

**LA HISTORIA CLÍNICA SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE
RESPONSABILIDAD SANITARIA
Y SU VALOR COMO MEDIO PROBATORIO**

Juan Siso Martín
Profesor honorario de la Universidad Rey Juan Carlos
Facultad de Ciencias e la Salud
Doctor en Derecho Público
Miembro de la Asociación Española de Derecho Sanitario

**Curso "Responsabilidad sanitaria
y la nueva configuración legal de la imprudencia médica"**

**COMUNICACIÓN PARA FISCALES
EN EL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL
MINISTERIO DE JUSTICIA**

**LA HISTORIA CLÍNICA
SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA
Y SU VALOR COMO MEDIO PROBATORIO**

ÍNDICE

1. IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA.

1.1 UNAS PRECISIONES PREVIAS. LA HISTORIA CLÍNICA COMO DOCUMENTO ASISTENCIAL Y COMO DOCUMENTO JURÍDICO

1.1.1.1. La dispersión normativa regulatoria de la Historia Clínica

1.1.2 Informes clínicos e informes periciales

2. VALOR PROCESAL DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO INSTRUMENTO PROBATORIO

2.1. POR QUÉ ES TAN VALIOSA EN ESTE ÁMBITO

2.2. SU VALOR COMO INSTRUMENTO PROBATORIO

2.3. CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA APORTACIÓN DOCUMENTAL DE LA HISTORIA COMO PRUEBA

2.3.1 En procedimientos de diligencias preliminares de juicio.

2.3.2. En la fase de diligencias previas o durante la instrucción del sumario en un proceso penal.

2.4, QUIÉN APORTA LA HISTORIA CLÍNICA, COMO PRUEBA, AL PROCESO

2.4.1. Aportación de oficio, por decisión judicial

2.4.2 Aportación a petición de parte

2.4.3 Aportación por el propio paciente de su Historia Clínica

2.4. QUÉ SUCEDE CUANDO FALTA LA HISTORIA O ES DEFECTUOSA LA QUE SE APORTA AL PROCESO

2.5. ACCESO PROCESAL A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LA HISTORIA CLÍNICA

3. CONFLICTOS DE DERECHOS PROTEGIDOS QUE PUEDEN SURGIR AL ACCEDER A LA HISTORIA CLINICA PARA UTILIZARLA COMO PRUEBA.

3.1. ENTRE CUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE COLABORAR CON LA JUSTICIA Y LA DE PROTEGER LA INTIMIDAD DEL PACIENTE

3.2 CONFLICTO DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

3.2.1 Deber de confidencialidad que protege la información del paciente

3.2.2 Obligación de colaborar con los Jueces y Tribunales de Justicia

3.3. OTRO CONFLICTO. EL DERECHO DEL PROFESIONAL A DEFENDERSE Y EL DEL PACIENTE A SU INTIMIDAD

4. LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

4.1 ¿PUEDE INVOCAR EL PROFESIONAL SANITARIO SU DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO?

4.2 PROTECCIÓN PENAL DE LA INFORMACIÓN SANITARIA DE LOS PACIENTES.

RESÚMEN

El conjunto documental de la Historia Clínica ha sido concebido con una finalidad principal: la asistencial. Se dirige, así, a contener el relato de la atención que recibe un paciente y poder atender, con este instrumento, sus necesidades clínicas. Tiene, además de esta orientación asistencial, otras utilidades con repercusiones jurídicas, entre las cuales debemos citar su primordial papel, en el terreno procesal, como prueba.

La Historia tiene un papel protagónico fundamental y en ocasiones definitivo en todos los procesos de responsabilidad médica. Se trata de un documento de existencia obligatoria y, por consiguiente, siempre va a estar sujeto a la posibilidad de que un juez ordene su exhibición procesal. Reúne condiciones que la hacen codiciable: su carácter descriptivo en las anotaciones, aglutinador de las distintas atenciones recibidas, así como su rigor científico y la presunción de veracidad de cuánto contiene. Por si fuera poco está elaborada por los propios protagonistas de la historia. ¿Se puede pedir más a un medio probatorio?

Este conjunto documental tiene el carácter de prueba preconstituída, con sobresaliente valor en la fase probatoria, normalmente la más relevante del procedimiento. La prueba es considerada una garantía procesal. Es un derecho del que gozan las partes intervinientes, quienes pueden presentar y pedir los medios que se consideren pertinentes para avalar sus pretensiones. De hecho el motivo de esa incorporación documental al proceso puede ser la decisión del juzgador o la petición de la parte demandante o de la demandada, con propósitos diferentes para cada una, como es evidente.

Goza la Historia de una presunción iuris tantum de veracidad, es decir destructible por otro medio probatorio. Su valor, pues, en este terreno no alcanza al del documento público, pero supera al del documento privado, que no goza de la presunción de veracidad mencionada.

La Historia, como prueba, puede ser aportada al juicio en las Diligencias Preliminares, Diligencias Previas o en la fase del Sumario en el proceso penal. Es normal la disposición de la Historia en el centro sanitario. En aquellos casos en los que la Historia no existe, o está confeccionada defectuosamente, se genera responsabilidad hacia el establecimiento depositario de la misma, o cuando menos un perjuicio de su posición en la consideración procesal.

En caso de solicitud de la Historia Clínica aparecen en liza, para su cumplimiento, por un lado, la obligación de colaborar con la Justicia y, por otra parte, la obligación de confidencialidad que se le debe al paciente, respecto de la información contenida en la Historia Clínica y que se debe facilitar al Tribunal. Los datos de salud han de someterse, para su cesión, a los principios de cautela de la normativa de protección de datos personales, en el sentido de que los que se aporten deberán ser “adecuados, pertinentes y no excesivos”.

Cuando la prueba está a disposición del profesional demandado, no puede éste negarse a una petición de aportación de la misma, so pretexto de acogerse a la obligación de no declarar contra sí mismo. Puede, por otra parte, acceder al contenido de la Historia para extraer medios para su defensa, con las debidas cautelas de protección de la intimidad del paciente.

LA HISTORIA CLÍNICA
SU IMPORTANCIA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA
Y SU VALOR COMO MEDIO PROBATORIO

1. IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD SANITARIA.

1.1. UNAS PRECISIONES PREVIAS. LA HISTORIA CLÍNICA COMO DOCUMENTO ASISTENCIAL Y COMO DOCUMENTO JURÍDICO

La Historia Clínica es un conjunto documental (en el más amplio sentido de la palabra) concebido con una finalidad principal, la asistencial. Se dirige a contener el relato de la atención que recibe un paciente y poder atender a sus necesidades clínicas. Tiene, además, otras utilidades con repercusiones jurídicas pudiendo citarse las siguientes:

- Prestaciones de Seguridad Social (Incapacidad temporal o permanente)
- Examen, por la Inspección sanitaria, de las actuaciones registradas en la Historia
- Evaluación de la calidad asistencial en las actuaciones registradas
- Instrumento base del dictamen pericial que pueda resultar procedente
- Investigación y docencia, a través del contenido de la actividad recogida
- Compañías de Seguros (responsabilidades económicas a cargo de las mismas)
- Seguridad pública (investigaciones de acciones delictivas)
- Administración de Justicia. Procesos ante los Tribunales.

A este último apartado es al que dedicamos nuestra atención en estas páginas, aludiendo a la Historia como valioso elemento para el desarrollo de la actividad judicial, aunque lleno de dificultades y controversia.

Ambas aplicaciones mencionadas, la clínico asistencial y la jurídico procesal se imbrican perfectamente y de hecho aparecen en simultaneidad en el espacio jurídico, como vamos a ver a continuación.

Hemos de comenzar enfatizando que la Historia Clínica tiene un papel protagónico fundamental y en ocasiones definitivo en todos los procesos de responsabilidad médica. Se trata de un documento de existencia obligatoria y, por consiguiente, siempre va a estar sujeto a la posibilidad de que un juez ordene su exhibición procesal.

