

**DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA PRÁCTICA CLÍNICA
COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN AL PACIENTE
AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO.**

**INTIMIDAD, CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO MÉDICO.
MANEJO DE LA DOCUMENTACIÓN CLÍNICA**

Juan Siso Martín
Madrid, abril de 2008

E.Mail: paracelso.2000@gmail.com

Página Web : Juan Siso.es

DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LA PRÁCTICA CLÍNICA
COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN AL PACIENTE AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO.
INTIMIDAD, CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO MÉDICO.
MANEJO DE LA DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

Juan Siso Martín
juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono: 625 555 266

INTRODUCCIÓN

Los derechos objeto de protección constitucional forman una categoría cualificada dentro del conjunto de todos los que el ciudadano tiene reconocidos y puede exigir en cualquier situación y lugar en los que entienda que se le desconocen o menoscaban. Encuadrar, no obstante, esta categoría principal dentro del estatuto jurídico de pacientes y usuarios de la Sanidad requiere de explicitar el contexto normativo, institucional y organizacional en el que se reconocen y ejercen dichos derechos.

Hay un doble ámbito de prestación de la asistencia, y por tanto del ejercicio de los referidos derechos: la medicina pública y la privada; aunque veremos que hay una coincidencia casi absoluta en su definición y condiciones, en ambos espacios, motivada por la actual normativa, escapando apenas unas particularidades en la medicina privada, a las que haré referencia. Esto supone, indudablemente, un notable progreso en el estatuto jurídico de los pacientes.

Para saber donde estamos, sin embargo, es necesario conocer de donde venimos y cómo hemos llegado. Comencemos, pues, con una mención a la Sanidad en nuestro actual Estado.

**SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SANITARIA.
ARTICULOS 41 Y 43 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

La conexión de estas dos entidades conceptuales es de máxima relevancia en cualquier país, pues supone la definición del modelo asistencial que se adopte y define la posición del ciudadano respecto del uso de la prestación sanitaria; inserta, o no, en el ámbito de la Seguridad Social.

En el artículo 41 de la Constitución se recoge la garantía de protección a los ciudadanos mediante un sistema de Seguridad Social, pero dejando, más adelante, claramente diferenciada de este ámbito la cobertura sanitaria, como enseguida se verá.

La lectura y análisis del citado artículo produce una primera impresión de “levedad” y escasa solidez en el planteamiento de un asunto de la máxima relevancia para cualquier Estado. Nada menos que la fijación, al más alto nivel normativo, del sustrato del Estado de Bienestar, en su tradicional significado.

Seguramente tuvo especial relevancia la situación económico–social por la que atravesaba España al final de la década de los años setenta del pasado siglo. Se encontraba extendida la idea de la precariedad del sistema de Seguridad Social en nuestro país, su futuro problemático y la falta de respuesta a las acciones estatales ejecutadas en los años anteriores.

El Tribunal Constitucional¹ expresa que la configuración del entramado de organización y prestaciones no lo hace la Constitución, sino que está en manos del legislador ordinario. A pesar de que la Seguridad Social es, en definitiva, una función del Estado, el modelo de Seguridad Social es de estricta configuración legal.

El Derecho Comparado no aporta una visión diferente a la nuestra. Pueden citarse como ejemplos representativos los siguientes: Constitución Francesa (párrafos 10 y 11 de su Preámbulo) o la Italiana (artículo 38) con menciones también ambiguas. Las Constituciones Alemana, del Reino Unido o de los Estados Unidos de Norteamérica, sin mención a modelo alguno de Seguridad Social o la Mejjcana

¹ Sentencias 121/1983, 134/1987, 37/1994, 126/1994.

(artículo 123). Quizás la única excepción, en lo positivo, lo constituya la Constitución Portuguesa (artículo 63) que muestra también en este punto su modernidad.

El artículo 41 menciona el término “mantener”, si bien es interpretado con cierto pesimismo y reserva por el profesor Borrajo Dacruz en el sentido de que entiende que pudo ser plasmado como expresivo de *mantener los niveles hasta el momento alcanzados*, interpretación desalentadora pero realista, habida cuenta del momento crítico, antes mencionado, por el que pasaba la Seguridad Social al términos de esa década en España.

A pesar de las mencionadas inconcreciones y falta de solidez del precepto es preciso destacar una mención capital contenida en su redacción. Es la referencia de que la protección se dirige “a todos los ciudadanos”. Se deslaboraiza, con ello, dicha protección y la evolución normativa vendría más adelante a demostrarlo mediante los sistemas de prestaciones no contributivas² y el acceso a la asistencia sanitaria por los ciudadanos, fuera del ámbito de la condición de “asegurados”. Se operaría este tránsito, como se verá más adelante, al desarrollar el artículo 43 de la Constitución, mediante la Ley General de Sanidad, haciendo extensivo el derecho a la asistencia al conjunto de la población.

LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN UNIVERSAL

¿Por qué aparecen separados el artículo 41 y el 43? Es evidentemente deliberada esta separación, que ya se apuntó en los debates parlamentarios previos a la redacción definitiva, aún cuando la Sanidad ha venido en nuestro país ligada históricamente a la Seguridad Social, al menos en las décadas anteriores a la Constitución.

Es preciso recordar que cuando la Comisión Mixta Congreso–Senado suprimió la mención a las prestaciones sanitarias en el artículo 41, en realidad lo que hizo fue definir la escisión entre Seguridad Social y Sanidad, que quedarían definitivamente claras más adelante al configurar el nuevo texto de la Ley General de Seguridad Social e incluso al delimitar la financiación pública de ambos sistemas.

² Es de señalar el criterio del Tribunal Constitucional que ha entendido que esta denominación encubre, realmente, una naturaleza “asistencial”. Ver. Sentencias 103/1983, 104/1983, 121/1983, 65/1987, 142/1990, 4/1991, entre otras.

No debe de omitirse, sin embargo, que la mención que se añadió al artículo 41 "... la asistencia y las prestaciones complementarias serán libres", encaja de forma mucho más adecuada en el artículo 43, al que posiblemente pudo ir dedicada.

Conviene dejar mención, aquí, de que el origen normativo e institucional de la protección de la salud y del sistema de prestaciones de Seguridad Social es común. La asistencia sanitaria era una prestación de Seguridad Social recogida en la Ley General de 1974 y la gestión estaba atribuida al extinto Instituto Nacional de Previsión para el conjunto prestacional (asistencia sanitaria incluida). La ruptura vendría con el planteamiento de la universalización de la asistencia en la Constitución (desarrollado por la Ley 14/ 1986, General de Sanidad) y con la creación del nuevo sistema gestor, por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, de la Sanidad y del Empleo. Con sucesivas disposiciones configurarían las Entidades Gestoras en las que se desgajaba la gestión del INP: El Instituto Nacional de la Seguridad Social, El Instituto Nacional de la Salud y el Instituto Nacional de Empleo. La separación de la protección a la salud del ámbito de la Seguridad Social iba tomando forma, también, institucional.

Esta sustantividad del derecho a la protección de la salud, por la mera condición de ciudadano, se sustenta en dos principios que conviene explicitar ahora: Universalidad e Igualdad.

- ❖ Universalidad: El derecho a la asistencia alcanza, como apuntaba la Constitución *a todos*, y después desarrolló la Ley General de Sanidad *a todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional*. Respecto de extranjeros no residentes su derecho a la asistencia ha venido siendo objeto de concreción en normativa específica. Actualmente ostentan ese derecho, sin ningún requisito, los menores, las mujeres embarazadas y cualquier extranjero en situación de urgencia sanitaria. La garantía de universalidad se recoge, actualmente, en el artículo 2 de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
- ❖ Igualdad: Con relación en los preceptos constitucionales la Ley General de Sanidad declaró esta condición respecto al acceso y disfrute de los servicios

sanitarios y a la orientación de las políticas sanitarias para corregir desequilibrios territoriales y sociales.

Destaca por su importancia el artículo 43 cuando impone a los poderes públicos medidas concretas:

“1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3.- Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte”.

Cuando se aborda el tratamiento de este precepto hay una precisión obligada y es el destacar que, mientras que en los capítulos anteriores del Título Primero, las conductas exigibles son de abstención, de no perturbar o perjudicar a los ciudadanos, el artículo 43 (inserto en el Capítulo Tercero del mismo Título Primero) exige acciones positivas, impone obligaciones a los poderes públicos.

El artículo 43 aparece, evidentemente, desgajado del 41. Desde la antigua Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad³ y hasta la Constitución, la asistencia sanitaria se encontraba siempre vinculada a la Seguridad Social. Es nuestro Texto Constitucional y sobre todo la Ley 14/1986, General de Sanidad, quienes operan esta escisión, que no habría podido tener configuración legal sin el artículo 43. En realidad de no haber existido este precepto nadie habría dudado que asistencia sanitaria y Seguridad Social eran la misma cosa. En la formulación actual, sin embargo, se configuran diferencias entre un sistema de Seguridad Social y otro Nacional de Salud. El primero centralizado y el segundo de gestión autonómica a través de los diecisiete servicios de salud, tras el proceso transferencial operado el uno de enero de 2002. Esta realidad actual ya fue prevista, tras la promulgación del Texto constitucional, por el profesor Borrajo al afirmar que quedaba abierta, constitucionalmente, la vía para configurar un Servicio Nacional de Salud como pieza distinta a la Seguridad Social, en un complejo constitucional de política social.

³ De 14 de Diciembre de 1942

La relación entre Seguridad Social y Sanidad tiene en el Derecho comparado tres modelos diferentes, si bien interrelacionados entre sí:

- Sistema Sanitario de prestaciones de hacer: servicios de defensa de la salud, entendiendo ésta en el integral sentido que expresó la OMS.
- Sistema de Seguridad Social de prestaciones económicas.
- Sistema de Servicios sociales complementarios y exteriores a los dos sistemas anteriores.

El modelo a adoptar por cada país depende de la definición de Seguridad Social, previamente, y de la interferencia de los tres elementos citados entre sí. Es normal la existencia de modelos mixtos y decreciente la aplicación de modelos unitarios en los que se encuentre todo integrado en un mismo sistema. La separación es recogida ya en las recomendaciones de la O.I.T. de Filadelfia, en 1944, sobre Asistencia Médica (la 69) y sobre la Seguridad de los medios de vida (la 67). De igual manera el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 12.

Por lo que respecta a España, Alzaga expresó que *se observa una cierta superposición entre el régimen público de Seguridad Social, mencionado en el artículo 41, y las prestaciones y servicios necesarios aludidos en el párrafo segundo... del artículo 43, ambos de la Constitución.* Y añade que *sistemáticamente hubiera sido quizás preferible que ambos preceptos se hubieran refundido, máxime si no se pierde de vista que, en última instancia, todo el contenido del artículo 41 es corolario del reconocimiento del derecho a la protección a la salud que se formula en el primer párrafo de ese artículo 43.* En el mismo sentido Garrido Falla insiste en la relación temática de ambos artículos y en la razón de que aparezcan separados los asuntos que contienen. El desarrollo normativo, la evolución social y la aplicación cotidiana de la atención sanitaria han marcado, sin embargo, la divergencia de la Seguridad Social y de la Asistencia Sanitaria.

Otra tesis, contraria, seguida por el profesor Borrajo Dacruz sostiene que España ha seguido el mismo modelo que adoptaron la generalidad de los países de nuestro entorno: la separación de Sistema Sanitario y Seguridad Social. El derecho a la asistencia sanitaria por la simple condición de ciudadano (universalización de aquélla), con independencia de una relación de aseguramiento. La realidad actual

nos muestra la solidez de este planteamiento desde el punto de vista normativo e incluso institucional en la gestión.

Una vez analizada esta cuestión capital, previa y necesaria para comprender el sustrato normativo e institucional de nuestro Sistema, veamos, ahora, en el seno del ejercicio de los derechos de los pacientes, los perfiles que configuran aquellos que gozan de protección constitucional (autonomía, intimidad y confidencialidad) en la forma en que se tratan en la más moderna normativa.

COMUNICACIÓN CON LOS PACIENTES

AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

EL DERECHO DE LOS PACIENTES A LA INFORMACIÓN

La relación asistencial

Ha venido desarrollándose tradicionalmente la relación asistencial 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 ayudarlo en la toma de decisiones en ese ámbito.

Como es sabido en sus comienzos, históricamente, estaba configurada esta relación de manera vertical y asimétrica. El médico, dotado de su conocimiento científico y competencia técnica, tomaba aquellas decisiones que afectaban al paciente, quien en situación doliente y carente de aquel saber dependía a todos los efectos del profesional sanitario. Es de destacar que al no tener capacidad de decisión tampoco asumía responsabilidad alguna por las decisiones, que recaía, evidentemente, en el médico

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 ilustrar 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.

El actual modelo, horizontal y simétrico, desarrolla un continuo intercambio de información entre ambas partes. El paciente se la proporciona al médico, quien analizada ésta, elabora un plan, diagnóstico o terapéutico. En este conjunto de acciones el paciente cobra su auténtica dimensión de protagonista, emitiendo, a su vez, más información al médico del desarrollo y vivencia del plan puesto en marcha. El médico examina y valora esta información y comunica al paciente sus criterios y conclusiones. En virtud de esta información el paciente va tomando sus decisiones, de las cuales asume su propia responsabilidad. En el modelo relacional anterior el médico decidía por el paciente, pero sin el paciente. Cuidado no caigamos en el exceso contrario de pensar que el paciente debe, en el modelo actual, decidir por el médico y sin el médico. Quien así actúe será muy autónomo, pero también un insensato. La decisión es suya, pero con el apoyo y asesoramiento del médico.

Esta forma de proceder introduce en la actuación del médico un elemento antes ausente. Tradicionalmente el componente de dicha acción era el científico – técnico, al que ahora se añade el humano y relacional.

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

Clasificación de los derechos de los pacientes

El conjunto de los que constituyen el estatuto jurídico de los usuarios de la Sanidad y pacientes atendidos por la misma, podemos sistematizarlo en tres grandes categorías.

DE INDOLE FUNDAMENTAL

Se trata de aquellos que se insertan en la esfera de mayor relevancia y máxima protección en nuestro ordenamiento jurídico. Son recogidos en nuestro Texto Fundamental.

