



Rev Mex Med Forense, 2019, 4(1): 53-68

ISSN: 2448-8011

**¿Debe imponerse el consentimiento informado en el
ámbito pericial médico-forense?**
Artículo de Revisión

Should informed consent be imposed in the forensic field?

Ismael García-Garduza ¹

Recibido: 3 Septiembre 2018, Aceptado: 5 Octubre 2018, Publicado: 15 Enero 2019

¹ Catedrático de la Facultad de Derecho y de Medicina de la UNAM. Autor de los libros “Procedimiento Pericial Médico-forense” y “Medicina Forense. Solución a dos temas controvertidos: Estado de ebriedad y Lesiones Dentarias”.

Corresponding author: Ismael García-Garduza, ismaelgarciagarduza@yahoo.com.mx

RESUMEN

Introducción. La práctica médico-forense debe sujetarse a normas y principios técnicos, científicos y éticos para alcanzar su objetivo, el cual es proporcionar al agente del Ministerio Público los datos de prueba que contribuirán en que éste determine que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado la cometiera o participara en su comisión; para ello los médicos de la agencia del Ministerio Público deberán examinar el estado físico, mental y de salud de las personas que son enviadas con él por la autoridad, con el fin de obtener los indicios que vinculen al imputado con la víctima y con los hechos; esta finalidad puede verse entorpecida por el hecho de que por orden gubernamental se determine la imposición de un procedimiento que deje en las manos de las personas a examinar la decisión de someterse a ese examen médico-forense; tal es el caso del consentimiento informado que es un procedimiento que está instituido en el ámbito médico-clínico y que al implementarse en el ámbito médico-forense, origina que los imputados se nieguen a someterse al examen médico; este hecho puede impedir que el médico forense pueda obtener los indicios que los vinculen con el delito y con la víctima y con ello la autoridad no pueda integrar la Carpeta de Investigación, evitando que se imparta justicia.

Objetivo. Determinar si el procedimiento de consentimiento informado puede y debe imponerse en el ámbito pericial médico-forense.

Conclusión. Del estudio se desprende que la imposición del consentimiento

informado en el trabajo pericial no es correcta, porque impide la impartición de justicia y favorece la impunidad.

Palabras Clave: Consentimiento Informado, Práctica Médico-Forense

SUMMARY

Introduction. Forensic practice must be subject to technical, scientific and ethical standards and principles to achieve its objective, which is to provide the Public Prosecutor's Office with the evidence that will help the latter determine a criminal act has been committed; forensic doctors of the Public Ministry agency must examine the physical, mental and health status of suspects, in order to obtain evidence linking the accused with the victim and crime scene; this goal may be hampered by the fact that, by government order, individuals may refuse a medical examination; one example is the informed consent, which is a procedure that is currently instituted in the clinical field, but in the forensic field allows the accused to refuse medical examination; this fact can prevent the forensic doctor from obtaining evidence linking them to the crime scene and the victim and thus the authority can not integrate the Investigation File, preventing delivery of justice.

Objective. Determine if the informed consent procedure should be imposed in the forensic field.

Conclusion. Imposition of informed consent in forensic field is not acceptable, because it prevents the delivery of justice and favors impunity.

Keywords: Informed consent, Forensic Practice.

INTRODUCCIÓN

El trabajo pericial médico-forense, llevado a cabo en las agencias del Ministerio Público, debe satisfacer correcta y completamente el objetivo que le corresponde, que es buscar indicios, analizarlos y emitir conclusiones en un certificado-dictamen que sirva para que la autoridad pueda vincular a la víctima con los hechos y con el indiciado. Con el propósito de alcanzar ese fin, el médico forense debe sujetarse a normas y circunstancias, las cuales son diferentes que aquellas que se siguen y se presentan en el ámbito médico-clínico;

Como ejemplo de lo anterior, en la práctica clínica se obtienen los síntomas y signos de la enfermedad que está presente en el organismo y se determina el agente que los está ocasionando; en cambio, en el área pericial el agente vulnerante que produjo las lesiones en el organismo de la persona ya no está presente y entonces el médico forense debe determinar qué provocó esos daños aplicando su experiencia, razonamiento y conocimientos en el estudio de los indicios; se trata de una investigación sobre hechos pasados y como las lesiones sufren cambios, es importante que se lleve a cabo el examen médico lo más pronto posible para evitar que esos cambios impidan conocer datos como el momento en que se produjeron los daños; la finalidad es que la autoridad conozca si los involucrados están diciendo la verdad sobre esos cuestionamientos; por ello,

cuando existe una orden del gobierno que puede impedir al médico realizar una exploración psicofísica a la persona involucrada en un problema jurídico, éste tendrá dificultad para obtener los indicios y emitir una opinión acerca de ellos.

