

DERECHOS Y DEBERES DE LOS PACIENTES. ESTUDIO ESPECIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. ACCESO A LOS ARCHIVOS DE CENTROS SANITARIOS.

D. Javier Sánchez Caro
Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social
Subdirector general de la asesoría jurídica del Instituto Nacional de la Salud

Sumario:

1.- INTRODUCCIÓN. 1.1.-Complejidad. 1.2.- Conflictividad. 1.3.- Falta de una norma con rango de Ley, que dé solución a las cuestiones básicas. 1.4.- Dispersión legislativa de las normas relacionadas con la historia clínica. 2.- CARENCIA DE UNA NORMA CON RANGO DE LEY QUE AFRONTE BÁSICAMENTE EL ASPECTO NUCLEAR DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA HISTORIA CLÍNICA. 2.1.- La finalidad fundamental de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria del ciudadano. 2.2.- El médico es el responsable de la creación y actualización de la historia clínica. 2.3.- La historia clínica debe contener la información asistencial generada durante la atención al paciente. 2.4.- El ciudadano tiene derecho a la información de la historia clínica. 2.5.- El acceso a la información de la historia clínica. 2.6.- Custodia y conservación de la información de la historia clínica. 3.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA. 3.1.- Por el paciente. 3.1.1.- Por interés particular. 3.1.2.- Por interés sanitario. 3.2.- Por la Inspección. 3.3.- Para fines estadísticos. 3.4.- Para fines científicos o de investigación. 3.5.- Acceso por otras personas: el caso particular del fallecimiento. 4.- CANCELACIÓN DE LOS DATOS SANITARIOS. 5.- HISTORIA CLÍNICA Y ACTUACIONES JUDICIALES. 5.1.- Inculpación del médico en un proceso penal. 5.2.- Entrega de la historia clínica en otro tipo de casos. 6.- EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA POR PERSONA NO AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PENAL. 7.- HISTORIA CLÍNICA Y TRIBUNALES DE JUSTICIA. 7.1.- Declaración general. 7.2.- Declaración específica a propósito de facturas extendidas por profesionales médicos. 7.3.- La historia clínica como elemento de prueba. 7.4.- Historia clínica y carga de la prueba. 7.5.- Historia clínica y consentimiento informado. 7.6.- Historia clínica y responsabilidad. 7.7.- Obligación de conservar la historia clínica.

1.- INTRODUCCIÓN.

Se abordan en la presente ponencia algunas cuestiones conflictivas en relación con la historia clínica, significándose que no se da preeminencia a los

aspectos teóricos, sino a los aspectos prácticos. Naturalmente, eso no significa que, en un momento determinado, se haga referencia a las cuestiones teóricas, en la medida en que sea absolutamente necesario para abordar un problema concreto.

La materia que tratamos (la historia clínica, sus problemas y sus posibles soluciones) reúne una serie de características peculiares que, según nuestro criterio, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

1.1.- Complejidad

Se trata de cuestiones que afectan a una multiplicidad de personas (médicos y otros profesionales sanitarios, pacientes y usuarios en general); además, la forma de ejercicio actual de la medicina hace que se vean involucrados en la mayor parte de los problemas los centros e instituciones sanitarias públicos y privados; por último, los datos pueden recabarse para muchas personas y para distintas finalidades: en primer lugar, por el paciente, (en su caso, los familiares o allegados); las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en función de sus propias necesidades, que se traducen, en general, en el requerimiento de datos de filiación, estancia y localización y, con menor frecuencia, de datos clínicos; la inspección de Servicios Sanitarios, con la finalidad de llevar a cabo la evaluación correspondiente de la incapacidad temporal, tramitar correctamente los expedientes disciplinarios, realizar informaciones sobre denuncias por imprudencia o negligencia médica o de otros profesionales, etc...; la Seguridad Social, para la correcta tramitación de las pensiones (de Invalidez, fundamentalmente) y suministrar información adecuada a los equipos de valoración; las compañías de seguros en relación con las pólizas contratadas y que suelen condicionar el pago de los gastos sanitarios al hospital a la información de la estancia del paciente y de los aspectos concretos clínicos que justificaron para asuntos muy variados, en general en interés del propio paciente; en fin, los profesionales sanitarios por motivos asistenciales, docentes y de investigación.

1.2.- Conflictividad

Si se tiene presente los intereses que representan las personas o instituciones a que nos hemos referido anteriormente, no puede extrañar que en muchas ocasiones sea difícil resolver el conflicto y ponderar adecuadamente los intereses concernidos en cada caso. Además, los bienes y valores que están en juego hacen que el problema pueda ser extraordinariamente sensible.

1.3.- Falta de una norma con rango de Ley, que dé solución a las cuestiones básicas

A pesar de la importancia de los datos sanitarios incorporados a la historia clínica, no existe hasta el momento presente una Ley que establezca los principios fundamentales o esenciales en esta materia. Por el contrario, los centros e instituciones sanitarias tienen establecidos una serie de criterios a través de reglamentos de régimen interior o de simples circulares o instrucciones, interpretando de tal modo las lagunas existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

1.4.- Dispersión legislativa de las normas relacionadas con la historia clínica

Sin ánimo de exhaustividad, mencionamos las siguientes normas:

1.4.1.- En el ámbito del Derecho Internacional:

- El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4-11-1950; París 6-05-1963 y 20-01-1966; Texto del BOE nº 243, de 10-10-1969). Este texto es importante porque ha servido de base para juzgar un caso relevante para la cuestión que tratamos y que más adelante veremos: en concreto; el llamado caso GASKIN.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 19-12-1966; BOE nº 103 de 30-04-67). En concreto, el art. 12. 1 reconoce a toda persona el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (conocido como el Convenio de Oviedo), aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996 y que tiene que pasar a formar parte del ordenamiento interno español¹. Esta norma internacional aborda el consentimiento informado, los ensayos clínicos, el derecho a la intimidad y las cuestiones relativa a la genética.

1.4.2.- En el Derecho Comunitario

- El Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, y ratificado por Instrumento de 27-01-1984 (BOE de 15-11-1985).
- La Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta

¹ Art. 1.5 del Código Civil.

al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. Esta norma tiene un plazo de trasposición de 3 años a partir de su fecha.

- La Recomendación de 13-02-1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre protección de datos médicos.

1.4.3.- En la Constitución Española

- El art. 18.1, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar.

- El art. 18.4, que establece que la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos.

- El art. 24.2, en su párrafo último, que determina que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

- El art. 43.1, que reconoce el derecho a la protección de la salud.

