

ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA HISTORIA CLÍNICA

Por Ricardo de Ángel Yágüez *

SUMARIO

I. Objetivo de esta ponencia. II. Concepto y contenido de la historia clínica. III. La propiedad y el uso de la historia clínica. IV. El acceso del paciente a su historia clínica. V. El secreto sobre la historia clínica y sus límites. La divulgación ilegítima de la historia clínica. VI. Ausencia de historia clínica o irregularidades en su confección. El uso de la historia clínica como elemento de prueba de la diligencia o de la culpa del médico (o del centro sanitario). Jurisprudencia. VII. El deber de conservación de la historia clínica y su límite temporal.

I. Objetivo de esta ponencia

En este trabajo voy a desarrollar los aspectos jurídicos que a mi juicio son más relevantes en punto a la denominada “historia clínica”.

A tal fin, propongo los siguientes extremos:

- a) En primer término, el concepto mismo de historia clínica, en inevitable relación con su contenido.
- b) Su propiedad y su uso.
- c) El acceso del paciente a su historia clínica.
- d) El secreto sobre la historia clínica y sus límites, lo que implica a veces la posibilidad de acceso a una historia clínica por parte de terceros, incluyendo

(*) Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Deusto (Bilbao).

dentro de éstos a los órganos judiciales. Tiene cabida aquí, naturalmente, una alusión a las consecuencias de la divulgación ilegítima de la historia clínica.

e) Ausencia de historia clínica e irregularidades en su confección. Incluyen-
do consideraciones sobre su utilización como elemento de prueba de la dili-
gencia o de la culpa del médico (o, en su caso, del centro sanitario).

f) Límite temporal para la conservación de cada historia clínica.

II. Concepto y contenido de la historia clínica

1. Parece inexcusable plantearse la cuestión previa de qué es la historia clínica.

Cabría pensar que es una pregunta estéril, sobre todo vistas las cosas por el jurista, por cuanto la descripción que algunos textos legales hacen acerca del contenido de la historia clínica puede entenderse como base para una “definición” de ese documento.

Ahora bien, la inexistencia de una regla legal aplicable en todo el ámbito del Estado, definidora del contenido de las historias clínicas, mantiene en pie la cuestión.

Cuestión que, de otro lado, no constituye un academicismo, sino un extremo que puede ser de considerable importancia; sobre todo, para estar en condiciones de determinar qué no es una historia clínica y sustraerlo de las reglas o principios que -como veremos- son aplicables en materia de propiedad, uso, divulgación y reserva o confidencialidad (en favor del médico, no del paciente) del documento que nos ocupa. Incluyendo dentro de estos últimos extremos, desde luego, el del acceso del paciente a su propia historia clínica.

Sin tratar de invadir terrenos que no son de mi competencia, pero a efectos de sentar algún criterio en torno a una de las cuestiones capitales sobre la historia clínica (la de su propiedad) se me permitirá que invoque la autoridad de una obra clásica en la materia, de hace ya bastantes años pero de permanentes valor y utilidad. Me refiero a la monografía *La historia clínica (historia y teoría del relato patográfico)*, de LAÍN ENTRALGO¹, trabajo sumamente conceptual, de una asombrosa erudición y de sistemática envidiable. El autor adopta, precisamente, un método histórico de análisis, para al final formular una interesantísima “teoría de la historia clínica”².

Lo que ahora me interesa respecto a esta obra es señalar cómo en ella está presente por doquier la idea de que la historia clínica es un “relato biográfico”³.

(1) LAÍN ENTRALGO, *La historia clínica (historia y teoría del relato patográfico)*. Mis citas son sobre la segunda edición, Barcelona, 1961. La primera fue de 1950.

(2) Páginas 626 y siguientes.

(3) Por ejemplo, se habla de la enfermedad como un modo de vivir del hombre, extendido cronológicamente en un lapso mayor o menor de su biografía (página 653). En otro lugar de la misma página se habla de las historias clínicas que merecen el nombre de “biográficas”. Se atribuye particularmente el carácter de “biográfica” a la patografía psicoanalítica (página 654). Alude el autor al relato de la vida del enfermo desde que su enfermedad principal comenzó hasta el instante de ser explorado por el patógrafo (página 655). Más adelante se señala cómo “biografía, patografía y acción terapéutica se entranan en la unidad narrativa del *cursus morbi*” (página 656). En este último lugar, al referirse al criterio descriptivo de la historia clínica llamado sis-

2. Pero, dejando de lado por ahora esta cuestión, acaso convenga poner el énfasis en la circunstancia de que una forma de delimitar el concepto de historia clínica consiste, cuando el caso lo permite, en acudir a la descripción o determinación de su contenido, expresadas en normas legales.

No existe una disposición legal de ámbito estatal que defina la historia clínica. Es citada, ciertamente, en el artículo 61 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, pero no se da un concepto de ella⁴. Ahora bien, la ausencia de una definición legal no implica que no quepa un “concepto jurídico” de historia clínica. Tampoco define el Código civil qué es un árbol, ni establece qué debe entenderse por “proyecto” cuando su artículo 1591 se refiere a ruina de una construcción.

Es posible la búsqueda de un concepto jurídico de historia clínica basado en lo que la ciencia médica entiende por tal; o lo que como historia clínica se admite comúnmente en la práctica de la Medicina.

Conjugando ambos criterios (la remisión a lo que un término significa fuera del mundo del Derecho y lo que una norma o unas normas legales definan como historia clínica) cabe -a mi juicio- determinar qué es y, como antes decía, qué no es.

3. A este respecto, procede señalar que las disposiciones legales que describen el contenido de la historia clínica (una forma de aproximarse a su concepto) se caracterizan por su notable prolijidad y -creo- excesivo detalle. Cítese como ejemplo el caso de la norma positiva precursora en la materia que fue el Decreto de 25 de noviembre de 1986, del Gobierno vasco, por el que se regula el uso de la historia clínica de los centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País vasco⁵.

El preámbulo del decreto dice que *“la historia clínica es el documento donde se contiene toda la información de utilidad clínica relativa al estado de salud o enfermedad de la población asistida en el hospital, siendo un medio de comunicación muy valioso para transmitir esta información entre los distintos miembros que intervienen en el plan de asistencia al enfermo”*.

El propio preámbulo se hace eco de la observación que antes he formulado, es decir, de la necesidad de determinar, siquiera por exclusión, qué no es historia clínica. En este sentido, se dice: *“Por otra parte, se pretende conseguir una estandarización del contenido de la historia clínica que, a su vez, marque la frontera entre lo que puede y debe ser considerado historia clínica y aquella otra*

temático, el autor señala cómo aquí la patografía es referida a la biografía del enfermo. Por otro lado, se pone el acento en la visión de la historia clínica como “narración”, circunstancia que justifica precisamente el sustantivo mismo de “historia”.

(4) Dice este precepto que en cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial.

(5) Decreto 272/1986, de 25 de noviembre, publicado en el “Boletín Oficial del País Vasco” número 242 de 1986, páginas 731 y siguientes.

*documentación que, en ocasiones y con evidente generosidad, ha recibido idéntica denominación y tratamiento*⁶.

Por lo que respecta al contenido de la historia clínica, adviértase, como ya escribí en su momento⁷, que el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 1º dice que la “historia clínica contendrá cuantos contactos mantenga el paciente con el Centro a lo largo del tiempo”, expresión que parece aludir a la totalidad de los momentos, pero no a la de los datos médicos, pues de otro modo se caería en esa interpretación excesiva del concepto de historia clínica que el preámbulo declara querer evitar.

En el decreto, en lo que respecta al contenido de las historias clínicas, se establecen tres “niveles de complejidad”, que serán correlativos a los tres “niveles de homologación” que se dispongan para los centros hospitalarios del País vasco.

El artículo 2º. 2 del decreto dispone que el primer nivel de complejidad tiene carácter de mínimo de obligado cumplimiento para todo tipo de establecimiento sanitario que recoja enfermos en régimen de encamamiento e independientemente de la naturaleza del episodio asistencial.

El artículo 3º establece cuál será la información contenida en ese primer nivel de complejidad, en la forma siguiente: a) Identificación del centro hospitalario. b) Datos de filiación del paciente. c) Antecedentes familiares y personales de interés, anamnesis y exploración física detallada, con mención de constantes vitales al iniciarse el contacto del enfermo con el hospital, así como el diagnóstico de presunción. d) Registro periódico y actualizable de aquellas incidencias, hallazgos exploratorios y pruebas complementarias acontecidos durante el proceso asistencial del paciente, con mención expresa de los resultados íntegros de los estudios anatomopatológicos que, en su caso, pudieron realizarse. Asimismo se recogerán todas aquellas razones o motivos que justifiquen la modificación de un diagnóstico previo y el inicio, modificación o suspensión de un tratamiento. e) Registro diario y actualizado de las órdenes médicas de tipo terapéutico, controles a realizar y petición de exploraciones complementarias. f) Registro, al menos diario, de las constantes vitales y demás controles de enfermería y de medicación administrada. g) Registro de infecciones hospitalarias detectadas, donde se recogerán: 1. las infecciones desarrolladas por el paciente, cuando ellas no estaban ni presentes ni en período de incubación a la entrada en el hospital; 2. las infecciones adquiridas durante su estancia en el hospital; 3. las apariciones de nuevos gérmenes en una infección presentada a la entrada, siempre que este cambio en la bacteriología se acompañe de una agravación del estado clínico. h) Registro pormenorizado del reconocimiento preoperatorio realizado para valorar el estado del paciente an-

(6) En todo caso, conviene advertir que el decreto no contempla el caso de historias clínicas elaboradas por el médico fuera del marco hospitalario, es decir, cuando ejerce su actividad como profesional libre o por cuenta propia.

(7) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, apéndice a *Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario*, en *Algunas cuestiones relacionadas con la titularidad y el uso de las historias clínicas*, Bilbao, 1987, páginas 37 y siguientes.

tes de la práctica de intervenciones quirúrgicas, de las técnicas anestésicas empleadas en las mismas, de la evolución de los signos vitales durante las intervenciones, medicaciones anestésicas utilizadas con expresión de dosis y vías, y estado clínico y analítico del paciente durante la intervención y a la salida de ésta. i) Registro de las intervenciones o procedimientos quirúrgicos con mención expresa del tipo de intervención, hallazgos quirúrgicos, incidencias de interés durante la intervención, estado postoperatorio del paciente y expresión de si se extrajeron muestras o no para análisis anatomopatológico posterior. j) Registro resumen final del episodio asistencial en el momento del alta, según los mínimos definidos en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo del 14 de setiembre de 1984. k) Consentimiento escrito del paciente o persona legalmente responsable para su ingreso y tratamiento, así como para la práctica de procedimientos quirúrgicos o exploraciones especiales, y para la utilización, con fines distintos del estrictamente asistencial, de los datos contenidos en la historia clínica.

El artículo 4º dispone que la información que debe contener la historia clínica en el segundo nivel de complejidad es, además de la señalada en el primer nivel, la siguiente: a) Registro diario de los datos contenidos en el punto 1 d) del artículo anterior. b) Registro de petición de todas las pruebas complementarias a partir de datos clínicos razonados y solicitadas con identificación del médico y Servicio peticionario, así como la fecha de petición. c) Informe de las pruebas complementarias realizadas, con identificación del Servicio y facultativo que informa el resultado, así como la fecha de realización de la prueba y explicación detallada e impresión diagnóstica para aquellas exploraciones complementarias que así lo requieran. d) Registro de enfermería con mención de los datos de interés, comportamiento e incidencias detectadas durante la hospitalización del paciente. e) En su caso, registro de los hallazgos externos, macro y microscópicos, derivados del estudio *post mortem*, con mención expresa de la correlación anatomoclínica de la causa probable del fallecimiento y diagnósticos finales derivados del estudio.

El artículo 5º establece que la información que debe contener la historia clínica en el tercer nivel de complejidad será, además de la señalada para los niveles primero y segundo, la siguiente: a) Registros pormenorizados de las constantes vitales y demás controles de enfermería realizados en pacientes asistidos en las áreas de cuidados intensivos. La periodicidad de estos registros deberá ser, al menos, horaria. b) Listado sucinto actualizado de aquellos problemas que presenta o ha presentado el paciente, con especificación de problemas no activos para ese episodio, problemas activos para ese episodio y ya resueltos y problemas activos para ese episodio y todavía pendientes de solución al día de la fecha. Se considera como problema activo toda aquella afección o situación clínica que esté o pueda influir en el estado de salud del paciente en relación con el motivo principal de su hospitalización. c) Registro de aquellas consultas que se realicen hacia otros Servicios o Unidades Asistenciales distintos de aquel en que permanece hospitalizado el paciente. Debe contener el motivo detallado de la consulta y el carácter de la misma. El resultado de ésta

deberá aparecer también consignado por escrito en la historia clínica. d) Informe provisional derivado del estudio anatómico *post mortem*, con mención expresa de los hallazgos macroscópicos encontrados y causa posible de muerte. Este informe debe ser emitido en un plazo no superior a las 72 horas de la realización de dicho estudio.

4. La segunda regulación positiva de la historia clínica (en un ámbito también autonómico) fue la de la *Generalitat Valenciana*, por medio de su Decreto de 25 de abril de 1988 en el que se regula la obligatoriedad de la historia clínica⁸.

El artículo primero establece la obligatoriedad de una historia clínica por paciente e institución, que englobe de forma unitaria la documentación generada por la asistencia al enfermo, tanto en el área de urgencias como en las áreas de consultas externas y de hospitalización. Esta obligación es exigible a todos los centros existentes en la Comunidad valenciana, tanto públicos como privados⁹.