El Gobierno de la Ciudad de México ha establecido un Protocolo acerca de la forma en que se tiene que realizar el examen médico y en el cual se ha evidenciado la falta de conocimiento deontológico y profesional por parte de las personas que participaron en su elaboración; dentro de las normas contenidas en dicho protocolo se encuentra solicitar el consentimiento informado a todos los individuos que la autoridad solicita que sean revisados por el médico de la agencia del Ministerio Público; al dejar en manos del individuo la decisión de aceptar o negarse a ser explorados y al conocer la consecuencia de los resultados, es obvio que los imputados no lo aceptarán, evitando se cumpla el objetivo del trabajo pericial.

A lo largo de la presente revisión analizaremos el procedimiento de consentimiento informado y su importancia en el ámbito médico-clínico. En materia penal se demostrará que el consentimiento informado no puede ser impuesto en el ejercicio pericial, ya que a los individuos que se deberá de solicitar la aceptación de la revisión médica no son pacientes sino personas presentadas, por lo cual no habrá una relación médico-paciente (cimiento del acto médico-clínico) sino que se trata de un encuentro

persona-perito (cumplimiento del acto médico-pericial). Además analizaremos la función que tiene el médico forense en el proceso penal y su aportación para la acreditación del delito.

LEGISLACIÓN APLICABLE AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MÉXICO

En México existen tres documentos legales en los que se regula el funcionamiento y la participación del consentimiento informado: El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 del Expediente Clínico y el Acuerdo por el que se establece el protocolo para la exploración médica legal en los exámenes de integridad física o edad clínica probable, establecido por el Gobierno del Distrito Federal.

a) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica

En su artículo 80 establece que “*en todo hospital y siempre que el estado del usuario lo permita, deberá recabarse a su ingreso su autorización escrita y firmada para practicarle, con fines diagnósticos o terapéuticos, los procedimientos médico quirúrgicos necesarios para llegar a un diagnóstico o para atender el padecimiento de que se trate, debiendo informarle claramente el tipo de documento que se le presenta para su firma*”.

b) Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 del Expediente Clínico

En esta NOM se regula de manera expresa la figura de *Consentimiento Informado*, el cual es definido en su numeral 4.2 como “*los documentos escritos, signados por el paciente o su representante legal o familiar más cercano en vínculo, mediante los cuales se acepta un procedimiento médico o quirúrgico con fines diagnósticos, terapéuticos, rehabilitatorios, paliativos o de investigación, una vez que se ha recibido información de los riesgos y beneficios esperados para el paciente*”.

Se establece que las Cartas de Consentimiento bajo información deberán contener como mínimo el acto autorizado y el señalamiento de los riesgos y beneficios esperados del acto médico autorizado; los eventos que requieren cartas de consentimiento informado son el ingreso hospitalario y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos considerados por el médico como de alto riesgo.

c) Consentimiento Informado en materia penal en el Distrito Federal

Este Acuerdo fue publicado el 24 de Febrero del 2009 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal. En el artículo 3 párrafo II define al consentimiento informado como “*Autorización de la persona presentada o, cuando se trate de menor de edad, de quien ejerza sobre ella la patria potestad, tutela o su representante legal, que deberá constar por escrito y con firma autógrafa, para la práctica de los exámenes de integridad física o edad clínica probable, una vez que es enterada de su objetivo y necesidad*”. En el artículo 10 se establece que, antes de iniciar la práctica de los exámenes solicitados, el personal médico solicitará a la autoridad

competente la presencia de un familiar, quien ejerza la patria potestad, custodia, tutor o representante legal de la persona presentada; si esto no fuese posible, la autoridad nombraría a un servidor público del mismo sexo que la persona presentada, quien estaría presente durante la práctica de los estudios solicitados.

En la exploración médico-forense surge un problema cuando la autoridad a falta de la presencia de familiar, tutor o representante legal, nombra a un funcionario público que estará presente durante el estudio; esto va en contra de lo establecido por las leyes y puede dar lugar a responsabilidad por parte del médico si lo efectúa en presencia de ese funcionario público sin contar con autorización legal para realizarlo, ya que no hay ninguna persona que legalmente represente al menor a la cual se le informe sobre el procedimiento médico-forense y junto con el menor permitan que el médico de la agencia cumpla con su trabajo. Debemos entender a la ley como el instrumento de protección a los menores de edad, por lo que se debe regular la atención y la calidad médica, y más aún en el ámbito jurídico penal. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 18 que *“la operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente”*. En materia penal es muy importante hablar del trato que se les da a los menores de edad en el proceso de investigación, cuando se ha cometido un delito, ya sea que el menor sea el infractor o la víctima.