1.4.4.- Diversas leyes sanitarias.

- La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril). En particular, los arts. 8, 10, 23 y 61, que establecen, sucesivamente, la necesidad de que en el sistema sanitario se realicen los estudios epidemiológicos necesarios, considerándolos como una actividad fundamental; los derechos de todos los usuarios respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias; la obligación de crear los registros y elaborar los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria; por último, la finalidad que debe cumplir la historia clínica (estar a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica, exigiendo a los poderes públicos que adopten las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes).

- La Ley Orgánica de Medidas especiales en Materia de Salud pública (Ley 3/1986, de 14 de abril). Esta ley permite a las autoridades sanitarias competentes adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento u hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población, debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas, o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

- La Ley del Medicamento (Ley 25/1990, de 20 de diciembre). En particular, lo dispuesto en sus arts. 85.5 y 98 que establecen la necesidad de respetar lo dispuesto en la Ley General de Sanidad en lo que se refiere a las recetas y órdenes médicas.

- Otras leyes sanitarias en las que se establecen diferentes preceptos para salvaguardar la intimidad y confidencialidad de los pacientes en los respectivos procesos sanitarios.

Aquí se puede citar la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos; la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida; la Ley 30/1989, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplantes de Órganos, y, por último, la Ley de 3 de junio de 1984, sobre Biotecnología.

- En lo que se refiere a las disposiciones reglamentarias, citaremos sólo las más importantes.

El Real Decreto 2050/1982, de 30 de julio, por el que se complementa el reglamento de lucha contra las enfermedades infecciosas. Desinsectación y desinfección, en lo concerniente a las enfermedades de declaración obligatoria; la Orden de 6 de septiembre de 1984, por la que se regula la obligatoriedad del informe de alta; el Real Decreto 561/1993, de 19 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos y el Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, de Receta Médica.

- Especial relevancia tiene, por último, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de las Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. En concreto, el art. 5, apartado sexto, Anexo I, dispone que constituyen servicios en materia de información y documentación sanitaria y asistencial... la comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el centro sanitario. Por tanto, este es un precepto relevante, sin bien de carácter reglamentario.

1.4.5.- Leyes civiles

- La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil de derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

- La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Esta Ley ha sido desarrollada por R.D. 1332/1994, de 20 de junio.

Además, por Orden de 21 de Julio de 1994 se regularon los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo (ampliados sucesivamente, por Órdenes de 24 de noviembre de 1995, 21-10-1996, 9-04-1997, 3 de julio de 1997 y 3 de octubre de 1997, que modifica la inicial de 21 de julio de 1994). Además, conviene también señalar que por Orden de 2 de febrero 1995 se aprobó la primera relación de países con protección de datos de carácter personal equiparable a la española, a efectos de transferencia internacional de datos.

En fin, cabe mencionar por la relación que tienen con estas materias, la Circular nº 9/1997, de 9 de julio, del Instituto Nacional de la Salud, y en virtud de la cuál se dictaron instrucciones generales sobre seguridad y protección de datos informáticos, dando cumplimiento a las recomendaciones de la Agencia de Protección de Datos, para adecuar de forma gradual y precisa los sistemas de información a las obligaciones que establece la citada Ley Orgánica. Asimismo, el Acuerdo nº 128, de 4-06-1990, del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en el que se establecen los componentes básicos de la historia clínica; se recomienda la existencia de un archivo central en cada hospital; se define el concepto de historia clínica pasiva e historia clínica activa; se determina el tiempo durante el que deba mantenerse la documentación clínica producida en los servicios de urgencias hospitalarios; se recuerda la obligatoriedad de realizar un informe de alta hospitalaria del paciente; se reconoce la necesidad de establecer protocolos y requisitos de utilización (manual de uso) de las historias clínicas con propósitos asistenciales, docentes y de investigación biomédica, asegurando la integridad, confidencialidad y cumplimentación de la información en ellas recogida; se recomienda un determinado sistema de codificación, (como mínimo) de los datos contenidos en el informe de alta para facilitar la recuperación homogénea de la información dentro del Sistema Nacional de Salud y se considera oportuno, por último, abrir un proceso de estudio sobre la implantación a medio plazo de la historia clínica “por problemas”

- La Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece (art. 1247) que son inhábiles para declarar los que estén obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado.

1.4.6.- Leyes administrativas.

- La Ley de la Función Estadística Pública (Ley 12/1989, de 9 de mayo). En particular, los arts. 4, 1, 12.3, 15, 17.3 y 24, fundamentalmente, que establecen los principios de secreto, transparencia, especialidad y proporcionalidad, poniendo el acento en el límite de la intimidad personal o familiar.

1.4.7.- Leyes penales.

- El Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En particular, los arts. 197 a 201, ambos inclusive. El texto punitivo determina (art. 197.2) que se impondrán penas de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses al que, sin estar autorizado, se apodere, autorice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas, continua el Código, se impondrán a quien sin estar autorizado, utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

El apartado 5º del citado artículo determina que, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencia, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas en su mitad superior.

- La Ley de Enjuiciamiento Criminal que, por una parte, establece el deber de denunciar, excepcionándolo solo para los abogados, procuradores o eclesiásticos (art. 2622) y, por otra parte, el deber de declarar, con excepción, una vez más, de declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieran obligados a guardar (arts. 410, 416 y 417).

1.4.8.- Normas de las Comunidades Autónomas.

- El Decreto 272/1986, de 25 de noviembre, por el que se regula el uso de la historia clínica de los centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

- El Decreto 56/1988, de 25 de abril, del Consejo de la Generalidad Valenciana, por el que se regula la obligatoriedad de la historia clínica (88/1156). En este mismo ámbito hay que mencionar la Orden de 17 de febrero de 1994, de la Consejería de Sanidad y Consumo, de la mencionada Generalidad, por la que se regula la confidencialidad y custodia de los datos médicos de los Servicios Médicos de Empresa.

1.4.9.- Leyes laborales.

- La Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que aprueba el Estatuto de los Trabajadores. En particular, el art. 4.2. que reconoce el respeto a la intimidad de los trabajadores.

- La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y, en particular, el fundamental art. 22.

1.4.10.- Los Códigos Deontológicos.

- El Código Deontológico de la Enfermería Española, aprobado por resolución nº 32/89, especialmente en su capítulo II.

2.- CARENCIA DE UNA NORMA CON RANGO DE LEY QUE AFRONTE BÁSICAMENTE EL ASPECTO NUCLEAR DE LAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA HISTORIA CLÍNICA.