El artículo segundo del decreto determina el contenido de la historia clínica. Dice:

“La historia clínica debe contener suficiente información para identificar al paciente, documentar las circunstancias por las que se acudió a la institución, informar acerca del régimen de financiación, apoyar el diagnóstico, justificar el tratamiento y documentar los resultados obtenidos y las circunstancias del alta. Por ello, todas las historias clínicas deben contener: a) Datos de identificación del paciente: nombres, apellidos, dirección, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, estado civil, profesión y actividad, número de DNI, pariente más cercano o representante legal y forma de contacto con el mismo. b) Datos de acceso a la institución: fecha y circunstancias. c) Datos relativos al régimen de previsión social o económico que, en su caso, cubra la asistencia sanitaria prestada. d) Anamnesis, incluyendo el motivo principal de la consulta, los antecedentes clínicos y fisiológicos, la historia social y familiar de interés a este respecto y la sintomatología por los distintos aparatos y sistemas orgánicos. e)

(8) “Diario Oficial del Gobierno Valenciano”, de 4 de mayo de 1988, número 817, páginas 2095 y siguientes.

(9) Considero de interés reproducir algunas de las manifestaciones del preámbulo de este decreto:

“La historia clínica única por paciente e institución es uno de los instrumentos básicos para la correcta atención al enfermo, evitando la repetición inútil de pruebas o exámenes diagnósticos no recordados o nunca conocidos por el afectado, facilitando por lo tanto un diagnóstico más rápido y un tratamiento más eficaz, a la vez que disminuye el trabajo y los costes para lograrlo.

Asimismo, es necesaria para la formación del estudiante y del médico, ya que en ella quedan registrados tanto el progreso del saber médico como la forma de manifestarse la enfermedad.

Por otra parte, es insustituible para la investigación clínica aplicada, ya que resulta fundamental para revisar las entidades nosológicas, juzgar la eficacia de las medidas terapéuticas aplicadas y la utilidad de las técnicas exploratorias adoptadas.

Finalmente, sin valorar los datos que de las historias clínicas pueden obtenerse es imposible sentar las bases de las necesidades en asistencia sanitaria de la población, evaluar la calidad de la atención brindada al paciente, la del rendimiento y de la adecuación de los recursos sanitarios disponibles, así como establecer las bases de planificación de las necesidades asistenciales”.

El examen físico. f) Las órdenes de exploración diagnóstica y tratamiento. g) La autorización del paciente para las exploraciones y tratamiento, excepto en los casos que establece la Ley General de Sanidad en su artículo 10.6. h) Las observaciones clínicas que deberán proporcionar un informe cronológico sobre el curso clínico, reflejando cualquier cambio y los resultados del tratamiento. i) Informe sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos realizados y sus resultados. j) El informe de alta se entregará según criterio del facultativo al paciente, a un familiar o a su representante legal. Estará constituido por un resumen del curso de la enfermedad, del tratamiento seguido y deberá contener los signos y síntomas que posibilitaron el diagnóstico, la pauta terapéutica realizada, el resultado obtenido, señalando los problemas no resueltos y las instrucciones necesarias para continuar el tratamiento. En el caso de fallecimiento, si se efectúa la necropsia se incorporará el pertinente dictamen”.

Con una cierta redundancia, a mi juicio, el artículo 3º, d) dispone que “las historias clínicas deberán contener todos los datos enumerados en el artículo segundo”.

Y de otro lado, el apartado b) del mismo artículo 3º establece que “cualquier anotación en los documentos de la historia clínica deberá ser fichada y firmada de forma que permita la identificación del personal sanitario que la realice”. Las historias clínicas deberán estar escritas a máquina o con letra claramente legible y se evitará la utilización de símbolos y abreviaturas (apartado c) del mismo artículo 3º).

También en el ámbito de la Comunidad valenciana, procede la mención de la Orden de 10 de mayo de 1995, de la *Consellería* de Sanidad y Consumo, por la que se establecen los datos mínimos que debe contener la historia clínica laboral de los servicios médicos de empresa ubicados en dicha comunidad.

Su artículo 2º dispone: “La historia clínica laboral utilizada por los servicios médicos de empresa deberá contener información suficiente que permita identificar al trabajador y a la empresa, así como la información necesaria para apoyar las actuaciones que se hayan de realizar por el servicio médico de empresa y justificar y documentar los resultados y las recomendaciones.

Por ello, contendrá como mínimo los apartados y datos siguientes: a) Datos de identificación de la empresa, incluyendo nombre o razón social, domicilio, actividad y, en su caso, centro de trabajo. b) Datos de identificación del trabajador, incluyendo nombres y apellidos, dirección, fecha de nacimiento, número de inscripción a la Seguridad Social, sexo y estado civil, fecha de ingreso en la empresa y datos de identificación del puesto de trabajo que ocupa. c) Historia laboral anterior del trabajador, donde se identificarán cronológicamente, para cada una de las empresas donde éste haya trabajado, la actividad de las mismas, la ocupación del trabajador, la fecha de inicio y de cese, así como los factores de riesgo a los que el trabajador estaba expuesto, haciendo constar igualmente los períodos de desempleo. d) Historia laboral actual, donde se identificará la ocupación, la descripción de las tareas que realiza, así como los factores de riesgo a los que el trabajador está expuesto, tiempo de ex-

posición, resultado de las mediciones ambientales que se hayan efectuado y medidas preventivas que le afecten, incluyendo el equipo de protección individual y la información recibida sobre sus riesgos laborales: se harán constar, igualmente, otras actividades laborales ajenas a la empresa que realice el trabajador. e) Anamnesis, que recogerá los antecedentes clínicos de interés, hábitos de vida, así como inmunizaciones. f) Programa de exámenes de salud, donde se anotará el tipo de examen de salud a realizar al trabajador y periodicidad de los mismos. g) Resultados de los exámenes de salud, que se iniciarán con el examen de salud previo a la admisión en la empresa y donde se anotará para cada examen realizado la fecha del mismo, exploraciones y pruebas realizadas, los resultados obtenidos, juicio clínico, la calificación de aptitud para el trabajo y las recomendaciones efectuadas. h) Registro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, donde se recogerá, para los primeros, la fecha del accidente, descripción del mismo y de las lesiones, así como datos sobre su evolución, y para las enfermedades profesionales la fecha de detección, tipo de enfermedad y evolución de la misma. i) Registro de morbilidad, donde se recogerán los problemas de salud que presente el trabajador, detectados a través de los exámenes de salud, a través de las incapacidades temporales, o a partir de las consultas realizadas por el propio trabajador, anotando la fecha de detección o de presentación, su posible vinculación laboral y los cambios producidos”.

5. Se encuentra en elaboración un decreto del Gobierno vasco por el que se regula la conservación de documentos del registro de actividades clínicas de los servicios de urgencias de los hospitales y de las historias clínicas hospitalarias. Me referiré al borrador que poseo en el capítulo VII de esta ponencia. Pero interesa señalar que el texto proyectado va más lejos de lo que anuncia su título, puesto que en su artículo 1 se ocupa de la llamada “hoja de urgencias”, prevista para las actividades clínicas desarrolladas por los servicios de urgencias de los hospitales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Y los artículos 2 y 3 tratan sobre los documentos que debe contener la historia clínica en el llamado “primer nivel de complejidad” (artículo 2) y acerca del detalle y contenido de cada uno de esos documentos (artículo 3).

Reproduzco a continuación el texto de estos dos últimos preceptos, en el borrador o anteproyecto que tengo a mi disposición:

“Artículo 2.- 1.- La historia clínica de los hospitales de la Comunidad Autónoma del País Vasco en su primer nivel de complejidad estará constituida, al menos, por los siguientes documentos: 1.- Hoja clínico-estadística. 2.- Hoja de autorización de ingreso. 3.- Hoja de consentimiento informado. 4.- Hoja de anamnesis. 5.- Hoja de exploración física. 6.- Hoja de evolución. 7.- Hoja de órdenes médicas. 8.- Hoja de informes de exploraciones complementarias. 9.- Hoja de interconsultas. 10.- Hoja de informe quirúrgico y/o registro del parto. 11.- Hoja de anestesia. 12.- Hoja de infección hospitalaria. 13.- Hoja de evolución de enfermería. 14.- Hoja de planificación de cuidados de enfermería. 15.- Hoja de aplicación terapéutica. 16.- Hoja de gráfica de constantes. 17.- Hoja de informe de necropsia. 18.- Hoja de urgencias. 19.- Hoja de alta volun-

taria. 20.- Hoja de informe clínico de alta. 21.- Radiografías u otros documentos iconográficos. 2.- Además de estos documentos, cada hospital podrá incluir en la historia clínica aquellos otros que considere oportunos, con la autorización de la Comisión de historias clínicas del centro, si la hubiere.

Artículo 3.- Los documentos a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior serán de uso obligatorio para registrar la información que a continuación se indica, siempre que la utilización y registro de dicha información estén justificados desde el punto de vista asistencial:

1. Hoja clínico-estadística. Es la hoja de registro de los datos fundamentales relacionados con el episodio asistencial, pudiendo servir, al mismo tiempo, como hoja separadora entre episodios. La hoja clínico-estadística contendrá como mínimo la información que constituye el Conjunto Mínimo Básico de Datos de Alta Hospitalaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del decreto 303/1992, de 3 de noviembre, por el que se regula el conjunto mínimo básico de datos del Alta Hospitalaria, y se crea el registro de Altas Hospitalarias de Euskadi.

2. Hoja de autorización de ingreso. Es el documento por el cual el paciente o su responsable legal autorizan la hospitalización y la puesta en práctica de aquellas medidas diagnósticas o terapéuticas que los facultativos consideren oportunas y que no precisen de una hoja de consentimiento informado.

3. Hoja de consentimiento informado. Es el documento donde deberá constar que el paciente o responsable legal del mismo ha sido informado de su estado de salud y de las posibles alternativas terapéuticas existentes para su tratamiento, así como la autorización o no por su parte para: -Cirugía y/o técnicas exploratorias especiales. -Donación de órganos. -Experimentación y ensayos clínicos. -Examen *post mortem* o necropsia. -Utilización con otros fines distintos del estrictamente asistencial de los documentos recogidos en la historia clínica.

4. Hoja de anamnesis. Es el documento destinado a recoger la información referente al motivo de la consulta y/o ingreso, antecedentes personales y familiares, cuestionario por aparatos y sistemas, relato de la enfermedad actual y otros aspectos clínicos de interés. Deberá ir fechada y firmada de forma legible por el médico que la realiza.

5. Hoja de exploración física. Es el documento destinado a recoger los datos de la exploración física realizada al paciente, ordenada por aparatos y sistemas, así como el diagnóstico de ingreso, el diagnóstico diferencial, el plan de estudios y el plan terapéutico inicial. Deberá ir fechada y firmada por el médico que la realiza.

6. Hoja de evolución. Es el documento destinado a recoger comentarios tanto periódicos como urgentes de aquellas incidencias, hallazgos exploratorios y pruebas complementarias acontecidas durante el proceso asistencial. Asimismo, se recogerán las razones que justifiquen la solicitud de estudios complementarios, la modificación de un diagnóstico previo y el inicio, modificación o supresión de un tratamiento. Las anotaciones periódicas en las hojas de evolución deberán ir fechadas y firmadas por el médico que las realiza.

Las anotaciones urgentes deberán contener, además, la hora en que se realizan y la identificación completa del médico.

7. Hoja de órdenes médicas. Es el documento destinado a recoger el registro diario y actualizado de las prescripciones médicas. Dicho registro deberá ser escrito, fechado y firmado por el médico que atienda al paciente. Las prescripciones medicamentosas deberán ser precisas y legibles, indicándose el nombre del medicamento y/o principio activo, unidades, dosis, frecuencia y vía de administración. Igualmente deberá indicarse con precisión la continuidad, modificación o supresión de la medicación.

8. Hoja de informes de exploraciones complementarias. Son aquellos documentos destinados a recoger la información de resultados generada por la práctica de análisis clínicos, estudios anatomopatológicos, estudios radiológicos, pruebas funcionales, registros gráficos y exámenes especiales. Todos los informes emitidos deberán contener la fecha de solicitud, la de realización y la firma del profesional que los ha realizado.

9. Hoja de interconsultas. Es el documento destinado a recoger la solicitud de interconsulta, así como registrar el informe respuesta del servicio consultado. Todos los informes emitidos deberán contener la fecha de solicitud y la de realización, así como las firmas del facultativo solicitante y del consultado. Las hojas de interconsulta urgentes deberán contener, asimismo, las horas de solicitud y de realización.

10. Hoja de informe quirúrgico y/o registro del parto. Es el documento destinado a recoger la información referente a los procedimientos quirúrgicos u obstétricos. Deberá contener, como mínimo: - Tipo de anestesia empleada. - Descripción de la técnica o procedimiento utilizados. - Duración. Hora de inicio y finalización. - Incidencias ocurridas durante la intervención. - Hallazgos operatorios.- Diagnóstico pre y postoperatorio.- Identificación de cirujanos, anestesista e instrumentista- Estado y destino del enfermo al salir del quirófano o sala de partos.- Indicación de si se ha solicitado o no examen anatomopatológico y/o bacteriológico del material extraído en la intervención. En caso afirmativo, enumeración de las piezas. - Fecha y firma del médico y/o maestra que la realiza.

11. Hoja de anestesia. Es el documento destinado a recoger la actividad realizada por el anestesiólogo en el que deberá incluirse el resumen del reconocimiento preoperatorio, así como las actuaciones que se produzcan antes, durante y en el postoperatorio inmediato mientras esté sometido a la actuación del anestesiista. Deberá contener, al menos: - Resumen de la valoración preoperatoria. - Hora de comienzo y finalización de la anestesia. - Descripción de la técnica anestésica. -Medicación administrada, dosis, vía, pauta y momento de administración. -Características de la ventilación mecánica, si la hubiere. - Gráfica minutada de constantes vitales durante la intervención. - Incidencias de interés en relación con el estado vital del paciente. - Estado clínico del paciente durante y al final de la intervención. Este documento deberá ser cumplimentado, fechado y firmado por el anestesiólogo responsable de la intervención.