En el artículo 11 del Acuerdo se establece que *“cuando se actualice alguno de los supuestos señalados en el artículo anterior, para la práctica de los exámenes solicitados, el personal médico deberá obtener el Consentimiento Informado de la persona presentada”*. En tanto que el artículo 13 estipula que *“para la obtención del Consentimiento Informado de la persona presentada, el personal médico le informará el tipo de los exámenes médico legales solicitados, su propósito y objetivo”*. Finalmente, el artículo 15 menciona que *“el Consentimiento Informado se firmará en dos tantos originales; uno se quedará con el personal médico y el otro con la autoridad competente para los efectos legales procedentes.”*

CONSENTIMIENTO INFORMADO

La existencia de una relación entre el enfermo y el profesional de la salud se basa en el consentimiento informado. Todo paciente bien informado es capaz de tomar todas las decisiones que lo afectan en su vida y en su salud. En este contexto, una decisión es autónoma cuando cumple tres condiciones: voluntariedad, información y capacidad, siendo la capacidad la más difícil de evaluar. La capacidad en salud, definida como la aptitud para desempeñar una tarea específica, se refiere a tomar decisiones respecto al diagnóstico, tratamiento, pronóstico y cuidado de su enfermedad. La información suficiente da validez al consentimiento informado, traducción del respeto a la autonomía de la persona y contribuye a mejorar el acceso equitativo a la asistencia sanitaria¹. La capacidad para tomar decisiones en salud se define por la presencia de un cierto número de habilidades, fundamentalmente psicológicas (afectivas, cognitivas, volitivas). Los criterios de capacidad

sanitaria hacen referencia fundamentalmente a las aptitudes de los pacientes para recibir, comprender y procesar racionalmente información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente. La evaluación de la capacidad sanitaria suele ser subjetiva y prudencial en la mayoría de los casos, ya que aún no existen criterios (definición de habilidades y aptitudes a evaluar), estándares (grados de suficiencia a exigir) y protocolos (proceso para determinarla) consensuados para realizarla en forma objetiva y adecuada². La voluntad es probablemente la preocupación ética más importante con la que se enfrenta un médico. Esto resulta particularmente relevante cuando examina a un individuo para garantizar su aptitud para ser detenido o ser entrevistado; ambas categorías completan el principal trabajo de los especialistas en medicina forense.

El consentimiento puede ser tácito o explícito. Puede ser verbal o escrito. Pero en un adulto competente debe ser informado y ciertamente sin coerción. Un área de práctica médica particularmente problemática es la del médico forense, donde no hay típicamente la oportunidad de desarrollar esta relación en la manera tradicional. Mientras el consentimiento ha sido en teoría proporcionado por el detenido, algunos pueden considerar que ha sido obtenido bajo un grado de dureza por las circunstancias en las cuales la consulta toma lugar³.

Por ejemplo, cuando un juez quiere aclarar tales extremos en el caso de un sujeto, llama a expertos para que hagan un peritaje. Suelen ser médicos forenses o psiquiatras forenses. Lo sorprendente es que estos especialistas tampoco tienen ningún procedimiento estandarizado para evaluar tales cosas, al menos uno que sea aplicable en un contexto clínico de toma de decisiones. Lo más interesante de todas estas aportaciones es haber señalado con

razón que la exploración de la capacidad no puede ser meramente psiquiátrica sino que precisa atender igualmente al área neurológica⁴.

Como se observa, el consentimiento informado no es un evento sino que se trata de un proceso; es la autorización autónoma de una intervención médica. El consentimiento presume la capacidad de la persona y requiere información relevante; debe ser obtenido voluntariamente sin malinterpretación o fraude. El conocimiento incluye la contribución de la mente en entender información, percibir relaciones, elaborar conceptos, formular principios y hacer evaluaciones de aprendizaje. Los médicos, como los educadores, son los adecuados en llevar a cabo el rol de una discusión acerca del conocimiento relevante para que se llegue a hacer una decisión autónoma⁵.

Puede afirmarse que el consentimiento informado es un proceso complejo que requiere evaluar varios elementos, los cuales necesitan de una relación entre el médico y la persona que se va a someter al estudio para que se pueda llevar a cabo de la mejor manera posible; sólo puede ser llevado a cabo en el ámbito médico-clínico, como se ha establecido normativamente en nuestras leyes y por eso es que éstas no mencionan el ámbito médico-forense para su ejecución. Uno de los factores importantes para el consentimiento informado, es la capacidad de las personas, dato que puede ser complicado conocer para el médico forense, puesto que su actuación con la persona presentada tiene una duración de minutos y se lleva a cabo cuando es arrestado y puesto a disposición del agente del Ministerio Público.

El consentimiento en la actuación pericial médica no debe imponerse y de ser así no tendría que ser formal en el sentido de ser expresado por escrito, sino que sería un consentimiento tácito. El médico forense puede cumplir con su trabajo éticamente y sin afectar los derechos humanos de la persona a examinar, informándole detalladamente cuál es su función, cómo se lleva a cabo el procedimiento y quién le solicita el estudio a realizar. También puede dar a entender al detenido que su actuación va a ser imparcial y que no se encuentra al servicio de alguna de las partes en conflicto, sino de la autoridad. Si el procedimiento no es autorizado, ocasionará que los indicios obtenidos de la peritación médico-forense no puedan contribuir a establecer el vínculo del imputado con la víctima y con los hechos, elementos sustanciales para que el agente del Ministerio Público pueda determinar que se trata de un delito y se pueda ejercer justicia a la víctima.

Para entender el papel que juega en el proceso penal la integración de los elementos normativos del delito, se hablará de lo que es el cuerpo del delito y el momento en que debe integrarse.

