

DERECHOS Y DEBERES EN LA PRÁCTICA ASISTENCIAL
La preservación de la Intimidad y de la confidencialidad

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

Teléfono: 625 555 266

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 Mejicana (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.

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

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.

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. 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 configuraría 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

³ De 14 de Diciembre de 1942

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.

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, entendiéndola 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.

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 Judicial⁴, 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 Ley⁵) en su promulgación futura, sobre estas materias debe de adaptarse a esta Ley básica estatal. Por su parte las normas ya promulgadas y que se opongan a la regulación contenida en la Ley 41/2002 son objeto de inaplicación (más exactamente que de derogación). Así ocurre con la LOSCAM, reguladora de la Sanidad en 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:

⁴ Celebrado en Madrid, en septiembre de 1997,

⁵ Disposición derogatoria única de la misma

- ❖ 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
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).

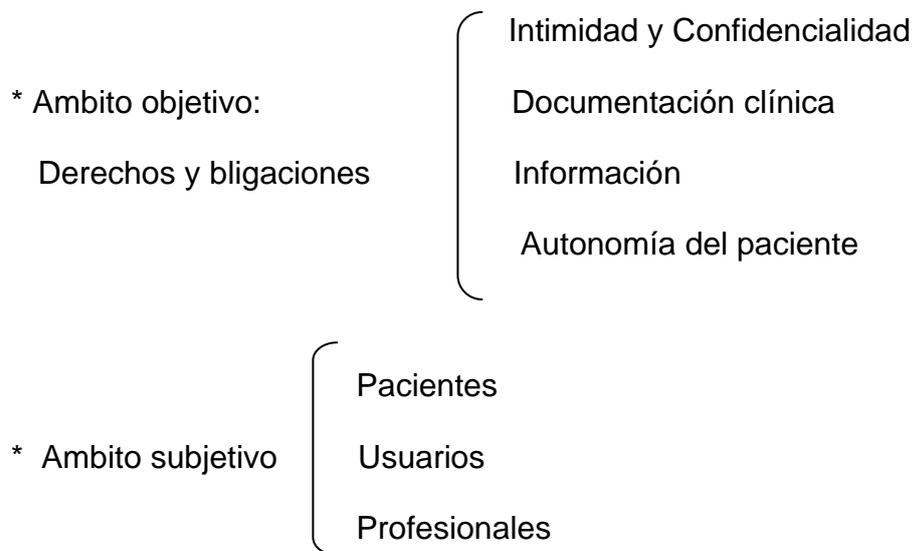
ÁMBITO DE APLICACIÓN

Se define en la nueva Ley⁶ 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

⁶ En su artículo primero.

estatal, en materia de intimidad y confidencialidad, documentación clínica, 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 introducen⁷ 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.

⁷ Artículo 3 de la misma.

CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO MEDICO
Preservación de la Información del paciente

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 Maria 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 Sales⁸ 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”. Mazeaud⁹ 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 transparente ¿no sería deseable que habitáramos una casa de cristal? La*

⁸ G. Battle Sales en El Derecho a la intimidad privada y su regulación. Marfil. –Valencia. Pág. 13.

⁹ Autor citado. La protection de la vie privée. Kayser. Paría 1984. Página primera.

casa de cristal no es más que un ideal utópico: no podría albergar más que a una sociedad de robots .

Sánchez González¹⁰ 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 esferas¹¹ según la cual la vida de las personas queda dividida en: Esfera privada (*privatsphäre*) esfera de la confianza o confidencial (*vertrauenssphäre*) 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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*¹² 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 Hart¹³

Nuestra Constitución y la propia Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar¹⁴ 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

¹² Fernández Herrero Tejedor. La Intimidad como derecho fundamental. Colex. Madrid 1998.

¹³ Autor citado. The concept of law. Oxford 1975. Página 176.

¹⁴ 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 López¹⁵ 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 Estado¹⁶ 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

¹⁵ Autor citado. Los médicos y la responsabilidad civil. Montecorvo. Madrid 1985. Página 187 .

¹⁶ 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 derechos¹⁷, misión que le atribuye el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹⁸ 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

¹⁷ Cometido deducido del artículo 124 de la Constitución.