12. Hoja de infección hospitalaria. Es el documento destinado al registro de la infección hospitalaria. Deberá contener, como mínimo: - Tipo de infección. - Diagnóstico de ingreso. - Muestras bacteriológicas extraídas. - Tipo de aislamiento realizado, si procede. - Antibioterapia administrada en su caso. - Procedimiento y/o técnica exploratoria realizada en su caso. - Fecha y firma del médico que la realiza.

13. Hoja de evolución de enfermería. Es el documento en el que quedarán registradas todas las incidencias que se observen durante la asistencia al paciente, así como los resultados del plan de cuidados y las modificaciones de dicho plan debidamente razonados. Opcionalmente, podrán incluirse las medidas terapéuticas y controles analíticos realizados sobre el paciente, bien por indicación médica o por el propio desarrollo de la asistencia de enfermería, todo ello sin perjuicio de su reseña en las gráficas correspondientes. Deberá ir fechado y firmado por el ATS/ Diplomado en Enfermería a cuyo cuidado esté el paciente en ese momento.

14. Hoja de planificación de cuidados de enfermería. Es el documento donde quedarán registrados todos los cuidados de enfermería, tanto los derivados de órdenes médicas como los administrados por la propia atención de enfermería. Deberán ir fechados y firmados por el ATS/DUE a cuyo cuidado esté el paciente, quien deberá quedar debidamente identificado.

15. Hoja de aplicación terapéutica. Es el documento en el que quedan registradas las aplicaciones medicamentosas administradas por el equipo de enfermería en base a las órdenes médicas. Deberá ir cumplimentada por el ATS/Diplomado en Enfermería indicando: - El medicamento.- Vía.- Dosis.- Unidades.- Fecha y hora. Dicha hoja deberá también ser firmada por el ATS/Diplomado en Enfermería que realiza la aplicación.

16. Hoja de gráfica de constantes. Es el documento que registra gráficamente las constantes vitales del paciente. Deberá constar de: -Días de hospitalización.- Fecha.- Constantes vitales de rutina, tales como: pulso, temperatura, presión arterial, diuresis, dieta, peso, balance hídrico y demás controles que fuese necesario incluir de acuerdo con la evolución del paciente, ya sean ordenados por el médico o procedentes de la propia actividad asistencial de enfermería. La gráfica de constantes deberá ser cumplimentada por el ATS/Diplomado en Enfermería a cuyo cuidado esté el paciente en ese momento.

17. Hoja de informe de necropsia. Es el documento en el que se recoge la información derivada del examen *post mortem* que se realiza a los fallecidos. Deberá contener apartados diferenciados para hallazgos macro y microscópicos, correlación anatomoclínica, impresión diagnóstica final y causa probable del fallecimiento. Dicho informe deberá estar fechado y firmado por el anatomopatólogo responsable de la emisión del mismo, que deberá quedar correctamente identificado.

18. Hoja de urgencias. Es el documento a que se refiere el artículo 1 de este decreto. Se incorporará a la historia clínica cuando el paciente atendido en el servicio de urgencias quede ingresado en el hospital.

19. Hoja de alta voluntaria. Es el documento en el que el paciente, o el res-

ponsable legal del mismo, deja constancia de su decisión, en contra de la opinión de los médicos que le atienden, de abandonar el hospital donde permanece ingresado, asumiendo las consecuencias que de tal decisión pudieran derivarse. Deberá ser firmado por el interesado y contener el número del D.N.I. de éste y el “enterado” del médico. Si el paciente lo desea, pueden expresarse en él los motivos de su decisión.

20. Hoja de informe clínico de alta. Es el documento que contiene la información resumen del episodio asistencial. Deberá realizarse cuando se produzca un ingreso hospitalario, así como al final de cada episodio atendido en régimen ambulatorio, siempre y cuando el paciente no disponga de un informe previo en el servicio por el mismo proceso. En el momento del alta, dicho documento se entregará en mano al paciente o representante legal del mismo. En aquellos supuestos en que no pueda realizarse la entrega de forma inmediata, la hoja de alta deberá ser remitida por correo al domicilio habitual del paciente en el plazo de 48 horas. En el supuesto de fallecimiento del paciente, el informe de alta será remitido a los familiares o allegados más próximos. En todo caso, y siempre que el paciente fuese dado de alta para su traslado a otro hospital, el informe de alta deberá necesariamente acompañar al paciente para su presentación en el centro de destino. El informe de alta se presentará mecanografiado o manuscrito con letras y contenido inteligible. Deberá cumplir los requisitos mínimos establecidos por la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 6 de septiembre de 1984 por la que se establece la obligatoriedad de elaboración del informe de alta para pacientes atendidos en Establecimientos Sanitarios (B.O.E. de 14 de septiembre)”.

6. En la normativa catalana existe una Orden del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, de 10 de julio de 1991, sobre la acreditación de centros hospitalarios. En su apartado “Criterios de acreditación en relación con el soporte asistencial” se hace expresa referencia a la “documentación clínica”, con pormenorizada reglamentación sobre la obligatoriedad y el contenido de dicho documento.

7. No puede dejar de mencionarse lo que sobre esta materia declara el Código de Ética y Deontología Médica español¹⁰. Entre otras cosas, porque sus declaraciones tienen también significado y contenido jurídicos, en la medida en que constituyen -valga la expresión- una forma de *lex artis* codificada. En definitiva, un elemento de referencia al que los Tribunales pueden y deben acudir cuando se trata de determinar extremos concretos del alcance del deber de prestación a cargo del médico (si de una relación contractual se trata); del mismo modo que constituye un conjunto de cánones de conducta a los que es menester acudir en casos de responsabilidad extracontractual.

El artículo 15 del mentado Código dispone en su número 1 que “el acto médico quedará registrado en la correspondiente historia o ficha clínica”, ña-

(10) Me refiero al que considero vigente, aprobado por la Asamblea del Consejo General de 31 de octubre de 1990. Procede advertir que está en curso una posible revisión o modificación de este Código, a la que aludiré en algunos pasajes de este trabajo.

diendo que “el médico tiene el deber, y también el derecho, de redactarla”.

Se observará que no existe definición de lo que es la historia clínica; creo que con acierto, porque se trata de un concepto que en el ámbito profesional tiene un significado comúnmente admitido que hace innecesaria, e incluso peligrosa, cualquier pretensión de definirlo.

Más adelante, conforme a la sistemática de mi presente ponencia, aludiré a otros extremos contemplados en este Código.

III. La propiedad y el uso de la historia clínica

1. El profesor DÍEZ-PICAZO suele referirse a veces, no sin ironía, a los “falsos problemas” que a veces nos planteamos los juristas.

No quiero incurrir en simplismos, pero puede ser que la cuestión relativa a la propiedad de la historia clínica -sobre la que se ha escrito mucho- sea uno de esos “falsos problemas”.

Se me permitirá que utilice un escandaloso anacronismo, cuya finalidad no se les escapa. ¿Se le ocurriría a cualquiera de nosotros preguntarse de quién es la propiedad de la biografía de Napoleón de Emil Ludwig? ¿Dudaríamos de que el dueño de esa obra es Ludwig, y no el emperador francés?

Si digo esto es porque, como antes hemos visto en una síntesis de LAÍN ENTRALGO, la historia clínica es la “biografía patológica” de una persona.

El médico, al redactar o “construir” la historia clínica, realiza una genuina creación científica o intelectual, en la que no sólo -o no siempre- recoge los datos que el paciente le proporciona o que el propio facultativo obtiene, sino que el médico lleva a cabo en ella una actuación técnica de valoración de los antecedentes, diagnóstico, pronóstico y tratamiento.

A estos efectos, me remito a la definición que de obra objeto de propiedad intelectual establece el artículo 10 de la Ley de propiedad intelectual en su versión aprobada por Real Decreto Legislativo de 12 de abril de 1996. En dicho precepto se dispone que “son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”. El precepto cita a continuación una serie de supuestos, a título enunciativo, no exhaustivo, pero es claro que el caso que nos ocupa es un “objeto” natural de propiedad intelectual. Basta detenerse en la expresión de “creaciones originales científicas” que el artículo menciona.

Ahora bien, esta titularidad que atribuyo a la historia clínica no implica ninguna de estas tres cosas: 1) ni que su autor pueda hacer un uso ilimitado de la misma (contra lo que el concepto de propiedad intelectual sugiere); 2) ni que el contenido de la historia clínica no pueda ser objeto de reproducción por otro médico, no ya como copia de una primera redacción, sino porque este segundo facultativo utilice para su propia historia los mismos elementos de información o datos que hubiere usado el anterior; y 3) ni que una historia clínica no pueda ser objeto de elaboración por dos o más médicos, no ya sucesiva, sino simultáneamente.

A mi juicio, ninguna de las tres circunstancias apuntadas constituye obs-

título conceptual alguno para defender la tesis de que el médico, en efecto, es “propietario” de las historias clínicas que redacta o elabora.

Me parece que la discusión sobre esta propiedad está enrarecida y desenfocada por el hecho de que algunos autores establezcan una relación indisoluble entre la propiedad de la historia clínica y el derecho del paciente a acceder a ella. Y, a mi juicio, se trata de dos cosas completamente diferentes: la circunstancia de que el facultativo sea el propietario nada tiene que ver con ese derecho de acceso; y no sólo del paciente, sino, en su caso, de terceros¹¹.

2. Esto que acabo de manifestar me parece incuestionable cuando la historia clínica se realiza por un médico en el ejercicio de su actividad profesional libre o “por cuenta propia”, esto es, el que, aun siendo el tradicional, constituye estadística o numéricamente el caso hoy menos frecuente¹².

En efecto, preciso es reconocer que la actividad médica se desarrolla en nuestros días, sobre todo, en régimen de dependencia; o, dicho de otro modo, “por cuenta ajena”. No es el caso, desde luego, del facultativo que desempeña su actividad profesional en un centro sanitario privado no jerarquizado, o dicho de otro modo, en el que el médico se limita a desplegar su actividad “físicamente”, pero en realidad en régimen de profesional libre. Me refiero, por tanto, al caso en que el médico desempeña su labor en un centro privado, pero como empleado del mismo; y sobre todo al supuesto más normal, que es el del facultativo que ejerce su profesión en el marco y dentro del régimen de la Sanidad Pública, esto es, en el ámbito de una Administración sanitaria, bien sea estatal, bien autonómica.

Cuando ocurre esto último, es decir, cuando el médico es un “trabajador por cuenta ajena”, creo que es sostenible la tesis de que las historias clínicas por él realizadas son propiedad de la institución a la que presta sus servicios.

Pero creo que a estos efectos es necesario distinguir -como luego diré- entre la propiedad de la historia clínica en cuanto al contenido “económico” de

(11) En esta posible desviación del problema se incurre, a mi juicio y con todo respeto, por AULL CHAVES y PELAYO PARDOS en *La historia clínica*, Madrid, 1997. Estos autores citan las opiniones doctrinales de que la historia clínica es propiedad del paciente, la de que es propiedad del médico y la de que la propiedad pertenece al centro sanitario. Los mentados autores optan por una teoría integradora o ecléctica, por considerar que las posiciones anteriores conducen a “insatisfactorios resultados”. Y entienden que, más que debatir la cuestión en sede del derecho de propiedad, es más propio hablar de distintos derechos sobre la historia clínica y de distintos titulares de esos derechos: de acceso, de disposición, de utilización, y de las correlativas obligaciones: secreto, conservación. A mi entender, no es incompatible la pregunta de a quién pertenece la propiedad de la historia clínica (más aún, considero inexcusable plantearla) con el hecho de que esa propiedad pueda estar afectada por “limitaciones” (basta recordar el artículo 348 del Código civil) o con la circunstancia de que existan otros derechos de terceros (quizá mejor *facultades*) en relación con la historia clínica.

(12) Sostuve ya esta opinión en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario, dentro de la obra colectiva Los derechos del enfermo*, Murcia, 1987, páginas 45/73. Este trabajo se reprodujo en síntesis en *Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario, La Ley*, 1987, número 1647, páginas 1.011 y siguientes del repertorio anual. Mantuvo el mismo criterio, dentro de la primera de las obras citadas, LUNA MALDONADO, en su trabajo *Problemas médico-legales de la historia clínica en el ejercicio libre de la Medicina*, páginas 73 y siguientes.

esa propiedad (lo que la Ley de propiedad intelectual denomina “derechos de explotación” -artículos 17 a 23- y “otros derechos” -artículos 24 y 25-) y lo que es el “derecho moral” del autor, que la propia Ley regula en los artículos 14 a 16.

3. El punto de partida de esta interpretación que sugiero es la de que, cuando el médico presta sus servicios por cuenta ajena, debe considerarse que toda su actividad “natural” o “normal” en ese desempeño redundará en beneficio del empleador.

Así permite entenderlo, a mi juicio, el artículo 15.1 de la Ley de patentes de 20 de marzo de 1986, por cuya virtud *“las invenciones, realizadas por el trabajador durante la vigencia de su contrato o relación de trabajo o de servicios con la empresa, que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato, pertenecen al empresario”*.

Y el apartado 2 del mismo artículo 15 añade: *“El trabajador, autor de la invención, no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, excepto si su aportación personal a la invención o la importancia de la misma para la empresa exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de trabajo”*.

Si he hecho esta cita es para sostener que el médico, en su actividad asistencial normal (distíngase de la de investigación, que no es el caso), no es titular de la propiedad de las historias clínicas que realiza en el ejercicio de su función; precisamente, porque *su confección forma parte inseparable del “deber de prestación” propio de la relación laboral o estatutaria del médico con el centro*.

