

Historia clínica como elemento probatorio de la responsabilidad médica

Por María Luján López *

"Existen tres grandes esferas o aspectos que abordaré a través de esta investigación sobre historias clínicas, directamente relacionadas con la evolución del tiempo. Bien sabemos que dicha evolución es diferenciada por los seres humanos y calificada (según los casos¹), como pasada, presente o futura. Este estudio entonces, también podría enfocarse surcando las tres etapas temporales haciéndonos de ellas, a modo de una suerte de prisma, para dividirlo en tres aspectos centrales de la relación jurídica médico-paciente, marcados por el paso del tiempo y que se encuentran reflejados en el documento historia clínica desde la génesis de esta relación pasando por su desarrollo y hasta su finalización.

* El documento en estudio permitirá la observación retrospectiva de la relación médico-paciente (que se desenvolverán de manera lineal), encuentro relacionadas entonces las secuencias anteriormente enunciadas de la siguiente manera:

* 1- La génesis del contrato está vinculada al pasado, al origen de la relación, o bien al presente inmediato de los sujetos intervinientes en la relación jurídica.

* 2- El desarrollo del mismo, en caso de que atravesase por un cumplimiento normal, tiene que ver con el presente de los sujetos intervinientes y permite la reconstrucción hacia el pasado de todo lo que se desprenda de este documento.

* 3- Ante el posible (futuro) cumplimiento defectuoso de la prestación por alguna de las partes, tanto el paciente como el médico tienen la oportunidad de llevarlo ante el juzgador y sus auxiliares, para que califique la conducta del médico."

TEXTO COMPLETO

Índice:

Introducción

Historia clínica y caracteres de la relación médico paciente

Historia clínica y presupuestos de la responsabilidad civil

Concepto y caracteres

Sujetos interesados

Forma

Contenido

Propiedad

Formas de acceso

Responsabilidad por su pérdida o destrucción

Contexto de emisión

Sistematización de casos jurisprudenciales

Historia clínica como elemento probatorio

Conclusión

Bibliografía

"Y si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viviese u oyere, con respecto a la vida de otros hambres, algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de éste tipo.

A sí pues, si observo este juramento sin quebranto, séame dado gozar de mi vida y de mi arte y ser honrado para siempre entre los hambres; mas si /o quebranto y cometo perjurio, sucédame lo contrario".

Juramento Hipocrático (fragmento).

Historia clínica como elemento probatorio de la responsabilidad médica.

Hipótesis: que la historia clínica, tiene carácter de elemento probatorio de la responsabilidad del médico y que dicha prueba (según como esté instrumentada) puede tener funciones específicas y diversas. En principio y a saber a) como simple prueba de la relación medico paciente b) puede funcionar como prueba del consentimiento informado del paciente con distinta extensión según el caso c) como prueba de la relación causal y de la culpabilidad del galeno.

Existen tres grandes esferas o aspectos que abordaré a través de esta investigación sobre historias clínicas, directamente relacionadas con la evolución del tiempo. Bien sabemos que dicha evolución es diferenciada por los seres humanos y calificada (según los casos[1]), como pasada, presente o futura. Este estudio entonces, también podría enfocarse surcando las tres etapas temporales haciéndonos de ellas, a modo de una suerte de prisma, para dividirlo en tres aspectos centrales de la relación jurídica médico-paciente, marcados por el paso del tiempo y que se encuentran reflejados en el documento historia clínica desde la génesis de esta relación pasando por su desarrollo y hasta su finalización.

El documento en estudio permitirá la observación retrospectiva de la relación médico-paciente (que se desenvolverán de manera lineal), encuentro relacionadas entonces las secuencias anteriormente enunciadas de la siguiente manera:

1- La génesis del contrato está vinculada al pasado, al origen de la relación, o bien al presente inmediato de los sujetos intervinientes en la relación jurídica.

2- El desarrollo del mismo, en caso de que atravesase por un cumplimiento normal, tiene que ver con el presente de los sujetos intervinientes y permite la reconstrucción hacia el pasado de todo lo que se desprenda de este documento.

3- Ante el posible (futuro) cumplimiento defectuoso de la prestación por alguna de las partes, tanto el paciente como el médico tienen la oportunidad de llevarlo ante el juzgador y sus auxiliares, para que califique la conducta del médico.

Al hablar del tiempo y su importancia en relación a este tipo de documentos, debemos hablar también del concepto, y de la consideración de este elemento a lo largo de la evolución de las ciencias médicas que a través de la historia han transitado por grandes cambios de incidencia social y en la relación medico paciente[2]. Esta evolución pasa de una concepción paternalista de la situación del paciente frente al galeno, a una concepción actual que trae como consecuencia de la apertura de esta ciencia, el permitir al interior de la

relación jurídica una mayor autonomía que se traslada a un ejercicio, siempre regular pero mas libre de los derechos de aquel[3], entre ellos el de informarse.[4]

Antiguamente[5] se concibió al contrato medico como una relación de vasallaje o de propiedad del médico sobre la vida del paciente, lo cual implicaba un derecho del médico de decidir sobre la vida del mismo. De esto se desprende que en dicha concepción el paciente está representado en el universo simbólico social como un objeto (y no como partícipe) de la relación[6]. El cambio operado con la evolución de la ciencia y el replanteo de la consideración y jerarquía de los derechos personalísimos, deriva en una concepción subjetivista variando a su vez la manera de considerar a quien se somete a la prestación medica, lo que implica la autonomía del paciente y por ende una apertura de los conocimientos del medico que debe informar al paciente. Como consecuencia del deber de informar y de esta situación de apertura de la ciencia hacia al ser humano, y al servicio de este, aparece inmediatamente el derecho del paciente a ser informado, este derecho puede ejercerse de varias maneras y un signo de esta apertura es que los registros obrantes en poder del médico han permitido el acceso al paciente al conocimiento de su verdadero estado. Entre ellos la historia clínica que es justamente un documento donde debe constar la sucesión de actos practicados sobre su salud.

Entre los deberes y derechos[7] del médico en esta relación de base contractual y aunque de los enumerados puedan desprenderse otros hallamos:

- Deberes: El de advertir al enfermo sobre su estado, obtener el consentimiento del paciente, tomar los recaudos necesarios para la exclusión de riesgos, poner cuidado en la determinación del diagnostico, prestación de un tratamiento adecuado o apropiado (esto no significa que nunca pueda fracasar: no olvidemos la disquisición entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado).
- Derechos: obtener la colaboración del paciente una vez que este ha prestado su consentimiento para someterse a una terapia determinada, y cobrar la prestación.

Correlativo al deber de informar del médico es el derecho a ser informado de su estado del paciente, y los asientos sobre ese estado se efectúan en gran medida en la historia clínica, en la cual se hace palmaria la materialización de ese derecho, ya que de lo contrario todo lo atinente al estado y evolución del consultante, quedaría exclusivamente bajo la esfera de conocimiento del profesional que lo atendiese. Con el riesgo de que infinitos detalles y su conocimiento quedasen supeditados al grado de retención del médico de los mismos, de los cuales varios se perderían si se transmitieran oralmente. Es garantía para el paciente y muestra de la diligencia del profesional, la existencia efectiva de un soporte físico que registre cronológicamente la evolución o involución del primero.

Diremos entonces que como correlato del derecho - deber de informar existe por parte del médico el deber de crear un instrumento en el cual se representa esa información ya que ante eventualidades debe estar todo registrado. En caso de no ser inequívoco que el medico prestó adecuadamente sus servicios, un juez vendrá a tomar conocimiento de la relación y se lo pondrá al tanto de ella a través de la historia clínica que por eso debe estar claramente redactada e integrada por contenidos que permitan calificar su confección de adecuada.

El mismo instrumento se va haciendo una herramienta mas poderosa a medida que va evolucionando la relación jurídica del contrato de servicios médicos. Y la utilidad de la historia clínica, en caso de incumplimiento del contrato o cumplimiento defectuoso del mismo, es la de hacer compulsar ese deber de informar del médico en una situación frente a la justicia donde las partes se encontrarán puestas por efecto de la ley en una situación de igualdad (condición de igualdad a la que son llevadas las partes de una relación desigual por el mero hecho de las diferencias entre paciente y médico dadas por la formación de este último).

Encontramos que muchas veces, por desconocimiento, el galeno no toma los recaudos necesarios para que todos los datos relativos a la evolución del paciente sean registrados. Lo cual suele derivar en serias responsabilidades frente a la justicia que valora esto negativamente. Esta situación es advertida por algunos profesionales de la salud. Es ilustrativo un texto del médico Dr. Enrique de la Vega, citado por el Dr. Vázquez Ferreyra. El facultativo prescribe a sus colegas aconsejando sobre los recaudos a tomar para buen resguardo del médico en la confección de la historia clínica, que se ha dedicado a analizar y a la cual califica como el abc del acto médico:

"la confección misma de la historia clínica es muy importante, pues hay que tener en cuenta que otras personas que acceden a este documento, no son médicos, más aún, quien finalmente dictaminará, en una controversia o investigación penal, es precisamente una persona no médica, por lo tanto es necesario que, tengamos presente la posibilidad real del impacto subjetivo que causará a dichas personas, quienes aún inconscientemente harán un primer juzgamiento a priori de la posible personalidad de quienes hayan intervenido en su confección, sin que eso signifique que sean grafólogos eruditos, cuando se observa cualquier manuscrito sucede así, no sólo por las formas grafológicas sino por el tipo de redacción, la sintaxis, etc., se forma ineludiblemente una personalidad del autor sea finalmente cierta o no, pero que contribuye a inclinar la balanza en uno u otro sentido"..... "Qué importante es tomar en cuenta respecto de la enfermedad actual el recuento minucioso y detallado de todo lo que surge de ello... cuántas veces no pocos profesionales se lamentaron omitir ciertos detalles que en su oportunidad los minimizó o no les dio la importancia necesaria. Ejemplificando: no es lo mismo una enfermedad que comenzó en mismo día de la confección de la historia clínica que otra que comenzara treinta días antes, como ocurre en los casos de síndrome febril prolongados, por ejemplo, donde seguramente ya hayan intervenido otros profesionales, a los que también les correspondería ser partícipes de lo que se llama responsabilidad médica... No está de más referirse al párrafo de antecedentes y señalar todos y cada uno de ellos, ya sean los personales, hereditarios o patológicos. Hay que recordar siempre que: Lo que no se anota se da por obvio (es peor ya que constituye una omisión)... En cuanto al examen semiológico, cuanto más experto se hace uno, más valora lo que nuestros profesores en su oportunidad nos imponían: el minucioso, ordenado y detallado paso (transcripción) del prolijo examen anotando aun los valores o parámetros que se encuentran dentro del límites fisiológicos normales. Siempre ejemplificando, si se trata de un paciente cuya enfermedad de base es la hipertensión arterial, aunque en el momento del examen esté normotenso y no se anote esta circunstancia y el óbito (circunstancia posterior) sea consecuencia de un acv, seguramente el juez inferirá que hubo omisión en el mejor de los casos... Imaginemos que si de anotar lo menos posible se tratara, sería mejor no confeccionar la historia clínica. Con ello erróneamente estamos siguiendo el consejo de legos que sostienen que escribir menos es sinónimo de errar menos, sin que ello signifique extralimitarse en divagar que ello sí puede entrañar en aumentar el riesgo del tema en cuestión... Es casi condición sine que non hacer mayor énfasis en el aparato o sistema que se encuentre en estrecha relación con el diagnóstico presuntivo, con el auxilio indispensable del especialista correspondiente, no sin antes marcar puntualmente los síntomas y signos positivos que merecieron consideración para su llamado a interconsulta, además debe consignarse en la historia clínica, el pedido éste y la vía de su notificación a quien correspondiere aunque lleve el hecho de perder treinta segundos más, que finalmente será una segura ganancia".[8]

Aclaro que si bien la historia clínica es un elemento probatorio de especial significancia y trascendencia, no es la única herramienta que permite probar, menos por sí sola, la culpa médica.

También cabe aclarar que este instrumento cumple funciones distintas según el ámbito profesional en que se utilice o analice, en el campo de trabajo médico por un lado, hace al registro inmediato y cotidiano de la relación medico paciente y su evolución, llegando a ser valorada también como elemento de investigación y de utilidad para el ámbito médico académico, sin repararse en demasía en sus efectos legales, a diferencia del campo jurídico donde su valor es probatorio y retrospectivo[9]. La utilidad del estudio de este tema radica en aportar una visión interdisciplinaria al respecto, analizando como se valora el tema en estas dos ramas tan distintas, aunque no estancas, de la comunidad científica, como lo son la ciencia jurídica y las ciencias médicas.

Diocles, "Médico curando a un enfermo hidrópico".

Manuscrito del Siglo XII, Munich.

Historia clínica y caracteres de la relación médico paciente.

Como se enunció en el trabajo preliminar se procurará visualizar la relevancia del documento en estudio (historia clínica) y su relación con los elementos esenciales de la relación médico paciente. Dichas características son las siguientes:

Intuitu personae: La importancia de la historia clínica en relación con esta característica se ve reflejada en el deber de identificación del médico y/o médicos intervinientes en la misma, todo lo cual debe constar en este documento que nos permitirá eventualmente conocer a los sujetos involucrados en el acto médico y la limitación de la responsabilidad que a cada uno le cabrá.

Revocable ad litum: por supuesto que la posibilidad de revocación, no importa permitir el incumplimiento del pago de la prestación que se halla entre las obligaciones del paciente. Dicha obligación de pago puede referirse a la historia clínica en casos en que se exija por parte del centro médico el pago de un arancel para poder obtener una copia de dicha historia clínica, que en algunos países puede variar según la región o según el tipo de informe médico (general/amplio o pormenorizado) que se solicite[10].

De tracto sucesivo: esta característica queda emparentada con todo lo dicho hasta aquí sobre la historia clínica y su utilidad médico asistencial pero también médico legal, ya que su continuidad a lo largo del tiempo y la simultaneidad de su realización o confección junto con el acto médico refleja las etapas de la terapéutica aplicada y su desarrollo y evolución.

La historia clínica reflejará el "desarrollo de la vida[11]" de dicho contrato desde su constitución, hasta su terminación, por el cumplimiento normal de las prestaciones en la relación médico paciente. (En este caso no será necesario acudir a este más que para una guía a la que tanto uno como otro podrán recurrir para decidir en conjunto el curso que el tratamiento debe tomar[12]). Ante el cumplimiento anormal, tendremos que acudir a la historia clínica para poder acceder a ese reflejo y elucidar en que motivos se ha generado dicha anormalidad.

Dicho documento es completando a lo largo del proceso de atención médica, y conforma una herramienta útil para determinar, eventualmente con qué calidad se han prestado dichos servicios. Su importancia probatoria será relevante para comprobar responsabilidades civiles, penales o administrativas.

No obstante haberse revocado el contrato, el paciente siempre tendrá derecho a solicitar una copia de la historia clínica efectuada a raíz de la consulta para su constancia. Todo esto traerá aparejadas tres consecuencias básicas:

Futura: ante incumplimiento permite conocer si el tratamiento se ha brindado adecuadamente (complementando esta con otras probanzas)

Inmediata: permite al profesional interviniente conocer antecedentes del paciente para brindarle adecuada atención y por ende adecuada prestación de servicios.

Hacia el pasado: dado el carácter de continuidad de la prestación médica (tracto sucesivo), ante la necesidad del médico de reanudar un tratamiento podrá acudir a este instrumento que contiene todos los datos de interés del paciente.

Bilateral: esto no presenta mayores dificultades si el tratamiento se efectúa ante un facultativo que desarrolla en forma independiente y libre su actividad profesional. Cuando el tratamiento promedia teniendo a una clínica o establecimiento asistencial como intermediaria, debemos contar con la aparición de un nuevo sujeto de obligaciones y derechos que amplía nuestra esfera de agentes de responsabilidad intervinientes,

ampliándose por ende el espectro de los agentes interesados en la adecuada confección de la historia clínica (que trataremos en el apartado sobre los sujetos).

Oneroso: en este punto reitero lo expresado cuando me referí a la revocabilidad, simplemente aquí dejaré expresado que esta es una característica esencial del contrato y que puede extenderse al pago de aranceles extra por la extensión de copias de la historia clínica al paciente. Esto es algo a tener en cuenta porque puede hacernos variar en nuestras apreciaciones acerca de quien detenta la propiedad de la historia clínica.

Relación jurídica compleja: dada esta complejidad, en relación al tema de estudio se ha planteado el problema de a quien pertenece la historia clínica en realidad, y si pertenece al paciente, al médico o a la clínica o establecimiento hospitalario, tema que trataré en otro apartado de este trabajo. Aclaro que el contrato médico paciente no es la historia clínica en sí, la cual no es más que un documento que refleja ciertos aspectos de este.

Civil: este contrato, es civil no obstante puede traer consecuencias administrativas según el contexto en el que se desenvuelve la relación jurídica. Lo mismo digo en relación al contexto en que pueda emitirse la historia clínica que también puede estar circunscripto a un lugar público.

No formal o libre: salvo exigencias que la ley establezca en determinadas circunstancias. Esto no significa que la historia clínica no deba ser redactada bajo las formalidades del caso y las exigencias que deben satisfacerse. El único problema es que en nuestro derecho no existe una norma puntual que enumere o detalle cuales son esas exigencias, por lo tanto en cada caso y en cada especialidad los contenidos de la historia clínica pueden ser variados, lo que no significa que esto sea algo correcto.

Demóstenes e Hipócrates.

Detalle de miniaturas de la portada de Epístolas de

Hipócrates, en la Biblioteca de El Escorial,

Madrid.

Historia clínica y presupuestos de la responsabilidad civil.

Importancia de la historia clínica a la luz de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Como introducción al tema y sintéticamente según lo estudiado hasta aquí sobre responsabilidad civil todo agente que genere un daño deberá responder por un perjuicio causado a otro, el autor del perjuicio debe afrontar la responsabilidad de los daños de su acción (responsabilidad como idea que sugiere una noción de garantía). No es ocioso empero, situar el marco de responsabilidad en que debe encuadrarse la actividad medical.

No obstante algunas excepciones, la mayor parte de la doctrina se ciñe al criterio de que la responsabilidad médica es de base contractual, sin perjuicio de algunos supuestos en los cuales pueda promediar responsabilidad extracontractual. Esto es importante ya que a los efectos del resarcimiento se deben satisfacer distintos requisitos en materia de prueba, y que no es lo mismo el incumplimiento de un contrato, que el deber de reparar por un acto ilícito aquiliano.

