

**AUTONOMIA DEL PACIENTE
INTIMIDAD, CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO MEDICO
ANALISIS DE LA LEY 41/2002**

Juan Siso Martín - E.Mail juan.siso@salud.madrid.org - Teléfono 625 555 266

LA RELACION MEDICO – PACIENTE

Se trata de aquella que vincula a las dos partes que integran este nexo especial, también llamada relación asistencial (por el medio en el que se desarrolla) e incluso alianza terapéutica (por la finalidad perseguida).

Ha venido desarrollándose tradicionalmente bajo el criterio de supremacía del elemento científico de la misma (la persona del Médico). En Grecia había tres clases sociales: Gobernantes, Guardianes y Esclavos. El Médico se integraba en la primera de ellas por el hecho de considerarse como valedor e intérprete del Orden Natural y por su capacidad de interrelación con la vida y la muerte. Se trataba del artífice de la salud del paciente y su garante, no sólo para sanarle sino también para ayudarle en la toma de decisiones en ese ámbito.

La consideración de la persona como ser autónomo, introducida por el protestantismo no pudo por menos que afectar a la relación Médico – Paciente, llevando a una progresiva horizontalización de la misma, convirtiendo este vínculo en simétrico. Esto explica el tránsito de la relación de modelo vertical (con el Médico como protagonista) al antes referido de tipo horizontal (en donde el protagonismo lo asume el Paciente).

La importancia de este cambio se sitúa en numerosos aspectos, pero quiero mencionar aquí su relevancia en el campo de la información. Bajo criterio del modelo vertical la información se le dispensa al Paciente sólo para obtener su colaboración (seguimiento de una terapia). Conforme al modelo horizontal, sin embargo, el objeto de la información es conformar (dar forma) la voluntad del Paciente para que pueda tomar decisiones (ejercer su autonomía, en definitiva) orientadas a consentir o a disentir (como lógico reverso) respecto de las acciones propuestas por el medio sanitario.

Es evidente que este segundo formato introduce numerosas exigencias al profesional (inexistentes con anterioridad) pero introduce elementos ajenos al ámbito científico que humanizan y dignifican la profesión sanitaria.

Voy a mostrarles el planteamiento que de esta temática se hace en el Ordenamiento Jurídico español y en concreto en la recientemente promulgada Ley 41/2002, de 14 de Noviembre.

CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA LEY 41/2002

Materias que trata

Su contenido, en tan sólo 23 artículos y 9 disposiciones se estructura en las materias que se expresan a continuación y que compondrán, precisamente el cuerpo de la exposición que sigue:

- Información sanitaria
- Derecho a la intimidad
- Respeto a la autonomía del paciente
- Historia Clínica
- Informe de alta
- Otra documentación clínica

Origen de esta Ley

Proviene de un Seminario conjunto, entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Consejo General del Poder Judicial¹, y que trajo consigo la elaboración de un documento de conclusiones. En éste solicitaban los expertos participantes en el referido encuentro la elaboración de una norma comprensiva de lo tratado y actualizadora de la Ley General de Sanidad (y colmadora de sus carencias) así como del Convenio de Oviedo de 1997.

Su carácter de básica

Esta condición de la Ley 41/2002, se le atribuye en utilización del artículo 149.1 de la Constitución (que establece como competencia exclusiva del Estado la regulación de las bases de la Sanidad).

Supone, es muy importante señalar, que toda la normativa autonómica, (en virtud de lo dispuesto en la nueva Ley²) en su promulgación futura, sobre estas materias debe de adaptarse a esta Ley básica estatal. Por su parte las normas ya promulgadas y que se opongan a la regulación contenida en la Ley 41/2002 son objeto de inaplicación (más exactamente que de derogación). Así ocurre con la LOSCAM reguladora de la Sanidad en Madrid que establece un acceso sin límites a la Historia Clínica (cuando la Ley 41/2002 lo relativiza, como veremos) o con la Ley gallega de regulación del Consentimiento Informado y la Historia Clínica que conceden el acceso al paciente sólo a ciertos documentos de la Historia (no conteniendo la ley básica estas limitaciones, como también he de exponer). Las leyes publicadas hasta la fecha, en estas materias, en el ámbito autonómico son las siguientes:

- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña
- Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia
- Ley 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura
- Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Madrid

¹ Celebrado en Madrid, en septiembre de 1997,

² Disposición derogatoria única de la misma

- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón
- Ley 2/2002, de 17 de abril, de la Rioja
- Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra
- Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria
- Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del País Vasco
- Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Comunidad Valenciana
- Ley 8/2003, de 8 de Abril, de Castilla y León

Considero obligado el hacer, siquiera, una mención a esta última norma, si bien sus novedades más importantes se comentan en cada momento oportuno, dentro del contexto de la Ley Básica 41/2002.

La Ley Autonómica citada, más amplia (50 artículos) que la Básica Nacional, deroga el Título I de la Ley 1/1993 de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León. Ha entrado en vigor el día 14 de Mayo de 2003, en virtud de su Disposición Final Segunda y tiene una parecida estructura a la de la Ley 41/2002, tratando el mismo conjunto de materias. Se contienen, no obstante, en la Ley Autonómica algunas importantes novedades:

- El derecho de acompañante
- La posibilidad de disponer de habitación individual
- El derecho a un plazo máximo en la dispensación de prestaciones
- La promoción de los Comités Asistenciales de Etica

Iré mencionando, como digo, las novedades que introduce la Ley 8/2003, de Castilla y León, cuya pervivencia y aplicación quedan sujetas al carácter de básica de la Ley Nacional.

Incumplimiento

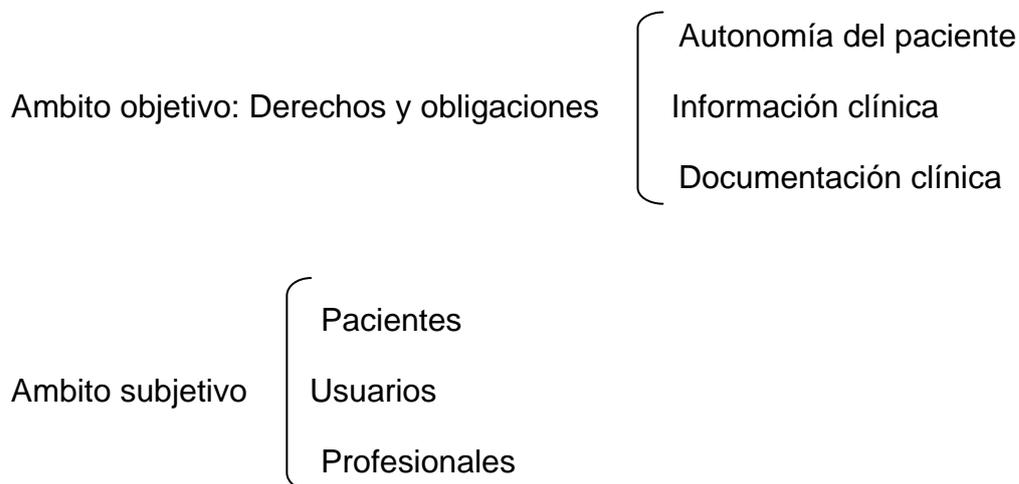
En el caso de inobservancia de las prescripciones de esta Ley, se remite la misma al régimen sancionador de la Ley General de Sanidad y ello sin perjuicio, es preciso destacar, de la posible responsabilidad de los profesionales (estatutaria, profesional, disciplinaria o penal, en su caso) y de

los centros y organismos de los que dependen (indemnizatoria fundamentalmente).

Ámbito de aplicación

Se define en la nueva Ley³ cuando establece que se desarrollará en la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios públicos y privados de todo el territorio estatal, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

Podemos, por tanto, expresarlo gráficamente del siguiente modo:



Ambito funcional: Centros y servicios sanitarios públicos y privados

Ambito territorial: Todo el territorio nacional

³ En su artículo primero.

Principios básicos

Existen una serie de ellos que suponen el sustrato sobre el que se asientan el articulado y los postulados de la Ley que venimos tratando. Pueden deducirse los siguientes:

A/ La dignidad de la persona

B/ La garantía de la intimidad de los usuarios y pacientes

C/ El respeto a la autonomía

Este último principio, de particular relieve, tiene dos vertientes en la Ley 41/2002. Garantiza al paciente una información asistencial adecuada, por un lado, para que pueda orientar sus decisiones (que han de ser respetadas) y reconoce la validez de las llamadas Instrucciones Previas, por otra parte, con fundamento en el mismo respeto al principio de autonomía. De esta forma el consentimiento se convierte en el eje sobre el que pivota toda actuación sanitaria. Es la consagración de la horizontalización de la relación asistencial y del despegue de la concepción paternalista del ejercicio de la Medicina bajo el principio de beneficencia.

D/ Obligación de colaborar de los pacientes y usuarios

Se concreta respecto de facilitar los datos precisos, de forma leal y verdadera, así como de colaborar en su obtención.

La terminología empleada

Se introducen⁴ diversas definiciones legales (concretamente 13) con el objeto, seguramente, de evitar interpretaciones diversas sobre los mismos conceptos en el futuro desarrollo de la Ley.

Es encomiable esta labor y la orientación que la motiva, pero hubiera sido preciso un mayor detalle pues quedan sin definir algunos términos tan relevantes como: profesional sanitario o servicio sanitario, cuando sobre ambos adscribe responsabilidades la Ley. Aparece, por otra parte, el vocablo

⁴ Artículo 3 de la misma.

institución asistencial, sin definir si se toma como equivalente a centro sanitario y en este caso se le atribuyen idénticos significados y cometidos.

No me detengo en los términos que define la Ley, pues van saliendo a lo largo de la exposición que sigue de las materias objeto de la misma.

LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

El Derecho a la Información

Los derechos de información y decisión gozan de sustantividad propia dentro del conjunto general de los que atañen a los usuarios del Sistema Sanitario, en el sentido que les expongo en el siguiente esquema.

Clasificación de los derechos ⁵

DE INDOLE FUNDAMENTAL

- Personalidad, dignidad e intimidad
- Confidencialidad de la información

DE NATURALEZA INSTRUMENTAL

- Asignación de médico
- Elección de médico
- Obtención de medicamentos y productos sanitarios
- Expedición de certificados médicos
- Constancia escrita del proceso
- Expedición del informe de alta
- Utilización de vías de reclamación y sugerencia

⁵ El criterio es meramente expositivo.

- Participación en la actividad sanitaria a través de instituciones
- Derecho de acompañamiento de pacientes (Ley 8/2003 CyL)

DE INFORMACIÓN Y DECISION

- Información sobre el acceso a los servicios y sus requisitos
- Sobre los problemas sanitarios de la colectividad
- A ser advertido sobre aplicaciones docentes y de investigación
- A información emitida en condiciones legales para consentir.
- A elegir entre alternativas ofrecidas, e incluso negarse a ellas.
- A segunda opinión dentro del Sistema (Ley 8/2003 C y L)

Solamente me voy a referir, sin embargo, como objeto de este encuentro con Vds. a la información sanitaria y a los trascendentes asuntos relacionados con la misma, cuales son los relativos a la decisión, una vez obtenida dicha información (respecto del usuario) y los atinentes a la preservación de aquella por quien dispone de la misma (el medio sanitario).