Por decirlo de otro modo, cuando el artículo 4.2.h) del Estatuto de los Trabajadores atribuye al empleado “cuantos otros derechos se deriven específicamente del contrato de trabajo”, no debe entenderse que el médico que presta su actividad por cuenta ajena esté legitimado para invocar la propiedad intelectual, o en su caso industrial, de las historias clínicas que confecciona con cada paciente. No veo, en absoluto, que el médico en cuestión sea autor de una “invención”. Y aun considerando esta palabra (“invención”) en su sentido más amplio, creo que el fruto de la actividad intelectual del facultativo es propiedad del empresario, tanto por lo establecido en el artículo 15 que acabo de mencionar como por lo dispuesto en el 16.

Confirma todo lo anterior el artículo 51 de la Ley de propiedad intelectual, que en sus tres primeros apartados dice:

“1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.

2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.

3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella

para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los apartados anteriores”.

Parece claro que este último número presupone el reconocimiento del “derecho moral” del autor a que me acabo de referir.

Lo que he señalado no es sólo predicable, a mi juicio, respecto a una relación jurídico-laboral “típica”, sino también (y es lo que interesa desde el punto de vista de la “frecuencia estadística”) a la relación entre la Seguridad Social y los médicos vinculados con ella con el carácter de “personal estatutario”, en los términos del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por decreto de 23 de diciembre de 1966. Y esto, en virtud de abundantísima jurisprudencia de la Sala Cuarta (ahora, antes la Sexta) del Tribunal Supremo, que declara aplicable el Estatuto de los Trabajadores en todos aquellos extremos que no sean objeto de específica regulación en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social antes citado.

4. Ahora bien, y a pesar de lo que acabo de decir, entiendo que la propiedad de la historia clínica en favor del centro en el que presta sus servicios el médico autor de aquélla no implica menoscabo de, al menos, algunas de las facultades constitutivas del llamado “derecho moral” del autor, a que se refiere el artículo 14 de la Ley de propiedad intelectual.

Me parece evidente que, por ejemplo, cualquier divulgación de una historia clínica, cuando sea legítima, no puede ocultar la identidad de su autor, del mismo modo que éste puede exigir el reconocimiento de su condición de tal (apartados 2º y 3º del citado artículo 14). Igualmente, el facultativo autor de la historia clínica puede -con mayor motivo- exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, en los términos del número 4º del mismo precepto. Asimismo, y en los casos en que proceda, el médico deberá decidir (salvo disposición legal o principio jurídico de rango superior) “si su obra ha de ser divulgada y en qué forma”, aludiendo al número 1º del mismo artículo 14.

Más raro es, por contra, que el médico, invocando el número 6º del artículo 14 en cuestión, pueda “retirar la obra del comercio”, pues creo evidente que esta facultad no es compatible con la naturaleza, finalidad y destino de la historia clínica. Por lo que respecta al supuesto del número 7º del propio artículo 14 (acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que corresponda al autor), considero que esta facultad asiste innegablemente al médico, pero no para “divulgar” la historia clínica, sino para ejercitar “cualquier otro derecho que le corresponda” (en palabras del precepto); por ejemplo, para defenderse en un juicio entablado contra él, o para fines científicos o de investigación no incompatibles con el secreto que, en principio, pesa sobre la historia clínica.

En la más reciente bibliografía, ROMEO CASABONA¹³ formula un intere-

(13) En ROMEO CASABONA /CASTELLANO ARROYO, *La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica*, “Derecho y Salud”, vol. 1, número 1, 1993, páginas 5 y siguientes.

sante criterio que reproduzco. Después de citar las opiniones que sostienen la propiedad del médico y la del paciente, este autor dice: “En mi opinión, la historia clínica contiene componentes heterogéneos desde el punto de vista jurídico. En ellos hay que distinguir, en primer lugar, los relativos a la organización, gestión administrativa y económica del centro; en segundo lugar, los que se refieren a datos identificadores del paciente y otros datos directa o indirectamente relativos a su enfermedad aportados por el paciente o deducidos por el propio médico aun sin conocimiento de aquél; y, finalmente, los resultados de las exploraciones directas o a través de instrumentos o sustancias, en la medida que comporten un juicio o deducción derivados de los conocimientos profesionales del médico (frecuentemente, distinto del médico tratante), así como la emisión del juicio diagnóstico y pronóstico, la prescripción del tratamiento correspondiente y la evolución de éste; habría que añadir como otro componente más las anotaciones subjetivas del médico en relación con las reacciones y actitudes del paciente, que son de especial importancia en algunos casos, como el tratamiento psiquiátrico. Sólo los mencionados en tercer lugar son susceptibles de ser considerados como creación científica objeto de derecho de propiedad intelectual, del que es titular el médico o médicos que han participado directamente en su creación.” Esta visión del problema revisite innegable interés a efectos de determinar a qué extremos puede alcanzar el acceso del paciente a su propia historia clínica. Procede señalar también que ROMEO CASABONA admite que la titularidad de la historia clínica corresponda al centro sanitario cuando el médico desempeña su actividad por cuenta ajena, sin perjuicio de la capacidad de control del facultativo sobre su utilización por terceros. Alude también al contenido del artículo 51 de la Ley de propiedad intelectual y al llamado “derecho moral” del autor.

Se muestra partidario de esta opinión CANTERO RIVAS¹⁴, después de haber examinado otras tesis sobre la materia.

ATELA¹⁵ dice que “se acepta comúnmente que la propiedad de la historia es del centro”, sin perjuicio del acceso del paciente a la misma, advirtiendo que se aprecian diferencias en lo tocante al alcance de ese derecho de acceso.

Sostienen que la propiedad de la historia clínica corresponde al paciente (con argumentos que, con todo respeto, no me convencen) GARCÍA HERNÁNDEZ y MARZO MARTÍNEZ¹⁶.

5. Dentro de este capítulo relativo a la propiedad de la historia clínica, tanto si se admite la tesis del dominio en favor del médico que actúa en régimen de profesional libre como la de la propiedad en favor del centro cuando el facultativo presta sus servicios por cuenta ajena, cabe suscitar la cuestión relati-

(14) CANTERO RIVAS, *Cuestiones relativas a la historia clínica (I)*, *La Ley*, número 4125 de 1996 (18 de setiembre), página 8.

(15) ATELA, *El deber de información en Ginecología y Traumatología. La historia clínica: sus efectos judiciales*, “Actualidad del Derecho Sanitario”, número 21, 1996 (utilizo el original sin pagar).

(16) GARCÍA HERNÁNDEZ/MARZO MARTÍNEZ, *La propiedad de la historia clínica*, *La Ley*, número 4156 de 1996 (31 de octubre).

va a la cotitularidad en el dominio de dicho documento, bien sea en una “propiedad plena” (caso del profesional libre), bien como una titularidad del llamado “derecho moral” del autor, en el supuesto de actividad médica no autónoma.

Ninguna de estas dos hipótesis repugna a la cotitularidad o condominio, si bien en el caso de prestación de actividad en régimen laboral o estatutario (desde luego, no cabe ignorar el funcional) habrá que estar a lo que las concretas características de la prestación de servicios determinen en cada caso.

Parece apropiado hablar en esta circunstancia de “trabajo en equipo”, lo que implica la toma en consideración del régimen concreto de desempeño de la actividad profesional en cada circunstancia.

En todo caso, no debe ignorarse el artículo 13 del Código de Ética y Deontología Médica, por cuya virtud “el trabajo en equipo no impedirá que el paciente conozca cuál es el médico que asume la responsabilidad de su atención”. Este criterio puede ser significativo no sólo a efectos de la propiedad de la historia clínica, o de la titularidad del derecho moral derivado de su autoría, sino también en lo que respecta al cumplimiento del deber de secreto y a las responsabilidades derivadas de su vulneración¹⁷.

6. El “uso” de un bien constituye una facultad de las que integran la propiedad del mismo. Ahora me voy a referir al uso de la historia clínica, pero no tanto en función de quién sea su propietario, sino en el sentido más coloquial de “uso” como utilización.

Los principios y preceptos que he mencionado en el apartado II precedente justifican que no sea necesario entrar en grandes detalles al respecto.

En este extremo, quizá sea oportuno tomar como punto de partida el Código de Ética y Deontología Médica, en la medida en que -según he señalado antes- tiene un contenido jurídico. El artículo 15.3 de ese Código determina en su inciso primero que “las historias clínicas se redactan y conservan para facilitar la asistencia del paciente”¹⁸. Por tanto, es claro que el destino y utilización “naturales” de la historia clínica son la asistencia del paciente, no otros¹⁹.

7. El principio que acabo de señalar explica que el inciso segundo del mismo apartado 3 del artículo 15 del Código de Ética y Deontología Médica añaa-

(17) El borrador de posible revisión del mentado Código añade algo más al artículo 15 de la redacción actual, puesto que el artículo 13 previsto reza: “El trabajo en equipo no impedirá que el paciente conozca cuál es el médico responsable de la atención que se le presta, y que será su interlocutor principal ante el equipo asistencial”.

(18) El texto es similar en el artículo 15.3 del borrador de revisión de ese Código, a que he hecho referencia.

(19) Quizá convenga advertir ya que cuando me refiero a “paciente” quiero aludir al usuario de los servicios médicos o sanitarios; esto, para no dejar lugar a dudas sobre los casos de la llamada “Medicina no terapéutica o satisfactiva”. Concepto este último, por cierto, que me suscita reservas, puesto que incluso en el caso más caricaturesco de cirugía estética puede haber por parte del “paciente” el objetivo de atajar o eliminar un “mal” que él efectivamente sufre, por mucho que desde el punto de vista social y médico pueda no considerarse enfermedad. Tampoco es “paciente”, en rigor, el que se somete a un examen médico rutinario, por ejemplo.

da: “Se prohíbe cualquier otra finalidad, a no ser que se cumplan las reglas del secreto médico y se cuente con la autorización del médico y del paciente”²⁰.

En consecuencia, y como por otra parte es obvio, el destino propio de la historia clínica es la asistencia del paciente, esto es, la debida atención a su dolencia o situación.

Como hemos visto antes, este principio está formulado expresamente en el preámbulo del decreto de 25 de abril de 1988 de la *Generalitat Valenciana*, cuando se dice que la historia clínica “es uno de los instrumentos básicos para la correcta atención al enfermo, evitando la repetición inútil de pruebas o exámenes diagnósticos no recordados o nunca conocidos por el afectado, facilitando por tanto un diagnóstico más rápido y un tratamiento más eficaz, a la vez que disminuye el trabajo y los costes para lograrlo”.

Precisamente por esta razón, que nada tiene que ver con la propiedad de la historia clínica (puesto que en todo caso se trataría de un límite de esa propiedad, nada más), el artículo 15.5 del Código de Ética y Deontología Médica dispone: “El médico está obligado, a solicitud y en beneficio del enfermo, a proporcionar a otro colega los datos necesarios para completar el diagnóstico, así como a facilitarle el examen de las pruebas realizadas”²¹.

El decreto vasco de 1986 dispone en su artículo 7º.2.a.3) que tendrán acceso a la información contenida en la historia clínica los “facultativos ajenos a la propia institución u otras instituciones sanitarias distintas de la que generó la documentación clínica, siempre que se esté prestando asistencia sanitaria al paciente cuya historia clínica se solicita”.

Implícitamente se reconoce esta posibilidad de uso por diferente facultativo en el decreto valenciano, cuando en su artículo 4º, párrafo cuarto, dispone que “cualquier otra consulta de la historia clínica requerirá el consentimiento escrito del paciente o de su representante legal”.

IV. El acceso del paciente a su historia clínica

1. No es incompatible con la tesis de que la historia clínica no es propiedad del paciente (dejando de lado a quién le corresponde) el hecho de que aquél goza del derecho (quizá mejor facultad) de conocer su historia clínica cuando lo desee.

No faltan razones contra un acceso indiscriminado o ilimitado del paciente a su historia clínica. Se suelen invocar, entre otros, los siguientes argumentos: a) que puede haber dificultades en la comprensión exacta del contenido de la historia, por parte del enfermo, por desconocimiento de la terminología médica, con riesgo de errores de interpretación que pueden perjudicar al propio paciente; b) que en algunos casos (por ejemplo, enfermos terminales), la información médica ha de realizarse con particular cuidado, para no perjudicar la evolución clínica del paciente; c) que habría resistencias por parte de los

(20) Texto idéntico es el del segundo inciso del artículo 15.3 del proyecto de revisión del Código que nos ocupa.

(21) Redacción igual es la del artículo 15.5 del borrador de revisión del Código deontológico en cuestión.

profesionales a incluir informaciones proporcionadas por terceras personas y que éstas dan en la confianza de que van a permanecer bajo el secreto profesional; d) que ese ilimitado acceso a la historia clínica inhibiría al médico, y en general al personal sanitario, de hacer anotaciones sobre ciertas reacciones o extremos del curso de la enfermedad o de su atención.

No obstante, este derecho del usuario -como antes he apuntado- no es sino una consecuencia lógica de que la historia clínica se redacta y conserva “para facilitar la asistencia del paciente”. Y parece obvio que el punto de partida de una buena “asistencia” es dar a conocer al enfermo su “biografía patológica” encerrada en la historia clínica. Todo ello, según las reglas legales que veremos a continuación.

Estimo acertada la regla del artículo 7.2 del decreto de 25 de noviembre de 1986, del Gobierno Vasco, cuando dice:

“2. Tendrán acceso a la información contenida en la historia clínica:

a) Cuando el motivo de la consulta sea asistencial:

a.1. El paciente o sus familiares, así como los allegados que justifiquen, a criterio del Director del Centro, un interés real en el proceso, tendrán derecho a que se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y pronóstico, a través del facultativo responsable del caso.

.....”

