



**UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO CORPORATIVO**

**TESIS**

**VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA  
COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**AUTORES:**

**Bach. SALAZAR GALVEZ, RAQUEL**

**Bach. BARZOLA MANTARI, NOEMI RUTH**

**LIMA – PERÚ**

**2020**

**ASESOR DE TESIS**

---

**Mg. ARTURO WALTER NÚÑEZ ZULUETA**

**JURADO EXAMINADOR**

---

**Dr. FLOR DE MARIA SISNIEGAS LINARES**  
Presidente

---

**Dr. JUAN HUMBERTO QUIROZ ROSAS**  
Secretario

---

**Dr. VICTOR RAUL VIVAR DIAZ**  
Vocal

## **DEDICATORIA**

Esta investigación se la dedico a mis padres,  
ellos son mi fuente de completa inspiración.

## **AGRADECIMIENTO**

De forma muy sincera, dirijo mis agradecimientos a todos los docentes que estuvieron en el camino de mi vida universitaria.

## RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo determinar la valoración jurídica de la historia clínica como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico, el estudio es no experimental, cualitativa y básica orientado en un diseño de teoría fundamentada y narrativa. Se usó como instrumento una entrevista confidencial a la población, que estaba conformada por los profesionales de la salud médicos, los fiscales y a los jueces penales.

La historia clínica es un documento probatorio de la relación médico paciente, aún en el caso que la relación se haya constituido entre el paciente y el establecimiento asistencial, o con la obra social, o la empresa médica, siempre que la misma coincida totalmente con los otros documentos de la prestación asistencial, y su contenido no contenga imprecisiones, omisiones o inexactitudes sin embargo, existe desconocimiento para su redacción sobre la base de los procedimientos y normas técnicas de salud por parte del profesional médico al momento de evaluar al paciente, ya que es un registro de datos médicos sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente.

**Palabras Clave:** Historia Clínica, Elemento de Prueba, Valoración Jurídica. Responsabilidad Penal, Falta de conocimiento.

## **ABSTRACT**

The objective of this research is to determine the legal evaluation of the clinical history as an element of evidence in the criminal liability cases of the doctor, the study is non-experimental, qualitative and basic, oriented in a grounded and narrative theory design. A confidential interview was used as an instrument for the population, which was made up of medical health professionals, prosecutors, and criminal judges.

The medical history is a document proving the doctor-patient relationship, even in the case that the relationship has been established between the patient and the healthcare establishment, or with the social work, or the medical company, provided that it fully coincides with the other documents of the healthcare provision, and its content does not contain inaccuracies, omissions or inaccuracies, however there is ignorance for its drafting based on the procedures and technical health standards by the medical professional when evaluating the patient, since it is a record of medical data on the diagnosis, therapy and evolution of the patient's disease.

Keywords: Clinic history, Test item, Legal Assessment, Criminal Liability, Lack of knowledge.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>CARÁTULA</b> .....	<b>i</b>
<b>ASESOR DE TESIS</b> .....	<b>ii</b>
<b>JURADO EXAMINADOR</b> .....	<b>iii</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>iv</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>v</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>vi</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>vii</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDO</b> .....	<b>viii</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>x</b>
<b>I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>11</b>
1.1. Aproximación temática: observaciones, estudios relacionados, preguntas orientadoras.....	11
1.1.1. Marco Teórico .....	11
1.1.1.1. Antecedentes .....	11
1.1.1.2. Marco Normativo.....	15
1.1.1.3. Bases Teóricas .....	21
1.2. Formulación del problema de investigación.....	61
1.2.1. Problema General.....	61
1.2.2. Problemas Específicos .....	61
1.3. Justificación.....	61
1.4. Relevancia.....	61
1.5. Contribución .....	62
1.6. Objetivos .....	62
1.6.1. Objetivo General.....	62
1.6.2. Objetivos Específicos.....	62
<b>II. MÉTODOS Y MATERIALES</b> .....	<b>63</b>
2.1. Hipótesis de la Investigación .....	63
2.1.1. Supuestos de la Investigación .....	63
2.1.1.1. Supuesto Principal .....	63
2.1.1.2. Supuestos Específicas.....	63



2.1.2. Categorías de la Investigación.....	63
2.1.2.1. Categoría Principal .....	63
2.1.2.2. Categorías Secundarias .....	63
2.2. Tipo de estudio .....	63
2.3. Diseño .....	63
2.4. Escenario de estudio .....	64
2.5. Caracterización de sujetos .....	64
2.6. Plan de análisis o trayectoria metodológica.....	64
2.7. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	65
2.8. Rigor científico.....	65
2.9. Aspectos éticos .....	65
<b>III. RESULTADOS .....</b>	<b>66</b>
<b>IV. DISCUSIÓN.....</b>	<b>67</b>
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>	<b>68</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>71</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>75</b>
Anexo 1: Matriz de consistencia .....	76
Anexo 2: Instrumentos .....	77
Anexo 3: Validación de los instrumentos .....	80

## INTRODUCCIÓN

La investigación va a permitir que los pacientes y usuarios del servicio de salud tengan conocimientos de los derechos que tienen en su tratamiento o cualquier otro procedimiento en bien de salud, el estudio de campo no solo recoge las muestras, si no a la vez sirve como guía sobre los procedimientos a seguir por los médicos en la redacción de la historia clínica y además, las normas legales establecidas para su correcto funcionamiento.

Actualmente, no existe muchos trabajos de investigación para la valoración de la historia clínica en los procesos de responsabilidad penal del médico, entonces al investigar sobre la redacción y el conocimiento por parte de los mencionados profesionales de las ciencias de la salud se le da un mayor alcance científico al desarrollo de sus actividades sobre todo en un sector muy vital y de mucha importancia por cuanto se está hablando de la vida, la integridad y la salud de las personas.

## I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. Aproximación temática: observaciones, estudios relacionados, preguntas orientadoras.

#### 1.1.1. Marco Teórico

##### 1.1.1.1. Antecedentes

###### 1.1.1.1.1. Antecedentes Nacionales

Limaylla, G. (2018), *la mala praxis médica y la obligación del médico de informar a la paciente de su estado de salud, año 2017*. (Tesis de pregrado) Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú. El objetivo del estudio es determinar en qué medida la mala praxis médica se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente sobre su estado de salud. El tipo de investigación fue aplicada, cuantitativa y correlacional. La población estuvo conformada por los abogados y magistrados del Distrito Judicial de Lima que tienen bajo su competencia y conocimiento expedientes sobre mala praxis médica, la muestra estuvo formada por 45 jueces del Distrito Judicial de Lima, y por 45 abogados de Lima. El estudio concluyó indicando que la mala praxis médica se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente de su estado de salud, además quedó demostrado que se vulnera el derecho de información del paciente cuando el médico no informa adecuadamente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles.

Camacho, I. (2017) *Derechos de los pacientes y negligencia médica en el hospital II Essalud – Huancavelica en el periodo 2014-2015*. (Tesis de pregrado) Universidad Nacional de Huancavelica. Huancavelica, Perú. El objetivo de la investigación fue conocer si la afectación a la vigencia de los derechos de los pacientes que han sufrido negligencia médica en el Hospital EsSalud fue sensible por parte de la comunidad. El estudio fue descriptivo, explicativo; se realizó un análisis descriptivo de los casos existentes sobre Negligencia Médica en los Pacientes en el Hospital II Huancavelica – EsSalud en el periodo 2014 – 2015. El tipo de diseño de la investigación se realizó con un corte transversal, porque se

recolectó y se analizó los casos existentes sobre negligencia médica en un tiempo único o determinado. Al terminar el estudio se concluyó que el profesional médico que labora en el Essalud - Huancavelica lo hace conforme a los requisitos y formalidades de ley, así como su personal asistencial médico y paramédico y administrativo la hacen con la formalidad de ley; no están libres de cometer actos de Imperia, dolo y particularmente de negligencia médica.

Candia, K. (2016) *Impunidad de negligencia médica en la mala praxis y sus consecuencias penales por desconocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño, Hospital Regional Essalud – Puno*. (Tesis de Maestría) Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Juliaca, Perú. La investigación del estudio fue determinar el nivel de conocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño frente a la mala praxis médica en el hospital Seguro Social de Salud, EsSalud – Puno. El método de investigación que se aplicó fue de carácter Hipotético – Deductivo. Terminado el estudio se determinó el bajo nivel de conocimiento de los pacientes para reportar o proceder en caso de negligencia médica por mala praxis. Tienen desconocimiento de un procedimiento legal un 37% de pacientes, quienes no actúan por ausencia de información de sus derechos como pacientes y un 22% no le toma importancia, quienes desconocen los procedimientos legales en caso de negligencia médica. Además, se estableció la acción de la institución en un 82%. La institución protege al medio y genera trámites burocráticos en las acciones que los pacientes realizan siendo en un 13% una denuncia penal, en un 24% al realizar una queja administrativa, y un 48% de pacientes indica que no realiza ninguna acción.

Beleván, M. (2014) *Responsabilidad Médica y los Medios de Prueba en los delitos de Homicidio y Lesiones Culposas en el Distrito de Chiclayo*. (Tesis de pregrado) Universidad Señor de Sipán. Pimentel, Perú. Esta investigación se enfocó en el trabajo del médico, causante de negligencia, su naturaleza, tipificación y la actividad probatoria que practica el juez durante la secuela del proceso penal en los delitos de homicidio y lesiones culposas por negligencia médica, destinado a establecer la verdad de los hechos y que sustentan su fallo, ya sea, condenatorio o absolutorio, resaltándose la prueba como actividad fundamental del juez. El Homicidio culposo y las lesiones culposas constituyen, en términos generales, las

dos formas en que un profesional médico puede incurrir culposamente en el ejercicio de su profesión. La primera de las responsabilidades penales se encuentra regulada por el Art. 111° del Código Penal, mientras que las segundas, en el Art. 124° del mismo cuerpo normativo. Por otro lado, uno de los temas con mucha relevancia jurídica, durante la investigación se desarrolló la prueba como un punto importante, la cual en el proceso penal es la actividad procesal del juzgador y de las partes dirigida a la formación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos o hechos aportados. Al juez compete, de modo exclusivo, realizar la actividad de verificación mediante comparación de las afirmaciones realizadas por las partes, correspondiéndoles a estas últimas colaborar también con dicha actividad aportando las fuentes de prueba al proceso, además del fiscal, proponiendo la práctica de concretos medios de prueba, e interviniendo en su realización. Así mismo, es el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos, constituye, pues, la institución jurídica de la prueba. Estas normas determinan una primera y más amplia obligación del juez, de contenido negativo: obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por ley.

#### *1.1.1.1.2. Antecedentes Internacionales*

Ochoa, M. (2011) *Análisis jurídico de la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica*. (Tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. El ordenamiento jurídico guatemalteco escasea de regulación legal de la mala práctica médica y solamente reglamenta la responsabilidad civil de los profesionales que causen daños o perjuicios por ignorancia o negligencia inexcusable, esto quiere decir que mediante dicha disposición el sujeto que hubiere sufrido daños o perjuicios solamente podrá reclamar el resarcimiento de ellos, no así la imposición de pena alguna para quien los hubiere causado, pues dicho comportamiento no se encuentra tipificado en el Código Penal, por eso en esta investigación se propuso ilustrar la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica, toda vez que en la investigación preliminar no se encontró norma alguna que de manera específica regulara tal conducta. Con el afán de llegar a una conclusión objetivo se planteó la siguiente hipótesis: La ausencia de norma legal, que regule la mala práctica médica y sus

aspectos circundantes, la promueve y favorece, teniendo también como objetivo, determinar en qué consiste la mala práctica médica y cuáles son sus causas y sus efectos.

Figuera, C. (2009) *Referentes teóricos y jurídicos que conllevan a la responsabilidad penal por mala praxis médica en Venezuela (Tesis de Especialidad)*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. El objetivo de la investigación fue analizar los referentes teóricos y jurídicos que conlleven a la responsabilidad penal por mala praxis médica y de equipos de salud en Venezuela. La investigación fue teórica pues se consiguió mediante una rigurosa revisión de textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, que fueron analizados con sentido crítico y temático, mediante el estudio de variados aspectos que involucran las decisiones de los Tribunales, consideraciones de la doctrina y las diferentes leyes que regulan elementos del tema en estudio; el estudio fue descriptivo, apoyado principalmente en fuentes bibliográficas y documentales. Una vez terminada la investigación se llegó a la siguiente conclusión: la Mala Praxis Médica, es un problema de vieja data en Venezuela, que aumenta con los años, habida cuenta del acelerado desarrollo y evolución de las tecnologías científicas, que demandan cada vez una mayor y mejor preparación de los profesionales de la salud, los cuales asiduamente deben actualizar sus conocimientos o de lo contrario dejan de lado, la excelencia y pueden ser un factor de riesgo al no operar las nuevas tecnologías con la eficacia y eficiencia solicitada para ejercer la profesión de forma óptima.

Vásquez, A. (2007) *La mala práctica médica en el Ecuador. (Tesis Doctorado)*. Universidad de Azuay. Cuenca, Ecuador. Esta investigación muestra la importancia que tiene hoy en día, los casos de mala práctica médica, ya que lo que se encuentra en juego es la vida del ser humano por un lado y la reputación y ética del profesional de la salud por el otro. Sin embargo, en Ecuador no hay una ley que la reglamente y tampoco se encuentra la jurisprudencia al respecto. Mediante esta investigación se intentó demostrar la relevancia que tiene este tema, y a su vez proponer algunas opciones para evitar el incremento de estos casos y dar opciones respecto de su solución en el ámbito jurídico. Al culminar la investigación se concluyó lo siguiente; la mala práctica médica no es otra cosa que la provocación de daño a un individuo como consecuencia del accionar profesional, imprudencia,

negligencia o impericia. El incremento de casos de mala praxis médica, que se da actualmente, obedece en su mayoría a fallas en la relación médico paciente y a impericia profesional. Existen varios aspectos que el juez debe tomar en cuenta para considerar a un caso como de mala praxis médica, estos son: comportamiento dañoso, existencia de un daño, nexo causal entre la conducta del médico y el daño, existencia de culpa del médico. Para evitar casos de mala praxis médica; el profesional de la salud debe actuar con cuidado y prudencia y con respeto absoluto a la dignidad de la persona, esto quiere decir atender al bien al paciente y evitar causarle cualquier daño, a más de esto debe conocer y regirse por las normas jurídicas que rigen el ejercicio de su profesión.

#### **1.1.1.2. Marco Normativo**

### **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La presente Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue aprobada mediante la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas y promovida el 10 de diciembre de 1948 en París, este instrumento internacional de carácter supranacional tiene vigencia en todos los Estados partes, y conforme a nuestro artículo 55 de nuestra Constitución, nuestro país se constituyó en Estado parte, y por ello se debe tomar en consideración y por tal motivo le he considerado en mi trabajo de investigación porque trata los derechos fundamentales de las personas; como son el derecho a la vida, a la salud, su integridad y a la libertad, siendo necesario definir que la vida es el valor supremo pues a través de ella, se van a canalizar los demás derechos, y quien tiene el deber de cuidar la salud y la vida de los pacientes es el profesional de las ciencias de la salud, refiriéndose a los médicos, en tal sentido que el ejercicio de su profesión es una actividad de riesgo y por tal motivo, poder estar inmersos en procesos legales, por negligencias médicas u homicidios culposos; es por ello que citamos el artículo 10° que establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes para obtener tutela jurisdiccional, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales tutelados por la Constitución o por la ley de cada estado, en tal sentido que si un médico es procesado por el delito de negligencia médica y homicidio culposo, tiene el legítimo derecho a que se le Juzgue dentro de un debido proceso, respetando el derecho de la presunción de su inocencia mientras

en este proceso no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley establecida y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su legítima defensa y en este sentido el derecho a ofrecer pruebas siendo relevante mencionar que un de las pruebas a ofrecer es la historia clínica, puesto que en ella quedará todo las anotaciones que tenga que ver con la atención de sus pacientes.