Ante los problemas que puede presentar ubicar la responsabilidad médica en uno u otro plano (contractual o extracontractual), la doctrina se ha cuestionado si existe una verdadera diferencia: ontológica, de ser, de esencia, en la diferenciación.

Tradicionalmente, se dijo que la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, radica en la prueba de la culpa como requisito distintivo para esta última. En un principio, el resarcimiento contractual hacía presumir la culpa sin necesidad de que el acreedor pruebe la intencionalidad o negligencia del deudor a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde el damnificado deberá probar la culpa. Ante el advenimiento de las nuevas teorías que enunciaron el principio no hay responsabilidad sin culpa, también hay que probarla en la esfera contractual. Mientras que en la esfera extracontractual surge del mero incumplimiento[13].

Esto torna más gravosa la actividad que pesa sobre el damnificado en materia de cargas probatorias, por lo tanto la doctrina ha solucionado esta disquisición enunciando que la diferenciación entre ambos tipos de responsabilidad no es esencial, ya que en ambos casos el fenómeno resarcitorio se centra en torno al elemento daño (en ambas órbitas el daño injustamente sufrido debe ser reparado). En ambos casos la responsabilidad se nutre de los mismos elementos o presupuestos. Esta solución a la que se ha arribado ha sido denominada unidad ontológica del fenómeno resarcitorio. No hay diferencias aunque se trate de un mismo fenómeno se den dos regímenes diferentes (se trataría de una construcción jurídica) según se elija una u otra vía, lo que si implica distintas consecuencias prácticas en la utilización de una u otra. La responsabilidad de los médicos es de base contractual en general, salvo supuestos escasos, sus presupuestos son equivalentes a los de la responsabilidad extracontractual.[14]

Habiendo circunscripto la responsabilidad del médico en el campo que le es propio entraremos en la enumeración de los presupuestos de la responsabilidad para relacionarlos con nuestro análisis.

Acción, antijuridicidad: toda vez que la historia clínica como prueba documental refleja las secuencias del tratamiento médico, refleja por ende como ha actuado el facultativo con respecto al paciente. Siendo la acción uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, entiendo que a través de este elemento de prueba, quedará plasmado el curso de esa acción a lo largo del tiempo (o por lo menos será un fuerte indicio de que la relación jurídica promedió y existió en un lugar y tiempo determinados, evaluándose luego su grado de antijuridicidad).

Factor de atribución: este elemento probatorio, junto con otras constancias de la causa, vendrá a facilitarnos la labor al momento de sindicar a los sujetos responsables que han intervenido en la actividad médico asistencial, a los fines de demostrar que existe un factor de atribución efectivo. Esto si se atiende al requisito de que en la historia clínica debe figurar o indicarse, quienes han sido los profesionales actuantes en la terapéutica y a lo largo de todo el tratamiento, por lo cual cada facultativo que intervenga debe poder ser identificado a través de este documento.

Relación de causalidad: como lo he dejado expresado a partir de la introducción a este trabajo, la historia clínica refleja las secuencias cronológicas del tratamiento y permite entonces (la inscripción de los actos positivos del médico, coetánea con su realización), seguir el recorrido realizado por el paciente ante las indicaciones del médico, y determinar si estas han funcionado como causa entre la acción y el resultado dañoso producido. Un interrogante se plantea frente al supuesto de la omisión de anotaciones que funcionen como demostración de la relación de causalidad. Debemos adelantar que una posición se adhiere al criterio de que tales omisiones solo funcionarían como presunciones de culpa del médico, y no indicarían por si mismas cual ha sido la relación causal, sino que funcionarían como presunciones de culpa.

Daño: aquí también tenemos un antecedente fundamental a los efectos de la prueba del daño, sobre todo cuando al paciente se le prescribe un tratamiento que era innecesario (por ejemplo ante la existencia de tratamientos menos complicados que también hubieran posibilitado su curación y que de no efectuarse tratamientos de alta complejidad se hubiera arribado igualmente a resultados satisfactorios) todo esto al quedar inscripto en el historial del paciente, dado que este no puede enmendarse ni tacharse permite determinar el grado de incidencia de las prescripciones médicas en los daños sufridos.

Plato griego.

Siglo V a.C.

Concepto y caracteres de la historia clínica.

Sobre el concepto: No obstante observar que se reiteran las consideraciones doctrinarias acerca de los límites del concepto de historia clínica, estimo que no será ocioso reseñar los aportes de nuestros juristas circunscribiéndonos exclusivamente a este sub-tópico del trabajo monográfico.

Por lo tanto serán dados distintos conceptos de este elemento, según la opinión de distintos autores, extrayendo algunos caracteres básicos. También realizaré algunas consideraciones sobre aquellas creencias que estimo subyacen en las dos grandes ramas de conceptos que se abren a partir de los autores hallados. Finalmente elaboraré un concepto personal basándome en las características que estimo deben estar presentes en toda historia clínica como elementos esenciales de la misma (no obstante podría eventualmente incorporar otros que considere importantes).

Relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual. [15]

Información realizada por escrito de todo el proceso médico del paciente, incluyendo las pruebas realizadas en el mismo.[16]

Documento que representa en forma permanente un hecho que era presente al confeccionarlo (en este caso, una sucesión de hechos y que por ello adquiere significación probatoria. Específicamente, este documento contiene una declaración de ciencia, en cuanto consiste en la representación de lo que se sabe o conoce respecto al estado del enfermo y a las medidas que se tomaron para atenderlo[17].

Instrumentación de las distintas secuencias médicas en la vida del paciente.[18]

Instrumentación de las distintas secuencias médicas en la vida del paciente, de suma importancia para juzgar la responsabilidad de daños producidos al enfermo, ya que puede darnos la clave de la relación de causalidad. [19]

Elemento fundamental de la medicina informada, permite a la parte damnificada por un error médico, recurrir a las informaciones que el profesional ha debido documentar, pudiendo concurrir a los tribunales en pie de igualdad. [20]

Documentación escrita del acto médico que objetiva su proceso y resultado, es el instrumento por el cual el profesional de la medicina elabora el diagnóstico, fundamenta el pronóstico y consigna el tratamiento y la evolución del paciente.[21]

Zuccerino: legajo personalizado del paciente, en cuyas diversas secuencias integrantes se observa el seguimiento y registro de las distintas actuaciones profesionales que hubieren ido sucediendo, en punto a la evolución del titular[22].

Silvia Müller documento en el cual el médico debe asentar los datos personales del paciente, antecedentes aportados por éste, causa por la cual se requiere el servicio del médico, el diagnóstico presuntivo, estudios y análisis aconsejados que lo confirman, pronóstico, tratamiento, evolución y todo hecho relevante que se suscite a lo largo de un tratamiento o intervención[23].

Hasta aquí, se ha realizado un recuento de las distintas maneras en que se ha definido la historia clínica. Por lo pronto, en la definición que esbozaré procuraré abarcar en forma concreta y sistemática todos los aspectos de este objeto de estudio que considero relevantes.

Por lo tanto entiendo que la historia clínica es: un documento en el cual se asientan cronológicamente (en forma simultánea o inmediatamente posterior a la obtención de información, o al arribo de conclusiones por parte del médico acerca del paciente), todos y cada uno de los pormenores derivados de la relación entre el profesional y su consultante, incluidos entre esos datos pormenorizados, tanto las contingencias y manifestaciones positivas de la enfermedad del paciente como aquellos que revelen estabilidad y normalidad en su estado de salud. Permite la observación retrospectiva del curso de esa relación y sus efectos. Debe crearse con el nacimiento de la relación y se cierra, concluye o clausura, con la extinción de dicha relación jurídica (tanto por su cumplimiento normal como por su conclusión o ruptura a causa de un incumplimiento o cumplimiento anormal o defectuoso).

Por ende no será la historia clínica la que se extinga, sino que se extingue la relación médico paciente pero queda subsistente este documento que fue accesorio de la relación y queda como antecedente del contrato y de el tratamiento y sus modalidades.

Se realiza de forma escrita (siempre manuscrita salvo que se certifique la realizada a máquina) y en soporte papel, pero se observa actualmente una tendencia a confeccionarla en soporte informático.

Sus contenidos pueden variar según las características y los motivos que llevaron al paciente a acudir al servicio médico o variaran según la especialidad del médico al que se acuda.

Como observación destaco que a pesar de las coincidencias que evidencian las definiciones dadas por la doctrina, noto en ellas diferencias al reparar en la fuente de la que emanan, por lo tanto el contenido prescriptivo de las definiciones cuya fuente original fue el ámbito propio de las ciencias médicas será diferente del contenido conceptual (y también prescriptivo), de las definiciones originadas en el ámbito de los científicos jurídicos. El problema es poder compaginar todos los aspectos que (que van desde lo meramente formal o gramática, pasando por el aspecto médico asistencial, llegando al jurídico o contemplándolo desde el punto de vista de la medicina legal) abarca este elemento para poder elaborar por ende una definición que integre en si misma y de forma sistemática todas las áreas que este tema abarca para poder visualizarlas con mayor nitidez y claridad.

Características esenciales: A la luz de las definiciones dadas, podemos decir que se desprenden de ellas los siguientes caracteres esenciales de este documento[24]:

1.- Confidencialidad

El secreto médico es uno de los deberes principales del ejercicio médico cuyo origen de remonta a los tiempos más remotos de la historia y que hoy mantiene toda su vigencia. El secreto médico, la confidencialidad e intimidad y la historia clínica, son tres cuestiones que se implican recíprocamente y se relacionan. El problema médico-legal más importante que se plantea es el quebrantamiento de la intimidad y confidencialidad del paciente y los problemas vinculados a su acceso, favorecidos por el tratamiento informatizado de los datos.

2.- Seguridad

Debe constar la identificación del paciente así como de los facultativos y personal sanitario que intervienen a lo largo del proceso asistencial.

3.- Disponibilidad

Aunque debe preservarse la confidencialidad y la intimidad de los datos en ella reflejada, debe ser así mismo un documento disponible, facilitándose en los casos legalmente contemplados, su acceso y disponibilidad.

4.- Unidad

La historia clínica debe ser única para cada paciente por la importancia de cara a los beneficios que ocasiona al paciente la labor asistencial y la gestión y economía sanitaria.

5.- Legible

Una historia clínica mal ordenada perjudica a todos, a los médicos, porque dificulta su labor asistencial y a los pacientes por los errores que pueden derivarse de una inadecuada interpretación de los datos contenidos en ella..

6.- Veracidad

La historia clínica, debe caracterizarse por ser un documento veraz, constituyendo un derecho del usuario.

7.- Exacta- Rigor técnico de los registros

Los datos en ella contenida deben ser realizados con criterios objetivos y científicos, debiendo ser respetuosa y sin afirmaciones hirientes para el propio enfermo, otros profesional o bien hacia la institución.

8.- Coetaneidad de registros

La historia clínica debe realizarse de forma simultánea y coetánea con la asistencia prestada al paciente.

9.- Completa

Debe contener datos suficientes y sintéticos sobre la patología del paciente, debiéndose reflejar en ella todas las fases medicolegales que comprenden todo acto clínico-asistencial. Así mismo, debe contener todos los documentos integrantes de la historia clínica, desde los datos administrativos, documento de consentimiento, informe de asistencia, protocolos especiales, etc.

10.- Unilateral

Es un documento emanado de parte de un sujeto (ya sea médico u organismo asistencial publico o privado).

11.- Acumulativa:

Allí se concentran todos y cada uno de los acontecimientos y cambios relativos a la salud del paciente y su evolución.

12.- Identificación del profesional

Todo facultativo o personal sanitario que intervenga en la asistencia del paciente, debe constar su identificación, con nombre y apellidos de forma legible, rúbrica y número de colegiado.

Retrato de Hipócrates.

Sujetos interesados.

En principio los sujetos interesados en la confección de la historia clínica son los integrantes de la relación jurídica médico paciente. Para ambos sujetos la realización de este documento es tanto un derecho como un deber. Eventualmente y a medida que la relación jurídica se torna mas compleja, intervendrán otros agentes, como las clínicas o establecimientos públicos que conservan la custodia de las mismas, y pueden existir además terceros interesados en este historial, que por su relación con el enfermo tengan derecho a conocer su estado de salud, aunque sean ajenos a la relación contractual ya que como se ha expresado en fallos (Sánchez Pascual del 27/12/84) pueden promediar casos de responsabilidad extracontractual por culpa en la esfera contractual, dado que al verse afectados los familiares (terceros a ajenos a la relación médico paciente), hay en esos casos una prolongación del deber de seguridad hacia el ámbito extracontractual. O bien, necesidad de hacerla examinar por peritos, a pedido del juez y las partes contendientes en caso de existir un litigio.

Esto en cuanto al interés de los agentes relacionados en función del valor documental del historial clínico.

Desde otra perspectiva también este punto se relaciona con el problema de la propiedad de la misma frente al que surgen distintas posturas. Esto será tratado en el punto respectivo.

Otros interesados posibles que surgen en vista de la tendencia a la informatización de la historia clínica o de su emisión con carácter formulario o de tipo de adhesión, es la empresa que diagrama dichas historias y que tendrán además de carácter formulario, los contenidos predeterminados por las empresas que las emiten, las cuales momentáneamente en nuestro país las realizan en soporte papel, pero en algunas regiones de España ya se está implementando su informatización. Aquí en Argentina, no tenemos normas ni autoridades de contralor que fiscalicen la actividad de dichas empresas. ¿qué ocurrirá si la empresa emisora de el formulario provee al establecimiento asistencial de formularios que carezcan de alguno de los contenidos primordiales? ¿puede ser agregado por el médico o auxiliar interviniente, si dijimos que la historia clínica no puede presentar tachaduras ni enmiendas?. Estos problemas deben buscar una pronta solución, que se ve agravada por la actual realidad asistencial en nuestro país.

En países como España se da gran importancia a otro sujeto, o agente interesado al respecto, que es la figura del médico documentalista, sostiene el Dr. Miguel Moreno Vernis (doctor en Medicina y presidente de la Sociedad Española de Documentación Médica) en una nota realizada en el diario El País de Madrid el 21/12/99:

"Los problemas derivados de la custodia y gestión de la historia clínica han llegado estos días a las páginas de periódicos locales y nacionales, dando pie a un conjunto de declaraciones que ponen en evidencia una buena dosis de desconocimiento de la realidad de los archivos hospitalarios. La custodia y gestión de las historias clínicas está, en la mayoría de hospitales, a cargo de los servicios de documentación clínica. Sus responsables -médicos documentalistas- coordinan una labor cuyo objetivo es proteger la información que facilite la continuidad e idoneidad de los cuidados dispensados, evite la repetición de pruebas diagnósticas y favorezca la adopción de medidas terapéuticas.

Asimismo, el mantenimiento adecuado de esta documentación permite realizar tareas de investigación, gestión y administración sanitaria, docencia, evaluación de la calidad asistencial, estudios epidemiológicos, estadística sanitaria y testimonio documental para la resolución de problemas médico-legales. Y junto a todo ello, los procesos de extracción de información que posibilitan el control de costes, o la planificación sanitaria a partir de la medición del producto hospitalario.

El carácter eminentemente médico de nuestra actividad viene recogido en el Real Decreto 521/87 sobre organización hospitalaria, cuando incluye como adscrito a la división médica del hospital los servicios o

unidades de documentación y archivo clínico. Además, la necesidad de profesionalizar estas tareas ha propiciado en la última década la incorporación a los centros sanitarios de un buen número de médicos documentalistas, llegando a darse la paradoja de que los hospitales los contratan como especialistas, incluso por oposición, sin que dicha especialización esté formalmente establecida. A partir de ahí no podemos aceptar como normal la tendencia a crear situaciones de confusión por parte de las autoridades gestoras cuando plantean la bondad de que puede privatizarse lo que no es un servicio clínico. Así, cuando dice el Ministerio de Sanidad y Consumo el "Gobierno informa"), el pasado 6 de septiembre de este año, que la sanidad pública debe centrarse en la gestión de servicios de contenido estrictamente clínico, delegando aquellos otros complementarios como seguridad, limpieza, catering, jardinería, prensa, peluquería, o la gestión de archivos (el subrayado es nuestro) no podemos por menos que pensar que la equiparación en pie de igualdad entre la gestión de peluquería, etcétera, y los archivos clínicos es, cuando menos, un disparate. Es cierto que los archivos de historias clínicas de una buena parte de centros asistenciales del país se encuentran desbordados por la proliferación vertiginosa de los documentos generados en la práctica asistencial. De ahí que las instalaciones destinadas a archivos se hayan quedado obsoletas: "O no hay posibilidad de crecimiento físico por las características del edificio o no hay previsión de espacio ni dotación adecuada". Y esto es así porque la gestión de estos servicios, que deben planificarse fundamentalmente a medio y largo plazo, no están acordes con la permanencia en los cargos de los gestores de las instituciones sanitarias -en general entre tres o cinco años, máximo-, más ocupadas en obtener resultados a corto plazo en otras actividades hospitalarias que reporten mayor y mejor repercusión en los medios de comunicación. La historia clínica y la unidad operativa que se encarga de su mantenimiento (el archivo de historias clínicas) constituye un conjunto de elementos estrictamente clínicos. ¿Acaso no se trata del mantenimiento de un documento cuyo objetivo primordial es demostrar que el usuario ha acudido en demanda de asistencia y que ésta le ha sido proporcionada con los medios, la premura y por los profesionales adecuados?

El hecho de que en momentos puntuales, y generalmente como producto de una falta de previsión de la dirección del centro, se tenga que acudir a la contratación de empresas externas, no deja de tratarse de una situación de desajuste entre la oferta y la demanda, al igual que ocurre con las ya famosas listas de espera quirúrgicas. Y, como en estos casos, la contratación con empresas, otros centros asistenciales o profesionales externos, no pone en cuestión ni el carácter clínico ni la obligatoriedad de asumir la gestión por parte del centro contratado una vez solucionados los problemas derivados del aumento de la demanda.

Rechazamos, por tanto, que la externalización de los archivos clínicos sea la solución a los problemas planteados y creemos necesario profundizar en medidas que incluyan: el cumplimiento de las leyes sobre archivos aprobadas por las distintas comunidades autónomas, a las que compete la recepción de los fondos documentales e históricos que le sean entregados en depósito (por ejemplo, las historias clínicas de pacientes fallecidos) y que no puedan ser debidamente protegidos por el archivo al que legalmente correspondan; el establecimiento de normas que -sin menoscabo de la actual legislación sanitaria- regulen la historia clínica a escala estatal y que, al igual que las recomendaciones planteadas en noviembre de 1997 por un grupo de expertos sobre Información y Documentación Clínica, auspiciado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, o las desarrolladas en el País Vasco, definan jurídicamente el conjunto de documentos que debe contener la historia clínica y los plazos de conservación, así como aquellos documentos que pueden almacenarse en discos compactos, películas u otros soportes que permitan su correcta custodia. Planteamos también la necesidad de un plan de renovación de aparataje que lleve implícito el que toda máquina capaz de emitir imágenes incorpore sistemas digitales de almacenamiento de salida sin necesidad de posterior tratamiento.