Parece evidente que los bienes y valores que se nuclean alrededor de las cuestiones referentes a la historia clínica son de extraordinaria importancia. En concreto, hacen referencia a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la intimidad, a la confidencialidad y al secreto. Desde otro punto de vista; adquieren el mayor valor desde el momento en que son objeto de un tratamiento automatizado. En conclusión, los aspectos esenciales relativos a la historia clínica deben establecerse mediante una disposición de rango adecuado, que no puede ser otra que la ley.

A pesar de la importancia que en su momento tuvo la Ley General de Sanidad, es imposible dar solución a los problemas planteados mediante la aplicación exclusiva de sus normas, que acusan en este particular una penuria legislativa, ya que solamente hay un precepto específico que aborda la cuestión.² Por otro lado, son también insuficientes los criterios establecidos en el Real Decreto de Ordenación de las Prestaciones,³ en cuanto que no aborda la mayor parte de las cuestiones y su rango jerárquico es insuficiente para dilucidar el contenido material de la historia clínica. La Ley que se preconiza debería abordar, por tanto, las cuestiones básicas, siendo, en cuanto tal, el punto de partida para el resto de las disposiciones reglamentarias y, además, el puente necesario para armonizar debidamente esta materia con el resto de las leyes de nuestro ordenamiento jurídico que se refieren a la misma. La falta de estos criterios legales es el origen de gran parte de los conflictos que existen en el momento actual, generando, en consecuencia, una inseguridad en el quehacer cotidiano. Su existencia, por el contrario, establecería criterios definidos de actuación, sin perjuicio de que fuera objeto, posteriormente, de un desarrollo en el ámbito competencial correspondiente, que permitiría una adaptación a las circunstancias, si fuese necesario.

Los criterios básicos girarían alrededor de las siguientes cuestiones:⁴

² Artículo 61 de la Ley General de Sanidad.

³ Real Decreto 63/95.

⁴ Los criterios que a continuación se mencionan son los manejados por el Grupo de Expertos, creado al efecto por el Ministerio de Sanidad y Consumo, con alguna discrepancia.

2.1.- La finalidad fundamental de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria del ciudadano

Es evidente que el fin principal de la historia clínica es facilitar la mencionada asistencia al usuario, recogiendo toda la información clínica necesaria para asegurar el conocimiento a los sanitarios que le atienden. Este objetivo perseguido es el único que puede justificar su creación y actualización, la naturaleza de los datos que puede contener y su carácter especialmente sensible en relación con la necesaria protección legal, que asegure la confidencialidad de su contenido y, por tanto, la intimidad de la persona o personas a las que hace referencia la información.

2.2.- El médico es el responsable de la creación y actualización de la historia clínica

La afirmación expuesta no significa, en absoluto, que se desconozca la gran importancia que tienen otros profesionales en la formación de la historia clínica (en particular, el personal de enfermería). Se quiere decir, simplemente, que es necesaria una unidad de dirección, con la finalidad de evitar contradicciones y ofrecer al paciente, que es la auténtica finalidad de la historia clínica como hemos visto, una información única y consolidada, sin perjuicio de las funciones de los diferentes profesionales y de la plasmación correspondiente en el historial clínico.

2.3.- La historia clínica debe contener la información asistencial generada durante la atención al paciente

En todas y cada una de sus visitas a un determinado centro asistencial o área sanitaria, debiendo regular la ley los datos mínimos que debe contener la misma. Dichos datos deben disponerse de tal manera que permitan su consulta integrada, su consulta coherente y ordenada y su consulta selectiva y diferenciada por episodios asistenciales.

2.4.- El ciudadano tiene derecho a la información de la historia clínica

Como regla general, el ciudadano tiene derecho a que la información clínica que se contiene en su historial esté disponible y se utilice adecuadamente para su asistencia sanitaria. Para ello es preciso que colabore, a su vez, de forma leal y veraz, mediante la comunicación de los datos pertinentes que con este motivo, y siempre bajo criterio médico, le sean requeridos.

2.5.- Acceso a la información de la historia clínica

La asistencia sanitaria prestada a un ciudadano es, como regla general, la única razón que justifica el acceso a la información contenida en la historia clínica.

ca del mismo. Cualquier otro motivo de acceso a la información debe responder a un interés legítimo susceptible de protección y estar convenientemente motivado.

El paciente tendrá acceso, de manera ordenada y según la norma existente al efecto en el centro o área sanitaria, a los datos objetivos que sobre su estado de salud se contienen en la historia clínica. Se excepcionan los datos incorporados a la historia clínica por terceros y se discute doctrinalmente si pueden excluirse los componentes eminentemente subjetivos del médico, tales como apreciaciones subjetivas sobre la actitud o comportamiento del paciente, o de sus reacciones,⁵ o ciertas impresiones personales sobre el enfermo o su entorno y juicios iniciales sobre posibilidades diagnósticas.⁶

Aún reconociendo la dificultad de esta última excepción (es precisa una perfecta determinación, que impida que se desvirtúe el acceso franco a la información de la historia clínica por admitirse tal limitación en el acceso, los médicos no harían tales anotaciones y ello supondría un perjuicio para el paciente. Claro está que eso no significaría que no puedan hacerse llegar al paciente, sino que lo que decimos es que sería necesario el consentimiento del propio médico, si bien para evitar extralimitaciones sino debe ser su criterio el decisivo, si no el de una comisión establecida al efecto, o bien el criterio del servicio de archivo y documentación del hospital.

2.6.- Custodia y conservación de la información de la historia clínica

La custodia y conservación de la historia clínica corresponde a la dirección, cuando la asistencia se realiza por médicos y otros profesionales sanitarios que trabajan por cuenta y bajo la dependencia del centro sanitario. En caso contrario, la responsabilidad recae directamente sobre el médico que realiza dicha asistencia.

La conservación de la historia clínica debe orientarse a preservar la información clínica que contiene y no necesariamente el documento original en que se generó.

La conservación de la historia clínica debe entenderse como un deber del centro o área sanitaria, y debe mantenerse, total o parcialmente, al menos durante el tiempo razonablemente necesario para alcanzar el propósito concreto que justificó su recogida. Dicho tiempo debe ser aquel que, bajo un criterio médico, se

⁵ Este es el criterio sostenido por CARLOS M. ROMEO CASABONA y MARÍA CASTELLANO ARROYO, en "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica". Revista Derecho y Salud, volumen I, n^o1, julio - diciembre 1993, pág. 15.

