

El derecho de propiedad del expediente clínico.

Property Rights of Clinical record.

Dr. José Roldán Xopa*

* Jefe del Departamento de Derecho,
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Realizaré mi exposición de la siguiente manera: ¿cuál es el sentido de que hablemos de derecho de propiedad sobre algo? en un sentido mucho más duro, significaría que quien sea propietario tiene una diversidad de potestades sobre lo que es propietario. En su extremo, habría una posibilidad de disponer del bien, de disfrutarlo. Cuando trasladamos esto a algo que es tratado como una cosa, parecería que se deriva a una serie de poderes o de facultades sobre el bien.

Esto, en sí mismo, puede ser un problema, pero también puede ser un falso problema. Recogería lo que dijo el maestro De Lorenzo, en el sentido de que podría ser un falso problema, y entonces estaríamos abordando mal la cuestión. Pero, en la medida en que el derecho define o no define la propiedad es, en sí mismo, un problema. Tal y como está en este momento, creo que es un problema.

Primero, porque la Norma en la que se establece el derecho de propiedad no es una norma adecuada para hacer eso; la Norma Oficial Mexicana tiene un fundamento básicamente

técnico y, como tal, no es una norma idónea para definir derechos de propiedad. Los derechos de propiedad tienen que definirse fundamentalmente en ley y, por tanto, una norma de carácter administrativo genera una serie de problemas, no solamente por validez legal y constitucional del instrumento en donde se hace, sino también agregando cuáles son los problemas que va generando.

La Norma Oficial Mexicana, por muy diversas razones puede ser derrotable y, por los efectos también puede ser problemática. Los abogados, al igual que los médicos, tenemos una diversidad de técnicas para abordar los problemas y también podemos tener nuestros propios problemas. Alguien me decía: *"no es lo mismo llevar a cabo el corte de una parte de un órgano con la técnica de un carnicero que con la técnica del cirujano"*; en derecho pasa lo mismo, esto es, podemos abordar los problemas con la técnica de un carnicero o con la técnica de un cirujano. Alguien también me comentaba que hay cirujanos que parecen carniceros, y hay carniceros que parecen cirujanos.

Igual pasa en los abogados, esto es, podemos hacer bien o mal las cosas.

Creo que la técnica de la Norma Oficial Mexicana está hecha con la técnica del carnicero, porque establece un corte demasiado grueso, muy abrupto, en donde hay sacrificados, y el sacrificio esta fundamentalmente por parte del paciente. ¿Puede haber una mejor combinación? Yo creo que sí podría haber una mejor combinación, y aquí habría que pensar, más que en la definición de los derechos de propiedad, en cuál es el efecto que podría generar su definición o indefinición.

Me parece que la mejor técnica sería aquella que, por una parte, garantice los derechos del paciente, y creo que en los derechos del paciente, en relación con el expediente, no necesariamente tienen que ver sólo con la información, sino con lo que busca; esto es, que la información tenga un propósito de poder ayudar a su salud. En la medida en que es un instrumento para lograr un fin, la regulación del expediente tiene que ser la mejor para conseguir ese fin. Si la propiedad es del médico y, por tanto, hay un obstáculo

para que esa información la conozca el paciente, o no hace posible que la conozca otro médico, entonces no estaremos cumpliendo con esa finalidad. Y eso habría que examinarlo.

La mejor combinación también tendría que estar del lado del médico, esto es, debe ser una regulación que dé seguridad y que incentive a que el médico tenga certeza en su situación y, evidentemente, de seguridad para su propia actividad, servicio y pericia. Yo creo que, si la regulación se convierte en un incentivo para ocultar información, como una forma de protección al médico, desprotegiendo al paciente, sería una mala regulación.

Yo creo que, si un médico actúa bajo el estándar de su profesión no debiera generarse este temor. Me parece que sí deberían preocuparse aquellos que utilizan la técnica del carnicero. Así como los médicos hacen cuando tratan un padecimiento, con la carga precisa, en el derecho, el incentivo preciso es la mejor combinación. Evidentemente, esto requiere, por ejemplo, que haya una serie de posiciones en ley, no en normas administrativas; requiere también la previsión de lo que estaría alrededor de la discusión del tema de propiedad; esto es, responsabilidad de servidores públicos, régimen de información, responsabilidades extra contractuales de los médicos y, por tanto, tendría que verse de una manera integral, y no solamente en la parte de propiedad, aunque evidentemente, también es un problema.

El documento pudo ser clonado y, por tanto, yo no he podido entender y no creo, por las preguntas que he hecho, que haya sólo un documento. Establecer un solo documento establecería prerrogativas o privilegios respecto de quién tiene el documento, y eso genera situaciones evidentemente de privilegio, la información es poder y puede ser usado o no usado de distintas formas.

La tecnología nos dice que las cosas pueden ser reproducidas y, por tanto, puede haber diversas versiones del mismo documento, en manos de distintas personas, cada una de las cuales puede usarlo para sus propios fines, que pueden ser lícitos, evidentemente también habría fines ilícitos. Pero entonces tendríamos que regular aquello que de ilícito, indebido e inadecuado tenga que regularse. Sin embargo, en la medida en que hay una finalidad y hay también una relación de accesoriadad; me parece que podríamos establecer una serie de principios que nos vayan ayudando a dosificar la regulación.

Creo que es prevalente, en este caso, la finalidad del expediente dentro del derecho a la salud. Donde lo demás tendría que jugar un papel relevante, pero subordinado, alrededor del expediente médico. Y evidentemente, ahí podríamos ir estableciendo una serie de salvedades; llegando incluso a la posibilidad en donde el paciente no tenga derecho al acceso, en condiciones de excepcionalidad pienso, por ejemplo, en aquellos datos que estén subordi-

nados a la realización de una investigación científica, en donde el propósito central sea la investigación científica y, por tanto, esté resguardada por ciertos secretos, bajo ciertos privilegios o regímenes de secreto industrial, o en aquellos casos excepcionales en donde, por la misma salud del paciente haya algún deber preponderante de ocultar información. Pero es, aún así, bajo el mismo principio de principalidad del derecho a la salud.

Yo creo que, en ciertos casos, tiene que establecerse la propiedad del expediente; porque como todo bien, puede ser susceptible de transmisiones, incluso puede ser susceptible de valoraciones económicas. El expediente médico de alguien que ya haya fallecido, pero que tiene algún valor médico; cuántas cirugías se le ha hecho a una artista que es muy famosa y que pasa a la historia y, en algún momento, a lo mejor, puede ser susceptible de compra y venta, ¿quién es el dueño del expediente? ¿puede ser el mismo expediente sujeto del tráfico comercial o del tráfico mercantil?. Si lógicamente llegamos a esa conclusión, entonces habría que establecer derechos de propiedad, porque alguien puede hablar en ejercicio de sus derechos; creo que los abogados tendríamos que aprender mucho de los cirujanos, de los buenos cirujanos, para ir estableciendo de qué manera señalamos una regulación que tome en cuenta los derechos de propiedad, pero que también, principalmente, tome en cuenta cuáles son las finalidades o los valores perseguidos.