Ésta es, por tanto, la vía por la que debe encaminarse el debate sobre qué hacer con la documentación clínica y poder, de esa forma, llegar a soluciones definitivas de consenso.

Vemos que se abre un abanico de posibilidades mayor, ya que aquí se plantea el problema de si el encargado de la custodia de una historia clínica o documentos medicolegales, al interior de un establecimiento asistencial es un profesional de la salud o un simple administrativo con las consiguientes responsabilidades.

Otro aspecto a tener en cuenta en relación a los sujetos y la satisfacción del derecho a informarse del paciente en nuestro país, es su consideración en carácter de consumidor o usuario de servicios o prestaciones de tipo médico asistencial regido en nuestro país por la ley 24240 que regula los derechos de los consumidores y usuarios.

Médico griego

curando a un guerrero herido.

Mosaico romano.

Forma.

Hemos visto hasta aquí que la relación médico-paciente es de carácter no formal, pero en lo que respecta a la historia clínica debe esta mantener ciertas formalidades para una mejor protección del derecho del paciente a la información. Esto en virtud de que las formalidades que debiera contener la historia clínica no se hayan plasmadas en textos normativos lo cual no hace exigible por ley el cumplimiento de las mismas.

Dicha forma debe ser: manuscrita de puño y letra por los médicos tratantes y el personal auxiliar bajo la responsabilidad de los primeros, no se permite hacerla en máquina salvo que lleve sello del médico con firma certificando su autoría[25].

Las normas éticas de algunos centros médicos especifican que deber realizarse de tal manera que sea legible.

Relacionada a la forma que asumirá la historia clínica se encuentra el tema del contexto de emisión en que se la expide, por lo tanto podrá quedar clasificada como instrumento público o privado en uno u otro caso.

También podemos hablar de forma de la historia clínica en razón de la especialidad médica de que se trate y a la cual se acuda, por lo tanto tendremos dos grandes especies de historiales, como son la historia clínica propiamente dicha y la historia clínica psiquiátrica, en la primera el médico podrá mayor atención en los problemas de tipo físico del paciente, mientras que en la segunda se atenderá a todos sus antecedentes o padecimiento de tipo psíquico, y relativos a la salud mental (antecedentes familiares, observaciones relativas a la capacidad del paciente en la consulta de reconocer tiempo espacio y lugar y ubicarse en los mismo, etcétera[26]).

Otro problema que se presenta en relación a la forma de la historia clínica es el quid de la informatización, que en ciertos países aún no se ha adoptado pero que está creciendo paulatinamente y extendiéndose, y que es de un valor muy importante en el ámbito médico asistencial pero que presenta grandes dificultades en el ámbito médico legal[27].

En estos casos la historia clínica se considera como un elemento central de la creación de redes de informática o de telecomunicación médica por las grandes ventajas que proporciona la incorporación de los datos de las historias a los sistemas informáticos en todas las facetas de la medicina ya que facilita, la investigación, la docencia, la asistencia médica, la labor de enfermería, la gestión administrativa y económica.

Sin embargo, la informatización de los historiales tiene como inconveniente principal el poner en peligro algunos de los derechos fundamentales del paciente, como son el derecho a la intimidad y confidencialidad del enfermo.

Otro inconveniente sería la pérdida brusca, total o parcial de los datos.

Para evitar tales inconvenientes sería necesario:

Garantizar el derecho a la información de que la confidencia hecha al médico y sus hallazgos y deducciones van a ser informatizados.

Derecho a la libertad para decidir mediante consentimiento si sus datos serán informatizados o no.

Derecho a la intimidad

Educación del personal que manipula la información[28]

Acceso restringido

Cumplimiento de medidas de seguridad impuestas por ley si existieran.

Retrato de Hipócrates.

Contenido.

En este documento deberán constar los antecedentes del paciente, su estado actual la ficha de anamnesis, todos los estudios cronológicamente ordenados que se hayan efectuado, y su diagnóstico, el tratamiento o terapia que se llevará a cabo, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación prescrita, y la suministrada, ante cirugías el protocolo quirúrgico en el cual constará la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etc. Todos los datos que de forma precisa y completa, detallan el servicio médico y auxiliar suministrado. También estará integrada por los denominados resultados experimentales, (análisis clínicos, radiografías, resultados de laboratorio) así como informes escritos o magnetofónicos que constituyen el diagnóstico clínico y la terapéutica. El motivo por el cual se instituye la historia clínica tiene en principio dos explicaciones: a) la de llevar el registro de diagnóstico y del tratamiento y que permitirá constatar los errores o desaciertos médicos como pruebas. Dentro de esta explicación podemos agregar la función de consulta de otros profesionales que participen en el tratamiento o de los futuros médicos que pueda consultar el paciente[29] y b) por razones administrativas o de contralor Pero el contenido de la historia clínica no solo implica un mero diagnóstico, involucra además otras valoraciones del médico relativas a las circunstancias que hacen a la situación del paciente, de acuerdo a su formación y su criterio, pero debe ser claramente redactada, precisa completa y metódicamente realizada. Su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional[30]. Implica realizarla de tal manera que se dejen constancias suficientes de haber cumplido el deber de informar, para mayor seguridad del médico se debe procurar el consentimiento por escrito (o sea que promedie su firma en la historia clínica, sobre todo en los casos en que se requiera por ley además de casos en que lo aconseje la práctica médica o los códigos de ética. Bien puede todo esto ser incorporado en historia clínica al margen de otros documentos.

Si existiese información que por la gravedad del paciente debiera ser ocultada al mismo para no empeorar su estado de salud o que no sea esta información un impedimento para su buen tratamiento y evolución, esto

también puede dejarse constancia en tal documento. El problema es que si el paciente tiene acceso a la historia clínica y por ende a informarse sobre su propio estado será conflictivo incluir este dato en la historia clínica. Todo dependerá en el caso concreto de la prudencia del médico teniendo en cuenta el perfil del paciente y la dolencia que lo aqueja.

La historia clínica deberá contener mínimamente: fecha y hora de internación, datos personales del paciente, domicilio y ocupación, antecedentes familiares, ficha de anamnesis y examen físico, diagnóstico presuntivo de internación estudios indicados, terapia o tratamientos a aplicar, evolución de su estado en forma diaria - aunque en el mismo se repita el del día precedente-, interconsultas, la razón de las mismas y la opinión del profesional requerido, resultado de los estudios indicados, medicación indicada y constancia -en la intervención del personal de enfermería- de su administración, también se incluirán en una ficha de tipo administrativa, todos los datos personales del enfermo dejando expresa constancia de quien lo representará en caso de que no pueda hacerlo por sí mismo, o quien quedará a su cuidado en caso de ser necesario.

En caso de cirugías, protocolo quirúrgico -donde conste nombre del cirujano y todos los miembros de su equipo-, datos del paciente intervenido, la patología que se ha descubierto, el tipo de anestesia a aplicar y la técnica quirúrgica utilizada, los resultados de la cirugía y la ficha de anestesia, en la que debe encontrarse identificado el médico interviniente, drogas utilizadas y evolución de los parámetros vitales durante el acto anestésico y la recuperación del paciente.

Debe constar la ubicación del paciente dentro del establecimiento, eventuales traslados o externaciones temporarias, controles de paramédicos y epicrisis completa de la que surja el diagnóstico, el tratamiento realizado y las condiciones y fundamentación del alta médica, con las indicaciones a cumplir con posterioridad -las que resulta conveniente sean suscritas por el paciente o familiar responsable- asimismo, indicar por qué medios es trasladado el paciente dado de alta.

Albanese-Zuppi[31] consideran que el contenido de la Historia Clínica estará además integrado por lo que se denomina resultado experimentales, tales como los análisis clínicos, radiografías, resultados de laboratorio, etc., así como por los informes escritos o magnetofónicos que constituyen lo que se llama el diagnóstico clínico y la terapéutica.

Ningún dato relativo al paciente puede omitirse de la historia clínica, pero principalmente deberán incluirse aquellos que tengan carácter de necesarios o imprescindibles. La forma de realización aunque pueden variar sus características de un profesional a otro, debiendo ser realizada es en forma ordenada, de acuerdo a una sistematización de los datos y en forma detallada, anotándose pormenorizadamente todos los datos que surjan en cada consulta o examen efectuado. Dicha confección debe respetar también el orden de las fechas en que se realizan las consultas, y las hojas identificarse con los datos del paciente desde el comienzo de su tratamiento.

El contenido mínimo de una historia clínica a través de la jurisprudencia: A través del análisis de fallos nos es revelada la importancia que adquiere la historia clínica como instrumento probatorio para nuestra jurisprudencia, así como nos son reveladas las consecuencias jurídicas de que acarrearía su confección deficiente o las omisiones en dichos documentos, las cuales importan para el juzgador un criterio prácticamente uniforme de que las deficiencias o irregularidades en la confección de la historia clínica una presunción de culpa en contra del profesional.

25/6/81 Abalo c/SMATA Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, "la carencia de parte anestésico, que impide apreciar la índole y cantidad de drogas empleadas y la falta de parte quirúrgico que imposibilita verificar el tiempo de la operación, la exploraciones complementarias, la hora del accidente respiratorio, etc. Advierten sobre la falencia y anomalías en la prestación del servicio que conduce, inexorablemente a la atribución de responsabilidad.[32]

27/12/85 FCM c/ CLA y otro Cámara Nacional en lo civil Sala G .la historia clínica constituye el acopio de toda información de un paciente con el fin de que los distintos profesionales que lo asisten puedan conocer las particularidades de cada caso para hacer mas eficiente el tratamiento y aprovechar la experiencia que reflejan allí los anteriores médicos que intervinieron. En cambio la mera indicación de temores que se formula parece

convertir la historia clínica en un libro de quejas o en un diario de sentimientos íntimos, y no lo llena la eficiencia y la previsión que es exigible a un profesional que enfrenta una posibilidad de tan graves consecuencias.[33]

20/3/89CFM Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala III, "se presume la negligencia médica ante la desaparición de las hojas de indicaciones médicas y de las hojas de enfermería, que son agregadas a la historia clínica en las cuales se registran día a día las novedades".

4/5/90 Cámara Civil y Comercial de San Isidro "la historia clínica irregularmente confeccionada, resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente aun cuadro general de graves, precisas y concordantes presunciones de conducta omisiva y deficiente del servicio de salud brindado por la entidad sanatorial demandada."[34]

24/5/90 Calcaterra Cámara nacional en lo civil de la Capital Federal "en autos se probó fehacientemente que la h historia clínica estaba plagada de deficiencias y omisiones. Este hecho es imputable a todos los médicos que intervinieron directamente en la atención.... Estas razones que suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa... poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime que la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico."[35]

10/4/90 Cámara Civil y Comercial de Morón: si la historia clínica ostenta importantes omisiones, es una situación que en modo alguno puede perjudicar a la reclamante, pues reconocida la especial relevancia de los asientos médicos, el obrar omisivo de la demandada dificulta o entorpece a la actora para determinar la culpa del galeno (voto del Dr. Conde) las omisiones y defectos que contiene la historia clínica deben incidir sobre las acciones del recurrente y no sobre la actora (voto del Dr. Venini).[36]

3/9/91 Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, resolvió que ante una historia clínica bien confeccionada, que da cuenta de las secuencias médicas acaecidas y que no ha sido impugnada por los accionantes, no cabe sino atenerse a lo allí expresado y rechazar así la responsabilidad médica que imputan los actores en base a la mala praxis en la práctica de parto.[37]

14/4/92Bianchini c/Muntane: Cámara de Apelaciones Civil Comercial y Laboral de Venado Tuerto "la carencia de historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la responsabilidad médica y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de los hechos"[38]

12/5/92 Sica c/ENTEL Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D La responsabilidad del médico no puede limitarse al área específica de una especialidad, si de la historia clínica resulta que éste atendió la evolución del paciente y dictaminó el acta médica lo que implica un pronunciamiento sobre la salud general del mismo

3/11/92 Gómez c/Spina Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires Se sustrae al imperativo legal de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 CC) el profesional médico que no satisface las exigencias que debe contener una historia clínica limitándose sólo a reflejar en ella la atención del paciente.

Hasta aquí vemos como una innumerable cantidad de casos, hacen hincapié en las exigencias que una historia clínica debe satisfacer, pero noto sin embargo que al margen de esto, no se hace referencia a dichas exigencias de manera concreta y taxativa, me permito señalar esto como una crítica tanto al legislador, como al juzgador. Al primero, porque si bien la realidad médico asistencial impone al prestador de servicios médicos ciertas condiciones que no son pasibles de ser modificadas, ya que son de orden estructural, el legislador no puede seguir actuando de forma omisiva en este punto, y sería deseable y óptimo que se dictase una ley o una resolución que enumerase (aunque no de manera cerrada) los contenidos mínimos que una historia clínica debe definitivamente satisfacer (de lo contrario, resulta un tanto injusto hablar en una decisión judicial de culpa del profesional por falta de satisfacción de contenidos exigibles cuando no se hace referencia a cuales son ellos). La existencia de normas claras, permitiría al juez eventualmente, traer a colación circunstancias asimilables a las que la norma entienda como de incumplimiento con respecto a este punto, completándose

por vía jurisprudencial lo ya propuesto por el legislador en primer término. Toda ausencia normativa es fuente de inseguridad jurídica para cualquiera de las partes interesadas, más allá de que el juez debe poder contar con algún grado de discrecionalidad para tomar sus resoluciones.

Propiedad de la historia clínica.

La naturaleza jurídica de la historia clínica ha sido una cuestión sumamente debatida, pues de su determinación derivan su eficacia jurídica, el acceso a sus datos y el poder de disposición de éstos, las garantías de la intimidad y del secreto profesional y los límites que por razones de interés público pueden oponerse a su observancia.

En la historia clínica confluyen derechos e intereses jurídicamente protegidos, del médico, del paciente, de la institución sanitaria e incluso públicos[39].

I- Las doctrinas sobre la propiedad de la historia clínica son muy variadas:

Propiedad del médico

Propiedad del paciente

Propiedad de la institución

II- Teorías integradoras

- Custodia

- Acceso

- Almacenamiento y conservación

La creación de este documento es: simultánea con la incorporación del paciente al centro médico. Debe posibilitar la identificación del paciente y el motivo de la consulta, así como la anotación periódica detallada de su evolución

Promedia entonces la contemporaneidad permanente de su llenado durante todo el tiempo que el paciente se atienda.

La evolución de la concepción de la función del médico, otorgándole mayor autonomía al paciente, implica una evolución de la idea de propiedad de la historia clínica por tanto se desplaza la idea de quien es el propietario, ya no se considera tanto al médico como propietario de la historia clínica, sino que esta propiedad podría ser extensible al paciente en virtud del ejercicio de su derecho a informarse.

En tanto que documento y soporte material de los datos de la evolución del paciente, el principio es que la propiedad de la historia clínica es del establecimiento asistencial en el cual permanecerá archivada por el término de guarda.

En Argentina, los art. 111, 112 y 113 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina, señalan que los recursos donde se confecciona el diagnóstico y se vierten los datos sobre el paciente pertenecerán al médico, quien tiene derecho a retenerlos. Esto en carácter de archivo científico y como comprobantes de su proceder (según el art. 111). No obstante, si el médico actuase como funcionario del estado o un establecimiento privado, la historia clínica será propiedad de quien la haya costado, y el médico podrá obtener copia de todo lo que en ella conste. (Art. 113).

Al parecer en la actualidad aún no se le reconoce a los pacientes el derecho de propiedad sobre su historia clínica[40], (contrariamente a lo que supondría o nos haría inferir el derecho a informarse del paciente).

Pero si bien ninguna norma lo hace específico se reconoce a los establecimientos asistenciales el derecho a guardar las historias clínicas que correspondan a atenciones medicas efectuadas en su sede, lo que los constituyen en custodios de las mismas y no en propietarios. Custodios de estos documentos en función de la protección del derecho de información del paciente.

Es así que la ley 17.132 en su art. 32 establece con relación al parte anestésico en particular que los hospitales y establecimientos asistenciales privados se encuentran obligados a custodiarlo y tendrán la carga de aportarlo al expediente, a fin de llegar a la verdad de los hechos (art. 388 Código Procesal). Ante la falta de tal elemento de prueba serán responsables de los daños que experimenten los actores.

A criterio de Ghersi, Blanco de Sanchis, Barros y Fuentes de Mayerhofer,[41], por los arts 2187[42], 2227[43] y 2183[44] CC, los establecimientos públicos o privados tendrían a su cargo un depósito necesario o voluntario según el caso, mientras que los privados de acuerdo al art. 2182[45] CC generarían una responsabilidad objetiva para el establecimiento asistencial ante la pérdida o deterioro del documento[46].

Formas de acceso

Íntimamente relacionado a este tema se halla el problema de las formas de acceso a la historia clínica, a la que debemos considerar como un documento público/semipúblico cuyo derecho de acceso es en principio limitado. Tratándose de una cosa mueble (art. 2311 CC) que se encuentra en poder de su guardador, tiene la particularidad de que debe permanecer en poder de éste dada la necesidad de inmediatez entre el último y el objeto depositado, ya que todas las anotaciones que se efectúen en ella deben ser contemporáneas al tratamiento. Entiendo por lo tanto que habrán tres formas en principio de poner en ejercicio el derecho de informarse a través de la historia clínica a saber:

-A solicitud del paciente el médico la pone a disposición de este sin mayores inconvenientes, a cuyos efectos no se le otorgará la historia clínica en sí sino una copia completa firmada por el profesional interviniente si es necesario, ya que durante todo el período del tratamiento del paciente (y hasta transcurridos 15 años de su finalización por resolución número 648/86 BO 28/1086[47]) la historia clínica deberá ser conservada por el guardador en buen estado sin poder ser entregada, salvo en caso de secuestro ordenado por autoridad judicial competente, caso en el cual podrá archivar una copia completa de la historia clínica, esto conjuntamente con el acta u orden de secuestro.