⁶ Criterio sostenido por el Dr. JUAN MARTÍNEZ LÓPEZ DE LETONA, en "La Historia Clínica y el Código Penal", en el III Congreso Nacional de Derecho Sanitario".

establezca en el centro o área sanitaria para la asistencia del paciente, teniendo en cuenta el curso de la enfermedad que justificó su creación. La conservación por otros motivos (históricos, científicos, jurídicos y de salud pública) debe responder a las leyes existentes a tal efecto.

En fin, las consideraciones que se ha hecho sirven también en el caso de la medicina privada, haciendo cuando sea necesario las adaptaciones precisas.

3.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA.

Los problemas relativos al acceso a la información de la historia clínica suelen estar precedidos de discusiones doctrinales referentes a la naturaleza y propiedad de dicha historia. Y así, unos sostienen la teoría de la propiedad del paciente, otros la teoría de la propiedad del médico o del centro sanitario. Y, en fin, no faltan teorías integradoras o eclécticas. Sin desconocer la dificultad del tema, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que los médicos y otros profesionales sanitarios trabajan por cuenta y bajo dependencia de una institución (y otro tanto habría que decir cuando se trate de centros sanitarios privados en que se den estas circunstancias), la custodia y conservación de la historia clínica corresponde a la dirección del centro, así como el cumplimiento de las finalidades establecidas de antemano por la Ley.⁷ En tal sentido, bien puede decirse, como lo hace el reglamento de la Generalidad Valenciana,⁸ que las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la institución.

No es suficiente argumento, a nuestro juicio, el derecho de propiedad intelectual en favor del médico, al crear una obra científica (por ejemplo, al realizar el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento, etc...) pues en esta materia, bien sea por interpretación de la antigua legislación del contrato de trabajo, supletoria del Estatuto de los Trabajadores,⁹ o bien por la actual Ley de Propiedad Intelectual,¹⁰ ha de entenderse, en todo caso, que los posibles o hipotéticos derechos se transfieren en función de la relación de dependencia existente entre los profesionales sanitarios y las instituciones sanitarias donde prestan servicio. En concreto, la ley nos dice que los derechos se entienden cedidos como el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario, aunque no para fines distintos. En todo caso, se trataría de una propiedad sujeta a determinadas limitaciones, como ya hemos advertido anteriormente.

⁷ V. Artículo 61 de la Ley General de Sanidad.

⁸ V. Artículo cuarto del Decreto 56/1988 de 25 de abril.

⁹ V. Disposición final cuarta del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁰ V. Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987, Artículo 51.

3.1.- Por el paciente

3.1.1.- Por interés particular.

Como regla general, el acceso a la información de la historia clínica corresponde al paciente (en su caso, al representante legal), sin perjuicio de los casos excepcionales que las leyes determinen. Hemos hecho antes referencia a las dos excepciones que, a nuestro juicio, pueden establecerse: los datos incorporados a la historia clínica por terceros y los comentarios o impresiones personales que puede hacer el médico en un momento determinado, siempre que tengan trascendencia clínica, (en otro caso no debería incluirse en el historial).

En cuanto a los datos incorporados por terceros, encontramos diferentes textos donde se establece dicha excepción:

En la declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa (Jornadas Europeas sobre Derechos de los Pacientes, Amsterdam 28 - 30 de marzo de 1994. Organización Mundial de la Salud, apartado 4.4¹¹). En concreto, el texto dice lo siguiente:

“Los pacientes tienen derecho a acceder a sus archivos médicos y registros técnicos y a cualquier otro archivo o registro que se refiera a su diagnóstico, tratamiento y hospitalización y a recibir copia o parte de ellos. Tal acceso excluye datos relativos a terceras personas.”

- En la Directiva 95, a cuyo tenor se establecen limitaciones en el acceso para la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas.¹²
- En la recomendación de 13 de febrero de 1997, según la cual pueden establecerse limitaciones para proteger al afectado y los derechos y libertades de otros.¹³
- En el convenio de Oviedo. Dicho texto parte del principio de que toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud, si bien se establece que el ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el convenio pueden ser objeto de restricciones mediante ley, cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad pública, la prevención de las infracciones, la proyección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

¹¹ El texto puede consultarse en la obra de LUIS CARLOS MARTÍNEZ AGUADO, “Atención al paciente”, Editorial CERTEZA, Madrid, 1996, páginas 202 y siguientes.

¹² V. Punto 13.

¹³ V. Punto 5.6.

- En fin, existe el precedente del caso GASKIN, juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de julio de 1989.¹⁴ El caso en cuestión hacía referencia a un niño (el después demandante Sr. GASKIN), al cual el Ayuntamiento, que lo tenía a su cargo, decidió entregarlo a una familia, abriendo a este fin un expediente al que se aportaron en su día datos de informes sobre él. Todo ello para facilitar la tarea de quienes le iban a cuidar y, en definitiva, para protegerle. El protagonista del litigio, que durante su menor edad estuvo al cuidado de la Administración y acogido en diversas familias, como ya se ha expuesto, pretendió al llegar a la mayoría conocer su expediente personal, queriendo conocer su pasado y reconstruir su vida. En principio, es difícil negar el derecho a lo que pretendía, pero es comprensible también que pueden haber razones, por su puesto excepcionales, para apartarse de la regla general que parece clara. Sin duda, en el expediente en cuestión había documentos reservados (entre ellos, y por lo que aquí interesa, su historial médico), aportados con ese carácter y con la condición de no darse a conocer sin el consentimiento de sus autores. Incluso es admisible, tal y como se alegó, que si no se respetaba ese secreto podría resentirse en el futuro la preparación y la eficacia de estos expedientes, que, en definitiva, se abren y continúan en interés de la propia infancia.

Para nuestros efectos, interesa recoger lo que dijo el tribunal sobre el particular:

“Las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia..., aunque es muy importante, y se debe tener en cuenta el carácter reservado de estos expedientes, incluso para proteger a terceros. En principio, un sistema que condicione el acceso al consentimiento de los informantes es compatible con el artículo 8 del convenio; sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con ellos o cuando nieguen sin motivo su conformidad, hay que proteger al que pretende consultar los antecedentes sobre su vida privada y familiar. Hace falta que exista un órgano independiente, que en dichos supuestos pueda resolver la cuestión.”

En el caso no sucedió así y por eso el Tribunal falló, por 11 votos contra 6, que se había violado el artículo 8 del convenio. Parece, pues, que lo que se apreció fue un defecto de organización y procedimiento, más que una infracción de fondo.

¹⁴ V. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, número 131, marzo de 1992, páginas 127 y siguientes.