Entre la pluralidad de materias que regula esta Ley la más profusamente recogida es la de la información, cuyo término aparece 23 veces como formulación simple y multitud de ellas más como compuesto: información asistencial, suficiente, estadística, para elección de médico etc.

La Ley 41/2002, recogiendo las Recomendaciones del Grupo de Expertos en información y documentación clínica antes mencionado, así como del Convenio de Oviedo, dispone que la información ha de comprender como mínimo respecto de cada intervención (actuación):

- Finalidad: Para qué se va a hacer algo
- Naturaleza: Qué se va a hacer
- Riesgos: Generales e individualizados
- Consecuencias: Beneficios esperados y resultados seguros

- Alternativas: No se citan en la Ley, pero deben de mencionarse
- Posibilidad de retirar el consentimiento: Tampoco figura en la Ley

Elementos personales de la Información

QUIEN HA DE INFORMAR

Siempre se plantea, en esta temática, la disyuntiva de atribuir la responsabilidad de informar al llamado médico responsable del paciente o al facultativo que lleva a cabo la intervención o el procedimiento asistencial concreto.

El primero de ellos es el auténtico garante de que el paciente reciba la información y su interlocutor legal⁶. Ello no obsta a que el segundo deba, en cada caso, de aportar la información del proceso concreto y a que el conjunto de los profesionales intervinientes lo hagan en el campo de sus funciones propias. En este sentido la Ley de Castilla y León habla del *enfermero responsable*.

QUIEN HA DE SER INFORMADO

El antes referido artículo 4 menciona al paciente, si bien esto ha de ser matizado y completado.

Cuando de incapaces se trata ha de informarse a aquel a su representante legal y a aquellos, conforme a su capacidad de comprensión. He de aclarar que al referirme a los incapaces lo hago en el sentido legal del término.

Si el incapaz lo es circunstancialmente (de forma física, psíquica o sensorial) el médico ha de facilitar la información a las personas vinculadas al paciente (por razones familiares o de hecho).

En el caso de los menores introduce la nueva ley novedades de interés. Ha de informarse a los representantes legales de aquellos hasta la edad de 16 años del menor, con carácter general, y hasta los 18 años en los casos de

⁶ Artículo 4.3 de la Ley 41/2002.

actuaciones de grave riesgo. Valga este sencillo planteamiento respecto de la información, que más adelante ha de ser ampliado y matizado al tratar el consentimiento, materia íntimamente ligada a la información.

Ausencia de Información

Puede producirse, sin irregularidad, esta carencia de dos formas:

□ INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Es el caso de la llamada, en la nueva Ley, *necesidad terapéutica*. No se informa la paciente de determinados extremos de su proceso por el perjuicio que le derivaría el conocerlos. No obstante la Ley 8/2003 de Castilla y León requiere al facultativo a informar a las personas próximas al paciente y a dejar constancia escrita de ello en la Historia Clínica.

Se incluye, también, en este apartado la actuación bajo estado de necesidad en los casos de urgencia de carácter grave que no hace posible la espera en la actuación.

□ RENUNCIA DEL PACIENTE A SER INFORMADO

Se reconoce este derecho⁷, si bien requiere que se deje constancia escrita del hecho de la renuncia. Es problemático el reconocimiento de este derecho cuando puede colisionar con un perjuicio grave a la salud de alguien que convive con el paciente o incluso de la colectividad.

Condiciones de la Información

Ha de ser, conforme a la nueva Ley⁸: *Verdadera – Comunicada al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para ayudarle a tomar libremente sus decisiones.*

Se ha producido un cambio (positivo) respecto de la regulación contenida en la Ley General de Sanidad, que requería para la información las

⁷ Artículo 4 de la Ley

⁸ Artículo 4.2 de la misma

condiciones de completa, continuada, verbal y escrita. El término adecuada en lugar de completa es mucho más conforme a la realidad, así como el que se proporcione de forma verbal (eso sí con constancia en la Historia Clínica), con carácter general, como expondré más adelante.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El derecho a la información, respecto del enfermo o de la persona sana, tiene como objeto el orientar decisiones trascendentales para la conservación o recuperación de la salud. El paciente, inserto en la relación que le vincula con el medio sanitario está en realidad a merced del mismo, por su situación doliente y por la falta de dominio científico del medio que le atiende.

La necesidad de consentir, por parte del ciudadano, considerada hoy como una obviedad, surgió a partir del Código de Núremberg⁹. Hasta mucho después, sin embargo, no se incorpora a las legislaciones nacionales y en España, concretamente, sucede a partir de la Ley General de Sanidad de 1986.

La información es el presupuesto ineludible de la autonomía individual para emitir el consentimiento y éste, a su vez, legitima la intervención sobre el paciente, a diferencia de lo usual en épocas anteriores en las que (bajo criterio paternalista) las decisiones del paciente las tomaba el médico sin contar con aquel.

La vigente Ley 41/2002 considera como Consentimiento Informado la conformidad voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una decisión que afecta a su salud.

⁹ En 1947, concretamente.

Destinatario. Supuesto básico:

Es el de un paciente capaz y consciente que emite su consentimiento bajo las condiciones siguientes:

- Capacidad suficiente (ausencia de incapacidad)
- Consentimiento válido (carencia de vicios en él)
- Forma debida (consentimiento expreso y concreto)
- Anterior a la intervención (con posibilidad de revocación)

Se trata del propio paciente, en principio, cuando hablamos de destinatario, según recoge la Ley 41/2002 (y la Ley 8/2003, de Castilla y León), pudiendo aquel, como titular de la información, prohibir el conocimiento de la misma a determinadas personas.

Destinatario. Menores e incapacitados:

Respecto de los primeros el límite de edad de 18 años es orientativo, debiendo de atenderse a la madurez mental de un menor en concreto. La voluntad de los incapacitados, por otras razones, se suple por la de sus representantes legales.

Para la evaluación de la capacidad, bajo criterios de Medicina Legal¹⁰, se utiliza un doble parámetro:

- Cognitivo: Si el individuo concreto posee inteligencia y discernimiento en el momento de la valoración.
- Volitivo: Si el mismo individuo dispone de libre albedrío para elegir sus acciones.

El tratamiento concreto que la vigente normativa (Ley 41/2002) hace respecto de los menores es el siguiente:

- * Menores de 12 años: Decide, libremente, su representante legal.
- * Menor de edad, pero mayor de 12: Ha de ser oído.

¹⁰ Gisbert.

- * Mayor de 16 años o emancipado: Decide el menor
- * En caso anterior si grave riesgo: Padres deben ser informados y oídos.
- * Mayoría de edad para IVE, reproducción asistida y ensayos clínicos.

La Ley Autonómica a la que vengo refiriendo reconoce capacidad, también, a los mayores de 16 años, pero matiza, además, que se tendrá por capaz a cualquier menor que a criterio facultativo cuente con madurez suficiente.

Destinatario. Estado de inconsciencia:

Pueden darse los casos siguientes: Que la situación permita una demora en la actuación, en cuyo caso se espera a que el paciente recupere la consciencia o se trata de localizar a sus familiares para que tomen la decisión que proceda. Cuando la actuación requiere inmediatez el médico obrará bajo su criterio profesional, amparado en el estado de necesidad. En este sentido se pronuncia la Ley 41/2002 cuando recoge como excepciones a la imposibilidad de actuar sin consentimiento del paciente los casos en los que esperar a tal conformidad podría depararle graves e inmediatos daños en su salud.

Contenido de la Información para consentir

Como se expresaba al tratar de la información y sus condiciones ésta ha de ser , conforme a la nueva Ley: *Verdadera – Comunicada al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para ayudarle a tomar libremente sus decisiones.*¹¹

Se ha producido un cambio (positivo) respecto de la regulación contenida en la Ley General de Sanidad, que requería para la información las condiciones de completa, continuada, verbal y escrita. El término adecuada en lugar de completa es mucho más conforme a la realidad, así como el que se proporcione de forma verbal (eso sí con constancia en la Historia Clínica).

¹¹ Artículo 4.2 de la citada norma.

Una información exigible bajo forma escrita, por principio, podría enlentecer e incluso paralizar la práctica clínica diaria. Así la Ley 14/2002¹² establece como regla general la forma verbal para el consentimiento, si bien se prestará bajo forma escrita en los siguientes casos:

- * Intervenciones quirúrgicas
- * Procedimientos invasores
- * Cualquier actuación de notorio riesgo

Idénticos supuestos son recogidos en la normativa específica, sobre estas materias, de Castilla y León que prevé, por otra parte, la posibilidad de recoger un consentimiento oral, ante dos testigos independientes, como sustitutivo del escrito, cuando este último no sea posible. Se deberá de dejar constancia escrita por los testigos.

Alcance.

La Ley 41/2002¹³ menciona la obligación de informar de los riesgos personales y profesionalizados. No obstante es necesario precisar una importante clasificación de los riesgos cual es la siguiente:

Riesgos ordinarios y riesgos extraordinarios: La obligación de informar suele entenderse referida a los primeros, entendiendo por tales los concretos del acto o intervención de que se trate y que pueden, a su vez, ser frecuentes o no (sin confundir los riesgos ordinarios, pues, con los frecuentes). Hay que añadir además información sobre los riesgos concretos del medio y del estado del paciente. Cuando se trata de medicina satisfactoria la información habrá de extenderse, también, a los riesgos extraordinarios.

Tratamientos curativos y no curativos: Se dirigen los primeros a la recuperación de la salud. Mientras que los segundos afectan a campos como el de la cirugía estética o las esterilizaciones no terapéuticas, por ejemplo. En los curativos la obligación es de medios, mientras que en los segundos lo es (en términos generales) de resultados y por esta razón en los no curativos la

¹² Artículo 8.2 de la misma

¹³ Artículo 10 de la misma

información ha de ser exhaustiva y la actuación precisa de diligencia exquisita para no generar responsabilidad en el profesional sanitario.

Contenido del Documento de C.I.

Podemos considerar, como contenido imprescindible, en los documentos de consentimiento informado, los siguientes elementos:

Identificación del médico y del paciente

Descripción de la actuación clínica

Relato de consecuencias seguras

Descripción de los riesgos típicos

Descripción de riesgos personalizados

Constancias del “enterado” del paciente

Consentimiento subrogado (en su caso)

Mención de la posibilidad de revocación

La Ley 41/2002 añade las contraindicaciones y concreta un interesante principio, cual es el de que el médico responsable deberá de ponderar que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento¹⁴ del paciente.

Límites.