## **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Nuestra Constitución Política del año 1993, en su artículo primero establece que la persona humana tiene el derecho a la defensa de su persona y respecto a su dignidad en ese sentido, le ha encomendado al Estado velar por dicha protección como su fin de organización, también dentro de los derechos fundamentales está el de derecho a la vida y a su integridad y para ello ha establecido en el artículo 7 establece el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, concordante con el artículo 9 que determina responsabilidad del Estado en la política de salud, en tal sentido que los profesionales de las ciencias de la salud tienen la responsabilidad, tanto profesional en su campo de la especialidad además, responsabilidad jurídica y ética en el cuidado de la vida, la integridad y la salud de las personas que están bajo su cuidado, en tal sentido que tienen deberes que cumplir con responsabilidad, ya que están atendiendo a personas y por ello, que deben tener la plena diligencia en sus labores y siendo así la historia clínica es un documento médico legal.

## **LEY 26842 LEY GENERAL DE SALUD**

La presente ley fue promulgada el 15 de julio de 1997, y en el Título Preliminar determina que la salud es condición indispensable para el desarrollo humano y un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo como proyecto de vida, encomendando al Estado el deber de cumplimiento de cumplimiento para velar por la educación en salud en todos los niveles y modalidades tal como lo establece el artículo XVI de Título Preliminar y también la responsabilidad de promover la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud.

En esta ley también, se aborda los derechos fundamentales de los pacientes y uno de ellos de recibir información sobre los procedimientos médicos a los cuales,



van a ser sometidos, entonces los profesionales que están a su cuidado tienen el deber de proteger a sus pacientes y todos los procedimientos deben ser realizados previa autorización por el paciente o por la persona legalmente a dar el consentimiento informado. Sobre su diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como todos los riesgos, contraindicaciones efectos adversos o colaterales, puede ocurrir durante su tratamiento médico; entonces todas estas actuaciones del profesional de la salud incluyendo firma del paciente o de su representante legal en caso de aceptación o también en caso de renuncia deben quedar plasmados en un documento legal llamado Historia Clínica conforme lo define el artículo 29 que todo acto médico debe estar sustentado, indicando además que sea veraz y que debe contener las prácticas y todos aquellos procedimientos que se ha realizado y aplicado al paciente para resolver su problema de salud, toda vez que ellos se encuentran facultados para expedir recetas médicas y realizar los diagnósticos médicos e instaurar tratamiento conforme a su especialidad.

En cuanto a la facultad para ejercer la medicina establece el artículo 22 que para desempeñar actividades de salud propias de la medicina se requiere cumplir con requisitos como son título profesional universitario, estar colegiado y si tiene que realizar procedimientos de especialidad debe contar con el título de especialista registrado en el Colegio Médico del Perú.

Debiendo observar que también, en la presente ley establece que los profesionales de las ciencias de la salud solo deben ejercer en el área que se encuentran titulados, calificados y autorizados, caso contrario serán responsables por los daños ocasionados al paciente por negligencia, impericia e imprudencia por el ejercicio de sus actividades contrarias a las que ya están determinadas, asimismo tiene la responsabilidad de conocer las normas de salud y sobre normas técnicas sobre el llenado de historia clínicas.

## **LEY 29414 LEY QUE MODIFICA LA LEY 26842 LEY GENERAL DE SALUD**

Esta Ley entró en vigencia el 2 de octubre del 2009 y quien tiene por objeto modificar los artículos 15, 23 y 29 y el segundo párrafo del artículo 37 de la ley 26842 Ley General de Salud, la que fue abordada anteriormente.

En esta ley trata, sobre los derechos que tiene el paciente y siendo uno de los primeros a que se le informe de manera clara, adecuada y oportunamente, sobre su situación de salud, conocer cuál es su diagnóstico, cual es el pronóstico, además de recibir la información, tener el conocimiento adecuado y bajo el principio de autonomía puede decidir mediante el consentimiento informado, brindando la autorización correspondiente para el inicio del procedimiento o tratamiento, asimismo establece en el artículo 15.4 que todos los actos deben quedar registrados obligatoriamente en la historia clínica, ya que a la vez esta es esta documento médico legal, sirviendo como medio de prueba para deslindar la responsabilidad del profesional médico que realizó su trabajo diligentemente caso contrario también, servirá de medio de prueba para determinar que el profesional cometió una mala praxis médica.

## **DECRETO SUPREMO N° 027-2015 SA QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 29414, QUE MODIFICO LA LEY 26842 LEY GENERAL DE SALUD**

Con el presente Decreto Supremo el cual entro en vigencia el 13 de agosto de 2015, se reglamenta la ley 29414, su principal objeto es determinar los derechos los derechos fundamentales de los pacientes usuarios de los servicios de salud, precisando que la protección de su salud debe darse en forma integral, siendo para ello necesario la debida información y una vez que esta sea recibida por el paciente, pueda brindar su consentimiento informado, incluso tiene el derecho a negarse a recibir un tratamiento cuando ellos crean conveniente pero para ello, es necesario la firma en la historia clínica y debe estar registrado con tal formalidad que establece la Norma Técnica 139-MINSA-2018 DGAIN, Norma Técnica para la Gestión de la Historia Clínica, a que conforme al artículo 25 de la presente norma el paciente o su representante puede solicitar una copia de la historia clínica, es por ello que en el trabajo de investigación se abordó la valoración jurídica de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico y que

puede darse por la falta de redacción o por falta conocimientos de normas de salud por arte del médico.

## **NORMA TÉCNICA 139-MINSA-2018 DGAIN, NORMA TÉCNICA PARA LA GESTIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA**

En la presente Norma se establece que Historia Clínica es el documento médico legal, en el cual se registra todos los datos de identificación y de los procedimientos realizados en la atención del usuario de los servicios de salud, indicando que este procedimiento debe ser de redacción en forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata, con la atención del paciente, asimismo en forma clara y veraz y además todas las anotaciones deben ser objetivas, con letra legible y sin enmendaduras, utilizando solo las abreviaturas o siglas que figuren en la lista de abreviaturas, debiendo dejar la conformación del acto médico con la firma manuscrita o digital del profesional responsable del procedimiento. Toda vez que el médico es responsable de la veracidad y legibilidad de los datos e información que se registren en los diferentes formatos que integran la historia clínica, y además la custodia y conservación de estas, están a cargo de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por el tiempo establecido en la presente norma.

### **CÓDIGO PENAL**

El presente Código fue aprobado mediante Decreto Legislativo 635, promulgado el 03 de marzo de 1991 y publicado el 08 abril de 1991, el cual tiene como objeto la prevención de delitos y faltas como medio principal de protección de la persona humana y de la sociedad, imponiendo para ello penas, necesariamente que sean precisas cuando se haya puesto en los bienes jurídicos tutelados como son la vida, la salud y la integridad; sin embargo, para su responsabilidad se requiere responsabilidad penal del autor es por ello, que el presente trabajo de investigación está basado en la valoración jurídica de la historia clínica en los casos de responsabilidad penal del médico, que puede ser primero por homicidio culposo previsto en el artículo 111, ya que el bien jurídico protegido es la vida que esta puede estar en peligro por una negligencia por parte del médico, que puede ser por omisión y acción, y de este debido objetivo de cuidado, el paciente fallece; también, es importante citar el artículo 124, que se refiere de las

lesiones culposas, el que menciona aquellos actos de culpa que causa daño en el cuerpo y la salud de sus pacientes; y siendo el presente trabajo de investigación que se basa en la responsabilidad penal del médico, el cual puede ser como consecuencia de una mala actuación, tanto en el procedimiento médico o en el administrativo y que posiblemente sea, por la falta de conocimiento del llenado y redacción de la historia clínica o por el desconocimiento de las normas de salud y sobre todo de la historia clínica, asimismo se busca con esta investigación encontrar el valor probatorio, que tiene la historia clínica en los procesos de Homicidio culposo y lesiones culposas ocasionadas por el médico.

### **CÓDIGO PROCESAL PENAL**

El presente Código Procesal Penal fue promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957, el 29 de julio del 2004 y tiene por objeto determinar que la competencia jurisdiccional es la que tiene la responsabilidad de la dirección del proceso, y en cuanto a nuestro tema de investigación sobre la prueba, se debe tomar en consideración lo que estipula el artículo VIII de Título Preliminar en la que establece que para ser valorado siempre y cuando sea obtenido e incorporado al proceso por un proceso constitucionalmente legítimo, estableciendo que aquellas que fueron obtenidas de forma directa o indirectamente, con violación de los derechos fundamentales de las personas carecen de efecto legal, es por ello que en el artículo 156 del mismo cuerpo legal establece que el objeto de la prueba se ampara a los hechos a que se refieren la imputación y estableciendo además, que los medios de prueba son aquellos permitidos por la ley en tal sentido, al ser la historia un documento médico legal se constituye en un medio de prueba con la finalidad de valorar en ella su contenido con el fin de que el Juez deberá observar dicho medio de prueba con las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, es por ello que al tener actuación primordial para su valoración es que se estudia la redacción de la historia, la cual debe ser conforme a los procedimientos establecidos en las normas de salud.

### **1.1.1.3. Bases Teóricas**

#### *1.1.1.3.1. Responsabilidad contractual y extracontractual*

De modo habitual, se suele coordinar con el médico un contrato de servicios, de manera expresa o tácita, de suerte que los posibles daños derivados del procedimiento o de la intervención quirúrgica de que se trate vienen derivados, desde luego, por el incumplimiento aplicable, o el defectuoso cumplimiento, de un anterior contrato, al que resultan de aplicación, en cuanto a sus efectos, los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, si bien en la mayor parte de las ocasiones, ante la diversidad y enorme variedad de supuestos de hecho que se plantean en la práctica, los daños se consideran derivados de relaciones extracontractuales aplicándose el artículo 1902, todo ello sin poner en discusión, en ningún momento, su primigenio origen contractual, e, incluso, al margen del fundamento de la propia pretensión en uno u otro régimen, lo que, sin embargo, no resulta considerado con la nítida diferencia de nuestro parlamentario entra ambos, especialmente en los plazos de disposición. (Bello, 2012).

En la resolución se concluye, la obligación del centro de salud por no haber puesto, los medios necesarios a disposición del paciente, con todo, en su fundamento jurídico cuarto se examina el tercer argumento del modo en que la recurrente parece condenar la falta de culpabilidad porque no existe la mínima evidencia probatoria en cuanto a la relación causal entre la defunción del cónyuge de la actora y la actuación del Servicio, con lo que parece centrarlo en la falta del artículo 1105 del CC, que cita en el desarrollo argumental del fundamento, junto con el artículo 1902 y siguientes y los artículos 1214 y 1253 del mismo texto, ante lo cual el Tribunal Supremo desestima, el fundamento con el argumento de que acumula cita de preceptos heterogéneos, de orden fáctico y legal, que no permiten predecir con absoluta claridad cuál es realmente la falta que se aduce, lo que suele ser muy habitual. (Sala del Tribunal Supremo, 2007).

Todo ello al margen del fundamento, contractual o no, de la intención del demandante, puesto que en muchas ocasiones, como en la sentencia del

Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997, se dice que sería incorrecto considerar que si el perjudicado ha fundamentado su petición de indemnización solo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incoherencia por cambio de la causa de pedir si funda la resolución en normas de culpa distintas de las invocadas, de suerte que la “causa petendi” que con el “petitum” configura la petición procesal se define por el cuento de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la designación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la coherencia, aunque cambie el punto de vista legal. (Bello, 2012).

La pena legal de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica de modo que, el autor de un daño responde de él, o lo que sería lo mismo el autor de un daño está sujeto a responsabilidad, si bien el problema, en la práctica forense, es cómo se traduce, cómo se proyecta esta responsabilidad, puesto que la responsabilidad se traduce en la obligación de compensar o remediar los perjuicios causados a la víctima y, desde luego, al menos con los textos legales que se tiene, no es lo mismo, al menos en cuanto al plazo de la acción, intentar solicitar al médico por la infracción de las exigencias previstas en el contrato que apelar al régimen de la responsabilidad extracontractual. (Bello, 2012).

Evidentemente, no todos los comportamientos que provocan daños tienen o se presentan con la misma expresión ni se enmarcan en idénticas realidades sociales y muy especialmente si, como es en este caso, se está tratando de obligación médica. Muy al contrario, una sencilla meditación, lo más alejada posible a todo tecnicismo legal, el cual permite la ejecución de una organización en dos grandes grupos, en dos conceptos básicos de actuaciones dañosas, que son los dos grandes tipos en que se divide siempre la obligación en sede civil; de un lado, los que consisten en desacatar un pacto, que es lo que habitualmente existe al conciliar un contrato entre el médico y el paciente; de otro, los que se producen en el progreso de

cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y damnificado, que, en este caso, sería el que presta el servicio médico y el paciente, que se pretende demostrar extracontractualmente en la restauración de los daños derivados de la lesión de derechos que se configuran como absolutos, al tratarse de la salud, la integridad física o la vida misma. (Bello, 2012).

En el primer caso, el deber de enmendar deriva de otro deber, el deber de realizar, que ha sido infringido. Un contrato, por ejemplo, engendra atenciones para todos o para algunos de los contratantes. Si uno de ellos, incumple aquellas prestaciones que le corresponderían o las presta, pero de manera defectuosa o extemporáneamente, quedará forzado a subsanar a los demás los daños y perjuicios que ocasionalmente, les hubiera ocasionado. Se habla evidentemente de la obligación contractual derivada de la previa existencia de un contrato entre médico y enfermo. (Bello, 2012).

En el segundo caso, la obligación de ayudar surge por la sola elaboración del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás. Ejemplos hay interminables en nuestro día a día. Esta inmensidad de supuestos que estimularía la aparición de cualquier engendran la llamada, para diferenciarla de la otra, responsabilidad extracontractual, también denominada, en expresión tan poco clara como tradicional, responsabilidad civil, que, como hemos dicho, se ubica en nuestro asunto en la lesión de derechos de limitación y carácter absolutos, al tratarse de la salud o de la propia existencia. (Bello, 2012).

Lo que es cierto es que aunque como construcción teórica y abstracta esta hipótesis unificadora es muy justificable lo que no cabe duda es que nuestra ley por ahora les atribuye un trato distinto al hecho de quebrantar un pacto y al de causar un daño al margen de una relación jurídica previa, siendo la conclusión más importante de esta distinción la que se deriva de la institución de la prescripción extintiva, donde se establece que las acciones derivadas de los contratos prescriben a los quince años, mientras que la operación nacida del daño extracontractual prescribe por el lapso de un año. (Bello, 2012).

## **A) Obligación de actividad**

El punto de partida del Tribunal Supremo en este medio, como se ha dicho, es el usual que la obligación de los médicos es de actividad, no de resultado, razonando que la exigencia del médico no es lograr, en todo caso, la rehabilitación del enfermo (curarlo), sino hacer lo posible para calmar, o extirpar, la enfermedad, o, más exactamente, proporcionarle los cuidados que requiera, según el estado de la Ciencia. El médico, pues, no está forzado a alcanzar un resultado totalmente positivo, pero sí que debe actuar siempre acorde a la *lex artis*, es decir, según una función profesional que sea normal en la especialidad de que se trate. (Morillas, 2009).