¹⁸ 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 Entralgo¹⁹ 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

¹⁹ 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 XIX²⁰. 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 llamadas²¹ “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

²⁰ Percival. Code of institutes and precepts, adapted to the preofessional conducts of physicians and súrgenos.

²¹ Noelia de Miguel. Obra citada.

sentidos mencionados esta exigencia puede ser formulada por el titular de la información objeto de la preservación o por la sociedad en su conjunto, que plasma esta exigencia en normas jurídicas.

Zubiri Vidal²² 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

Todoí²³ 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.*

Baudouin²⁴ 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

²² El Secreto Médico a través de los tiempos. Discurso leído en el acto de recepción en la Real Academia de Medicina de Zaragoza. 1966

²³ Principios generales de moral profesional. Instituto Luis Vives de Filosofía. Madrid. Página 22.

²⁴ 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.

secreto natural e incluso del prometido, al tener su entronque en una 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 Oficiales²⁵ 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

²⁵ Aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de Mayo.

sobre el individual. Esta tesis exige sin embargo la existencia de limitaciones 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 obligación²⁶ 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.

²⁶ Artículo 7.2 de la misma.

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

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 prevaleciendo 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 denunciar²⁷
- 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.

²⁷ Artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES POR SU VULNERACIÓN

❖ Personas a quienes afecta

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 compartido²⁸.

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

²⁸ Martí Mercadal y Buisán Ezpeleta. El secreto profesional en Medicina. Madrid. Espasa Calpe 1988

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 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 expropiatoria²⁹ 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

²⁹ Artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa.

incluso del Consejo del Estado, hasta que por vía jurisprudencial³⁰ 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 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 regulación³¹ 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.

³⁰ Sentencia de 9 de Mayo de 1989, Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

³¹ Artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de Marzo.

❖ 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

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 contractual³². 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 negligencia³³. 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 ordinaria³⁴, 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

³² Artículos 1.101 y siguientes del Código Civil

³³ Artículos 1.901 y siguientes del Código Civil

³⁴ (de un buen padre de familia, en la formulación legal)

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.

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 recoge³⁵ el reconocimiento y protección del derecho a:

³⁵ Artículo 20.1 de dicha norma fundamental.

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.

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 Criminal³⁶ 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

³⁶ Artículo 262 de la misma

Tejedor³⁷, 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 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

³⁷ Obra citada. Editorial Colex. Madrid. 1998

(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 sana³⁸.
- ◆ 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 morbo, 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

³⁸ Bajo el criterio del estado de la ciencia en el momento de evaluación.

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 jurídica³⁹ que obliga a la referida comunicación, en base a la razón 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 norma⁴⁰ 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.

³⁹ Real Decreto 414/1996, de 1 de Marzo.

⁴⁰ Ley General Tributaria, Artículo 111.

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 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 tributaria⁴¹ 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

⁴¹ Considera como tales el mero número de historias y consultas o intervenciones, que puede permitir comprobar la realidad de las facturas de honorarios emitidas.

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).

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 GENETICA

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 proteínas⁴²

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.

⁴² M.C. Vidal Casero. El proyecto genoma humano...

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 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 ⁴³, 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 ⁴⁴ 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

⁴³ Desde 1 de Enero de 2000.

⁴⁴ J. R. Lacedena. Proyecto Genoma Humano

el asegurado que conozca, mediante la citada diagnosis, su futura enfermedad puede actuar fraudulentamente con la aseguradora.

En el caso del análisis previo a la relación laboral solamente es lícita su práctica cuando exista una relación razonable entre la información a buscar y las aptitudes necesarias para el trabajo. Puede admitirse⁴⁵ 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 1948⁴⁶ 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)⁴⁷ 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 relación⁴⁸ (objeto de actualización periódica) de los países asimilados a España en tal sentido. La

⁴⁵ T. Sala Franco. Selección genética laboral

⁴⁶ Artículo 12 de la misma.

⁴⁷ Londres 1949.

⁴⁸ Orden Ministerial de 2 de Febrero de 1995

transferencia de información ha de ser autorizada, por el Director de la Agencia de Protección de Datos.

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 1984⁴⁹, 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 Biomedicina⁵⁰, 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 Sánchez⁵¹

□ 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.

⁴⁹ Aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 1984.

⁵⁰ Aprobado por el Comité de Ministros de Europa el 19 de Noviembre de 1996.