Se trata de precisar si el deber de informar tiene carácter absoluto o cede, en determinadas circunstancias, cuando entran en juego bienes jurídicos de mayor relevancia, como la vida.

- **Supuestos de Urgencia:** Es claro que cuando de la demora en la actuación se puede deparar un perjuicio para el paciente no puede exigirse al médico que se pare a informar a aquel. La clave será, entonces, precisar cuando concurre la situación de urgencia (caracterizada por la concurrencia de un riesgo inminente y grave).

¹⁴ Escrito.

- **Tratamientos Obligatorios:**. En estos casos la salud colectiva se considera un bien de mayor valor que la individual y ello origina la exención de la obligación de informar.
- **Riesgo para la salud pública**, en cuyo caso es posible actuar sin el consentimiento del paciente, debiendo de comunicar a la autoridad judicial, en el plazo de 24 horas, el hecho del internamiento si ha tenido lugar, según se recoge en la Ley 41/2002¹⁵. La regulación de los derechos de los pacientes en Castilla y León expone (en el caso de enfermos mentales internados) la necesidad de revisar semestralmente tal medida y ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.
- **Renuncia al tratamiento** : El derecho a renunciar surge como reverso lógico de la facultad de aceptar un tratamiento. Se reconoce el derecho a negarse a ser informado en la repetida Ley 41/2002, con la observación (importante) de que tal renuncia ha de constar por escrito (esta misma prevención es recogida en la Ley 8/2003 de Castilla y León). La negativa puede dirigirse no sólo a la información, sino al tratamiento mismo en cuyo caso, en supuestos extremos, puede suceder que se enfrenten dos derechos: el del paciente a rechazar un tratamiento y el del médico a preservar la salud de aquel. Es necesario en estos casos mencionar, siquiera, las siguientes:

Pautas para el profesional sanitario

- Si el paciente rechaza una prueba que le es necesaria el médico dejará constancia escrita de la negativa y tratará de remover la negativa, pero nunca impondrá la prueba rechazada.
- El médico no está obligado a aplicar el tratamiento sugerido por el paciente si se considera no indicado, pero el profesional no puede elegir otro diferente sin contar con dicho paciente.

La regla general es aceptar la negativa, como derecho personalísimo que es.

¹⁵ Artículo 9 de la misma.

LA RENUNCIA AL TRATAMIENTO

Expresado, como ha quedado, que se trata del lógico reverso del derecho a consentir, vamos a referirnos al concreto caso de la no aceptación de transfusiones de sangre o hemoderivados por los Testigos Cristianos de Jehová.

Existe esta creencia en España al amparo del principio constitucional de respeto a la libertad de creencias, en el contexto de abrumadora mayoría de creyentes de religión católica, inspiradora, por tanto, del sistema de valores y principio imperante en nuestra sociedad.

Los seguidores de la creencia a la que nos venimos refiriendo son habitualmente portadores, junto con su identificación personal, de un documento que contiene la declaración de voluntad de no ser transfundidos, así como la renuncia a la exigibilidad de responsabilidad a los profesionales sanitarios, si de tal negativa se derivase algún perjuicio.

Aspectos que abarca.

La negativa es absoluta para sangre y hemoderivados ajenos al paciente, pero respecto de la del propio paciente es preciso hacer algunas matizaciones. La autotransfusión pueden aceptarla los seguidores de esta creencia siempre que se emplee un equipo en circuito cerrado y que no se almacene sangre. De esta forma no aceptan la recogida preoperatoria y almacenamiento de la propia sangre para su reinfusión posterior.

- ◆ **By pass cardíaco:** Por algunos pacientes se acepta el empleo de la máquina cardiopulmonar, siempre que la bomba no se cebe con fluidos hemáticos y no se almacene sangre durante el proceso.

- ◆ **Hemodiálisis:** Pueden aceptarla bajo las condiciones descritas anteriormente para el by pass.

- ◆ Sueros: No están prohibidos, si bien las fracciones menores de sangre (albúminas o inmunoglobulinas) pueden rechazarse. El rechazo es, sin embargo, absoluto para los concentrados de hematíes, leucocitos, plasma o plaquetas y por supuesto para la sangre total.
- ◆ Trasplantes de órganos. No se prohíbe de forma específica la introducción en el cuerpo de hueso o tejido procedente de cuerpo ajeno.

Derecho a decidir contra obligación de sanar.

Hay una evidente colisión de intereses entre el paciente, Testigo de Jehová, que antepone sus creencias a la conservación de su vida (si es preciso) y el médico que, en ejercicio de su juramento hipocrático se entiende obligado a preservar aquella.

Interpretar, no obstante, que el médico ha de cumplir aquello incluso contra la voluntad de su paciente es un grave error, que atenta frontalmente contra el derecho a la autonomía del paciente y a su propia dignidad personal.

Pero es que, además, se evidencia como improcedente si lo analizamos desde otro punto de vista: ningún médico impondría a un paciente un tratamiento que de no llevarse a cabo podría costar la vida del segundo (no realizaría, por ejemplo, la amputación de un miembro gangrenado contra la voluntad seria y consciente, de no hacerlo, de su paciente).

Desde el punto de vista de la práctica clínica la solución a la negativa a la transfusión es solicitar del paciente el alta voluntaria. En algunos casos, después, el Testigo de Jehová utiliza medios sanitarios privados libres de transfusión y solicita del Sistema Sanitario Público el reintegro de los gastos ocasionados. La tendencia jurisprudencial, en estos casos, es prácticamente unánime en la negativa al reembolso.

Menores e inconscientes.

La decisión han de tomarla sus representantes legales, si bien hay que destacar que no es aceptable una decisión en perjuicio de los representados y respecto de la cual no puede invocarse el ejercicio de la patria potestad o

guarda legal. El médico, en estos casos puede actuar desoyendo la negativa de transfundir, si bien es prudente ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

Conclusión.

Conforme a la tesis intervencionista el derecho (¿obligación?) a la vida prima sobre la libertad de decisión y por ello, siguiendo esta teoría, podría imponerse la transfusión. Piensan sus seguidores que de no actuar el médico, en estos casos, incurriría en omisión del deber de socorro o en auxilio al suicidio.

No hay, sin embargo, un delito de omisión de socorro pues la transfusión no es, en realidad, un socorro en sentido estricto, ya que (aparte de generar riesgos) no hay persona necesitada de socorro, pues el paciente se colocó libre y voluntariamente en la situación de riesgo.

Tampoco hay auxilio al suicidio, pues no hay suicida. El paciente acude al medio sanitario, precisamente, para preservar su vida. Simplemente no quiere vivir a costa de lo que sea y tienen más valor, para él, sus principios que su propia existencia. El médico cumple con su obligación asistencial con ofrecer un tratamiento e informar de los riesgos de no aceptarlo; su función de garante de la salud de ese paciente no le demanda nada más.

LA OBJECCION DE CONCIENCIA SANITARIA

Para que el objetor no incurra en una conducta antijurídica es preciso que la objeción tenga un reconocimiento a través de una norma jurídica. Dicho de otra forma, la cobertura legal ha de preexistir a la desobediencia para que ésta última no sea punible.

Visión constitucional.

Esta objeción es un derecho reconocido en nuestra Constitución¹⁶ en el seno de la libertad ideológica y religiosa o más exactamente en la libertad de conciencia, núcleo común de las dos anteriores.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este asunto¹⁷ con motivo del recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios contra la futura (entonces) Ley de Aborto, por el hecho de no contener esta posibilidad de objeción. El citado Tribunal contestó al recurso en el sentido de que tal objeción puede ser ejercida aunque no se recoja en esa concreta Ley, pues se trata de un derecho de rango fundamental, recogido en la Constitución y directamente aplicable.

La única regulación sobre la objeción de conciencia sanitaria se recoge en el Real Decreto de 21-11-1985, en relación con los centros sanitarios acreditados para la práctica de abortos legales, recogiendo la obligación del médico objetor de comunicar su condición de tal a la interesada para que ésta busque otro facultativo.

Sujetos que pueden acogerse,

Cuando el facultativo ejerce de forma pública la Medicina surge, en el terreno del aborto, particularmente, un conflicto de intereses: la voluntad de la Administración de facilitar tal prestación pública (en los supuestos legalmente reconocidos) y la conciencia del médico que le impide, en el caso del objetor, colaborar a ello. La situación es la siguiente:

---- El médico desea no violentar su libertad de conciencia.

---- La Administración quiere ofrecer un servicio público de calidad, lo cual supone el incluir prestaciones reconocidas por la Ley.

¹⁶ Artículo 16 de la misma.

¹⁷ Sentencia número 53/1985.

En este conflicto y por el principio de ponderación de bienes la Administración ha de tratar de adaptar el servicio asistencial a las condiciones del objetor, ofreciéndole alternativas ocupacionales, siempre que de ello no se derive un perjuicio mayor.

Situación muy distinta es la del director del centro sanitario público, a quien a nivel personal se le puede aceptar objeción, pero nunca de forma institucional, pues el centro público tiene financiación de tal carácter y debe de garantizarse a la ciudadanía el conjunto de las prestaciones normativamente reconocidas.

Pueden acogerse a la objeción de conciencia no sólo los médicos directamente relacionados con el acto abortivo sino también otros profesionales con relación con la actuación interruptiva, como el farmacéutico que ha de dispensar el preparado o el personal sanitario auxiliar en el quirófano. No parece posible admitir la objeción respecto de quien carece de acción directa en el proceso del aborto, como el celador que lleva la camilla al quirófano o el mecánico que prepara las botellas con los gases en el quirófano, aún cuando puedan plantear tal objeción.

Forma de declarar la objeción.

La objeción, como derecho fundamental que es, no puede ser objeto de concesión graciosa y no existe una manera concreta de darla a conocer, si bien por razones de seguridad jurídica se requiere la comunicación, por parte del objetor, a la Administración, quien de esta forma podrá reajustar la asistencia sin aquel.

Es preciso puntualizar que al igual que la objeción puede ser manifestada por el profesional en cualquier momento, puede ser de la misma forma revocada.

Su relación con el aborto.

La colisión de planteamientos a la que nos hemos referido, entre la Administración sanitaria y los profesionales médicos, hizo que, en su día, la primera hiciese una consulta a los facultativos para que se manifestasen acerca de quién no pondría objeción a participar en la asistencia pública abortista, para que llevase a cabo tal actividad. El Consejo General de Médicos se declaró en contra de que los profesionales contestasen esta pregunta y con ello se posicionaran como pro o anti abortistas, pues entendió que de contestar se violentaría el derecho a la intimidad de sus convicciones.

No hay, aparte del antes referido artículo 16 de nuestra Constitución, ningún precepto que garantice el derecho del médico a negarse, por razones de conciencia, a prácticas abortivas, como existe, por ejemplo para el Servicio Militar¹⁸ a pesar de que el artículo 144 del Código Deontológico Médico de 1979 establece la obligación del derecho positivo de recoger esta tutela.