Al respecto, al margen de lo ya visto, en la decisión de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 se especifica que La *Lex artis* exigible a toda la actividad médica no es más que un método valorativo de la reparación de un concreto acto médico o presupuesto “ad hoc” realizado por el profesional de la medicina (que es lo que a la postre individualiza a dicha “*lex artis*”), tras lo que se añade que el médico asumen una exigencia de medios y como tal, se compromete no solo a efectuar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a adaptar a tales técnicas con el cuidado y certeza exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, siendo, por lo demás, un elemento fundamental de dicha *lex artis* la información como se concluye en las sentencias, ambas de 2008, de la misma Sala de lo Civil del Supremo de 18 de junio y 29 de julio. (Morillas, 2009).

En tal sentido, en la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 se declara que la responsabilidad del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que, pese a alguna disposición aislada que invierte en su contra la carga de la prueba, como la resolución de 12 de diciembre de 1998, resulta siempre exigible, como presupuesto importante de su obligación de remediar, la prueba de su culpa o negligencia. (Morillas, 2009).



La verdadera finalidad práctica de la distinción está, en la práctica ante los tribunales de justicia, no tanto en la determinación previa del tipo de obligación, lo cual no resulta siempre sencilla en un ámbito tan específico y técnico en el sector de la profesión médica, sino en la aportación conveniente de las debidas pruebas que hagan llegar al juzgador al convencimiento de que estamos ante una obligación de medios o de resultado, en función de quien sea la parte que lo aduce, puesto que el paciente tratará siempre de partir de la excepcional consideración en el caso de una obligación de resultado y probar el consiguiente incumplimiento –objetivo, sin que importe la negligencia- e imputárselo a la actividad médica, frente a lo cual el letrado del médico solo podrá demostrar la ruptura del nexo causal. (Bello, 2012).

Lo cierto es que en la mayor parte de las decisiones judiciales, como se ha dicho, en intervenciones médicas ante un cuerpo enfermo, se toma como punto de partida la necesidad médica de medios de facilitar una actividad rápida de modo que la disputa se circunscribe a la prueba del tipo de actividad desplegada en el ejercicio profesional médico correspondiendo al paciente probar el quebrantamiento aplicable al médico sobre la base de su descuidada actuación, mientras que el letrado de este solo podrá liberar a su cliente demostrando el efectivo desempeño de la obligación asumida de modo ágil y con ausencia de cualquier tipo de culpa. (Bello, 2012).

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1998, en un caso en que se aduce ante la alegación de infracción de los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil por considerar que la actuación del médico demandado adoleció de la diligencia debida a las circunstancias, ocasionando con la ablación de toda la próstata, que no era necesaria ni conveniente, un resultado lesivo para la integridad del paciente, recuerda que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil tiene reiteradamente declarado que la obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, estando obligado solamente a proporcionar al enfermo todos los cuidados que este requiera, según el estado de la ciencia y la denominada “lex artis ad hoc”. (Bello, 2012).

Se añade, frente a la jurisprudencia a que hicimos mención antes citada ampliamente por la resolución del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2002, que en la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, no operando en estos casos la alteración de la carga de la prueba, admitida para otros supuestos; corriendo finalmente a cargo del solicitante la carga de la prueba de la coexistencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre esta y el efecto dañoso, de suerte que se rechaza la pretendida responsabilidad al haberse manifestado por la sentencia recurrida que la indicación quirúrgica era adecuada, la estrategia empleada correcta y que no se ha demostrado la conexión física entre la actuación médica y los problemas de incapacidad e inmoderación, que pueden producirse, como propios de tales enfermedades e intervenciones, aun espléndidamente realizadas, sin que tales declaraciones fácticas resulten desvirtuadas en el recurso. (Bello, 2012).

Con el mismo propósito, y amplia información, en la resolución de la Sala de lo Civil de 10 de junio de 2008, después de partir de que la exigencia del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de lograr, en todo caso, la recuperación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* de suerte que en el terreno del diagnóstico, el deber del médico es la de ejecutar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. (Bello, 2012).

#### *1.1.1.3.2. Inversión de la carga de la prueba*

Partiendo de estas premisas generalizadas de tratarse de una necesidad de actividad la de los médicos, aglomeración de sentencias del Tribunal Supremo han rechazado, aunque no sin excepciones, la alteración de la carga de la prueba de la culpa en casos de responsabilidad médica de modo que no es el médico precisamente quien tiene que presentar que actuó con prontitud o de modo ausente de desinterés, si bien, como digo, no siempre pues en la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, como excepción, el Tribunal Supremo entiende que, en

este caso, procede la alteración de la carga probatoria, debiendo ser el médico el que deba demostrar que actuó adecuadamente, de suerte que, al no acreditarse por este la actuación diligente con adopción de todas las medidas debidas en la intrusión realizada, ha de ser considerado responsable del daño causado al ser culpable del mismo, y de ahí que se considera razonable la reclamación efectuada. (Bello, 2012).

Resolución de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 que solo cuando se obstaculiza la práctica de la verificación o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandados, a simplificar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace reiterar sobre el actor la carga de demostrar los hechos constitutivos de su intención, desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba, tras lo cual se añade que aun cuando sea la profesión médica una acción que exige prontitud en cuanto a los medios que se emplean para la recuperación, no se excluye la presunción perjudicial que pueda generar un mal resultado, cuando este, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria imperfecto de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el abandono en su conveniente y temporánea utilización. (Bello, 2012).

Ahora bien, ello es insólito y, así, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de Junio de 1996 se declaró que incumbía al paciente de la carga de la prueba, no operando la alteración de la misma, ante un recurso de casación que dimanara de un juicio de menor valor promovido contra un médico anestesista por la hija de un paciente que, tras ser intervenido para implantarle una prótesis de cadera izquierda, sufrió inmovilización de la pierna derecha y de los esfínteres y murió ciento catorce días después de la operación, atribuyéndose por la demandante la lesión medular sufrida por su papá a una defectuosa administración de la anestesia epidural y su posterior defunción a una tromboembolia pulmonar causada por la inmovilidad, todo lo cual fue considerado en primera instancia y por la

Audiencia como caso fortuito. (Bello, 2012).

En esta resolución se analiza la relación de causalidad o nexo causal entre la acción del médico – anestesista, como ya digo, en este supuesto – y el daño efectivamente generado, lo que no se había apreciado por la Sentencia recaída en apelación a pesar de que el daño era gravísimo hasta el punto de desembocar, como se dijo, en la defunción del paciente, señalándose por el Tribunal Supremo que lo que se combate es el juicio de valor del Tribunal de instancia sobre la falta de culpa o abandono del demandado y, en cierto modo, las dudas que el mismo Tribunal manifiesta en orden al nexo causal entre anestesia epidural y daño o lesiones del paciente. (Bello, 2012).

No cabe hablar siquiera de caso imprevisto en el supuesto enjuiciado por esta resolución de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1996 cuando declara que abordando ahora la verificación del juicio de valor sobre la culpa o dejamiento del médico anestesista demandado, debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta Sala que, partiendo del carácter de exigencia de medios y no de resultados de la medicina curativa, descarta cualquier objetivación de la responsabilidad y también, aunque no sin excepciones en algunas recientes sentencias, la alteración de la carga de la prueba y así podría sostenerse que el juicio de valor del Tribunal de apelación, a la vista de las aclaraciones del experto al ratificar su informe, se corresponde con la doctrina de esta Sala. (Bello, 2012).

#### **A) Carga de la prueba de la negligencia**

La regla general es que es el enfermo quien debe probar que el médico actuó con desinterés, y, así, con tal punto de partida, con todo, en la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003 se confirma la sentencia, dado que el resultado de la operación fue desproporcionado y se debió a una actuación desinteresado del médico, que incumplió la *lex artis* de función al caso, derivándose de ello las consecuencias físicas ya advertidas en el texto de la sentencia en que, sin embargo, se concluye que es razonable disminuir la cantidad de la reparación establecida y ello dado que se hizo una errónea cuantificación del lucro cesante derivado de los

daños causados y el daño profesional que se ocasionó con ellos. (Sala del Tribunal Supremo, 2003).

En todo caso, no se presume una acción culposa o desinteresado por parte del profesional médico, sino, justamente, queda descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido estricto tal y como se pone de relieve en la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2005, en que manifiesta, asimismo, el Tribunal Supremo que en el ámbito de la obligación del profesional médico, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la alteración de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos apropiadamente tasados (artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria, en los que se atenúa el requerimiento del elemento subjetivo de la culpa para cuidar de manera más efectiva a la víctima. (Sala del Tribunal Supremo, 2005)

Sobre la cuestión, en la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2006 se concluye la desestimación de la petición en la que se exige obligación al hospital y a los médicos que atendieron a una paciente fallecida de cáncer, ante la función correcta de los médicos demandados, en un caso en que los padres de una paciente, como ya digo, enferma de cáncer, tras su defunción, demandan al hospital en el que fue atendida y a los médicos que la intervinieron, en petición de una indemnización de daños y perjuicios. Ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el presente recurso de casación, la parte actora obtuvo fallo favorable, puesto que el Tribunal Supremo considera que no se ha probado una actuación de los médicos demandados productora, en nexo causal, del daño, habiéndose acreditado que su función fue correcta. (Bello, 2012).

Para el Alto Tribunal, la resolución recurrida ha detallado y valorado convenientemente los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica y ha entendido que los demandados desplegaron los medios asistenciales idóneos, acorde a la ciencia médica, para el procedimiento de

la grave enfermedad de la paciente fallecida. En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que no ha habido descuido de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma, y que el Centro Hospitalario ofreció las prestaciones convenientes y el servicio permitido no ha pecado de defectos de instrumentación y trabajo, ni se han acreditado deficiencias asistenciales. (Bello, 2012).

En dicha sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2006 se sigue la posición mantenida por la resolución del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1999, que se transcribe textualmente, asumiendo la doctrina jurisprudencial muy reiterada; en cuya virtud, como dice la resolución del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza del deber del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios, distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de trabajo (o de medios), no de resultado. (Bello, 2012).

En este caso, ha considerado el Tribunal Supremo que los demandados desplegaron los medios asistenciales adecuados, conforme a la ciencia médica, para el procedimiento de la grave enfermedad la recuperación de su salud, resultado al que desgraciadamente no se llegó, pero no por culpa o descuido de aquellos, y, en definitiva, se concluye en esta sede que no ha habido abandono de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma y tampoco se aprecia omisión en el Centro Hospitalario, pues está demostrado en autos que la enferma fue sometida a un intenso procedimiento a partir de la fecha en que acudió por primera vez al Servicio de Urgencias del Hospital, pues no solo hubo una adecuada función de los médicos, sino que el sistema hospitalario ha dado las prestaciones convenientes y el servicio facilitado no ha pecado de defectos de instrumentación y funcionamiento, ni se han acreditado deficiencias asistenciales. (Bello, 2012).

#### *1.1.1.3.3. Prueba de presunciones*

A pesar de todo ello, el juzgado puede llegar a la terminación de que el médico es responsable a través de la prueba de presunciones, sobre la que también hay variada jurisprudencia, como la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003, en que, en un caso de resultado desproporcionado por lesión en parto, se señala que la prueba de presunciones tiene un carácter secundario de los demás medios de prueba y no se debe congregarse a ella cuando los hechos han quedado probados por otros medios de prueba, tras lo que se argumenta, con base en jurisprudencia constante que el viejo artículo 1253 del Código Civil, ahora derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, autorizaba, pero no obligaba, a utilizar la prueba de presunciones, de suerte que no se infringe dicho precepto, ahora contenido con el mismo espíritu en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por su no utilización, siendo excepcional que en casación pueda impugnarse haber omitido su empleo. (Sala del Tribunal Supremo, 2003)

Así, pues, habrá culpa no solo cuando esta se acredita fehacientemente, sino también, si se demuestra que entre el ejecutar del médico y el resultado dañoso no concurre ningún suceso ajeno al curso natural de los acontecimientos, de acuerdo con el necesario nexo causal, tal y como sucede en la resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005, en que se concluye la ausencia de responsabilidad médica al existir falta de relación de causalidad entre la función facultativa y el daño causado, en un caso en que se examina la responsabilidad civil médica por atención descuidada a paciente que acude a centro médico con dolencia en el abdomen y que fallece con posterioridad a causa de infarto de miocardio, concluyéndose la ausencia de responsabilidad, ante la ausencia de nexo causal entre la actuación del profesional sanitario y el daño presente, por la confusión en el procedimiento motivada por la carencia de síntomas claros de la enfermedad o por enmascaramiento de la misma, tras lo que se razona la ausencia de culpa en tal caso del facultativo. (Bello, 2012)

En esta sentencia de 6 de octubre de 2005 se añade que es doctrina jurisprudencial la que establece que no cabe apreciar la culpa en el

facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismo resultan enmascarados con otros más evidentes característicos de otra dolencia y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación. (Bello, 2012)

En fin, que la realidad de que la prueba del nexo causal y de la causalidad recaiga sobre el demandante no supone en absoluto la imposición a su cargo de una especial exigencia de mayor rigor probatorio, puesto que cabe siempre la prueba de presunciones señalando en cuanto a la sentencia de la Sala 2ª de 12 de mayo de 1986 la mención a los “cursos causales no verificables”, como hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos, que son, por una parte, un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural. (Bello, 2012)

Al respecto, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1965, en un caso de una gasa olvidada que provoca peritonitis, llega a afirmar, ya de antiguo, que, si se prueba que el origen de la peritonitis es una gasa encontrada en el cuerpo del paciente, entonces se podrá concluir la imputación al Médico de responsabilidad civil con una suerte de presunción judicial de culpa o negligencia del facultativo que el Juzgado deduce. (Bello, 2012)

Por otro lado, indica durante la realización de las operaciones propias de la endodoncia, se le rompió al facultativo la lima que para ellos utilizaba, quedando un trozo de la misma en el interior de la zona tratada (tercio apical del canino), y se considera probado que dicha rotura no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación por un uso reiterado de la misma (fatiga de los materiales) o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo (únicas hipótesis causales que señala el texto médico consultado por la Sala y que el propio demandado aportó con su escrito de contestación a la demanda) o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento, si se admite la afirmación del



facultativo demandado, recurrente, en el sentido de que la rotura de la lima fue producida por un golpe que la paciente le dio en el brazo. (Sala del Tribunal Supremo, 1991).

En esta Sentencia, como puede observarse se da por probado que hubo, efectivamente, culpa o negligencia del facultativo, si bien no pudo acreditarse por medio del material probatorio si la lima estaba o no en perfecto uso, o si fue, meramente, la impericia del facultativo, al realizar la intervención de endodoncia, los factores que determinan la lesión de suerte que se presumió que hubo culpa o negligencia del facultativo odontólogo , si bien se enumeraron hasta tres posibles causas para la rotura de la lima, todas ellas culposas, reveladoras de la actuación médica no adecuada o acomodada a la *lex artis ad hoc*. (Bello, 2012)

#### *1.1.1.3.4. Doctrina sobre el daño desproporcionado*

Al respecto, la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo ha acogido reiteradamente, como hemos adelantado, desde 1996, la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado (aunque, de nuevo, no sin discrepancias) del que se desprende la culpabilidad del autor de acuerdo con la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, que ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y de conformidad con la regla del *Anscheínbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, acorde con la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual), lo que requiere que se produzca sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto. (Bello, 2012).