EL CUERPO DEL DELITO

Hasta antes de Junio del 2008 se debía acreditar la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; por cuerpo del delito no solo se entenderían los elementos objetivos o externos, sino también los normativos, en caso de estar incluidos en la descripción del tipo penal. Para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión el Ministerio Público no requería la demostración de los elementos subjetivos del delito —el dolo y la culpa— debido a que no sería sino hasta la sentencia definitiva

cuando el juzgador debería entrar al estudio de los aspectos subjetivos del ilícito⁶.

El artículo 168 de lo que era el Código Federal de Procedimientos Penales, describe al cuerpo del delito como el “*conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera*”. Con la reforma de 19 de junio de 2008, esta definición cambia, hecho que queda explícito lo estipulado en el Nuevo Sistema de Justicia Penal, que establece que en lo concerniente al auto de vinculación a proceso, para satisfacer el requisito relativo a que la Ley señale el hecho imputado como delito, basta con que el Juez encuadre la conducta a la norma penal, de manera que permite identificar las razones que lo llevan a determinar el tipo penal aplicable.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 19 párrafo primero que “*para dictar un auto de vinculación a proceso es necesario colmar determinados requisitos de forma y fondo. En cuanto a estos últimos es necesario que: 1) existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho, 2) la ley señale como delito a ese hecho y 3) exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*”. El texto constitucional contiene los lineamientos que marcan la transición de un sistema de justicia penal mixto hacia otro de corte acusatorio, adversarial y oral, como lo revela la sustitución de las expresiones “comprobar” por “establecer” y “cuerpo del delito” por “hecho que la ley señala como delito”, las cuales denotan un cambio de paradigma en la forma de administrar justicia en materia penal; ya no

se requiere de "pruebas" ni se exige "comprobar" que ocurrió un hecho ilícito, con lo cual se evita que en el plazo constitucional se adelante el juicio; ya no es permisible que en la etapa preliminar de la investigación se configuren pruebas por el Ministerio Público por sí y ante sí -como sucede en el sistema mixto-, con lo cual se elimina el procedimiento unilateral de obtención de elementos probatorios; así se fortalece el juicio, única etapa procesal en la que, con igualdad de condiciones, se realiza la producción probatoria de las partes y se demuestran los hechos objeto del proceso. La norma constitucional ya no exige que el objeto de prueba recaiga sobre el denominado "cuerpo del delito", dado que ese ejercicio sólo es exigible para el dictado de una sentencia, etapa donde el juez decide si el delito quedó o no acreditado.

EL MÉDICO FORENSE Y SU FUNCIÓN

La Medicina Forense, es el conocimiento médico aplicado en la investigación de delitos para la procuración y administración de justicia⁸. En el acto médico que se ejecuta en el ámbito médico-clínico (preventivo, curativo, paliativo o de rehabilitación), los principios bioéticos de beneficencia, no maleficencia, justicia y autonomía deben constituir su base; esos principios también se aplican en el ámbito médico-forense, pero como un acto médico-pericial (efectuando certificaciones y dictaminaciones); los objetivos de ésta área son diferentes a los de la medicina clínica; el acto médico-pericial no es necesariamente benéfico para la persona a certificar o en la que recaen los resultados del peritaje, ya que por el hecho de encontrarse involucrada en un problema jurídico, es posible que los efectos

repercutan de forma adversa a sus intereses.

Las desigualdades entre el acto médico-clínico y el acto médico-pericial originan que la aplicación del proceso del consentimiento informado sea necesaria en el ámbito médico-clínico más no en el acto médico-pericial; para profundizar y conocer el porqué de este razonamiento comprendamos lo siguiente: La función de los Peritos Médico-Forenses es buscar, detectar y analizar indicios y si éstos tienen suficiente solidez, servirán para que la autoridad respalde una acusación y pruebe un hecho delictivo; también servirán para demostrar si pudieron haberse producido en otras circunstancias de tiempo o forma, o bien conocer el estado físico, mental y de salud de la persona, para asegurar que se encuentra en condiciones para estar detenido o para ser interrogado. El examen médico-forense es útil y necesario para que la autoridad verifique la autenticidad de las acusaciones, porque algunas pueden ser realizadas para perjudicar a otra persona o están sustentadas en hallazgos y descripciones inexactas, o en observaciones malinterpretadas; es común que esas falsas acusaciones ocasionen que personas inocentes se vean involucradas en procesos judiciales que las perjudican en todos los ámbitos (social, laboral, familiar, económico); o por el contrario, que como resultado de la negación del presunto victimario a que se le realice el examen médico, la persona afectada quede en estado de indefensión, pues la autoridad no cuenta con los indicios obtenidos por el perito médico y que establecen el vínculo víctima-victimario, necesario para que ésta determine la culpabilidad del imputado y se haga justicia a la víctima.