El nuevo Código de Deontología recoge la irresponsabilidad estatutaria del médico que actuase en prácticas abortivas dentro de los supuestos marcados por la Ley, si bien censura cualquier conducta de coacción o discriminación a este médico. A su vez, este Código establece la posibilidad de negarse en conciencia a tales prácticas y fija la conducta del facultativo en estos casos:

Habrá de informar al paciente de su objeción

Deberá respetar la libertad de aquel para buscar el criterio de otro facultativo.

La objeción ante la eutanasia.

Portero Sanchez expuso en Valencia, en 1992, y con motivo del Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico las siguientes posibles

¹⁸ Ley 48/1984, de 26 de diciembre.

razones que pueden asistir al médico para abstenerse de practicar una eutanasia que le sea demandada por un paciente:

- Obligación general del médico de prolongar la vida de sus pacientes.
- Hacer compatible esta prolongación con el derecho del paciente a la dignidad en el vivir y en el morir.
- Respeto a la decisión libre y meditada de un paciente a no prolongar artificialmente la vida o incluso de acortarla. Si el médico no comparte esta decisión puede solicitar dispensa en la asistencia a este concreto paciente.
- En este caso ha de consultar, el médico, con otros colegas o centros sanitarios, antes de plantear la negativa, para cimentarla sólidamente.

Reconocida la posibilidad de que el médico se niegue en conciencia a la eutanasia, el problema surge en la actualidad en un terreno impensado hace años. El hecho de que sea debatido el cuándo y el cómo se produce el hecho de la muerte propicia el debate acerca de si, en un momento determinado, se están poniendo las condiciones para el fallecimiento de una persona o tan sólo se está retirando un cadáver de una existencia artificial. La ingeniería médica ha hecho surgir esta cuestión, tiempo atrás inexistente.

Como puede deducirse el problema, realmente, no es otro que el de la definición legal de la muerte. Es determinante el fijar el momento de su producción por los trascendentales efectos que de ello se derivan. La muerte es un proceso de destrucción celular progresivo, pero lo que aquí nos interesa no es cuándo se completa ese proceso, sino cuándo se hace irreversible; es decir el momento sin retorno (sea cual sea el sistema de resucitación que pueda emplearse).

Hasta hace algún tiempo el criterio era el cardiorrespiratorio, es decir la parada de la función respiratoria y del ritmo cardíaco. Evidenciadas ambas a través de la desaparición del pulso eran las manifestaciones de irrupción del fenómeno muerte. Hoy, sin embargo,

merced a la tecnología es posible mantener la función cardiorespiratoria y sus signos aparentes en un cuerpo técnicamente calificado de cadáver. La definición legal de la muerte reside hoy, pues, en criterio distinto del cardiorespiratorio y no es otro que el de mantenimiento de las funciones cerebrales o encefálicas. Así la Universidad de Harvard cita, para calificar un coma de irreversible, estos cuatro criterios

- Ausencia de respiración espontánea.
- Carencia de movimientos (espontáneos o inducidos).
- Falta de reflejos tendinosos profundos y del tono cerebral.
- Respuesta cerebral negativa a cualquier estímulo.

Juntamente con estos requisitos se recomienda, por la citada Universidad, considerar la ausencia de influencia de fármacos y la garantía de un electroencefalograma plano.

Suele definirse la muerte como el cese del funcionamiento orgánico, considerado como un todo integrado, con lo cual surge entonces la cuestión de determinar¹⁹ en qué órgano reside la responsabilidad de dicha integración y por ello cual ha de ser el blanco al que dirigir las pruebas. Se considera hoy, como ya he apuntado, que es el tronco cerebral y no el corazón.

La actividad encefálica y no la cardiorespiratoria, que puede coexistir con el llamado silencio eléctrico cerebral. Como expone el autor último citado la parada cardiorespiratoria primaria puede conducir (y de hecho normalmente conduce) al fallo cerebral irreversible, forma habitual de morir. Puede, no obstante, suceder al contrario y la clave reside en comprender que, con el estado actual de la ciencia, sabemos que la muerte no radica en la parada cardiorespiratoria.

¹⁹ Como acertadamente recoge Tomás García Hernández.

DERECHO A LA INTIMIDAD

Pocas cuestiones tan actuales, como dice el profesor Diego Gracia, como éstas, no sólo por la mayor sensibilidad actual hacia las mismas, sino por los evidentes peligros que las acechan. Vivimos en la sociedad de la información, que permite hacer llegar en instantes una noticia de un lado a otro del globo terráqueo, pero que también posibilita convertir lo privado en público. Es el momento de “la Aldea Global” de Mc. Luhan²⁰.

La salvaguarda de la intimidad es consecuencia del reconocimiento de la personalidad y del respeto a la dignidad de la persona, como afirman los hermanos Sánchez Caro²¹, a quienes vengo siguiendo en la exposición de este punto.

Es más amplio el término privacidad que el de intimidad. Es privado todo aquello que nos es propio: en pertenencia o en vivencias (nuestras amistades, costumbres...). Se refiere, el término privacidad a datos e informaciones no íntimos pero sí personales y excluidos en su acceso a los demás (secreto bancario o industrial, por ejemplo). La privacidad, de esta forma, puede ir referida a personas jurídicas

El primer término es un anglicismo derivado de “Privacy” que aparece por vez primera en un famoso artículo publicado en la revista jurídica de Harvard y que llevó por título: *El derecho a la privacidad*. Este término ha prevalecido sobre otros que parecen más adecuados, como “Intimacy” o “Intimate”.

El concepto de privado no es nuevo, sin embargo, siquiera como contrapuesto al de público. Se entiende por público, desde un punto de vista sociológico, aquello que es de común conocimiento. Bajo una interpretación constitucional, por otra parte, lo público es aquello ligado a las

²⁰ No hay que olvidar el subtítulo de su obra: “Transformaciones en la vida del mundo y en los medios de comunicación en el Siglo XXI”.

²¹ “El Médico y la Intimidad”.

Administraciones Públicas. En este último sentido lo privado se erige como un reducto excluido de lo público y previo a éste último.

El derecho a la privacidad es aquel que protege a un individuo de la ingerencias de extraños en su vida privada.

A su vez lo íntimo es aquello que siéndonos privado se encuentra en la esfera interior de dicho ámbito y sobre lo que ponemos especial salvaguarda. Una persona famosa puede ceder a lo público una parte de su vida privada, pero no su fuero íntimo, que debe preservarse absolutamente. Lo íntimo, sólo excepcionalmente, puede cederse a ciertas personas²². La diferencia, en realidad, no es sustancial sino de grado y la información sanitaria es fronteriza en este sentido.

A pesar de que se trata de asuntos de notoria actualidad es evidente su antigua tradición. *Intimidad* es término abstracto de “ínterior” (comparativo: más dentro de) cuyo sustantivo es “intimus” (superlativo: lo más interior). En efecto lo íntimo es lo más interior que una persona posee, a lo cual no ha tenido acceso más que Dios (en la tradición de los místicos).

La dificultad de abarcar, conceptualmente quiero decir, el término intimidad reside en que sus fundamentos tienen cabida en campos tan dispersos como el Derecho, la Ética o la Filosofía, pero también en la Antropología, la Historia o la Psicología. De hecho el ámbito íntimo es consustancial a cualquier persona, incluso a los agnósticos. Como afirma Carmen Sánchez Carazo, autora a la que sigo en esta materia, los “otros” son respetables no porque compartan identidades o siquiera similitudes, sino por el hecho de ser precisamente “otros”: otros seres humanos, otros como yo mismo.

Confidencialidad es fe compartida, sobre la base de la confianza. Es la actitud de respeto, de silencio, de secreto sobre lo íntimo y privado que de alguien se conoce.

Intimidad, Privacidad y Confidencialidad son, en realidad, conceptos describibles pero difícilmente definibles y desde luego sumamente escurridizos.

²² Precisamente bajo el principio de confidencialidad

Privacidad e Intimidad. Antecedentes

La distinción entre espacio público y espacio privado no aparece hasta finales de la Edad Media, viviendo, hasta entonces, todos inmersos en una comunidad. Fueron el Renacimiento y la Reforma Protestante (con la difusión de prácticas intimistas y la lectura) las que desarrollaron la visión privatista de la vida. Apareció la familia como reducto frente a la sociedad y el aislamiento del individuo de la mirada exterior.

La idea de la intimidad es muy antigua, pudiendo considerarse a San Agustín su primer teórico, si bien la idea del respeto a la misma no lo es tanto y hubo que esperar largamente²³ para verla incluida en las tablas de los Derechos Humanos. Lo cierto es que sin el respeto a la intimidad y sin el goce de la confidencialidad nuestro yo interno se convierten en una intemperie, una desnudez a disposición de voluntades ajenas.

Hoy el término Intimidad va aparejado con el de Autonomía. En efecto cuanto más tengamos de una de ellas más dispondremos de la otra. La aparición de la Intimidad se ha ligado, en realidad, a la aparición de la Autonomía. Así la Ley 8/2003, de Castilla y León, establece el derecho del paciente a solicitar que se ausenten los estudiantes, profesionales u otros usuarios, presentes en el momento de la asistencia y que no tengan parte activa en la misma.

Intimidad y Honor

Se trata de conceptos considerados tradicionalmente muy próximos y de hecho nuestra Constitución garantiza conjuntamente los derechos a la protección del honor, a la intimidad y a la propia imagen. No define, lamentablemente, sin embargo, estos términos a proteger.

Honor es término de recia raigambre en nuestra literatura, siendo identificado, clásicamente, con “la Honra”. Así “deshonor” y “deshonra” han venido funcionando, según dice la autora antes citada, como sinónimos al

²³ Al siglo xx, en concreto.

proceder de la común raíz “Honor”, matriz de palabras como honorable u honesto. Van ambos términos conexos, pues se considera digno de honor sólo a quien es honesto.

En el Código Penal Español ha venido existiendo, hasta la reforma de 1989, el título de los “Delitos contra la Honestidad”, que cambió su rótulo por el de “Delitos contra la Libertad Sexual”. Este hecho es indicativo de un giro en la mentalidad social: la más perdida de las prostitutas tiene derecho a su libertad sexual.

Debo de dejar resaltado que el derecho a la intimidad es inherente a la persona, que no debe, por ello, de ser conquistado para ser poseído y que no se pierde por desconocerlo. Es un derecho de la personalidad y por ello tiene las siguientes características:

- Es indisponible (intransmisible inter. vivos y mortis causa)
- Es irrenunciable
- Es, en consecuencia, inexpropiable e inembargable.
- Es imprescriptible

Nuestra Constitución reconoce²⁴ las garantías, antes referidas, del honor, de la intimidad y de la propia imagen, en cuyo contexto es protegido el domicilio y las comunicaciones, haciéndose una referencia (en este sentido) a la informática.