No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos considerados acreditados por prueba pericial, tal y como se concluye en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003. Con tal punto de partida, en esta sentencia, el

Tribunal Supremo razona que una caída y una lesión (producida en un accidente de esquí) que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicadas, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado, que es una cojera irreversible, lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de esta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*), de suerte que no se trata, pues, como se dice en el texto, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos considerados acreditados por prueba pericial, de manera que se produce un suceso y un daño, respecto de los cuales es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima, ni se menciona el caso. (Bello, 2012)

Al respecto de la posible infracción del artículo 1.902 del Código Civil, se declara el acierto de la sentencia impugnada al rechazar cualquier tendencia objetivadora, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, pues tal rechazo era una constante en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, bien es cierto que no sin ciertas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria. (Bello, 2012)

#### **A) Principios de la responsabilidad**

En síntesis, y siguiendo ahora el Fundamento de Derecho Segundo de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 1991, los pilares fundamentales de la doctrina de la responsabilidad son los cuatro siguientes, los cuales se enumeran a continuación, en primer lugar, la legislación ha estatuido una cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran en sus bienes a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, fórmula que abarca la total actividad administrativa. (Bello, 2012)

El segundo punto de partida de la determinación de la responsabilidad de la Administración parte de que el servicio público se consagra y erige como un equivalente de actividad administrativa, y para su correcta adjetivación hay

que estar, más que a una específica tipificación de las formas en que suele presentarse, al conjunto que abarca todo el tráfico ordinario de la Administración. (Bello, 2012)

En tercer lugar, se dice que siempre que se produzca un daño en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado a soportarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, siendo totalmente, irrelevante para la imputación de los mismo a la Administración que ésta haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal. (Bello, 2012)

Y, por último, no serán indemnizables los daños ocasionados en los casos de fuerza mayor, entendidos estos como los derivados de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. (Bello, 2012)

Al abordar las cuestiones de la responsabilidad patrimonial, asistencia sanitaria e indemnización por daño derivado de asistencia médica en un caso de tetraplejia, razona precisamente sobre el daño que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar y concluye, respecto de la indemnización de daños y perjuicios, señalando que, en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante, no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 recurso de casación 1311/95, fundamento jurídico tercero), aunque, como se ha

declarado en esta última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. (Sala del Tribunal Supremo, 2005)

En la misma línea se entiende también, como característica de esta responsabilidad su alcance general, esto es, abarca y se extiende a toda actuación administrativa. O lo que es lo mismo, todos los actos presuntos, expresos, inactividades y actuaciones de hecho, en definitiva, cualquier actuación de la administración. Se puede recordar en estos momentos la afortunada modificación que se produjo con la ley 29/1998 al producir la misma la sustitución del término acto por el término actuación; un concepto mucho más amplio que incluye también la actividad prestacional y la actividad negocial de la administración. (Bello, 2012)

Asimismo, se destaca que el nuevo sistema impide a los interesados optar entre una reclamación a los médicos, funcionarios, autoridades, o personal al servicio de la Administración; y una reclamación ante la misma Administración; únicamente hoy está permitida la reclamación directa a la administración, así se consagra en el artículo 145.1 de la Ley 30/1992 que supera las anteriores previsiones que se proponían en el artículo 135 de la Ley de expropiación forzosa y la antigua Ley del Procedimiento Administrativo Común en su artículo 42 que proponía a estos funcionarios y personal mencionado como responsables subsidiarios. (Bello, 2012)

Por otra parte, antes se ha hablado de ese carácter de responsabilidad objetiva, la Administración responde por el daño causado, y no se complica y ni atiende a las causas, motivos y otras situaciones subjetivas que hubiesen podido impulsar el iter voluntatis, responde la administración por el funcionamiento anormal y por el funcionamiento normal de sus órganos y servicios, en términos que, a continuación, se ve más detenidamente, donde, como se ha adelantado, también se puntualizará el matiz apuntado por la mejor jurisprudencia que fundamenta la antijuridicidad o la relación de causalidad en la infracción de la lex artis. (Bello, 2012)

## **B) Liberación de responsabilidad**

La liberación de la responsabilidad de la Administración, comenzando por la fuerza mayor, así como por aquellas hipótesis de culpa de la víctima (Bello, 2012).

Seguidamente, se tendrá la oportunidad de analizar estas otras oportunidades en que también, se produce dicha liberación de responsabilidad de la Administración en los casos de asunción de riesgo por el paciente y su distinción de los supuestos de caso fortuito, que no excluyen de la obligación de responder, así como las hipótesis vistas de resultado desproporcionado y de los llamados riesgos de desarrollo, favor de ellos un régimen de responsabilidad diferente del que rige para los fabricantes privados. (Bello, 2012).

## **C) Error de diagnóstico**

Respecto del caso de error de diagnóstico en los supuestos de Sida, se produce la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 19 de julio de 2007, en el que se considera una actuación negligente la no reiteración de las pruebas ante la favorable evolución del paciente y su correspondiente mantenimiento del tratamiento a base de retroviral AZT, lo cual conlleva una vulneración de la "ex artis", concluyéndose que no se ha actuado con diligencia, de suerte que se le ha causado un daño psíquico al paciente como consecuencia de la medicación, por lo que hay una relación de causalidad entre la acción/omisión médica (establecimiento del tratamiento de retroviral como consecuencia de un error de diagnóstico y su posterior mantenimiento, debido a la falta de control ante la correcta evolución del paciente y no reiteración de las pruebas médicas) y el daño efectivo y cierto causado al paciente, daño psíquico en este caso. (Sala de Tribunal Supremo, 2007).

Acerca del mismo tema de error de diagnóstico versa también, la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo contencioso Administrativo de 12 de julio de 2007 en que se aprecia la existencia de valoración improcedente del informe emitido por el médico forense que evidencia la existencia de error de diagnóstico en la apreciación de infarto agudo de miocardio que generó la

muerte del paciente, de lo cual por parte de la mayoría del tribunal, puesto que hay un voto particular, se deduce mala praxis médica existente que conlleva la responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnización procedente a cargo del Ministerio de Sanidad y Consumo, derivada de indebida asistencia médica como consecuencia de error de diagnóstico. (Bello, 2012)

Sobre lo que significa en concreto el diagnóstico, la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil de 25 de Octubre de 2002, dice que se trata de un juicio médico que precisa de una fase consultiva previa constituida por una pluralidad de actos, desde la anamnesis, a las pruebas de exploración física, radiológicas y analíticas de manera que es un conjunto de actos médicos para iluminar y deducir la naturaleza de afección que padece el enfermo, siendo el tema que ahora nos ocupa tratar de indagar si el error en el diagnóstico supone, por sí solo, responsabilidad o si, por el contrario, es posible incurrir en dicho error sin que ello, desencadene la consecuente responsabilidad. (Sala de Tribunal Supremo, 2002)

Tomando en cuenta que la obligación del Médico es de medios y que, como se ha visto, en el ámbito privado, resulta exigible la diligencia en cuanto a los medios empleados para la curación con arreglo a la *lex artis ad hoc*, de suerte que, cuando se aplican las medidas oportunas para el diagnóstico y tratamiento, practicándose las pruebas oportunas, la orientación del diagnóstico a un juicio no acertado no implica responsabilidad por si solo para el médico. (Bello, 2012).

Cuando el diagnóstico y tratamiento resultan correctos en función de los síntomas presentados por el enfermo, no hay negligencia, mientras que, por su parte, la Sentencia de 16 de febrero de 1995 menciona que, siempre resulta difícil determinar hasta qué punto se puede medir la certeza médica, desde el momento donde haya ocasión para deducir el error del diagnóstico, al no derivar a los pacientes cuando presentaban síntomas más o menos sospechosos de infarto de miocardio. (Sala de Tribunal Supremo, 2001)

Se alegó también, error de diagnóstico en el caso enjuiciado por la sentencia

de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2008 que en todo caso, fue irrelevante pues dicho posible error en el diagnóstico ecográfico no incidió en el tratamiento y evolución de la niña porque se le trató de manera sintomática rechazándose la demanda en concepto de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Ministerio de Sanidad y Consumo por entender que la grave encefalopatía que padece la niña es consecuencia de una mala praxis médica con ocasión de su alumbramiento, al asumir la conclusión de la Audiencia Nacional, que por el contrario, en un ponderado análisis de las pruebas, en particular de la pericial practicada en la instancia, considera que, habida cuenta de alto riesgo que presentaba el parto, la actuación de los facultativos fue correcta (hicieron lo que tenían que hacer), sin que pueda asociarse el mal a las maniobras durante el nacimiento ni a la asistencia posterior sin que ello pueda revisarse en casación. (Bello, 2012)

Para concluir, la cuestión referente al error de diagnóstico, quedarían por mencionar, los que suelen ocurrir derivados de la gestión del propio Centro Hospitalario, en cuyas hipótesis el diagnóstico erróneo, en este ámbito puede deberse a diversas situaciones, cuyo denominador común es el funcionamiento anormal de la gestión hospitalaria del Centro como ocurre en los casos en que se confunden los historiales clínicos de los pacientes, de forma que se comunican los resultados positivos del test de una persona sana a otra, que no lo está en absoluto o aquellas hipótesis en que se cambian las muestras de análisis o en los que un paciente, por error, se le sirven o para su dolencia, siendo paradigmáticos los alimentos con azúcar para los diabéticos o a los contraindicados para los celíacos o aquellos que no pueden comer gluten, todo lo cual conlleva consecuente responsabilidad de la Administración sin mayores comentarios. (Bello, 2012)

#### **D) Nexo causal**

Es necesario que exista nexo causal entre la actuación administrativa y el daño, sobre lo cual se ha pronunciado la sentencia, de la Sala de lo Contencioso, del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006, en que no se dio información a la madre de los defectos del feto, haciéndose constar que la

teoría de los cursos causales no verificables usada por la jurisprudencia norteamericana en casos de errores en el diagnóstico prenatal, permite al facultativo aducir que no es seguro que de haber sido correcto el diagnóstico, la decisión del interesado hubiese sido distinta, si bien en estos supuestos se hace recaer sobre el médico la carga de probar que tal decisión habría sido la misma con un diagnóstico acertado. (Bello, 2012)

En dicha sentencia de lo Contencioso del Supremo de 30 de junio de 2006 se añade, con cita de las sentencias, de la misma Sala, de 14 de Julio de 2001 y 18 de mayo de 2002, que ha de tenerse en cuenta, a efectos de fijar el perjuicio sufrido, la conducta del personal médico, produciéndose la liberación de responsabilidad de la Administración si no se aprecia nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada y el daño reclamado como ha sucedido en las sentencias, también de la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo de 19 de abril y 21 de diciembre de 2005. (Bello, 2012)

#### *1.1.1.3.5. Historia clínica*

### **A) Generalidades**

Es un derecho del paciente que se le proporcione copia de la historia clínica (art.29, LG Salud). La LGSalud establece (art.15) que toda persona usuaria de los servicios de salud, tiene derecho a exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece (inc.b) y que se le entregue, el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica (art.15, inc i y art. 44, LG Salud). (Varsi, 2006).

### **B) Definición**

Es el documento que contienen los datos, valoraciones e informaciones sobre el estado y evolución clínica de un paciente, a lo largo del proceso asistencial. La historia clínica es la biografía del estado de salud del paciente. Es un documento que sustenta el acto médico en el que se deja constancia de los datos generales del paciente, de sus síntomas, problemas de salud y de los elementos fundamentales que sirvan para determinar el diagnóstico



de su padecimiento. (Varsi, 2006)

### **C) Características**

El acto médico debe estar sustentado de manera escrita en un documento denominado historia clínica. Las características son: En cuanto a la información contenida, esta deberá ser objetiva ser minuciosa y suficiente, conteniendo las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para el tratamiento de su salud.

- Su elaboración debe estar bajo responsabilidad del médico, contener su firma y registro de aquel que la elabora.
- Contendrá los datos de padecimiento, obtenidos mediante el interrogatorio y la exploración física, debiendo revelar el estado clínico desde la primera consulta. No se debe omitir la terapéutica empleada ni usar abreviaturas diferentes a las establecidas por el uso.
- Son patrimonio del establecimiento de salud, pero el medio que la elaboro tiene el derecho de la propiedad intelectual sobre la misma. Quienes con fines de investigación requieran utilizar la información de las historias clínicas, deben contar con la autorización de quienes ejercen el derecho de propiedad intelectual.

Toda institución prestadora de servicios de salud deberá tener un Comité de Auditoria Medica Permanente, que cautelará la correcta elaboración, uso y perfeccionamiento de las historias clínicas (Varsi, 2006).

Como bien, se ve en el Derecho comparado, el contenido de la historia clínica se ha convertido en el eje central de muchas sentencias de responsabilidad civil, constituyendo un elemento probatorio de primer orden, como bien sostiene Monge Zegarra: Solo nos queda recalcar la importancia de llevar debidamente las historias clínicas de todas las atenciones de salud brindadas por los prestadores médicos, en la medida que constituyen los elementos fundamentales para que cualquier juzgador determine la existencia de una posible responsabilidad en la ejecución de un servicio de salud, en el que pudiera inclusive existir algún ilícito penal. (Varsi, 2006).

### **D) Tipos de historias clínicas**

## **Historia Clínica según el tipo de Prestación**

- Ambulatoria
- Hospitalización
- Emergencia

## **Lugar de atención**

- Consultorio externo
- Emergencia
- Hospitalización
- Domicilio
- Otro: campaña de salud

## **HISTORIA CLÍNICA SEGÚN EL NIVEL DE ATENCIÓN**

### **Primer nivel: historia clínica familiar**

- 1.1 puesto de salud
- 1.2 puesto de salud con médico
- 1.3 centro de salud sin internamiento
- 1.4 centro de salud con internamiento

### **Segundo Nivel: Historia Clínica Individual**

- II.1 Hospital I II 2 hospital II

### **Tercer Nivel: Historia Clínica Individual**

- III.1 hospital III
- III.2 instituto especializado

## **SEGÚN SUS FORMATOS**

- a. Básicos
  - Según unidad productora de servicios: consulta externa, emergencia y hospitalización.
  - Anamnesia, examen clínico, diagnóstico, plan de trabajo, evolución, tratamiento, epicrisis, informe de alta.
- b. Especiales

- Exámenes auxiliares
- Radiología
- Ecografía
- Exámenes especiales
- Interconsulta
- Anatomía patológica
- Consentimiento informado
- De seguros: SIS y SOAT
- Actividades comunitarias

### **Historia Clínica de Emergencia**

Varsi (2006) En lo que respecta a la atención de emergencia, la legislación indica que debe ser descrita en una historia clínica y deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a. Fecha y hora de atención
- b. Filiación
- c. Anamnesis, enfermedad actual, motivo principal de la consulta
- d. Antecedentes
- e. Examen físico
- f. Hoja de consentimiento informado, de ser el caso
- g. Hoja de autorización de procedimientos quirúrgicos, de ser el caso
- h. Exámenes auxiliares
- i. Diagnostico presuntivo
- j. Plan de trabajo
- k. Terapéutica y seguimiento
- l. Epicrisis y/o resumen de historia clínica
- m. En caso de parto llenar la historia clínica perinatal y el partograma
- n. Firma y sello del médico tratante

## E) Marco legal

El marco legal de la historia clínica en el Perú hasta mediados del 2004 fue genérico en la medida que su tratamiento clínico se normaba (Varsi, 2006).