Parecida es la fórmula del artículo 4 del decreto de 25 de abril de 1988 de la *Generalitat Valenciana*, cuando, después de decir que las historias clínicas son documentos confidenciales, propiedad de la institución, añade: “La información necesaria estará a disposición del paciente y del personal sanitario que directamente esté implicado ...”

Decía antes que estas fórmulas me parecen acertadas porque, como se observará, en ellas no se establece en rigor que el paciente tenga un ilimitado derecho a acceder al conocimiento de su historia clínica, sino que lo que se dispone es su innegable facultad de exigir que se le dé conocimiento de la “información” que de la historia clínica resulta²².

En suma, no es sino obvia consecuencia del derecho a ser informado, que asiste a todo ciudadano según el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986²³.

Recuérdese que ese derecho se formula así: “A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y con-

(22) El artículo 9º del decreto vasco de 1986 establece en su apartado 1, letra h), que los centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma deberán establecer un “Reglamento de uso de historia clínica”, entre cuyos extremos debe constar el siguiente: “Acceso a la información contenida en la historia clínica”.

(23) Repárese en que ese artículo 10 dice que “todos” tienen los derechos que a continuación se enumeran, puntualizando que es “con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias”. Es evidente, no obstante, que el derecho a ser informado a que ahora nos referimos asiste también al paciente de un centro privado, por ser uno de los elementos del que solemos llamar “contenido” de la prestación; en este caso, naturalmente, la prestación a cargo del establecimiento sanitario.

tinuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

Puede introducir alguna confusión en este punto el artículo 61 de la Ley General de Sanidad cuando, después de establecer el principio de una “historia clínico-sanitaria única” por cada paciente, añade que “estará a disposición de los enfermos y de los facultativos...”

Ese “estar a disposición” podría interpretarse como una ilimitada, incondicional y general facultad de todo paciente de exigir el conocimiento de su historia clínica, pero creo que las palabras de la Ley deben ser entendidas a la luz de cada caso concreto, entre otras cosas por las razones que diré en los siguientes apartados 2 y 3 de este capítulo.

Por otro lado, en el anexo I del Real Decreto de 20 de enero de 1995, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, se dice (punto 5, apartado 6º) que “constituyen servicios en materia de información y documentación sanitaria y asistencial”, entre otros, el siguiente: “La comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el centro sanitario”.

No deja de ser significativo que el Código de Ética y Deontología Médica no establezca en ningún momento esa hipotética facultad indiscriminada para todo paciente.

Recuérdese que, en efecto, nada se dice sobre este extremo en el artículo 15 de la redacción actual del mentado Código. Todavía más: el apartado 5 dice que el médico está obligado, a solicitud y en beneficio del enfermo, a proporcionar a otro colega “los datos necesarios para completar el diagnóstico, así como a facilitarle el examen de las pruebas realizadas”. Es claro que “los datos necesarios” no tienen por qué ser siempre el contenido íntegro de la historia clínica. El mismo criterio se sigue en el artículo 15 del proyecto o borrador de revisión del Código deontológico.

De otro lado, también es significativo (siempre dentro del carácter que este Código reviste) que el artículo 12 diga que “es derecho del paciente obtener un certificado o informe, emitido por el médico, relativo a su estado de salud o enfermedad o sobre la asistencia que le ha prestado”. Añade el texto que el contenido del dictamen será auténtico y veraz y será entregado únicamente al paciente o a otra persona autorizada. Pero en lo que quiero poner el acento es en el hecho de que el artículo habla de “certificado”, “informe” y “dictamen”, pero sin aludir al conjunto constituido por la historia clínica²⁴.

2. En nuestra doctrina, ROMEO CASABONA²⁵ se plantea la cuestión sobre el alcance del artículo 61 de la Ley General de Sanidad, advirtiendo que con

(24) Este principio se mantiene con las mismas palabras en el proyecto de revisión del Código, con la única diferencia constituida por el hecho de que en el segundo inciso se dice “el contenido del certificado o informe”, en vez de “el contenido del dictamen”.

(25) Op. cit., páginas 15 y 16.

posterioridad a su promulgación no parece que se hayan adoptado las medidas a que la propia norma alude.

Dice: “El Derecho español ha resuelto el problema relativo al acceso de los pacientes a sus historias clínicas en sentido afirmativo y sin restricciones de ningún tipo en la propia Ley General de Sanidad, cuando establece que la historia clínico-sanitaria única ‘estará a disposición de los enfermos’, y que ‘los poderes públicos adoptarán las medidas para garantizar dichos derechos y deberes’ (artículo 61). Con posterioridad a la promulgación de la Ley General de Sanidad no parece que se hayan adoptado este tipo de medidas.

Esta disposición merece dos reflexiones. La primera de ellas consiste en que al aludir a la historia clínica de forma general, no importa el soporte en que se halle recogida, papel o informático, de modo que lo que sobre ellas se dice abarca todas las modalidades en las que una historia clínica puede registrarse, entre ellas la informatizada; por lo que el derecho de acceso a la misma que se reconoce en la Ley General de Sanidad al paciente se extiende del mismo modo a la soportada informáticamente.

En segundo lugar, queda pendiente la cuestión de que a qué partes de la historia tiene realmente derecho el paciente en lo que se refiere a las precauciones que se prevén, por lo general en Derecho comparado, de evitar efectos contraproducentes para el propio paciente derivados de su acceso directo sin el filtro del médico (lo que estaría estrechamente vinculado con el proceso, que no necesariamente acto, de la transmisión de la información a que tiene derecho el paciente), como por las exigencias de este mismo de salvaguardar a su vez su propia intimidad, cuando en la historia se recogen apreciaciones subjetivas relativas a su paciente. Como hemos visto, la Ley General de Sanidad encomienda a los poderes públicos parte de esta tarea, pero no de modo absoluto pues únicamente se refiere a medidas para garantizar los derechos y deberes que el correspondiente precepto menciona (artículo 61), y en este caso se plantea la duda de si pueden introducirse restricciones de acceso no deducibles de la Ley; del referido precepto no se puede deducir alguna forma de restricción aplicable en la actualidad.

En cuanto a cómo conciliar el reconocimiento de acceso (‘estar a disposición’) a la historia clínica con la presencia en ella de determinados componentes eminentemente subjetivos del médico (apreciaciones subjetivas sobre la actitud o comportamiento del paciente, de sus reacciones, etc.), que podrían afectar a su propia intimidad (y aunque hay que insistir en que la Ley no distingue, sino que tan sólo encomienda la fijación de derechos y deberes a los poderes públicos), que también debe ser protegida, habría que tener presente la finalidad perseguida por el paciente al hacer uso de esta disponibilidad.

Si lo que pretende es estar informado, una vez terminado el tratamiento o, incluso, en el transcurso del mismo o de su ingreso en el hospital, no es suficiente para intentar negar su acceso alegando que, como derecho reconocido por la Ley General de Sanidad, dentro del catálogo de derechos que se reconocen a los usuarios (artículos 10.4 y 5), esa información corresponde al médico, que puede actuar de enlace entre paciente e historia clínica, por cuya razón

no estaría justificado que el paciente accediera directamente a la historia. Tampoco es suficiente, para negarle ese acceso, razonar que cuando es dado de alta el paciente tiene derecho al informe de alta, donde, entre otras informaciones que debe contener, figura un extracto de la historia clínica, por cuyo motivo esa disponibilidad se habría satisfecho por este procedimiento. No pueden aceptarse estas posibles argumentaciones, porque en dichos preceptos se recogen unos derechos del paciente diferentes del reconocimiento que incluye el artículo 61, sin perjuicio de estimar que aquellas previsiones legales dan cumplida respuesta en la gran mayoría de los casos a las pretensiones de los pacientes de obtener información adecuada. Sin embargo, para dar satisfacción a esa posible exigencia del paciente específicamente reconocida por la ley, deberá aportársele una copia de la historia, de la que se hayan eliminado únicamente las referidas apreciaciones subjetivas del médico, con el fin de proteger también su propia intimidad, salvo que consienta expresamente en su entrega. Esto supone admitir que la disponibilidad en esos casos no es directa, con el fin de poderla conciliar con el derecho del médico; pero tampoco tiene por qué ser éste el que aporte dicha información o copia, sino que podría corresponder al servicio de archivo del centro, sin perjuicio de la intervención del médico para asegurarse de que no se perjudica su intimidad o de que se le consulte previamente sobre el particular”.

Otra aportación de interés es la de CANTERO RIVAS²⁶, que dice al respecto: “Si se trata de la obtención de una información suplementaria personal, para satisfacer esa exigencia del paciente específicamente reconocida por la Ley (artículo 61 de la Ley General de Sanidad y apartado 5.6 del Anexo I del Real Decreto 63/1995 de 20 de enero), deberá aportársele una copia de la historia clínica de la que se hayan eliminado únicamente las apreciaciones subjetivas del médico y las informaciones de terceros, con el fin de proteger su propia intimidad, salvo que consientan expresamente en su entrega.

Si lo que se pretende es la continuación o inicio de un tratamiento en otro centro o con otro profesional, en este caso, de los intereses en conflicto prevalece la salud del paciente sobre su derecho a la información, por lo que deben buscarse fórmulas de conciliación de los intereses del paciente y del facultativo que confeccionó los partes de la historia clínica en la que constan sus apreciaciones subjetivas, las cuales pueden o deben de ser de gran utilidad para el nuevo facultativo que tenga a su cargo al paciente. De este modo, si el paciente quiere hacer uso de su disponibilidad sobre la historia clínica, se remitirá copia íntegra de la historia al médico o centro sanitario correspondientes, quienes deberán hacer uso reservado de los componentes subjetivos del primer facultativo tratante, por venir obligados también en relación con el colega por el secreto profesional (artículos 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo y 61 de la Ley General de Sanidad.

Si el paciente, no obstante, solicita que sea entregada directamente al mis-

(26) CANTERO RIVAS, *Cuestiones relativas a la historia clínica (II)*, *La Ley*, número 4126 de 1996 (19 de setiembre), páginas 14 a 16.

mo la historia clínica, se le podrá entregar el extracto en los términos apuntados en el primer apartado del presente epígrafe”.

3. Ahora bien, no cabe ignorar la estrecha relación que existe entre el derecho del paciente a conocer el contenido de su historia clínica, e incluso a poseer un ejemplar de ella, con los límites del derecho del paciente a ser informado; o, dicho de otro modo, con el deber del médico de informarle.

No entro en esta última cuestión, pero es inevitable señalar que el deber de información del médico, que tanta literatura ha originado y que tantas sugerencias permite, debe ser referido a las características de cada caso concreto, en los términos -a mi juicio impecables- en que lo hace el artículo 11, en sus apartados 4 y 5, del Código de Ética y Deontología Médica.

Dicen esos apartados:

“4. En principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de responsabilidad del pronóstico más probable. Lo hará también al familiar o allegado más íntimo o a otra persona que el paciente haya designado a tal fin.

5. En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave. Aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro”²⁷.

Si se acepta ciegamente la tesis extrema de que el paciente tiene derecho a conocer la totalidad de su historia clínica, puede darse un curioso contraste entre tal derecho innegable como principio con la razonable práctica médica (que no por serlo deja de constituir un criterio jurídico en sentido estricto) de no dar a conocer al paciente determinadas circunstancias de su enfermedad, o pronósticos sobre su curso, en los términos del artículo del Código deontológico que acabo de mencionar.

Repárese en que en no pocos casos podemos hallarnos en presencia de un conflicto entre un “deber jurídico” del médico y otro “deber” (que también puede ser jurídico, en cuanto integrante de la *lex artis*), en la medida en que la entrega de la totalidad de la historia clínica al paciente puede vulnerar los principios de “delicadeza”, “circunspección” y “oportunidad” a que antes he hecho alusión.

4. En todo caso, parece obvio que lo que el médico, o en su caso el centro, deben proporcionar al paciente es una copia de la historia clínica (eventualmente de una parte de ella), puesto que el original debe permanecer en manos de su propietario, disponible sólo para la autoridad judicial en los supuestos en que se le deba aportar.

(27) El artículo 11.1 del borrador de revisión de este Código dice así: “Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre la prevención, el diagnóstico, el pronóstico y las posibilidades terapéuticas de su enfermedad; y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de modo comprensible. Respetará la decisión del paciente de no ser informado, y comunicará entonces los extremos oportunos al familiar o allegado que el paciente haya designado para tal fin”.

V. El secreto sobre la historia clínica y sus límites

1. Es una condición inherente a la historia clínica la de su reserva o secreto. En último término, como consecuencia del derecho a la “confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso (el del paciente) y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público” (artículo 10.3 de la Ley General de Sanidad). Dicho en otros términos, es un efecto natural del deber de secreto profesional que pesa sobre el médico (y en general sobre el personal sanitario)²⁸.

No obstante, disposiciones legales expresas (por obvias razones de sentido común) admiten ciertas formas de utilización de la historia clínica distintas del “uso natural” de la misma que hemos contemplado en el capítulo III de esta ponencia.

Es un caso razonable el de la utilización de la historia clínica con fines científicos o de investigación.

Ya el artículo 61 de la Ley General de Sanidad determina que la historia clínica estará disponible “a efectos de inspección médica o para fines científicos”, si bien se puntualiza que debe quedar plenamente garantizado el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica.²⁹

El decreto vasco de 1986 declara asimismo que, no obstante el carácter de confidencial que tiene la información contenida en la historia clínica, se tendrá acceso a ella cuando el motivo de la consulta sea la investigación o la docencia, sin perjuicio de que el solicitante deberá contar con autorización expresa de la Dirección del centro. En el caso de que no conste la autorización previa del paciente o persona legalmente responsable a tal efecto, la Dirección del centro deberá solicitarla a tal paciente. Y añade la norma que, “una vez realizada la consulta, la información obtenida deberá ser redactada de manera que no pueda relacionarse con la identidad de las personas a quienes correspondían las historias clínicas consultadas”³⁰.