Ya hemos hablado antes de la cuestión relativa a las impresiones personales y la limitación en el acceso a las mismas. El fundamento en ambos casos sería el mismo, esto es, la colisión de los derechos (el derecho del paciente a su información y el derecho del profesional sanitario a su intimidad, en determinados casos), sirviendo también los argumentos legales que hemos referido a propósito de los datos incorporados por terceros.

Conviene poner de relieve que la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y su Reglamento, no establecen excepción alguna en su ámbito de aplicación.¹⁵

En definitiva, la propuesta en relación con estos problemas, consiste en solucionar estas cuestiones mediante una norma con rango de ley, que ofrezca claridad y seguridad en la actuación sanitaria.

3.1.2.- Por interés sanitario.

No rigen las anteriores excepciones cuando se trata de un interés sanitario, ya que la consulta del historial médico es de excepcional importancia para el médico que vaya a valorar de nuevo al paciente (incluso se ha construido el derecho a una segunda opinión, como un derecho claro del paciente). En tales casos, como es obvio, el expediente deberá ser remitido directamente al profesional sanitario.

Para terminar, reseñamos dos sentencias en relación con el epígrafe.

En la primera de ellas (de la Audiencia Provincial de Valencia¹⁶) se desestima la acción reivindicatoria, ejercida por un médico sobre las historias clínicas de sus pacientes, al abandonar la clínica. La sentencia entiende que carece de propiedad habilitante y no considera a los historiales como propiedad intelectual del facultativo.

La sentencia dice lo siguiente:

“... El hecho de abandonar la residencia sanitaria donde prestaba sus servicios no le autoriza para poder llevarse consigo el historial médico de los pacientes que atendió, como la simple lógica indica, pues, con arreglo a esta tesis, cualquier facultativo que cambiara de destino hospitalario, al cesar debería reclamar los historiales de todas aquellas personas que asistió durante su presencia en el centro sanitario, colocando a aquellos en la disyuntiva, bien de seguir al médico en su peri-

¹⁵ V. Ley Orgánica 5/1992, artículo 14 y Real Decreto 1332/1994 de 20 de junio, que la desarrolla, artículos 11, 12, 13 y disposición final segunda.

¹⁶ Audiencia Provincial de Valencia, sección ocho, sentencia de 19 de junio de 1995.

plo profesional en cuanto poseedor de su historial, o bien permanecer en el hospital, pero sin que en él obren los antecedentes médicos de su tratamiento, y ello es tan evidente que el propio Colegio Oficial, en su informe, expresa que las historias clínicas corresponden y son propiedad del hospital, y en consonancia con ello sería, no la condición de médico directo, sino la de titular o dueño de la clínica, la que le facultaría para exigir su entrega, pero tal carácter no se da en el actor”.

Y añade:

“... Ni tampoco su concepción (la historia clínica) puede ser clasificada como propiedad intelectual del facultativo, al no resultar encajable en la enumeración que al efecto se contiene en los arts. 10 a 12 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre (Propiedad Intelectual), ni su objeto permite su catalogación como creación original, máxime si, como se dice por el demandante, en ella se recogen las manifestaciones y opiniones del enfermo acerca de su inclinación o adicción, y las circunstancias personales, familiares o sociales que le han llevado a ello, datos cuyo origen es ajeno al médico y respecto de los que nada innova, e incluso el tratamiento y seguimiento pudo verificarse por otros médicos distintos, en los ingresos o asistencia realizados cuando no estuviera presente en la residencia o en el desempeño del servicio de guardia”.

En la segunda, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁷ concedió a un paciente el derecho a que se le facilitara la totalidad del historial clínico, basándose en la legislación vigente. Ha de tenerse en cuenta que el paciente alegó, además de motivos estrictamente personales, motivos asistenciales, entendiendo el tribunal que no bastaba con un simple “informe de informes”. Interesa recoger lo que dijo el tribunal:

“... Por ello... se desprende la necesidad y obligatoriedad de los organismos públicos sanitarios de facilitar a los interesados sus propios historiales médicos en su integridad, para no ver limitado o coartado el derecho a la información sobre su estado de salud y los medios que se han dedicado a su reintegración y protección. Entender los preceptos citados de forma más restrictiva, supondría dejar en manos de la Administración Sanitaria la información del propio estado de salud de los pacientes, sin posibilidad de acudir a otras vías que consideren humanamente más aconsejables, contrastando, o pudiendo fiscalizar la labor que los propios servicios médicos efectúen respecto a su pro-

¹⁷ Sentencia de 13-12-1996, Recurso de Suplicación nº 3727/1995.

pia salud, lo cual chocaría con el espíritu de las normas y la constitucionalidad de la que derivan”.

3.2.- Por la inspección

La Ley General de Sanidad¹⁸ permite el acceso a la historia clínica a efectos de inspección. Este título escueto ha originado algunos problemas, cuando las autoridades sanitarias han querido acceder a las historias clínicas para cumplir con una serie de finalidades administrativo-sanitarias, que no responden exactamente al título habilitante marcado en la ley. Para salvar estas hipótesis, el reglamento de la historia clínica de País Vasco establece que, cuando el motivo de la consulta sea la planificación sanitaria o la estadística sanitaria, el Departamento correspondiente, mediante el personal acreditado al efecto, tendrán derecho a la información contenida en las historias clínicas, sin perjuicio de garantizar su confidencialidad. Otro tanto ha hecho el reglamento de la Generalidad Valenciana. En concreto, dispone que se permite el acceso a las mismas para la obtención de información estadística sanitaria, en las actividades relacionadas con el control y evaluación de la calidad de la asistencia prestada, para la revisión del rendimiento asistencial de las encuestas oficiales y con finalidad educativa o en programas de investigación, añadiendo que en estos casos quedará plenamente garantizado el derecho del paciente a su intimidad personal y familiar.

Para solucionar los conflictos surgidos con motivo de estas actuaciones con algunos colegios de médicos, parece conveniente que la ley básica, a la que venimos haciendo referencia, determine con claridad el título habilitante y las motivaciones correspondientes.

3.3.- Para fines estadísticos

Como muestra de los conflictos que se dan con motivo de la aplicación de la Ley de la Función Estadística Pública, exceptuada de la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, (sin perjuicio de que la Agencia de Protección de Datos tenga el control de determinadas materias de la Ley de la Función Estadística), mencionamos dos supuestos.

El primero se refiere a un estudio de accidentes de tráfico en la Comunidad Autónoma de Madrid. De acuerdo con la legislación vigente,¹⁹ los centros sanitarios vienen obligados a facilitar a los servicios encargados de la elaboración de la

¹⁸ V. art. 61 de la Ley General de Sanidad.