- LGSalud: Arts. 15, inc. b, e inc. i; 25, inc. c;29;44.
- Reglamentos de los establecimientos de salud:
- Reglamento General de Hospitales (DS. 005-90-SA, DOEF 25/5/1990)
- Reglamento general de establecimiento de salud (DS.023-87-SA, DOEP, 26/05/1987).
- Normas éticas; Arts. 73-77

La Historia Clínica y en general todos los registros médicos, constituyen documentos de alto valor médico, gerencial, legal y académico, los mismos que contribuyen de manera directa a mejorar la calidad de atención de los pacientes, así como también, a optimizar la gestión de los establecimientos de salud y del establecimiento y proporcionar información con fines de investigación y docencia. (Varsi, 2006)

Por ello, es necesario administrar correctamente todos los mecanismos y procedimientos que siguen las Historias Clínicas desde su apertura, de manera tal, que se pueda responder con criterios de calidad, oportunidad e integridad las demandas cada vez más exigentes de los pacientes/usuarios y de los prestadores de salud (personal y establecimientos de salud). (Varsi, 2006)

Se ha llegado a determinar que, en la práctica, las historias clínicas tienen una información insuficiente (con fiebre, sin colocar la temperatura exacta), datos subjetivos (paciente de condición humilde), datos sensibles (afinidad sexual) y se viene utilizando abreviaturas no reconocidas por las autoridades de salud lo que implica una desnaturalización de la misma. (Varsi, 2006).

Los datos sensibles son aquellos que contienen información significativa y substancial de la persona y está relacionada con lo más íntimo de su ser, en tal sentido se busca que no trasciendan de la esfera de la vida privada o del núcleo en el cual este se desarrolla. Los datos sensibles son de dos órdenes, los que hacen referencia a la ideología, opiniones políticas, tendencia

sindical, convicciones religiosas o filosóficas, creencias o cultos, estos solo pueden ser tratados con el consentimiento de su titular y aquellos; otros como el origen racial o étnico, salud, vida sexual, que solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo permita su titular o lo establezca la ley. (Varsi, 2006).

## **F) Contenido**

La historia clínica debe contener la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actual del estado de salud del paciente (Varsi, 2006).

Deberá contener como mínimo:

- La documentación relativa a la hoja clínico-estadística
- Autorización de ingreso
- Informe de urgencia
- La anamnesis y la exploración física
- La evolución
- Las órdenes medicas
- La hoja de interconsulta
- Los informes de exploraciones complementarias
- Consentimiento informado
- Informe de anestesia
- Informe de quirófano o de registro del parto
- Informe de anatomía patológica
- Evolución y planificación de cuidados de enfermería
- Aplicación terapéutica de enfermería
- Gráfico de constantes
- Informe clínico de alta

#### *1.1.1.3.6. Responsabilidad profesional*

##### **A) Generalidades**

La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños causados (principio *neminem laedere*. “Aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo”).

Los daños pueden tratarse de aquellos producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (contractual) o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta carente de vínculo obligacional (extracontractual). Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual y, dentro de la terminología del CC., de responsabilidad civil derivada de la inejecución de obligaciones.

Cuando se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre los sujetos, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil comprende tanto la responsabilidad contractual, consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada, como la responsabilidad extracontractual, derivada del incumplimiento del deber de no causar daño a los demás.

##### **B) La responsabilidad de los profesionales**

La responsabilidad civil se estructura en un sistema normativo cuyo objetivo es que se indemnicen los daños causados, sea cual fuere su causa, siempre y cuando se trate de un daño causado como consecuencia de una conducta no permitida o autorizada por las normas y el sistema jurídico en general. Uno de los aspectos más importantes de este sistema general de responsabilidad civil, y que ha adquirido enorme trascendencia en los últimos tiempos, lo constituyen sin lugar a dudas la responsabilidad civil de los profesionales, es decir, aquel profesional que incumple una obligación o que por dolo, imprudencia o negligencia ocasiona un daño en la persona o bienes de quien ha requerido sus servicios.

A pesar de los diversos argumentos y teorías acerca de la naturaleza jurídica

de la responsabilidad civil de los profesionales, claro es el criterio de considerarla de orden contractual cuando el incumplimiento de obligaciones proviene de dicha índole (que es la mayor parte) a pesar de que hay situaciones en que el profesional presta sus servicios sin existir relación contractual (situación que se da en menor medida). (Woolcott, 2002).

### **C) Responsabilidad médica**

La responsabilidad médica es uno de los supuestos típicos más importantes de la responsabilidad civil profesional, y por tanto ambas se encuentran sometidas a las reglas generales de la responsabilidad penal, por cuanto, como es evidente también, existen supuestos de responsabilidad penal vinculados con el ejercicio profesional de actividades médicas. Sin embargo, es necesario distinguir nítidamente la responsabilidad civil del médico de su responsabilidad penal, por tratarse de aspectos que se estructuran y regulan por factores distintos.

La expresión responsabilidad médica se refiere a la responsabilidad en general del médico en el ejercicio de su profesión. De modo que, no se refiere a la responsabilidad civil sino también a la responsabilidad penal y a disciplinaria (o administrativa). El principio de la responsabilidad profesional, en términos generales, es una garantía para los médicos diligentes, una amenaza para los médicos temerarios y un límite a las reclamaciones desmesuradas de los pacientes.

La responsabilidad profesional del médico está normada por leyes especiales. La responsabilidad disciplinaria está regulada por el CEDCMP y la especial, por la LGSalud. A esta normativa, le debemos sumar las normas generales de la responsabilidad civil y penal del médico por daños o lesiones causados por la incorrecta ejecución de los deberes, las que están reguladas por las normas civiles y penales. El médico - cirujano asume responsabilidad legal por los efectos de sus actos médicos, y el Estado garantiza las condiciones necesarias para que así sea, de acuerdo a lo señalado en los artículos 4 y 5 de la LTM.

Sin embargo, la LGSalud (art. 36) considera como regla general hace la responsabilidad de los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, así: "Son responsables por los daños y perjuicios ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades". La LGSalud (art. 4) trata del

principio de eximencia: “La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso”.

En esta situación, se comprende mencionar los casos de negativa a tratamientos médicos por objeción de conciencia.

Se puede decir que, el término responsabilidad médica tiene una connotación estricta, comprendiendo sólo a los médicos, y una connotación lata, cuando incluyen a los profesionales de la salud en general.

#### **D) Responsabilidad civil**

Establecer si la responsabilidad civil del médico se encuentra dentro del campo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual es importante; el CC. establece, como se ha mencionado anteriormente, un doble sistema de responsabilidad civil: derivados del incumplimiento contractual y del sistema extracontractual.

En ese sentido, Osterling y Castillo (2003) han sostenido con claridad que:

Se ha discutido de la existencia, la de la relación contractual en la atención que un médico a un paciente, dando origen a dos teorías: la teoría de la no responsabilidad contractual y la teoría de la responsabilidad contractual. Esta distinción no es ociosa, reviste no solo importancia doctrinaria, sino también, fáctica de acuerdo con la tesis que prevalezca, siendo muy distintas las consecuencias que se deriven, si se tiene en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece el Código civil.

La responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina es por regla general, de carácter contractual. Sólo excepcionalmente, es de carácter extracontractual cuando el médico realiza conductas antijurídicas o prohibidas o viola disposiciones reglamentarias de su profesión.

La jurisprudencia nacional (2004) se ha pronunciado de la siguiente manera:

En el contrato verbal sobre prestación de servicios existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge, la violación de deber genérico de no causar daño a otro, lo que, tal como lo admite la



doctrina, ingresa obviamente en la esfera de la relación extracontractual, como es el caso de la conducta negligente del médico

Se advierte que la materia sometida a discusión judicial tiene su origen, no en una responsabilidad extracontractual, sino en una relación vinculatoria de naturaleza obligacional, no escrita, pero verosímilmente acreditada, para la prestación de un servicio médico específico a favor de una paciente.

Para efectos de la determinación de la responsabilidad, en todos los casos, siempre ha de tener presente la actividad médica, el daño causado y la diligencia debida (Fernández, 2004). Cada acto médico tiene sus singularidades: unos son simples, otros complejos, mientras que otros son altamente riesgosos:

No se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado por el simple de considerársele una actividad riesgosa; por otro lado, el riesgo a que se ha sometido la demandante, no puede semejarse ser reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares (Fernández, 2002).

Aunque se debe aceptar, hasta cierto punto, que la jurisprudencia ya aceptó el riesgo permitido:

La actividad profesional de un médico o los servicios que presta una institución de salud sea privada o pública pueden generar riesgos permitidos por la propia naturaleza de su actividad, los que se adecuan a fines tanto científicos y profesionales en el caso los médicos, y de prestación de servicios en el caso de la institución (Cas N° 1312 – 96 - Lambayeque, 2004)

Para determinar la responsabilidad, es esencial la receptividad del paciente, es decir, la forma como responde al tratamiento, obviamente de acuerdo a cada caso.

#### **a) Responsabilidad civil contractual**

La relación y efectos contractuales se aplican a todos los supuestos de vinculación médico - paciente, aun en aquellos en los que el paciente carece de la capacidad para manifestar su consentimiento, por ejemplo, en el caso de una

persona que ha sufrido un desmayo y el médico la asiste, éste actúa por un deber legal que se basa en una obligación ex lege (la razón es que la actividad médica es un servicio de pública necesidad).

## **1) Disposiciones generales**

Para analizar la responsabilidad civil contractual del médico, se debe remitir a las disposiciones generales sobre inejecución de obligaciones reguladas en el CC. (art. 1314 al 1332).

El CC. Comprende dos supuestos para la responsabilidad civil contractual:

- i. La inejecución de la obligación.
- ii. El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

La responsabilidad contractual médica puede ser definida según Osterling y Castillo (2003) como: “Aquella que se presenta por la inejecución culpable o dolosa de una obligación que nace en virtud de un contrato médico – paciente o por haberse cumplido parcial, tardía o defectuosamente, sea por acción u omisión”.

## **2) Naturaleza jurídica de la obligación asumida por el médico**

La obligación que contrae el médico con su paciente como consecuencia de la celebración del contrato de prestación de servicios médicos es una obligación de medios, asumiendo el compromiso de atender al paciente con cuidado y diligencia, destinado a lograr su recuperación, aunque dicho resultado no pueda ser asegurado; en alguna medida puede ser de resultados, como es el caso de lograr de una manera directa y efectivamente una mejora o acondicionamiento de la salud.

Pero este punto no es del tipo pacífico en la doctrina nacional.

Monge Talavera (2003) indica que:

Siguiendo la clásica distinción, el contrato genera a la carga del médico una obligación de medios, debido a que el acto médico es intrínsecamente aleatorio.

Por su parte, Marianne Denegri (2001) establece que el médico asume siempre una obligación de medios y nunca una de resultados, de lo que se

desprende que el médico sólo se compromete a un actuar diligente, la obtención de un resultado exitoso no depende exclusivamente del solo actuar no culposo del médico, sino también de otras variantes ajenas a su voluntad. Basta por lo tanto que el médico demuestre, ante un supuesto de daños en su actividad profesional, que actuó de acuerdo a la diligencia ordinaria para que se libere de responsabilidad. El criterio de imputación de responsabilidad civil será por lo tanto subjetivo (es decir, por culpa) con la consiguiente pesada carga probatoria que pesa sobre la víctima del daño en estos casos, al tener que probar el actuar negligente del médico. (Denegri, 2001).

Olenka Woolcott (2001), con un criterio más permeable, dice que en la generalidad de los casos, ésta implica una obligación de medios, por la cual el médico se compromete a hacer todos los actos necesarios de acuerdo a las reglas de la ciencia, la técnica y el arte médico para satisfacer el interés del paciente acreedor, no siendo suficiente con un simple actuar diligente del profesional. De producirse un daño en estas situaciones, el paciente tiene una enorme carga probatoria, en la medida en que debe demostrar que el médico no realizó todo lo que la ciencia ponía a su alcance para lograr la satisfacción del interés creditorio. El criterio de imputación de responsabilidad será subjetivo, es decir, por culpa. Cabe resaltar, de acuerdo con Woolcott (2001), que el avance de la ciencia permite el surgimiento de las denominadas prestaciones de fácil ejecución en las cuales al médico se le puede exigir la obtención del resultado esperado por el paciente, y el paciente puede tener la expectativa de una completa satisfacción de su interés. En estos casos, de producirse un daño, la carga probatoria para la víctima es más sencilla, pues para que el médico incurra en responsabilidad deberá únicamente demostrar la no obtención por parte del médico del resultado exitoso esperado por el paciente – acreedor. El criterio de imputación de responsabilidad será objetivo.

Por su parte, Espinoza Espinoza (2003) critica la identificación de la naturaleza de la prestación de servicios médicos con una obligación de medios, por cuanto siempre la responsabilidad sería subjetiva, lo cual es discutible, señalando como ejemplo la cirugía estética.

En este mismo sentido, refiriéndose al tema de la cirugía plástica, sostiene Monge (2003) que:

Tanto en la cirugía reconstructiva como en la cirugía estética o de fantasía, la obligación del cirujano es de medios. Sin embargo, dado que la cirugía estética no es de naturaleza terapéutica, ni indispensable, menos aún urgente, pesa sobre el cirujano una obligación de medios rigurosa, reforzada. Incurre en responsabilidad si en la intervención no procura ninguna mejora estética. A pesar de que su compromiso no es un resultado determinado, se compromete, por lo menos a que la desgracia física sea menor. La no obtención del resultado esperado no es suficiente para comprometer su responsabilidad (CC. Art. 1314). Será necesario establecer que la ausencia de ese resultado se debe al incumplimiento o a la violación de una obligación. En suma, es necesario probar la culpa. Tal es el caso de la ejecución defectuosa de una intervención quirúrgica, si se establece la torpeza, imprudencia o negligencia grave (CC. Art, 1319) o simplemente la omisión a la diligencia ordinaria en la ejecución de la obligación (CC. Art. 1320). La responsabilidad del cirujano plástico debe ser juzgada con mayor rigor que en la cirugía con finalidad terapéutica.

Duncan Sedano (2002), explica que la clásica división de obligaciones de medios y de resultados en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no está sujeta a reglas claras, facilitando la labor de los jueces en cuanto a determinar el alcance de los deberes asumidos por los profesionales. En el medio en el cual se vive, tal distinción es inútil, en la medida que tanto, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la culpa se presume, produciéndose una inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al prestador de salud la prueba en contra, es decir, demostrar su no culpa.

Por lo demás, es preciso aclarar un punto adicional. Si la obligación es de medios entendemos que la responsabilidad será subjetiva, en tanto que si la obligación es de resultados, sin duda, la responsabilidad será objetiva. La discusión respecto a si la responsabilidad de los profesionales es de medios o de resultados, no es dable, en tanto que el standard establecido por ley es

la diligencia ordinaria. (Espinoza, 2003)

En la jurisprudencia administrativa se ha hecho la distinción entre la obligación de medios y de resultados, así, la Resolución Final N° 401 – 2003– CPC, del 09.04.03, de la Comisión de Protección al Consumidor, ha establecido lo siguiente:

- i. Servicio médico sujeto a una obligación de medios: en este caso, un consumidor razonable tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, si esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado.
- ii. Servicio médico sujeto a una obligación de resultados: en este caso, un consumidor razonable espera que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se han contratado dichos servicios. Es así que un consumidor razonable considerará cumplida la obligación cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución o no de la responsabilidad objetiva del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción (Espinoza, 2003)

### **3) La responsabilidad por culpa del médico**

En la generalidad de los casos de daños en la actividad médica, la responsabilidad será por culpa leve en el entendido que se requiere de preparación, diligencia habitual y ordinaria, de acuerdo con disposiciones de la ciencia, la técnica y el arte médico. La limitación de responsabilidad civil a los casos de dolo o culpa inexcusable funcionará solo en aquellos casos excepcionales.