- Personalidad, dignidad e intimidad
- Autonomía de las personas
- Confidencialidad de la información

DE NATURALEZA INSTRUMENTAL

Hace referencia a aquellos otros derechos. reconocidos con finalidad utilitarista, para hacer efectivo el derecho general de los ciudadanos a exigir de los poderes públicos la protección de su salud.

- 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
- Participación en la actividad sanitaria a través de instituciones
- Derecho de acompañamiento de los pacientes

DE INFORMACIÓN Y DECISION

Con el objetivo, también, de protección de la salud tienen sin embargo su propia naturaleza e individualidad y agrupan exigencias de conocimiento dirigidas al Sistema Sanitario, unas veces con la exclusiva finalidad de conocer y otras con el propósito de tomar decisiones.

- Información sobre el acceso a los servicios y sus requisitos
- A ser advertido sobre aplicaciones docentes y de investigación
- A una información completa, continuada, verbal o escrita sobre el estado de salud o acerca de ciertas actuaciones sanitarias.
- A una información adecuada para poder elegir entre las diversas alternativas ofrecidas, e incluso negarse a ellas.

Falta de información y responsabilidad

Es evidente que existe la obligación, por parte del médico, de informar al paciente de aquellos extremos de los que éste deba de tener conocimiento. Este planteamiento es hoy indiscutido, pero surge un nuevo campo de interrogantes:

¿Hay responsabilidad por el sólo hecho de no informar, debiendo de haberlo hecho? o ¿Es necesario que la falta de información haya producido un daño? ¿Dónde se encuentra el origen de la responsabilidad en el incumplimiento de la obligación de informar o en el daño que produce la falta de información? Dicho de otra forma: Si no se informa, debiendo de hacerlo, pero no sucede ningún daño al paciente por ello ¿puede ser demandado el profesional sanitario o acaso esta conducta no le es reprobable? El retraso en la información puede, en el campo de la Oncología, por ejemplo, considerarse como la falta de información (a tiempo) y hacer entrar en juego todas las anteriores consideraciones.

A las preguntas expuestas se añaden otras relativas al ámbito jurisdiccional en el que debe de ser valorada la responsabilidad del médico, quien ha de informar y si tiene excepciones este deber.

Falta de información y Lex Artis

La ausencia de información o la información deficiente ocasionan un quebranto de la práctica clínica correcta del profesional sanitario, pues se considera que la información al paciente supone parte de aquella, que no se integra, solamente, de los componentes científico – técnicos tradicionalmente parte de la misma.

Sentado ésto la pregunta siguiente consiste en si es indemnizable la carencia informativa, por sí misma, o precisa de un daño consecuencia de la misma. No hay una respuesta unánime en nuestros altos tribunales y las posiciones están polarizadas en torno a dos planteamientos, representados en las posturas que pueden resumirse así:

AUDIENCIA NACIONAL: El tribunal de superior instancia en el orden Contencioso – Administrativo declara que la ausencia de información o información deficiente es un quebranto de Lex Artis, pero ha de producir un daño al paciente para que tenga carácter de indemnizable. Estaremos en presencia, a juicio de este Tribunal, de una infracción deontológica, pero sin consecuencias indemnizatorias hacia el paciente destinatario natural de una información que no se produjo o lo hizo de manera insuficiente.

TRIBUNAL SUPREMO: Con la misma consideración de partida (infracción de una práctica profesional correcta) estima esta instancia judicial que el derecho a la información es un derecho fundamental de la persona, en el espacio de la relación asistencial, y considera que no es necesario que se produzca daño para que deba de estimarse la indemnización al paciente.

Aplicando estas posiciones al concreto mundo de las enfermedades oncológicas, imaginemos el caso de un paciente portador de dicha patología y desconocedor de tal hecho. El facultativo que, conociendo la situación, demore indebidamente y sin causa suficiente transmitir esta información al paciente encontraría condena siempre, en la tesis del Tribunal Supremo, aún cuando no derivase daño alguno al paciente. Conforme al criterio de la Audiencia Nacional, sin embargo, para que concurra el derecho a la indemnización es necesario el daño al paciente, derivado, por ejemplo, de un retraso en la acción terapéutica que traiga

consigo una pérdida de oportunidad para el enfermo o la imposibilidad, incluso, de abordar terapias posibles en una fase más precoz de su patología.

Ámbito de la responsabilidad

No tiene la misma consideración, la falta de información, en los distintos órdenes jurisdiccionales existentes en nuestro país. Vamos a examinarlo separadamente.

- CIVIL: La información inexistente o deficiente se estima que supone el fundamento de la indemnización económica. El instrumento jurídico es la calificación de daño moral producido en la relación contractual que vincula a las partes..
- CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: La indemnización tiene como base, también, el daño moral, pero surgido no ya en el seno de una relación contractual, sino extracontractual. Es el caso de la medicina pública, de la asistencia prestada en los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud.
- SOCIAL: En lo histórico y residual de esta competencia jurisdiccional actualmente, se considera que al no informar o hacerlo de forma incompleta se dispensó una prestación de Seguridad Social (la asistencia sanitaria) de forma deficiente y este hecho genera responsabilidad indemnizatoria.
- PENAL: La repetida deficiencia en el espacio asistencial no genera, por sí misma, responsabilidad alguna en el ámbito penal, que se ocupa solamente de los hechos ilícitos, delitos y faltas, no pudiendo encuadrarse las conductas omisivas de información en tales calificaciones. Otra cosa es la posibilidad de la utilización de la acción civil acumulada a la penal, mediante la cual cabe la declaración de daño moral y por tanto el acceso a indemnización.

Fundamento de la responsabilidad

La obligación asistencial no se agota con la atención médica en estricto sentido y surge responsabilidad por la omisión informativa, aún cuando la intervención asistencial haya sido correcta.

El fundamento, pues, radica, como se viene expresando, en la pura y simple omisión, en la consideración de la infracción de Lex Artis que supone, por la lesión que origina en la autodeterminación del individuo, componente de su personalidad, asentada, a su vez, en su dignidad como persona.

Quienes son responsables de la falta de información

La responsabilidad alcanza a cualquiera que, interviniendo en el proceso asistencial, deba de emitir información adecuada y suficiente al paciente.

Merece especial atención la figura del llamado *Médico Responsable*. Es el profesional sanitario en quien la normativa vigente⁴ hace recaer la responsabilidad de informar debidamente al paciente, configurando a este médico como el garante de tal obligación. Se da el caso de que en alguna normativa autonómica, como en Castilla y León, aparecen al lado del médico otros profesionales en idéntica responsabilidad y así aparece la figura del enfermero responsable.

Es preciso añadir, aún cuando resulta evidente, que la responsabilidad de informar no se agota en el médico responsable, sino que alcanza a cualquier facultativo que por la relevancia de su actuación deba de completar el proceso informativo. Quien va a practicar una intervención quirúrgica, sin tener la condición de médico responsable, es obvio que se encuentra obligado a transmitir al paciente información de su actuación. En el ámbito personal ha de informar no sólo quien programa, sino también quien ejecuta.

Excepciones del deber de informar

Van a ser expuestas al tratar, seguidamente, el Consentimiento Informado, si bien por homogeneidad en el tratamiento de esta materia deban de ser siquiera mencionadas ahora.

SITUACIONES DE GRAVE Y URGENTE NECESIDAD. Prevalece la preservación de la vida o la conservación de la salud en grave peligro sobre el deber de informar.

⁴ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente.

TRATAMIENTOS OBLIGATORIOS. Su propia condición de no voluntarios para el paciente hacen innecesaria la información.

RENUNCIA DEL INTERESADO. Esta situación releva al profesional de informar, por el hecho de que el destinatario de la información no lo desea.

PRIVILEGIO TERAPÉUTICO. Cuando el profesional estima que el hecho de informar causará más perjuicio que beneficio al paciente y con ello no informa.

Tiene particular importancia, por su trascendencia, la información dirigida a ilustrar al paciente con el objeto de que pueda decidir. Es decir de obtener su consentimiento bajo ciertas condiciones. Es el llamado *Consentimiento Informado*, que abordamos a continuación.

LA INFORMACIÓN PARA CONSENTIR

Su razón de ser

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 Sistema Sanitario Público está en realidad a merced del mismo, por su situación 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 Nüremberg en 1947 a raíz de los excesos cometidos con los prisioneros, so pretexto del progreso científico. 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 institución del Consentimiento Informado es una figura jurídica, pero que aporta su singularidad por el hecho de que ha de ser aplicada en un medio sanitario. Esta confluencia le confiere dicha singularidad y no pocas incidencias en su aplicación práctica. Es una figura introducida en nuestro derecho hace ya casi veinte

años⁵, pero aquí también aparecen especiales connotaciones. Las leyes se publican, en nuestro medio sociocultural, cuando llega al Parlamento la inquietud de legislar sobre una realidad que ya existe y precisa de una regulación. Este ha sido, por ejemplo, el caso del divorcio o del aborto. La figura del consentimiento informado, sin embargo, no fue precedida por una práctica de información a los pacientes como costumbre. Al contrario, apareció primero la obligatoriedad de tal práctica y hubo de desarrollarse su ejecución. La norma, en su aparición, sorprendió a los profesionales de la sanidad y del derecho quienes tuvieron que comenzar, entonces, sus construcciones conceptuales y operativas.

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.

A quien se debe de informar.

Personas adultas y capaces:

Es el caso de un paciente que emite su consentimiento, de forma capaz y consciente 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)

Menores

El límite de edad de 18 años, en materia de consentimiento, es orientativo y no aplicable directamente al ámbito sanitario, debiendo de atenderse a la madurez mental de un menor en concreto.

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

⁵ Por la Ley 14/1986, General de Sanidad.

- Menores de 12 años: Decide, libremente, su representante legal.
- Menor de 16 años pero mayor de 12: Decide también su representante legal, pero ha de ser oído el menor.
- Mayor de 16 años o emancipado: Decide el menor sin el concurso de otras personas, con carácter general.
- En el caso anterior si concurre grave riesgo: Los padres o representantes deben ser informados y oídos.
- Mayoría de edad civil, 18 años, para interrupciones voluntarias de embarazo, reproducción asistida y ensayos clínicos.

Incapaces

Hemos de distinguir entre incapaces de derecho e incapaces de hecho. Se trata, en el primer caso, de aquellas personas que, por la gravedad y cronicidad de su trastorno mental, han sido judicialmente incapacitadas a través de un procedimiento iniciado al efecto. Es una grave decisión que se aplica restrictivamente pues se trata de la “muerte civil” de un ciudadano. En estos casos la decisión corresponde al representante designado para sustituir la voluntad del incapaz, a aquel habrá de informarse y de él habrá de provenir la decisión. Es necesario dejar constancia de la necesidad de respetar la dignidad del incapaz en estos casos e informarle en la medida en que su raciocinio y capacidad de comprensión le permitan comprender la información. El tratamiento es similar al que debe de adoptarse con un menor, deciden por él pero puede ser procedente el escucharle.

La incapacidad de hecho tiene una valoración más difícil y puede suponer una importante dificultad de valoración para el profesional, quien tiene ante sí a una persona que no está legalmente privada de su capacidad de decidir, pero circunstancialmente y en el momento en que se la examina produce serias dudas en tal sentido. Es clara la incapacidad de decidir en personas como un esquizofrénico en un brote agudo y en fuerte estado de agitación, pero no es tan fácil apreciarlo respecto de otros enfermos, como un depresivo en un momento difícil de su patología o de cualquier persona en momentos de grave confusión. El médico juega aquí el difícil papel de discernir acerca de si respeta la voluntad del enfermo, por creerle competente para decidir o si entiende que aquella debe de ser remplazada

por la de otra persona. No existe ninguna norma específica para valorar la capacidad en estas situaciones, pero puede acudir a la aplicación de los criterios cognitivo y valorativo respecto del enfermo, para determinar si, respectivamente, es capaz de comprender cabalmente la situación y además es competente para tomar decisiones sobre ella. De darse ambos criterios el paciente debe de reputarse capaz.

En ambos casos, incapacidad de derecho o de hecho, hay que destacar, que el profesional debe de actuar sin esperar a localizar al representante legal, cuando se encuentre en grave peligro la vida o integridad del enfermo. Actuará, sin el consentimiento, bajo una causa de justificación llamada estado de necesidad, que convierte en lícita su acción y la configura, incluso, como deontológicamente correcta.

Destinatario en estado de inconsciencia:

Pueden darse los casos siguientes: Que la situación permita una demora en la actuación, en cuyo caso se habrá de esperar a que el paciente recupere la consciencia o se tratará 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 antes mencionado 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.

De qué se ha de informar

El contenido de la información ha de referirse, naturalmente, a cuantos extremos deba de conocer el paciente para ilustrar la decisión que estime procedente. La información habrá de cumplir los siguientes requisitos:

- Simple: Ha de ser suficiente, aunque no excesiva.
- Clara: Debe de expresarse en términos comprensibles.
- Leal: Contendrá la verdad, sin cambiarla ni recortarla.
- Continuada: Durante todo el proceso asistencial.

- Verbal: Exigir la información, conforme prescribía la Ley General de Sanidad, bajo forma escrita, podría enlentecer e incluso paralizar la práctica clínica diaria. Así la Ley 41/2002 (en su artículo 8.2) 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
- Adecuada: Ha de ser la suficiente y conforme a la situación y al receptor para ilustrar su conocimiento. Este término ha sustituido, de manera afortunada, al anterior de “completa⁶” que recogía la Ley General de Sanidad.

Hasta donde se ha de informar.

No es posible hacer un planteamiento único para el alcance de la información, pues ha de ir aquel adaptado a la concreta actuación clínica a la que se vaya a someter al paciente. La diferencia sustancial surge dependiendo de si aquella actuación la precisa el paciente por razones de salud o se somete a ella por otras razones. En el primer caso nos encontramos en el campo de la medicina tradicional. Veamos la trascendencia de esta diferencia.

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 información ha de ser exhaustiva y la actuación precisa de diligencia exquisita para no generar responsabilidad en el profesional sanitario. Hay que dejar constancia de que la frontera entre estos dos tipos de tratamientos no es una línea definida y hay actuaciones sanitarias que se encuentran en los límites de ambos. Es el caso de la odontología, en el caso de los implantes, o de la cirugía ocular refractiva, por ejemplo.