⁵¹ Obra citada. Marcial Pons. Madrid. 2002.

□ 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.

□ 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 Norteamérica⁵² 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.

⁵² De Miguel Sánchez. El nuevo proceso normativo estadounidense sobre intimidad e información sanitaria. RAP 158/2002.

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 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 permiten⁵³ 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.

⁵³ Artículo 18.1 de la Ley 41/2002: "Derecho a obtener copia de *los datos* que figuren en ella..." (en la Historia).

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:

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:

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

◆ 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.

LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

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

Clasificación de los derechos ⁵⁴

DE INDOLE FUNDAMENTAL

- Personalidad, dignidad e intimidad
- Confidencialidad de la información

DE NATURALEZA INSTRUMENTAL

- Asignación de médico
- Elección de médico
- Obtención de medicamentos y productos sanitarios
- Expedición de certificados médicos
- Constancia escrita del proceso
- Expedición del informe de alta
- Utilización de vías de reclamación y sugerencia
- Participación en la actividad sanitaria a través de instituciones

DE INFORMACIÓN Y DECISION

- Información sobre el acceso a los servicios y sus requisitos

⁵⁴ El criterio es meramente expositivo.

- Sobre los problemas sanitarios de la colectividad
- A ser advertido sobre aplicaciones docentes y de investigación
- A información emitida en condiciones legales para consentir.
- A elegir entre alternativas ofrecidas, e incluso negarse a ellas.

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

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

- Finalidad: Para qué se va a hacer algo
- Naturaleza: Qué se va a hacer
- Riesgos: Generales e individualizados
- Consecuencias: Beneficios esperados y resultados seguros
- Alternativas: No se citan en la Ley, pero deben de mencionarse
- Posibilidad de retirar el consentimiento: Tampoco figura en la Ley

ELEMENTOS PERSONALES DE LA INFORMACIÓN

QUIEN HA DE INFORMAR

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

El primero de ellos es el auténtico garante de que el paciente reciba la información y su interlocutor legal⁵⁵. Ello no obsta a que el segundo deba, en cada caso, de aportar la información del proceso concreto y a que el conjunto de los profesionales intervinientes lo hagan en el campo de sus funciones propias. En este sentido la Ley de Castilla y León habla del *enfermero responsable*.

QUIEN HA DE SER INFORMADO

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

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

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

En el caso de los menores introduce la nueva ley novedades de interés. Ha de informarse a los representantes legales de aquellos hasta la edad de 16 años del menor, con carácter general, y hasta los 18 años en los casos de actuaciones de grave riesgo. Valga este sencillo planteamiento respecto de la información, que más adelante ha de ser ampliado y matizado al tratar el consentimiento, materia íntimamente ligada a la información.

AUSENCIA DE INFORMACIÓN

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

- **INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INFORMAR**

Es el caso de la llamada, en la nueva Ley, *necesidad terapéutica*. No se informa la paciente de determinados extremos de su proceso por el perjuicio que le derivaría el conocerlos.

⁵⁵ Artículo 4.3 de la Ley 41/2002.

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

- **RENUNCIA DEL PACIENTE A SER INFORMADO**

Se reconoce este derecho⁵⁶, si bien requiere que se deje constancia escrita del hecho de la renuncia. Es problemático el reconocimiento de este derecho cuando puede colisionar con un perjuicio grave a la salud de alguien que convive con el paciente o incluso de la colectividad.

CONDICIONES DE LA INFORMACIÓN

Ha de ser, conforme a la nueva Ley⁵⁷: *Verdadera – Comunicada al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para ayudarle a tomar libremente sus decisiones.*

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

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

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

⁵⁶ Artículo 4 de la Ley

⁵⁷ Artículo 4.2 de la misma

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 años⁵⁸, 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.

⁵⁸ Por la Ley 14/1986, General de Sanidad.

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:

- 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 “completa⁵⁹” que recogía la Ley General de Sanidad.

⁵⁹ No es posible dar una información “completa” en su auténtico sentido, en Medicina.

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.

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 satisfactoria 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 indicado⁶⁰, 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:

⁶⁰ Podríamos decir que no existe la "medicina a la carta"

- 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 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 de 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.

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

Teléfono: 625 555 266