No se le escapa al decreto del Gobierno vasco la posibilidad de que la información sobre la asistencia sanitaria prestada a un paciente pueda ser pedida por los representantes de las entidades pagadoras de esa asistencia sanitaria.

(28) No me ocupo de las cuestiones relativas al tratamiento informatizado de datos médicos o clínicos, por exceder de los propósitos de este trabajo. Contiene extensas y documentadas consideraciones al respecto el trabajo de ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ titulado, *Implicaciones jurídicas de la historia clínica*, edición policopiada que recoge la aportación de este autor en “Jornadas de Diario Médico: La responsabilidad civil y penal de los médicos”, Madrid, 1997.

(29) Se advierte a continuación que “los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes”.

(30) Similar prevención se establece en el decreto valenciano de 1988, cuando en su artículo 4º, párrafo segundo, se dice: “Igualmente, se permitirá el acceso a las mismas para la obtención de la información estadística sanitaria, de las actividades relacionadas con el control y evaluación de la calidad de la asistencia prestada, de la revisión del rendimiento asistencial, de las encuestas oficiales o de propósitos educativos y de programas de investigación. En todos estos casos quedará plenamente garantizado el derecho del paciente a su intimidad personal y familiar; el personal que acceda a estos documentos ha de guardar el sigilo profesional”.

ria. Pero aunque el artículo 7º.2.c) establece la posibilidad de proporcionar esa información, repárese en que la norma se refiere a la información sobre la asistencia sanitaria, que desde luego no implica el conocimiento de la historia clínica.

De otro lado, la utilización de las historias clínicas puede ser también oportuna a efectos de planificación sanitaria o estadística, hipótesis que contempla el apartado d) del mismo artículo 7º.2 del decreto vasco. Y a tal efecto se establece que el Departamento correspondiente tiene derecho a la información contenida en las historias clínicas, “mediante el personal acreditado al efecto”. Aunque la norma no lo dice, parece obvio que, al igual que ocurre con la utilización para fines docentes o de investigación, la información obtenida deberá ser usada de forma que no pueda ser relacionada con la identidad de las personas a quienes correspondan las historias consultadas³¹.

2. El principio de secreto de la historia clínica ha suscitado el problema acerca de sus posibles límites cuando se trata de una investigación judicial.

En efecto, la historia clínica puede desempeñar un papel importante, como prueba documental, en variados tipos de juicios. Desde los de carácter penal, en que sea acusado el propio facultativo o un equipo médico, o el paciente, o incluso un tercero, hasta un procedimiento laboral en que se halla en juego la calificación de una enfermedad o de una muerte, pasando por los casos civiles en que se discute sobre responsabilidad, bien sea contractual o extracontractual, o sobre una póliza de seguro y sus efectos.

A continuación reproduzco, en síntesis y con las oportunas actualizaciones, lo que escribí al respecto en 1987³².

a) Desde luego, el supuesto que más preguntas plantea es el de la causa penal.

Aquí, lo primero que debemos señalar es el enfrentamiento de dos principios constitucionales cuya conciliación no es nada fácil.

De un lado está el deber derecho de secreto profesional, que se consagra en el artículo 24.2 de la Ley Fundamental y que prevé una Ley reguladora de la materia, todavía no dictada. Ley, que, por cierto, deberá respetar el “contenido esencial” de ese derecho, de conformidad con el artículo 53.1 de la Constitución.

A este respecto, es menester señalar que la situación actual del derecho al secreto profesional en España no puede ser más lamentable. Urge una adecuada reglamentación de esta materia, sin perjuicio de que el derecho en cuestión pueda ser invocado como directamente aplicable al caso concreto, a falta de Ley reguladora.

Por otra parte, como susceptible de quebrar el derecho-deber de secreto

(31) El decreto del Gobierno valenciano de 1988 declara en su artículo 4º que las historias clínicas “únicamente podrán ser retiradas de la institución por mandamientos judiciales”. Añade la norma que cualquier otra consulta de la historia clínica requerirá el consentimiento escrito del paciente o de su representante legal.

(32) DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Problemas legales...* (debe puntualizarse que me refiero a la obra colectiva publicada en Murcia, 1987, ya citada, a fin de evitar confusiones).

profesional, ante un caso concreto, está el deber de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso, norma del artículo 118 de la Constitución que luego se ha reproducido en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2 de julio de 1985; regla que, no obstante, dice que ese deber de colaboración ha de ser “en la forma que la ley establezca” y “con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”, lo que podría constituir, en nuestro caso, una reconducción hacia el respeto al derecho de secreto profesional, tanto más cuanto que la misma Ley Orgánica dispone en su artículo 7.1 que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución (circunstancia del artículo 24) vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”³³.

Si nos trasladamos a la Ley de Enjuiciamiento criminal, hallamos en primer término un precepto sobrecogedor para el médico. Se trata del artículo 262, que, después de haber establecido en su párrafo primero el deber de denuncia que incumbe a quienes por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, dispone en el tercero que “si la omisión de dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviesen relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250”³⁴.

De otra parte, debe invocarse la dispensa de la obligación de declarar, que el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, atribuye entre otros, al abogado del procesado y el 417 extiende a los eclesiásticos sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de su ministerio y a los “funcionarios públicos....cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar”. Obsérvese que la norma habla específicamente de los “funcionarios públicos”, concepto que a mi juicio no admite una interpretación extensiva ni una aplicación analógica.

Pero fuera de los casos previstos de forma expresa en estas normas, hay que tener presente que negarse injustificadamente a la entrega de una historia clínica en un proceso podría constituir delito de desobediencia grave a la autoridad, del artículo 556 del Código Penal. Y ciertamente hay que tener en cuenta, por el contrario, que en el supuesto en que quien se niega a prestar la debida cooperación para la administración de justicia es un funcionario, nos hallamos ante otra forma específica de desobediencia y denegación de auxilio,

(33) De otro lado, no conviene olvidar un precepto quizá no suficientemente resaltado de la misma Ley Orgánica, que es el del apartado 1 de su artículo 11, al decir en su inciso segundo que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

(34) Ciertamente es que esta sanción tiene carácter disciplinario y simbólico por su cuantía (sin perjuicio de que la omisión pudiera producir, como tal, responsabilidad con arreglo a las leyes, según advierte el último párrafo del precepto), pero es preciso señalar que se trata de una regla -la mencionada- que no sólo no respeta el secreto profesional del médico, sino que lo obliga realmente a delatar. Y en unos términos tan amplios que pueden llevar a situaciones realmente insólitas, si el precepto se acatara absolutamente en todo caso.

penada en el artículo 410 del Código Penal; y que aquí sí entraría el caso de negativa a aportar al proceso un documento como es la historia clínica.

Pero, en definitiva, la contemplación de éstas y otras disposiciones legales -por otra parte de inevitable cita- acaso no sea sino incurrir en la típica situación de que los árboles no dejen ver el bosque, pues de lo que se trata en suma es de determinar el alcance del secreto profesional, en términos generales³⁵.

El problema se ha planteado sobre todo en cuanto al deber de declarar en juicio. La doctrina, como sintetiza BATLLE³⁶, se divide en opiniones acerca de si incumbe al médico decidir si debe o no prestar declaración, o bien esa obligación se deduce del conjunto de normas del ordenamiento jurídico, considerando que es de rango superior el bien de la colaboración para la persecución de los delitos.

IGLESIAS CUBRÍA³⁷ es de la opinión de que en las causas penales, en concreto, y supuesta la pertinencia de la pregunta, el médico no puede negarse a declarar al amparo de su secreto profesional, a diferencia del abogado y procurador del reo, y de su confesor. Y lo dice, desde luego, porque la Ley de Enjuiciamiento criminal no contempla la excusa para el médico.

Sin embargo, a mi juicio, el asunto obliga a un planteamiento acorde con la Constitución, como ley de leyes, y con la valoración sociológica del secreto profesional del médico, en el que existe un interés no ya de clase, sino público.

Con algunos matices, se trata de un problema parecido al secreto profesional del periodista ante los Tribunales³⁸.

En mi opinión, la preservación del respeto al secreto profesional del médico tiene sólido asiento en el interés social, que bien puede pagar el precio de alguna eventual limitación en la administración de justicia a cambio de una reserva que es inherente a esa profesión y que, de verse violentada, traería consigo inevitablemente una depreciación de la relación médico-paciente y, a la larga, una desnaturalización de la propia historia clínica, pues sería el mismo médico el que omitiría en ella circunstancias y datos que un buen proceder profesional requiere que se mencionen.

(35) Es y ha sido ésta una cuestión muy controvertida, en la que, como dijo SAVATIER, existe riesgo de caer en exageradas interpretaciones.

(36) BATLLE (Georgina), *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, 1972, página 77.

(37) IGLESIAS CUBRÍA, *El derecho a la intimidad*, Oviedo, 1970, página 83.

(38) A tal efecto, merece mención porque no se trata de nada ajeno a la cuestión que nos ocupa, sobre todo a la luz del artículo 24 de la Constitución la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1934. El periodista Julián Zugazagoitia había conocido los datos relativos a un complot contra el Jefe del Estado (era durante la II República), e hizo saber al Juzgado su información cuando fue requerido para ello. Preguntado por el Juez para que manifestara qué persona le había dado tales datos, el procesado, entendiendo que violaba su secreto profesional, se abstuvo de revelar el nombre; requerido de nuevo bajo el apercibimiento de ser procesado por desobediencia, insistió el periodista en su negativa, por lo que se dedujo testimonio por el delito de desobediencia grave, del que fue absuelto por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida, haciendo expresa alusión a que el procesado se había inspirado en el deseo de no causar los perjuicios que pudieran sobrevenir a la persona que confidencialmente le había dado la información.

Si tenemos presente que la Constitución, en su artículo 20.1. d), reconoce el derecho al secreto profesional de los periodistas, de forma que, aunque falta el desarrollo legal, el contenido esencial de la futura normativa resulta suficientemente matizado en el texto constitucional (como opina GÁLVEZ³⁹), preciso es coincidir con la opinión del senador señor Unzueta cuando en la discusión del artículo 24.2 ponía de relieve que fuera de la Ley de Enjuiciamiento criminal y del secreto de los profesionales de la información en la propia Constitución, quedan otros casos que la Ley debía modular conforme a las circunstancias, por lo que propugnaba que “a nivel constitucional exista una declaración de principio general que sea la salvaguarda de actividades que nos atreveríamos a calificar como consustanciales con la propia problemática inherente a la naturaleza humana con profesiones tan viejas prácticamente como el hombre⁴⁰”.

Aunque, como dice ALMAGRO⁴¹, el último párrafo del citado precepto puede ser entendido como deseo de contener dentro de la legalidad la excusa justificada al deber de declarar -tesis que nos parece poco sólida- y a pesar de que, como añade el mismo autor, no contiene el mandato constitucional ninguna directiva específica para el legislador, entiendo que la genérica expresión “secreto profesional” (que desde luego no puede convertirse en patente de corso para todo el mundo) tiene que acoger la actividad del médico, tan receptor de confidencias como el abogado o el sacerdote, confidencias que se le hacen en razón a una multiseccular visión del profesional de la Medicina como alguien digno de recibir lo más íntimo de nuestra personalidad.

Llevadas estas consideraciones al caso de requerimiento judicial de una historia clínica que puede revelar un elemento de inculpación para el paciente, entiendo que no es descabellado que el médico niegue su entrega al amparo del artículo 24.2 de la Constitución. Sin perjuicio de que, naturalmente, sea de desear y urja una ley que expresamente lo establezca.

Al menos, estimo que el médico puede negarse a revelar aquella parte de la historia clínica que realmente constituya confidencia que el profesional recibe del paciente o valoración que sobre la personalidad de éste formule el médico, lo que dejaría en el terreno de la duda los extremos objetivos procedentes de la exploración y exámenes que el facultativo realiza y los relativos al diagnóstico, tratamiento y evolución de la enfermedad⁴².

(39) GÁLVEZ, al tratar de aquel precepto en *Comentarios a la Constitución*, de GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1980, página 269.

(40) *Diario de sesiones del Senado*, número 44, de 25 de agosto de 1978, páginas 1980 y siguientes.

(41) ALMAGRO, en su glosa al artículo 24 de la Constitución, dentro de *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por ÁLZAGA, tomo III, Madrid, 1983, página 60.

(42) Téngase en cuenta que el concepto del secreto médico es amplísimo. Una descripción que me parece muy afortunada es la de NAVILLE (*Le secret professionnel des médecins*, en *Droit et vérité*, Ginebra, 1946, páginas 91/92), cuando dice: “Será secreto en principio todo aquello cuya divulgación puede perjudicar a los intereses de terceros, que se trate de cosas que el médico tenga comprobadas, vistas, oídas, captadas, adivinadas, inducidas, deducidas, supuestas, sospechadas, incluso si son ignoradas por el enfermo. El médico puede lesionar los intereses de ter-

No se me oculta, ciertamente, que en muchos casos el interés por la obtención de la historia clínica puede estar orientado a la averiguación de eventuales responsabilidades del médico (o, en el caso del hospital, de otros sanitarios o del establecimiento mismo), lo que podría significar que bajo el amparo del secreto médico se ocultara un intento de impunidad, pero en atención a estas hipótesis -con independencia de lo que luego diré de la no obligación de autoinculparse- me permito sugerir que en una futura regulación legal del secreto médico se establezca la posibilidad -que hoy no admiten nuestras leyes procesales- de que sea el Juez el que, a la vista de la historia clínica en su conjunto, determine qué parte de ella es secreto profesional relativo al paciente (para mantenerlo oculto a terceros) y cuál, por el contrario, se refiere a la actuación del médico, de sus auxiliares o del centro sanitario y que acaso podría revelarse por no afectar a la confidencialidad de la relación médico-enfermo⁴³.