⁶ No es posible dar una información “completa” en su auténtico sentido, en Medicina.

En lo que respecta a la información la clave reside en decidir acerca de qué categorías de riesgos debemos de comunicar al paciente, según el tipo de acción clínica que se vaya a desarrollar en él.

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 satisfactiva la información habrá de extenderse, también, a los riesgos extraordinarios, ofreciendo, como ha quedado dicho, una información exhaustiva al paciente.

Límites del deber de informar.

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 que el derecho a ser informado, como la vida. En efecto no estamos en presencia de un derecho-deber de carácter ilimitado, sino que hay casos, legalmente previstos, en los cuales el profesional no se encuentra obligado a obtener el consentimiento del paciente para actuar. Son los siguientes:

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 estamos en presencia de la situación de urgencia (caracterizada por la concurrencia de un riesgo inminente y grave), pudiendo actuar, entonces, sin el consentimiento y bajo estado de necesidad.

TRATAMIENTOS OBLIGATORIOS: En estos casos la condición de impuesta de la acción clínica excusa de la necesidad de consentirla por la persona a la que va dirigida.

RIESGO PARA LA SALUD PÚBLICA: Es posible actuar, también, 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 (artículo 9 de la Ley 41/2002). Es el caso de quien porta una enfermedad infecciosa de grave peligro para la colectividad (un tuberculoso en el período bacilífero activo) o un enfermo mental que, por su estado de agitación, puede lesionarse a sí mismo o causar daño a otras personas.

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.

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. La situación llegará a ser especialmente problemática cuando el profesional sanitario tenga la certeza de que respetar la voluntad del paciente supone causarle un grave daño a su salud o poner, incluso, en peligro cierto su vida. Este caso es ante el que el facultativo cree encontrarse en presencia de un testigo de Jehová que rechaza ser transfundido, en situación de compromiso cierto de su salud en caso de mantener dicha negativa. En la evolución actual de la normativa y de su interpretación jurisprudencial se impone el respeto a la voluntad manifestada por una persona libre, capaz y consciente, también en estos supuestos. Solamente no se respeta esta voluntad cuando es emitida por menores o por sus padres, respecto de aquellos, en invocación de la patria potestad. No se acepta la voluntad del menor, por el hecho de serlo, ni la de sus mayores queriendo ejercer la patria potestad en perjuicio del menor, hecho éste legalmente no aceptable.

A pesar de la dificultad de establecer normas de actuación generales, por la inevitable casuística, pueden sin embargo formularse dos pautas para los profesionales sanitarios en relación con el respeto debido a la voluntad de los pacientes.

➤ El médico no está obligado a aplicar el tratamiento sugerido por el paciente si se considera no indicado⁷, pero el profesional no puede elegir otro diferente sin contar con dicho paciente.

➤ 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.

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

Contenido del Documento

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 consentimiento (escrito) del paciente.

LA INFORMACIÓN DE CONTENIDO FATAL. CONSIDERACIONES

La información dirigida al paciente puede estar fundamentada en diversos motivos, siendo el más notorio y trascendente el orientar su decisión en el sustrato

⁷ Podríamos decir que no existe la “medicina a la carta”

de su autonomía. Este campo acabamos de analizarlo, de forma singular, por su relevancia. En otras ocasiones la información se transmite al paciente con objeto de darle conocimiento de su estado de salud, con las indicaciones diagnósticas y terapéuticas precisas. Esta modalidad de la información tiene un significado especial cuando la situamos al final de la vida de una persona y tiene como objeto, precisamente, el darle conocimiento de que ese momento ha llegado para el destinatario de la información.

Es un momento particularmente complicado para el profesional sanitario el de transmitir a un paciente un diagnóstico o un pronóstico fatal. Dispone de la información pero ha de valorar si la transmite al paciente, o no, y si se decide por lo primero, debe de determinar el cuándo y el cómo

El profesional ante una difícil situación

Las razones para ocultar dicha información se amparan, habitualmente, en la consideración de que el conocimiento de la misma causaría más perjuicio que beneficio al paciente, particularmente cuando el profesional tiene ante sí a un enfermo que no dispone de la entereza y solidez psíquica necesaria para encajar una noticia como esa. Es el terreno del llamado privilegio terapéutico o necesidad terapéutica, que ha de ser aplicada siempre con carácter restrictivo y en el entendimiento de que el diagnóstico o pronóstico fatal no es, por sí mismo, razón suficiente para ocultar la información. Hay, en esos casos, dos bienes jurídicos en litigio: el derecho a la información y el derecho a la protección de la salud. Sólo cuando haya certeza de grave lesión en el segundo, por la transmisión de la información fatal, podrá omitirse ésta.

La ocultación sólo puede ampararse en las razones expresadas y nunca en el deseo, por parte del profesional de no afrontar ese difícil momento. Informar directa e incontroladamente a una persona en la situación expresada puede ser un acto de brutalidad, pero no hacerlo a quien serena y conscientemente lo solicita es una crueldad añadida a su situación de salud. Esta persona quizás desee conocer cabalmente la situación, para hacer determinados preparativos o tomar algunas decisiones en diversos terrenos: económico, familiar, religioso, laboral, social etc. El Código de Ética y Deontología Médica expresa con claridad, en su artículo 10.5, que

“En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle un pronóstico muy grave. Aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro”.

Aparecen en escena los familiares del paciente

Se afronta esta situación por el profesional, con frecuencia, transmitiendo la información a los familiares del enfermo, para que ellos se encarguen, a su criterio, de transmitirla, bajo la consideración de que aquellos conocen mejor que nadie al enfermo y, por su convivencia con él, encontrarán el momento adecuado de transmitirle tan nefasta noticia. Es una forma de proceder habitual en nuestro entorno cultural. Personalmente creo, reconociendo lo delicado de la situación, que una forma adecuada de proceder es facilitar una información básica, de entrada, y situar al paciente en la posición de preguntar. El número, la cadencia y la profundidad de las preguntas dirán al profesional hasta donde quiere saber el paciente la realidad de su situación.

El repertorio de posibilidades de interlocución es tan variado como el de pacientes. Habrá quien marchará a solas con su inquietud, sin emitir pregunta alguna ante el miedo a la respuesta. Otras personas preguntarán sobre la naturaleza y gravedad de su padecimiento, pero una vez recibida la respuesta no querrán profundizar más. Algún otro, a diferencia de los anteriores, irá adentrándose en la situación y solicitará información no sólo sobre qué le pasa y qué compromiso supone para su salud, sino acerca de cual es su expectativa de vida, en lo relativo al horizonte temporal y a la calidad residual de aquella y los niveles de autonomía que le aguardan.

La negativa a ser informado como derecho del paciente

Es preciso dejar constancia, por otra parte, de que es posible la negativa del paciente a ser informado. Existe el derecho a recibir información y como reverso del mismo el derecho a negarse a ello. El Convenio de Oviedo recogió ya, en su artículo 10.2, la necesidad de respetar la voluntad del paciente de no ser informado. No debe confundirse, sin embargo, la mera negativa a recibir información con la negativa al tratamiento. Puede darse la primera y no la segunda, es posible rechazar el

tratamiento pero aceptar la información y pueden darse las dos o ninguna. Un paciente puede, por la confianza en el médico o por el miedo a escuchar algo que no desea, aceptar una intervención, sin escuchar los motivos de la misma. Cabe la posibilidad de que oída la información y la necesidad de la operación se niegue a esta última. Es posible que rechace cualquier acción sanitaria: ni quiera oír la información ni ser intervenido o, por último, una vez recibida la información y valorada por el paciente, éste decide someterse al tratamiento concretado en una intervención quirúrgica.

En cualquier caso el profesional sanitario debe de ser consciente de que el enfermo es el titular del derecho a ser informado y de que la información a los familiares, en un uso ortodoxo de tal derecho, ha de llegar por boca del paciente o por la del profesional, previo conocimiento y autorización del paciente. De forma gráfica podría decirse que la llave del acceso a la información se encuentra siempre en la mano del paciente.

Este complejo mundo de situaciones, sus valoraciones y sentimientos que confluyen, se da con particular intensidad en el terreno de la relación del oncólogo con sus pacientes, por la especial naturaleza de las patologías que atiende. Cuando las atenciones sanitarias ya no tienen expectativa terapéutica, adquiere un particular valor el apoyo familiar y el tacto y profesionalidad del médico que viene atendiendo ese proceso que ha devenido en la última enfermedad de su paciente.

LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Su significado

La Ley 41/2002 establece⁸ que en virtud de los documentos de Instrucciones Previas una persona libre y capaz manifiesta 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.

⁸ En su artículo 11.

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. Expresan estos documentos el deseo de una persona de que, llegado el momento, se limite sobre ella el esfuerzo terapéutico. Manifiestan un *hasta donde*.

Se citan 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 nacional⁹, sin perjuicio de los que puedan existir en otros ámbitos territoriales.

Suelen reconocerse dos posibilidades de formalización:

- ✓ 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.

⁹ En el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Límites

No es posible dar cumplimiento a la voluntad del otorgante, cualquiera que sea su contenido, pues la antes citada Ley 41/2002 impide 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 posible imaginar el supuesto de una persona que haya emitido unas Instrucciones Previas en las que se recoge la negativa a someterse a ciertos medios de sostenimiento vital, como el uso de respiradores. Una vez suscrito ésto por el otorgante, pensando sin duda en una larga agonía en el curso de una enfermedad degenerativa, sufre un accidente de tráfico. El facultativo que recibe a este enfermo entiende, por las lesiones que presenta, que puede salvar su situación crítica en una UCI, tras lo cual probablemente pasará a planta y será dado de alta más adelante para curar sus lesiones. Esta posible necesidad de los medios extraordinarios no fue imaginada por el otorgante del documento, en una situación como ésta, en el momento de emitir su voluntad. El profesional sanitario, por su parte, podría, teóricamente, plantearse que si respeta escrupulosamente la voluntad del enfermo expresada en el documento deberá de dejarlo morir y si lo conecta a medios extraordinarios de soporte vital incumplirá la voluntad de aquel. En realidad no es posible plantear este dilema pues el médico de no utilizar los medios citados incumpliría su *lex artis* y no es posible aplicar el contenido de unas Instrucciones Previas contrarias a la deontología profesional.

Es imaginable, por otra parte, que la evolución del estado de la ciencia haga imposible determinado grado de previsión del interesado para cuando hayan de aplicarse las Instrucciones. Es la dificultad inherente a la valoración y la decisión respecto de una situación no vivida.

Hay que dejar constancia de que una vez firmadas las Instrucciones Previas la voluntad de la persona que las firmó (capaz y consciente) prevalece siempre sobre ellas, de haber cambiado su voluntad tras la firma del documento. 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 derecho a la vida en la Constitución

Los problemas más agudos de aplicación del Derecho a la práctica clínica surgen cuando ésta ha de actuar en los confines de la vida, bien en su principio (aborto) o en su final (eutanasia), al ser aquella el bien jurídico protegido objeto de la mayor preservación, con acogida constitucional y por la indefinición misma de los momentos concretos de principio y fin de la vida..

Nuestra Constitución, en su artículo 15, recoge el derecho a la vida. reconociéndole, así el máximo rango de protección normativa. Este precepto es objeto, sin embargo, de dos interpretaciones diferentes y contrapuestas. Se estima, por un lado, que esta norma confiere al concepto vida el carácter de intangible para los demás e incluso para uno mismo, respecto de la propia existencia. Para otros esta protección se expresa sólo en cuanto a los posibles ataques de terceros, pero no en lo relativo a sus propios titulares, que pueden disponer de su vida en ejercicio de su autonomía personal.

El debate se centra, desde otro punto de vista, en si la vida es algo intangible (de obligado cumplimiento, diríamos) o es defendible su continuidad sólo mientras contenga un mínimo de calidad. No se piense que esta discusión es meramente filosófica o conceptual, pues está revestida de tal trascendencia que en el primer caso al tener que ser preservada la vida a toda costa quedan legitimadas conductas como el ensañamiento terapéutico. Bajo la segunda tesis se faculta a los profesionales (con exención de responsabilidad) a la práctica de abortos o de eutanasia, bajo determinadas condiciones.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que el contenido del referido artículo, que recoge el derecho a la vida de todas las personas, ha de ser interpretado en el sentido de la obligación de que la vida sea respetada, pero no incorpora como reverso un derecho a la muerte. En nuestro Derecho está despenalizado el suicidio y así un acto frustrado de esta naturaleza no trae consigo pena alguna para el suicida. No obstante sí que puede originar responsabilidad

respecto de otras personas en torno al suicida, como quien le hubiere inducido a ello o quien hubiera prestado auxilio material en aquella conducta. De esta forma la disposición sobre la propia vida no supone, en modo alguno, el derecho subjetivo a mover voluntades ajenas encaminándolas a suprimir aquella. La cita del caso Sampedro es de todos conocida. Solicitó repetidamente de la Justicia que le permitiera obtener ayuda a morir, sin penalizar dicha conducta. Reiteradamente se le negaba este derecho, hasta que urdió el plan que acabó con su vida. La autora del auxilio al suicidio, Ramona Maneiro, confesó su acción una vez prescrito dicho delito, concedora de la responsabilidad penal en la que había incurrido.

Suicidio asistido, eutanasia y otros conceptos próximos

El caso de Ramón Sampedro no se trató de un asunto eutanásico, sino de un suicidio asistido. Esta persona no era un enfermo en las condiciones del entorno de la eutanasia: persona en situación de enfermedad terminal y aquejada de sufrimientos insoportables sin expectativa terapéutica y fallecimiento en breve plazo. Ramón no era un enfermo terminal ni estaba aquejado de sufrimientos extremos, al menos en lo físico.

En nuestro medio cultural se reconoce el derecho a la libre determinación de la persona a ordenar su última etapa vital y a que ésta transcurra bajo condiciones de dignidad, cuando una grave enfermedad aparece y anuncia un fin próximo. Situando en este terreno la autonomía del individuo y el rechazo a los excesos de la medicina sobre él, aparece de inmediato el concepto de la eutanasia.