Los detenidos deben someterse a un examen médico para su seguridad, la de los agentes aprehensores y como parte del

proceso penal para que la autoridad integre la Carpeta de Investigación ⁹. La revisión médica debe ser realizada tan pronto como sea posible, con base en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Este documento establece, en el Principio 24, que *“se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario”*; en el Principio 26 se establece que *“quedará debida constancia en registros del hecho de que una persona detenida o presa ha sido sometida a un examen médico, del nombre del médico y de los resultados de dicho examen”*.

La Medicina Forense es diagnóstica y deberá efectuar todos aquellos procedimientos determinados por la propedéutica médica mediante una anamnesis (interrogatorio de los antecedentes personales y para conocer el estado mental de la persona), una exploración física (inspección, palpación, percusión y auscultación) y la semiología (descripción minuciosa de las lesiones y sus características), que no provoquen daño a la salud, integridad física, función o dignidad de la persona. El examen médico-forense no implica ningún riesgo para esos bienes ni resulta necesario para un ingreso hospitalario o para procedimientos diagnósticos considerados como de alto riesgo; estos son requisitos señalados por la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 relacionada al consentimiento informado.

El examen del perito médico consiste en corroborar la existencia de

daños (lesiones) en el cuerpo de la persona evaluando los parámetros que establecen los cánones (tipo, agente vulnerante, forma, dimensiones, color, ubicación, dirección, distancia a la que fueron hechas, planos que interesa, etc.). Si bien en algunos casos el factor tiempo juega a favor del médico clínico, el médico forense suele tener en contra aquel factor, porque el tiempo provoca cambios en las lesiones, entorpeciendo la reconstrucción de las condiciones originales.

Para realizar el peritaje médico legal, la persona se quitará la ropa de pies a cabeza y de adelante hacia atrás, situación que puede compararse con lo que sucede en la consulta externa de cualquier institución asistencial; en ese nivel el consentimiento informado es tácito, y se justifica por el hecho de que el procedimiento diagnóstico a ese nivel no implica ningún riesgo para el paciente; por lo tanto, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es la necesidad de pedir el consentimiento informado de las personas enviadas a los servicios médicos de las agencias del Ministerio Público?

El médico forense culminará su acto médico con la descripción de los hallazgos y su opinión en el certificado-dictamen que integra y entrega a la autoridad, el cual tendrá efectos jurídicos, ya que ese será uno de los datos de prueba que contribuirá a que el agente del Ministerio Público pueda fundamentar su acusación. Por ello, es necesario que el médico forense lleve a cabo el examen pericial a todos aquellos individuos involucrados en problemas jurídicos sin solicitar el consentimiento informado, haciéndolo de manera ética y profesional para que así surta efectos ante los Tribunales de Justicia, delante de los cuales defenderá públicamente las conclusiones a las que haya llegado.

En el ámbito médico-forense no se da una relación médico-paciente como sucede en el ámbito médico-clínico, hecho que resulta necesario e importante para la obtención de un consentimiento informado.

LA PERSONA PRESENTADA NO SE TRATA DE UN PACIENTE

La palabra paciente viene del latín *patiens* que significa: “padecer”, sufrir”, es decir el paciente es un adjetivo que hace referencia a quien tiene paciencia (la capacidad de soportar o padecer algo, de hacer cosas minuciosas o de saber esperar)¹⁰. En términos sociológicos y administrativos, el paciente es el sujeto que recibe los servicios de un médico u otro profesional de la salud y se somete a un examen, a un tratamiento o a una intervención.

Respecto al consentimiento informado en el ámbito médico forense tenemos que se habla de “Persona Presentada” y no de “paciente” ya que es llevada a solicitud de la autoridad competente ante el Servicio Médico para la práctica de los exámenes necesarios.

NO HAY UNA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La evolución de la relación médico-paciente la ha convertido en un acto jurídico; en la actualidad hay un nexo médico-jurídico y se ha dejado a un lado el paternalismo y con ello se ha transformando en una relación basada en la información y consentimiento autónomo del paciente para decidir respecto de su salud¹¹.

En el ámbito médico-asistencial se crea un diálogo entre médico y paciente ya que debido a la información y al grado de

enfermedad que tenga la persona esta relación lleva un ritmo; el consentimiento es libre, informado y sin coacción; esta relación no existe en materia penal, en la que la relación entre el médico y la persona presentada simplemente es jurídica; siempre habrá información respecto de los procedimientos médicos a los que se someterá el individuo, para no violentar sus derechos, pero no podemos afirmar que se trata de una relación médico-paciente.

Además, en la práctica clínica existe la aceptación por parte de la persona para ser diagnosticada por el médico que le asigna la institución de salud o el que ella escoge, proporcionando toda la información real y verídica sin engaño; es una situación diferente a la de los individuos que son examinados pericialmente por el médico forense, en donde continuamente se simulan, inventan, imitan o exageran los síntomas e incluso se provocan lesiones, con la finalidad de engañar al médico para obtener un beneficio jurídico de manera ilegal, lo que complica el trabajo pericial.