¹⁹ V. Orden Ministerial de 18-02-1993.

estadística los datos relativos a la muerte o fallecimiento de la persona implicada en el accidente, para su consideración como herido grave o leve, con absoluto respeto a la confidencialidad de cualquier otro dato o información que, circunstancialmente, pudiera obtenerse. Los datos se reclaman por vía indirecta, a través de una empresa adjudicataria, si bien este aspecto no tiene mayor importancia, ya que la Ley Estadística ha previsto tal hipótesis, estableciendo para estas personas la obligación de preservar el secreto y las posibilidades de contar con sus servicios. El fondo del asunto estriba en resolver el conflicto que plantean los datos estadísticos, cuando pueden afectar a la Orden Ministerial citada, y resulta de la legislación vigente en materia sanitaria. En concreto, es evidente que los datos solicitados afectan, al menos, a un aspecto concreto de la confidencialidad, tal y como la entiende la Ley General de Sanidad, porque, al darse, ponen de relieve que tales personas han estado en un centro sanitario, no garantizando, en consecuencia, el secreto referente a la estancia, además de otros aspectos concretos que puedan resultar de la información pedida. La solución en estos supuestos consiste, a nuestro juicio, en aplicar el principio de proporcionalidad previsto en la propia Ley Estadística y, en consecuencia, entregarlos garantizando el anonimato, sin necesidad de identificación, ya que la misma no es necesaria para los fines que se persiguen.

El segundo se refiere a la cesión de datos que al Instituto Nacional de la Salud o a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, así como otras entidades de la Seguridad Social, le solicitan los Ayuntamientos para determinados fines.

La respuesta, de acuerdo con la Ley²⁰, debe ser negativa cuando se trate de cesión para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, entendiéndose, en consecuencia, que hay posibilidades de cesión cuando las competencias sean idénticas o versen sobre materias similares. (Lo que en alguna ocasión genera conflictos de interpretación). Por otro lado, es posible la cesión si así se ha previsto en la disposición de creación del fichero o en disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso. En último extremo, cabe ceder los datos cuando así se haya previsto por una ley.

Tal interpretación está avalada, además, por la Agencia de Protección de Datos²¹ en un supuesto en el que la finalidad de obtención del dato era su utilización ante un órgano jurisdiccional (pleito con los trabajadores). La Agencia de Protección de Datos entendió que no se irrogaba ningún perjuicio, dado que la finalidad de obtención del dato era su utilización ante un órgano jurisdiccional, y se podía recabar dichos datos a través del juzgado correspondiente.

²⁰ V. Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, arts. 11 y 19.

²¹ Escrito de la Agencia de Protección de Datos, dirigido a la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 13 de enero de 1997.

3.4.- Para fines científicos o de investigación

El acceso a los datos sanitarios, en este caso, entendiendo esta expresión en sentido amplio, carece de una regulación general y únicamente se encuentra algunas disposiciones en leyes sectoriales (por ejemplo en materia de ensayos clínicos)²². Solamente la recomendación de 13 de febrero de 1997 tiene un apartado extenso dedicado a la investigación científica, pero referida al tratamiento de los datos sanitarios automatizados²³.

Sería deseable, por tanto, regular mediante la ley los aspectos esenciales que se refieren a la investigación científica, para lo cuál puede servir de criterio la Recomendación aludida.

3.5.- Acceso por otras personas: el caso peculiar del fallecimiento

En primer lugar, se ha planteado la cuestión relativa al acceso a la información por parte de los parientes o familiares que hayan convivido con el paciente y que tengan la posibilidad de ser contagiados por la enfermedad. En estos casos, más que un problema de acceso a la historia clínica, creemos que se trata de un problema de información, esto es, si el médico debe revelar las circunstancias de la enfermedad a las personas referidas, con la finalidad de que puedan hacer frente, cuanto antes, a sus consecuencias. En estos casos, y lo mismo en el problema de la enfermedades hereditarias, la solución debe pasar por las coordenadas del estado de necesidad, ponderando todos los bienes y valores en conflicto. Ahora bien, al ser más propio del derecho a la información, nos remitimos a los estudios que se hagan en las ponencias correspondientes.²⁴

Un caso particular ocurre cuando el familiar de un fallecido reclama la copia de la historia clínica.

Según la ley, el título que legitima para el acceso a la historia clínica es el de enfermo²⁵. Esto quiere decir que la condición por la que se accede a la historia clínica no es la de familiar del fallecido y, más aún, que el acceso a la historia clínica es para fines asistenciales-sanitarios y no para cualquier otra finalidad, como

²² V. Real Decreto 561/1993, de 19 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos, en desarrollo de la Ley del Medicamentazo.

²³ V. Punto 12 de la mencionada Recomendación.

²⁴ V. El trabajo de CARLOS DE SOLA sobre "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflictos", en la revista de Derecho y Genoma Humano, n° 1 julio-diciembre de 1994. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Bilbao 1994.

²⁵ V. Art. 61 de la Ley General de Sanidad.

además corrobora la ubicación del precepto legal, que no está entre los derechos de los usuarios sino dentro de los preceptos que tratan de la organización sanitaria.

La finalidad asistencial, en cuanto derecho de los enfermos a disponer de la historia clínica, se recoge, además, en las disposiciones de las Comunidades Autónomas. La solución, en consecuencia, es la improcedencia de la pretensión del familiar, que obviamente carece de cualquier finalidad sanitaria o asistencial. Ello, lógicamente, no es incompatible con que se le facilite cualquier información sobre el proceso asistencial al fallecido. Por último, hay que decir que cosa distinta sería que la historia clínica fuera recabada judicialmente en el curso de un procedimiento seguido por el familiar o el heredero, acreditando un interés legítimo diferente al meramente asistencial y, quizás, como un medio indispensable para el ejercicio de los derechos, en cuyo caso se estaría a lo que dispusiera la autoridad judicial. Claro está que el planteamiento sería distinto, porque aquí se pondría de relieve el interés legítimo del propio familiar.

4.- CANCELACIÓN DE LOS DATOS SANITARIOS.

Hemos expuesto al inicio de estas consideraciones los principios que deben regir en materia de custodia y conservación de la información de la historia clínica. En este momento, nos ocupamos de una cuestión que se plantea algunas veces y respecto de la cuál no hay criterios firmes de decisión. Nos referimos a la hipótesis en que el paciente desea que una parte o la totalidad de todos sus datos sanitarios sean cancelados, borrándose definitivamente de su historial clínico.