El término eutanasia¹⁰ se reserva para los pacientes terminales a quienes se dirige aquella, con el fin conocido y deseado de que mueran. Pero es preciso poner mucho cuidado al tratar de estos asuntos para no caer en errores comunes de conceptualización. Hablamos de *ortotanasia* cuando nos referimos al alivio del dolor en el período final de la vida de una persona, a la *ayuda en el morir*, no en la *ayuda a morir*. Nos referimos, por otra parte, a *adistanasia* cuando estamos en presencia de abstención de aquellas conductas o medios que prolongan artificialmente la vida, que interrumpen el hecho biológico y natural de morir.

¹⁰ Su significado etimológico es *buena muerte*.

Licitud de estas conductas en el Derecho Español

Ninguno de estos dos últimos supuestos tiene reproche legal ni deontológico alguno, pudiendo hacerse dicho reproche, por el contrario, de omitir estas conductas en determinadas condiciones. 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 perfectamente defendible desde el punto de vista legal. Imaginemos un paciente con una neoplasia pulmonar terminal, al cual se le administran opiáceos para aliviar sus dolores, aún sabiendo que pueden producirle una depresión respiratoria de resultados imprevisibles en razón a su estado. Tampoco es punible la omisión de aquellas atenciones que suponen la prolongación de la vida, en un enfermo agónico e irreversible. No se trata, pues, de actuaciones ilegales ni contrarias a la ética, personalmente creo que se encuentran en el sentido contrario. En el caso de la ortotanasia se trata de dignificar el tránsito hacia la muerte del enfermo terminal y en el de la adistanasia de evitar el ensañamiento o encarnizamiento terapéutico respecto de estas personas.

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, bien entendido que la conducta perseguible es la del que ejecuta el acto eutanásico y no la del enfermo, como ha quedado dicho. No son perseguibles, en definitiva, la eutanasia activa indirecta u ortotanasia ni la eutanasia pasiva o adistanasia, supuestos, por tanto, ambos, de posible inclusión en el contenido de las Instrucciones Previas. En este sentido se pronuncia la Ley 41/2002, como ya lo había hecho antes, en el mismo sentido, el Convenio de Oviedo¹¹

No admiten la eutanasia activa directa ni el ordenamiento jurídico español ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la ha rechazado recientemente¹². Sí dan acogida a esta figura algunos otros ordenamientos, como el holandés o el belga, país en el que ya se encuentran a la venta, en las oficinas de farmacia, los kits eutanásicos. En nuestro país son notoriamente escasas las peticiones de eutanasia, hacia los profesionales sanitarios, por parte de pacientes terminales, que

¹¹ Cuyo título completo es: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

¹² Caso Pretty.

más bien demandan sedación o inaplicación de medios extraordinarios cuando carezcan de utilidad real sobre su salud.

Unas precisiones necesarias

Debe de concluirse este apartado con dos matizaciones necesarias en este complejo asunto. La primera consiste en que será muy difícil matizar la aplicación de la voluntad del otorgante de las Instrucciones Previas cuando, por el transcurso del tiempo desde la emisión de aquellas y la evolución de la ciencia, se haya producido un cambio sustancial en el planteamiento y la decisión que hubiera adoptado el emisor de aquellas. La segunda precisión reside en el terreno de la objeción de conciencia del profesional sanitario. La Ley 41/2002 reconoce el derecho a emitir a los pacientes las Instrucciones referidas, pero la Constitución¹³ posibilita el derecho a la libertad de conciencia. Enfrentados estos dos derechos hay que decidir si pueden coexistir y cómo, o si ha de prevalecer el uno sobre el otro. La solución legal es la primera, reconociendo el derecho a formular las Instrucciones al paciente y el derecho a la objeción al profesional, quien puede no secundar la petición del paciente, pero debe, para hacer efectivo su derecho, derivarle a otro profesional que acepte en conciencia la voluntad del paciente.

Luces y sombras de este instrumento legal.

Como aportaciones positivas, indudablemente, aparecen todas aquellas que afianzan la autonomía del paciente y su derecho a decidir sus últimos momentos. No es desdeñable, por otra parte la tranquilidad que puedan aportar al profesional sanitario que, en algunas ocasiones, vea definida por el propio paciente su actuación y los límites que le demandan para la misma. Los familiares del paciente, seguramente, también obtendrán cierto alivio de la posibilidad del cumplimiento de los deseos del enfermo, previamente concretados y plasmados en un documento con validez legal.

Los problemas pueden surgir en el momento de redactar el documento, en el sentido de conocer los límites de su contenido o la mera concreción de la voluntad

¹³ En su artículo 16.

real del paciente y su aplicación posterior. Este extremo es, sin duda, el más conflictivo por las variables que puedan surgir, desde el momento de la redacción del documento, respecto de la posible variación de la voluntad del paciente, los avances de la ciencia o el simple hecho de tener que aplicar aquella voluntad en una situación no prevista. No es desdeñable, tampoco, el hecho de que el representante designado pueda fallecer o perder la relación con el paciente con anterioridad al momento crítico de aplicar las Instrucciones, e incluso, siendo el responsable de la aplicación de aquellas, mostrar un eventual desacuerdo con algún extremo de las mismas. No deben estas últimas menciones ensombrecer una institución legal altamente positiva y que, como cualquier otra de las que han ido introduciéndose en el terreno del Derecho Sanitario, precisa de tiempo para irse decantando y de reflexión y buen sentido por todas las partes implicadas.

A falta de una experiencia, aún, en la aplicación de este instrumento legal se me ocurren algunas inquietudes que no puedo omitir el reflejarlas aquí:

- ¿Con quien debe de madurar el interesado el contenido de las Instrucciones. Con el representante que vaya a designar, con su médico de confianza, con su pareja, con sus familiares, con un abogado...?
- ¿Cómo se valoran las Instrucciones otorgadas en determinados estados mentales no incapacitantes en estricto sentido, como una depresión de cierta intensidad?
- ¿Qué relevancia debe de darse al simple retraso innecesario del fenómeno muerte?
- ¿Qué garantías deben de recabarse de testigos y representantes? ¿Por quién podrá hacerse?
- ¿Cómo asegurarnos de que el ejemplar de Instrucciones que figura en la Historia Clínica es el último?
- ¿Cómo estar seguro de lo que se quiere que suceda, realmente, en una situación nunca vivida?

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. de medios extraordinarios de subsistencia bajo determinadas condiciones, de medios extraordinarios de subsistencia bajo determinadas condiciones,

CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA LEY 41/2002

MATERIAS DE 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 Judicial¹⁴, 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 Ley¹⁵) 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 opongán 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 la Comunidad de 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 en estas materias, en el ámbito autonómico, son las siguientes:

- ❖ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña

Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud de Cataluña

- ❖ Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia

¹⁴ Celebrado en Madrid, en septiembre de 1997,

¹⁵ Disposición derogatoria única de la misma

- Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Galicia
- ❖ Ley 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura
 - ❖ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Madrid
 - ❖ 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, modificada por Ley 29/2003, de 4 de abril
 - ❖ 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 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación Sanitaria
- ❖ Ley 8/2003, de 8 de Abril, de Castilla y León

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, debemos 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).

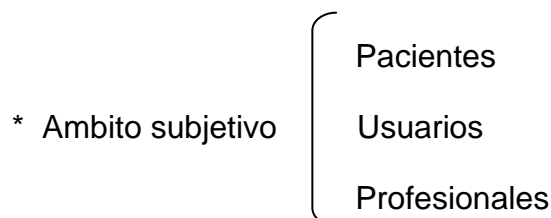
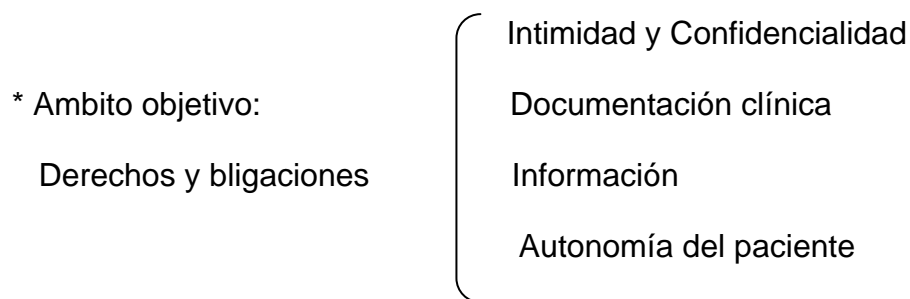
ÁMBITO DE APLICACIÓN

Se define en la nueva Ley¹⁶ 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 intimidad y confidencialidad, documentación clínica,

¹⁶ En su artículo primero.

autonomía del paciente e información. Se separa, esta Ley, positivamente, del criterio seguido, en su día, por la Ley 14/1986, General de Sanidad, que recogía en 14 números de su artículo 10 los derechos de los pacientes, fijando en el número 15 que eran de aplicación a la medicina privada varios de ellos (los números 1,3,4,5,6,7,9 y 11 concretamente).

Podemos, por tanto, expresarlo gráficamente del siguiente modo:



* Ambito funcional: Centros y servicios sanitarios públicos y privados

* Ambito territorial: Todo el territorio nacional

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 abandono 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.

TERMINOLOGÍA EMPLEADA

Se introducen¹⁷ 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 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.

¹⁷ Artículo 3 de la misma.

CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO MEDICO LA INTIMIDAD Y SUS VARIANTES

CONCEPTO Y SENTIDO ACTUAL DE LA CONFIDENCIALIDAD

Unas obligadas precisiones terminológicas

El término *confidencia* puede ser interpretado desde dos acepciones diferentes: en su sentido de acción (comunicar algo a alguien reservadamente o en secreto, según el Diccionario de María Moliner) o en la acepción sustantiva de noticia reservada. En este sentido tiene perfecta inserción en el ámbito sanitario como contenido de la información que aquel posee respecto de los pacientes, de quienes se ha obtenido en la confianza de ellos sobre su preservación. Confidencialidad y confianza tienen, pues, además de una aproximación fonética una base de entendimiento común.

Estrechamente relacionado con la confidencialidad aparece otro concepto, no siempre bien deslindado y entendido. Se trata de la intimidad. Define la intimidad Battle Sales¹⁸ como “derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.” En realidad esta definición se acerca más a otro concepto próximo pero no idéntico, que es el de privacidad. Intimidad es algo más reservado, aún, que lo privado; es el núcleo interno de lo privado. De su origen en el latín se deduce perfectamente su auténtica significación: íntimus es un superlativo, es lo más interior.

Una definición sumamente expresiva del concepto intimidad la formuló el juez Cooley en 1873. La consideraba “the right to be let alone” traducida por algún autor, con finísima percepción de su sentido, como el “derecho a ser dejado en paz”. Mazeaud¹⁹ disiente de esta defensa a ultranza de la intimidad y formula un curioso planteamiento: *¿Qué tiene que esconder el hombre que vive de acuerdo con la ley? Si nuestra existencia debe de ser*

¹⁸ G. Battle Sales en El Derecho a la intimidad privada y su regulación. Marfil. –Valencia. Pág. 13.

¹⁹ Autor citado. La protection de la vie privée. Kayser. París 1984. Página primera.

transparente ¿no sería deseable que habitáramos una casa de cristal? La casa de cristal no es más que un ideal utópico: no podría albergar más que a una sociedad de robots .

Sánchez González²⁰ diferenció, por un lado, entre la vertiente física de la intimidad (no ser observado o tocado en la vida privada) , por otra parte, la vertiente informacional (no divulgación o difusión de noticias de la esfera privada) y por último la decisional o autonomía sobre las decisiones que afectan exclusivamente a la propia vida. En un sentido más sencillo y acorde con nuestro objeto de estudio la intimidad supone el acceso reservado, bien a la exposición de nuestro cuerpo o partes del mismo, o de pensamientos o información de alguien, En este último sentido encuentra un engarce perfecto con la confidencialidad como barrera que impide el acceso a los datos íntimos. Veremos que la única forma de levantar esas barreras es obtener la autorización del titular de los datos, como principio general, o encontrarnos en alguno de los supuestos legales en que se puede actuar sin él.

La relación con lo dicho anteriormente y la inserción en ello de la confidencialidad se expresa correctamente en la teoría alemana de las tres esferas²¹ según la cual la vida de las personas queda dividida en: Esfera privada (*privatsphäre*) esfera de la confianza o confidencial (*vertrauensphäre*) y esfera del secreto (*geheimsphäre*).

Se confunden, a veces, las violaciones a la intimidad con los accesos indebidos a la confidencialidad, siendo, sin embargo, claramente diferentes: Si alguien accede, fuera de las condiciones de autorización, a un archivo sanitario comete una violación de la intimidad (respecto del titular de la información) y el centro sanitario en donde reside el archivo incurre en un quebrantamiento del deber de confidencialidad por custodia deficiente.

El objeto de esta exposición es la confidencialidad y en ella me centraré, dejando, siquiera, planteada su relación con el mencionado concepto de la intimidad por su obligada conexión.

²⁰ Sánchez González. M.A. Intimidad y Confidencialidad. Su concepto y su importancia. I Jornada de protección de datos sanitarios en la Comunidad de Madrid. Madrid 2000. Página 55.

²¹ H. Hubmann. Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion. Juristenzeitung. Páginas 521 y ss.

El bien jurídico protegido

Vamos a abordar el tratamiento de derechos fundamentales, que no son otra cosa que *derechos humanos positivizados*²² en el sentido de aquellos que, derivados de la dignidad de la persona, han sido incluidos por el legislador en la Constitución y con ello dotados de un status especial. Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías, en expresión de Hart²³

Nuestra Constitución y la propia Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar²⁴ recogen la protección del derecho a la intimidad respecto de intromisiones ilegítimas de terceros. Es incuestionable, pues, que existe un derecho a la intimidad, señalado en la normativa citada y respetado en la práctica clínica diaria en términos generales. Pero ¿existe, también, un derecho a la confidencialidad?

Está claro que la intimidad es un presupuesto (o mejor los datos o situación íntima) preceden a la obligación de preservarlos. Hay un destacado sector de autores que entiende que el derecho a la confidencialidad existe solamente en función de determinadas circunstancias y mientras no haya un interés superior que demande su levantamiento. Se trataría, así, la intimidad de algo axiológico y principalista y la confidencialidad de un concepto utilitarista.