Podemos considerar como documento, en sentido procesal, aquel medio de prueba constituido por cualquier soporte material, que incorpora la expresión escrita o gráfica de un pensamiento, criterio o decisión o acto humano. De este modo, en el concreto espacio clínico pueden ser incorporados al proceso los informes, radiografías, fotografías e imágenes en cualquier soporte.

En este sentido amplió la Ley 41/2002, de 14 noviembre 2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (LBAP), en su artículo 3, al exponer sus definiciones contiene la de información clínica como “todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”.

1.1.1. La dispersión normativa regulatoria de la Historia Clínica

Conviene destacar que a la existencia, uso y disponibilidad de la Historia Clínica le son aplicables varias normas de diferente rango, procedencia (estatal y autonómica) y ámbito jurídico (administrativo, penal, procesal...) como vamos a ver enseguida.

Confluyen en el tratamiento de la Historia Clínica, en sus distintos aspectos, varias normas en nuestro Ordenamiento Jurídico. Con carácter principal la LBAP Capítulo V, artículos 11 a 19), así como el Código Deontológico Médico de julio de 2011 (CDM). Contienen, también, preceptos relacionados con el asunto que nos ocupa, de forma destacada, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), así como la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Se irá dando cuenta de los correspondientes preceptos a lo largo de este documento.

Pese a la trascendencia de la utilización de la Historia Clínica en el ámbito jurídico aún cabe calificar de dispersa e incompleta su regulación, como venimos expresando y, como afirma el Profesor Flores Prada, de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. A esta dispersión, producto de la política legislativa descoordinada de las Comunidades Autónomas en materia de formalización de la Historia Clínica, alude expresamente la Exposición de Motivos que precede al Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre, por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el Sistema Nacional de Salud, al señalar que «Las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de gestión de la atención sanitaria, han venido implantando diferentes modelos y soluciones de historia clínica o historia de salud para el uso interno de sus respectivos centros o servicios que, en los últimos años, ha sustituido el soporte tradicional en papel por el digital o electrónico»¹.

La importancia fundamental de este Real Decreto radica en la ordenación del contenido mínimo de la documentación clínica, que queda estructurada en ocho documentos (informe de alta, de consulta externa, de urgencias, de atención primaria, de resultado de pruebas de

¹ IGNACIO FLORES PRADA. *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico-procesal de los informes clínicos*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013, núm. 15-17, p. 17:1-17:39 – ISSN 1695-0194.

laboratorio, de resultado de pruebas de imagen, de cuidados de enfermería, y de Historia Clínica resumida). Esta ordenación parcelada es importante, no solo por lo que aporta de claridad estructural a la documentación clínica, sino porque permite concretar y seleccionar los contenidos que puedan resultar de interés en un proceso, estando además disponible un resumen de la Historia Clínica. Es de esperar que todo ello contribuya a evitar la perniciosa práctica de solicitar (por elevación) la información clínica completa, manteniéndose en límites razonables y proporcionales la intimidad del paciente y la reserva sobre otros datos de la Historia Clínica no relevantes para el proceso en cuestión².

1.1.2. Informes médicos, informes clínicos e informes periciales

Bajo el amplio término de *informes médicos* se engloban, como subtipos de aquellos, los conceptos de informes clínicos e informes periciales, con su diferente naturaleza y utilidad procesal.

Vamos a analizar los mencionados subtipos de informe médico. Podemos encontrar, en el concepto de informe clínico, los siguientes elementos caracterizadores y diferenciadores, por otra parte, de otro concepto próximo pero netamente distinto, el de informe pericial.

- ✓ Elemento subjetivo: Se refiere al profesional emisor del informe. Es el sujeto que expresa su análisis, valoración y criterio respecto de la asistencia. Aun cuando el informe clínico sea emitido por el centro sanitario en el que se ha dispensado dicha asistencia, es imprescindible la identificación de quien lo suscribe como profesional sanitario responsable de su contenido.

A diferencia del informe pericial, el autor del informe clínico es quien dispuso la asistencia o el responsable del equipo asistencial. En el informe clínico la actuación del profesional es asistencial, mientras que la del perito tiene naturaleza analítica de la asistencia dispensada.

- ✓ Elemento objetivo: Se trata del contenido de la información, que ha de atender al aspecto salud de las personas, pero bajo puntos de vista extremadamente amplios, como historia de salud, diagnósticos, tratamientos, pronósticos etc.

También se diferencia el informe clínico del informe pericial por su contenido, pues el primero se contrae al relato de la asistencia llevada a cabo, mientras que en el segundo se ciñe a la pericia misma, la valoración del perito emisor.

Conviene distinguir, por otra parte, en lo atinente al contenido, el concepto de informe clínico del de Historia Clínica, siendo el primero de ellos mucho más limitado y

² SARRATO MARTÍNEZ, *El régimen legal de acceso a la Historia Clínica y sus garantías*, REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. N.º 17. ENERO 2009. P. 199.

parcial, aun cuando pueda ser elaborado, precisamente, a partir de la Historia. De hecho ésta última incorpora un conjunto de informes clínicos. En cualquiera de estos dos cuerpos documentales la temática que contienen es la médico asistencial referida a un individuo, con exposición de las acciones realizadas y criterios que las sustentan.

- ✓ Elemento finalista: Se dirige el informe clínico a ilustrar, al propio paciente o a otros profesionales que accedan al contenido de aquel, sobre el estado de salud de una persona y sobre las acciones asistenciales realizadas a aquella, por quienes se llevaron a cabo y en qué circunstancias.

Se describe este elemento en los informes médicos, no en los informes médico legales, en cuyo grupo se encontrarían los informes periciales, cuya finalidad no es la asistencial, como sucede con los informes médicos, elaborados en el curso de la asistencia sanitaria y que aun cuando puedan utilizarse en un proceso no es esta la finalidad para la que fueron emitidos, sino la puramente asistencial. La finalidad de los informes periciales se encuentra en el terreno probatorio o ilustrativo del criterio judicial.

- ✓ Elemento temporal: El informe clínico es, normalmente, anterior al proceso, el informe pericial suele ser emitido durante el transcurso del procedimiento judicial. La relación clínica es anterior al proceso, mientras que la del perito con el tribunal surge, precisamente, con motivo del proceso. Esta diferencia trae consigo que el autor del informe clínico puede comparecer como testigo – perito, pero no como perito, en sentido propio.

Queda perfectamente diferenciado, así, el informe clínico del informe pericial, por quién es su sujeto emisor, cuál es su contenido, por la finalidad que cada uno persigue y por el momento en el que cada uno tiene origen y cometidos.

El informe clínico no es un documento dirigido al juez, ni destinado en principio a aportar información al proceso, como hemos visto, aun cuando pueda ser de extrema utilidad en aquel como elemento probatorio.

Los informes clínicos tienen, pues, carácter de prueba documental ordinaria para su posible aportación al proceso, quedando sometidos al régimen de los soportes elaborados fuera o al margen del procedimiento judicial, susceptibles de contener información apta para la demostración de las alegaciones formuladas por las partes.

Es preciso apuntar ahora, sin perjuicio de mayores precisiones que haremos más adelante, que deben ser solicitados, como elementos probatorios, informes clínicos, no la Historia Clínica completa, en aquellos casos en los que los pronunciamientos del informe arrojen luz u ofrezcan solución al problema planteado, con esta aportación parcial de la documentación sanitaria. Bajo los principios de austeridad se evitan conflictos adicionales por información excesiva e incluso no pertinente.

2. VALOR PROCESAL DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO INSTRUMENTO PROBATORIO

2.1. POR QUÉ ES TAN VALIOSA EN ESTE ÁMBITO

La Historia Clínica es un documento médico con implicaciones jurídicas, o dicho de otra manera constituye un documento médico legal. Explicitada su naturaleza y sus utilidades interesa, ahora, destacar su valor jurídico probatorio.