- Al hacerse imprescindible acceder a el historial del paciente ante la negativa del médico o establecimiento interviniente (publico o privado) por ejemplo para presentarlo como prueba en un juicio por daños, a solicitud de parte puede promediar la orden de secuestro de la misma del establecimiento, lo que ya tiene aceptación jurisprudencial.

- Un novedoso medio de acceder a ella que fue utilizado en el caso B. De S. y DA c/Sanatorio Greyton SA[48] fue el recurso de hábeas data. Aquí se trató el tema en consonancia con lo dispuesto en el art. 43 C.N. Aunque se estuvo al criterio de no considerar esta vía como medio principal para acceder a la información vertida en una historia clínica salvo cuando no hubiera otro medio idóneo para la realización de este acto. Por imperio del principio iura novit curia, sin embargo el juez otorgó en el caso la concedió la posibilidad.

El derecho de protección de datos tiene consagración constitucional en el art. 43 CN y se encuentra en este caso vinculado a la protección y al derecho al acceso a los datos íntimos (directamente relacionado con el derecho a la intimidad). Implica el control por parte del sujeto afectado, sobre las informaciones que se refieren a su persona o a su familia[49].

En nuestro país existe un antecedente que data del 6/7/95 (B de S. D A. c/sanatorio Greyton S.A. Dictado pro la CNCiv. Sala F causa número 94478) en la cual quedó establecido que si bien en el caso la actora no

cumplió con todos los requisitos de la acción ya que no quedó acreditado que no existía otro medio más idóneo para solicitar una historia clínica al sanatorio demandado, por imperio del principio *iura novit curia* los jueces están autorizados a adecuar las normas al caso (normas que no hayan sido invocadas por el actor), y analógicamente con los casos en que promedia el secuestro de una historia clínica como medida cautelar preventiva, se concedió a la actora la posibilidad de a través de la acción de hábeas data acceder a interiorizarse sobre su contenido que había sido negado por la clínica demandada.

En los hechos del este caso la actora había sido internada en el sanatorio con el fin de ser operada de una fractura de cadera lateral derecha, efectuada la operación, al día siguiente (por causas desconocidas para ella) dio comienzo a un agravamiento de su estado de salud (dificultad respiratoria, aguda baja de presión, fiebre, pérdida del conocimiento), todo lo cual fue desoído por el personal del sanatorio. Fue entonces atendida por un médico particular, el cual también se presentó en el sanatorio y decidió su internación en terapia intensiva. Su hija solicitó a las autoridades el traslado a otro establecimiento (Hospital Británico) ante la conducta negligente que se evidenciaba, dado que sin la intervención de el nuevo galeno nunca hubieran tomado conciencia de su verdadero estado ni tomado la precaución de solicitar la internación en terapia intensiva. Previo al traslado la institución exigió a la hija de la actora la firma de una declaración asumiendo los riesgos del traslado y manifestación de hallarse de acuerdo con que la paciente estuvo en todo momento en perfecto conocimiento de su estado de salud, prestando conformidad además con la historia clínica, de la cual no se les permitió sacar fotocopias para que pudiera leerla el médico que actualmente estaba encargado del tratamiento.

En el Hospital Británico, luego del traslado e internación en terapia intensiva, le fue diagnosticado una embolia pulmonar masiva severa, complicada con infección generalizada en el sistema sanguíneo en las vías urinarias. El nuevo médico tratante reiteró la solicitud de historia clínica al sanatorio para esclarecer las causas de ese cuadro y nuevamente su pedido fue desoído.

El ordenamiento jurídico no prevé otro medio para que un particular pueda por sí mismo (salvo por intermedio de un juzgado que ordene el secuestro de la historia clínica), tomar conocimiento de los datos incluidos en una historia clínica frente a la negativa de aquel que la conserva en su poder, por lo tanto la actora promovió un amparo (hábeas data) para que se expidiese copia de dicho documento y sus documentos complementarios, además de solicitar se reservara copia auténtica de los mismos en autos para la restitución posterior de los mismos a la demandada.

Señaló la cámara que el origen del hábeas data, está dado en virtud del desarrollo del llamado poder informático, quienes se dedican a esta actividad (productor, gestor y distribuidor de datos), tienen protección constitucional de la misma cuya raíz se halla en las normas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, derecho de propiedad e inviolabilidad de los papeles privados. Pero la situación varía en relación a aquellos que se hallen registrados en archivos o bancos de datos, lo cual impone que estos para promover esta acción deberán alegar que los registros en cuestión incluyen información inexacta o que podría provocarles discriminación. (lo cual no comporta la finalidad de la acción interpuesta por la actora en este caso, ya que se ampara en la acción de hábeas data con el objeto de obtener una fotocopia de la historia clínica e que se encuentra en poder del sanatorio demandado, lo cual motivó en primera instancia la denegación del recurso.

Sin embargo para subsanar el conflicto y por aplicación de la regla *iura novit curia*, el tribunal adecuó el caso a la normativa del código procesal (art. 323), ordenando el secuestro de la historia clínica.

Pérdida o destrucción.

Ante la pérdida o destrucción de la historia clínica se generarán responsabilidades que en el caso de un organismo público hospitalario cabrán también a la administración pública, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan caberle a los sujetos involucrados y en el orden de los establecimientos privados, promediará la acción de responsabilidad.

En casos en los que se produjo el supuesto de pérdida o destrucción los tribunales se han expedido de diferentes maneras así en:

30/8/91 Ponce de León c/Estado Nacional: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal [50] "Podría afirmarse, que el hospital sólo debería responder por la pérdida de la prueba (una especie de chance) y no por la pérdida de la vida. Dicha solución debe ser desechada porque, en supuestos semejantes, bastaría a los sanatorios con ocultar la historia clínica, o parte de ella para así disminuir el grado de responsabilidad. En todos los casos, a la postre, los establecimientos asistenciales responderían por la chance de la prueba frustrada y no por la mala praxis que sería una prueba diabólica sin la historia clínica, con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable. Esta sala se ha pronunciado a favor de la víctima cuando median, por parte del establecimiento, falencias de organización o administrativas con aptitud para ocasionar un daño, y desde otro ángulo que con diversidad de matices la responsabilidad de los hospitales clínicas y obras sociales cuenta con aceptación generalizada."

Observamos como la pérdida de la posibilidad de acceder a la historia clínica como prueba, la cual en el caso ha quedado frustrada, se extiende como elemento presuncional en contra del establecimiento interviniente, casi hasta el punto de erigirse en la prueba misma de la falta de diligencia que deriva en la mala praxis. Por otro lado al tratarse de un establecimiento público aparentemente habiendo quedado probada la falta administrativa que ha ocasionado daños, ha hecho posible promediar la acción de responsabilidad.

22/8/95 (inédito[51]) Cayarga c/Clínica Privada Dres. Marcelo Tachella Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: "siendo el establecimiento responsable o sólo de su confección de acuerdo a las normas, sino de su custodia y conservación así como de la denuncia de su pérdida; al no hacerse cargo de tales extremos mostró nuevamente su actuar negligente (art. 163 inc. 5 CPCC).

Vemos como hay otras cargas adicionales al deber de custodia y conservación como son la denuncia de su pérdida ante la autoridad competente, carga cuyo incumplimiento también es susceptible de generar presunciones en contra que se extienden al actuar del médico para calificarlo como negligente.

Ahora bien, la pérdida de la historia clínica exime de responsabilidad a la clínica cuando aquella pérdida se produce por causas inimputables a la misma (como caso fortuito o fuerza mayor). Pero esto no implica que el paciente deba soportar eventualmente el riesgo de dicha pérdida, ya que no se halla obligado a obtener o tener en su poder una copia de la misma. No estoy de acuerdo con el criterio de que en estos casos el derecho del paciente a acceder a la historia clínica, ante la inimputabilidad de hecho de la clínica implica una carga para el paciente (la de tener consigo una copia su propio historial) cuyo incumplimiento produciría una traslación de riesgos, sino que la clínica deberá responder también en virtud del deber de seguridad que hace extensivo a los actos relativos a la confección guarda y custodia de la historia clínica, por lo tanto creo que el riesgo no debe ser compartido por la clínica y el paciente si promedia un caso fortuito que genera la pérdida de la historia clínica, ya que en tal caso el paciente se vería perjudicado en mayor medida a causa de la pérdida de los datos allí volcados.).

Contexto de emisión del documento: caracterización y clasificación.

En cuanto al contexto en el que fue labrada puede tratarse de un documento público o privado.[52] Esto depende del medio en que se desenvuelva el médico o institución que la emite o extiende.

Documento público: Se considera un instrumento público si es emitida en un centro hospitalario del estado, tanto a nivel federal, provincial como municipal, pasa por lo tanto a integrar el sector público, produciendo consecuencias con carácter de acto administrativo jurisdiccional, que tendrá caracteres propios como por ejemplo:

Las personas de las que emanan estos documentos asumen la calidad de funcionarios o agentes públicos.

Los ámbitos en los que son expedidas son públicos y a ellos les son aplicables las leyes administrativas.

En este contexto todo registro de estos documentos constituyen instrumentos públicos, por ende la historia clínica es una especie de estos instrumentos que posee carácter de acto unilateral, del organismo público, y una registración concatenada de los distintos actos administrativos referentes al paciente que acude a la institución pública[53].

De acuerdo a lo dicho hasta aquí en relación a los efectos probatorios de las registraciones realizadas en una historia clínica (ya sea que se trate de documentos emanados de organismos públicos o personas jurídicas o físicas privadas), si dichas registraciones no llegan a presentar alteraciones, importan una presunción favorable al médico en el sentido de inclinarse a favor de las determinaciones de carácter científico que se ha dejado plasmadas en dicho registro, dándoles carácter de verosímiles.

En el supuesto de que el juez o tribunal administrativo admita como válidas las consideraciones vertidas en la historia clínica, (no ya en el caso en que considere que existen omisiones que la descalifican como elemento probatorio a favor del médico y la institución pública interviniente), el hecho de que comporte el carácter de instrumento público hace que produzca prueba per se por lo tanto la parte demandante deber para descalificarlo redargüirlo de falsedad.

Esto sin perjuicio de que, si aquel funcionario encargado de la confección de la historia clínica es competente o estuviera confeccionada con enmiendas o tachaduras, se presupondría la falsedad de lo allí inscripto, todo lo cual haría caer la solidez del instrumento como tal por completo[54].

Por el contrario si la historia clínica fuese confeccionada en establecimiento asistencial privado, o en un consultorio particular se considerará que se las calificará como instrumentos cuyo carácter es por ende privado. Esto tiene sus connotaciones propias a saber:

Si se trata de una persona jurídica, o establecimiento asistencial privado, debemos tener en cuenta que estas funcionan con las mismas modalidades que las empresas. Por lo tanto:

En tanto que empresas deben estar registradas en el registro correspondiente.

Existe por lo tanto la carga para estos establecimientos de llevar los registro de los pacientes atendidos.

Las autoridades administrativas o jurisdiccionales tendrán la facultad de ejercer sobre estos establecimientos el control correspondiente (el cual se considera que es de forma y de contenido) en relación por ejemplo al registro del historial del paciente.

En el caso de un médico particular, la situación en relación a estos instrumentos es la misma cayendo en la esfera de los instrumentos privados, que pueden ser auditados o inspeccionados por la autoridad correspondiente.

Aquí también si las historias clínicas son confeccionadas de manera correcta o diligente, constituyen una herramienta a favor del médico conformando una presunción a favor de quienes están sindicados en ella como intervinientes en el seguimiento del estado de salud del paciente. Por el contrario si fuesen adulteradas afloraría la presunción contraria, de ocultamiento de la verdad que indicaría la culpabilidad los en ella mencionados. En estos casos el establecimiento o el médico es el depositario de dichos instrumentos y no el dueño[55].

Sistematización de casos jurisprudenciales

A continuación se realizará una sistematización de casos jurisprudenciales en los cuales ha promediado el cómputo de la historia clínica como elemento probatorio. Adelanto que se evidencia de dicha sistematización (y prácticamente sin excepciones) que todo acto de omisión o falla en las anotaciones de la historia clínica, es contemplado como presunción en contra del facultativo.

27/12/84 Sánchez Pascual Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala E: Una mujer se suicida en el Hospital Álvarez. Sus hijos y su marido demandan a la comuna y se la condena si bien quedo probado que decidió suicidarse ella misma. . En el caso promedió responsabilidad y quedó determinada e identificada la relación de causalidad entre el hecho y el daño infringido a terceros afectados (o sea, los hijos de la suicida). Existió según este fallo responsabilidad extracontractual por culpa en la esfera contractual, dado que al verse afectados los familiares (terceros ajenos a la relación médico paciente), hubo una prolongación del deber de seguridad hacia el ámbito extracontractual. Existía en el caso para el hospital el deber de tomar medidas especialísimas de seguridad que no fueron tomadas alegando que esta omisión se debió a razones de urgencia. Sin embargo debió derivarse a la enferma inmediatamente a otro establecimiento donde pudieran brindársele la contención adecuada y no mantener la actitud posterior de excusarse de esto[56].

La demandada alegó que se estaba a ante un supuesto de caso fortuito.

En relación a la historia clínica que operó como elemento probatorio en este caso, figuraba en dicha documentación la patología de la enferma y además el diagnóstico de psicopatología, que no indicaba ninguna recomendación sobre la terapéutica a aplicar.

La paciente ingresó al hospital el 22 de diciembre de 1981 a través del servicio de guardia. Dejando constancia de diagnóstico como sigue: "probable intoxicación con Tegretol". El día 23 de diciembre se dejó constancia por medio de anotaciones del cuadro de la paciente: "Cuadro depresivo y descerebración". Fallece el día 25/12/81 y en la institución se describe el motivo de la internación, la enfermedad actual, el examen físico: se expresó que se realizó lavado gástrico y que el familiar que acompañaba a la paciente trajo consigo la medicación de base de la misma. De las constancias de la historia clínica surge también el diagnóstico de psicopatología: "paciente lúcida ubicada en tiempo y espacio, reticente al interrogatorio, ansiosa y angustiada. Se la encuentra levemente deprimida. No se destacan alteraciones groseras de la sensorpercepción.

Estas constancias adquirieron en juicio relieve como prueba eficaz por el origen y la inmediatez con los hechos. Por lo tanto las conclusiones de los médicos forenses pudieron considerarse suficientes como elementos de convicción para tener por acreditada la visión de los hechos expuestos en la demanda en el sentido de que los médicos del hospital conocieron o debieron conocer los trastornos depresivos de la víctima. Según el dictamen del médico forense "un razonamiento médico coherente tiene que indicar que la ingesta masiva de psicofármacos en la paciente de referencia corresponde a una tentativa de suicidio. Esto de acuerdo a 1)_ lo que surge de la historia clínica, 2)_ los antecedentes que refirió la familia de la internada 3)_ la medicación de base que tenía indicada 4)_ el informe de psicopatología y las constancias de epicrisis. Además la existencia de psicofármacos e intoxicación con Tegretol obstan a que se acepte ese desconocimiento. Y en su defecto si esto no fue advertido pone de manifiesto un alto grado de impericia, falta de idoneidad o negligencia o no coordinación, colaboración y dirección.

También se tuvo en consideración un informe de otro médico del hospital Nacional Braulio Moyano, que al observar las constancias de la historia clínica señaló que aún admitiendo que todavía no se contaba con elementos para poder dar un diagnostico definitivo, los médicos debieron proteger la salud y la vida de la paciente con los medios adecuados. Finalmente se estuvo también al dictamen del Médico forense en el cual se advirtió que un paciente con las características de la analizada, debió ser aislado en habitación individual, de seguridad, con rejas en ventanas paredes acolchadas y sin elementos cortantes y a mantenerse con las puertas cerradas. Asimismo debió mantenerse bajo un fuerte control de enfermería y médico. O ser

contenida mecánicamente léase utilizando chaleco o muñequeras) o bien farmacológicamente. Y lo ideal ante estos casos es la internación en establecimientos psiquiátricos.

Según el dictamen del asesor de menores interviniente en el caso existió 1)_ una atención deficiente que en general suele darse en los hospitales. 2)_ una falta de cuidados a la paciente 3)_ una falta de diligencia del personal médico al dejar las ventanas abiertas que no tenían protección ni reglas.

El testimonio de una enfermera cuyos dichos eran contradictorios también funcionó como desfavorable a los demandados por evidenciar un interés personal dado por la necesidad de mantener su fuente de trabajo. Por lo tanto se consideró tanto en primera como en segunda instancia (por el voto del doctor Calatayud que no se adoptaron las medidas de seguridad adecuadas al caso.

El jefe de esa área del hospital declaró que en la historia clínica se indicaba que la paciente atravesaba por una intoxicación medicamentosa ante la cual debía ser tratada pero que el personal médico no había indicado como. Ante esto y por su jerarquía el Dr. Cohen trató de eximirse de responsabilidades aduciendo que por su función no estaba en contacto directo con los pacientes internados. Todo lo cual no fue admitido en modo alguno como excusa eximitoria por el tribunal interviniente[57].

11/9/85 Olauskas de Argamasilla, Ana c/MCBA. Cámara Nacional Civil Sala B[58]. Hechos: muerte asfíctica de un niño en los instantes de su nacimiento, con lesiones a la madre y esterilización efectuada sin su consentimiento. Establecimientos asistenciales: el médico actuó según las reglas de su ciencia y en tal sentido no es un dependiente de la clínica. No obstante la dependencia existe en los aspectos administrativos. Y a este respecto el aval de la clínica representa un margen de tranquilidad dado por la mayor cobertura que la amplitud de su deber hace presumir frente a la responsabilidad circunscripta a una persona determinada.

Según la sentencia se trataba de una paciente de alto riesgo y en su historia clínica obraban constancias de una cesárea exterior y un cuadro de hipertensión. En el 85% de estos casos las mujeres son sometidas a una nueva cesárea por que lo contrario implica una mayor exigencia de trabajos de parto que deriva (como derivó en este caso) en la provocación del estallido del útero. La esterilización se practicó sin consentimiento del paciente y no era indispensable ya que existen métodos más modernos que hacen innecesario llegar a la esterilización de la paciente, a la que en el caso de haberle realizado cesárea se le hubieran evitado los daños causados. Según la cámara existió culpa de acuerdo al art. 512 CC ya que debieron promediar cuidados razonables e indispensables que no se acreditaron.