- **La culpa del profesional**

El artículo 1760 del CC. nos dice:

Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Marianne Denegri (2001), dando una interpretación literal al artículo mencionado, considera que

Se trata de una norma especial al régimen de inejecución de obligaciones, entendiendo la actividad médica como un asunto profesional de especial dificultad, por la que el médico sólo respondería por dolo o culpa inexcusable (culpa grave), no respondiendo en los casos de culpa leve (estableciéndose una excesiva limitación de los médicos, por lo que propone su supresión). No obstante, su inaplicación se da por el principio de especialidad (art. 36 de la LGSalud): los profesionales médicos, técnicos y auxiliares son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, regulando por lo tanto la responsabilidad de los profesionales de la salud.

Olenka Woolcott (2001) establece que:

El artículo 1762 es una norma de aplicación extraordinaria (para casos no estudiados adecuadamente por la ciencia o experimentados en la práctica y que requiere de diligencia y preparación mayor). En estos casos, para que la víctima pueda exigir el resarcimiento requiere acreditar que el médico actuó con un grado de culpa mucho más grave cuando se está ante un problema más difícil que la exigida en los casos médicos ordinarios.

Así se ha venido considerando en algunos fallos:

6. Que, en el caso materia de arbitraje no existe una historia clínica de los actos médicos realizados en La Paciente, conforme pueda acreditarse de la Auditoría Médica Externa que corre a fojas 179 y SS.

8. Que, siendo las normas de salud de orden público al regular la materia

sanitaria y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas, por lo que nadie puede pactar en contra de ellas (IX del Título Preliminar de la Ley General de Salud), se llega a determinar que todos estos elementos configuran una negligencia, en especial una culpa inexcusable en el acto médico llevado a cabo a La Paciente, de acuerdo al artículo 1321 en concordancia con el 1762 del Código Civil, y que existiendo una responsabilidad del profesional de la salud frente al paciente por los daños y perjuicios que ocasionen por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades (Artículo 36 de la Ley General de Salud), en la medida que se ha comprobado la existencia del daño causado, éste debe indemnizarse con equidad y justicia, sobre la base personal de la víctima y siempre tomando en consideración que el resarcimiento comprende los daños subjetivos como el daño a la persona y el correspondiente daño moral. (Laural Arbitral, 2002).

- **La culpa virtual**

En la responsabilidad civil médica se ha construido la llamada teoría de la culpa virtual bajo el sustento que “si el daño es causado por la actuación médica, se evidencia la culpa, ya que de no haberse producido la intervención no existiría el daño”. En doctrina, se citan ejemplos como este: si alguien acude al médico con un pequeño bulto en la muñeca y acaba con el brazo completamente paralizado desde el hombro a los dedos tenemos un típico caso de responsabilidad del médico, quien deberá probar lo contrario.

La culpa virtual es entendida como aquel acto generador de un daño desproporcionado que normalmente no debiera producirse si no fuera por la indiscutible culpabilidad del autor. Verificada la lesión se dice “ésta habla por sí sola”, origen de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). Es decir, es una evidencia que crea una presunción de negligencia en el médico determinando su responsabilidad. La doctrina angloamericana, la alemana (*Anscheinsbeweis*, apariencia de prueba) y la francesa (*faute virtuelle*) tratan extensamente este tema.

Este criterio obliga a que los médicos demuestren que han obrado correctamente. La desproporción entre el diagnóstico inicial y el resultado, que en

poco tiempo se produce, conlleva a la inversión de la carga probatoria ante la presunción de culpa del profesional.

Uno de los casos presentados en nuestro medio, en el que se falla aplicando la culpa virtual, señala lo siguiente:

Se llega a establecer en la sentencia que como consecuencia de una mala práctica en la primera operación en 1986 se deja al paciente una íntima adherencia entre próstata y recto que generó la facilidad que se produzca la fístula. Los médicos no tomaron las precauciones para evitar el daño y teniendo en cuenta este riesgo no cumplieron con el deber de realizar exámenes para obtener un diagnóstico antes de la operación, a pesar de que tuvieron conocimiento de la anterior operación. Al no haber realizado ningún otro examen para diagnosticar la fístula, los médicos actuaron de manera culpable e inexcusable el diagnóstico de la enfermedad. Se declara Fundada en parte la demanda y se ordena el pago del monto indemnizatorio de manera solidaria a los médicos (art. 1983 del CC) (Exp. N° 9481, 2004)

Como en el acto médico se configura una prueba difícil, en el sentido que es dificultoso obtenerla e incluso mantenerla, Avedaño Valdéz (2004) sugiere:

- Incorporar normas procesales que consagren las cargas probatorias dinámicas o la culpa virtual.
- Unificar la carga de la prueba en ambos tipos de responsabilidad dado que no es justo que, en los casos de mala praxis, ésta recaiga en la víctima si el asunto será fallado a la luz de las reglas de responsabilidad contractual.

Resulta apropiado regresar y extendernos un poco en la llamada teoría de la prueba difícil que es explicada con claridad por Avedaño Valdez (2004), de tal forma que dice tratándose de un daño causado en una intervención quirúrgica, que al actor le será muy dificultoso probar lo que ocurrió en la sala de operaciones, puesto que su estado de inconciencia, por efecto de la anestesia, se lo impedía. Además, probable es que en el quirófano no hubiera nadie más que viera lo ocurrido, salvo las mismas personas que probablemente causaron el daño, por lo que es necesario aplicar las llamadas cargas probatorias dinámicas de manera que la actividad



probatoria debe trasladarse del demandante al demandado y viceversa, según sea el caso. En definitiva, al no existir prueba eficaz, que es característico en los procesos de responsabilidad médica, la carga de la prueba debe corresponder a quien está en mejor situación de probar, o sea, al médico.

#### **4) Requisitos de procedencia**

Los requisitos para la procedencia de esta responsabilidad, según Osterling y Castillo (2003) son:

- Existencia de un contrato válido
- Que se haya producido un daño
- Que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico.
- La antijuricidad
- La imputabilidad.
- Que exista relación casual.
- Eximentes de responsabilidad médica.

La responsabilidad por los daños y perjuicios se configura cuando media dolo o culpa (inexcusable o leve). Quien actúa con diligencia ordinaria no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El CC. Establece la presunción *juris tantum*, por la que el deudor que inejecuta la obligación o la cumple parcial, tardía o defectuosamente responde por culpa leve. Cuando no hay dolo ni culpa, el deudor está eximido de responsabilidad, excepto en aquellos casos en los que la ley o el título de la obligación exijan el acontecimiento de caso fortuito o de fuerza mayor para la exoneración de la responsabilidad.

En la doctrina nacional, Osterling y Castillo (2003) sostienen que no en todos los casos en que se cause daño y concorra culpa será posible imputar responsabilidad al médico:

En sentido estricto, no es que se excluya el nexo causal, sino que simplemente, en ciertos eventos, éste no llega a configurarse por una falencia del Relemento culpa; o bien existe nexo causal, el hecho del

agente se encuentra justificado ya sea por la ley o por el consentimiento de la víctima.

## 5) Casos de eximencia

Los casos de eximencia de responsabilidad médica (Osterling y Castillo, 2003) son:

- Error excusable, el error es la falsa percepción que se tiene de algo.
- Caso fortuito, se refiere a un hecho natural, ajeno al ámbito de actuación del médico deudor, que impide el cumplimiento de la prestación y tiene como característica el ser extraordinario, imprevisible, irresistible y notorio (comúnmente se le denomina accidente).
- Fuerza mayor, está vinculada a un acto de autoridad.
- Culpa de la víctima, conducta del enfermo, en este caso, la falta de la víctima es la única causa.
- Hecho de un tercero, en este caso, el hecho dañoso ha tenido como autor a una persona distinta del dañado (paciente) o de aquella persona llamada a responder (médico).
- Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes: fracaso del tratamiento, en este caso no hay culpa; el profesional se comporta prudentemente, fracasando el tratamiento aplicado.
- Estado de necesidad, el médico que prescindiendo del consentimiento del paciente decide tratarlo.

## 6) Atención en casos de emergencia

Siendo de orden contractual, es preciso establecer la naturaleza de la atención médica de emergencia. Al respecto, existen dos posiciones:

**Obligación legal.** La LGSalud impone una relación obligatoria heterónoma entre el paciente en estado de emergencia y el establecimiento de salud. Es decir, como sostiene Barchi Velaochaga (2000), existe contrato forzoso en el que la iniciativa de las partes se ve desplazada por la intervención del estado, de conformidad con la política de protección al derecho de salud del que gozan todos los sujetos (art. II, LGSalud).

Un sector de la jurisprudencia ha llegado a considerar la atención de emergencia en el orden de la responsabilidad extracontractual:

La responsabilidad civil médica es extracontractual porque entre el causante y la víctima no existe ninguna relación anterior al daño que no sea la situación de emergencia por la que se sometió al paciente. Encontrándose probado que el demandado médico cirujano realizó tres operaciones al demandante por patologías de orden vesicular, y que el deceso de ésta fue producto de una embolia cerebral a 90 días a posteriori de la fecha de alta, no se da la relación de causalidad entre el daño producido, que exige el art. 1985 del CC. (Ledesma, como se cita en Varsi, 2006).

- **Imputación del resultado**

Existen diversos presupuestos de la imputación del resultado. El núcleo de la problemática supone que no cualquier infracción al deber de cuidado se constituye como un delito imprudente, pues se requiere además un resultado típico. En esta figura, la imputación del resultado "muerte" concede relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma de cuidado, como lo menciona Rojas (como se cita en Villavicencio, 2017) en:

### **Jurisprudencia**

El riesgo socialmente aceptado y permitido implica un vehículo no desemboca necesariamente en la pena litación del conductor cuando produce un resultado no va sería aceptar que el resultado es pura condición de punibilidad y que basta que se produzca, aunque también, para que la acción imprudente sea ya punible, que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito.

Para imputar el resultado se requiere que se haya afectado la vida humana independiente. Ejemplo: matar a un feto por negligencia no es una conducta típica en el artículo 111° del Código Penal. El resultado también resulta importante, porque permite agravar la pena si varias las víctimas (artículo 111°, 2do. Párrafo).

### **Jurisprudencia:**

No obstante que la conducta descrita configura el delito de homicidio culposo, el juez penal al expedir sentencia no ha tenido consideración que la conducta del referido acusado a causado muerte de parias personas y ha sido resultado de la inobservancia de las reglas técnicas de ocupación que configuran circunstancias agravantes del referido delito.

- **Imputación subjetiva**

Aquí se determina si el peligro causado pudo ser conocido por el sujeto, por lo tanto, se indaga sobre la cognoscibilidad: se entiende como exigibilidad del conocimiento del peligro que se determinará concreto, atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad; y, previsibilidad: se trata tanto desde una perspectiva objetiva - posibilidad de previsión de cualquier ciudadano prudente en la producción de un resultado típico— y la previsibilidad individual o personal - posibilidades concretas del agente en las circunstancias que actúo-. Estas dos categorías están estrechamente relacionadas.

### **Jurisprudencia**

El menor falleció como consecuencia de un traumatismo vertebro medular; conforme lo describe el certificado de necropsia producido por el encuentro violento entre su cabeza y el suelo de concreto (...), como consecuencia de la pérdida de conciencia originada por un cuadro convulsivo de etiología no determinada que originó la caída, constituyendo este hecho un caso fortuito: que sucede en forma imprevisible o no prevista y en todo caso no evitada (...), en consecuencia, no previsible por el encausado. En un segundo caso: Que, conforme se desprende del análisis de los actuados, se debe de considerar que el agraviado fue empujado por un tercero, al canil donde se encontraba desplazando la unidad automotriz conducida por el encausado, el mismo que no puede prever el resultado estando a que ocurrieron los hechos en un área de un metro cuadrado, considerándose de que el lugar donde ocurrieron los hechos es una pía de circulación fluida.

Existe culpa consciente (culpa con representación) cuando el sujeto se

representó o previó el proceso que afectó al bien jurídico, el mismo culpo que exigía un cuidado determinado. La culpa inconsciente (culpa sin representación) se presenta cuando el sujeto no se representó, ni previó el proceso que afectó al bien jurídico que exigía un cuidado especial y que, sin debió preverlo (Villavicencio, 2006).

## **1.2. Formulación del problema de investigación**

### **1.2.1. Problema General**

PG ¿De qué manera la Valoración Jurídica de la historia clínica sirve como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico?

### **1.2.2. Problemas Específicos**

PE 1 ¿De qué manera la falta de redacción de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico?

PE 2 ¿De qué manera la falta de conocimiento legal de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico?

## **1.3. Justificación**

El presente trabajo de investigación tiene una justificación desde el punto de vista social porque va a permitir que los pacientes y usuarios del servicio de salud tengan conocimientos de los derechos que le asiste en su tratamiento o cualquier otro procedimiento en bien de salud.

También, tiene una justificación metodológica para los profesionales, por cuanto el estudio trata en el trabajo de campo no solo recoger las muestras si no a la vez servir como guía sobre los procedimientos a seguir por los médicos en la redacción de la historia clínica y además, las normas legales establecidas para su correcto funcionamiento.

## **1.4. Relevancia**

La relevancia del presente trabajo de investigación se basa en que actualmente, no existe muchos trabajos de investigación para la valoración de la historia clínica en los procesos de responsabilidad penal del médico, entonces que al investigar sobre la redacción y el conocimiento, por parte de los mencionados

profesionales de las ciencias de la salud, le da un mayor alcance científico al desarrollo de sus actividades, sobre todo en un sector muy vital y de mucha importancia, por cuanto se está hablando de la vida, la integridad y la salud de las personas.

## **1.5. Contribución**

El presente trabajo de investigación titulado la valoración jurídica como elemento de prueba de la Historia Clínica en los procesos de responsabilidad penal del médico tiene contribución en el ámbito social, jurídico y académico; en el campo social permite el conocimiento de la población que en cualquier momento y para por convenir a su derecho pueden solicitar una copia de historia clínica en el campo jurídico, nos permite conocer los alcances sobre la redacción, la cual debe estar conforme a la norma técnica y las normas legales citadas en la base legal de mi trabajo y también, relación con el proceso como medio prueba para determinar si hubo o no la existencia de negligencia imprudencia e impericia que puede causar un médico en el ejercicio de sus funciones, ya que éstas deben ser en forma diligente y una de ellas, es realizar su redacción en las historias clínicas en forma clara, concreta y precisa con todos los requisitos que establece la norma técnica oriente y con todas aquellas normas que como profesionales de las ciencias de la salud personas están obligados a conocer.

## **1.6. Objetivos**

### **1.6.1. Objetivo General**

OG Determinar la valoración jurídica de la historia clínica como elemento de prueba en los casos responsabilidad penal del médico.

### **1.6.2. Objetivos Específicos**

OE 1 Analizar de qué manera la falta de redacción de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.

OE 2 Determinar de qué manera la falta de conocimiento legal de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.

## **II. MÉTODOS Y MATERIALES**

### **2.1. Hipótesis de la Investigación**

#### **2.1.1. Supuestos de la Investigación**

##### **2.1.1.1. Supuesto Principal**

SP La valoración jurídica de la historia clínica si sirve como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico.

##### **2.1.1.2. Supuestos Especificas**

SE 1 La falta de redacción de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.

SE 1 La falta de conocimiento legal de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.

#### **2.1.2. Categorías de la Investigación**

##### **2.1.2.1. Categoría Principal**

- La valoración jurídica de la historia clínica.
- Responsabilidad penal del médico.

##### **2.1.2.2. Categorías Secundarias**

- Falta de redacción de la Historia Clínica.
- Falta de conocimiento legal de la Historia Clínica.

### **2.2. Tipo de estudio**

En la presente investigación es de tipo cualitativa, básica, no experimental.