Manifestaciones fundamentales de la Intimidad

Lo muestran, los autores citados, en tres apartados diferenciados:

◆ Intimidad Personal: Supone un acceso limitado, la preservación de un núcleo inviolable a cualquier intromisión y en este sentido se pronuncian el Tribunal Supremo y el Constitucional. Se trata, en realidad, del seno interior de la personalidad. Es un derecho fundamental básico para el ejercicio de otros derechos.

²⁴ En su artículo 18.

◆ Intimidad Familiar; Va referida no al lugar en donde ocurren los hechos, sino a las personas a las que protege a sus relaciones. Este concepto, en la interpretación que le confiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es expansiva y alcanza a la familia adoptiva y a las uniones de hecho.

◆ Intimidad de la propia imagen: Se discute su carácter de autónoma o derivada de la personal. Imagen es la representación gráfica de la figura humana mediante procedimientos de reproducción. Pueden invadirse, conjuntamente, los derechos al honor y a la propia imagen (caso de una reproducción desfavorable) o sólo a la propia imagen (reproducción favorecedora) por la reproducción no consentida.

Se citan las siguientes características como comunes a las tres manifestaciones expuestas:

1.- Tienen un claro contenido de defensa, oponible frente a intromisiones de terceros e incluso de los poderes públicos.

2.- Gozan de tutela reforzada en cuanto derechos fundamentales. El procedimiento a utilizar está dotado de preferencia y sumariedad. Puede utilizarse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra actuaciones de los poderes públicos. Su regulación, por otra parte, goza del principio de reserva de ley.

3.- No son derechos absolutos, pero su limitación ha de respetar la regla de proporcionalidad del sacrificio. La medida limitadora ha de estar prevista en la ley, adoptada por resolución judicial motivada y ser necesaria, idónea y proporcionada al fin pretendido. Para la justificación de la necesidad de adoptar la medida rige la inversión de la carga de la prueba.

Derecho a la intimidad y derecho a la información

Cuando entran en conflicto dos principios ha de sopesarse la situación para decidir cuál de ambos debe de prevalecer, sin que ello suponga, por otra parte que deba de desaparecer ninguno.

Entre los principios ahora mencionados no hay jerarquía y por ello la primacía ha de ser resuelta en cada situación concreta. No obstante quiero dejar constancia de algunas pautas:

- ◆ En caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor se estima, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, que “en principio” ha de prevalecer la primera. Prevalece el segundo, sin embargo, cuando la información carece de veracidad (faltando, entonces, la causa legitimadora).

- ◆ Si el conflicto de la antedicha libertad surge en el derecho a la intimidad prevalece “prima facie”²⁵ esta última. También aquí puede invertirse la prevalencia, que sucede en el caso de la trascendencia pública de la información, que puede hacer llegar a hacer conveniente la difusión del contenido de aquella. No debe confundirse nunca esta conveniencia con el inexistente derecho de la curiosidad pública a ser satisfecha a ultranza. La Constitución protege la libertad de expresión de un medio de difusión, por ejemplo, pero cuando esto se proyecta sobre otro derecho dotado de la misma intensidad de protección, la información sólo se legitima por la relevancia pública que contenga.

- ◆ Con la confidencialidad sucede lo mismo, pues ésta prevalece, en principio, sobre la posibilidad de informar. Esta posibilidad, no obstante, convertida en obligación prevalece en algunas ocasiones sobre la confidencialidad misma (información a la pareja de un paciente aquejado de una infección mortal).

Esta obligación de preservar es preciso destacar que alcanza a las personas hasta más allá de su existencia.

Infracciones a su preservación

Por la necesaria brevedad en la exposición he de limitarme, solamente, a citar los campos de regulación de este asunto.

²⁵ En principio.

- CIVIL: Es el ámbito indemnizatorio general de la exigencia de reparación de los daños y perjuicios o del uso de las acciones derivadas de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y a la propia imagen.
- PENAL: Cuando se produce la vulneración de la intimidad o la revelación de secretos que deban de ser preservados. Acceder indebidamente a una Historia Clínica y divulgar su contenido respectivamente, por ejemplo.
- PROTECCIÓN DE DATOS: La Ley Orgánica sobre esta materia²⁶, otorga especial protección a los datos sanitarios al considerarlos “información sensible”.

Es interesante destacar que la obligación de confidencialidad alcanza a cualquier profesional que tenga conocimiento de una información que deba de ser preservada.

Grabación de imágenes en centros sanitarios

Es ésta una cuestión de particular interés actual, si bien no por la frecuencia con la que ocurre, sí por los matices y peculiaridades que presenta. No hace mucho tiempo que el extinguido Instituto Nacional de la Salud, a través de su Presidencia Ejecutiva publicó una Resolución²⁷ de particular interés. Se trata de una disposición concreta, completa y razonable sobre la captación de imágenes en los centros sanitarios, que da acogida a principios de la Unión Europea, la Ley Orgánica 1/1982 y la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica al menor e incluso al propio Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden. Les resumo a continuación algunos puntos relevantes de la misma.

◆ Acceso de los medios de comunicación. Cuando deban de penetrar en una institución sanitaria para dar cobertura informativa precisan para ello del conocimiento y autorización de la Gerencia del centro, sobre todo si la información supone la utilización de medios audiovisuales.

²⁶ Ley 15/1999.

²⁷ Resolución de 16 de Junio de 1999.

- ◆ Filmaciones de ambiente. Cuando la filmación afecte a un suceso o evento público no supone invasión de la intimidad, siempre que la imagen de las personas aparezca como accesoria y no individualizada. Si la filmación incluye a menores el criterio es restrictivo.

- ◆ Grabación de imágenes o voces de personas en el curso de procesos clínicos. Cuando se trate de personas mayores de edad habrá de autorizar la Gerencia del centro, pero precisará, en todo caso, del consentimiento del afectado.

Si se trata de un menor y no fuere preciso desvelar su identidad bastará con su autorización, si fuese maduro, o de sus representantes legales, en otro caso. Si se desvelase la identidad será necesaria, además del consentimiento anterior, la autorización del Ministerio Fiscal.

- ◆ Visitas institucionales. Cuando autoridades o personalidades públicas realicen dichas visitas a los centros sanitarios se procurará que las imágenes sean de tipo ambiental evitando individualizar las filmaciones.

- ◆ Situaciones especiales. Cuando afecten a personas ingresadas en centros sanitarios por accidentes, catástrofes, inundaciones... la Gerencia ha de procurar que la filmación sobre aquellas sea genérica para los medios de difusión y personalizada para los familiares.

Campo de aplicación. Esta Resolución se emitió con destino a los centros sanitarios propios de la red sanitaria dependiente del INSALUD (Sanidad no transferida hasta 1-1-2002) y los centros concertados por dicha entidad, respecto del personal ingresado en las mismas, objeto de asistencia sanitaria pública.

Derecho a la intimidad y derecho a la información

Cuando entran en conflicto dos principios ha de sopesarse la situación para decidir cual de ambos debe de prevalecer, sin que ello suponga, por otra parte que deba de desaparecer ninguno.

Entre los principios ahora mencionados no hay jerarquía y por ello la primacía ha de ser resuelta en cada situación concreta. No obstante quiero dejar constancia de algunas pautas:

- ◆ En caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor se estima, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, que “en principio” ha de prevalecer la primera. Prevalece el segundo, sin embargo, cuando la información carece de veracidad (faltando, entonces, la causa legitimadora).

- ◆ Si el conflicto de la antedicha libertad surge en el derecho a la intimidad prevalece “prima facie” esta última. También aquí puede invertirse la prevalencia, que sucede en el caso de la trascendencia pública de la información, que puede hacer llegar a hacer conveniente la difusión del contenido de aquella. No debe confundirse nunca esta conveniencia con el inexistente derecho de la curiosidad pública a ser satisfecha a ultranza. La Constitución protege la libertad de expresión de un medio de difusión, por ejemplo, pero cuando esto se proyecta sobre otro derecho dotado de la misma intensidad de protección, la información sólo se legitima por la relevancia pública que contenga.

- ◆ Con la confidencialidad sucede lo mismo, pues ésta prevalece, en principio, sobre la posibilidad de informar. Esta posibilidad, no obstante, convertida en obligación prevalece en algunas ocasiones sobre la confidencialidad misma (información a la pareja de un paciente aquejado de una infección mortal).

Esta obligación de preservar es preciso destacar que alcanza a las personas hasta más allá de su existencia.

El caso particular de los datos genéticos

Nos encontramos con dos tipos de problemas, al tratar este asunto de la información genética de una persona:

- ✓ La obtención de la información ha de ser efectuada con el consentimiento (expreso) de su titular.

✓ Una vez obtenida hay que plantearse diversas cuestiones como quién puede acceder a ella, qué normas rigen su conservación y qué plazo fijan para ello.

Hay que señalar, por una parte, que la información genética no se circunscribe a su titular, sino que alcanza a sus ascendientes y descendientes por la carga hereditaria de la que es portadora dicha información. No es menos importante, por otro lado, que la obtención de la información puede ser trascendente para efectos económicos de un tercero.

En este último caso citado la repercusión es evidente en el campo de la eventual contratación por empresas respecto de determinadas personas, así como en el ámbito del seguro. Respecto de éste último. Sin embargo, admite variantes de interés:

❖ Seguro de Vida: Puede, a su vez, admitir las siguientes formas: a) De Vida Entera, cuando el asegurador paga la cantidad convenida a los beneficiarios de asegurado por el fallecimiento de éste, en cualquier momento. b) De Supervivencia, Si el asegurador paga el capital convenido al asegurado en el caso de que éste rebase determinada edad. c) Mixto, en el que el pago surge si el asegurado fallece en determinado intervalo temporal o sobrevive a una determinada edad.

❖ Seguro de Accidentes: El asegurador sufraga el importe de los cuidados que requiera el accidentado asegurado, o le paga determinada cantidad en caso de sufrir invalidez o muerte por la contingencia objeto de cobertura.

❖ Seguro de Enfermedad: Cubre los costes médicos, farmacéuticos y hospitalarios en la medida y duración pactadas en la póliza, siempre que sean debidos a esta causa.

La importancia evidente de la información genética surge, con mayor relevancia, respecto de los seguros de vida y para los de enfermedad.

El descubrimiento del mapa del ADN ha podido ser ,en la historia de la Humanidad, un fenómeno de una relevancia comparable a la Revolución Industrial o a la invención de la penicilina. El eje de la problemática surgida a raíz de este trascendental suceso es que una vez viable la posibilidad de

descifrar, es evidente la aparición de intereses en conocer el contenido de la información descifrada. En los albores del Siglo XXI hemos abierto la puertas a la Medicina predictiva.

Se entiende por Genoma el conjunto de información agrupada en unidades llamadas Genes que, en su conjunto, forman los cromosomas y se sitúan en el núcleo de cada célula del organismo. Se trata, en realidad, de la información sobre el código genético ADN, ARN y secuencia de proteínas²⁸

La importancia radica en que este código es único y personal, y en el hecho de que revela nada menos que la salud pasada, la presente y la futura de la persona portadora de dicho código. Una vez viable la posibilidad de descifrarlo (conocida su trascendencia) es evidente el interés de ciertos interesados en conocerlo.