24/5/90 Calcaterra Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D: Un niño murió luego de realizársele transfusiones de sangre en el establecimiento asistencial luego de haber sufrido quemaduras de aceite. En su tratamiento participaron varios médicos. Pero ninguno de ellos controló las transfusiones ni asentó mayores datos en su historia clínica. Pudo establecerse que la historia clínica se hallaba plagada de deficiencias y omisiones. En el caso intervinieron más o menos directamente profesionales del hospital Pedro Elizalde. Por lo tanto se consideró que existía conexión física suficiente con el enfermo para tener por probado el nexo causal en su faceta más primitiva y por ende, la adecuación del factor de atribución. Se condenó a los médicos intervinientes por responsabilidad colectiva sustentada en el riesgo, ya que no pudieron hallar la forma de eximirse probando su no participación en el grupo ni que no fueron verdaderos causantes del hecho.

En relación al jefe del área de dicho hospital, que alegó que durante la operación no se encontraba presente en dicho establecimiento para revisar al paciente se consideró que el proceder de la autoridad alcanzaría también el período nocturno y aún el día si esta ejecutando otras tareas. Se determinó que el jefe del área médica comprometida debió revisar al paciente y no lo hizo: si hubiera sido así se debería además haberlo hecho constar en la historia clínica, la cual estuvo además plagada de deficiencias y omisiones (surge del voto del Dr. Bueres)

Caso de historia clínica incompleta[59] El actor fue intervenido quirúrgicamente de una hernia inguinal (hernioplastia), a las veinticuatro horas de la intervención comenzó a sufrir dolores e inflamación del testículo derecho y 48 horas después se retiró del establecimiento con dolor e inflamación. Sesenta días después el dolor persistió y el testículo fue reduciéndose y la realización de estudios posteriores determinó que el enfermo experimentó la atrofia de ese órgano.

Se determinó que en principio incumbe al paciente la prueba de la culpa médica, sin bastar la mera infracción estructural para que quede acreditada la culpa, a menos que la ley establezca lo contrario, caso en el cual se desplazará la carga de la prueba hacia al demandado a efectos de que este pruebe su no culpa o caso fortuito.

Teniendo en cuenta el peritaje y el resto del plexo probatorio se determinó entonces la culpabilidad del médico ya que : 1) el paciente padeció artrofia testicular derecha. 2) dicha artrofia se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica (lo que dejó acreditada la existencia de causalidad física) entre el hecho y el daño) 3) la artrofia testicular no entraba en el riesgo quirúrgico, de donde si ello se produce existe una falla del cirujano. 4) la técnica quirúrgica no fue desarrollada con eficacia. 5) los exámenes de laboratorio fueron incompletos 6) la medicación suministrada no fue apropiada 7) la historia clínica estaba incompleta.

25/10/90 Favilla, Humberto/Pinneyro, José y otro: Una niña es operada de un tumor en el maxilar en un hospital público. Para este tipo de patologías según la opinión generalizada en el ambiente académico científico, existen dos tipos de intervención quirúrgica a realizar.

A_ una cirugía de tipo conservadora, o abordaje intraoral.

B_ si el tumor se extendía demasiado: la extirpación del hueso donde se encontraba el mismo.

Se realizó la operación a la niña bajo el procedimiento quirúrgico B, y fue llevada a cabo por un profesional que no era el designado para esta tarea, que se avino a realizar la intervención ante las demoras del primero en presentarse a prestar el servicio. Además se había pautado que se realizaría la operación señalada en el apartado A, o sea una cirugía tradicional que no hubiera importado para este caso serias mutilaciones o resultados dañosos.

Cabe aclarar que la segunda alternativa debía llevarse a cabo si hubiera existido extrema urgencia o hubiera peligrado la vida de la menor, cosa que aunque para el ámbito medico académico es discutible en teoría, se determinó que en el caso no quedó demostrada tal urgencia.

Se condenó al profesional y en relación al tema estudiado se determino que de la historia clínica no resulta que se hicieran estudios para llegar a diagnósticos certeros en relación a la necesidad de la medida adoptada, lo cual habla de la negligencia que ha promediado por parte del médico. Tampoco resulta de la historia clínica que hubiera habido un crecimiento rápido de la displasia o compresión de los órganos.

Nota de historia clínica sin fecha no fue confirmada por estudios que justifiquen efectuar sin demora una maxilectomía.

La primer alternativa terapéutica no hubiera impedido que se efectúe el segundo tipo de intervención quirúrgica de ser necesario posteriormente, la cual exponía a la paciente a riesgos colaterales mayores sin evidenciarse la urgente necesidad de realizarla. Esta operación implicó para la paciente una mutilación y no había estado de necesidad.

30/4/91 Martínez Carlos D. Suprema Corte de Bs. As.: En cámara se condenó al médico en base a lo que surgía de la historia clínica. A pesar de no reunir esta las características formales de una pericia (según el art. 255 Código Procesal Penal. De lo que se desprende que el juzgador le adjudico a la historia clínica efectos periciales.

Según los argumentos de la defensa no pudo invocarse dicho instrumento como prueba, en el sentido de que adquiriera la historia clínica la misma fuerza de la que con la que cuenta un dictamen pericial. Según estos argumentos debía casarse la sentencia ya que no probándose la autoría mediante presunciones no es aplicable en el caso el art. 259 del Código Procesal Penal permitiendo inadecuadamente que las lesiones se acreditaran por vía presuncional (a través de la historia clínica).

En este caso (que fue sobre daños y perjuicios y no sobre responsabilidad médica, sin embargo se trata tangencialmente el tema de las historias clínicas y su valor probatorio para adjudicar responsabilidad): la

actora había sido golpeada por un automóvil, cayó y quedó tendida en el piso durante un lapso y del hecho se extrajo la presunción de que el golpe le produjo un daño en el cuerpo. Posteriormente el director del Hospital Municipal Leónidas Lucero: informó que dos médicos de dicha institución atendieron poco después de producido el hecho a una mujer que presentaba las lesiones de las características de la denunciante, de lo cual infirió que esta habría sufrido un daño en su cuerpo.

Según el fallo (etso surge del voto del Dr. Ghione) las historias clínicas no son informes periciales, no por su forma ni por su contenido (este puede en todo caso acreditarse testimonialmente). A cerca del valor probatorio de la historia clínica asimilada a una prueba pericial se rechaza esta consideración[60].

12/5/92: Sica c/Entel Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D surge de la historia clínica que de haber existido diagnóstico precoz de la enfermedad no se hubiera producido neurosis posterior.[61]

23/02/93 B.E.B. c/Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina): según este caso la historia clínica es un elemento relevante cuando se trata de determinar la existencia de responsabilidad del médico, máxime si es tenida como "muy importante" por el perito médico destacando que su ausencia dificulta la labor pericial, por lo tanto, el hecho de omitir la demandada el acompañar dicho instrumento a pesar de requerirse esto reiteradas veces, la responsabilizan por los padecimientos sufridos por la accionante, al centrar sus agravios en la alzada en cuestiones insuficientes para rebatir el fundamento del fallo apelado que la condena[62].

24/3/94 Cámara en lo Civil y Comercial de San Nicolás. Romang Ciuza c/ Graziosi la historia clínica no es el simple relato, la decisión de una enfermedad aislada, comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar al enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio, debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada. Comprobadas las irregularidades -omisiones e inveracidades- no puede ser utilizada para dar por cierta la estante información que contiene.[63]

29/9/94: G. De J., A. y otro c/ R.A- Cámara Nacional de Apelaciones sala J[64]. y otro: la historia clínica debe imperiosamente contener una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se vayan practicando y, en el supuesto de que se arribara a una por acción quirúrgica, una descripción plena de todos los síntomas que aconsejaran practicarla"

En el mismo caso y respecto de las presunciones en contra que genere la confección deficiente de la historia clínica: "las omisiones en las anotaciones asentadas en una historia clínica deben ser valoradas en juicio como antecedentes contrarios a la posición del médico actuante en el acto quirúrgico, ello considerando que la exacta y veraz aportación de los datos demostraría acabadamente la existencia de cuadro que obligara a la realización e la intervención. Los profesionales de la medicina poseen el derecho de ampararse en una historia clínica veraz y completa. Asimismo deben soportar las consecuencias adversas que pueden extraerse en caso de resultar la misma deficiente, por cuanto las omisiones detectadas pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado. Acabadamente.

24/11/95 Cantero Zaracho c/OSPIT, Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Capital Federal[65] La falta de ciertos datos en la historia clínica no demuestra que el médico incurrió en mala práctica.

14/2/95 FHR y otros c/Instituto médico de obstetricia S.R.L. y otros, Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Capital Federal -"Si bien el llenado defectuoso de una Historia Clínica no constituyen forma autónoma un supuesto de responsabilidad, los defectos u omisiones en su confección - ante la falta e toda prueba por parte del médico autorizan a extraer presunciones en su contra"[66]

28/12/95 Dimuro c/MCBA , Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Capital Federal La ausencia y omisiones de la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica.[67]

30/4/96 ER c/Obra Social[68]: Se determinó que existía responsabilidad del sanatorio dados los defectos en la historia clínica. Dichos defectos obraban contra el instituto asistencial en el cual dicha historia fue

confeccionada. Adoptar un criterio contrario hubiera colocado a la víctima en estado de indefensión, y dejado librada su suerte a discrecionalidad del demandado.

9/5/96[69]: "En virtud de la aplicación del artículo 1198 CC se condenó al profesional dado que se consideró a la historia clínica como un elemento útil para juzgar la conducta del médico. En la medida en que su confección está encomendada a los mismos autores de los actos luego juzgados. Y sus contenidos retrospectivos poseen con ellos mayor inmediatez que otros medios de prueba retrospectivos. La historia clínica debe interpretarse de conformidad con el detalle, la integridad y la continuidad secuencial de sus asientos. Las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, claros, enmiendas o defectos originan presunciones hominis desfavorables al médico a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la cual debe ser apreciada con criterio riguroso.

18/6/96 Coppola Irma F. c/Hospital Italiano, Cámara Nacional Federal Civil sala D[70]: .Allí se estableció que es una diligencia suficiente la participación de un oficial público en el secuestro de una historia clínica en la sede del demandado y en su presencia, además de ser suficiente garantía de que dicho medio probatorio no será alterado ni modificado ya que se trata de una medida cautelar probatoria (esto para el tema de hábeas data copiarlo.)

6/11/96 Navarro, José M. c/Obra Social del Personal de la Industria Textil Ospit y otro: Cámara Nacional Comercial Sala E[71] si no se imputa la aplicación de una técnica quirúrgica inapropiada ni una atención postoperatoria deficiente, los defectos en la confección de la historia clínica y la falta de auditoría médica por parte de la obra social carecen de relación causal con el daño (caso de impericia en el cierre del abdomen en tanto derivó una cicatriz antiestética por lo que no compromete la responsabilidad de la obra social referida). Resulta reprochable que una historia clínica no sea llevada con todos los requisitos de fondo y forma que requiere su importante finalidad, y es legítimo en ciertos casos formar una presunción en contra del facultativo, o el establecimiento asistencial que no respeta estos requisitos. No obstante no cualquier deficiencia basta para acreditar responsabilidad por mala praxis. Par hacer funcionar la responsabilidad contractual o extracontractual es imprescindible la concurrencia de todos los presupuestos, y una historia clínica defectuosa no los contiene por el solo hecho de serlo). En el caso no puede demandarse a la autoridad de contralor.

11/11/97 S. De C., M.A. c/Obra social del Poder Judicial de la Nación y otros: [72]En el proceso por mala praxis medica, el secuestro sorpresivo de la historia clínica documentación complementaria y eventuales anexos, constituye una medida preliminar de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva. Ello así, pues con dicho secuestro se asegura un elemento probatorio de primer orden, debilitando toda posibilidad de modificación o mutilación de la misma.

30/6/98 S, A.J. y otro c/Estado Nacional y otro Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala I:[73] Las deficiencias de la historia clínica -su omisión desaparición o pérdida de elementos- cuya custodia incumbe al nosocomio demandado, no puede redundar en detrimento del paciente debido ala situación de inferioridad n que éste se encuentra al efecto de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbe al centro hospitalario. El profesional médico responde por las omisiones de la historia clínica, puesto que en caso contrario resultaría de su conveniencia no asentar en ella determinados actos.

10/5/99 R. A. c/Porcella Hugo y otros Corte Suprema de Justicia de la Nación[74]: La confección incompleta de una historia clínica constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional. De otro modo, el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias. En el caso, la mayoría del tribunal considera inadmisble el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal. (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Vázquez).

La historia clínica es un valioso elemento en los juicios en que se debate la responsabilidad del médico o del nosocomio, y sus imprecisiones u omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, dada la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora que a aquellos incumbe. El valor probatorio de la historia clínica en los juicios en los que se debate la responsabilidad médica se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos realizados de acuerdo con

estándares, a la vez que coopera para establecer la relación de causalidad que debe existir entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente (del voto anteriormente citado).

La historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se deja constancia de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista jurídico, en cambio, es a documentación del deber de información que pesa sobre el galeno (del voto anteriormente citado).

El incumplimiento del deber de informar y de colaborar en el proceso, incurrido por el cirujano y el anestesista que confeccionaron una historia clínica que contiene severas irregularidades, permite trasladar la carga de la prueba hacia ellos, correspondiéndoles acreditar de manera fehaciente que no media culpa apta para generar responsabilidad de su parte (del voto anteriormente citado).

15/08/00 Bertoia, Juan A. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nación[75]: Corresponde suspender el plazo para contestar demanda si la accionada se vio privada de acceder a documentación aportada por la actora en la cual sustentara sus afirmaciones -en el caso, historia clínica adjunta a un expediente reservado- y cumplimentar con ello el deber impuesto por el art. 356 del Cód. Procesal.

26/09/2000 CNCiv. Sala G: F.M. c/Colón[76]: La incompleta confección de historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar pruebas en contrario para exculpar su responsabilidad.

Puede hacer promediar la responsabilidad de la clínica asistencial en virtud del deber de seguridad.

En la sentencia de primera instancia se condenó a la Clínica Colón S. A. Asistencial a indemnización por daños y perjuicios.

La actora presentaba un cuadro reiterado de endometriosis y concurrió a la clínica el 11/9/95 a la cual fue derivada por su médico de cabecera para realizarse una laparoscopia diagnóstica.

Previo a dicho acto se le aplicó anestesia general de tipo inhalatorio con ventilación traqueal y asistencia mecánica. La operación duró aproximadamente veinte minutos pero la paciente permaneció en el quirófano por una hora.

Fue derivada a la sala general con un cuadro confusional y estado de excitación. Seguidamente fue trasladada a terapia intensiva para un mejor seguimiento.

Se le efectuó una resonancia magnética que reveló una encefalopatía hipóxica como diagnóstico. Ante la falta de evolución se aconsejó traslado a otro centro asistencial de mayor complejidad.

Esto derivó en serias secuelas que reveló la pericia anesthesiológica: no obstante no hallar elementos que den cuenta de lo acontecido en el lapso inmediato posterior a la intervención, (por ausencia del parte quirúrgico) se concluyó que la encefalografía guardaba relación con la falta de oxígeno que pudo afectar al paciente.

La demandada alegó que se juzgó en base a una causa exógena a la intervención o acto anestésico (y que la causa de la falta de oxígeno se debió al ayuno prolongado de la paciente no prescrito por los médicos actuantes en la intervención y el estado irascible que presentaba los días anteriores a la misma).

En cámara se rechazó estableciendo que para la determinación de la responsabilidad del médico la carga de la prueba incumbe a la actora. No obstante se determinaría la causa de la afección y si existió culpa o si le cabe responsabilidad al agente en su intervención.

Para determinar si existió causa se realizó una ponderación de lo que suele suceder, o lo que ocurre comúnmente de acuerdo al curso ordinario de la vida. Y en segundo lugar si era previsible para el sujeto. Y la

circunstancia del ayuno no quiebra el nexo causal (además de no ser alegada en la demanda, tampoco hubiera sido suficiente si esta consideración hubiera sido tenida en cuenta a posteriori en el proceso).

En el caso no se advierte en la historia clínica la ficha de anamnesis de rigor, por lo tanto no se hace constar en las actuaciones el ayuno mencionado.

El médico interviniente se enteró por el padre de la circunstancia del ayuno e igual realizó la intervención. Luego declaró que la falta de alimentos puede provocar la hipoglucemia, que puede a su vez incidir en la evolución del paciente.

De la historia clínica no surge el interrogatorio a la paciente sobre esa circunstancia, por la que deberían haber postergado el acto quirúrgico.

En cuanto a la culpa, si la paciente ingresó a la clínica con una patología ginecológica sin problemas de tipo neurológico detectados, no es razonable que luego presentara un cuadro severo de ese origen, con secuelas de carácter definitivo. Ya que la paciente ingresó neurológicamente sana.

"Es bien conocida la trascendencia que reviste la historia clínica como prueba primordial de los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. Aquella consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, anteriores, personales, familiares y actuales relativos al enfermo que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad. Debe ser completo, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa. Si los datos que ella contiene están plagados de deficiencias, errores u omisiones, este hecho es imputable al médico, y suficiente para generar una presunción en su contra."

De la historia clínica analizada y la pericia anestesiológica se desprende que no se consignaron estudios prequirúrgicos, exámenes de muestreo y complementarios exigidos por la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología.

El protocolo anestésico agregado luego como prueba, a pesar de su minuciosidad tampoco consignaba los estudios prequirúrgicos. Surgen omisiones de anotaciones de despertares tardíos, en que la paciente luego de cuatro horas de la operación despierta presentando excitación psicomotriz que indicaba depresión de la conciencia y puede eso asociarse a las complicaciones post quirúrgicas, que no fueron debidamente detectados y controlados.

Los informes paramédicos no satisfacen las cargas impuestas al facultativo.

De autos también surge que la espera para adjudicar una habitación no implica una excusa para eximir de control al facultativo, al cual se le atribuye una falta al no haber verificado factores trascendentes para el correcto seguimiento de la evolución de la paciente que de haber sido realizados hubieran demostrado la necesidad de administrar oxígeno, de forma suplementaria, práctica que no consta como efectuada en la historia clínica.

Aun cuando no se pueda demostrar la culpa las constancias de la historia clínica marcan que ha existido negligencia por haberse omitido cuidados periódicos exigibles según la naturaleza de la cirugía realizada.

Quedando acreditada la negligencia médica y el nexo de causalidad entre ésta y el resultado la responsabilidad de la clínica surge evidente.

Los rubros reparados se circunscribieron a daño estético, moral, incapacidad, psicológicos, gastos, pérdida de la chance.