Reúne condiciones que la hacen codiciable en este sentido: su carácter descriptivo en las anotaciones, aglutinador de las distintas atenciones recibidas y pruebas realizadas, así como su rigor científico y la presunción de veracidad de cuánto allí se contiene. Por si fuera poco está elaborada por los propios protagonistas de la historia. ¿Se puede pedir más a un medio probatorio?

Es el documento más adecuado para evidenciar una posible negligencia sanitaria, pero también constituye el mejor medio de defensa para que el médico pueda demostrar la inexactitud de las bases de la acusación contra él presentada, permitiendo, en su caso, desvirtuar los argumentos incriminatorios que se presenten en una denuncia o en una imputación contra el profesional de la Medicina. Es el documento más importante y la prueba capital que se puede aportar a un juicio de responsabilidad médica.

Su consideración como elemento probatorio se manifiesta en varios aspectos. Muestra la autenticidad de la relación asistencial misma (entre el paciente y el profesional sanitario o entre aquel y la institución asistencial, o entre el profesional y el centro asistencial) y evidencia, asimismo, la relación entre todas las partes mencionadas. La prueba no se ciñe sólo a la existencia y nacimiento de los mencionados vínculos, sino también al desenvolvimiento de la relación y a cuantos aspectos contiene la misma. Deberá contener todas las menciones de anamnesis, diagnóstico, pruebas realizadas y sus resultados, diagnóstico principal y diferenciales, así como las prescripciones realizadas, el pronóstico y las pautas de evolución del paciente. Una historia bien elaborada contendrá no sólo datos objetivos, sino también, aquellos criterios de opinión, estudio y valoración de los profesionales que han intervenido en la asistencia al paciente.

Cualquiera de las partes en un proceso quiere contar con la Historia Clínica, o una copia fidedigna de la misma, para estructurar y respaldar el arsenal probatorio que fundamentará su pretensión acusatoria o defensiva en el juicio oral. Cobra especial relevancia la Historia como elemento probatorio en aquellos casos en los que se ha operado la inversión de la carga de la prueba, es decir cuando este instrumento documental ha de ser utilizado por el profesional o el medio sanitario para encontrar elementos de apoyo a su exculpación.

2.2. SU VALOR COMO INSTRUMENTO PROBATORIO

La creciente judicialización de las actuaciones médicas, fundamentalmente en el campo de la responsabilidad sanitaria, han convertido a la Historia Clínica, ya la documentación clínica en general, en una fuente de prueba esencial en el proceso³

Las pruebas tienen como finalidad primordial general servir de fuente de conocimiento del hecho pasado que se investiga. En el plano estrictamente judicial han de posibilitar al juez acceder al conocimiento de aquello que se le plantea para su valoración jurídica y que desconoce, por ser un hecho pasado o una realidad ya ocurrida y respecto de la cual no ha tenido percepción directa alguna. La Historia Clínica tiene el carácter de *prueba preconstituída*, con la importancia y problemática que suscita esta naturaleza y que iremos viendo.

La fase probatoria, normalmente, es la más relevante del procedimiento. La prueba es considerada una garantía dentro de todo proceso. Es un derecho del que gozan las partes intervinientes, quienes pueden presentar y pedir los medios de prueba, válidos en Derecho, que se consideren pertinentes para la validación o consolidación de los hechos que se pretenden en un proceso.

El contenido de la Historia Clínica, como elemento probatorio, es el reflejo de la actividad asistencial y, lo que no consta en este acervo documental, se presume no realizado, aunque pueda ello desvirtuarse al demostrarse por otros medios probatorios. Así se ha declarado por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones desde hace largo tiempo, sirviendo como muestra la declaración contenida en la Sentencia de la Sala Primera del citado órgano de 5 de junio de 1998, con el siguiente tenor literal: *El error de la Audiencia ha sido estimar como intocable, como hechos probados, lo que se dice en la historia clínica sin apercebirse que tal historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico confrontado con los demás medios probatorios. No haciéndolo, o si se ha hecho no se manifiesta cómo lo ha sido, queda la historia clínica como verdad irrefutable, lo que no puede admitirse*⁴.

Otra sentencia posterior, del mismo Tribunal y Sala⁵, haciendo referencia a la que se acaba de comentar expone que: *El historial médico no hace fe por sí mismo de los datos que contiene, los cuales pueden ser contrastados con los demás medios probatorios, pues no tienen carácter intocable, como declara la STS de 5 de junio de 1998, ya que la historia no es más que el relato de un proceso médico que puede, o no, ser verídico y que debe ser confrontado con los demás medios probatorios incluso, a falta de norma específica, si se les reconoce el carácter de documentos administrativos como señala hoy el artículo 319.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

³ vid. GÓMEZ PIQUERAS, *La historia clínica. Aspectos conflictivos resueltos por la Agencia Española de Protección de Datos*, en *El derecho a la protección de datos en la historia clínica y en la receta electrónica*, AA.VV., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 145.

⁴ Dictada en el recurso de casación nº878/1994 interpuesto frente a la sentencia de apelación que revocó parcialmente la sentencia de instancia

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo I1ª de 14 de febrero de 2006, dictada en el recurso de casación nº2249/1999.

Este criterio de valoración de la Historia como prueba documental, a la par que su relativización junto a otros medios probatorios es objeto de exposición en reiterada jurisprudencia, como se recoge en la emitida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo el 27 de noviembre de 2012⁶ cuando expone que: *En reciente sentencia de 24 de enero de 2012 (recurso 1052/2009), reiterando la de 6 de abril de 2011 (recurso 186/2007) hemos expresado que “la prueba documental no tiene prevalencia sobre las demás y la veracidad intrínseca de un documento público puede ser desvirtuada por otro medio de prueba, especialmente si se trata de un documento del mismo carácter (sentencias de 10 de junio de 2003 (casación 285/99, FJ 4º C), 29 de setiembre de 2004 (casación 3641/00, FJ 5º A), y 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01, FJ 2º). Más en particular, en lo que se refiere a los documentos públicos y a los privados no impugnados, ha de precisarse que hacen prueba plena del hecho, acto o estado de las cosas que reflejan.*

En el mismo sentido se pronunció la Sala 1ª de lo Civil del TS⁷. La Historia Clínica no se configura como única prueba del proceso, cuestión aparte de su relevancia. Del mismo modo se señala en la STS de 5 de enero de 1998, diciendo que debe ser confrontada con los demás medios probatorios, ya sean testificales, documentales o de cualquier otra índole que se aporten al proceso.

El juzgador acudirá, para confirmar el relato contenido en la Historia o para ponerlo en contradicción a cualquiera de los instrumentos mencionados en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁸ como elementos probatorios: 1º Interrogatorio de las partes. / 2º Documentos públicos. / 3º Documentos privados. / 4º Dictamen de peritos. / 5º Reconocimiento judicial. / 6º Interrogatorio de testigos

A partir del documento que contiene la Historia Clínica, en los procesos por responsabilidad médica se practican otra serie de medios de prueba, de cualquier índole, como los que acabamos de mencionar. Este despliegue de actividad probatoria sería imposible, o al menos, muy difícil organizarlo e instrumentarlo si no se cuenta con la Historia Clínica como punto de partida. No olvidemos que montar la prueba y organizar la estrategia procesal, en base a ello, son las líneas maestras de cualquier proceso de responsabilidad sanitaria, sea de acusación o de defensa de quien ha intervenido como profesional en la asistencia.

Hay una precisión muy interesante que citar, para concluir este apartado acerca del valor de la Historia como elemento probatorio y que se contiene en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo⁹, cuando expone que: *Sobre la naturaleza y fuerza probatoria de la historia clínica en un proceso, podemos señalar que, aun cuando sea elaborada por médicos ligados a los servicios públicos de salud mediante una relación jurídica de naturaleza pública, no tiene un carácter asimilable al de los papeles o libros privados pero tampoco ostenta el carácter de documento público determinante de plenitud de prueba respecto de los extremos que dispone la Ley, pues, aunque quien la emita tenga la condición de funcionario, en ella se plasma la realización de actos médicos (...). Es decir, el historial médico no hace fe por sí mismo de los datos que contiene.*

⁶ Dictada en el recurso de casación nº5938/2011.