La primera cuestión destacable es el objetivo último de la relación médico-paciente, que es alcanzar o mejorar la salud de la persona; al caso de tratarse de una evaluación pericial no va a ser el beneficio de su salud, sino las posibles consecuencias legales que pueden derivarse. El individuo que se va a someter al examen médico-forense deberá ser informado exhaustivamente de la forma en que se llevará a cabo el procedimiento, el objeto de la exploración pericial, así como de la autoridad o parte que lo solicita, a fin de que pueda decidir de manera autónoma y libre acerca de su disposición a contestar el interrogatorio médico y a ser reconocido según sus intereses; tiene todo derecho de negarse a que se le efectúe y de conservar

ese derecho en todo momento, pero no solicitándole su autorización como se hace con el consentimiento informado, porque se pondría en sus manos la decisión de la ejecución de un acto legal; ello resulta absurdo puesto que la ley se debe cumplir y no dejarla al arbitrio de las personas que están involucradas en un conflicto legal.

El acto que el Médico Forense ejerce en su desempeño profesional es un encuentro persona-perito; esta circunstancia puede llegar a condicionar de manera importante la empatía o antipatía que de modo indudable puede afectar que el explorado proporcione los datos que permitan dar cumplimiento al fin del reconocimiento; en consecuencia, el encuentro persona-perito, no puede ser entendido como una relación médico-paciente como tal, en razón de las circunstancias especiales que confluyen en ella (la persona no se presenta ante el perito para el tratamiento de una enfermedad, no está ahí por su voluntad y, algunas ocasiones, no sabe por qué tiene que ser evaluada por el médico); otros aspectos que se deben tener en cuenta son: el lugar (agencia del Ministerio Público, juzgado, reclusorio, hospital, etc.) y el período en el que se establece el encuentro; todos estos factores generalmente distan de ser los apropiados para una armonía que permita que el comportamiento y actitud de la persona hacia el médico sean adecuados y se logre el nivel de confianza y la aceptación con capacidad (conocimiento de las implicaciones, naturaleza y consecuencias) del procedimiento a realizar, situación que sólo se puede alcanzar en una relación médico-enfermo⁸.

Al respecto, Kvitko¹² establece que “*el consentimiento informado se origina y aplica en todo acto médico asistencial, ello es de ineludible observación en la relación médico-paciente. En la práctica,*

el perito no realiza ningún tipo de asistencia médica, no trabaja con, ni enfrenta a un paciente, sino a una persona totalmente distinta, cual resulta ser la persona a peritar. En el acto pericial, el perito no integra una relación simétrica, cual es o debería ser la relación médico-paciente, sino que establece una relación asimétrica, perito-persona a peritar. Salvo oportunidades extraordinarias, la labor pericial se establece sin que el sujeto de la peritación pueda, en absoluto, elegir o disponer quien será el perito que lo evaluará. Para finalizar y a nuestro criterio, la tarea pericial es completamente diferente a la labor médico asistencial, tiene lugar en un ámbito completamente distinto, se origina y tiene como objeto causas y razones que no admiten una relación simétrica y se llevan a cabo conforme principios, criterios y procedimientos totalmente disímiles respecto del accionar puesto en práctica asistencial. Por ello el consentimiento informado que en forma irrestricta debe respetar todo médico asistencial no puede ser aplicado como tal en la actividad pericial”.

¿EN QUE CASO AFECTARÍA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA MATERIA PENAL?

El examen médico-forense, debe realizarse sin necesidad de llevar a cabo el proceso de consentimiento informado en pro del interés de la sociedad. En una persona arrestada por la comisión de un hecho ilícito, el examen médico servirá para aportar pruebas vinculatorias con el hecho delictivo, por lo que se puede hacer el examen sin su consentimiento a petición del Agente del Ministerio Público de acuerdo a lo establecido en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 131 fracciones VII (ordenar a la Policía y a sus auxiliares, en el ámbito de

su competencia, la práctica de actos de investigación conducentes para el esclarecimiento del hecho delictivo) y IX (solicitar la práctica de peritajes y diligencias para la obtención de otros medios de prueba). Esto es debido a que el examen médico forma parte integrante del proceso de investigación y constituye parte importante en la constitución del delito.

Dada la importancia de que la persona víctima del ilícito tenga una defensa apropiada con un debido proceso y respetando todas las normas, el consentimiento informado en el caso planteado no debe existir, ya que la autoridad persecutora (Ministerio Público) tiene la obligación de recabar las pruebas necesarias, siempre de conformidad a las leyes vigentes; no existiría violación a los derechos de imputado, ya que se le informará desde que es presentado ante la autoridad el porqué de su presentación y el procedimiento a seguir tal cual lo establece el artículo 20 de la Constitución; en este caso, la autoridad debe fundar y motivar el porqué del examen médico, lo cual nos lleva a concluir que por su importancia debe llevarse a cabo para la integración del delito, sin que medie consentimiento del probable responsable; a partir de dicho examen podrían arrojarse indicios que hagan vincular al individuo con el hecho delictivo; si en dado caso no se llevará a cabo el examen médico no habría datos de prueba y entonces no se encontrarían elementos suficientes para poder integrar la Carpeta de Investigación.