04/09/2001: P., S.R. y otros c/Clinica Bazterrica S.A. y otros Corte Suprema de Justicia de la Nación[77]: Configura sentencia arbitraria que torna procedente el recurso extraordinario la que rechazó una demanda de daños y perjuicios por mala praxis médica al no tener por probada la falsedad ideológica de la historia clínica pese a su confección en un solo acto escritural, pues dicho documento debe redactarse con las indicaciones

horarias pertinentes, de modo que sus asientos permitan seguir la evolución del paciente y sirvan como documento hábil para probar los extremos invocados por las partes (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).

Afecta la garantía de la defensa en juicio la imposición al actor de la carga exclusiva de acreditar el carácter incompleto e irregular de la historia clínica -en el caso, sostuvo su falsedad ideológica por estar confeccionada en un solo acto escritural, sin las interrupciones que señalan las indicaciones horarias-, pues la naturaleza de las cuestiones traídas en el proceso por mala praxis médica requieren una diferente interpretación acerca de quién tiene la carga de la prueba.

La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño.

Cabe apartarse del principio por el cual las cuestiones de hecho, prueba y derecho común son ajenas al ámbito del recurso extraordinario federal, si la sentencia impugnada no tuvo por acreditados los extremos que había invocado el actor -confección irregular de la historia clínica-, pese a las inequívocas presunciones emanadas de las constancias probatorias -en el caso, redacción en un solo acto escritural, sin indicaciones horarias que permitieran seguir la evolución del paciente-

La Vacunación de los niños.

Vicente Borrax.

Como elemento de prueba

La historia clínica y los distintos medios probatorios. Antes que nada debemos referir que este documento no es en sí mismo un medio probatorio sino que es una fuente y un objeto de prueba que integrado con otros confluyen y coadyuvan a su plena producción.[78]

Como hemos visto en el punto anterior, la jurisprudencia en relación a este punto ha sabido otorgar a la historia clínica en ciertos casos un trascendente valor probatorio y en otros un valor menos relevante.[79]

Aclarado esto, y comparando la naturaleza de la historia clínica en su carácter documental con los medios probatorios, partiendo de la base de que por sí sola no es susceptible de producir una prueba contundente sino es complementada con otras probanzas, entiendo que no obstante no ser un medio de prueba en sí mismo, por tratarse de un documento complejo, participa de los caracteres de la prueba documental, y simultáneamente de los de la prueba informativa[80], producto esto de la necesidad de su archivo en establecimientos sanitarios, además de contribuir a poner claridad en los análisis periciales de los cuales es complementaria. No obstante lo antedicho cabe aclarar que carecerá del valor de una confesión o un testimonio y no tendrá en per sé el valor de un peritaje[81]. También debo aclarar para evitar confusiones que en lo relativo a los modos de acceso a una historia clínica real referimos al pedido de secuestro de esta nos estamos circunscribiendo a otro problema que es el de los tipos de medidas que está en poder del juez tomar para impedir la desaparición u ocultamiento de la prueba al momento de su producción, lo cual ha sido perfectamente categorizado por la doctrina dentro del ámbito de las medidas anticipadas o diligencias preliminares procesales. Hablamos aquí de un modo de protección del elemento que integrará la prueba y no de la naturaleza del elemento estudiado[82].

A la incógnita de si la historia clínica puede tenerse en cuenta como prueba de la relación médico paciente, la respuesta que surge de todo lo estudiado es que si bien la historia clínica no participa de los caracteres del contrato o relación jurídica asistencial, y en ella muchas veces no figura el expreso consentimiento del paciente relativo a todos los actos médicos efectuados durante dicha relación, el labrado de este documento, al ser coetáneo con la primer consulta realizada por el paciente al acudir al servicio del médico, hacer que dicha primer consulta refleje al menos la fecha del inicio de dicha relación y las condiciones actuales (o sea al momento de acudir al tratamiento) en que el paciente se encontraba, por lo tanto estimo que no puede equipararse la historia clínica a la categoría de los actos jurídicos negociales pero esto no impide que nos sirva como referencia para conocer el punto de inicio o génesis de la relación médico paciente (aunque mas no sea como dato cronológico).

Como prueba del consentimiento informado con su respectiva extensión: Con respecto a esta cuestión, debo decir que tampoco puede considerarse a la historia clínica como una prueba del pleno consentimiento (o sea del consentimiento amplio para todos los actos referidos a la actividad terapéutica a lo largo de la relación médico paciente, ya que como dijimos la historia clínica no es un contrato sino un documento unilateral[83]. Aquellas firmas que el paciente suscribe en la historia clínica no representan el consentimiento que perfecciona el contrato el cual es tácito e informal (salvo que las partes realicen otro procedimiento a los fines de plasmar sus derechos y obligaciones en un documento escrito). Estas firmas se requieren a los fines de autorizar actos médicos puntuales como por ejemplo otorgar la conformidad para concretar una operación. Por esto debemos diferenciar el consentimiento de la conformidad (el cual es más específico y tiende a habilitar un acto médico determinado). Ahora bien, podemos hallar una historia clínica plagada a lo largo de sus secuencias de actos den los cuales el paciente haya prestado su conformidad a requerimiento del facultativo., en este caso podremos inferir que ha promediado también la voluntad de otorgar el consentimiento y esto nos permitirá conocer que los límites de la extensión de ese consentimiento se circunscribieron exclusivamente a esos actos para los cuales se presto conformidad, y actos accesorios a los mismos, pero no a otros de distinta naturaleza y con otras finalidades, los cuales de ser efectuados sin haber concurrido la voluntad del paciente mediante una nueva conformidad puntual y específica, se considerará que el médico ha realizado actividades para las cuales no estaba habilitado, y estará en el probar que dicha realización, redundaba en beneficio del paciente y que hubiere sido peligroso para su salud revelárselo, promediando además la prueba de que sus familiares o representantes legales habían sido notificados de esto y lo consintieron.

Como prueba de la relación causal: como hemos visto en el análisis de casos jurisprudenciales, afirmativamente la historia clínica funciona como elemento de prueba de la relación causal y su desarrollo, toda vez que sus inscripciones permiten la reconstrucción de dicha relación causal en forma retrospectiva, tanto al juez como al perito o sus auxiliares[84]. Puedo decir, que esta afirmación se corrobora siempre que en dicha historia clínica sean registrados los actos componentes de la cadena causal en tanto que actos positivos.

La discusión se plantea en torno a si las omisiones (parciales) en una historia clínica o la falta de este documento (acto omisivo total aduciendo por ejemplo su pérdida o destrucción) configuran una prueba de la relación causal, y la respuesta es mayoritariamente negativa, a pesar de ser la historia clínica una fuente de prueba ante estas falencias u omisiones estamos frente a indicios que tendrán un valor probatorio presuncional. Notemos que en el fallo aquí citado a pesar de otorgar a la historia clínica una alta entidad en materia probatoria queda aclarado que las falencias u omisiones que se desprenden de ella tendrán tan solo este carácter (indicial).

Me permito discurrir acerca de esto y disentir en un punto donde encuentro una excepción al caso de las omisiones con carácter únicamente presuncional. Se me ocurre el supuesto en que la omisión en sí misma (además de considerarse como acto disvalioso para el orden jurídico desde el punto de vista de la falta de diligencia imputada al médico), integra la cadena causal produciendo como resultado un hecho dañoso que debe ser resarcido. Osea que la misma omisión (la gramatical) forme parte de la acción (en sentido pasivo o negativo) que determina la casualidad, acción que contribuye a dirigir la cadena causal al resultado disvalioso, por ejemplo que la no constancia de un dato en la historia clínica prive a otro facultativo en caso de una interconsulta de la posibilidad de conocer temas de interes para el tratamiento de la dolencia ante el llevada.

Naturalmente que por una cuestión de simplificación para la unidad de criterios ante estos problemas se ha optado por el primer criterio acerca de las omisiones teniéndolas en cuenta como presunciones contrarias al actuar negligente del médico prefiriendo no trasladar esta idea al ámbito de la causa como presupuesto distinto del factor de atribución subjetivo. Entiendo que esto se debe a la dificultad de establecer cuando una omisión puede hacer parte de la acción en sentido negativo y quedar comprendida dentro de la cadena causal. Esto es comprensible máxime si nos tratamos de figurar cual es el primer interrogante que se nos plantearía ante este problema, muchos dirían ¿cómo es posible que algo que no está presente forme parte de la causa? Y que de haber estado presente desde un punto de vista gramatical, ¿hubiera evitado el resultado dañoso?.

Me refiero a este punto con este grado de insistencia dado que creo que no es lo mismo a los efectos eventuales de la estimación del quantum de una indemnización, basarnos en la idea de presunciones de culpa que en omisiones como hechos de la realidad de cuya manifestación se desprende de manera inequívoca que el que ha sido sindicado culpable o a quien le haya sido atribuido el hecho es quien se afirma que es verdaderamente. Pensemos si no es que al juez esta idea de que se ha basado para establecer la verdad en una mera presunción no lo condiciona previamente al momento de fijar la indemnización ante la conciencia de que se ha apoyado en elementos iniciales ante la imposibilidad de establecer categóricamente la verdad de los hechos para fijar montos mas reducidos, como bien se ha explicado ya en uno de los fallos traídos a esta investigación.[85].

Queda claro que no me refiero a la mera ausencia gramatical sino a un caso manifiesto de identidad entre dicha ausencia y la omisión de hecho.

Supongo que la mera ausencia gramatical no puede tener entidad entonces para formar parte de la relación causal en principio, pero que si simultáneamente asimilamos dicha ausencia gramatical a una omisión y de forma manifiesta encontramos que ha formado parte de la causa dañosa, ¿por qué no considerar entonces dicha omisión en la historia clínica como prueba de la causa del daño?. Creo que en este caso estaríamos también satisfaciendo criterios de justicia mas que objetivando las presunciones acerca de la existencia de causa.

Puede advertirse entonces que podríamos situarnos en dos posiciones distintas según sostengamos o no lo anterior, considerar la omisión gramatical y el hecho de la omisión como dos actos distintos o bien, como un acto único con dos características una de índole gramatical y otra de índole fáctico con sus respectivas incidencias. Y aún así tal vez a los efectos prácticos esta distinción no tendría ningún sentido.

Como prueba de la culpabilidad del médico por omisión de sus deberes: aquí no tenemos dudas de que tanto los errores de las constancias de la historia clínica como las misiones en la misma sindicarán al médico como responsable, las primeras como prueba positiva de la acción, las segundas como presunciones en contra del médico, considerando que la ausencia de anotaciones hacen tener al facultativo por no diligente en relación a los recaudos mínimos que debe tomar durante la atención médica, (que además refleja que la calidad de atención ha sido incorrecta). Como hemos visto en el desarrollo y sistematización de jurisprudencia, toda omisión en las anotaciones clínicas conducen al mismo resultado y consecuencias jurídicas negativas para el galeno, ya que las presunciones en su contra, tienen el fundamento de llevar al juez al convencimiento de que en una etapa posterior a la de finalización del contrato con el paciente (o sea en la etapa judicial el médico no ha tenido una actitud colaborativa para contribuir con la justicia al descubrimiento de la verdad de los hechos).

Galeno.

Conclusiones.

Hemos llegado a la conclusión, de que la historia clínica refleja la evolución del paciente a lo largo del tiempo y además refleja circunstancias sobre el comportamiento de ambas partes a lo largo de las etapas de esa relación por eso es un importante elemento probatorio.

La hipótesis que tomé para trabajar podría subdividirse a su vez en varias subhipótesis, lo cual tal vez explica por qué me he extendido en algunas consideraciones sobre lo que estimé era necesario para llegar a una comprensión mas acabada de este tema y poder agotarlo en toda su extensión. Sin embargo quedan muchos interrogantes por contestar a medida que vamos avanzando en el desarrollo del trabajo de investigación.

Acerca de si comporta el carácter de elemento probatorio concluyo que la hipótesis se confirma en alto grado ciñéndonos ante todo a las apreciaciones que se desprenden de nuestra jurisprudencia. Aclarando como he dicho en el punto anterior que no significa que la historia clínica sea un medio de prueba categórico y que debe estar complementado con otros elementos , como la pericia, testigos etc. A lo cual agregó y reitero que participa de los caracteres de la prueba documental e informativa.

Se confirma aunque creo que parcialmente la pregunta acerca de si funciona como prueba de la relación médico paciente, aunque mas no sea entonces a modo de huella o indicio, plasmado en dicho documento de la fecha en que la relación dio comienzo, por el hecho de que el documento se labra de manera contemporánea al inicio de la relación.

También se confirma parcialmente la hipótesis en el sentido de que la historia clínica funciona indirectamente como prueba del consentimiento informado. Podría inferirse que para cada acto medical, haya prestado o no conformidad el paciente, en principio ha promediado su consentimiento para dicha realización. También deberá estarse en relación a esto a los pormenores que plantee cada caso concreto.

Ahora bien, pude confirmar que la historia clínica permite la reconstrucción de la cadena causal siempre que se registren en ella todos los actos médicos de forma positiva, (no omisiva), y se torna de difícil solución la cuestión acerca de si las omisiones en la historia clínica pueden comportar pruebas que indiquen que esto ha incidido en la relación causal. Solo podemos tenerla en cuenta a las omisiones, como presunciones de culpa en contra del facultativo, y no presunciones de causa, hasta el momento. Pero ya he dejado expresada mi posición al respecto, ya que una presunción, eventualmente puede probarse, comprobarse y devenir en prueba, aunque se trate de actos de omisión de los cuales sabemos que la producción de prueba de los mismos es mucho más engorrosa.

En todo caso se confirma el punto de mi hipótesis que refiere a que la historia clínica es elemento probatorio del actuar culpable del médico, tanto en casos en los cuales las anotaciones pongan de manifiesto errores como en caso de omisiones que serán tenidas por presunciones en contra del facultativo.

Con respecto a la historia clínica, y sus formalidades si bien no es un tema discutido consideré necesario exponer varias consideraciones ya que considero que no es prudente dejar este aspecto medico - documental, sin regulación, dado que las formalidades en el caso quedaran al arbitrio del medico, y la estimación de su conducta eventual a la libre apreciación o discrecionalidad del juzgador de acuerdo a la sana crítica, tanto con respecto a hechos positivos en relación a ella como a hechos omisivos que formaran la prueba presuncional.

Enfermos durante una epidemia

Cuadro gótico.

Bibliografía:

- Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos 2ª Edición, Editorial Hammurabi.
- Pizarro, Daniel: Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa - Editorial Universidad.
- Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe
- Llanvías, Jorge Joaquín Tratado de derecho civil - Editorial De Palma - Buenos Aires, Capítulo sobre responsabilidades profesionales.
- Lorenzetti, R., Responsabilidad Civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, TII páginas 266-271
- Guersi, Carlos - Responsabilidad por prestación médico asistencial- Hammurabi, Buenos Aires, 1992, Capítulo IV
- Rodríguez Jordán, Marcelo - Mala Práxis Médica - Editorial Universidad Argentina - Buenos Aires, 1998, Capítulo II.

* Abogada egresada de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Colabora en la cátedra “Medios de Comunicación Masiva, Opinión Pública y Democracia” (curso del departamento de Derecho Público, a cargo del Doctor: Jorge O. Bercholz) y con la cátedra “Independencia de la CSJN” (Departamento de derecho público, a cargo del Dr. J. O. Bercholz), ambas correspondientes a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA

Colabora además con la cátedra de “Teoría del Estado” (Saiegh - Bercholz, comisión a cargo del profesor Dr. J. O. Bercholz)

Publicaciones: "Historia clínica como prueba del consentimiento informado", ponencia presentada en el VII Congreso internacional de Derecho de Daños, y publicada en la página web de la Asociación de abogados de Bs. As. (<http://www.aaba.org.ar>)

[1] Me permito hacer una disquisición de tipo filosófica en lo que respecta al tema del tiempo, y me tomo esta licencia dado que este tema, en la medida en que está relacionado íntimamente con la vida y su valor (valor trascendental), y por supuesto con la salud y por ende la dignidad humana, tomará una coloración diversa en la medida en que la concepción filosófica, principalmente ontológica, de cada sujeto va determinando las

motivaciones de sus actos a lo largo de su existencia, cuyas consecuencias afectarán a su prójimo. Entre los sujetos como profesionales también por supuesto se encuentran los médicos (con su concepción propia acerca de lo que el tiempo significa). Aclaro entonces que cuando hablo de la calificación del tiempo por el ser humano según los casos, no significa que no considere al tiempo como una unidad, que trasciende al individuo cuya vida temporal es materialmente finita. Y advierto la relevancia que adquiere la prueba de la responsabilidad para la delimitación de la intervención del galeno en el acto médico. Será necesario representarnos exclusivamente una secuencia del tiempo circumscripita únicamente a esa relación y poder visualizar sus efectos: pensemos por ejemplo en supuestos en los cuales intervenga más de un profesional de la salud: En estos casos también es de suma utilidad la historia clínica, allí queda plasmada la secuencia pasado, presente, futuro de manera particular, y junto con las demás probanzas refleja los cuidados que el médico ha prestado, y si se quiere, se desprenderá de la misma cómo se ha predispuesto el profesional, y la categoría que le ha adjudicado él mismo, a su propia responsabilidad, en relación a la finitud de la que he hablado, cuya prolongación también está en sus manos.

[2] Para la medicina primitiva, entre los asirios, babilonios y egipcios, y aún en el caso de las comunidades indígenas de América Latina, se evidencian una serie de características comunes: Las enfermedades son castigos enviados por una deidad, casi siempre por la violación de un tabú o de alguna ley religiosa, o bien son causadas por brujos o hechiceros, pero en todo caso se trata de fenómenos sobrenaturales; tanto el diagnóstico como el tratamiento de las enfermedades requieren medios y ritos igualmente mágicos o religiosos; los personajes encargados del manejo de los pacientes son sacerdotes, brujos o chamanes, que con frecuencia funcionan como las tres cosas, a veces simultáneamente.