La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal establece que dichos datos serán cancelados cuando ya no sean necesarios para la finalidad para la que se registraron o recabaron, aunque reglamentariamente puedan conservarse por razones de valor histórico. Por otro, establece la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, cancelación y rectificación²⁶. Es la Recomendación de 1997 la que nos ofrece criterios más clarificadores sobre este particular. En concreto, parte del principio de que los datos médicos no deben conservarse más tiempo del necesario para alcanzar el propósito por el que se recogieron y procesaron. Añade, además, que cuando se acredite la necesidad de conservar los datos médicos, que ya no tienen uso alguno por el fin con que se recabaron, por un interés legítimo de la salud pública o de la ciencia médica, o de la persona a cargo del tratamiento médico o del controlador del archivo en orden a permitirle la defensa en el ejercicio de una reclamación legal

²⁶ V. Lcy Orgánica 5/1992, arts. 4, 5 y 15.

o por razones históricas o estadísticas, se adoptarán las medidas oportunas para asegurar su conservación concluye, por último, permitiendo que le interesado solicite que sus datos médicos sean eliminados, a menos que se hayan hecho anónimos o concurran intereses superiores y legítimos para no hacerlo. Estos intereses pueden ser de salud pública, ciencia médica, razones estadísticas o históricas.

La conclusión que se obtiene es que la ley debe abordar estas cuestiones, siguiendo los dictados de la recomendación, sin que en el momento presente se puedan establecer criterios definitivos.

5.- HISTORIA CLÍNICA Y ACTUACIONES JUDICIALES.

La historia clínica es un medio de prueba de extraordinaria importancia. Como luego tendremos ocasión de examinar, al clasificar las resoluciones judiciales existentes sobre la materia, el examen del historial clínico determina en muchas ocasiones las decisiones judiciales. No obstante, las cuestiones son diferentes según que el demandado o inculcado sea el profesional sanitario o sea el propio paciente, teniendo una dimensión diferente según que se plantee en un proceso penal o en un proceso de características distintas, bien contencioso administrativo, civil o laboral.

5.1.- Inculpación del médico en un proceso penal

En la doctrina se han emitido diferentes pareceres, en orden a si un centro sanitario, o, en su caso, el médico deben incorporar el historial clínico ante el requerimiento judicial. En algún caso, se ha fundado la negativa en la imposibilidad de autoinculpación del profesional, según la Constitución.²⁷ Sobre este particular hay que tener en cuenta los siguientes:

A) Que el secreto profesional, según el Tribunal Constitucional²⁸ es un deber para el médico y tiene como eje al paciente, estando establecido para beneficio de este último.

B) El mismo Tribunal Constitucional ha precisado que el secreto profesional o expediente clínico no se vulnera cuando el Juez ordena la entrada y regis-

²⁷ V. RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario". Revista "La Ley", número 1.647/1987. En contra, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional" revista "La Ley", número 612 71993.

²⁸ Tribunal Constitucional, sentencia 10/1984, de 26 de noviembre.

tro en una clínica en la que supuestamente se llevan a cabo actividades delictivas, para identificar y, en su caso, recoger lo que interese a la Instrucción.²⁹

C) La hipótesis normal hará referencia a supuestos en que la historia clínica esté bajo la custodia del centro (supuesto en que los profesionales sanitarios trabajan por cuenta y bajo dependencia de la Institución) y en estos casos, como ya hemos advertido anteriormente, la propiedad de la historia clínica pertenece al centro sanitario.

D) Que la historia clínica debe estar a disposición del usuario, según la Ley General de Sanidad, dándose muchos casos en que es el propio paciente o sus familiares los que interesan esos antecedentes a través de la querrela correspondiente.

E) Que así lo ha establecido alguna regulación autonómica. En concreto, el reglamento de la historia clínica de la Generalidad Valenciana.³⁰

F) Que puede ser de todo punto necesario para el esclarecimiento de los hechos y, en consecuencia, para el interés público que el proceso penal persigue (por ejemplo, cuando se denuncia la falsedad de la historia clínica).

G) En fin, ha de tenerse en cuenta una sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la que se vierten interesantes consideraciones sobre la cuestión que comentamos.³¹

De la mencionada sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.
- La garantía no alcanza, sin embargo, a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas.

²⁹ Tribunal Constitucional, sentencia 37/1989, de 15 de febrero.

³⁰ Decreto 56/1989, de 25 de abril, artículo 4º.

³¹ Tribunal Constitucional. Penal. Sentencia 161/1997, de 2 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad 4198/1996. B. O. E. núm. 260. Suplemento del jueves 30 de octubre de 1997. La sentencia está dictada a propósito de la tipificación como desobediencia grave de la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia.

- La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio o las intervenciones telefónicas o de correspondencia.

- Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. **En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio (Fundamento Jurídico 6º de la sentencia).**

- Como ya ha dicho el Tribunal Constitucional en otras ocasiones, quién se ve sometido a exhibir o a aportar determinados documentos contables no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad.

En síntesis, se trata desde luego, de un conflicto de bienes jurídicos que debe resolver la ley con claridad (ésta sería nuestra propuesta) y, mientras tanto, se debe colaborar con la Justicia en el ámbito penal y en la hipótesis que ahora se contempla, si bien debería exigirse a la autoridad judicial la debida motivación cuando se plantee el correspondiente requerimiento. Piénsese en una presunta negligencia profesional, con ocasión de una intervención quirúrgica, y en la que al reclamar la historia clínica aparecen otros datos, referidos a una enfermedad psiquiátrica en la que se recogen tendencias homosexuales. En conclusión, es necesario de todo punto el desarrollo de la Constitución, en orden a establecer los casos en que por razón del secreto profesional no se está obligado a declarar y, coherentemente, tampoco a entregar el historial clínico.

5.2.- Entrega de la historia clínica en otro tipo de procesos

Nos adherimos en estos supuestos a las tesis doctrinales que consideran que, como regla general, no se debe entregar la historia clínica sin el consentimiento del paciente, remitiéndonos a argumentos conocidos.³²

³² V. Los trabajos de CARLOS ROMEO CASABONA y RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, ya citados.

6.- EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA POR PERSONA NO AUTORIZADA EN EL CÓDIGO PENAL.

Ya vimos, en su momento, como el Código Penal impone penas importantes a las personas que, sin estar autorizadas, realicen determinados tipos de conducta. El problema se plantea, por que no hay una norma que claramente determine quién es personal autorizado en orden al acceso de la historia clínica. Normalmente, la regulación de estas cuestiones se contiene en reglamentos internos de los propios centros sanitarios, siendo tal rango normativo absolutamente insuficiente para regular esta cuestión. En consecuencia, lo que propugnamos es que se lleve a efecto cuanto antes, también en este punto, una determinación legal que dé seguridad en las actuaciones sanitarias.