Si se solicita el consentimiento informado a una persona que está intoxicada y también lesionada, es obvio que no puede suscribir un consentimiento informado, situación que origina que no se pueda llevar a cabo la exploración física y que si es necesaria su valoración y tratamiento en medio hospitalario, éste se

retrase hasta la recuperación de la intoxicación, lo que puede originar que se agrave su estado de salud.

DERECHOS FUNDAMENTALES

A criterio de Luigi Ferragoli, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar¹³.

La calidad de personas con capacidad de obrar se genera solamente por vía negativa; como regla general la Constitución debe partir de la premisa de que todas las personas, por el solo hecho de serlo, tienen la capacidad necesaria para ser titulares de los derechos fundamentales y para ejercerlos por sí mismos, pero la misma ley restringe la capacidad de ser titular de algunos derechos o la capacidad de una persona para ejercerlos. Las personas tienen derecho a ser informadas sobre el examen médico-forense y decidir sobre el mismo; en caso de no tener la capacidad de obrar, ese derecho deberá ejercerlo quien ostente la guarda y custodia, tutela o la representación legal según sea el caso. Es común que la persona que debe ser examinada por el Médico Forense, pueda o no saber el porqué de ese procedimiento y, por lo tanto, desconocer la finalidad de ese acto médico-pericial. Por eso, en la atención médica proporcionada por el Médico Forense, ética y moralmente tiene la obligación de informarle a las personas, el porqué, para qué y cómo se va a realizar la exploración psicofísica y los resultados. El Médico Forense debe tratar con respeto a las personas que por Ley deben someterse al examen Médico; no debe olvidarse que la dignidad humana es inmanente (está por naturaleza unida al ser humano y

permanece en él); la víctima o el presunto victimario no pierden su dignidad, ni siquiera el cadáver, por lo que no se deben de tratar de forma diferente por la definición legal (denunciante o presunto responsable) que le atribuya el Agente del Ministerio Público en su solicitud de examen Médico-forense.

Así, para el médico clínico la situación ética-deontológica (deber ser y deber hacer) y moral se soluciona beneficiando al paciente, respetando su dignidad, relacionándose adecuadamente con el enfermo y respetando su autonomía, más en aquellos procedimientos en los cuales se requiera de su decisión para un diagnóstico o tratamiento, solicitando el consentimiento informado y aplicando los adelantos científicos que mejoren su estado de salud. En cambio, el perito médico forense solventa las cuestiones éticas tratando con respeto a las personas que son examinadas por él, explicándoles en qué consiste la examinación, procurando que una persona de su confianza o su abogado se encuentre con ellas en el área médica y si no es posible eso, que alguien que trabaje en la agencia del Ministerio Público y que sea del mismo sexo esté presente.

Con todo lo mencionado es posible establecer que sin el consentimiento informado de la persona, no se violan sus derechos humanos ni se afectan los principios éticos con los que debe actuar el perito médico al ejercer su trabajo, porque ésta ya ha sido informada previamente en qué consiste el procedimiento, y siempre prevalecerá y será respetada su decisión si ella no permite o no autoriza que se le efectúe el examen. Si el médico-forense le explica a una persona presentada, como presunto responsable de un hecho delictivo, en qué consiste el examen médico y le solicita su autorización para

examinarlo; esta persona conocerá los riesgos que para ella implica el procedimiento; lo más conveniente para sus intereses será el negarse a aceptar el examen, con lo que se impedirá que el perito obtenga los indicios necesarios para que la autoridad determine que se trata de un delito y por lo tanto fundamentar su acusación, originando impunidad.

EL PERJUICIO AL INTERÉS SOCIAL

El interés social es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegida mediante la intervención directa y permanente del Estado. Es todo aquello que tiende al beneficio y desarrollo de la comunidad; dada la importancia del mismo, es claro que el proceso penal no tiene que transgredir dicho interés sino todo lo contrario, protegerlo.

Es la protección a los derechos de la colectividad y no podemos sobreponer un derecho individual al interés social. Ha quedado claro que en materia penal no podemos hablar de un consentimiento informado de la misma manera que en el ámbito médico-clínico ya que, en materia penal lo que se busca es garantizar el interés social, es decir, que sea perseguida la delincuencia respetando los derechos que le otorga la Constitución, tanto a la víctima como al imputado; si el probable responsable no autorizara el procedimiento de consentimiento informado estaríamos poniendo un interés individual por encima del interés social; dicha afectación dejaría en completo estado de indefensión a la víctima de delito y no se cumpliría la finalidad del proceso penal que es la de la defensa social contra

la delincuencia. Al aplicar el consentimiento informado a un probable responsable se estaría afectando el interés social a la justicia, que tendría supremacía sobre el derecho individual a negarse a la exploración médico-forense.