⁷ Auto 190/13 de 8 de enero.

⁸ Artículo 299.1 de la misma.

⁹ Dictada el 13 de julio de 2012 en recurso contencioso administrativo nº2742/2008).

En efecto la Historia Clínica, como conjunto documental y los informes que la integran no tienen la consideración jurídico-procesal de documento público, aunque hayan sido elaborados en el curso de la asistencia prestada en los servicios públicos del Sistema Nacional de Salud. Así se señala por el Tribunal Supremo.

Negada su fuerza probatoria como documento público, queda asignarle naturaleza de documento oficial o administrativo o de documento privado.

Podría parecer razonable asignar la categoría de documento oficial o administrativo a la Historia Clínica. Una suerte de *tertiumgenus* aparte de los documentos públicos o privados, que podría acoger documentos que no son estrictamente privados, pero tampoco son públicos, siendo su fuerza probatoria mayor que la de un documento privado, pero menor que la de un documento público. El antes citado alto Tribunal, sin embargo, además de negar la calificación de documento público a los elementos mencionados, les ha privado, de forma cuestionable, en alguna ocasión, incluso de su consideración como documentos oficiales o administrativos¹⁰

En el caso de la Historia Clínica, considerándola como documento oficial, su fuerza probatoria es la de una presunción *iuris tantum* es decir destructible por otra documentación que pudiera constituir medio de desvirtuación o contradicción de lo plasmado en la Historia. Su valor probatorio, pues, no alcanza al del documento público, pero supera al del documento privado, que no goza de la presunción de veracidad mencionada.

Hemos de precisar que las referencias que estamos haciendo se circunscriben a los documentos producidos en centros sanitarios públicos, pues los emitidos en el sector privado son documentos privados, sin otra posible consideración. Es de aplicación la precisión del artículo. 326 LEC en el sentido de que los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por las partes a quien perjudique. Si el documento resulta impugnado y de la impugnación resulta la autenticidad del mismo, hace prueba plena. Si de la impugnación no puede deducirse su autenticidad, se valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005 *Es evidente que un centro o establecimiento sanitario público no es un órgano de la Administración pública en sentido jurídico y, por tanto, los informes médicos que se emitan en el mismo ni siquiera pueden tener la consideración de documentos público administrativo. En definitiva, no estamos ante unos documentos fehacientes, porque no los expide un fedatario público. Tampoco estamos ante unos documentos que constituyan prueba tasada (expresión que obviamente hay que tomar en sentido de prueba legal y no en el sentido de prueba valorada según una pauta previamente establecida, cuyos antecedentes hay ejemplos en la historia de la procesalística). Por tanto, ni siquiera cabe decir que estamos ante una prueba hipervaluada por el legislador (de la que sigue habiendo todavía algunos casos en nuestro derecho) que goce de mayor eficacia probatoria que las demás (en el bien entendido que la hipervaloración de una prueba determinada no implica limitación del principio de apreciación conjunta de la prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica).*

2.3. CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA APORTACIÓN DOCUMENTAL DE LA HISTORIA COMO PRUEBA

2.3.1. En procedimientos de diligencias preliminares de juicio.

Este momento procesal tiene como finalidad esencial y específica el obtener la necesaria y adecuada información sobre determinadas cuestiones al objeto del correcto planteamiento de un proceso ulterior.

La antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 mostraba una palmaria falta de medios para dotar de efectividad a las diligencias preliminares, lo que había conducido a su infrutilización. A partir de la vigencia de la actual Ley de Enjuiciamiento se ha apostado por esta medida previa, sentando las bases para que las diligencias preliminares cumplan la función a la que están llamadas: la preparación del proceso.

En la redacción original del artículo 256 de la LEC no aparecía el término “Historia Clínica” a pesar de que este documento podía solicitarse mediante un procedimiento de diligencias preliminares a interponerse judicialmente. En la reforma operada en esta norma, en junio de 2006, se introdujo un párrafo específico (1.5 bis) que recogía la mención: *Todo juicio podrá prepararse... por la petición de la historia clínica al Centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley.*

2.3.2. En la fase de diligencias previas o durante la instrucción del sumario en un proceso penal.

Su aportación es, a veces, graciable para el medio sanitario, pudiendo ser sustituido el envío de la Historia por un informe clínico expresivo de aquellos aspectos que se desean aclarar, como cuando se solicita para la instrucción del forense. En otras ocasiones la aportación de este instrumento documental es preceptiva, como cuando constituye el propio cuerpo del delito o contiene extremos de detalle de la comisión de un acto delictivo.

Podemos concluir este apartado afirmando que la configuración del secreto médico en nuestro vigente ordenamiento jurídico tendría un carácter relativo, existiendo casos en los que está expresamente prevista la posibilidad (obligación en ciertos supuestos) de compartir la información contenida en la Historia Clínica. Esta posición supone que, si bien la regla general es la preservación de los datos médico-clínicos generados en el curso de la relación asistencial sanitaria, excepcionalmente se permite la aportación de dicha información al proceso, en unos casos debido a un deber legal expreso, en otros mediando la autorización expresa del paciente o, finalmente, cuando la autoridad judicial, ponderando los intereses en conflicto, acuerde motivadamente la necesidad de incorporar documentación clínica al proceso. En este último caso la aportación procederá, aun con la oposición del paciente al que la información se refiere o la del personal responsable de la custodia de la información clínica requerida.

2.4. QUIÉN APORTA LA HISTORIA CLÍNICA, COMO PRUEBA, AL PROCESO

Con carácter general la aportación al proceso de informes clínicos, o de la propia Historia Clínica, puede producirse fundamentalmente por tres vías: de oficio (por el juez); a instancia de la parte que no los posee pero que los considera necesarios y solicita su incorporación al proceso y, finalmente, mediante aportación de la representación legal del paciente, que, pudiendo disponer de dicha documentación y considerándola favorable a sus intereses la incorpora al proceso. Veamos cada caso.

2.4.1. Aportación de oficio, por decisión judicial

El juez está facultado para ordenar la aportación al proceso de cualquier fuente de prueba y para acordar la práctica de los medios de prueba que considere pertinentes para la correcta solución del conflicto planteado, estando obligados los destinatarios de dicha petición a facilitar la documentación, en cumplimiento de la normativa procesal y extraprocesal vigente.

En el proceso penal los informes se pueden solicitar por varias razones: a) por constituir el cuerpo del delito, b) por suponer ilustración acerca de los hechos de la asistencia recogidos o c) para valorar la capacidad del encausado.

Existe el citado deber de colaboración con la Justicia, junto con el de proteger la intimidad del paciente. Acerca de la ordenación de la coexistencia y cumplimiento de ambos deberes haremos, por su importancia, tratamiento específico de esta relevante temática.

2.4.2. Aportación a petición de parte

La motivación de esta petición es, evidentemente, la de mostrar la licitud de sus pretensiones y obtener la prueba que avale la razón de sus pedimentos.

Se entiende necesario que la petición judicial venga debidamente motivada y concrete los documentos de la Historia Clínica que sea preciso conocer para su actuación e investigación (en aquellos casos en los que el objeto probatorio esté constituido por la documentación clínica) procediéndose por el Centro al envío de una copia de los mismos o a facilitar el acceso dentro del propio Centro. En palabras de Sarrato Martínez. En esencia, se trata de garantizar el principio de “*intervención mínima*”, aplicado en este caso al contenido de la información clínica que sea “estrictamente necesario” facilitar a terceros para el cumplimiento de finalidades judiciales.