En ausencia de medidas terapéuticas que realmente las modifiquen, muchas enfermedades revelan una historia clínica característica, cada una con un principio más o menos definido, diversas manifestaciones clínicas sugestivas o hasta diagnósticas, evolución variable pero frecuentemente predecible, y un final propio, que varía desde curación habitual hasta muerte inevitable. Al conjunto de fenómenos propios y a la evolución espontánea de cada enfermedad se les conoce como su historia natural. Su relación con la eficiencia de la medicina primitiva es que, por su historia natural, muchas enfermedades tienden a curarse espontáneamente, con frecuencia a pesar de lo que se intente para acelerar su evolución favorable requiere con frecuencia que el paciente esté informado de los objetivos de las medidas terapéuticas a las que se somete, pero también puede observarse en sujetos inocentes de lo que les ocurre. Con frecuencia el enfermo azteca no tenía conciencia de haber violado alguna ley o mandamiento religioso, o no sabía bien cuál era la deidad que había ofendido con su comportamiento, y entonces la consulta con el médico o ticitl incluía no sólo el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad, sino también la identificación del dios enojado. Esto era muy importante, porque los ritos sacrificios y exorcismos eran diferentes para los distintos dioses. (Enciclopedia Salvat de Historia de la Medicina)

[3] Llanvías, Jorge Joaquín Tratado de derecho civil - Editorial De Palma - Buenos Aires, Capítulo sobre responsabilidades profesionales.

[4] Sobre teorías paternalistas y autonomistas ver: Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos 2ª Edición, Editorial Hammurabi. Capítulo sobre la relación de causalidad.

[5] Y al decir antiguamente me refiero igualmente a la etapa del advenimiento de la medicina científica y no a la etapa primitiva, donde a pesar del carácter mágico religioso de la relación médico paciente existía algún grado de comunicación o estrechez del vínculo entre el mago, hechicero o sacerdote y la comunidad.

[6] Esta es una consecuencia lógica de la entidad que tienen socialmente las ciencias naturales, positivas, que entienden el conocimiento de la realidad como un objeto de estudio, un objeto a aprehender, lo cual trae aparejada una despersonalización en la relación, lo cual implica que deba reformularse esto desde la formación académica del médico, formación que debe permitirle tener en cuenta que no se halla frente a un objeto de estudio que puede cosificarse: su rol social es aún más trascendente que el de contribuir a hacer efectivos y aplicables los avances de la ciencia, sino a mejorar constantemente la calidad de vida de los sujetos que a él acuden.

[7] Llanvías, Jorge Joaquín Tratado de derecho civil - Editorial De Palma - Buenos Aires, Capítulo sobre responsabilidades profesionales.

[8] Enrique de la Vega, La historia clínica: Abc del acto médico. No consultado, citado por, Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[9] Teniendo en cuenta esta observación podemos enumerar algunas de las utilidades que de manera integral para la comunidad científica tendrá la historia clínica. La historia clínica tiene como finalidad primordial recoger datos del estado de salud del paciente con el objeto de facilitar la asistencia sanitaria. El motivo que conduce al médico a iniciar la elaboración de la historia clínica y a continuarla a lo largo del tiempo, es el requerimiento de una prestación de servicios sanitarios por parte del paciente.

Puede considerarse que la historia clínica es el instrumento básico del buen ejercicio sanitario, porque sin ella es imposible que el médico pueda tener con el paso del tiempo una visión completa y global del paciente para prestar asistencia.

No obstante, aunque el objetivo primordial de dicho documento es el asistencial, no pueden ni deben obviarse otros aspectos extra asistenciales de la historia clínica:

a.- Docencia e investigación: a partir de las historias clínicas pueden realizarse estudios e investigaciones sobre determinadas patologías, publicaciones científicas, llegándose incluso a tener en cuenta el derecho sobre la propiedad intelectual de aquel facultativo que la haya redactado.

b.- Evaluación de la calidad asistencial: la historia clínica es considerada por las normas deontológicas y por las normas legales como un derecho del paciente derivado del derecho a una asistencia médica de calidad. Puesto que se trata de un fiel reflejo de la relación médico-paciente así como un registro de la actuación médico-sanitaria prestada al paciente, su estudio y valoración permite establecer el nivel de calidad asistencial prestada.

c.- Administrativa: la historia clínica es elemento fundamental para el control y gestión de los servicios médicos de las instituciones sanitarias.

d.- Médico-legal: Elemento de prueba en los casos de responsabilidad médica profesional: tiene un extraordinario valor jurídico en los casos de responsabilidad médica profesional, al convertirse por orden judicial en la prueba material principal de todos los procesos de responsabilidad profesional médica, constituyendo un documento medicolegal fundamental. En tales circunstancias la historia clínica, es el elemento que permite la evaluación de la calidad asistencial tanto para la valoración de la conducta del médico como para verificar si cumplió con el deber de informar, de realizar la historia clínica de forma adecuada y eficaz para su finalidad asistencial, puesto que el incumplimiento de tales deberes también constituyen causa de responsabilidad profesional.

· Testimonio documental de ratificación y/o veracidad de las declaraciones sobre actos clínicos. No obstante su valor testimonial la incluimos en la categoría de pruebas documentales, ya que la referencia al testimonio no puede más que referirse al valor de tal precedente. La prueba testimonial en nuestro Código Procesal está circunscripta como su nombre lo indica a la prueba de testigos.

· Instrumento de dictamen pericial: elemento clave en la elaboración de informes medicolegales sobre responsabilidad médica profesional. El objeto de estudio de todo informe pericial sobre responsabilidad médica profesional es la historia clínica, a través de la cual se valoran los siguientes aspectos: enumeración de todos los documentos que la integran, reconstrucción de la historia clínica, análisis individualizado de los actos médicos realizados en el paciente, personas que intervinieron durante el proceso asistencial, etc.

[10] Así sucede en el estado de California, Estados Unidos, donde para solicitar frente a ciertos organismos una copia de la historia clínica, se debe abonar un arancel previamente.

[11] Vázquez Ferreyra, Roberto Juris

[12] Decir en conjunto, implica decir el médico proponiendo los tratamientos y alternativas posibles y buscando siempre la aquiescencia del paciente.

[13] Pizarro, Daniel Ramón. Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa. Capítulo sobre historia de la responsabilidad.

[14] Sobre esto me permito otra observación, aquí se pone de manifiesto que la doctrina reconoce que entre ambos tipos de responsabilidad sí radica una diferencia de esencias (en términos aristotélicos la diferencia estaría dada en la causa (causa eficiente) de ambas obligaciones, sucede que la causa eficiente, ya sea contractual o extracontractual, actúa atraída por un fin, (causa fin). Estimo entonces que la doctrina a través de esta idea de unificación ontológica atiende a un principio de justicia (en el cual reside dicha finalidad) con la intención de dirigir las consecuencias de ambas causas originarias concentrándose en la eventual reparación del daño (más allá de cualquier tipo de obligación (cuya fuente sea contractual o bien extracontractual)). Esto porque si mantuviésemos la diferencia subsistente, podríamos llegar a consecuencias disvaliosas que podrían derivar en la no reparación de un daño ante la imposibilidad de probar la culpa, incurriendo en un injusto. Por lo que la doctrina ha elegido superar la disquisición, a través de esta unificación ontológica (si hablamos de ontología del fenómeno hablamos en definitiva de que tiene un ser propio y que responde a una esencia), en pos de satisfacer ese principio de reparación de todo daño que acaezca. Se centra así el fenómeno en el elemento daño y opera la idea de reparación por sobre todas las cosas (tanto bajo los presupuestos de la responsabilidad contractual como extracontractual que son idénticos a tales efectos).

Digo esto porque si hablásemos de que promedia una construcción jurídica deliberada estaríamos negando que hay diferencias de esencia afirmando que la diferencia es meramente de regímenes, cuando la diferencia dada por la realidad existe y fue percibida por la ciencia jurídica que así la ha clasificado.

La diferencia está en las características de la causa fuente, dada por la realidad de los hechos, los cuales el hombre de derecho vino a clasificar para asignarle efectos que le son propios (siempre atendiendo a un sentido razonable de justicia).

Si entiendo, que es posible que esta diferencia de regímenes se suprima en el campo de la responsabilidad médica, o se abstraiga a través de la utilización por ejemplo de presunciones, para satisfacer principios de seguridad o equidad ante la desigualdad existente entre las partes intervinientes de la relación.

Sí hablamos de una mera construcción jurídica y su consiguiente utilidad práctica (suscribiéndonos a una posición nominalista o positivista), corremos el riesgo de hacer a un lado, ese sentido de justicia que debe ser el horizonte del jurista, en función de ese pragmatismo. En este caso estimo que hablar de reconocer las esencias (como realidades integradas a las cosas y suprimir las diferencias de esencia para atender a un sentido de justicia desde una visión aristotélica) es bastante apropiado (teniendo en cuenta que nuestro tema de estudio tiene tanto que ver con la realidad, la naturaleza y la vida). Me permito extenderme entonces ya que creo firmemente que la posición filosófica que adopta un jurista refleja de manera palmaria el tipo de orden jurídico al que aspira y en sus argumentaciones todo jurista deberá entonces mostrar el mayor grado posible de coherencia sin suscribirse anticipadamente a una posición u otra, sin antes haber indagado en sus propias convicciones y aspiraciones acerca de lo que es justo y lo que no lo es.

[15] Definición que da el Diccionario de ciencias médicas Salvat. No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[16] Carta de derechos y deberes de los pacientes, del Plan de humanización de hospitales del Insalud (España) No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[17] Sentencia número 8 del 18 de marzo de 1991 juzgado Civil número 23 de Montevideo, citado por Dora Zafir y Beatriz Benturini en Responsabilidad médica en el Mercosur, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997 p 245 No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[18] Ghersi, Carlos. Responsabilidad por prestación médica asistencial. No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[19] Adorno, Luis O. Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos. JA- 1990- II- 76. No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[20] Albanese, Susana - Zuppi, Alberto: Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial. LL 89 - 754 No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[21] Yungano López Bolado, no especifica cita, citado por Ghersi Carlos, en Responsabilidad médica, Editorial Astrea.

[22] No especifica cita, citado por Ghersi Carlos, en Responsabilidad médica, Editorial Astrea.

[23] No especifica cita, citado por Ghersi Carlos, en Responsabilidad médica, Editorial Astrea

[24] · Criado del Río M^a T; Seoane Prado J. Aspectos medicolegales de la historia clínica, Madrid, 1999. - Aulló Chaves M; Pelayo Pardos S. Responsabilidad legal profesional: la historia clínica. Madrid, 1997.

[25] Debemos discriminar a los efectos de considerar los aspectos formales de la historia clínica entre el continente (soporte en el cual se labra) de la misma y el contenido.

[26] En este ámbito tenemos una norma directriz específica que habla sobre los documentos para casos de personas disminuidas psíquicamente, la ley 22914 de 1983 art. 7, para personas afectadas por enfermedades mentales, alcohólicos crónicos y toxicómanos, pero que nunca se ha respetado a pie juntillas.

[27] La Recomendación 5a, de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que desarrolló la Convención Europea sobre el Tratamiento Automatizado de Datos Personales, indica que el médico puede limitar el derecho de acceso del paciente a su propia historia clínica si el conocimiento de la información es probable que cause un daño a la salud del afectado o si la información sobre el afectado revela también información sobre terceros.

[28] Algunas premisas para ser tenidas en cuenta en relación a la posibilidad de informatización es que se debe mantener intacto el soporte papel sin ser desechado, todo lo cual indica que el soporte informático en principio es un complemento del soporte papel. A los fines de la agilización de las tareas administrativas se debe buscar la informatización de la historia clínica tratando de abarcar todos sus aspectos. Además: el sistema empleado debe aportar algún valor añadido a todos los actores que lo implementen, lo contrario generaría resistencia del personal a aplicarlo. No debe suponer grandes cambios conceptuales en los modos habituales de trabajo. Debe simplificar las tareas administrativas. Los datos se consignarán una sola vez y serán introducidos por quien los genere, utilizando un software que permita su identificación posterior.

Sugerencias de quienes ya han implementado este sistema se refieren especialmente a que debe dotarse a la historia clínica informática de una estructura mínima tomándose como modelo a las historias clínicas manuales.

[29] Esto se haya íntimamente ligado al tema del caso de las interconsultas.

[30] Vázquez Ferreyra, op. cit.

[31] En Vázquez Ferreyra, Op. Cit.

[32] Carlos Ghersi, op. cit.

[33] Carlos Ghersi, op. cit

[34] JA- 25/9/91

[35] LL 1991 D 469

[36] Juris 87-168

[37] E.D. 152 214

[38] Juris -101

[39] Quienes apoyan que la historia clínica es del paciente se basan en: a) El paciente es la fuente de información, aportando su propia información y su persona; b) Tiene el derecho al acceso y a la copia de la historia; c) Puede reclamarla si desea cambiar de médico o en los casos de demanda por responsabilidad.

Los que opinan que el propietario de la historia es el médico lo hacen en base a lo siguiente: a) El deber de custodiar y conservar las historias clínicas es del médico; b) El esfuerzo realizado al elaborarla (interrogatorio adecuado, juicio diagnóstico, pronóstico y tratamiento) es propiedad intelectual del médico y por ello la historia debe de ser de este (con los límites que le imponen los derechos del paciente); c) En ella se anotan impresiones personales que, muchas veces, no guardan relación directa con el paciente (sospechas, dudas, alusiones a otros casos, etc.); d) El acceso directo a la historia puede producir interpretaciones erróneas por parte del paciente, bien por carecer de conocimientos médicos o bien por considerar determinadas expresiones como ofensivas (alcohólico, histérica, etc.); e) El médico realiza, en gran medida, buena parte de sus trabajos de investigación sobre las historias clínicas.

Por último, cuando la relación médico-paciente se realiza en una institución en la que el médico está contratado, el centro sanitario considera que la historia clínica le pertenece: a) Porque es quien proporciona el espacio físico para el archivo; b) Porque la historia es producto del trabajo profesional de sus empleados; c) Porque la historia es la prueba material que puede utilizar el centro ante una demanda del paciente.

[40] De acuerdo a lo señalado por Vázquez Ferreyra, generalmente en derecho comparado no se reconoce a los pacientes el derecho de propiedad sobre su historia clínica, la cual corresponde al médico o establecimiento asistencial. Aunque sin perjuicio de esto, se reconoce los pacientes el derecho a acceder a su contenido, estimando que el acceso a dicho documento es libre.

[41] Ghersi, Carlos . op. cit.

[42] "El depósito será voluntario o necesario. Será voluntario cuando la elección del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante; y necesario, cuando se haga por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio, u otros semejantes o de los efectos introducidos en las casas destinadas a recibir viajeros."

Es probable que los hospitales públicos se considere la historia clínica como depósito necesario si atendemos a que se recurre a veces a estos lugares a falta de otro establecimiento asistencial en ubicado en una zona o por falta de recursos que permitan acceder a otro tipo de tratamientos, sin embargo un establecimiento privado también puede efectuar el depósito necesario de un historial cuando el paciente es atendido en la clínica llevado por sus familiares ante una situación de urgencia extrema. Todo depende de cómo se ha constituido la obligación original. Aunque si entendemos que la historia clínica es un elemento al que cualquier profesional de la salud se ve obligado a confeccionar, y a su vez es su guardador, en todos los casos se trataría de un depósito necesario.

[43] "Será depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad, y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros."

De acuerdo a la nota a este artículo: el depósito se reputa necesario en el caso de aquellos viajeros que se hospeden en posadas dado que los mismos se encuentran en alguna forma forzados a confiar sus efectos a la fe del posadero, sería en algún modo asimilable la situación en el caso de los hospitales y organismos asistenciales públicos sobre todo cuando se llega a recurrir a sus atención cuando el paciente carece de otros recursos económicos como para valerse de ellos para acudir a establecimientos privados o en el caso de accidentes en los cuales los pacientes son internados de urgencia o en situaciones de extrema necesidad. Si bien en el caso del depositario su responsabilidad se origina en razón de que los viajeros no están en estado de elegir, ya que puede no haber sino una posada en los lugares a que lleguen tal como dice el artículo en su nota, o bien no conocer las zonas o ser llevados a hoteles por un administrador que los conduce. La responsabilidad médica en este caso es más gravosa que la del posadero por supuesto ya que además de crearse en el momento de la llegada de paciente la historia clínica que genera un depósito en el hospital o entidad pública, está en juego la obligación de medios que ha nacido en ese instante con todos los deberes y derechos que lleva insita. En el caso del depósito necesario (contrato originado entre un viajante y un posadero) estarían en juego a lo sumo los deberes de custodia sobre los efectos del primero por el segundo, y eventualmente acarrearía responsabilidades sobre la vida del viajero en casos muy particulares. El deber de seguridad que lleva intrínseco el cumplimiento de las obligaciones del médico se extiende a los deberes de diligencia en la confección de la historia clínica ya que toda omisión en las anotaciones de la misma puede ser determinante para la vida del paciente, a diferencia de los efectos depositados en virtud de la figura jurídica de estos artículos del Código Civil.

[44] "Una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato o después de celebrado no quita al depósito el carácter de gratuito". Pensemos en el elemento involucrado aquí que es la historia clínica y no ya en las demás derivaciones que puede generar la relación médico paciente en un hospital público que pueden tener algún viso de onerosidad vgr. pago de aranceles o bonos de consulta a un precio mínimo etc. En el supuesto planteado en el que se asimile la historia clínica dentro de un contrato de depósito necesario obviamente no generará esto para el paciente una obligación de dar ya lo explica bien el tercer párrafo de la nota del art.2182, que no hace a la esencia del depósito que deba tenerse por gratuito. Sin embargo podríamos decir que con respecto a la historia clínica hay aquí un principio de que la confección se realiza a cargo de la clínica o del médico que aporta los materiales necesarios para su creación y propicia el lugar físico adecuado para su custodia y conservación, mientras que para el paciente no genera ningún desembolso (salvo en caso de necesitar una copia). Pero ya hemos visto que hay una tendencia a cobrar un precio por los duplicados que se extiendan al paciente y sus correspondientes certificaciones.

[45] 2182 "El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa."

Sin embargo a partir de la lectura del primer párrafo de la nota del artículo advertimos que Vélez hace una diferenciación entre el contrato de depósito propiamente dicho (cuya finalidad principal consiste en la entrega de una cosa a una persona para su guarda, y el contrato en el cual el depósito se realiza con una finalidad accesorio, caso en el cual nos hallaríamos frente a un contrato de mandato). La naturaleza de la historia clínica en relación a algún tipo contractual de los nominados en el Código Civil se hace entonces discutible al tratar de establecer a cual de las dos categorías de contrato pertenecería, toda vez que si bien no hay una declaración expresa de que el médico a partir del nacimiento de la relación jurídica médico paciente debe confeccionar la historia clínica, hay un conocimiento por las partes de que el historial del paciente será realizado. Esto no obsta como expresa la nota del Código Civil siguiendo a Aubry Rau, que si el paciente decidiera disponer de la historia clínica en algún momento para diversas finalidades (informarse acerca del diagnóstico y posibilidades terapéutica, alternativas quirúrgicas obtener una copia certificada, etc.) no pueda solicitarla al médico que la detenta.