### **2.3. Diseño**

Los diseños utilizados son:

- Teoría fundamentada
- Teoría narrativa

## **2.4. Escenario de estudio**

Para el presente trabajo de investigación se ha considerado el escenario la facultad de ciencias de la salud de la Universidad Privada TELESUP, en donde se enseña la carrera profesional de Medicina, con la finalidad de ver el plan de estudios y la enseñanza de legislación en el ámbito de la salud.

Otros de los escenarios se ha previsto, las Fiscalías en donde se ha llevado los procesos investigación por negligencia médica, asimismo se ha considerado los Juzgados Especializados Penales, donde se llevan procesos por homicidio culposo y por lesiones culposas que tenga que ver con que los sujetos activos son los profesionales de la salud médicos.

## **2.5. Caracterización de sujetos**

Para el presente trabajo de investigación fueron seccionados primero, los profesionales de la salud médicos, a quienes se les realizaron una encuesta y entrevista sobre la redacción de la historia clínica y además, sobre el conocimiento de las normas de salud en cuanto a la historia clínica; a los Fiscales Penales, donde se desarrolla la investigación sobre los presuntos delitos de homicidio culposo, y quien a la vez son aquellos que dentro de sus facultades tiene la función de conducir desde el inicio la investigación penal y en esa función la de obtener los medios de prueba la historia clínica, asimismo e ha considerado los Jueces Especializados en penal quien tiene la facultad de dirección desde la etapa intermedia y especialmente, del juzgamiento así como de expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley.

## **2.6. Plan de análisis o trayectoria metodológica**

En el presente estudio se desarrollará el tipo de metodología básica que tiene como propósito recolectar el argumento y diseñar sugerencias valoración jurídica de la historia clínica como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico, la investigación se manera de forma descriptiva tratando de buscar resultados basándose en entrevistas y así formular conclusiones y recomendaciones.



## **2.7. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos**

- Técnica
- Instrumento

## **2.8. Rigor científico**

El autor de la indagación muestra que las medidas, criterios y todo el rigor del método se encuentran presentes en todos los períodos de la investigación para así ofrecer una solución al problema de investigación; es el objetivo más significativo de un trabajo de investigación (Valencia y Giraldo, 2011).

## **2.9. Aspectos éticos**

En el presente de trabajo de investigación se ha considerado la autenticidad y la originalidad del trabajo, adjuntando para ello, la declaración jurada, asimismo la redacción y las citadas bibliográficas y demás estaban conforme lo establece las normas APA, de la misma manera como es un trabajo en el cual, se ha necesitado tomar muestras a través de los instrumentos como son las encuestas; es por ello, que se ha necesitado del personal voluntario de la salud Médicos, Fiscales y Jueces que desearon ser parte de la investigación; de este modo, fue necesario realizar un formato para la autorización llamado consentimiento informado que permitió recabar su autorización mediante documento escrito, al cual accedieron después de una breve información sobre la metodología de la encuesta y la entrevista; luego de la charla, los que aceptaron, formaron parte de la presente investigación. Teniendo el compromiso de guardar el secreto profesional y la reserva en cuanto a la protección de datos personales.

### III. RESULTADOS

1. Después de analizar cada uno las entrevistas de los participantes, se encontraron como resultado una opinión favorable y común acerca de la Historia clínica que es una nueva forma de estudiar jurídicamente, las secuencias del desarrollo aplicación y práctica de la ciencia de la salud en el ser humano para esta manera determinar por los operadores del derecho y de quienes administran justicia si en la actuación del médico existiera impericia, imprudencia y negligencia. Sin embargo, se obtuvo información que hay profesionales médicos que desconocen la forma correcta de la redacción de una historia clínica, asimismo de las normas de salud.
2. Por otro lado, se obtuvo resultados obtenidos de los fiscales que opinaron que en casos de denuncias por homicidios culposos o lesiones culposas como consecuencia de negligencias médicas, en pleno usos de sus facultades hacen la inmovilización de la historia clínica y posteriormente, solicitan la copia certificada de la misma incorporada de manera legítima como elemento de prueba en los procesos de investigación antes mencionados.
3. Por su parte, los Jueces Especializados Penales, manifestaron que la historia clínica si debe ser considerada un elemento de prueba muy valioso, puesto que en ella está plasmado todo el acto médico realizado por el profesional que brindó la atención al paciente, durante su instancia en el hospital, clínica o consultorio. Y al ser un medio de prueba amerita la valoración pertinente para fundar decisiones en la sentencia.

#### **IV. DISCUSIÓN**

De los resultados recolectados se ha realizado en base a la información obtenida desde la aplicación de la entrevista y la observación directa, de allí se concluye que, entre los Fiscales y Jueces se tiene una clara visión sobre importancia de la Historia Clínica como elemento prueba fundamental de todos los procesos de responsabilidad penal del médico; además es de donde se obtiene también, las bases para otros elementos probatorios tales como: los peritajes médicos legales, optimizar su atención presente y futura permitir la investigación y la docencia los comités de calidad. Sin embargo, la debida relevancia no se da mucho en el personal médico que pesar de manifestar que su atención fue de calidad, pero la cual no se puede probar por cuanto, su declaración en la investigación es contraria a la redacción en la historia clínica. Y otros que, si tienen conocimiento en tal sentido ellos podrán demostrar su debida diligencia, puesto que a través de la buena redacción de la historia clínica, se verificarán que se ha actuado de acuerdo a la diligencia ordinaria con el fin de liberar cualquier responsabilidad que se le impute al momento de evaluar la historia clínica como prueba documental.

## V. CONCLUSIONES

1. Que la historia clínica es un documento probatorio de la relación médico paciente, aún en el caso que la relación se haya constituido entre el paciente y el establecimiento asistencial, o con la obra social, o la empresa médica, siempre que la misma coincida totalmente con los otros documentos de la prestación asistencial, y su contenido no contenga imprecisiones, omisiones o inexactitudes sin embargo existe desconocimiento para su redacción sobre la base de los procedimientos y normas técnicas de salud, por parte del profesional médico al momento de evaluar al paciente, ya que es un registro de datos médicos sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente.
2. Que, la historia clínica es una base de datos e información valiosa sobre el desarrollo de las actividades profesionales de las ciencias de la salud médicos, porque en ella se va a registrar datos y circunstancias, también consigna la opinión del profesional acerca de la evolución de la enfermedad, como también las opiniones de otros facultativos cuando hubiere interconsultas, o los cambios de terapia en base a las distintas evaluaciones que realice el profesional. Por lo tanto, se constituirá en una prueba valiosa para la investigación por parte del Ministerio Público en los procesos de responsabilidad del médico. Sin embargo, hay muchos fiscales no le toman el mismo valor para el esclarecimiento de los hechos.
3. Que para los señores Jueces la historia clínica es un medio de prueba muy valioso, para fundamentar sus decisiones al momento de sentenciar, puesto que si éstas son ilegibles, con errores enmendaduras y otro efecto encontrado que no esté conforme a las normas para su redacción, y sobre toda es, en ella que queda plasmada la atención coetánea que se le brindó al momento de atender al paciente y por lo tanto, resulta inexplicables por que los profesionales médicos no toman conciencia al no valorar a este documento como único medio probatorio; puesto que, en ella queda sustentado todo su actuar como profesional de la salud en la atención

medica de sus pacientes; porque ante una posible denuncia por negligencia médica al no haber redactado correctamente, la historia clínica no tendría como sustentar argumento alguno de su correcta participación como médico. Además, manifestaron los jueces que si este documento está bien redactado conforme a los procedimientos puede podría eximir de responsabilidad alguna.

## VI. RECOMENDACIONES

1. Que las Facultades de Medicinas del sistema Universitario modifiquen la sección de aprendizaje en los cursos de Legislación en Salud, con la finalidad de que los futuros profesionales Médicos tengan el pleno conocimiento de la norma de salud que deben tener conocimiento, así como la importancia que tienen en la redacción de la historia clínica, ya que es un documento médico legal, el cual sirve como medio de prueba en los procesos penales por negligencias médicas. Asimismo, en las Facultades de Derecho debiera llevarse en un mínimo de dos ciclos, el curso de Medicina legal para que los futuros profesionales del campo jurídico puedan entender y tener conocimiento del manejo de la historia clínica toda vez, que se refiera a preservar delitos contra la vida, el cuerpo y la salud siendo estos bienes fundamentales para el desarrollo del bienestar personal y social. Es por tal motivo, la preocupación en la presente tesis fue el afán de estudiar que la historia clínica es un documento médico legal y considerarla como única prueba que podrá deslindar la responsabilidad médica.
2. Que, el Poder Judicial y la Fiscalía de la Nación, en coordinación con la Academia de la Magistratura colabore en una capacitación a los Jueces Especializados Penales y los Fiscales sobre los procedimientos jurisdiccionales de cada sector, sobre la valoración jurídica que debe tener la historia clínica con la finalidad de tener conocimiento, la forma y manera de su incorporación en el proceso y que ésta no sea desestimada porque no fue bien valorada, perdiendo así, la oportunidad de acreditar la verdad material de los hechos en algo muy importante y vital como es la vida la integridad y la salud de las personas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avedaño, J. (2004). *La prueba difícil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barchi, L. (2000). *Responsabilidad civil en la atención médico – quirúrgica de emergencia*. Diario con la jurisprudencia, Año 6, N° 27, Lima.
- Beleván, M. (2014) *Responsabilidad Médica y los Medios de Prueba en los delitos de Homicidio y Lesiones Culposas en el Distrito de Chiclayo*. (Tesis de pregrado) Universidad Señor de Sipán. Pimentel, Perú.
- Bello B. (2012) *Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Cáceres, R. (2013). *El delito de conducción en estado de ebriedad*. Lima: Jurista Editores.
- Camacho, I. (2017) *Derechos de los pacientes y negligencia médica en el hospital II Essalud – Huancavelica en el periodo 2014-2015*. (Tesis de pregrado) Universidad Nacional de Huancavelica. Huancavelica, Perú.
- Candia, K. (2016) *Impunidad de negligencia médica en la mala praxis y sus consecuencias penales por desconocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño, Hospital Regional Essalud – Puno*. (Tesis de Maestría) Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Juliaca, Perú.
- Cas N° 1312 – 96 – Lambayeque (2004). *Pioner de Jurisprudencia 2003 – 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Código Penal
- Código Procesal Penal
- Constitución Política Del Perú
- Declaración Universal De Los Derechos Humanos
- Decreto Supremo N° 027-2015 SA que Aprueba el Reglamento de la Ley 29414, que Modifico la Ley 26842 Ley General de Salud
- Denegri, M. (2001). Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana. *Advocatus*, N° 5, Lima.
- Espinoza, J. (2003). *Responsabilidad Civil*. 2° edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Félix, V. (2007). *Delitos contra la vida humana independiente*. Derecho Penal, Parte especial 1.
- Fernández, G. (2002). *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima: Grijley.

- Fernández, G. (2004). *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias*. Lima: Grijley.
- Figuera, C. (2009) *Referentes teóricos y jurídicos que conllevan a la responsabilidad penal por mala praxis médica en Venezuela*. (Tesis de Especialidad). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- Gaceta Jurídica (2004) *Exp. N° 34 – 98 – Arequipa*. Jurisprudencia 2003 – 2004. N° 11. Lima.
- Gaceta Jurídica (2004) *Exp. N° 175 – 98 – Arequipa*. Jurisprudencia 2003 – 2004. N° 11. Lima
- Juzgado Civil de Lima (2004) *Exp. N° 9481 – 2004, 28°*
- Laudo Arbitral (2002) *Exp. N° 009 – 2002 – ARB – SCTR, Indemnización por daños y perjuicios derivados de mala práctica médica*.
- Ledesma, M. (1995). *Ejecutorias*. Lima: Cultural Cuzco.
- Congreso del Perú (1997) *Ley 26842, Ley General de Salud*
- Congreso del Perú (2009) *Ley 29414, Ley que modifica la Ley 26842 Ley General De Salud*
- Limaylla, G. (2018) *La mala praxis médica y la obligación del médico de informar a la paciente de su estado de salud, año 2017*. (Tesis de pregrado) Universidad Norbert Wiener. Lima, Perú.
- Morillas L. (2009) *Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y otros agentes Sanitarios*. Madrid, España: Dykinson S.L
- Monge, L. (2003). *Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos*. Legal Express, Año 2, N° 23.
- Montealegre, E. (1988). El deber de cuidado en la actividad médica. *Revista Opiniones del Foro*. N° 4.
- MINSA (2018) *Norma Técnica 139-MINSA-2018 DGAIN, Norma Técnica Para la Gestión de la Historia Clínica*
- Ochoa, M. (2011) *Análisis jurídico de la ausencia de regulación legal de la mala práctica médica*. (Tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.
- Osterling, F. y Castillo, M. (2003). *Tratado de las obligaciones*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- R.N. 3477 – 97 Puno, Sala Penal, Lima, 4 de marzo de 1998
- Robles, R. (2002). *Participación en el delito, error e imprudencia en XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.



- Rodríguez, J. (1991) *Derecho Penal Español*. Parte Especial 14° edición. Madrid: Ed. Dykinson.
- Rodríguez, J. (2013) *El tipo imprudente*. 2° edición. Lima: Grijley
- Rojas, F. (1999) *Jurisprudencia penal*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas, F., Infantes, A. y León, L. (2007) *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada*. Parte especial, 3° edición. Tomo II. Lima: Editora Idemsa.
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo- 12 de septiembre del 2007.
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - 2 de julio del 2003.
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo – 24 de Noviembre del 2005
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo – 22 de febrero de 1991
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - 20 de septiembre de 2005
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - 19 de julio de 2007
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - 25 de octubre de 2002
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo - 18 de enero de 2001
- Sala Superior de Lima (1998) *Exp. N° 568– 98*. Lima, 27 de mayo de 1998
- Sala Superior de Lima (1998) *Exp. N° 4034 – 98*. Lima, 24 de noviembre de 1998
- Salinas, R. (1998). *Curso de Derecho Penal Peruano: Parte especial*. Tomo I. Lima: Editora Palestra.
- San Martín, C. (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema. Lima: Editora Palestra.
- Sedano, D. (2002). *La responsabilidad civil médica en el Perú*. Revista Jurídica del Perú, N° 36, Trujillo.
- Silva, J. (2009). *Lecciones de Derecho Penal*. 2° edición. Barcelona: Editora Atelier.
- Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. Buenos Aires.
- Trazegnies, F. (2004). *La teoría jurídica del accidente*. Lima: Grijley.
- Urquiza, J., Salazar, N. (2011). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia (2006 – 2010)*. Lima: Editora Idemsa.
- Urquiza, J. (2014) *Código Penal*. 2° edición, Tomo I. Lima: Editorial Universidad Privada San Juan Bautista.
- Varsi E. (2006) *Derecho Médico Peruano*. Segunda Edición. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Vásquez, A. (2007) *La mala práctica médica en el Ecuador*. (Tesis Doctorado).

Universidad de Azuay. Cuenca, Ecuador.

Villavicencio, F. (2017) *Derecho Penal*. Parte especial. Vol. 1. Lima: Editora Girjley EIRL.

Woolcott, O. (2001) *La culpa profesional en el campo sanitario*. Derecho y Sociedad, N° 17, Lima.

Woolcott, O. (2002) *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima: Ara.

