por el contrario, sí existe, en principio, este derecho a tener acceso al expediente clínico. Encuentro que existe una clara contradicción con la NOM a la que nos hemos referido en ocasiones anteriores, no voy a elaborar este punto, pero encuentro que hay más convergencia que divergencia.

De hecho, los derechos del paciente a una segunda opinión y el consentimiento informado, no son sino una manifestación concreta del derecho a la información para la salud. Si concedemos esta perspectiva, tendríamos que entrar al detalle de las diferentes variables que intervienen en la construcción y en los diferentes momentos de la vía del expediente médico. Por razones de tiempo, no voy a entrar a estos detalles, que es ya el detalle de las excepciones, de la divulgación de los datos de terceros; pero creo que habría datos suficientes, a partir de estos principios generales, para construir cuestiones de excepción que permitirían resolver algunos de los dilemas significativos que se han venido planteando.

Para concluir, cabe preguntarse si todas estas consideraciones tienen un impacto sobre la práctica médica, y mi respuesta es, claro que sí. La experiencia internacional, pienso, por ejemplo, en la francesa o española, muestran clara-

mente una modificación en las formas de integrar al expediente médico, la necesidad de determinar claramente cuál es su contenido y diferenciarlos de otro tipo de información, como podrían ser las famosas notas subjetivas.

La transparencia siempre tiene un efecto en la práctica de las organizaciones. Sin embargo, esta modificación tendría su razón de ser en una ampliación de los principios y de las libertades fundamentales. Concluyo con algunas ideas concretas, ¿necesitamos una nueva regulación? sí, ¿las hipótesis de la ley establecen la especificidad necesaria? No, ¿tenemos que avanzar en precisar algunos detalles, propios a la especificidad de los expedientes clínicos? creo que sí; pero tenemos que avanzar en esta legislación, para hacerla compatible con los principios generales, no para generar excepciones adicionales; sobre todo, que permita una adecuada definición de qué constituye al expediente médico, y sobre todo también, que documente a favor del médico y del paciente, la debida diligencia del tratamiento.

Aquí creo que voy a tocar uno de los puntos centrales, gran parte del fantasma con que nos estamos peleando es el problema de la responsabilidad médica. Hay que preguntarse para qué quiere un paciente el acceso a su expediente y me concederán que no es la regla; es decir, el paciente normalmente confía suficientemente en el médico y en la institución de salud. Las hipótesis de acceso a expediente pueden tener que ver con la segunda opinión, o con la posibilidad de establecer una responsabilidad médica.

Ahora bien, ni la práctica mexicana, ni el sistema jurídico mexicano, me permiten suponer que estamos cerca de un modelo litigioso a la americana; de hecho, la existencia misma de la CONAMED argumenta a favor de que hemos optado por un modelo distinto de ejercicio de la responsabilidad. Por otro lado, encuentro que este tipo de responsabilidad profesional no es específica a la profesión

médica, es muy similar a la que tiene el abogado cuando comete un error en materia penal y que compromete la libertad de una persona, o lo que puede cometer un ingeniero que construye mal un edificio.

Las reglas de ejercicio profesional y de debida diligencia, es un problema distinto y diferenciable del problema del acceso a la información. Lo que establecería el acceso a la información es una mejor práctica para mejorar la calidad de la información contenida en el expediente clínico, en beneficio de la salud de los pacientes, e incluso en beneficio y protección de la práctica médica correcta.

Un último argumento en este sentido; creo que todos reconoceríamos en esta mesa que, con mucha frecuencia, los abogados, particularmente en materia penal, cometemos excesos. Y que ahí hay un principio de responsabilidad que no se ha ejercido. Yo también me dirigiría respetuosamente al cuerpo médico, en el sentido de decir que también hay que reconocer que puede haber y que hay, de hecho, casos en que puede haber no la debida diligencia, o puede haber falta de pericia en el desarrollo.

Coincido plenamente en que la ciencia médica no es una ciencia exacta; que puede haber y que no son pronósticos definitivos, que hay una infinidad de variables que intervienen; lo que pide el ejercicio profesional es esta idea de la debida diligencia y un expediente médico bien integrado, lo que mostraría es esto, que los médicos que intervinieron hicieron lo razonable, debatieron las alternativas y establecieron los tratamientos que, en su conocimiento, establecían la mejor vía para la recuperación de ese paciente, y todavía mejor si introducimos la regla del conocimiento informado del paciente que lleva a esta convergencia en donde paciente y médico no establecen una relación antagónica o de subordinación.