Puede entenderse forzada esta interpretación por cuanto que si convenimos en que existe el deber de confidencialidad (o secreto) del profesional, esto ha de traer consigo la existencia recíproca del derecho a exigir su cumplimiento. Otra cosa es que existan previsiones legales sobre aquellos supuestos en los cuales la revelación del secreto no es considerada conducta antijurídica.

El tratamiento legal del derecho a la intimidad, con su consideración de derecho fundamental (artículo 18.1 de nuestra Constitución) y el hecho de

²² Fernando Herrero Tejedor. La Intimidad como derecho fundamental. Colex. Madrid 1998.

²³ Autor citado. The concept of law. Oxford 1975. Página 176.

²⁴ Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 7.4.

que la información a preservar es entregada por su propio titular al profesional sanitario, nos llevan a concluir que la relación entre intimidad y confidencialidad reside en que la primera es el bien jurídico protegido mediante la observancia de la segunda. Asunto aparte es la delimitación de cuales son los datos a calificar como íntimos y que Ataz López²⁵ considera como “aquellos que afecten a la vida privada de una persona o de una familia, sobre los que el común sentir social, o el propio interesado, considere que no deben de ser revelados y que se hayan conocido en el ejercicio de la profesión; siempre que, por supuesto, se trate de datos secretos, ya que no parece que pueda considerarse violación del secreto médico cuando se revele un dato que es notorio”. No me detengo a analizar otro concepto, necesitado de precisión para concluir este concreto punto, y que sería delimitar cuándo el dato es *notorio*.

Garantías del derecho a la intimidad.

La consideración de derecho fundamental que el legislador ha atribuido a la intimidad trae consigo la dotación de un sistema reforzado de garantías respecto de los distintos poderes del Estado²⁶ y que podemos resumir así:

- Respecto del Legislativo: Es precisa una norma del máximo rango para poder regular cualquier materia relativa a este derecho fundamental
- Por lo que atañe al Ejecutivo: Necesita, en principio, de autorización judicial motivada para cualquier actuación limitativa de este derecho y respetar, cuando proceda dicha actuación, la regla de proporcionalidad respecto del sacrificio que ocasione a la intimidad.
- En cuanto al Judicial: La protección de este derecho ha de tener carácter preferente y sumario, por una parte y no es posible, por otro lado interpretación alguna que desvirtúe la regulación legal.

Incluso la protección alcanza al ámbito constitucional, pues para cualquier modificación del contenido de esta norma es necesario el

²⁵ Autor citado. Los médicos y la responsabilidad civil. Montecorvo. Madrid 1985. Página 187 .

²⁶ Artículo 53 de la Constitución.

seguimiento del intrincado procedimiento recogido en el artículo 168 de la Constitución.

Hay que añadir, para concluir, como apunta Herrero de Miñón, la *superprotección* que supone contar con la intervención del Ministerio fiscal en todos los procesos de salvaguarda de estos derechos²⁷, misión que le atribuye el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²⁸ en su artículo 3, así como la de intervenir en los procesos judiciales de amparo.

El Juramento Hipocrático

Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba divulgarse, lo callaré teniéndolo por secreto

En este juramento sacerdotal, formulado hace 2200 años,. reside, a pesar de su antigüedad, el origen del actual debate sobre la Confidencialidad. La existencia de este Juramento y de su poder vinculante trae su razón de ser en el principio de confianza y de fidelidad que sustentan la relación Médico – Paciente.

Hemos de ver, más adelante, que esta formulación elemental, que colmaba la obligación de secreto con el simple no decir, se encuentra hoy muy superada y precisa de matizaciones sin las cuales queda incompleta.

Es preciso dejar constancia de que esta relación (bilateral), conformada entre un profesional de la Sanidad y un paciente, recibe consecuencias, en caso de quebrantamiento de las obligaciones que contiene, que alcanzan al contexto social y de un modo indirecto afectan al interés general por estar inserta, dicha relación, en el terreno del bien común. Si el paciente no puede confiar en su médico es la relación social general, en definitiva, la que se resiente y esta situación puede generar problemas que afecten a la población en su conjunto, que no transmite la información relativa a su salud a los profesionales y no obtiene, con ello, el resultado del trabajo de aquellos. Es inevitable el recordar a Laín Entralgo cuando afirmaba que en la quietud del

²⁷ Cometido deducido del artículo 124 de la Constitución.

²⁸ Ley 50/1981, de 30 de Diciembre.

gabinete del médico con su paciente, en realidad hay tres elementos: los dos expresados y la sociedad en su conjunto.

Breve mención histórica

En la antigüedad cualquier referencia al secreto médico aludía, bajo connotaciones mágicas, a remedios secretos, conocidos por los ejercientes de la Medicina (sacerdotes, magos...) y ocultados celosamente de la población general a la que se aplicaban. La ciencia médica se estimaba, incluso, que traía procedencia divina y así se recogía en el Libro de Zoroastro o en el del Eclesiatés.

Los médicos en los templos de Esculapio practicaban la Medicina sin desplazarse al domicilio del enfermo. Era un desempeño sagrado heredado de padres a hijos bajo criterio sacerdotal y que era objeto de juramento a Apolo, precedente, sin duda, del Juramento Hipocrático.

Hipócrates es considerado el fundador de la Medicina clínica al establecer conclusiones prácticas deducidas de la experiencia. Ha trascendido a la historia su formulación del Juramento que contiene la obligación de confidencialidad, en su sentido más primitivo, y que motivó algún comentario muy particular de personalidades tan egregias como el profesor Laín Entralgo²⁹ para quien la apreciación del médico hacia el paciente se basaba en la filantropía (amor al hombre en cuanto persona, simplemente) y en la filotécnia (amor al arte de curar como técnica), mientras que la apreciación del paciente hacia el médico, basándose en los mismos fundamentos lo hace desde distintos puntos de vista: confianza hacia el profesional como persona y entrega al mismo como portador de la ciencia precisa en la relación científica.

En la Edad Media se consigue la preservación de la ciencia médica en escuelas como Montecasio o Salerno, en donde se ejerce una medicina basada en fundamentos teológicos, bajo la consideración del poder curativo de los santos o de los milagros divinos. Aparecen en los siglos XII y XIII las primeras instituciones asistenciales, como el Monasterio de las Huelgas, en

²⁹ Laín Entralgo. El Médico y el Enfermo. Madrid. Revista de Occidente. Pags. 41 y ss.

Burgos, para atención de peregrinos y caminantes e incluso con anterioridad el lazareto de Palencia

El arranque legal del secreto médico podemos situarlo, en su actual concepción, como recoge la autora citada, en el fallo del Parlamento de París de 13 de Julio de 1573 que condenó a un farmacéutico que reveló el padecimiento de una persona, deudora de honorarios al profesional. Se basó la condena en el Juramento de la Sorbona cuyo artículo 38 impide al profesional sanitario revelar, bajo ninguna circunstancia, los secretos de sus pacientes.

En los años sucesivos experimentan las ciencias un avance notorio, parejo al alejamiento de la concepción religiosa anterior de la Medicina y adquiere la relación médico paciente tintes nuevos apareciendo el primer Código Deontológico en los albores del siglo XIX³⁰. En dicha época se consideraba la enfermedad como un fenómeno, consecuencia de parámetros científicos y alejada de aquellas anteriores concepciones mágicas o religiosas. Al lado de las enfermedades objeto de explicación científica aparecen las llamadas³¹ “enfermedades secretas” como la tuberculosis o las enfermedades de transmisión sexual, que motivaban la existencia de profesionales especialistas que se distinguían con el rótulo, en sus consultas, precisamente, de especialistas en enfermedades secretas.

EL SECRETO MEDICO

Es preciso puntualizar, de entrada, que al referirnos al Secreto Médico estamos haciendo alusión a una variante del secreto profesional y en este sentido podemos encontrar diversas acepciones de un mismo término, según lo cual es posible interpretar el secreto como un privilegio de ciertos profesionales o como la exigencia, a los mismos, de preservación de aquello que hayan conocido por el ejercicio de aquella profesión. En el último de los sentidos mencionados esta exigencia puede ser formulada por el titular de la

³⁰ Percival. Code of institutes and precepts, adapted to the preofessional conducts of physicians and súrgenos.

³¹ Noelia de Miguel. Obra citada.

información objeto de la preservación o por la sociedad en su conjunto, que plasma esta exigencia en normas jurídicas.

Zubiri Vidal³² lo define como *aquel que nace del ejercicio de la profesión médica y es la suma del secreto natural y del confiado. Es natural por cuanto interviene algo cuya revelación redundaría en perjuicio del cliente. Es confiado por el hecho de que se otorga a una persona, con la condición previa, explícita o implícita de no revelarlo a nadie.*

El origen del Secreto Médico

Todoí³³ lo fundamenta en un contrato tácito (e incluso expreso) *surgido entre aquel que ejerce la profesión y aquel que acude en busca de su consejo o de su remedio en virtud de su profesión.*

Baudouin³⁴ para explicar el origen del secreto profesional formula dos teorías: la contractual y la del orden público. Según la primera la obligación de confidencialidad reside en el hecho de que quien recibe la confidencia, una vez aceptada, queda obligado a la preservación del contenido de lo confiado. Esta teoría parte de la voluntariedad del que escoge al profesional y de la libre aceptación de éste, cuestiones muy relativizadas, como es evidente, en el ámbito de la medicina pública. La teoría del orden público, por su parte, fundamenta la obligación del secreto profesional en el interés social en su mantenimiento, atendiendo a la necesidad de los particulares de acudir a ciertos profesionales cualificados en la resolución de ciertos problemas que afectan a aquellos y en el necesario respeto de la misma sociedad a esas profesiones.

Los primeros planteamientos sobre Secreto Médico aparecen ya en el primer Código de Deontología Médica. En este documento se reconoce al citado secreto un origen natural, pero se le asigna un valor superior al del secreto natural e incluso del prometido, al tener su entronque en una

³² El Secreto Médico a través de los tiempos. Discurso leído en el acto de recepción en la Real Academia de Medicina de Zaragoza. 1966

³³ Principios generales de moral profesional. Instituto Luis Vives de Filosofía. Madrid. Página 22.

³⁴ Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Librería general de derecho y de jurisprudencia de París. Páginas 26 y ss.

obligación profesional. El Reglamento para la Organización Médica Colegial de 1945 da cabida a normas sobre el secreto, fijando contenidos y responsables, e incluso delimitando las faltas de aquellos en caso de inobservancia.

Un hito importante en esta materia de depuración de responsabilidades de los profesionales lo constituyeron los Estatutos de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales³⁵ que crean las Comisiones de Deontología, Derecho Médico y Visado, ubicándolas en los Colegios Provinciales con el cometido de asesorar a la Junta Directiva correspondiente en materia de responsabilidad de los profesionales. La Comisión Central, precisamente, de Deontología, Derecho Médico y Visado, aprobaría el 10 de Noviembre de 1999 el Código vigente de Deontología y Ética Médica, instrumento de capital importancia a la hora de analizar la temática de la confidencialidad y el secreto desde el punto de vista de los profesionales.

La regulación normativa no es otra cosa que el reconocimiento de la exigibilidad al profesional de su obligación de fidelidad en la relación asistencial en cuyo seno se obtiene la información. Sin embargo es preciso, al hablar de la regulación normativa, hacer algunas precisiones.

¿Es absoluta la obligación de secreto?

Hay que comenzar este punto con un posicionamiento, con finalidad aclaratoria, y es el dejar constancia de que la obligación de preservar la confidencialidad respecto del paciente es intensa como pocas para el médico, pero que admite situaciones en las que se puede (e incluso se debe, como veremos más adelante) quebrantar el secreto. Se trata de aquellos casos, especialmente delicados, en los que hay intereses superiores en juego, que se verían vulnerados de mantener el secreto a ultranza.

Históricamente se ha pasado del respeto sagrado al interés individual del paciente, a la consideración actual de primacía de los intereses sociales sobre el individual. Esta tesis exige sin embargo la existencia de limitaciones

³⁵ Aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo.

y de concreciones respecto de cuando concurren los intereses superiores, en definitiva de regulación legal de los supuestos en aras a la necesaria seguridad jurídica.

El Código Deontológico Médico vigente, en su artículo 16, recoge supuestos en los cuales el médico queda relevado de responsabilidad al revelar la información que posee sobre su paciente. Lo expone de la siguiente manera:

El médico informará con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites

- Actuando en cumplimiento de un imperativo legal
- Enfermedades de Declaración Obligatoria
- Con el fin de evitar un peligro grave al paciente
- Para evitar un peligro grave a terceros
- Con el objeto de evitar un peligro grave, el médico, a sí mismo por el mantenimiento del secreto.
- Comparecer para testificar en procedimiento disciplinario
- Cuando comparezca en condición de denunciado ante el Colegio Profesional
- Cuando paciente autorice el levantamiento del secreto

El Código Deontológico, como acabamos de ver, autoriza, bajo ciertas condiciones y en casos concretos, al médico a levantar su secreto profesional. Pero hay otros casos en los que no sólo puede, sino que está, además, obligado a desvelar la información que el paciente le confió. Son requerimientos en el terreno legal que se detallarán en su momento, pero que es preciso, siquiera, mencionar ahora.

Regulación legal del Secreto Médico

La Constitución Española en su artículo 24.2, inciso final, afirma que:

La ley regulará los casos en que, por razón del parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Esta previsión constitucional, sin embargo, no ha sido objeto de cumplimiento más que de forma dispersa, descoordinada y fragmentaria, como veremos a continuación.

La Ley 14/1986, General de Sanidad, entre los derechos de los ciudadanos respecto de las administraciones sanitarias recogía, en su artículo 10, el de la confidencialidad respecto de la información relativa a su proceso e incluso a su estancia en centros sanitarios. En el artículo 61 de dicha norma se plasmaba el deber de reserva respecto de la información que contienen las historias clínicas. Hoy en la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, se declara la obligación³⁶ de los centros sanitarios de garantizar la confidencialidad de los datos sanitarios y de restringir el acceso exclusivamente a los supuestos permitidos en la Ley.