El juez valorará la adecuación de esta petición y los derechos en juego que condiciona, en su caso, la estimación de la misma, cuando el dictamen sea útil y pertinente, y precise el acceso a la Historia Clínica de una de las partes, deberá ser facilitado judicialmente dicho acceso, Se hará incluso contra la oposición del titular de la información, si bien garantizando debidamente el secreto de dichos datos y la limitación del acceso a la

información clínica indispensable en ejecución de los principios de austeridad e intervención mínima legalmente garantizados.

No puede olvidarse destacar la importancia de esta aportación y el uso de estos documentos a efectos probatorios, de modo que una denegación injustificada o errónea de una prueba de documentación clínica (propuesta en tiempo y forma, pertinente y útil) podría ser alegada como motivadora de indefensión y motivar el acceso a un recurso de casación por quebrantamiento de formas o de amparo por indefensión y vulneración el artículo 24 de la Constitución española, garante del principio de tutela judicial efectiva¹¹.

2.4.3. Aportación por el propio paciente de su Historia Clínica

Es incuestionable la capacidad del paciente al acceso a su propia documentación clínica (con las limitaciones legales, mencionadas en la LBAP, de los datos de tercero y las anotaciones subjetivas), como también lo es la posibilidad de solicitar, en tiempo y forma, con las mismas limitaciones, la aportación procesal de la Historia Clínica.

En aquellos casos en los que la documentación clínica se refiera a menores o incapaces, habrá de utilizarse la vía de la representación legal, igual que en otros supuestos ordinarios de sustitución o suplemento de la voluntad de estas personas.

2.5. QUÉ SUCEDE CUANDO FALTA LA HISTORIA O ES DEFECTUOSA LA QUE SE APORTA AL PROCESO

En aquellos casos en los que la historia no existe, o está confeccionada defectuosamente, se genera responsabilidad hacia el centro sanitario depositario de la misma. La excesiva demora o las dificultades puestas al tribunal para el acceso a la documentación clínica funcionan siempre en contra del centro sanitario. Es inevitable que estas situaciones sean consideradas como graves inconvenientes para obtener un proceso claro y sin dilaciones en sede judicial. Vamos a ver la relevancia de este asunto.

Bajo el principio general de que quien afirma es quien debe probar, la actividad probatoria corresponde, con carácter general, a la acusación. Se conoce como prueba directa aquella que tiene por objeto destruir la presunción de inocencia, de buen hacer, en otro orden de cosas, de la parte demandada. Sin embargo cuando el medio sanitario demandado o el profesional no ponen a disposición del Tribunal la documentación clínica,

¹¹ En este sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2000: *La historia clínica completa del recurrente era sin duda pertinente, dado que tiene referencias a aspectos, tales como las curas de desintoxicación y duración de la adicción, que son relevantes para establecer los presupuestos de la eventual aplicación del art. 21.1 y 2 CP. Como es sabido la jurisprudencia de esta Sala otorga significación, a los efectos de establecer la capacidad de culpabilidad o su disminución, a la larga duración de la dependencia de drogas que causan grave daño a la salud. Consecuentemente, el recurrente ha sido privado del derecho a valerse de pruebas pertinentes que le garantiza el art. 24.2 CE y por tal razón la sentencia incurre en el quebrantamiento de forma que prevé el art. 850.1 LECrim.*

se produce una inversión de la carga de la prueba. Son entonces aquellos sujetos mencionados a quienes les corresponde aportar al proceso todos aquellos medios probatorios que le permitan acreditar la ausencia de responsabilidad en la producción del daño.

El Tribunal Supremo condenó a un profesional sanitario por carecer de Historia Clínica del paciente. En la resolución judicial se afirma que: *no sólo es mucho más dificultosa la prueba, sino que evidencia una falta de, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario*. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha condenó al Servicio de Salud Público a indemnizar con 40.000 euros a los demandantes por la omisión de un médico de primaria de recoger en la Historia Clínica los síntomas con los que acudió el paciente al centro sanitario. Este hecho constituye, en apreciación del Tribunal, una clara negligencia sanitaria, invirtiéndose la carga de la prueba y trasladándose a la Administración la obligación de probar los hechos. El fallo de la sentencia hace una interesantísima apreciación, destacando que la condena no es por la existencia de una mala práctica médica, que estrictamente no quedó probada, sino por la pérdida de una oportunidad de tratamiento.

En alguna ocasión el análisis judicial de la situación, lo que detecta es ausencia de este medio probatorio o incluso su manipulación, aspectos particularmente graves. Así en el caso analizado por la Audiencia Provincial de Baleares, en sentencia de 31 de julio de 2012, se pudo constatar que no había intención de entregar la Historia Clínica a los interesados por parte, en este caso, de una clínica privada. El informe pericial refleja que se manipuló la Historia Clínica, que la parte demandada no actuó de forma correcta en la confección del expediente médico y en el correspondiente control y posterior entrega de la información. Fue tal la manipulación que se llevó a cabo en el conjunto documental de la Historia Clínica que fue modificada, e incluso había desaparecido parte de ella.

Este tipo de conducta tiene, como es evidente, consecuencias penales. La Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 4ª, en su Sentencia de 7 de enero de 2009, determinó que por estar la Historia Clínica incompleta, el médico es condenado a 1 año de prisión, 3 años de inhabilitación para el ejercicio profesional, y a pagar a los herederos de la fallecida la cantidad de 200.000 euros. En este caso, el acusado no cumplimentó la Historia Clínica del modo reglamentario, no efectuó diagnóstico alguno, no solicitó pruebas ante síntoma claro, lo que le llevo a su pasividad, inactividad, omisión, negligencia, a no proporcionar a la paciente el tratamiento adecuado a su caso concreto.

Como afirma Aurelio Luna Maldonado¹² un hecho que ocurre en todos los Servicios de Documentación Clínica es la pérdida de alguna Historia Clínica. Se admite como normal una tasa de pérdida de historias clínicas en torno al 0,5 por mil. Intentar evitar al 100% la pérdida de la Historia Clínica supone una misión imposible, pero puede corregirse parcialmente con un sistema de control de flujo de documentos lo más estricto posible y, en su caso, determinar a quién habría que exigir responsabilidades. No sería de aplicación, afirma este autor, la consideración de infidelidad en la custodia de documentos, en el caso de la pérdida fortuita, pero en el supuesto de un incumplimiento de las normas de manejo

¹²PROBLEMAS MÉDICO LEGALES DEL MANEJO DE LA HISTORIA CLÍNICA. Aurelio Luna Maldonado. Universidad de Murcia, E-30100. Facultad de Medicina. España.

de la información, según el Reglamento de uso de la Historia Clínica que debe tener elaborado cada Servicio de Documentación clínica, o de una negligencia en su custodia, podría incurrir en una falta de imprudencia contemplada en el actual Código Penal.

La falta de custodia de la documentación clínica ha sido considerada como responsabilidad civil¹³. La custodia y conservación de la información contenida en la Historia Clínica, según las conclusiones del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, Ministerio de Sanidad y Consumo (1997), debe asegurarse durante el tiempo necesario para alcanzar el propósito que justificó su recogida y en cualquier caso, la conservación debe orientarse a preservar la información clínica y no necesariamente el soporte original.

2.6. ACCESO PROCESAL A LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN LA HISTORIA CLÍNICA

Es evidente que los datos sanitarios contenidos en la Historia Clínica tienen el carácter de información sensible y objeto de especial protección por la normativa administrativa general (LOPD) y por la sectorial sanitaria (LBAP).

El principio general, contenido en el artículo 11 de la norma citada en primer lugar exige el consentimiento del interesado al que se refieren los datos para poder proceder a la cesión de los mismos a un tercero. La comunicación, a los procesos judiciales, de la información contenida en la Historia tiene el carácter legal de cesión en materia de protección de datos personales, en el sentido recogido en el citado artículo. Sin embargo, este precepto en su artículo apartado 2 d) declara no precisar del consentimiento del interesado en aquellos casos en los que la información a ceder tenga como destinatarios el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas.