## **ANEXOS**

## Anexo 1: Matriz de consistencia

Título: **VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍA	METODOLOGÍA	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	INSTRUMENTO
<b>PROBLEMA GENERAL</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>¿De qué manera la Valoración Jurídica de la historia clínica sirve como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico?</li> </ul>	<b>OBJETIVO GENERAL</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Determinar la valoración jurídica de la historia clínica como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico.</li> </ul>	<b>SUPUESTO PRINCIPAL</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>La valoración jurídica de la historia clínica si sirve como elemento de prueba en los casos de responsabilidad penal del médico.</li> </ul>	<b>CATEGORÍA PRINCIPAL</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>La valoración jurídica de la historia clínica.</li> <li>Responsabilidad penal del médico.</li> </ul>	<b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Cualitativa</li> <li>Básica</li> <li>No experimental</li> </ul>	<b>DISEÑO DE TEORÍA:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fundamentada</li> <li>Diseño</li> <li>Narrativo</li> </ul>	<b>TÉCNICA:</b> Encuesta  <b>INSTRUMENTO:</b> Entrevista Anónima
<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>¿De qué manera la falta de redacción de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico?</li> <li>¿De qué manera la falta de conocimiento legal de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico?</li> </ul>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Analizar de qué manera la falta de redacción de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.</li> <li>Determinar de qué manera la falta de conocimiento legal de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.</li> </ul>	<b>SUPUESTOS ESPECÍFICOS</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>La falta de redacción de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.</li> <li>La falta de conocimiento legal de la Historia clínica incurre en la responsabilidad penal del médico.</li> </ul>	<b>CATEGORÍAS SECUNDARIAS</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Falta de redacción de la Historia Clínica.</li> <li>Falta de conocimiento legal de la Historia Clínica.</li> </ul>			

## Anexo 2: Instrumentos

### ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD MÉDICOS

- 1) ¿Diga usted cuantos años tiene ejerciendo la profesión de médico?
- 2) ¿Diga usted si tiene alguna especialidad en medicina?
- 3) ¿Diga usted si tiene conocimientos de la norma técnica que establece en la redacción de las historias clínicas?
- 4) ¿Diga usted si conoce las normas de salud con relación a la ley del trabajo del médico?
- 5) ¿Diga usted si tiene conocimiento de la ley general de salud y demás normas del ámbito de su profesión?
- 6) ¿Diga usted si a todos los pacientes que atiende en su consultorio médico quedaba registrados en la historia clínica?
- 7) ¿Diga usted si sabe cómo redactar una historia clínica?
- 8) ¿Diga usted si considera a la historia clínica un elemento de prueba valioso para deslindar la responsabilidad penal del médico o en caso de ser procesado por negligencia médica

## ENCUESTAS DIRIGIDA A LOS FISCALES

- 1) ¿Diga usted cuantos años tiene como Fiscal?
- 2) ¿Diga Usted, si la historia clínica sirve de medio de prueba en los procesos de investigación por negligencia, impericia, imprudencia?
- 3) ¿Diga usted si el incumplimiento de la norma técnica de la historia clínica, es determinante para el fiscal al momento de realizar su investigación, por un delito culposo en el profesional médico?
- 4) ¿Diga usted si en los procesos de negligencias o mala praxis, es importante la verificación de las anotaciones del personal médico en la historia clínica?
- 5) ¿Diga usted si se es determinante la valoración de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico?
- 6) ¿Cree usted que el principal problema en los casos de negligencia médica, se da por la falta del conocimiento jurídico de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud médicos?

## ENCUESTAS DIRIGIDA A JUECES PENALES

- 1) ¿Diga usted cuantos años tiene como Juez Penal?
- 2) ¿Diga Usted, si considera a la historia clínica como un medio de prueba fundamental para deslindar la responsabilidad penal del médico en los procesos de investigación por negligencia, impericia, imprudencia?
- 3) ¿Diga usted si considera los errores de redacción en la historia clínica, para fundamentar sus decisiones en el delito culposo del profesional médico?
- 4) ¿Diga usted si en los procesos de negligencias o mala praxis, es importante la verificación de las anotaciones del personal médico en la historia clínica?
- 5) ¿Diga usted si se es determinante la valoración de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico?
- 6) ¿Cree usted que el principal problema en los casos de negligencia médica, se da por la falta del conocimiento jurídico de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud médicos?
- 7) ¿Cree usted que el desconocimiento de las normas en salud por parte de los profesionales de la salud médicos, es una atenuante o agravante en la toma de decisiones al momento de sentenciar?

### Anexo 3: Validación de los instrumentos



#### FORMATO A

### VALIDEZ DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Investigadores **BACH. SALAZAR GALVEZ RAQUEL**

**BACH. BARZOLA MANTARI NOEMI RUTH**

Indicación: Señor certificador, se le pide su colaboración para luego de un riguroso análisis de los ítems de la entrevista 1 respecto a los” **VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO** “se le muestra, marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo con los requisitos mínimos de formación para su posterior aplicación.

NOTA: Para cada ítem se considera la escala de 1 a 5 Donde:

1= Nunca	2=Casi Nunca	3= A Veces	4=Casi Siempre	5= Siempre
----------	--------------	------------	----------------	------------





**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO  
ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Item	ENTREVISTA: ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD MÉDICOS	1	2	3	4	5
1	¿Diga usted cuantos años tiene ejerciendo la profesión de médico?					
2	¿Diga usted si tiene alguna especialidad en medicina?					
3	¿Diga usted si tiene conocimientos de la norma técnica que establece en la redacción de las historias clínicas?					
4	¿Diga usted si conoce las normas de salud con relación a la ley del trabajo del médico?					
5	¿Diga usted si tiene conocimiento de la ley general de salud y demás normas del ámbito de su profesión?					
6	¿Diga usted si a todos los pacientes que atiende en su consultorio médico quedaba registrados en la historia clínica?					
7	¿Diga usted si sabe cómo redactar una historia clínica?					
8	¿Diga usted si considera a la historia clínica un elemento de prueba valioso para deslindar la responsabilidad penal del médico o en caso de ser procesado por negligencia médica?					



**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO  
ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Ítem	ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS FISCALES	1	2	3	4	5
1	¿Diga usted cuantos años tiene como Fiscal?					
2	¿Diga Usted, si la historia clínica sirve de medio de prueba en los procesos de investigación por negligencia, impericia, imprudencia?					
3	¿Diga usted si el incumplimiento de la norma técnica de la historia clínica, es determinante para el fiscal al momento de realizar su investigación, por un delito culposo en el profesional médico?					
4	¿Diga usted si en los procesos de negligencias o mala praxis, es importante la verificación de las anotaciones del personal médico en la historia clínica?					
5	¿Diga usted si se es determinante la valoración de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico?					
6	¿Cree usted que el principal problema en los casos de negligencia médica, se da por la falta del conocimiento jurídico de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud médicos?					



**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA  
COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Ítem	ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES PENALES	1	2	3	4	5
1	¿Diga usted cuantos años tiene como Juez Penal?					
2	¿Diga Usted, si considera a la historia clínica como un medio de prueba fundamental para deslindar la responsabilidad penal del médico en los procesos de investigación por negligencia, impericia, imprudencia?					
3	¿Diga usted si considera los errores de redacción en la historia clínica, para fundamentar sus decisiones en el delito culposo del profesional médico?					
4	¿Diga usted si en los procesos de negligencias o mala praxis, es importante la verificación de las anotaciones del personal médico en la historia clínica?					
5	¿Diga usted si se es determinante la valoración de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico?					
6	¿Cree usted que el principal problema en los casos de negligencia médica, se da por la falta del conocimiento jurídico de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud médicos?					
7	¿Cree usted que el desconocimiento de las normas en salud por parte de los profesionales de la salud médicos, es una atenuante o agravante en la toma de decisiones al momento de sentenciar?					

## PROMEDIO DE VALORACIÓN

**90%**

## OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente   b) Baja   c) Regular   **d) Buenas**   e) Muy buena

Nombres y Apellidos: ODALIS SOLF DELFIN

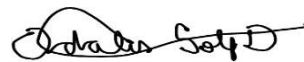
DNI N°:41863788\_\_\_Teléfono/Celular: 962225882

Dirección domiciliaria: SAN BORJA

Título Profesional: CIRUJANO DENTISTA

Grado Académico: MAGISTER

Mención: MAESTRO EN INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA UNIVERSITARIA



\_\_\_\_\_  
Firma

Lugar y fecha: 02/06/2020

**FICHAS DE VALIDACIÓN DEL INFORME DE OPINIÓN POR JUICIO DE EXPERTO**

**I. DATOS GENERALES**

**Título de la Investigación:** VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

**Nombre del Instrumento:** ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES, FISCALES Y MÉDICOS

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

Indicadores	Criterios	5	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9	9	10			
		0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0		
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado.																					x		
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables																						x	
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia pedagógica																						x	
4. Organización	Existe una organización lógica																						x	
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en calidad y cantidad																						x	
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los instrumentos de investigación																						x	
7. Consistencia	Basado en aspectos teóricos científicos.																						x	
8. Coherencia	Entre los índices e indicadores																						x	
9. Metodología	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.																						x	
10. Pertinencia	Es útil y adecuado para la investigación																						x	

	Baja
	Regular
x	Buena
	Muy buena
<p>PROMEDIO DE VALORACIÓN OPINIÓN DE APLICABILIDAD</p>	
<p>90%</p>	

## PROMEDIO DE VALORACIÓN

**90%**

## OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente    b) Baja    c) Regular    **d) Buenas**    e) Muy buena

Nombres y Apellidos: ODALIS SOLF DELFIN

a) Deficiente    b) Baja    c) Regular    **d) Buenas**    e) Muy buena

Nombres y Apellidos: ODALIS SOLF DELFIN

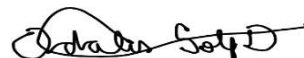
DNI N°:41863788\_\_\_Teléfono/Celular: 962225882

Dirección domiciliaria: SAN BORJA

Título Profesional: CIRUJANO DENTISTA

Grado Académico: MAGISTER

Mención: MAESTRO EN INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA UNIVERSITARIA



\_\_\_\_\_  
Firma

Lugar y fecha: 02/06/2020



## FORMATO A

### VALIDEZ DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

TESIS: **VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Investigadores **BACH. SALAZAR GALVEZ RAQUEL**

**BACH. BARZOLA MANTARI NOEMI RUTH**

Indicación: Señor certificador, se le pide su colaboración para luego de un riguroso análisis de los ítems de la entrevista 1 respecto a los” **VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO** “se le muestra, marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo con los requisitos mínimos de formación para su posterior aplicación.

NOTA: Para cada ítem se considera la escala de 1 a 5 Donde:

1= Nunca	2=Casi Nunca	3= A Veces	4=Casi Siempre	5= Siempre
----------	--------------	------------	----------------	------------





**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO  
ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Item	ENTREVISTA: ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD MÉDICOS	1	2	3	4	5
1	¿Diga usted cuantos años tiene ejerciendo la profesión de médico?					
2	¿Diga usted si tiene alguna especialidad en medicina?					
3	¿Diga usted si tiene conocimientos de la norma técnica que establece en la redacción de las historias clínicas?					
4	¿Diga usted si conoce las normas de salud con relación a la ley del trabajo del médico?					
5	¿Diga usted si tiene conocimiento de la ley general de salud y demás normas del ámbito de su profesión?					
6	¿Diga usted si a todos los pacientes que atiende en su consultorio médico quedaba registrados en la historia clínica?					
7	¿Diga usted si sabe cómo redactar una historia clínica?					
8	¿Diga usted si considera a la historia clínica un elemento de prueba valioso para deslindar la responsabilidad penal del médico o en caso de ser procesado por negligencia médica?					



**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO  
ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Ítem	ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS FISCALES	1	2	3	4	5
1	¿Diga usted cuantos años tiene como Fiscal?					
2	¿Diga Usted, si la historia clínica sirve de medio de prueba en los procesos de investigación por negligencia, impericia, imprudencia?					
3	¿Diga usted si el incumplimiento de la norma técnica de la historia clínica, es determinante para el fiscal al momento de realizar su investigación, por un delito culposo en el profesional médico?					
4	¿Diga usted si en los procesos de negligencias o mala praxis, es importante la verificación de las anotaciones del personal médico en la historia clínica?					
5	¿Diga usted si se es determinante la valoración de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico?					
6	¿Cree usted que el principal problema en los casos de negligencia médica, se da por la falta del conocimiento jurídico de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud médicos?					



**TESIS: VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA  
COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE  
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO**

Ítem	ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS JUECES PENALES	1	2	3	4	5
1	¿Diga usted cuantos años tiene como Juez Penal?					
2	¿Diga Usted, si considera a la historia clínica como un medio de prueba fundamental para deslindar la responsabilidad penal del médico en los procesos de investigación por negligencia, impericia, imprudencia?					
3	¿Diga usted si considera los errores de redacción en la historia clínica, para fundamentar sus decisiones en el delito culposo del profesional médico?					
4	¿Diga usted si en los procesos de negligencias o mala praxis, es importante la verificación de las anotaciones del personal médico en la historia clínica?					
5	¿Diga usted si se es determinante la valoración de la historia clínica como elemento de prueba en los procesos de responsabilidad penal del médico?					
6	¿Cree usted que el principal problema en los casos de negligencia médica, se da por la falta del conocimiento jurídico de la historia clínica por parte de los profesionales de la salud médicos?					
7	¿Cree usted que el desconocimiento de las normas en salud por parte de los profesionales de la salud médicos, es una atenuante o agravante en la toma de decisiones al momento de sentenciar?					



## PROMEDIO DE VALORACIÓN

**90%**

## OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente      b) Baja      c) Regular      **d) Buenas**      e) Muy buena

Nombres y Apellidos: Arturo Walter NUÑEZ ZULUETA

DNI N°: 16691279

Teléfono/Celular: 943057310 Dirección

domiciliaria: block 22 Dpto. 503 RES JJ INCLAN

S.J.M Título Profesional: Abogado

Grado Académico: MAGISTER

Mención: Derecho del Niño y Políticas Públicas para la Infancia y Adolescencia

Lugar y fecha: 02/06/2020-LIMA

ARTURO WALTER NUÑEZ ZULUETA  
ABOGADO  
ICAL N° 3533

FICHAS DE VALIDACIÓN DEL INFORME DE OPINIÓN POR JUICIO DE EXPERTO

III. DATOS GENERALES

**Título de la Investigación:** VALORACIÓN JURÍDICA DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO ELEMENTO DE PRUEBA EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

**Nombre del Instrumento:** ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES, FISCALES Y MÉDICOS

IV. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

Indicadores	Criterios	5	1	1	2	2	3	3	4	4	5	5	6	6	7	7	8	8	9	9	10			
		0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0	5	0		
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado.																					x		
2. Objetividad	Esta expresado en conductas observables																						x	
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia pedagógica																						x	
4. Organización	Existe una organización lógica																						x	
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en calidad y cantidad																						x	
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los instrumentos de investigación																						x	
7. Consistencia	Basado en aspectos teóricos científicos.																						x	
8. Coherencia	Entre los índices e indicadores																						x	
9. Metodología	La estrategia responde al propósito del diagnóstico.																						x	
10. Pertinencia	Es útil y adecuado para la investigación																						x	

	Baja
	Regular
x	Buena
	Muy buena
<b>PROMEDIO DE VALORACIÓN OPINIÓN DE APLICABILIDAD</b>	
90%	



## PROMEDIO DE VALORACIÓN

**90%**

## OPINIÓN DE APLICABILIDAD

a) Deficiente   b) Baja   c) Regular   **d) Buenas**   e) Muy buena

Nombres y Apellidos: Arturo Walter NUÑEZ ZULUETA

DNI N°: 16691279 Teléfono/Celular: 943057310

Dirección domiciliaria: block 22 Dpto. 503 RES JJ INCLAN S.J.M

Título Profesional: Abogado

Grado Académico: MAGISTER

Mención: Derecho del Niño y Políticas Publicas para la Infancia y Adolescencia



Lugar y fecha: 02/06/2020 Lima