En el caso del examen médico, se puede afirmar que cuando la protección de un derecho individual (el derecho a oponerse a realizárselo) conlleva un grave riesgo para un interés social de naturaleza superior como sería el derecho a la vida, a la salud y a la justicia, no es justificable esa negación; al ser el examen médico-forense un procedimiento inocuo, no resulta necesario el consentimiento informado para su realización. Además, se impediría el cumplimiento de lo estipulado en el artículo 269 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece que *“durante la investigación, la Policía o, en su caso el Ministerio Público, podrá solicitar a cualquier persona la aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello o cabello, exámenes corporales de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, así como que se le permita obtener imágenes internas o externas de alguna parte del cuerpo, siempre que no implique riesgos para la salud y la dignidad de la persona”*.

De igual forma se opondría a lo estipulado en el artículo 270 del mismo Código, que establece que *“si la persona a la que se le hubiere solicitado la aportación voluntaria de las muestras referidas en el artículo anterior se negara a hacerlo, el Ministerio Público por sí o a solicitud de la Policía podrá solicitar al Órgano jurisdiccional, por cualquier medio, la inmediata autorización de la práctica de dicho acto de investigación, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de*

practicarse, el tipo y extensión de muestra o imagen a obtener”.

CONCLUSIÓN

Podemos concluir que el consentimiento informado sin duda es parte importante en los derechos de una persona en el ámbito médico-clínico. Sin embargo, se ha puesto en evidencia que el consentimiento informado no puede ni debe ser impuesto en el ámbito médico-forense a todas las personas que son presentadas o enviadas con el médico de la agencia del Ministerio Público; el médico forense, cumpliendo con los deberes éticos y profesionales de informar sobre quién es él, a qué institución pertenece, cuál es su función dentro de la agencia, como se lleva a cabo el examen médico que él realiza y cuales los objetivos de éste, cumplirá éticamente su misión y no violará los Derechos Humanos de las personas.

El consentimiento informado en el área Médico-forense afecta la procuración y administración de justicia cuando no es aceptado el procedimiento de certificación (exploración física) por el imputado, al interferir en que se obtengan los datos de prueba, que son los certificados-dictámenes proporcionados por el perito médico, para que el agente del Ministerio Público determine si el hecho que se investiga se trata de un delito y la probable participación del indiciado en su comisión, que el Juez de Control pueda vincular a proceso al detenido o, el Juez de Juicio Oral pueda integrar el cuerpo del delito para dictar sentencia.

Por lo tanto, si se impusiera el consentimiento informado en el ámbito médico-forense se favorecería la impunidad, se dejaría en estado de indefensión a la víctima y se ponderaría un

derecho individual sobre un derecho colectivo que afectaría a la justicia y por lo tanto, a la sociedad.

REFERENCIAS

1. BÓRQUEZ E, Gladys, et al. La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal. Rev Méd Chile 2007; 135: 1153-1159
2. BOHÓRQUEZ E, Gladys; RAINERI B, Gina; BRAVO, Mireya. La evaluación de la capacidad de la persona: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado. Rev Méd Chile 2004; 132: 1243-1248.
3. CARVALLO V, Aurelio. Médicos y Profesionalismo. Pacientes e información. Ética Médica. Rev. Med Chile 2005. Vol. 133 No. 2: 23-25
4. Fernie G. Consent and the individual detained in custody. Medicine and Law; 2005 sep; 24 (3): 515-23.
5. SIMÓN-LORDA, Pablo. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente. Sev. Asoc. Esp. Neuropsiq., 2008; Vol. XXVIII, No. 102, pp 325-348.
6. BERGER K. Informed consent: Información or Knowledge. Medicine and Law; 2003; 22 (4): 743-50.
7. NANDAYAPA NATARÉN, Carlos F., et al, Litigación oral y práctica forense penal, Oxford, México, 2009, p. 114.
8. Época: Décima Época. Registro: 2014800. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo I. Materia(s): Penal. Tesis: 1a. /J. 35/2017 (10a.). Página: 360
9. GARCÍA GARDUZA, Ismael. Procedimiento Pericial Médico-Forense, cuarta edición, Porrúa. México, 2017.
10. WADEE, Shabbir Ahmed. Examination of detainees. Cme February 2006 Vol.24 No.2; 68-71.
11. Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.
12. PERÉZ FUETES, María Gisela, CANTORAL DOMINGUEZ, Karla. El Consentimiento informado como garantía constitucional desde la práctica del Derecho Mexicano. Revista de Derecho Procesal Privado, nueva época, año V, núm. 15, septiembre-diciembre, 2006, p. 60.
13. Luis Alberto Kvitko. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA PERITACIÓN MÉDICO-LEGAL. Rev.Latinoam. de Derecho Médico y Medicina Legal 7 (2), Dic. 2002-8(1), Jun. 2003: 77-80.
14. CAZARES RAMIREZ, José Jesús. El poder de Acusar del Ministerio Público en México, Porrúa, México 2010.p 63.
15. CARBONEL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México, segunda edición, Porrúa, México, 2006.p.12.



**Revista Mexicana de Medicina Forense
y Ciencias de la Salud**