Atendiendo al segundo párrafo de la nota del mismo artículo podemos calificar a la historia clínica como a una cosa mueble susceptible de ser objeto de depósito, cosa que cabe inferir de la lectura de la nota, que

expresa que dicho artículo seguirá el criterio establecido en la 2ª ley de Partida según la cual es objeto principal del acto es la guarda de una cosa, sin ser necesariamente de la esencia de un depósito que la cosa depositada sea mueble.

Pero estimo que se hace complicado, tan complicado como tratar de identificar la naturaleza del contrato entre medico y paciente, tratar de vincular la naturaleza de la historia clínica con alguno de los contratos típicos y nominados del Código Civil.

[46] Ghersi, Carlos. Op. Cit.

[47] Al situarse a la responsabilidad médica como una responsabilidad de tipo contractual, en principio se estuvo al plazo de conservación de las historias clínicas acorde con el plazo de prescripción de las obligaciones de esta naturaleza, cual es de diez años, y que es tomado como un plazo mínimo de guarda de las historias clínicas. En el año 1986 el Ministerio de Salud de la Nación, estableció ante un requerimiento judicial, la resolución 648/86, que fijó un plazo de conservación de quince años en establecimientos asistenciales privados que fueran autorizados por autoridad sanitaria nacional, permitiendo el archivo de las mismas por otros soportes magnéticos o magnetofónicos, siempre que quedase garantizada la inalterabilidad de sus datos. La resolución fue dictada con motivo de un oficio judicial librado en un incidente correspondiente a la subasta de la Clínica Marini S.A., que había sido declarada en quiebra y se dictó para evitar la pérdida de estas historias clínicas que allí se encontraban. Esta resolución reza: Buenos Aires 11 de septiembre de 1986: Considerando: que por las citadas actuaciones tramita el oficio librado en los autos "Clínica Marini SA s/ quiebra s/ incidente de subasta de bien inmueble" del trámite del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial 22 a cargo del doctor Rómulo E. Di Iorio, Secretaría Número 44 del Dr. Roca, en el que solicitara informe sobre las disposiciones vigentes acerca del destino a darse a las historias clínicas y demás documentación anexa se encuentra en el referido establecimiento.

Fue a raíz del citado requerimiento la dirección de asuntos jurídicos propició mediante dictamen número 2285/86 el dictado de una norma complementaria de la resolución secretarial número 2385/80, por la que se determina durante el lapso que deberán conservarse las historias clínicas de los distintos establecimientos asistenciales privados, habilitados en cumplimiento de la citada resolución.

Que asimismo corresponde disponer el destino a darse a la citada documentación en los casos en que, como el presente, cesa la actividad de un establecimiento asistencial

Que se actúa en virtud de las facultades conferidas por el art. 2 del dec 6216/ 67, que aprueba la reglamentación de la ley 17.132.

Por ello: el Secretario de Salud,

Resuelve:

Artículo 1º - Fijase un plazo de 15 años, para la conservación de las historias clínicas en los distintos establecimientos asistenciales privados autorizados por la autoridad sanitaria nacional.

Artículo 2º - En los casos que cese la actividad de un consultorio o establecimiento asistencial privado, las historias clínicas correspondientes a pacientes con cobertura social, deberán ser remitidas a los respectivos entes de obra social y las de los demás pacientes a esta secretaría, facultándose a la subsecretaría de Regulación y Control a determinar en cada caso el destino y lugar de guarda de las historias clínicas

Artículo 3º - Facúltase al Subsecretario de Regulación y Control para autorizar el archivo de las historias clínicas por sistema de computación, microfilms o similares, siempre que los mismos garanticen la inalterabilidad de sus datos.

Artículo 4º - Regístrese, comuníquese, publíquese, déjese a la dirección Nacional de Registro Oficial, cumplido, archívese."

Sobre el plazo de conservación de las historias clínicas apunta Vázquez Ferreyra, que si bien esta norma no tiene alcance provincial o local en caso de no existir regulación específica, bien podría acudirse a esta norma aplicándola analógicamente, o bien considerar el plazo mínimo de conservación de la historia clínica que siempre deberá ser conservada por diez años, ya que estamos aplicándole el plazo de prescripción para las acciones de responsabilidad contractual. (Vázquez Ferreyra, Roberto "La importancia de la historia clínica en los Juicios por mala praxis medica", capítulo II del libro Op. Cit. paginas 58, 59, Editorial Juris, Rosario.

[48] LL 1996 C 473

[49] Esto surge de las conclusiones de la Comisión número 1 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1983 en Mar del Plata y la Comisión número 1 del Primer congreso Internacional de derecho de Daños celebrado en Buenos Aires en 1986 en homenaje al profesor doctior Jorge Mosset Iturraspe.

[50] Ghersi, Carlos. Op. Cit. (Capítulo IV)

[51] Ghersi, Carlos. Op. Cit. (Capítulo IV)

[52] Según como se instrumente la historia clínica va a ser mas o menos útil para la defensa del médico, debe hacer constar todo para que no se le impute luego una omisión de hacer constar los detalles de la evolución del paciente en la historia clínica. Siempre servirá para la defensa del paciente, hasta cuando el médico no inscribe detalles importantes en ella, lo que se tiene presente como una presunción en contra del galeno. Según que el facultativo este en una clínica o establecimiento asistencial o no, puede que el documento emitido asuma un carácter más formulario que si se desempeñara en un consultorio privado o en forma independiente, pudiendo inscribir anotaciones manuscritas y con mayor informalidad (lo que puede agravarle la responsabilidad ya que tiene mas liberalidad para anotar lo que sea y dejar de anotar lo que sea.), esta es una apreciación que dejo hecha pero que deberíamos verificar en otro trabajo.

[53] De esto puede inferirse que las instituciones hospitalarias, al caer dentro del régimen de derecho administrativo, se ciñen también a los principios jurídicos básicos que rigen esta materia, entre ellos el principio de que el control de los actos administrativos se realiza jerárquicamente, por lo tanto la supervisión de la historia clínica debe ejercerse atendiendo a este principio, lo que incluye a los actos del medico interviniente en la malla de contención que comporta el ordenamiento jurídico de acuerdo a las normas del derecho publico, dando una mayor seguridad jurídica al paciente y permitiendo trasladar ante cualquier eventualidad la responsabilidad del médico a las autoridades del establecimiento sanitario, a la comuna, al estado provincial, o nacional.

[54] En este caso debemos tener en cuenta que las circunstancias relativas al paciente hacen gravitar estas obligaciones de la confección de la historia clínica (sin enmiendas ni tachaduras, por un funcionario competente) sobre la propia administración pública, sobre la cual recae el deber de inventariar todo aquello que se halle bajo la esfera de sus competencias. En tanto que dichos documentos se hallen en su poder, se deberá: numerar las fojas de la s historias clínicas y salvar las tachas o enmiendas, denunciando la falta de elementos, controlando los movimientos y traslados de la historia clínica, salidas internas o externas (que pueden producirse en casos de interconsultas o por pedido expreso del paciente para poder ejercer su derecho a informarse), y también de realizar denuncias correspondientes ante la no restitución (total o parcial) en tiempo y forma de la historia clínica.

[55] No obstante esto lo veremos más detalladamente en el apartado sobre el quid de la propiedad de la historia clínica.

[56] En este caso estamos frente a un tipo especial de historias clínicas que habría que estudiar con más detenimiento, que es la historia clínica psiquiátrica.

[57] L.L. -86- A - 445

[58] L.L. - 86 - A - 415

[59] LL90-E-414

[60] Ver punto sobre historia clínica como prueba pericial y documental.

[61] Punto sobre el contenido de la historia clínica, fallo op. cit.

[62] ED 155-44

[63] LLBA 1995-350

[64] LL 1995 - D - 550

[65] LL 96-b-735 cusa número 38.612-S

[66] Ghersi Carlos op. cit.

[67] Ídem.

[68] LL 1997 E 1005 causa 39770 S

[69] 39.771 S LL 1997 E 1006

[70] LL 1997-F-37

[71] LL 1997 B 802

[72] LL 1998 B 106

[73] DJ 1998 3 537

[74] JA 1999 IV 581

[75] LL 2001 A 319

[76] LL 2001 A 118

[77] Revista LL 3/02/2001 pág. 5.

[78] A favor de esta posición se encuentran entre otros Marcelo Rodríguez Jordán (Op.Cit.), quien expresa que la historia clínica es una fuente y objeto de prueba, no un medio probatorio en sí mismo (los medios de prueba y sus modalidades se encuentran taxativamente catalogados en los Códigos Civil y Procesal y Procesal Penal, respectivamente. Es en definitiva un elemento de investigación al que apuntarán dichos medios. Además de ser un documento complejo que refleja información sobre determinado paciente. Así la corroboración probatoria de dicha información se concretará a través, por ejemplo de un peritaje médico. Para este autor, se está ante una fuente (un principio que dará origen a un análisis) de la que se nutrirán aquellas diligencias probatorias.

Apoyando esta posición se encuentran algunos casos resueltos por nuestros tribunales Penales, así en la Cámara del Crimen de la Capital Federal 25/06/44 se cito en el caso Fernández, una historia clínica como documento con un contenido, una firma, un autor determinado y un destino probatorio, (aunque como bien destaca Rodríguez Jordán en este caso no se alude a la naturaleza jurídica de la historia clínica sino a sus caracteres.

En una posición opuesta a la enunciada por Rodríguez Jordán se hallan Ghersi y Vázquez Ferreyra, que interpretan que la historia clínica es una prueba en sí misma.

El primero sustenta sus argumentos definiendo como prueba a la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas, siguiendo a Lino Palacio en su Manual de Derecho Procesal Civil, página 390, o bien como al conjunto de diligencias que apuntan a dilucidar el hecho constitutivo del objeto del proceso (siguiendo en este caso a D'Albora, Franciso en lo que respecta a el campo Procesal Penal.

[79] Ver también CSJN "Ballante, María Nilda s/pensión!. Del 11 de febrero de 1988, B. 443 XXI), CNCrim., Sala VII, causa N° 18122, del 26 de octubre de 1992), CNCiv., Sala F, del 18 de Marzo de 1965 ED 11-666), CNCiv. Sala E, 25 de Noviembre de 1980 ED 92-637), CSJN, 29 de marzo 1984 ED 140- 428), CNCiv y Com. Fed. Sala II 23 de Febrero de 1993, ED 155-43), CCC, Sala III, del 20 de marzo de 1989, ED 134-504).

[80] Sobre esto consultar artículo de Enzo Fernando Costa "La historia clínica, su naturaleza y trascendencia en los juicios de mala praxis. ED 168 página 963.

[81] Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 30/04/91 "Las llamadas historias clínicas no son informes periciales ni por su forma ni por su contenido".

[82] Sobre este tema se ha explayado Juan Pedro Colerio en un comentario a el fallo de la CNCiv. Sala B 21/12/1995 Rooney, Juana A c/Instituto Obra Médico Asistencial y/o. (en La Ley 1996 E 287) en el cual justamente la actora solicitaba el secuestro de la historia clínica para impedir su perdida o eventual desaparición ante la posibilidad de demandar a la Clínica y al médico.

De la lectura del fallo que denegó esta posibilidad (encuadrando la naturaleza de la medida dentro de las diligencias preliminares ordenatorias (las necesarias para acreditar la personería o la legitimación de la contraria, la existencia o la determinación de un objeto, el carácter de ocupante o poseedor de una cosa con el fin de constituir el futuro proceso en forma regular (de acuerdo al art. 330 CPCCN)), se desprende que tal vez hubo errores formales que llevaron al juzgador a malencuadrar dicha solicitud, ya que para el autor, el pedido de secuestro de una historia clínica debería ser calificado como una medida preliminar conservatoria: aquella necesaria para preservar una situación de hecho cuya desvirtuación tornaría abstracto el posterior trámite: las mismas deben clasificarse en dos tipos;:1) las que por razones de urgencia por ejemplo la declaración de un testigo de avanzada edad gravemente enfermo), se solicitan para adquirir para el proceso un medio de prueba, que si no se produce en ese momento, no podría realizarse en la etapa procesal oportuna, 2) aquellas cuya producción es necesaria, por cuanto el transcurso del tiempo o el conocimiento de la contraria, podría llegar a alterarlas, desnaturalizando su fin para cuando se produzcan en el tiempo procesal pertinente (por ejemplo el reconocimiento judicial y la prueba pericial), este tipo de medidas son reguladas por el CPCCN bajo el nombre de prueba anticipada.

Aclara el autor que puramente, prueba anticipada es toda aquella que se produce antes del tiempo procesal determinado por la ley. Pero que en el caso planteado se trata de producir prueba antes de la interposición de la demanda, por lo tanto cuando todavía no se conocen los hechos ni cuáles de ellos serán controvertidos por las partes. En este sentido expresa el autor que por no haber llegado a la etapa probatoria del proceso y tramitar estas medidas en in audita parte, debería hablarse de una cautelar de la prueba, mas que de una prueba o una medida cautelar propiamente dicha (ya que no tiende a asegurar el cumplimiento de la sentencia, sino que apunta a mantener en el mismo estado la cosa para cuando se produzca la prueba en la etapa correspondiente. Por eso es que su valor probatorio es indiciario, cuando en cambio podrá practicarse una posterior reproducción en la etapa probatoria, con el debido contralor de la otra parte, adquiriendo carácter de verdadera prueba.

Del fallo en cambio surge que par al tribunal no es necesaria esta medida porque no surge de la pretensión enderezada por la accionante que ni el facultativo ni el hospital vayan a ser demandados. Centra el objeto de la petición en determinar las personas contra las cuales el actor entablará la acción. De ahí que se explaye el fallo tan solo sobre los caracteres de las diligencias preliminares preparatorias, omitiendo toda consideración acerca de las conservatorias.

Entiendo que esta consideración es equivocada toda vez que los agravios de la actora expresan según el fallo que no tuvo otro medio de acceder a su historia clínica, evidenciándose que al serle negada ha sido violado su derecho a la información y su cumplimiento en forma normal, lo que la ha llevado a acudir a los estrados para obtener una respuesta por parte de la clínica. Creo que en casos como este donde además de derechos subjetivos como la salud la dignidad y la vida, reconocidos constitucionalmente, los jueces no solo pueden sino que deben acudir al principio *iura novit curia*, para salvar los errores de forma de los planteos que no obstante dichos errores y atendiendo a su sustrato es de toda justicia satisfacer.

Como bien estima Colerio, el actor afectado por la mala praxis debe demandar al equipo médico que intervino y en su caso al establecimiento en que se desempeñó el primero, y también a la obra social que le brindó asistencia si existiera. Y la importancia de la historia clínica y el pedido de su secuestro como diligencia preliminar, tiene carácter eminentemente conservatorio (lejos del estimado por los jueces) pues apunta a evitar que iniciada la demanda y corrido el traslado, la demandada construya la historia clínica en caso de que hubiere omitido confeccionarla en su oportunidad, o la complete o altere, para colocarse en una situación procesal más favorable (en esto valora el autor la importancia de permitir la existencia del factor sorpresa).

Se aclara también que la enumeración que hace el código de las diligencias preliminares no es taxativa, todo lo cual torna procedente el secuestro de la historia clínica, con la carga para quien la solicita, de explicar, claramente las razones y fundamentos por los que se la solicita, como también el derecho de la contraparte, cuando toma conocimiento de la misma de impugnar su procedencia, o el método o forma en que fue realizada, pues así lo exige la constitución de un debido contradictorio.

[83] Como diferencias con el contrato que refleja la plena y amplia voluntad negocial (amplia pero con la extensión que la voluntad de las partes le confiere de acuerdo al art. 1197 CC): No contiene la firma de ambas partes, No es redactada en tantos originales como partes hay con un interés distinto, pese a corresponder a una obligación bilateral., no se expide un doble ejemplar y la ausencia del mismo no queda suplida por el depósito de la historia clínica en archivos hospitalarios.

Como dijimos la historia clínica es un documento entendido este como escritura, instrumento, u otro escrito autorizado, según los casos, con que se prueba, confirma o corrobora una cosa, o sirve para hacer constar una obligación, o a todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga (definición de Casso y Romero - Cedervera, Diccionario de derecho privado, Editorial Labor, Barcelona, 1961 t. I. Página, 1617 no consultado (citado por Enzo Costa Op. Cit.

[84] "La imputación física entre el hecho y el resultado dañoso puede probarse por todo tipo de medios de convicción, la historia clínica es un documento que hace exclusivamente a la relación médico (o entidad sanitaria) y paciente y las irregularidades que existieron en ella o la falta de documento podría hacer a la eventual responsabilidad de sus facultativos y establecimientos de salud frente a los pacientes, aunque ni siquiera esas deficiencias y omisiones serían decisivas o categóricas per se a tales fines. Pero en modo alguno la falta de historia clínica puede aducirse como elemento fundamental para probar la relación causal referida al perjuicio que el actor experimentó a causa del hecho ilícito cometido por un tercero (el demandado) (CNCiv. Sala D, en fallo del 12 de Noviembre de 1991 ED 147 575)

[85] 30/8/91 Ponce de León c/Estado Nacional: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal [85] "Podría afirmarse, que el hospital sólo debería responder por la pérdida de la prueba (una especie de chance) y no por la pérdida de la vida. Dicha solución debe ser desechada porque, en supuestos semejantes, bastaría a los sanatorios con ocultar la historia clínica, o parte de ella para así disminuir el grado de responsabilidad. En todos los casos, a la postre, los establecimientos asistenciales responderían por la chance de la prueba frustrada y no por la mala praxis que sería una prueba diabólica sin la historia clínica, con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable. Esta sala se ha pronunciado a favor de la víctima cuando median, por parte del establecimiento, falencias de organización o administrativas con aptitud para ocasionar un daño, y desde otro ángulo que con diversidad de matices la responsabilidad de los hospitales clínicos y obras sociales cuenta con aceptación generalizada."

Observamos como la perdida de la posibilidad de acceder a la historia clínica como prueba, la cual en el caso ha quedado frustrada, se extiende como elemento presuncional en contra del establecimiento interviniente, casi hasta el punto de erigirse en la prueba misma de la falta de diligencia que deriva en la mala praxis. Por otro lado al tratarse de un establecimiento público aparentemente habiendo quedado probada la falta administrativa que ha ocasionado daños, ha hecho posible promediar la acción de responsabilidad.

Copyright © elDial.com - editorial albrematica

Fecha de descarga: 08-11-2002