Esta excepción para ser aplicada precisa de una garantía. Se entiende necesario que la petición judicial venga motivada y concrete los documentos de la Historia Clínica que sea preciso conocer para su actuación e investigación, procediéndose por el medio sanitario en el que se encuentre la Historia al envío de una copia de los mismos o a facilitar el acceso dentro del propio Centro. Cautelas todas ellas necesarias, como vamos a ver seguidamente.

3. CONFLICTOS DE DERECHOS PROTEGIDOS QUE PUEDEN SURGIR AL ACCEDER A LA HISTORIA CLINICA PARA UTILIZARLA COMO PRUEBA.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997.

3.1. ENTRE CUMPLIR LA OBLIGACIÓN DE COLABORAR CON LA JUSTICIA Y LA DE PROTEGER LA INTIMIDAD DEL PACIENTE

La Administración de Justicia puede solicitar la aportación de la documentación clínica en supuestos concretos, en aplicación del criterio contenido en la Exposición de Motivos de la LEC: *El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad.* Es de aplicación, asimismo, el antes mencionado artículo 256.1 LEC.

Siendo evidente esta posibilidad procesal, la primera cuestión que se plantea, siempre que se trata el tema de la Historia como prueba, en el ámbito judicial, es la de si la petición de aquella por el órgano de esta naturaleza, tiene carácter absoluto, es decir si se ha de proceder a su entrega inmediata e incondicionada, en cumplimiento del inexcusable deber de colaboración con la Justicia y haciendo abstracción de deberes de otra índole, o si es posible y conveniente poner en juego algunas cautelas previas a la entrega solicitada.

Comenzaré anticipando la respuesta, en el sentido de que no hay tal potestad judicial incondicionada (con las matizaciones que más adelante se citarán) y ello se explica de la siguiente forma: Es frecuente, en la vivencia de los profesionales y en la aplicación a ella del Derecho Sanitario, que aparezcan, con carácter general, dos bienes jurídicos protegibles o dos obligaciones coincidentes y sobre lo que hay que determinar, si es posible la coexistencia de ambos (y determinar el modo en que esto suceda), o si debe prevalecer uno sobre el otro, cual y por qué. En este caso de solicitud de la Historia Clínica aparecen en liza, por un lado, la obligación, antes mencionada, de colaborar con la Justicia y, por otra parte, la obligación de confidencialidad que se le debe al paciente, respecto de la información contenida en la Historia Clínica.

Las personas y entidades están obligadas a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales y en este sentido lo expresan la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y la LOPD. Sin embargo es preciso tener en cuenta que sobre el médico y el centro sanitario pesa, también, el deber de confidencialidad, contenido en la LBAP y en la LOPD, y que ante una petición inconcreta de la autoridad judicial, deberá oponerse la petición de aclaración del motivo y alcance de la información requerida, pues de no producirse esta necesaria puntualización se podría incurrir, por el centro sanitario depositario de la Historia, en vulneraciones en la intimidad personal del titular de la documentación solicitada. Los datos de salud a facilitar han de someterse a los principios de cautela de la normativa de protección de datos personales, en el sentido de que los que se aporten deberán ser “adecuados, pertinentes y no excesivos”. Sobre este último término giran las apreciaciones que estamos haciendo.

La LBAP da acogida al 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 ha sido expresado con anterioridad, establece que el acceso judicial debe de limitarse a los fines precisados en cada caso concreto.

Una petición de un tribunal civil, concretada en la Historia Clínica de un herido en accidente de tráfico, para dilucidar las responsabilidades económicas de dicho siniestro, debe tener (en principio) como respuesta el envío de la Historia desde la fecha del ingreso hospitalario motivado por el accidente, pero nunca tal historia completa, pues podría contener datos innecesarios y quebrantar la obligación de confidencialidad del centro sanitario hacia su paciente. Imagínense episodios sanitarios, de su pasado, que el paciente no quiere que se conozcan (un aborto, una enfermedad de transmisión sexual, un trastorno psiquiátrico, por ejemplo).

Este criterio general de protección de la intimidad del paciente debe ser objeto, en su caso, de apreciaciones concretas y admitir salvedades, como acertadamente arguye Juan Calixto Galán Cáceres (Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Badajoz y eminente jurista en Derecho Sanitario) cuando afirma¹⁴ que: *pueden existir extremos clínicos en la Historia Clínica anterior del paciente, que se hayan visto influidos como consecuencia del accidente ocurrido y en tal sentido interesaran a la autoridad judicial y a las partes, a los efectos de su oportuna valoración jurídica, evaluando lo antes y lo después del accidente a efectos médico legales que procedan.*

No hay que olvidar, por otra parte, que la aportación de la Historia Clínica como prueba suele ser motivada por petición de parte, a la que el juez puede responder afirmativamente y que no se sabe en dónde puede acabar este cuerpo documental.

Esta relativización es aplicable al conjunto de los órdenes jurisdiccionales (civil, contencioso y social, pero no al penal, a donde debe ser remitida, sin dilación, la Historia solicitada, tanto en caso de que el inculcado sea el profesional, como si lo es el paciente titular de la Historia. Si el inculcado es el médico, y la historia se refiere, precisamente, al paciente perjudicado, la solución tiene cierta complejidad. Se arguye, algunas veces, como criterio impeditivo de la entrega de la historia el derecho del médico a no declarar contra sí mismo y la no obligatoriedad, tampoco, del centro sanitario, en cuanto mero depositario de aquella. No podemos estar de acuerdo con estos planteamientos, pues entendemos prioritario el derecho del paciente perjudicado a la tutela judicial efectiva, que conlleva la utilización de los medios de prueba pertinentes, entre los que destaca, evidentemente, la Historia Clínica, que, no hay que olvidar que, interpretada objetiva y cabalmente, puede servir tanto para inculpar como para exculpar al facultativo, en razón a las acciones y omisiones de aquél reflejadas en la historia.

Se plantea, también, la cuestión de que el órgano judicial, a veces, además de pedir la Historia completa, la pide en su formato original. Rigen aquí las mismas matizaciones ya expresadas con anterioridad, respecto a la entrega sin paliativos al orden jurisdiccional penal y la conducta de atenuación de este rigor en los otros órdenes, procurando satisfacer la pretensión del tribunal con fotocopia (de la parte afectada de la Historia), opción legalmente posible, como es sabido, quedando el original en el centro sanitario.

¹⁴MEDICINA Y RESPONSABILIDAD LEGAL. MEDICINA Y DERECHO, DOS MUNDOS EN CONVERGENCIA. Badajoz, abril 2014.

3.2. CONFLICTO DE BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

Pueden entrar en contraposición dos bienes jurídicos protegidos y por ello dos intereses diferentes, como se ha expresado con anterioridad: proteger la intimidad del paciente y servir a los intereses generales de la Justicia.

La protección legal de ambos intereses se contiene en los preceptos que seguidamente se señalan, en el espacio normativo general, no haciéndose mención del ámbito deontológico de los Códigos profesionales de quienes intervienen en la atención sanitaria a usuarios y pacientes.

3.2.1 Deber de confidencialidad y secreto profesional que protege la información del paciente

- Constitución Española: Artículo 18 1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
- Ley 15/1999 de Protección de Datos: Artículo 7.3 Artículo 10: *El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.*
- La Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente: Artículo 7: *1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. 2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior*

Artículo 14.2. *Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información...*

3.2.2. Obligación de colaborar con los Jueces y Tribunales de Justicia

- Constitución Española: Artículo 118: *Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.*
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: Artículo 17 1. *Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.*
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882: *Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a*

denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.

Es obvia la obligación de confidencialidad que recae sobre el medio sanitario en el que se encuentra la Historia Clínica y que tiene por objeto la protección de la intimidad del paciente en relación con cuanta información sobre su salud se contiene en el mencionado documento. No es menos obvio, por otra parte, que siendo la Historia el relato completo y complejo de cuanto ha sucedido en la relación asistencial y conteniendo el detalle de las conductas de los profesionales, pueden, éstos, necesitar de dicho relato cuando convenga a su defensa. Este derecho, conectado con la tutela judicial efectiva, no olvidemos que tiene el mismo rango de reconocimiento constitucional que el de intimidad.