En otro ámbito el Código de Deontología y Ética Médica declara, en su artículo 16 el carácter de consustancial del secreto médico con el ejercicio de la profesión y su consideración de existente siempre a favor del paciente. El siguiente artículo hace extensivas estas consideraciones a los colaboradores del médico. No es ajeno a estos planteamientos el Código de Deontología de la Enfermería, el cual incluso afirma que

...cuando el profesional de enfermería se vea obligado a romper el secreto por motivos legales, no debe olvidar que su primera preocupación ha de ser la seguridad del paciente y procurará reducir al mínimo indispensable la cantidad de información revelada y el número de personas que participen en el secreto.

Pero las menciones al secreto médico abundan en múltiples normas, de distintos ámbitos normativos. Veamos, seguidamente, la dispersión mencionada.

³⁶ Artículo 7.2 de la misma.

AMBITOS DE REGULACIÓN

La obligación del Personal Sanitario sobre la información que deben de preservar puede ser exigida en los ámbitos: Civil, Penal, Disciplinario y Deontológico.

Hagamos un repaso de las concretas disposiciones, más relevantes, sobre esta materia.

➤ Normativa Civil

- La Constitución defiende el Secreto Profesional y anuncia una futura Ley sobre ello, aún no promulgada, como ha quedado expresado.
- La Ley 1/1982, de protección civil del honor y la intimidad, no concreta sobre el Secreto Médico, si bien recoge la figura de la intromisión ilegal cuando se revelan datos privados de una persona, conocidos a través de la actividad profesional.
- La Ley General de Sanidad reconoció el derecho del respeto a la Intimidad y a la Confidencialidad.
- La Ley 15/1999 admite que los profesionales sanitarios accedan a la información de sus pacientes y establece regulación al respecto.
- La Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, texto de referencia actualmente en materia de derechos y obligaciones de los pacientes, expresa la obligación de los centros sanitarios de preservar la información que poseen de sus pacientes.
- Existen otras normas en campos sanitarios específicos, de las que cito algunas representativas:

Ley 30/1979 de Extracción y Trasplante de órganos garantiza el anonimato de donante y receptor.

La Ley Orgánica 25/1980, del Medicamento, establece la obligación de preservar la confidencialidad de la asistencia sanitaria. En idéntico sentido se pronuncia el Real Decreto. 1910/1984, de recetas médicas.

El Real Decreto 2409/1986 garantiza el secreto de consulta a mujer que solicita una interrupción de su embarazo.

La Ley 35/1988, de técnicas de reproducción asistida, garantiza el secreto de las personas intervinientes en estas técnicas y de las circunstancias concurrentes en los hijos así nacidos.

El Real Decreto 223/2004 garantiza la estricta confidencialidad a las partes en un ensayo clínico y protege la información relativa al mismo del acceso por terceros no autorizados.

➤ Normativa Penal

- El primer antecedente se sitúa en el Código de 1822 respecto de la obligación de secreto respecto de los eclesiásticos, médicos, abogados, barberos...
- El Código vigente, de 1995, recoge en su Título X los Delitos contra la intimidad de las personas y del domicilio. Conviene al menos mencionar las conductas (tipos) que considera delictivas.

Artículo 197

Tipos delictivos básicos

- * Apoderarse de información reservada de otra persona.
- * Alterar o modificar la información en perjuicio de tercero.

Tipos delictivos agravados

- * Difundir, ceder o revelar la información anteriormente citada
- * Tener, el autor del delito, la condición de responsable de los ficheros
- * Tratarse de datos sensibles o ser su titular menor o incapaz. Los datos de salud se consideran siempre información sensible.
- * Existir un móvil lucrativo en la acción delictiva

Artículo 198 y 199

Supuestos especificados por autor

- * Autoridad o funcionario público que prevaliéndose del cargo divulgue la información fuera de los casos permitidos por la ley
- * La persona que por su profesión u oficio conozca y revele indebidamente la información reservada.
- * El profesional que quebrante el sigilo debido

Es preciso destacar que se trata de delitos perseguibles a instancia de parte, es decir para proceder contra el autor es necesaria la denuncia de la persona perjudicada. El perdón del ofendido, consecuentemente, extingue la acción o la pena.

Artículos 413 y 414

Supuestos especificados por el autor

- * Autoridad o funcionario público que ,a sabiendas, ocultare, destruyere o sustrajere documentos a su cargo.
- * Destruir o alterar los medios que impiden el acceso a la información reservada, o consentir estas conductas por otras personas.

Artículo 415

Supuesto especificado por el autor

- * Acceder, o permitir el acceso, a datos a cargo del responsable del archivo

Han de citarse como causas de exoneración de la responsabilidad, para los autores de los tipos penales expuestos, las siguientes:

- 1.- Actuar en cumplimiento de una obligación de denunciar³⁷
- 2.- Obrar en virtud de estado de necesidad (advertir a terceros).
- 3.- Enfermedades de declaración obligatoria (razones de salud pública).
- 4.- Defensa penal del Médico, por homicidio o lesiones.

Estos casos que liberan de responsabilidad al médico son muy próximos, como puede verse, a los contenidos en el ámbito deontológico (artículo 16 de dicho Código antes mencionado).

➤ Normativa Deontológica

Podemos citar las menciones siguientes:

- Organización Médica Colegial 1948. Aparece ya la obligación de reserva de confidencialidad de los pacientes post mortem.
- Código de AMA 1957. Al tratar la obligación de reserva recoge la excepción de levantar la confidencialidad por imperativo legal.
- Códigos Deontológicos Médicos Españoles de 1990 y 1999, el Secreto Médico ocupa un lugar relevante. Destaco, a continuación, alguno de sus aspectos de interés, respecto del Código vigente de 1999.

Artículo 14.4: La muerte del paciente no exime al médico del deber de secreto.

Artículo 15.2: En el ejercicio de la medicina en equipo, cada médico es responsable de la totalidad del secreto.

Artículo 16.1: Recoge los supuestos en los el médico puede declarar, sin quebrantar la confidencialidad debida, como ha quedado en su momento expuesto.

RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES POR SU VULNERACIÓN

❖ Personas a quienes afecta

³⁷ Artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es incuestionable que la obligación de preservar la información alcanza actualmente no sólo al médico, sino a cualquier persona que conozca, por razón de su trabajo, la información. Afecta por tanto incluso al personal no sanitario relacionado con los datos a proteger. Hay que recordar la existencia de los principios de división del trabajo: vertical (bajo el criterio de jerarquía) y horizontal (bajo el de colaboración), junto con el de confianza, para dejar constancia que cada miembro del equipo es responsable del conjunto de la información. Se trata de lo que se ha dado en llamar secreto compartido³⁸.

Este hecho del trabajo de varios profesionales en la atención a un mismo paciente hace muy difícil, ocasionalmente, la delimitación e individualización de la responsabilidad por vulneraciones de la confidencialidad debida. Este problema no existe (para el reclamante) cuando la responsabilidad se le exige al centro en donde ocurrieron los hechos, pues éste habrá, en su caso, de responder (a través de sus representantes legales) por las conductas indebidas de sus trabajadores, bajo el criterio general de la responsabilidad del empleador recogida en el artículo 1903 y siguientes del Código Civil. Es preciso dejar constancia que esta solución no excluye la posterior aclaración e individualización, dentro del centro.

Este planteamiento, de carácter general, precisa, sin embargo de matizaciones en razón al prestador de la asistencia.

❖ Aplicación a los centros sanitarios públicos

El hecho de que la obligación de confidencialidad se encuentra profusamente recogida en nuestro ordenamiento jurídico (en lo civil, lo penal y lo deontológico principalmente) no deja lugar a duda respecto del carácter antijurídico de su violación y con ello de la ausencia de obligación legal de soportar estas conductas por el perjudicado. Así las cosas se dan los presupuestos para la concurrencia del sistema de responsabilidad objetiva exigible a la Administración Sanitaria, bajo el procedimiento de la responsabilidad patrimonial. Los daños a reclamar pueden ser de tipo moral, fundamentalmente e imputarse con la sola concurrencia del hecho de haber surgido el daño en el centro en el que se recibió asistencia (por una acción u omisión debida a los profesionales del mismo) dentro de un funcionamiento anormal

³⁸ Martí Mercadal y Buisán Ezpeleta. El secreto profesional en Medicina. Madrid. Espasa Calpe 1988

e incluso normal del centro sanitario. Bajo estos parámetros objetivos (alejados de la valoración de culpa) es evidente que la piedra angular es la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño ocasionado por la misma.

Una vez declarada la responsabilidad de un profesional sanitario, bajo el indicado régimen de responsabilidad patrimonial, puede la Administración solicitar del mismo el pago de la indemnización satisfecha, por aquella, al perjudicado, siempre que la causa del daño fuere una culpa o negligencia grave del profesional.

❖ Responsabilidad en centros concertados

La ejecución del concierto es, en realidad, un contrato administrativo de gestión de un servicio público (asistencia sanitaria) a cambio del cobro del importe estimado en el concierto. Podríamos decir que se trata de gestión pública en mano privada. No deja lugar a dudas, actualmente, a este respecto la Ley 4/1999 que atribuye a la Administración contratante la responsabilidad bajo el procedimiento patrimonial antes referido.

❖ Responsabilidad de contratistas y concesionarios

Se trata de aquellos casos en los que la violación de la confidencialidad pueda haberse producido en el seno de una empresa de este tipo (un transporte sanitario, por ejemplo).

Hay que distinguir dos fases sucesivas cronológicamente. La legislación expropiatoria³⁹ establecía que: *en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste*. Esta era la interpretación de los tribunales, e incluso del Consejo del Estado, hasta que por vía jurisprudencial⁴⁰ se introdujo la nueva concepción de atribuir la responsabilidad a la Administración, por actos de un concesionario suyo, en razón de que éste ejerce funciones o poderes públicos, bajo formas procedimentales de Derecho Público, de modo que no es que el

³⁹ Artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa.

⁴⁰ Sentencia de 9 de Mayo de 1989, Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

concesionario actúe por la Administración, sino que es la Administración misma la que actúa a través del concesionario o contratista .

Hay autores, como Pantaleón y Muñoz Machado, sin embargo, que discrepan de este planteamiento que califica de solución simplista de convertir al Estado en indemnizador de todo daño. El concesionario, manifiesta Muñoz Machado “*no se transforma de modo ordinario en un órgano de la Administración ni actúa como tal. Su posición es muy diferente de la del funcionario o el agente. La misma idea de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración la atención de algunas necesidades de interés general*”. Reconoce, sin embargo, la ventaja de que esta tesis asegura a la víctima su resarcimiento, si bien podría orientarse no a la responsabilidad directa de la Administración, sino a la subsidiaria, en caso de insolvencia del contratista (como se estableció en el derecho francés).

En la actual regulación⁴¹ se vuelve a la tesis de responsabilidad de la Administración, debiendo de dirigirse a ésta la reclamación

... por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de los contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicios de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece. En todo caso se dará audiencia al contratista...

Cuando el daño se haya ocasionado, pues, fuera de las dos situaciones expresadas habrá de responder el contratista, siempre que se den las condiciones necesarias para ello.

❖ Responsabilidad en centros privados

Me refiero aquí a aquellos que prestan su actividad de forma independiente, no concertada, pues en otro caso sería diferente su régimen de responsabilidad

⁴¹ Artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo.

Hemos de distinguir si la relación que vincula al paciente con el médico o el centro trae su origen en un contrato, o por el contrario éste no existe. En el primer caso se trataría de una infracción a este vínculo y se sujetaría a las normas concretas de responsabilidad contractual⁴². En el caso contrario la normativa aplicable sería la general sobre obligación de no causar daño y responder de aquel si ha sido causado por culpa o negligencia⁴³. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 29 de Marzo de 1999.

Siendo inaplicable al sector privado el régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial, predicable respecto de la medicina pública, es preciso aclarar que el configurar la valoración de la responsabilidad bajo el prisma contractual o extracontractual, a los que me acabo de referir en el párrafo anterior, no es cuestión baladí, pues en lo que respecta al plazo del que dispone el perjudicado para reclamar, la diferencia es sustancial; mientras dispone de 15 años en el caso de existencia de contrato, tan sólo cuanta con 1 año si no existe tal vínculo.. La diferencia se da también en la intensidad de la culpa necesaria para exigir responsabilidades, pues mientras que la diligencia exigible en la relación contractual al profesional es la ordinaria⁴⁴, en la extracontractual basta para responder con una culpa levísima.

Este último régimen es mucho más severo para el responsable, pues rige, aparte de los rigores antedichos, la inversión la carga de la prueba, es decir que el señalado como responsable, en una relación extracontractual, ha de probar su inocencia (al contrario que en el sistema contractual, en donde la culpa ha de ser probada por el denunciante).

La clave reside, evidentemente, en dilucidar cuándo nos encontramos en un caso de responsabilidad contractual y cuando lo es de extracontractual. La relación entre un paciente y un médico (unipersonal) no plantea problema, pues tiene carácter normalmente contractual al darse en este vínculo todos los elementos de cualquier contrato; solamente si falta alguno (el consentimiento, por ejemplo) nos encontraremos en el espacio extracontractual. Recuerdo que estamos abordando este asunto, ahora, en la medicina privada.

⁴² Artículos 1.101 y siguientes del Código Civil

⁴³ Artículos 1.901 y siguientes del Código Civil

⁴⁴ (de un buen padre de familia, en la formulación legal)

Se complica el planteamiento si la asistencia la solicita el paciente de un centro sanitario con el que tiene contratada la asistencia y se la presta un profesional al servicio del mismo. Existe relación jurídica entre paciente y centro (servicio pactado) y entre médico y centro (dependencia laboral), pero no entre paciente y médico. Evidenciada una violación de la confidencialidad de la información por el médico puede plantearse la concurrencia de los dos regímenes: contractual con el centro y extracontractual con el médico. Este planteamiento es objeto de debate, sin embargo, pues los autores están divididos respecto de cual es el régimen aplicable.

Podemos imaginar el caso contrario. Un paciente contrata con un profesional que le presta asistencia en una clínica. Sin duda aquí se invertirían los planteamientos y la exigencia contractual iría referida al médico.