En este sentido, hacemos nuestro un criterio doctrinal, que afirma que la convivencia en el Ordenamiento Jurídico Español de estas disposiciones de excepcional rango normativo, si bien dirigidas no sólo al dato sanitario sino a los datos personales en general, con normas de carácter reglamentario -de nivel estatal y autonómico, así como circulares e instrucciones internas de los centros hospitalarios, aconsejan la necesidad de la aprobación de un auténtico estatuto jurídico de los datos sanitarios, en el que, de acuerdo con la Recomendación 5/97, las excepciones a la confidencialidad de los datos del paciente, así como el levantamiento del secreto profesional del médico, vengan debidamente regulados por una norma con rango de ley a nivel de todo el Estado³³.

7.- HISTORIA CLÍNICA Y TRIBUNALES DE JUSTICIA.

Se efectúa, a continuación, una clasificación sistemática de las principales resoluciones judiciales, relativas a la historia clínica y al secreto médico.

7.1.- Declaración general

El Tribunal Supremo ha dicho lo siguiente:

“El secreto médico es una modalidad del secreto profesional, un medio para proteger derechos fundamentales, pero no un derecho fundamental en sí mismo, sino un deber enderezado a evitar intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/1982, de 5

³³ El texto correspondiente a JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ CIENFUEGOS, “Confidencialidad del dato sanitario, derechos de los pacientes e información clínica”. Ponencia al II Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1995.

de mayo (protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), cuya limitación, en orden a facilitar a la Administración tributaria datos relativos a la identidad de clientes y a los honorarios percibidos por la actividad profesional prestada a los mismos, no afecta ni vulnera el contenido esencial del derecho a la intimidad.”

Es interesante destacar donde encuadra el Tribunal Supremo al secreto médico:

“Los derechos fundamentales realmente protegidos mediante el secreto profesional son los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, conceptos cuyo contenido esencial está constituido por valores inmateriales, pertenecientes al fuero de la conciencia individual, como pone de relieve el catálogo de intromisiones ilegítimas del Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) básicamente fundadas en el sentimiento subjetivo de quien las padece, al ver desvelada su intimidad o puesta en entredicho su reputación y buen nombre, desmereciendo o creyendo desmerecer en la consideración ajena.”

Y más en concreto:

“ El secreto médico se presenta como una de las modalidades del secreto profesional, cualificado por la naturaleza de la actividad; no se trata en sí mismo de un derecho fundamental, sino de una medida consecuente con la prohibición de interferir en forma ilegítima en el ámbito protegido por la Ley Orgánica 1/1982.”³⁴

7.2.- Declaración específica a propósito de facturas extendidas por profesionales médicos

El Tribunal Supremo declara no ser conforme al ordenamiento jurídico la norma reglamentaria que impone a los profesionales médicos el deber de que, en las facturas y sus copias que han de expedir y entregar, así como en las matrices que han de conservar, se contenga la descripción de la asistencia médica prestada, dejando sin efecto la expresada normativa para los profesionales médicos colegiados en ese punto.³⁵

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, de 22 de julio de 1991. Referencia La Ley 12053.

³⁵ Tribunal Supremo, sala 3ª, sentencia de 6 de marzo de 1989.

7.3.- La historia clínica como elemento de prueba

- La historia clínica demuestra que la querrela es infundada.³⁶
- Determina el archivo de las actuaciones.³⁷
- Demuestra que se contagió la enfermedad del SIDA.³⁸
- Demuestra que se contagió la hepatitis C.³⁹
- Sirve para rechazar la responsabilidad civil por negligencia médica.⁴⁰
- Prueba que no se incurrió en responsabilidad civil.⁴¹
- Las hojas de observaciones de enfermería demuestran la responsabilidad por imprudencia del médico, en cuanto que el tratamiento indicado por el médico no fue suministrado por dichos profesionales.⁴²

7.4.- Historia clínica y carga de la prueba

- La falta de historia clínica invierte la carga de la prueba respecto de la parte que tiene mejor acceso a tal medio, esto es, al médico.⁴³

7.5.- Historia clínica y consentimiento informado

- La historia clínica puede demostrar o no demostrar la existencia de consentimiento informado.⁴⁴

7.6.- Historia clínica y responsabilidad

- Se declara la responsabilidad por falta de su custodia.⁴⁵

³⁶ Tribunal Supremo, sentencia de 13 de febrero de 1997; Audiencia Provincial de Madrid, sentencia de 5 de junio de 1995.

³⁷ Auto de 16 de octubre de 1995, Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma de Mallorca.

³⁸ Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sentencia de 16 de septiembre de 1996.

³⁹ Tribunal Superior de Justicia de Asturias, sentencia de 11 de abril de 1997.

⁴⁰ Audiencia Provincial de Santander, sentencia de 21 de enero de 1997.

⁴¹ Tribunal Supremo, sentencia de 23 de septiembre de 1996.

⁴² Tribunal Supremo, sala 2ª, sentencia de 9 de diciembre de 1993.

⁴³ Tribunal Supremo, sala de lo civil, sentencia de 2 de diciembre de 1996.

⁴⁴ Tribunal Supremo, sala de lo civil, sentencia de 1 de julio de 1997; Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, sentencia de 29 de febrero de 1996; Audiencia Provincial de Oviedo, sentencia de 29 de mayo de 1993; Juzgado nº 7 de Oviedo, sentencia de 22 de mayo de 1992; Juzgado nº 1 de Mahón, sentencia de 31 de diciembre de 1994; Audiencia de Valladolid, sentencia de 19 de abril de 1997.

⁴⁵ Tribunal Supremo, sala de lo civil, sentencia de 27 de enero de 1997; Audiencia Provincial de Madrid, sentencia de 1 de febrero de 1993.

- Se declara la responsabilidad por alta prematura con fallecimiento del enfermo, al faltar la historia clínica.⁴⁶
- Se determina la responsabilidad por falta de cautela al no consultar la historia clínica.⁴⁷

7.7.- Obligación de conservar la historia clínica

Se afirma que es un deber consustancial a la praxis médica.⁴⁸

⁴⁶ Tribunal Supremo, sala de lo civil, sentencia de 20 de marzo de 1997.

⁴⁷ Juzgado nº 2 de León, sentencia de 12 de noviembre de 1996.

⁴⁸ Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 15 de abril de 1996; Juzgado nº 25 de Barcelona, sentencia de 24 de abril de 1995.