3.3 OTROS POSIBLES CONFLICTOS: EL DERECHO DEL PROFESIONAL A DEFENDERSE Y EL DEL PACIENTE A SU INTIMIDAD

Es incuestionable el derecho de acceso del paciente a su propia Historia, como ejercicio de un reconocimiento constitucional y por consiguiente inalienable y objeto de amplio desarrollo normativo. No hay óbice, tampoco, al acceso a este documento por parte de los órganos encartados en el proceso judicial, bajo la normativa antes mencionada. Hay que hacer matizaciones, sin embargo, cuando quien necesita acceder a la Historia es el profesional, a efectos de instrumentar su defensa como acusado.

Es preciso establecer un equilibrio entre ambos derechos (del paciente y del profesional) que permita respetar la libertad y la dignidad de los pacientes tanto como el derecho a la defensa e igualdad del profesional de la salud implicado. Como instrumento para lograr este equilibrio se sugiere la aplicación del llamado “*Test de proporcionalidad*”¹⁵, instrumento que se compone de tres conceptos parciales:

1. La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido.
2. La necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios).
3. La proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes. Igualmente no puede olvidarse el criterio de la razonabilidad que opera en los conflictos de intereses constitucionales, entendiéndose por razonabilidad el criterio de conveniencia de una determinada acción en las circunstancias especiales que condiciona una conducta.

¹⁵EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA EN EL PROCESO ACUSATORIO. Isabel Escobar Bustamante y Harold Mauricio Hernández Beltrán

Con la adecuada aplicación de las cautelas expresadas cabe considerar la posibilidad de levantar la reserva de la Historia Clínica a efectos de garantizar el ejercicio legítimo del derecho de defensa. Esta consideración permite que se revise la obligación de reserva de la Historia Clínica y la determinación de las personas respecto de las cuales puede levantarse por considerar que ambos derechos mencionados merecen ser objeto de protección procesal.

No debemos olvidar la obligación legal general de preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínicoasistencial, de manera que quede garantizado el anonimato de la persona a quien se refiere la información, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no disociarlos. Se exceptúan, de estos planteamientos generales, aquellos supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente.

4. LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

4.1. ¿PUEDE INVOCAR EL PROFESIONAL SANITARIO SU DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO?

Se puede plantear esta cuestión cuando el profesional o el centro sanitario demandado son quienes tienen a su disposición la documentación clínica que puede contener datos inculpatórios a utilizar por el demandante en el proceso para el que ha solicitado, precisamente, la Historia como prueba documental.

La aportación de la Historia Clínica no parece que pueda considerarse equivalente a una confesión de culpabilidad, habiendo sido elaborada con anterioridad a la iniciación de las diligencias criminales en contra del facultativo¹⁶. No puede olvidarse, sin embargo, que el carácter de la Historia Clínica, como documento de detalle pormenorizado de las personas que han intervenido, de las actuaciones realizadas y de los criterios aplicados puede servir, según los casos, en apoyo para la defensa o para la acusación.

En un proceso de índole penal es incuestionable la obligación de aportar sin demora el conjunto documental de la Historia Clínica, particularmente cuando ésta constituye el propio cuerpo del delito, como en los casos de falsificación documental, en aplicación del artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *Si por tratarse de un delito de falsificación cometida en documentos o efectos existentes en dependencias del Estado, hubiere imprescindible necesidad*

¹⁶ RODA GARCÍA, L. y GALÁN CORTÉS, J.C.: *Las historias clínicas y su incorporación a los expedientes judiciales*. Revista Actualidad del Derecho Sanitario, número 33/1997.

de tenerlos a la vista para su reconocimiento pericial y examen por parte del Juez o Tribunal, se reclamarán a las correspondientes Autoridades, sin perjuicio de devolverlos a los respectivos Centros oficiales, después de terminada la causa.

4.2 PROTECCIÓN PENAL DE LA INFORMACIÓN SANITARIA DE LOS PACIENTES.

Hemos visto aquellos casos en los que la Historia es el cuerpo documental cuyo examen es el objeto de la prueba, por su carácter ilustrativo de la asistencia prestada, pero hay ocasiones en las que el delito, de existir, no se evidencia en el contenido de la Historia, sino que la acción ilícita es, meramente, el acceso indebido a la Historia Clínica. Son aquellos casos en los que la conducta antijurídica está constituida por un acceso no autorizado.

Se trata de los supuestos a los que aluden los artículos 197 y siguientes del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (CP). En concreto el 197 bis 1 recoge que: *El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.*

Esta conducta encuentra particular acomodo agravatorio en el caso de acceso indebido a una Historia Clínica, por la índole de la información que contiene (datos de salud) y por la condición de la persona que lo hace, un profesional sanitario. Es de destacar que cuando este sujeto desempeña un puesto de trabajo en la sanidad pública, tiene, a efectos penales, como es sabido, la condición de funcionario y las sanciones pueden llevar aparejada, aparte de la privación de libertad, inhabilitación profesional de hasta 12 años, sanción que, en sus grados superiores, arrastra la pérdida del puesto de trabajo en la sanidad pública. El texto del artículo 198 es explícito: *La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.*

Es de destacar que estos delitos son perseguibles a instancia de parte, si bien tienen naturaleza pública cuando el escenario es la sanidad pública, como recoge el artículo 201:

1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

No podemos omitir estas menciones, por su relevancia, aun cuando no aluden a la Historia Clínica como prueba y para concluir haremos somera mención a dos asuntos, objeto de sentencia, que muestran la dureza del tratamiento penal del acceso indebido a datos de salud de las personas.

Un investigador privado se hacía pasar por médico para obtener, telefónicamente, de profesionales sanitarios a quienes se dirigía, datos confidenciales de pacientes. Esta

información, referida en algunos casos a menores, la vendía a otros investigadores privados, para hacerla llegar finalmente a aseguradoras con intereses económicos en su obtención. El acusado ofrecía este servicio por entre 200 y 400 euros por cada historial accedido. Se le acusó de 23 delitos contra la intimidad de las personas y la petición del Ministerio Fiscal fue de 108 años de prisión.

En otras ocasiones el acceso indebido lo protagoniza un profesional sanitario, como sucedió en el caso juzgado respecto de un médico que trabajaba en determinada zona básica de salud de Palmade Mallorca. Accedió a historias clínicas de pacientes de algunos compañeros sin mediar autorización de ellos ni relación asistencial con dichos pacientes. Utilizó en 25 ocasiones su condición de profesional de la sanidad pública y clave personal de acceso con el fin de conocer información relevante en salud de aquellas personas. Se consideró acción delictiva el simple acceso y conocimiento de la información protegida, sin título jurídico suficiente. Le fue impuesta pena de prisión e inhabilitación profesional. La clave jurídica de la condena es que, aun cuando por su condición profesional podía tener acceso a los archivos clínicos, carecía de derecho en esas concretas ocasiones al faltarle el principio de vinculación. Es decir no tenía relación profesional con esos pacientes concretos. No estaban “vinculados” con él.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR – GUEVARA, R. *Tratado de derecho médico*. Caracas: Legis, 2001.
- ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto L., “Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial”, LA LEY, 1989-B, 764.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ J.M. *El nuevo Código Penal y su repercusión en el secreto y la historia Clínica. El secreto y el nuevo Código Penal*. III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid.
- ANGEL YAGÜEZ R. *Problemas Legales de la Historia Clínica en el marco hospitalario en Los Derechos del Enfermo* Conserjería de Sanidad y Consumo, 1987 Murcia.
- APONTE, A. *Manual para el juez de control de garantías*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2004
- AYERRA LAZCANO, J.M.: *Regulación general de la historia clínica*, Revista Derecho y Salud. vol. 11, núm. 1, 2003
- BATISTA MIRANDA JE, CONTRERAS GARCÍA C. *El secreto profesional y la prensa*. MedClin Barcelona 1988.
- BEAUCHAMP, Tom L y CHILDRESS, James F.; *Principios de Ética Biomédica*. Barcelona. Masson. 1999
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., en *Derecho Sanitario de Navarra*. Colección Pro Libertate. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005
- BLAS ORBÁN, C. *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*. Barcelona. J.M. Bosch, 2.003
- CÁMERA J. *Aspectos Médico-Legales vinculados con la Historia Clínica*. Revista Argentina de residentes de cirugía. Volumen 3- n°1, 1998.
- CANTERO RIVAS R. *La historia clínica: de documento médico a documento médico-legal*. Todo Hospital. Derecho Sanitario N° 142. Diciembre 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Oxford University Press, México 2003. D.F
- CHACÓN PINZÓN, A. J. *Fundamentos de responsabilidad médica*. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- CRIADO DEL RÍO, M. T. *Aspectos médico legales de la Historia Clínica*. Ed. Colex, Madrid, 1999.