Como mención final, a este respecto, quiero dejar constancia de la interesante opinión del profesor Ataz López (visión simplificadora de este complejo asunto), en el sentido de que en lo que respecta al secreto médico nos encontramos en el terreno de la responsabilidad contractual, por el hecho de que la obligación de guardarlo es un deber profesional que no precisa de pacto o contrato para ser asumido, derivando, como afirma el citado autor, del deber de fidelidad hacia el paciente.

LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

No es posible un análisis completo del secreto médico haciendo solamente mención a la obligación de guardarlo (y las infracciones en que se incurre de no hacerlo). Es preciso abordar el complejo asunto de la posición contraria: aquellos casos en los que el médico está obligado a desvelar la información confiada por el paciente.

La Constitución recoge⁴⁵ el reconocimiento y protección del derecho a:

A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el ejercicio de la cláusula de conciencia y del secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁴⁵ Artículo 20.1 de dicha norma fundamental.

Esta promesa normativa tampoco se ha cumplido, como ocurre con la contenida, también en la Constitución, en el artículo 24.2 antes mencionado. Por el contrario el médico se encuentra sujeto a la obligación de comunicar la información que posea, cuando esta contenga algún hecho delictivo.

En este sentido la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁶ dispone que:

Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuviesen noticia de algún delito público estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante

En el siguiente artículo recoge una curiosa precisión:

La obligación impuesta en el párrafo 1º del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieran de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos o ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

Esta formulación legal sitúa al profesional de la Medicina en notoria desventaja con los otros profesionales y personas ahora mencionados. Cualquier médico está en posición de ser conocedor de un hecho delictivo, pero hay situaciones en las que este conocimiento puede ser frecuente (un servicio de urgencias) u obtenido en una situación de especial confianza (por un enfermo mental a su psiquiatra).

La razón del diferente trato dispensado respecto de Abogados, Procuradores y Eclesiásticos puede deberse, como apunta Fernando Herrero Tejedor⁴⁷, a que en la actuación de éstos quiere la ley proteger reflejamente derechos fundamentales, como son, respectivamente, el derecho de defensa y el derecho a la libertad religiosa. Lo cierto es que estos profesionales son

⁴⁶ Artículo 262 de la misma

⁴⁷ Obra citada. Editorial Colex. Madrid. 1998

titulares de un derecho al secreto profesional, a su favor, cosa que en el caso del médico no ocurre.

Tratamiento de supuestos especiales

El polifacético asunto de la confidencialidad y el secreto médico muestra particularidades en múltiples espacios de la práctica asistencial. Hago referencia, seguidamente, a algunos de ellos.

EL CASO PARTICULAR DE LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS CONTAGIOSAS

Alude a aquellos supuestos en los que un paciente acude al médico a atender su salud y descubre este último que el enfermo es portador de una enfermedad transmisible a otra persona (fundamentalmente a aquella con la que convive dicho paciente). Se sitúa aquí al médico en una situación particularmente delicada pues ha de observar el secreto profesional sobre lo conocido y si lo hace con ello ocasiona un perjuicio a un tercero.

La interrogante de partida es la siguiente: La observancia del secreto profesional por el médico, ¿es una obligación absoluta, es decir no tiene límite alguno? Sí lo tiene y está relativizada esta obligación, como voy a mostrar.

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 la 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. En cualquier caso, no obstante para poder revelar la información, en estos casos, será preciso:

- ◆ Negativa del paciente infectado a informar a la persona sana, con la que convive.
- ◆ Que la enfermedad objeto de la transmisión haya de contagiarse con seguridad o al menos con alta probabilidad.
- ◆ Que la enfermedad citada sea realmente grave y atentatoria contra la salud de la persona sana⁴⁸.
- ◆ Que la persona sana sea identificada o identificable, como punto de partida.
- ◆ Que sea realmente sana y no esté ya infectada, en cuyo caso no existe problema de secreto. Puede, incluso, plantearse el caso de que haya sido ella la persona infectante.

Es preciso tener en cuenta estas ponderaciones, pues no tiene la misma consideración este asunto cuando la enfermedad es difícilmente transmisible a cuando existe casi certeza estadística de ello. Tampoco es igual la transmisión de un contagio banal que de una enfermedad con consecuencias mortales. La pauta de actuación para el profesional sanitario es que a medida que aumenta la certeza de contagio y la gravedad del proceso morboso, disminuye la obligación de confidencialidad respecto del paciente infectado y aumenta, en paralelo, el derecho del sano a ser informado.

LOS IMPLANTES Y LAS PROTESIS

En algunas ocasiones la recuperación de la salud precisa, en el contexto de la acción terapéutica proyectada, de la colocación de alguno de estos elementos en el cuerpo del paciente. Cuando alguien recibe en su cuerpo uno de estos productos (marcapasos, válvulas, sustitutivos óseos etc.) ha de comunicarse al fabricante del mismo la identificación del portador de aquel, con el objeto de poder atender a los usuarios afectados por un eventual defecto en el lote. El principio general de reserva de datos de los pacientes debe, así, de ser excepcionado y la causa de ello es una norma jurídica⁴⁹ que obliga a la referida comunicación, en base a la razón

⁴⁸ Bajo el criterio del estado de la ciencia en el momento de evaluación.

⁴⁹ Real Decreto 414/1996, de 1 de Marzo.

expresada, en el eventual caso que un fallo en el material se produjera. La preservación de la confidencialidad cede, en estos casos, ante la protección de la salud de los portadores de estos productos sanitarios. La cuestión surge, evidentemente, acerca de si identificar supone el facilitar el nombre y apellidos o basta algún otro dato que permita individualizar y localizar de inmediato al paciente, sin necesidad de transmitir su nombre y apellidos (número de referencia, de historia clínica...).

SOLICITUD DE DATOS POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

En ocasiones es la Agencia Tributaria quien pide a ciertas clínicas privadas información contenida en documentos internos de aquellas: libros de quirófano, de ingresos o de altas de pacientes, en el marco de un plan de inspecciones. El interés jurídico protegido en estos casos y que motiva la petición de datos es la correcta distribución de las cargas impositivas, que se trata de hacer compatible con el derecho de los pacientes a la reserva sobre sus datos sanitarios.

Es incuestionable que existe, sobre esta entrega de información, una obligación legal, ya que otra vez más el principio general de confidencialidad es excepcionado por una norma⁵⁰ que recoge la imperativa obligación de colaborar con la Administración Tributaria. No es menos evidente que esta colaboración trae consigo el hecho de revelar datos identificativos de los médicos actuantes e incluso, eventualmente, de los pacientes relacionados con aquellos.

Hay que precisar, como conclusión (conciliadora del principio general y de la excepción mencionados) que la información sobre la actividad de los facultativos puede ser facilitada solamente mientras que no revele datos personales de los enfermos. En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha al conocer de un recurso presentado por un odontólogo que negó las historias clínicas de sus pacientes a la inspección tributaria.

Este profesional solicitó asesoramiento del Colegio Profesional ante la petición documental en la actuación inspectora, contestándole dicha Corporación que debía de facilitar las facturas y documentación contable, pero no las historias al estar estos documentos amparados por el deber de confidencialidad. Le fue

⁵⁰ Ley General Tributaria, Artículo 111.

impuesta una sanción de 6.000 euros al obrar en consecuencia del asesoramiento recibido, acudiendo a los tribunales ante este hecho. Finalmente el citado Tribunal Superior autonómico consideró correcta su negativa, si bien reconoce el derecho de la inspección tributaria a obtener la información que precisa. Concilia, la citada resolución judicial, estas dos posiciones con un planteamiento que expongo brevemente para concluir este asunto.

La inspección, dice, debe de hacerse en el domicilio de la actividad, en presencia del facultativo, separando los datos identificativos del paciente, recogiendo solamente los datos con repercusión tributaria⁵¹ y sin obtener copia de la documentación. Declara, lógicamente, sujeto al personal actuante al secreto profesional, por otra parte.

SALUD LABORAL

Surge el problema, en este caso, respecto del médico de empresa y su obligada doble orientación:

- Tiene la obligación, respecto de los trabajadores de la empresa en la que presta servicio, de velar por su salud y atender cuantas cuestiones afecten a ésta en relación con la actividad que desempeñan en la empresa.

- Hay que considerar que también tiene una relación de dependencia con el empresario, para el cual presta servicios, en la misma empresa.

La cuestión que se puede plantear es fácil de imaginar: ¿Puede el Médico de Empresa levantar el secreto respecto de aquellas enfermedades (que afecten a alguno de los trabajadores) susceptibles de afectar a otro u otros trabajadores, e incluso a la salud general de la empresa? Podemos imaginar el caso de un epiléptico o alcohólico que manejen maquinaria, vehículos o cualquier medio peligroso para sí mismos (evidentemente) pero también para el resto de los trabajadores o personas ajenas a la empresa, incluso clientes de la misma. Cabe planteárselo, también respecto de un enfermo de SIDA, por su riesgo infectivo (real o estimado).

⁵¹ Considera como tales el mero número de historias y consultas o intervenciones, que puede permitir comprobar la realidad de las facturas de honorarios emitidas.

Como regla general, rige el principio de autonomía, conforme al cual es el propio trabajador quien puede expresar su aceptación o su negativa a que se le practiquen pruebas que no tengan como finalidad directa el garantizar su seguridad o la de sus compañeros. El principio, básico, de partida es, por tanto, el de voluntariedad y en este sentido se pronunció la Recomendación R(89)2 del Consejo de Europa.

En el concreto caso del SIDA sólo podría ser realizada, obligatoriamente, la prueba de detección en el caso de que en el terreno científico fuera inequívoco el riesgo de contagio del trabajador infectado hacia sus compañeros o terceras personas relacionadas con la actividad de aquel y el contexto general de la empresa. En otro caso es preciso el consentimiento del trabajador.

Es muy importante señalar que la razón que justifica el levantamiento del secreto es la protección de la salud de terceras personas y por ello el ámbito de dicha información es exclusivamente el sanitario, con lo cual solamente pueden ser destinatarios de los datos de esta índole, relativos a los trabajadores, el personal médico y las autoridades sanitarias que atiendan la salud de aquellos, sin que pueda ser facilitada dicha información a otras personas, como delegados de prevención o sindicatos (so pretexto de realizar los estudios que fuere) ni, por supuesto, al empresario.

Ciñéndonos al ámbito normativo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 prevé una regla general y tres excepciones:

- ◆ Regla General

Los reconocimientos médico requieren, para ser practicados, del consentimiento del trabajador, al no tener, en principio, la condición de imperativos.

- ◆ Excepciones

A/ Cuando el reconocimiento sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores. Como situación que afecta a un derecho fundamental del trabajador (su libre determinación) es evidente que este supuesto ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

B/ Cuando sea necesario comprobar si el estado de salud del trabajador supone un peligro para él mismo o para terceras personas.

C/ Cuando se establezca, con carácter legal, para riesgos específicos o actividades particularmente peligrosas.

Los reconocimientos se harán bajo las debidas condiciones que garanticen, en todo caso, el debido respeto a la intimidad y la obligada observancia de la confidencialidad de la información obtenida. Evidentemente los datos sólo serán conocidos por el personal sanitario interviniente y nunca por terceros, entre los cuales se encuentra el empresario, como ha quedado dicho (y a pesar del interés que pueda mostrar en ello) quien puede conocer conclusiones y recomendaciones sobre la capacidad del trabajador pero nunca los datos clínicos o diagnósticos que condicionan o disminuyen aquella.

INFORMACIÓN GENÉTICA

El descubrimiento del mapa del ADN no cabe duda de que ha significado ,en la historia de la Humanidad, un fenómeno de una relevancia extraordinaria. El eje de la problemática surgida a raíz de este trascendental suceso es que una vez accesible la posibilidad de descifrar, es evidente la aparición de intereses en conocer el contenido de la información descifrada. Nos cabe el orgullo, pero también la grave responsabilidad de haber abierto la posibilidad de 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 proteínas⁵²

La trascendencia de este descubrimiento reside en que este código es único y personal, que revela nada menos que la salud pasada, la presente y la futura de la persona portadora de dicho código y que además nos puede dar a conocer información de personas vinculadas por parentesco a la persona examinada.

Es evidente la utilidad en el terreno sanitario que nos ha traído el desarrollo científico al permitirnos acceder a la identidad genética de las personas, pero este

⁵² M.C. Vidal Casero. El proyecto genoma humano...

incuestionable progreso nos trae, como contrapartida, el peligro de atentados a esferas de las personas objeto de alta protección..

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

✓ Es preciso resaltar el hecho de que la obtención de la información ha de ser efectuada con el consentimiento (expreso) de su titular.

✓ Una vez obtenida es preciso fijar con precisión cuestiones de la máxima relevancia como quién puede acceder a ella, qué normas rigen su conservación y qué plazo fijan para ello.

Hay que resaltar, como ya se ha apuntado, 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 para recibir de ellas prestación de servicios profesionales, así como en el ámbito del seguro. 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, pero también afecta a la contratación de seguros de accidentes ante la existencia, presente o futura, de determinadas patologías que afecten a la siniestrabilidad.

A/. Utilidad de la información

Pero hay que señalar que la utilidad de la información genética no se circunscribe al terreno asistencial. Siguiendo la exposición de Questiaux pueden asignarse a la información genética los siguientes fines:

1.- Médicos: Tests de contenido asistencial

2.- Sociales: Identificación forense o de la paternidad, por ejemplo.

El Convenio de Oviedo vigente ⁵³, suscrito por España, prohíbe las pruebas genéticas predictivas que no tengan como fines la salud o la investigación sanitaria.

B/ 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.

C/ Posibilidad de discriminación

Surge cuando se utiliza esta información para tratar a alguien de forma diferente e injusta. Es uno de los peligros más graves que apunta la utilización de la información genética.

Existe el riesgo evidente de que una población que se encuentra simplemente en riesgo sea considerada socialmente como defectuosa y por ello desechable.

Es evidente la relevancia que puede tener el conocimiento del código genético de un trabajador, con carácter previo a su contratación. Era habitual hasta ahora, y considerada una práctica lógica y razonable, el reconocimiento médico previo a la prestación laboral. En el estado actual de la ciencia ¿sería lícito pedir un análisis previo de ADN ⁵⁴ para conocer la salud (presente y futura) del trabajador?. Podría parecer que la respuesta afirmativa viene obligada por la lógica aplicación de dichos avances. Existe, sin embargo, una radical diferencia desde el punto de vista ético, ya que el diagnóstico de ADN puede identificar una enfermedad situable en el futuro, como viene diciéndose, e impedir, por ello, la contratación del trabajador.