El desarrollo científico nos permite acceder a la identidad genética de las personas, pero este incuestionable progreso nos trae, como contrapartida, el peligro de violación de ciertos valores considerados tradicionalmente intangibles.

A/. Utilidad de la información genética

Siguiendo la exposición de Questiaux puede asignarse la información genética a los siguientes fines:

- 1.- Médicos: Tests de contenido asistencial
- 2.- Sociales: Identificación forense o de la paternidad, por ejemplo.

El Convenio de Oviedo vigente ²⁹, suscrito por España, prohíbe las pruebas genéticas predictivas que no tengan como fines la salud o la investigación sanitaria.

B/ Posibilidad de discriminación

Surge cuando se utiliza esta información para tratar a alguien de forma diferente e injusta.

Existe el riesgo evidente de que una población que se encuentra simplemente en riesgo se convierta socialmente en defectuosa y por ello en

²⁸ M.C. Vidal Casero. El proyecto genoma humano...

²⁹ Desde 1 de Enero de 2000.

desechable. El mencionado riesgo se da, sustancialmente, en los ámbitos mencionados a continuación:

C/ Ambitos de aplicación

Se muestra, fundamentalmente, en dos concretos campos:

- Cuestiones de relación laboral
- Pólizas de aseguramiento (enfermedad o vida)

Es evidente la relevancia que puede tener el conocimiento del código genético de un trabajador, con carácter previo a su contratación. Era habitual (y aceptado) hasta ahora el reconocimiento médico previo a la prestación laboral. Podría parecer que, utilizando los avances actuales de la ciencia, sería lícito pedir un análisis previo de ADN ³⁰, pero existe una radical diferencia desde el punto de vista ético, ya que el diagnóstico molecular de ADN puede identificar una enfermedad situable en el futuro e impedir, por ello, la contratación del trabajador.

Al referirnos a los seguros, continúa este autor, una vez evidenciado el dato alarmante, la compañía aseguradora no suscribirá la póliza o lo hará mediante una prima desorbitada. Ello sin olvidar, por otra parte, que el asegurado que conozca, mediante la citada diagnosis, su futura enfermedad puede actuar fraudulentamente con la aseguradora.

En el caso del análisis previo a la relación laboral solamente es lícita su práctica cuando exista una relación razonable entre la información a buscar y las aptitudes necesarias para el trabajo. Puede admitirse³¹ el derecho del trabajador a aportar un test genético favorable.

Cabe preguntarse en el aspecto del seguro, si el hecho de conocer enfermedades futuras (o no hacerlo) elimina el concepto del riesgo, básico en la esencia misma de la relación de aseguramiento. Cabe plantear aquí, nuevamente, la misma cuestión de antes: Si se considera lícito un análisis de sangre ¿por qué no uno genético?

³⁰ J. R. Lacedena. Proyecto Genoma Humano

³¹ T. Sala Franco. Selección genética laboral

D/ Autorización para el acceso.

Quiero dejar solamente apuntado en este aspecto el carácter marcadamente personalísimo de este derecho; siempre en el campo de la información sanitaria, pero resaltado en este caso por la índole de los datos que acoge.

Corresponde autorizar este acceso exclusivamente al interesado, quien puede permitir a terceros el conocimiento o manejo de la información genética.

Infecciones

Concorre, también aquí, la nota de posible discriminación sobre las personas afectas de estos padecimientos.

De todas las enfermedades transmisibles es el SIDA aquella que más problemas genera en este ámbito. El caso más relevante es el de si el médico que conoce el estado infectivo de su paciente, puede (e incluso debe) comunicarlo a tercera personas relacionadas con dicho enfermo, para preservar la salud de estas últimas.

En estos casos los autores suelen decantarse por la tesis de la preservación de la confidencialidad del infectado y tratan de salvar la situación de riesgo (grave) respecto del tercero con la opción de que el facultativo trate de persuadir al enfermo para que sea éste quien informe al citado tercero. La Asociación Médica Americana postula tesis de que si el infectado no es persuadido el médico ha de revelar la información que conoce para preservar la salud del tercero, e incluso con fines de prevención de salud pública. Me permito, por mi parte, añadir una tesis mixta (conciliadora) y es que en este último caso el médico se decida por revelar, pero que lo ponga en conocimiento de la autoridad judicial para contar con su autorización y conjurar así el riesgo de incurrir en violación del Secreto.

Puede plantearse, en otro orden de cosas, si el necesario (o no) el consentimiento del interesado para someterse a pruebas de detección de los procesos infectivos a los que me vengo refiriendo. La respuesta a esta cuestión es claramente afirmativa. Las medidas de protección para el personal

relacionado con el posible infectado han de ir por otra orientación que la detección sin el consentimiento de éste. Podemos plantear que se realice la extracción de forma coactiva (por ejemplo) en cuyo caso estaríamos en presencia de la coacción misma y de una falta de lesiones. También, como supuesto, podemos imaginar que la extracción (consentida) tenga otra finalidad que la citada detección y ha sido “aprovechada” en cuyo caso nos encontraríamos en el terreno de una posible indemnización civil³².

Beauchamp y Childress proponen el siguiente esquema descriptivo de las posibilidades de actuación sobre los ciudadanos en la aplicación del screening o cribado.

		Forma de Autorización	
		Voluntario	Obligatorio
Alcance del cribado	Universal	1	2
	Selectivo	3	4

El cribado 1 (Universal y Voluntario) es lícito, por el último carácter mencionado, si bien difícilmente concebible y basado más en la persuasión que en la coacción.

El screening 2 (Universal y Obligatorio) es, también, difícilmente imaginable, desde el punto de vista de que clínicamente no es preciso un cribado universal para proteger la salud pública. Sin olvidar, naturalmente, la transgresión de la autonomía individual que puede suponer.

La recomendación 3 (Voluntario y Selectivo) no plantea problemas, y de hecho se utiliza para personas en situación de riesgo.

El cribado numerado como 4 (Obligatorio y Selectivo) se aplica a personas que entran en ciertas situaciones, como la donación de sangre, de esperma o de órganos. Se dan en otros países (en dos estados de EE.UU.)

³² Ley 1/1982 de protección al Honor y a la Intimidad.

planteamientos no admisibles en nuestro entorno, como el análisis obligatorio a madres embarazadas, o a inmigrantes.

Es de interés resaltar que puede plantearse, en el último supuesto mencionado, que cabría, conceptualmente, respecto de ciertos profesionales sanitarios, la posibilidad de screening selectivo y obligatorio. Sería éste el caso de quienes actúan en intervenciones quirúrgicas muy invasoras (cirugía pélvica, por ejemplo) en las que la utilización “ciega” de instrumentos cortantes puede ocasionar sangrado al propio profesional. Aparte de esta especialísima referencia no es aplicable, con carácter general, el mencionado cribaje a cirujanos o dentistas, pues los estudios científicos efectuados muestran un riesgo casi inapreciable.³³

La preservación de la confidencialidad respecto de personas infectadas es en España objeto de fuerte protección. Fracasó, en este sentido, el proyecto de crear un registro nominal y obligatorio en el que se incluiría a todas las personas infectadas con VIH. Bajo el mismo planteamiento de preservación fue condenado el periodista que dio la identificación de dos presos que, afectados por la citada enfermedad, trabajaban en la cocina de la prisión.

En nuestro ordenamiento los tratamientos médicos son, por lo general, voluntarios y el SIDA no es una enfermedad de terapia obligatoria. No puede, por ello, el paciente ser sometido a una analítica con tal finalidad si se practica contra su voluntad. Dicho de otra manera, no cabe la recomendación 2 antes mencionada y en este sentido se pronunciaron en su día los Ministerios de Sanidad y Trabajo³⁴

LAS LLAMADAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Su significado

El artículo 11 de la Ley 41/2002 establece que en virtud de los documentos de Instrucciones Previas una persona libre y capaz manifiesta

³³ J.J. Sánchez Caro. Obra citada.

³⁴ Pronunciamiento que, como no podía ser de otra forma, no ha cambiado.

anticipadamente su voluntad para que ésta se conozca y se cumpla, cuando llegue a situaciones en las que no pueda expresarla y en relación al tratamiento de su salud (en vida) o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos (una vez fallecida). Reconoce este precepto, además, la posibilidad de designar un representante como interlocutor con el medio sanitario.

Este documento, también llamado de Voluntades Anticipadas o Testamento Vital, tiene un antecedente en nuestro medio cultural en el Convenio de Oviedo y en el mundo anglosajón en las llamadas Directivas Anticipadas.

Se trata de un producto inserto en la autonomía y libre determinación del individuo, hoy con una amplitud de posibilidades que supone una reacción al llamado *imperativo tecnológico* (aplicación, por principio, de todos los medios científicos al paciente, aún careciendo de expectativas terapéuticas definidas) antesala posible del ensañamiento terapéutico.

Se citan³⁵ tres supuestos a los que se pueden dirigir las Instrucciones Previas, por encontrarse alguien en dichas situaciones.

- Urgencia vital: Crisis de peligro mortal e irreversible para una persona
- Incapacidad: Estado en el que se anula la capacidad de decisión
- Post mortem: Destino del propio cuerpo o de sus órganos tras el hecho del fallecimiento.

Formalización

Podría ser suficiente, en realidad, la mera constancia de las Instrucciones en la Historia Clínica. La Ley exige, sin embargo, con evidente finalidad garantista, su formalización (remitiéndose para ello a lo que puedan establecer las normativas autonómicas) y su inscripción en un registro nacional³⁶, sin perjuicio de los que puedan existir en otros ámbitos territoriales.

Suelen reconocerse dos posibilidades de formalización:

³⁵ Sánchez Caro y Abellán en su obra sobre Derechos de los Pacientes.

³⁶ En el Ministerio de Sanidad y Consumo.

- ✓ Ante notario
- ✓ Ante testigos

Respecto de esta última variedad se exige que estas personas, mayores de edad, no tengan relación (parental o económica) con el declarante.

La Ley 8/2003 de Castilla y León acoge otra posibilidad más que consiste en manifestar la voluntad ante personal de la Administración, en la forma que reglamentariamente se establezca (dice).

Límites

No es posible aplicar Instrucciones Previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* o a los deseos manifestados por el interesado emisor de aquellas.

El límite más llamativo se puede dar cuando el declarante solicite actuaciones contrarias al Código Penal (un auxilio al suicidio, por ejemplo). Puede ocurrir, también, que lo pedido sean acciones contra la *lex artis* o las prácticas clínicas adecuadas.

Es imaginable que la evolución del estado de la ciencia haga imposible determinado grado de previsión del interesado para cuando hayan de aplicarse las Instrucciones.