Lo dicho en nada se ve alterado por la circunstancia de que el médico desarrolle su actividad en un hospital que, como institución, conserva y archiva las historias clínicas de todos sus clientes.

Antes hemos visto cómo son numerosas las disposiciones legales que obligan al centro al deber de “confidencialidad”, que no es sino una manifestación de “secreto profesional”, aunque ahora aplicado a un establecimiento y no sólo al médico mismo. Y no exclusivamente por ese motivo, sino porque al entregar el médico al hospital la historia clínica le “transfiere” su propio deber de secreto, estimo que el centro podría hallarse dotado de los mismos argumentos que el profesional para negarse a suministrar al Juzgado, incluso en causa criminal, los datos de aquel documento o al menos los que constituyen confidencia recibida del paciente o de otras personas sobre él.

Cuando el hospital es dependencia de la Administración Pública podría invocarse en contra el artículo 105, apartado b) de la Constitución, que prevé la regulación por ley del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, pero es menester observar que se dejan a salvo las excepciones relativas a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Esta última reserva disipa las dudas, a mi juicio, independientemente de que por reducción al absurdo -de interpretarse de otro modo el precepto- podía darse el caso de que no fuera el Juez sino cualquier ciudadano (palabras del texto) quien pretendiera conocer la historia clínica de otro.

Por otra parte, hay que tener presente que el deber de colaboración con los

ceros divulgando, no solamente lo que se relacione con su estado de salud, sino cuestiones morales, familiares, económicas, materiales, comerciales”.

(43) En esta línea se hallan, por ejemplo, algunas decisiones judiciales en Estados Unidos. El “privilegio” del secreto médico, muy respetado en aquel país, conduce con frecuencia a la resolución del Tribunal de que si se aportan historias clínicas a un proceso debe ser garantizando el anonimato de los pacientes. Y en la mayor parte de los casos suele ser para comprobar, a la vista de las historias clínicas de un médico, la existencia o no de negligencia en el profesional. Información tomada de *Medical records and hospital reports*, de BROMERG y HIRSH, en “*Medicine and Law*”, 1982, páginas 253 y siguientes.

Jueces y Tribunales, impuesto a todas las personas y entidades públicas y privadas por el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, está afectado por las expresas excepciones de lo establecido en “la Constitución y en las Leyes”. Y a la Constitución precisamente apelamos en el caso que nos ocupa.

En fin, es digno de sopesarse otro argumento. Sabemos que por desgracia es práctica frecuente que muchas causas criminales se promueven en el solo objetivo de allegar datos para un ulterior juicio de otra naturaleza (por ejemplo civil o laboral), aprovechándose el querellante de las mayores posibilidades de indagación que el proceso penal supone. Sería un despropósito que quien intenta una reclamación civil, por ejemplo, pudiera por la vía del proceso criminal obtener una información (de absoluta reserva) que por otro camino procesal no podría conseguir.

Dentro de este mismo terreno del proceso penal, me limito a apuntar la posibilidad de que no sólo el médico, sino también el hospital como “depositario” del secreto profesional de aquél, puedan negarse a suministrar al Juzgado historias clínicas que contengan elementos de los que resultare la inculpación del propio profesional. Si es principio constitucional el derecho de la persona a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (artículo 24.2, párrafo primero), acaso no fuera descabellado sostener la negativa a la entrega.

La construcción sería la siguiente: aunque la Constitución habla del derecho a “no declarar” contra uno mismo, esa expresión, que literalmente se entendería como “manifestarse verbalmente”, puede interpretarse de modo muy racional como derecho a no autoinculparse y, en consecuencia, a no tener que aportar pruebas que incriminen al interesado.

ALMAGRO NOSETE, en el lugar antes citado, dice: “Ahora bien, el nuevo precepto constitucional significa un ‘salto hacia adelante’, que no pasa por una situación intermedia: la de reconocer constitucionalmente que los ciudadanos no tienen obligación de declarar contra sí mismos, ni por supuesto de confesarse culpables; o en otras palabras, que pueden invocar a su favor una exención del deber cívico de declarar cuando se refieran a hechos que los puedan perjudicar. No. La Constitución convierte en derechos públicos subjetivos estas exenciones”⁴⁴.

(44) Y en la obra *Doctrina y jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento criminal* de VÁZQUEZ IRUZUBIETA y otros, Madrid, 1986, comentando el artículo 385 de la citada Ley, página 468, se lee: “La facultad del Juez no contradice el derecho de defensa ni es incompatible con él. Existe una colisión de intereses; por un lado, el interés público y social de favorecer la investigación de todo hecho punible para sancionar al culpable le autoriza para el uso de todos los medios no prohibidos por la Ley que lleven al esclarecimiento de la verdad; por otro lado, el interés individual del culpable de no declarar contra sí mismo y no aportar pruebas que le perjudiquen le facultan para guardar silencio, de acuerdo con los artículos 17-3º. y 24-2º de la Constitución, en relación con el 520 de esta Ley. Los preceptos constitucionales citados estimamos que han derogado el artículo 395, en que se prohíbe al procesado excusarse de contestar a las preguntas que le dirija el Juez. El procesado no puede ser compelido a declarar nunca; de aquí que le sea inaplicable lo establecido en el artículo 420 para los testigos, quienes tienen el deber de cooperar con la administración de justicia, obligación que no recae sobre el imputado, a quien no le puede exigir que aporte pruebas en su propio perjuicio”.

Cabe formular la propuesta de que el hecho de que la historia clínica se halle en poder del hospital obliga a éste a pedir al médico la correspondiente autorización para aportar al Juzgado la historia clínica requerida, en tanto en cuanto el verdadero titular del derecho al secreto médico es el profesional concreto que extiende aquel documento, secreto del que -como arriba sugería- puede considerarse que el hospital no es más que un “depositario”; tesis que no contradice la idea de que la historia clínica, como producto de una actividad, sea propiedad del establecimiento a todos los demás efectos. No obstante, sabemos que la práctica no es ésta.

ROMEO CASABONA no participa del todo de este criterio sobre el riesgo de autoinculpación⁴⁵, pues dice:

“Más problemático parece cuando la entrega de la historia a la autoridad judicial ocurra en un proceso en el que se inculpa al médico, probablemente por una supuesta negligencia en relación con algún paciente suyo (precisamente, el sujeto de la historia clínica). Se razona en ocasiones que el médico no está obligado a entregarla, apoyado en el derecho fundamental de no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 de la Constitución), y que el centro sanitario tampoco, en cuanto mero depositario de aquélla. Sin embargo, no parece que de la entrega de la historia clínica pueda deducirse una autoinculpación para el médico, pues la historia, y lo que de ella se interprete, es un elemento más que junto con otros elementos de prueba llevará o no a la convicción del juez de la culpabilidad del profesional. Además, por parte del paciente existe el derecho, también fundamental, a obtener la tutela efectiva de los tribunales y jueces en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (artículo 24.1 de la Constitución). Finalmente, he defendido más arriba que frecuentemente el centro sanitario no es un mero depositario de la historia clínica, sino su propietario, y a éste no cabe duda de que no le afectan las posibles restricciones de entrega comentadas. Esto significa que en estos casos es legítimo el acceso a la historia clínica íntegra.”

b) Más claro me parece el supuesto de los juicios civiles, laborales o contencioso-administrativos.

Los casos pueden ser numerosísimos. Piénsese en un juicio sobre responsabilidad por un accidente, en que la personalidad del causante del daño haya podido tener relevancia. O un pleito sobre filiación, en que el médico puede contar con datos confidenciales y decisivos para el resultado del proceso, como la impotencia para engendrar del presunto padre. O en un proceso de divorcio, en el que a un cónyuge le interesa conocer y hacer conocer la historia clínica psiquiátrica del otro consorte.

El artículo 1.247 del Código civil declara inhábiles para ser testigos a “los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado”.

Ahora bien, aquí no nos hallamos ante una prueba testifical, sino docu-

(45) Op. cit., página 17.

mental, como sería la certificación de la historia clínica solicitada por una de las partes en el juicio.

En cuanto a la prueba consistente en documentos, la Ley de Enjuiciamiento civil no prevé el caso de exención del deber de presentarlos, limitándose a decir que cuando se trate de documentos propiedad de alguien que no sea parte en el pleito, el Juez determinará si su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Ahora bien, si como antes hemos visto no puede ser obligado a declarar como testigo quien esté sujeto al secreto profesional, parece obvio que debe poder excusarse de presentar documentos quien se halla en la misma situación, pues sería absurdo que por causa de la diversa modalidad de la prueba se llegase a resultados contradictorios.

En consecuencia, estimo que en los juicios que ahora nos ocupan -en que, a diferencia del proceso penal, no se halla en juego el interés público en sentido estricto- puede el médico (y desde luego el hospital) invocar el secreto profesional para no suministrar la historia clínica, a no ser que le conste por el mandamiento del Juzgado que es a petición del propio paciente.

Téngase presente que la Ley de Enjuiciamiento civil es supletoria de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ⁴⁶ formula interesantes reflexiones sobre el secreto de la historia clínica y el posible conflicto cuando la requiere un órgano judicial.

Al comienzo de su trabajo, dice:

“a) Hoy día se reclama, con urgencia, una regulación adecuada del secreto profesional, única garantía de protección y defensa de los médicos ante una creciente demanda social de información de datos relativos a la salud que, en ocasiones, pueden comprometer su deber de sigilo quebrantando la confianza que en él deposita el paciente”⁴⁷.

Tratando sobre el secreto profesional del médico y sus relaciones con la historia clínica, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS señala:

“a) La confidencialidad de la información sanitaria, relativa a las condicio-

(46) Op. cit., páginas 3, 30 y 32 y 36 a 39, entre otras.

(47) Más adelante, al referirse a la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre datos médicos, de 13 de febrero de 1997, el autor la resume así: “En ella se ponen de relieve tres principios básicos para la incorporación de datos personales a las historias clínicas. 1º) Escrupuloso respeto al principio de reserva de Ley. Todas estas cuestiones, por su excepcional importancia para la persona y para la sociedad, deben estar previstas en Leyes, con las garantías que ello comporta, y no en normas de nivel meramente reglamentario. Sobre todo, como establece la Recomendación, cuando se trata de establecer excepciones al consentimiento del paciente. 2º) Toda información relativa a los datos médicos del paciente, en especial los que afectan de manera directa a su intimidad, debe ser obtenida, tratada y custodiada por profesionales de la salud. 3º) En casos excepcionales y para intereses generales muy relevantes, previamente fijados por la Ley, se podrá prescindir del paciente para la utilización de sus datos sanitarios en beneficio de la sociedad. Procurando, siempre que sea posible, su despersonalización. Como vemos, la situación española, sobre todo en lo que se refiere al respeto de principio de reserva de Ley en la regulación de las historias clínicas, está lejos de ser satisfactorio”.

nes de salud de los ciudadanos, debe abordarse, a nuestro juicio, desde una perspectiva más general, siendo las implicaciones penales una manifestación más del tema y, en muchas ocasiones, no las más importantes: los problemas de los médicos suelen surgir en este campo no tanto de un quebrantamiento voluntario del secreto, sino más bien de una resistencia, fundada en sólidos principios éticos, a revelar las confidencias de su paciente.

Al respecto, nuestra Constitución de 1978 califica como un derecho fundamental, con las inherentes garantías de protección que ello implica, el derecho a la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen (artículo 18.1). Se une así nuestra Constitución a una corriente universal de protección de la intimidad o privacidad de las personas que, como determina expresamente su artículo 10.1, supone un reconocimiento explícito a la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes, condición necesaria para el desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos.

Por lo que ahora nos interesa, debemos recordar, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Auto de 11 de diciembre de 1989), que el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental.

Podemos decir, ya, desde este punto, que la información confidencial derivada de las relaciones médico-enfermo, además de encontrar sus fundamentos en normas corporativas inherentes a la profesión, se ve hoy día protegida, con la mayor energía que el Derecho puede otorgar, por la propia Constitución.

Si bien es cierto que una muy reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que no hay derechos absolutos, ni siquiera en el plano de los derechos fundamentales, entendemos que una limitación de la intimidad derivada de las relaciones médico-paciente ha de estar justificada -además de la imprescindible motivación- “por intereses generales de especial trascendencia y significación”.

Entrando ya en la médula del problema que nos ocupa, el autor dice:

“Así, en lo que se refiere a la colaboración con la Administración de Justicia, la doctrina más autorizada considera que el médico, cuando se encuentre ante la tesitura de tener que prestar declaración acerca de hechos relativos a la intimidad del paciente, debería ponderar qué deber ha de prevalecer. Para ello, recuerda la doctrina más segura, es importante calibrar los intereses concernidos: de un lado, el valor del derecho a la intimidad del enfermo y, de otro, el valor de una correcta administración de justicia, en cuyo apartado no puede obviarse, claro está, la entidad del bien jurídico tutelado por el tipo delictivo que se enjuicia en la causa penal”.

Reconociendo la dificultad inicial del problema por los intereses en conflicto, intentaremos hacer -añade el autor- algunas puntualizaciones:

- “Como principio, el médico no vendrá obligado a revelar a la autoridad

judicial los hechos, presuntamente delictivos, de los que ha tenido conocimiento en el ejercicio de su relación profesional con el paciente, debiendo prevalecer, al menos inicialmente, el derecho a la intimidad y confidencialidad de la información recibida en el ejercicio estricto de la profesión.

- Los límites del secreto profesional del médico no deberían quedar al arbitrio particular, en cada caso concreto, de un determinado Juez o Tribunal, siendo necesaria una intervención del legislador para determinar en qué casos, y en razón de qué tipo de delitos, el médico no podrá excusarse en el secreto profesional para no declarar como testigo.