Al referirnos al campo de los seguros, antes mencionado, 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.

⁵³ Desde 1 de Enero de 2000.

⁵⁴ J. R. Lacedena. Proyecto Genoma Humano

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 admitirse⁵⁵ 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 expuesta antes en el terreno laboral. Si se considera lícito un análisis de sangre ¿por qué no uno genético? La respuesta es la misma de entonces, a la que me remito.

MENCION INTERNACIONAL DE ESTAS CUESTIONES

El asunto de la intimidad y confidencialidad conexas a ésta viene siendo objeto de atención desde hace mucho tiempo en el espacio internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵⁶ declara la interdicción de injerencias en la vida privada personal, familiar, de correspondencia o de domicilio. En 1950, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales recogía el necesario respeto a la privacidad personal y familiar, consideraciones éstas que tuvieron cabida más adelante en la Carta de Niza de Diciembre de 2000. El Código Internacional de Ética Médica (Asociación Médica Mundial)⁵⁷ expone la obligación general de lealtad del médico para con el paciente, la aplicación de los recursos acordes con el estado de la ciencia del momento y, además, la obligación de guardar secreto sobre aquello confiado por el paciente en el curso de la relación asistencial.

La información confidencial sólo puede ser transferida a países con un nivel de protección similar al nuestro. Existe, a tal efecto, una relación⁵⁸ (objeto de actualización periódica) de los países asimilados a España en tal sentido. La transferencia de información ha de ser autorizada, por el Director de la Agencia de Protección de Datos.

⁵⁵ T. Sala Franco. Selección genética laboral

⁵⁶ Artículo 12 de la misma.

⁵⁷ Londres 1949.

⁵⁸ Orden Ministerial de 2 de Febrero de 1995

Esta trayectoria ha venido siendo objeto de desarrollo continuado y la mención y garantía del respeto a la intimidad de los pacientes y la correlativa confidencialidad una mención siempre presente en todos aquellos foros o documentos relativos a derechos de los pacientes. La Carta Europea de Derechos de los Pacientes, de 1984⁵⁹, resalta el valor del secreto médico y subraya la importancia de la autonomía del paciente como titular de la información a preservar. Es de destacar la Declaración de la Organización Mundial de la Salud, de 1994 en Ámsterdam, que da acogida a los derechos citados, pero, además, recoge la posibilidad del paciente de acceder a la información, de añadir datos, de cambiarla o de cancelarla; cuestiones todas ellas mencionada en materia de protección de datos en nuestra Ley 15/1999.

Mención especial merece el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina⁶⁰, conocido como Convenio de Oviedo, por haberse suscrito en dicha ciudad. Este documento se encuentra vigente en España desde Enero del año 2000 al haberse operado la recepción del mismo en nuestro ordenamiento jurídico. Este trascendental instrumento podría motivar, por sí solo, un trabajo de exposición y comentario de su contenido, pero baste con dejar mención del mismo y del hecho de que sigue la trayectoria expuesta y contiene una curiosa mención respecto, junto al derecho a ser informado, al derecho existente, también, a negarse a ser informado, como necesario reverso de aquel.

Es muy interesante el planteamiento elaborado sobre esta cuestión en Francia, en donde el secreto médico tiene una aplicación particularmente rigurosa, si bien existen para su interpretación tres posiciones que recoge Noelia de Miguel Sánchez⁶¹

- El paciente es el único propietario del secreto médico y por ello él decide siempre cuando releva, o no, al médico de su obligación de guardarlo.
- Es la sociedad la única interesada en su mantenimiento, siendo el paciente sólo un beneficiario indirecto de la preservación. Por ello sólo el interés social puede relevar al médico de su obligación de secreto.

⁵⁹ Aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 1984.

⁶⁰ Aprobado por el Comité de Ministros de Europa el 19 de Noviembre de 1996.

⁶¹ Obra citada. Marcial Pons. Madrid. 2002.

□ El secreto es indiviso y los propietarios del mismo son, conjuntamente, el médico y el paciente. De esta tesis se derivan dos curiosas conclusiones: El paciente puede relavar al médico de su obligación de secreto, pero éste decide si hacer uso de esa licencia, o no. El consentimiento del enfermo, por otra parte, afectaría al contenido de lo revelado al médico, pero el diagnóstico y el tratamiento elaborados por el médico, a él le pertenecen.

Con una intensidad muy parecida a la francesa se encuentra regulado el secreto en Italia, en donde tiene acogida penal la divulgación de secretos de los pacientes por los profesionales de la Medicina.

En el Reino unido no hay formulación legal de obligación de secreto profesional, a pesar de lo cual existe la práctica de observancia del mismo y lo que sí se regulan son los casos en los que el médico ha de declarar sobre lo confiado por el paciente.

Fuera del espacio europeo, en los Estados Unidos de Norteamérica⁶² existen las llamadas “comunicaciones privilegiadas” del paciente al médico y respecto de las cuales, para su comunicación a la Administración o los Tribunales, puede el paciente relevar al médico del secreto.

Como ya quedó señalado en su momento la consideración existente en España es la del *secreto médico relativo*, en el sentido de que reconociendo la existencia del derecho individual del paciente preconiza la necesidad de conciliar éste con otros derechos también merecedores (y eventualmente) necesitados de protección, como la salud pública o la colaboración con la Justicia.

PROBLEMÁTICA DE LA HISTORIA CLINICA

Las cuestiones que plantea, de muy variada índole, se centran en la preservación de su contenido y la posibilidad de acceso al mismo por personas autorizadas. Quiero, no obstante, dejar expuestas unas palabras

⁶² De Miguel Sánchez. El nuevo proceso normativo estadounidense sobre intimidad e información sanitaria. RAP 158/2002.

sobre un asunto de menor importancia, pero siempre mencionado al tratar estas cuestiones.

■ Pertenencia.

Confundida, a veces, con el acceso a la misma se manejan al respecto las siguientes teorías, respecto de los centros sanitarios públicos:

- 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.
- Tesis mixta o integradora: Es la única que ofrece una visión cabal de esta cuestión. En efecto, el soporte material corresponde al centro y a los profesionales la autoría de sus opiniones o criterios, pero al paciente le corresponde la posibilidad de acceder e incluso de disponer de la historia clínica, aspectos de auténtica relevancia, más que la mera pertenencia.

Si la relación jurídica que vincula al profesional o centro sanitario con el paciente es de índole privada, la cuestión es sustancialmente diferente, pues aquel podrá esgrimir la pertenencia de todos los elementos materiales de la relación.

■ 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 permiten⁶³ 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 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.

En el artículo 18 de la Ley 41/2002 se 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.

3.- Terceras personas:

Debemos diferenciar, en este grupo, dos supuestos diferentes:

⁶³ Artículo 18.1 de la Ley 41/2002: "Derecho a obtener copia de *los datos* que figuren en ella..." (en la Historia).

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.

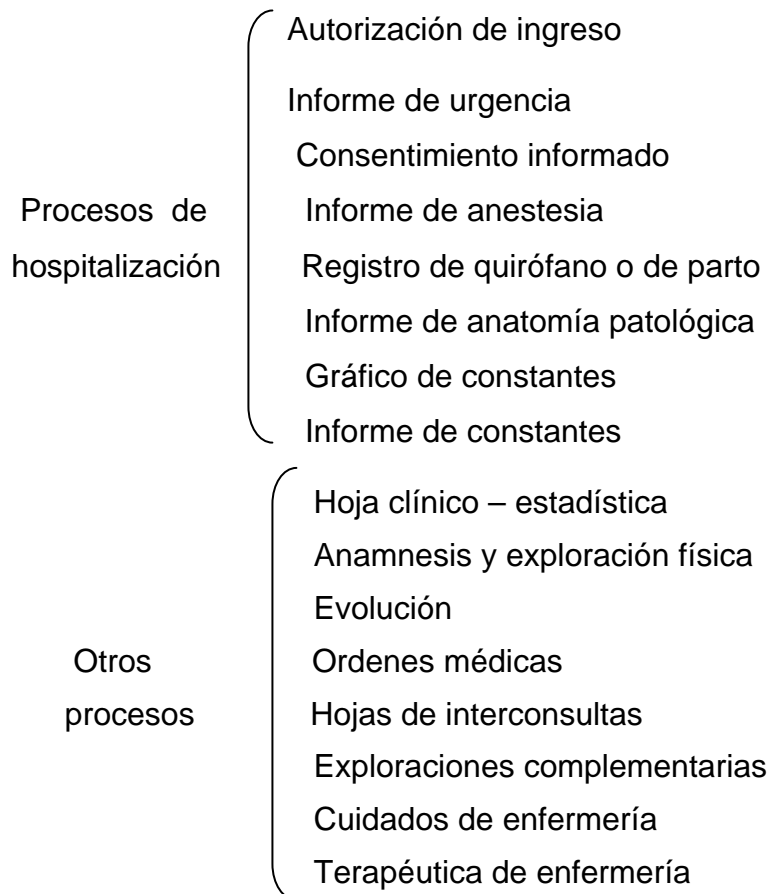
Terceros ajenos al ámbito asistencial: No es posible el acceso a la historia por las empresas respecto de sus trabajadores, en cuanto a información individualizada, salvo autorización del propio titular de la información. Hay que resaltar que el cónyuge, a estos efectos, tiene la condición de tercero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

◆ Contenido

La nueva Ley 41/2002 en su artículo 15 determina que, como mínimo, este documento habrá de contener:



◆ 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*.

Se plantea un problema específico cuando la documentación clínica está en poder de un gabinete de medicina privada, cuyo titular, por ejemplo fallece o se jubila. Las soluciones sugeridas son variadas: entregar la documentación a aquellas personas a las que se refiere, depositarla en el Colegio de Médicos etc.

Particularidades respecto de las HH.CC. de medicina privada.

Por la naturaleza de la relación que vincula a las partes en este ámbito asistencial, es evidente que las historias clínicas de estos pacientes no se ubican en hospitales o centros sanitarios públicos, sino privados.

Hay otra particularidad y es la relativa a la propiedad de la Historia, de diferente consideración cuando la asistencia tiene origen contractual. Siendo esto palmario, es preciso destacar que, aparte esta mención circunstancial, el tratamiento jurídico de esta documentación sanitaria es idéntico en los dos ámbitos asistenciales, público y privado, para cuestiones sustanciales como el acceso o el contenido, siendo aplicable, por tanto a la asistencia contractual lo expuesto en este apartado.

Hay un extremo de particular importancia en las historias privadas, cual es el de la conservación de las mismas. No se plantea problema cuando el espacio físico de ubicación de las mismas es una clínica, en la que prestan servicio unos profesionales, que cesan en dicha prestación y son sustituidos por otros, habiendo continuidad en la prestación asistencial al paciente al que se refiere la historia. El problema puede plantearse cuando la asistencia es personal, por parte del profesional, y éste se jubila, se traslada o fallece. ¿Qué hacer con las historias que posee? La Comisión de Deontología de la OMC ha elaborado un documento y el Colegio Oficial de Médicos de Madrid aportan soluciones al respecto. Esta Corporación ofrece, en estos casos citados, el archivo en la sede colegial, mediante los siguientes pasos:

1. Suscripción de un contrato de acceso a las historias, entre el médico, el Colegio y la empresa o entidad técnica que vaya a tratar los documentos.
2. Digitalización, por la citada empresa, de las historias.
3. Almacenaje en un servidor seguro, y exclusivo a este fin, ubicado en la sede colegial.
4. Intervención del Colegio ante la petición de un ciudadano.

Se garantiza, con ello, el acceso de cualquier persona legalmente autorizada para ello, en un procedimiento sencillo, fiable y seguro.

Juan Siso Martín
juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono: 625 555 266

ÍNDICE DE MATERIAS

INTRODUCCIÓN

SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SANITARIA. ARTS. 41 Y 43 CE. LA ASISTENCIA SANITARIA COMO PRESTACIÓN UNIVERSAL

COMUNICACIÓN CON LOS PACIENTES. AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS.

EL DERECHO DE LOS PACIENTES A LA INFORMACIÓN

- La relación asistencial
- Clasificación de los derechos de los pacientes
- Falta de información y responsabilidad
- Excepciones del deber de informar

LA INFORMACIÓN PARA CONSENTIR.

- Su razón de ser
- A quien se debe de informar
- De qué se ha de informar
- Hasta donde se ha de informar
- Límites del deber de informar
- Contenido del documento

LA INFORMACIÓN DE CONTENIDO FATAL. CONSIDERACIONES

- El profesional ante una difícil situación
- Aparecen en escena los familiares del paciente
- La negativa a ser informado como derecho del paciente

LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

- Su significado
- Formalización
- Límites
- Su relación con la eutanasia
- Luces y sombras de este instrumento legal
- El incumplimiento de las Instrucciones

LA LEY 41/2002. CONTENIDO Y SIGNIFICADO. MATERIAS QUE TRATA

ORÍGEN DE LA LEY

CARÁCTER DE BÁSICA

INCUMPLIMIENTO

ÁMBITO DE APLICACIÓN

PRINCIPIOS BÁSICOS

TERMINOLOGÍA EMPLEADA

CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO MÉDICO

CONCEPTO Y SENTIDO ACTUAL DE LA CONFIDENCIALIDAD

- Precisiones terminológicas
- El bien jurídico protegido
- Garantías del derecho a la intimidad
- El juramento hipocrático
- Breve mención histórica

EL SECRETO MÉDICO

- El origen del Secreto Médico
- ¿Es absoluta la obligación de secreto?
- Regulación legal del Secreto
- El Secreto en los centros públicos y en los privados
- Supuestos especiales

MENCIÓN INTERNACIONAL DE ESTAS CUESTIONES

PROBLEMÁTICA DE LA HISTORIA CLÍNICA

PERTENENCIA

ACCESO

CONTENIDO

CONSERVACIÓN

PARTICULARIDADES EN LOS CENTROS PRIVADOS

Juan Siso Martín
juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono: 625 555 266