Hay que dejar constancia de que una vez firmadas las II.PP. la voluntad de la persona que las firmó (capaz y consciente) prevalece siempre sobre ellas. Es decir no queda uno mismo vinculado por las Instrucciones, pudiendo pedir su inaplicación y sin perjuicio de la posibilidad de revocarlas.

Su relación con la Eutanasia

El Tribunal Constitucional tiene declarada la licitud de disposición sobre la propia vida, pero matizando que esto no supone, en modo alguno, el derecho subjetivo a mover voluntades ajenas encaminándolas a suprimir aquella.. La cita del caso Sanpedro, en estos casos, es de todos conocida.

No puedo, por razones de espacio, detenerme a analizar las distintas modalidades de eutanasia, pero quiero dejar constancia de que la omisión de aquellas atenciones que suponen la prolongación de la vida, en un enfermo agónico e irreversible, no es una actuación ilegal ni contraria a la ética (personalmente creo que se trata de lo contrario). Tampoco es punible la administración de un tratamiento de alivio a un paciente terminal, con insufribles dolores, aún cuando dicha actuación pueda ocasionar indirectamente un acortamiento de su vida. Es perseguible penalmente, sin embargo, la eutanasia activa: el cóctel lítico o la inyección letal y aquí quien nos viene a la mente es el tristemente famoso Doctor Muerte.

En el tratamiento vital no es posible dar acogida a esta última forma de eutanasia, pero sí a las dos anteriores.

No admite la eutanasia ni el ordenamiento jurídico español ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la ha rechazado recientemente³⁷. Sí dan acogida a esta figura algunos otros ordenamientos, como el holandés o el belga.

La Ley Autonómica de Castilla y León reconoce el derecho de los pacientes a su propia dignidad, en el proceso previo a la muerte, así como al cumplimiento de sus derechos como enfermos terminales (cuidados paliativos, acompañante, habitación individual...).

Obstáculos para la implantación de las II.PP.

Se citan³⁸, en referencia a los pacientes, las siguientes:

- Recelo a dejar constancia, o siquiera a oír hablar de estos asuntos.
- Ausencia de ideas claras y firmes en esta materia.
- Posibilidad de variación, en el tiempo, de estos planteamientos.
- Dificultad de interpretación, llegado el momento, de aplicarlas.
- Desconexión de los representantes de los pacientes, con éstos.

³⁷ Caso Pretty.

³⁸ Por el profesor Sánchez Gonzalez.

Sánchez Caro y Abellán exponen, no obstante, efectos positivos con su implantación:

- Impresión, en los pacientes, de decidir en aquella futura situación.
- Alivio, para los médicos, de actuar, en situaciones difíciles, conforme a la voluntad del interesado.
- Confianza de los familiares del respeto a la voluntad del declarante.
- Fortalecimiento del respeto a la autodeterminación.

Incumplimiento de las Instrucciones

Es posible, conceptualmente, que esto ocurra y la Ley 41/2002 remite, en su caso, al Régimen sancionador de la Ley General de Sanidad.

Puede concebirse el supuesto de un ensañamiento terapéutico contra la voluntad manifestada del interesado en un documento de Instrucciones Previas, en cuyo caso el profesional incurriría, por otra parte, en responsabilidad civil (por daños morales) o disciplinaria (por infracción, en su caso, de deberes profesionales).

Parece difícil imaginar, no obstante, la responsabilidad del profesional por este incumplimiento, pues no debe de producir la muerte, precisamente, la inobservancia misma; y si esto ocurre la causa será, normalmente, el padecimiento del interesado y no la inaplicación de su voluntad.

EL INFORME DE ALTA

Este documento es una pieza clave entre los diversos elementos de información que un Usuario recibe. Voy a referirme a él, siquiera brevemente, con mención de las últimas novedades normativas.

Es el documento que cualquier hospital (tanto público como privado, interesa destacar) ha de entregar al paciente o a sus familiares

cuando aquel finaliza su período de asistencia en el centro sanitario, al abandonar el mismo. Su obligatoriedad es expresada en el artículo 20 de la Ley 41/2002.

Se elabora por duplicado: un ejemplar para el usuario y otro para su incorporación a la Historia Clínica. La obligatoriedad de emisión del informe, al que nos venimos refiriendo, queda establecida en normativa anterior³⁹.

Funciones que cumple

- Informar acerca del proceso que motivó el ingreso en el centro sanitario y sobre las atenciones sanitarias recibidas en el mismo.
- Garantizar, mediante la información que contiene, la continuidad de la asistencia al paciente.
- Evaluar, también, la calidad de la asistencia recibida.

Contenido del Informe

- ◆ Respecto del centro dispensador de la asistencia:
Nombre, domicilio y teléfono
Identificación del servicio clínico que expide el alta
Identificación y firma del médico responsable del alta
- ◆ Respecto del paciente asistido
Números de Historia Clínica y del registro de entrada
Identidad, fecha de nacimiento y género del paciente
Domicilio, en su residencia habitual.

³⁹ Orden Ministerial de 6 de Septiembre de 1984.

- ◆ Referidos al proceso asistencial

Fechas del ingreso y del alta

Motivo inmediato del ingreso

Motivo del alta⁴⁰

Resumen de Historia Clínica y exploración inicial

Resumen de la actividad asistencial dispensada

Procedimientos quirúrgicos u obstétricos realizados

Otros procedimientos, en su caso.

Diagnóstico principal y complementarios, si los hubiere

Recomendaciones terapéuticas

Puede ser expedido, cuando no haya información suficiente, un informe de alta provisional hasta la emisión del definitivo.

La Ley 41/2002 recoge la posibilidad de situar al paciente en Alta Voluntaria ante una negativa de éste a seguir el tratamiento prescrito, pasando a considerarse Alta Forzosa en caso de negativa a la firma de la Voluntaria. Esta última posibilidad desaparece en caso de existencia de tratamiento alternativo y el paciente acepte recibirlos. En el caso de que éste no acepte el alta forzosa, la dirección del centro "... previa comprobación del informe clínico correspondiente, oíra al paciente y si persiste en su negativa lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión"⁴¹. Idéntico planteamiento es acogido en la Ley de Castilla y León.

OTROS DOCUMENTOS SANITARIOS

Cuando se habla de documentación sanitaria sale a colación, desde luego, la Historia Clínica y ocasionalmente el Informe de Alta, pero existen

⁴⁰ Por curación, mejoría, alta voluntaria o fallecimiento.

⁴¹ Artículo 21 de la citada norma.

otros documentos de uso frecuente, que quiero, siquiera, mencionar como cierre de la temática que vengo exponiendo. Se trata de los siguientes:

- Certificados Médicos
- Recetas
- Partes de Alta y Baja o Confirmación

Se recoge legalmente, respecto de los primeros, el derecho de los ciudadanos a su expedición, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria.

En cuanto a las recetas es preciso, al menos, dejar constancia de sus variantes: Verde (para trabajadores en activo) Roja (para pensionistas) Azul (para contingencias profesionales) y la llamada Negra, en impreso sin color, para prestaciones no financiadas por el sistema Nacional de Salud.

Los partes de alta y baja cumplen una finalidad extrasanitaria, cual es la de abrir y cerrar los procesos de Incapacidad Temporal y la percepción de las prestaciones económicas que conllevan.

En el terreno de la documentación clínica quiero concluir con la mención de los órganos encargados de custodiarla y archivarla y gestionarla. Se trata, como es sabido, de los Servicios de Documentación Clínica, cuya importancia y responsabilidad va en aumento en los centros sanitarios, propugnándose, incluso, una nueva capacitación: la de documentalista.

LA HISTORIA CLINICA

El tratamiento de este documento sanitario tiene, en cualquiera de sus aspectos, una gran complejidad pues atañe no sólo al propio paciente a quien se refiere o a los profesionales sanitarios relacionados con aquel, sino a otros varios sujetos con varias finalidades:

- Seguridad Social: Prestaciones económicas.
- Inspección Sanitaria: Incapacidad temporal, expedientes disciplinarios o evaluación de responsabilidades.

- Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: Identificación o datos de estancia en centros sanitarios, respecto de investigaciones delictivas.
- Organos judiciales: Procesos seguidos ante los tribunales.
- Compañías de seguros: Responsabilidades económicas de las mismas, derivadas de la estancia o tratamiento de uno de sus asegurados en una institución sanitaria.

Concepto

Laín Entralgo⁴² la define como un relato de la vida de una persona (relato *patográfico*) desarrollado por un patógrafo, que describe el origen y el curso temporal de un proceso morboso. El problema de este profesional es, precisamente, el resolver la dicotomía de la ineludible individualidad de la historia, por un lado, y la imprescindible universalidad, por otra parte, del conocimiento científico. Es decir⁴³ *una patografía para ser auténtica ha de ser personal, pero para ser científica debe de ser universal*.

Se incluye la Historia Clínica, conceptualmente, dentro de la documentación clínica y se refiere al conjunto de información, datos y valoraciones respecto de la situación y evolución de un paciente en el medio asistencial.

Interesa destacar que la Ley General de Sanidad establecía la integración de la Historia en el área de salud respectiva, mientras que la Ley 41/2002 refiere dicha integración a nivel de centro sanitario. Cabe preguntarse si supone esto el reconocimiento de la imposibilidad de alcanzar el objetivo fijado por la Ley anterior⁴⁴.

⁴² En su obra "La Historia Clínica".

⁴³ Sánchez Caro y Abellán en la obra citada.

⁴⁴ Ley General de Sanidad.

Finalidad

Podemos referirla a las vertientes que se citan seguidamente:

- ❖ Reunir toda la información sobre el estado de salud de alguien.
- ❖ Servir de fuente de información a todos los sujetos antes mencionados.

Características

Según recoge al respecto M.T. Criado del Río la Historia ha de ser:

- ✓ Completa: Comprensiva de todas las actuaciones realizadas
- ✓ Ordenada y actualizada: Sistematizada de forma aprovechable
- ✓ Inteligible: Comprensible y asequible en su contenido
- ✓ Respetuosa: Con el paciente al que se refiere, con los otros profesionales y con la institución en la que se halla.
- ✓ Con las precisiones y rectificaciones necesarias para hacerla útil.
- ✓ Veraz: Expresiva de información auténtica y fiable.
- ✓ En el soporte adecuado: Documental, celuloide, diskettes, etc.
- ✓ Unica para cada paciente.

Pertenencia.

Confundida, a veces, con el acceso a la misma se manejan al respecto las siguientes teorías:

- Propiedad del centro sanitario: Referida al soporte material.
- Propiedad del facultativo: Respecto a los criterios científicos o juicios clínicos vertidos en la historia.
- Propiedad del usuario: En cuanto a la relevancia de la información contenida en la historia y a su carácter personalísimo.

o Tesis mixta o integradora: Es la única que ofrece una visión cabal de esta cuestión. En efecto, como planteamiento general el soporte material pertenece al centro y a los profesionales la autoría de sus opiniones o criterios, correspondiendo al paciente la posibilidad de acceder o de disponer de la Historia a él referida. Es preciso matizar que la autoría mencionada, de opiniones o criterios, puede considerarse transferida, sin embargo, por la relación de dependencia en la que se producen. Hay que destacar que este planteamiento es predicable respecto del sistema sanitario público difiere en el privado, en donde los propios profesionales sanitarios son los responsables de la custodia y gestión de las Historias.