- CURIEL J, ESTÉVEZ J. *Manual para la Gestión Sanitaria y de la Historia Clínica Hospitalaria. Aspectos médico legales de la historia clínica*. Madrid. Editores Médicos S.A. 2000.
- CURIEL HERRERO. *La historia clínica, su almacenamiento y custodia en los hospitales*. Todo hospital N° 133. Enero-Febrero 1997.
- DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ *El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica*. Editorial Aranzadi, Pamplona 1996,
- *DOCUMENTO FINAL DEL GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid Noviembre (1997).
- FERNÁNDEZ ACEBO, M.D. *La tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano: una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación*. Universidad de la Coruña 2013.
- FERNANDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Editorial. Civitas, Madrid, 1988.
- FLORES PRADA, I. *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico procesal de los informes clínicos*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 15-17 (2013).
- FUSTER R. “et all. *Confidencialidad y Propiedad de la Historia Clínica*. Revista Todo Hospital N° 86. Mayo 1992.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, T. *Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales*. Madrid: la ley, 1999.
- GARCÍA VALENCIA, J. I. *Aproximación al sistema penal acusatorio*. Bogotá: Gustavo Ibáñez 2003.
- GAY MONTALVO E. *Aspectos Jurídicos. El derecho a la salud y la Documentación Clínica del enfermo*. Revista Todo Hospital N° 42. Diciembre 1987.
- GIL MEMBRADO, *La historia clínica. Deberes del responsable del tratamiento y derechos del paciente*. Comares, Granada, 2010
- GISBERT CALABUIG, J.A. et al.: *Medicina Legal y Toxicología* , 5.^a ed., Mas-Son, Barcelona, 1998.
- GÓMEZ PIQUERAS, *La historia clínica. Aspectos conflictivos resueltos por la Agencia Española de Protección de Datos», en El derecho a la protección de datos en la historia clínica y en la receta electrónica*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- GÓMEZ RIVERO, *La protección penal de los datos sanitarios*, Comares. Granada, 2007;

- GUERRERO ZAPLANA, J.: *Los derechos a la intimidad y a la protección de datos de los pacientes a los eventos adversos. (ponencia), XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario.*, Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ BARRENENGOA/MONJE BALMASEDA, *La diligencia preliminar de petición de la historia clínica, en Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina,* (ANDROHER/MONTALVO dirs.), Thomson Aranzadi, Madrid, 2009;
- HEITZMANN, *El secreto médico: actitud y toma de decisiones en la práctica clínica,* Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- JARAMILLO DÍAZ, J. G. *Proyecto de sistema procesal penal tipo acusatorio. Medellín: librería Jurídica Sánchez,* 2004.
- JIMENEZ, D. *Historia Clínica. Aspectos Éticos y Legales.* Rev. Calidad asistencial 2001; 16
- LAÍN ENTRALGO P. *La historia clínica. Historia y teoría del relato patográfico,* Tricastela, Madrid, 1998;
- LARIOS RISCO, D., en *Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias.* Lex Nova, Valladolid, 2007.
- LEÓN SANZ, P.: *La implantación de los derechos del paciente.* Eunsa, Pamplona, 2004.
- LORDA P.S Y CONCHEIRO CARRO L. *El Consentimiento Informado: teoría y práctica.* Medicina Clínica (Barcelona). Volumen 100. Número 7. 1993
- LUNA MALDONADO A. y OSUNA CARRILLO, E.: *Problemas procesales de la utilización de la historia clínica.* Medicina Clínica núm. 87, Barcelona, 1986.
- LUNA MALDONADO A. *Problemas Médico-Legales del manejo de la Historia Clínica.* Revista. Latinoamericana. Derecho. Médico. Medicina. Legal. 39-47, Jun. 2000.
- MANTECA VALDELANDE, V.: *Derechos del paciente: evolución y regulación normativa.* Revista vasca de Administración pública. Número 68 – 2004.
- MARÍN PÉREZ, A.: *Recomendación 2/2004 de la APDCM sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas.* Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid número 11 – 2004.
- MARTÍNEZ CABRERA, M.B. *Aspectos Médico Legales de la Historia Clínica.* FESITESS ANDALUCÍA. Málaga 2011.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derecho Médico.* Tomo I, Ed. Colex, Madrid, 2001.

- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: *La responsabilidad civil profesional*. Ed. Colex, Madrid, 1996.
- MOLINA ARRUBLA, C. M. *El secreto profesional en el derecho penal colombiano*. Bogotá: Leyer, 1998.
- MOSQUERA MORENO, L. A. *Introducción al proceso penal acusatorio*. Medellín, 2003.
- MUERZA ESPARZA, J.: *La Reforma Procesal Civil de junio de 2006*. en Actualidad Jurídica Aranzadi , núm. 721, 2007.
- OROZCO PARDO, G.: *Problemática jurídica de la información sanitaria. La historia clínica*. Cuadernos de Bioética XVII – 2016.
- PERELLO DOMENECH, I.: *El Principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional.*, en Jueces para la Democracia, nº 28, 1997, España.
- RAMALLO MACHÍN, A. C.: *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*. Universidad de La Coruña, 2015
- RAMÍREZ GÓMEZ, J. F. *La prueba documental. 5 ed. Medellín: señal editora, 1.994.*
- REQUEJO NAVEROS, M. T.: *El secreto profesional del médico y su protección jurídico-penal. Una perspectiva histórica*. Revista de ciencias jurídicas y sociales, nº 6, 2007, España
- RODA GARCÍA, L. y GALÁN CORTÉS, J.C.: *Las historias clínicas y su incorporación a los expedientes judiciales*. Actualidad del Derecho Sanitario núm. 33, 1997.
- ROMEO CASABONA, C. y CASTELLANO ARROYO, M.: *La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica*, Revista Derecho y Salud. volumen 1, núm. 1, julio-diciembre de 1993.
- ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*. Ed. Colex, Madrid, 1987.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia “*Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios*” Editorial Tecnos, Madrid 1998.
- SARRATO MARTÍNEZ, L. *El régimen legal de acceso a la Historia Clínica y sus garantías*. REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. ENERO 2009
- SARRATO MARTÍNEZ, L.: *Delimitación jurídica y contenido de la denominada «lexartis» médica*. Actualidad jurídica Aranzadi. Número 728 - 2007
- SISO MARTÍN, J. *Historia Clínica. Su significado en la asistencia sanitaria*. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. Madrid, marzo 2013.

- SISO MARTÍN, J. *Las variables jurídicas del ejercicio de la Medicina*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2008.
- SISO MARTÍN, J. *Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica. Un apunte jurídico dirigido a profesionales sanitarios*. Escuela Andaluza de Salud Pública. Granada 2003.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil – hacia un alivio de la carga probatoria-*. La Ley 199