Acceso.

Se da, en este asunto, una potencial colisión entre el derecho del usuario a la confidencialidad de la información a él referida y el derecho de determinadas personas de acceder a la citada información.

Podemos sistematizar los casos de acceso a la historia clínica en función de los sujetos que quieren acceder a ella de esta forma:

1.- El propio paciente:

Al coincidir el interesado en obtener la información con su titular, queda el sistema sanitario relevado del deber de confidencialidad. Este acceso es, por otra parte, un derecho del ciudadano que ha de ser posibilitado por la Administración Sanitaria.

Otra cuestión es si, además del propio acceso, se puede obtener copia de la Historia, cuestión que debemos de contestar afirmativamente, pues las normas vigentes así lo permiten⁴⁵ y, por otra parte, ésta es la verdadera utilidad del acceso.

Hay que apuntar, no obstante, que al mismo paciente puede serle ocultada información de su propia historia, cuando afecte a cuestiones íntimas

⁴⁵ Artículo 18.1 de la Ley 14/2002: "Derecho a obtener copia de *los datos* que figuren en ella..." (en la Historia).

de terceras personas o contenga extremos, referidos a él mismo, que impidan el que le sea facilitada por su especial situación personal (caso frecuente en enfermos psiquiátricos o eventual ejercicio del privilegio terapéutico en supuestos de pronóstico fatal).

La vigente Ley 41/2002 pone dos limitaciones en el acceso por el propio paciente a su Historia y es que no puede hacerlo en perjuicio de un tercero ajeno al Sistema ni de los profesionales sanitarios por los juicios u opiniones vertidos en dicho documento.

2.- Los familiares del paciente:

No es posible el acceso a la historia clínica de un paciente capaz y consciente, por sus familiares, sin la autorización de aquel. En caso de incapacidad o inconsciencia habrá de valorarse la necesidad del acceso y el beneficio potencial que tal acceso puede aportar al paciente.

La Ley 14/2002⁴⁶ reconoce el derecho de los familiares de un paciente fallecido a acceder a la Historia de aquel, salvo que constase de forma indubitada la voluntad del fallecido de negarles el acceso.

La normativa de Castilla y León reconoce el derecho de los padres a acceder a la Historia Clínica de sus hijos menores no emancipados, o de los tutores o guardadores, en su caso.

3.- Terceras personas:

Debemos diferenciar, en este grupo, dos supuestos diferentes:

Terceros integrados en el ámbito asistencial: No plantea duda la posibilidad de acceso por los facultativos encargados de la asistencia, por la inspección sanitaria o por medios científicos o investigadores (con las lógicas limitaciones derivadas de su concreta función). También es factible el acceso al personal de gestión que realice funciones de apoyo al ámbito asistencial, acceso limitado, naturalmente, al objeto y contenido estricto de su función.

⁴⁶ Artículo 18 de la misma.

Terceros ajenos al ámbito asistencial: No es posible el acceso a la historia por las empresas respecto de sus trabajadores, en cuanto a información individualizada, salvo autorización del propio titular de la información. Hay que resaltar que el cónyuge, a estos efectos, tiene la condición de tercero y por ello precisa autorización para el acceso.

Actualmente existen empresas privadas que custodian y gestionan historias clínicas de algunos centros públicos. Tiene prohibición, estas empresas, de subcontratar el servicio y han de devolver la información una vez concluida la relación contractual.

Hay que poner especial cuidado cuando la información es solicitada por los tribunales, pues aquella no debe de ser entregada de forma absoluta e incondicionada sin peligro de violentar la obligada confidencialidad. En los procedimientos civiles, sociales o contenciosos hay que solicitar del juez que concrete los extremos que precisa conocer, para evitar, en lo posible, la entrega íntegra de la historia. En los asuntos penales (En los que el inculpado puede ser un facultativo o el propio paciente) podemos resumir en el sentido de que la obligación de entrega de la historia es más rigurosa, al suponer ésta una pieza probatoria imprescindible para el proceso. La Ley 41/2002 da acogida a ¡l criterio de protección de la confidencialidad de la información contenida en la Historia (aún sin olvidar la necesaria observancia del principio de colaboración con la Justicia) cuando, en el sentido que he expresado con anterioridad, establece que el acceso judicial debe de limitarse a los fines precisados en cada caso concreto. En igual sentido la normativa de Castilla y León cuando establece que en todos aquellos casos en los que se acceda a la Historia Clínica para fines extrasistenciales, el propio acceso y la información a extraer estarán limitados por la necesidad de la finalidad pretendida.

Contenido

La nueva Ley 41/2002⁴⁷ determina que, como mínimo, este documento habrá de contener:

⁴⁷ Artículo 15 de la misma.

Procesos de hospitalización	Autorización de ingreso
	Informe de urgencia
	Consentimiento informado
	Informe de anestesia
	Registro de quirófano o de parto
	Informe de anatomía patológica
	Gráfico de constantes
	Informe de clínico de alta
Otros procesos	Hoja clínico – estadística
	Anamnesis y exploración física
	Evolución
	Ordenes médicas
	Hojas de interconsultas
	Exploraciones complementarias
	Cuidados de enfermería
	Terapéutica de enfermería

Hay que dejar constancia del carácter de “medicalizada” de esta mención, pues se echan de menos precisiones de otros profesionales, como psicólogos o trabajadores sociales, en relación con el paciente.

La Ley 8/2002, de Castilla y León, establece que en aquellos casos en los que intervenga más de un profesional sanitario, deberán de hacerse constar individualizadas las actuaciones de cada uno de ellos. Cualquier información plasmada debe de ser, por otra parte, identificada y fechada.

Conservación

Existe ya una indicación legal a este respecto en legislación básica nacional y así la Ley 41/2002 precisa el plazo en 5 años *desde la fecha del alta de cada proceso asistencial*. Esta formulación deberá de ser aclarada en el futuro desarrollo normativo, pues plantea importantes dudas en concretos aspectos, como su aplicación en el ámbito pediátrico, por ejemplo.

Manejo de los datos en los Centros Sanitarios.

La información clínica, en general, y la Historia Clínica, en particular, se encuentran a disposición⁴⁸ de pacientes y trabajadores de Sistema Sanitario. Directamente relacionados con los primeros mencionados. Esta afirmación es tan incuestionable como necesitada de matizaciones, pues tales posibilidades de acceso no son absolutas, como me propongo exponer más adelante.

Podríamos establecer, como principio general y básico en esta materia, el de que tiene acceso reconocido a la información clínica toda persona que se encuentre facultada por dos variables: su trabajo concreto y el lugar en donde lo presta. Esta doble cualificación es imprescindible pues un trabajador no tiene acceso por el sólo hecho de ser médico (por ejemplo) si carece de relación asistencial con el paciente y en cambio un administrativo puede estar facultado para acceder a datos que deba de procesar.

Una vez sentado el anterior planteamiento es preciso resaltar que el acceso a la información sanitaria, respecto de las personas facultadas para ello, no es absoluto, sino que está relativizado por la índole de los datos concretos. De esta forma hay quien puede acceder al conjunto de la información: datos personales, clínicos e incluso los más sensibles (genéticos entre ellos) como es el caso del facultativo responsable de la asistencia. Hay otros casos, por el contrario, en los que el acceso está limitado a los datos personales (e incluso parcialmente) como ocurre con el personal no sanitario que recibe la primera información de un usuario.

Podemos, desde otro punto de vista, relativizar la actuación de los trabajadores del Sistema Sanitario, respecto de la información a la que me vengo refiriendo en función de las concretas tareas que caben sobre la misma.

No es lo mismo, evidentemente, a efectos de su trascendencia, la simple visión de los datos que su corrección, reproducción o eliminación. También en estos casos las mayores posibilidades de actuación se refieren al facultativo responsable de la asistencia, quien puede acometer, respecto de su paciente,

⁴⁸ Como ya recogía la Ley General de Sanidad.

todas las acciones anteriores referidas a los datos clínicos. Para actuar sobre los datos especialmente sensibles, antes referidos, habrá de contar con la autorización del paciente. La actuación de algún otro grupo de personal, como el administrativo, habrá de ceñirse en las referidas acciones, como es evidente, a los datos personales de los usuarios.

Madrid, Abril de 2004

Juan Siso Martín

juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono 625 555 266

**AUTONOMIA DEL PACIENTE. INTIMIDAD, CONFIDENCIALIDAD Y
SECRETO MEDICO. TRATAMIENTO DE ESTAS MATERIAS EN LA LEY
41/2002**

LA RELACION MEDICO PACIENTE

Como eje de la asistencia

LA LEY 41/2002

Materias de que trata

Origen de esta Ley

Su carácter de básica

Incumplimiento

Ambito de aplicación

Principios básicos de la misma

La terminología empleada

LA INFORMACION ASISTENCIAL

El derecho a la información

Clasificación de los derechos

Elementos personales de la información

Ausencia de información

Condiciones de la información

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Destinatario. Supuesto básico

Destinatario. Menores e inconsciente

Los estados de inconsciencia

Contenido de la información para consentir

Alcance

Límites

Pautas para el profesional sanitario

LA RENUNCIA AL TRATAMIENTO

Aspectos que abarca

Derecho a decidir contra obligación de sanar

El caso de los menores o inconscientes

Conclusiones

LA OBJECION DE CONCIENCIA SANITARIA

Visión constitucional

Sujetos que pueden acogerse

Forma de declarar la objeción

Su relación con el aborto

La objeción ante la eutanasia

DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

Privacidad e Intimidad. Antecedentes

Intimidad y Honor

Manifestaciones fundamentales de la Intimidad

Derecho a la Intimidad y derecho a la información

Infracciones a su preservación

Grabación de imágenes en centros sanitarios

El caso particular de los datos genéticos

Las infecciones

LAS LLAMADAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Su significado

Formalización

Límites

Relación con la eutanasia

Obstáculos para su implantación

Incumplimiento de las Instrucciones

EL INFORME DE ALTA

Funciones que cumple

Contenido del informe

OTROS DOCUMENTOS SANITARIOS

Enumeración

Cometidos que cumplen

LA HISTORIA CLINICA

Concepto

Finalidad

Características

Pertenencia

Acceso

Contenido

Conservación

MANEJO DE LA INFORMACION EN LOS CENTROS SANITARIOS

Variables

Esquemas

LA ELIMINACION DE DOCUMENTACION

Clasificación de los documentos

Procedimiento

Juan Siso Martín
Teléfono 625 555
E.Mail: juan.siso@salud.madrid.org
Madrid, Abril de 2004