- Cuando las autoridades judiciales demandan la entrega de la historia clínica de un paciente para incorporarla, en bloque, a un procedimiento judicial, el médico tendrá derecho a exigir que se precise qué informes o datos de la historia clínica se consideran necesarios por la autoridad judicial, para el buen fin de la investigación. No existe, a priori, un deber de entregar, sin motivación judicial suficiente, la totalidad de la historia clínica de un paciente o un grupo de pacientes.

- Cuando los médicos entregan información confidencial relativa a un paciente, en virtud del oportuno mandamiento judicial, deben advertir a los depositarios de la información de la especial obligación de sigilo y reserva que asumen con su custodia. Trasladándose al ámbito de la Administración de Justicia las eventuales responsabilidades por negligencia en la defensa de la confidencialidad.

- La entrada y registro, acordados por orden judicial, en un centro médico, con objeto de incautar historias clínicas relacionadas con un posible delito, deberán venir precedidos de la necesaria motivación en la que se pondere la gravedad de los hechos denunciados, no siendo, a nuestro juicio, compatible con las garantías constitucionales una entrada y registro incondicionados o carentes de la previa y necesaria motivación.

- En caso de duda, el médico, cuando no pueda discernir en conciencia el interés prevalente y siempre que sea requerido judicialmente para ello, deberá pedir a la autoridad judicial que lo dispense del deber de secreto profesional.

Esta situación, de extrema relevancia en el caso de ciertas especialidades médicas, psiquiatras, psicólogos, ginecólogos, etc., ha sido estudiada recientemente por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el *Mary Lu Redmond*. En él, ante una denuncia por homicidio, los Jueces han dado prevalencia al derecho al sigilo de un psiquiatra respecto a las confidencias de su paciente sobre el deber de denunciar estos hechos ante el Tribunal. El argumento de los Jueces ha sido rotundo: en estos momentos resulta de especial importancia para el pueblo americano que sus ciudadanos tengan la absoluta garantía de que sus confidencias a los psiquiatras no van a ser difundidas⁴⁸. ”

(48) El autor sostiene que en el Derecho español la eventual negativa del médico supondría, al menos, un supuesto de estado de necesidad, previsto en el artículo 20. 5 del Código penal como una circunstancia que exime de la responsabilidad criminal. Añade: “Deberán valorarse, en

CANTERO RIVAS ⁴⁹, aunque muestra sus reservas en cuanto a las causas penales, considera que procede la entrega de la historia clínica, a requerimiento judicial, en los juicios civiles o contencioso-administrativos.

No considero inoportuno señalar que, según propia experiencia, he conocido casos en que la Administración tributaria ha negado a un órgano judicial datos fiscales sobre uno de los litigantes. Por otro lado, en la mente de todos está el levantamiento judicial del secreto en el conocido caso de los “papeles del CESID”. Quizá no estén de más estos apuntes.

3. Corresponde ahora hacer algunas consideraciones sobre la sanción jurídica de la vulneración del deber de secreto sobre la historia clínica y su contenido.

Desde luego, la vulneración de este deber de secreto, referido a la ilegítima publicidad de una historia clínica, puede constituir un ilícito penal, a la luz del artículo 197.2 del Código penal de 1995, tipo agravado en el apartado 5 del mismo artículo cuando los datos utilizados afecten a extremos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual de la víctima, entre otros casos, hipótesis en la que las penas se impondrán en su mitad superior.

Pero no es a la tutela penal de la confidencialidad de la historia clínica a la que ahora quiero referirme, sino a la tutela civil. En este ámbito, la violación del deber de secreto puede dar lugar a responsabilidad contractual (artículos 1.101 y concordantes del Código civil) o extracontractual (artículos 1.902, siguientes y concordantes del mismo cuerpo legal).

Esto, sin tener en cuenta, además, la particular protección que al paciente brinda la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, que en su artículo 28 establece un régimen de responsabilidad objetiva, según interpretación mayoritaria de la doctrina y con acogida en la jurisprudencia⁵⁰.

De otro lado, téngase presente además el sistema de tutela adicional establecido en la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵¹.

Constituye un ejemplo jurisprudencial de lo que digo la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1997⁵².

Los hechos probados, según la propia resolución, fueron: a) con fecha 6 de

cada caso concreto, los intereses en conflicto y las razones invocadas por el médico, para determinar si la circunstancia de estado de necesidad debe operar como exención total o parcial de la responsabilidad”.

(49) *Cuestiones ...* (II), cit.

(50) El apartado 2 de este precepto declara sometidos al régimen de responsabilidad del apartado 1, entre otros, los productos (entiéndanse incluidos los servicios) llamados “servicios sanitarios”; expresión en la que creo que no tienen cabida las reclamaciones contra actos de un médico, pero sí las imputables a un establecimiento sanitario.

(51) Su artículo 7, en el apartado 4, considera intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de la propia Ley “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”.

(52) Ponente señor Almagro Nosete.

julio de 1988, F.G.M. ingresó en el Hospital de la Princesa de Madrid para ser intervenido quirúrgicamente de un neuroma de Morton; b) F.G.M. informó al personal facultativo de su padecimiento del síndrome de inmunodeficiencia adquirida; asimismo se comunicó al hospital por el ambulatorio que asistió al paciente de sus padecimientos de infecciones sifilítica y hepatitis B; c) la historia clínica del paciente no ha sido entregada en el archivo del centro hospitalario desde que el paciente fue dado de alta, habiendo desaparecido de la secretaría, a la que ha tenido acceso el personal del citado servicio; d) personas desconocidas poseedoras del original o copias de la historia clínica han remitido comunicaciones anónimas al paciente y al director del establecimiento docente al que acuden a recibir instrucción los hijos del aquél, revelando aspectos esenciales de aquella.

El Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado Hospital de la Princesa, de Madrid, contra la sentencia de la Audiencia que la había condenado a abonar al actor cinco millones de pesetas.

La Sala, aparte de otras interesantes cuestiones que la sentencia suscita, declara la responsabilidad del centro sanitario, diciendo entre otras cosas: “De nuevo se utiliza la limitación en el traspaso de competencias o, en otras palabras, la ya tratada distinción entre titularidad y gestión, para plantear, ahora como tema de fondo, la infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil en relación con los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (motivo cuarto, artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento civil). Mas ya se ha explicado que, establecida mediante norma jurídica la titularidad a favor de la entidad que como demandada ha comparecido en autos, no se pueden hacer valer frente a los administrados las vicisitudes internas de la transferencia, pues desde que se acepta aquella titularidad se asumen los riesgos que comporta su ejercicio, sin que los problemas internos entre Administraciones públicas puedan crear zonas de inseguridad jurídica y mucho menos de impunidad, ya que el usuario del servicio está protegido por la Ley 26/1984 de 19 de julio, también respecto a prestaciones que deben dispensar los organismos públicos (artículo 1º) según anteriormente se razonó.

Son, por tanto, plenamente compartidos los criterios que ya expresó la sentencia de primera instancia que ratificó la apelada: las entidades titulares o gestoras de los establecimientos públicos responden no sólo de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados y dependientes, con fundamento en el artículo 1.903-4 del Código civil (sentencia de 5 de mayo de 1988), precepto del que se extraen consecuencias jurídicas similares a las obtenidas con base en una responsabilidad contractual reconocida en los artículos 1.101 y 1.106 del mismo Código, sino también de forma directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos, haciéndose preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores del instituto de la responsa-

bilidad, sin olvidar el soporte de la *aequitas*, aquí siempre conveniente, y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo.

La responsabilidad directa de los titulares y gestores de los establecimientos es, como reiterada jurisprudencia establece, además, solidaria entre sí con los autores directos de los hechos imputados en la esfera o círculo de actividades de la institución en que acaecen, por lo que la excepción de litisconsorcio debe ser igualmente desestimada, al no ser admisible en los supuestos de pluralidad de responsables en materia extracontractual (sentencias de 16 de marzo de 1971, 28 de mayo de 1982, 28 de enero de 1986 y 17 de octubre de 1987, entre otras). En consecuencia, el motivo sucumbe.”

VI. Ausencia de historia clínica o irregularidades en su confección. El uso de la historia clínica como elemento de prueba de la diligencia o de la culpa del médico (o del centro sanitario). Jurisprudencia

1. En este capítulo VI abordo situaciones que pueden entrañar responsabilidad -permítase la expresión- por causa de la historia clínica.

La primera de ellas, puede ser porque la historia clínica, simplemente, no existe. Otra posibilidad es la de que haya en ella irregularidades de tipo formal que permitan al órgano judicial argumentar por vía de presunciones. Por fin, la historia clínica es con frecuencia un elemento de inculpación del médico o del centro sanitario, por cuanto acredita su culpa o negligencia, aunque -en signo contrario- en otras ocasiones puede ser un elemento revelador de la falta de culpa del facultativo o del centro demandados.

Repárese en que la historia clínica, entre otros aspectos relativos a la responsabilidad, tiene importancia en tres: en cuanto recoge o no la información que el médico debe suministrar; en cuanto refleja o no el consentimiento que el paciente debe manifestar en ocasiones; y en cuanto al modo de actuar “técnico” del médico, esto es, a efectos de verificar si su actuación se ha ajustado o no a la *lex artis*.⁵³

A estos extremos me voy a referir en el presente capítulo, con invocación de algunas resoluciones judiciales interesantes al respecto.

2. Como ha sido dicho por reconocida autoridad⁵⁴, “la historia clínica es el mejor aliado o el peor enemigo del médico en juicio”.

En efecto, el valor probatorio de este documento puede acarrear la absolución del facultativo si su elaboración es la correcta (sobre todo, si se tiene pre-

(53) Naturalmente, no entro en ningún tipo de detalles sobre los sugestivos problemas del deber del médico de informar y sobre el llamado “consentimiento informado”. En la medida en que existe en ellos alguna mención a la historia clínica, cito los trabajos de SÁNCHEZ CARO, *El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles*, “La Ley”, número 3340 de 1993, páginas 941-961 del repertorio anual, y de PELAYO PARDOS, *El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales*, “Actualidad del Derecho sanitario”, número 15, marzo de 1996, páginas 179-192.

(54) John DONALDSON, Presidente del Comité de responsabilidad profesional de la Academia Americana de Otorrinolaringología (referencia tomada de “Diario Médico”, 24 de octubre de 1996). Se trata de la síntesis de una conferencia impartida por él en Madrid.

sente el principio jurisprudencial por cuya virtud no se presume la culpa del médico, corriendo a cargo del demandante la demostración de que la hubo); pero, en sentido contrario, puede ser un elemento determinante de su condena (si no como único, sí al menos unido a otras pruebas o indicios), cuando la historia clínica no existe, cuando ha sido defectuosamente confeccionada o, en fin, en la hipótesis en que de ella resultan datos significativos de que el profesional no se ajustó en su actividad a la *lex artis* exigible.

El mismo experto citado advierte de la particularidad de los problemas que van surgiendo cuando el médico trabaja en equipo, puesto que un concreto facultativo puede alegar que otro (dentro del mismo proceso de atención sanitaria) no dejó constancia de una circunstancia decisiva.

Asimismo, señala la importancia de alteraciones, enmiendas o tachaduras en la historia clínica, porque son hechos que pueden determinar la condena del médico.

Del mismo modo, también refiriéndose a la elaboración de una historia clínica de forma “progresiva” en el tiempo, el doctor DONALDSON señala que la diligencia del médico requiere que, si no está de acuerdo con el contenido de una historia, deje constancia del mismo con fecha y firma.

Pero, en definitiva, esta opinión no es sino justificada manifestación de un principio elemental: que en un determinado proceso patológico no exista historia clínica, o ésta sea incompleta, o esté manipulada (por tanto, no me refiero a cuestiones de fondo, es decir, a la corrección o incorrección técnica de un diagnóstico, de un pronóstico o de una terapéutica) pueden ser circunstancias bastantes para que el juzgador llegue a una convicción sobre la culpabilidad del médico, si bien no es probable que sea sólo por ese hecho sino como consecuencia de la valoración de otros elementos de prueba.

3. En nuestra jurisprudencia se encuentran pronunciamientos alusivos a la historia clínica, en muy variado sentido. En primer lugar me voy a ocupar de casos en que no existió historia clínica.

Por ejemplo, el resuelto por la sentencia de la Sala Primera de 2 de diciembre de 1996⁵⁵.

Si traigo a colación esta sentencia es porque (además de lo que se refiere a nuestra materia) contiene pronunciamientos que considero de notable importancia en punto a la responsabilidad civil del médico, en general.

El punto de partida de mis reflexiones consiste, cómo no, en la doctrina jurisprudencial, tan repetida, según la cual en casos de daños por actos médicos no se presume la culpa del profesional y, por tanto, no se produce la inversión de la carga de la prueba que, en términos generales, rige en materia de responsabilidad civil.

No es el momento de insistir en la descripción y en las causas de la hoy ya asentada doctrina jurisprudencial por cuya virtud, en presencia de un hecho dañoso, se presume la culpa del agente, corriendo a cargo de éste la necesidad de probar que en su actuación hizo uso de toda la diligencia exigible (es decir,

(55) Ponente: señor Almagro Nosete.

de que no incurrió en negligencia), o la de demostrar que el acontecimiento fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor (esto es, fenómenos excluyentes de la culpabilidad). Tampoco es cuestión de desarrollar esa otra doctrina jurisprudencial que, a modo de excepción al criterio general que acaba de exponerse, declara que en materia de responsabilidad civil del médico no es aplicable la presunción de culpa, como tampoco lo es la inversión de la carga de la prueba; con el inevitable corolario de que incumba al perjudicado probar la culpa del médico demandado.

Todos sabemos lo mucho que estos criterios se repiten en la jurisprudencia de la Sala Primera, circunstancia determinante del elevado número de sentencias absolutorias en demandas contra médicos. También sabemos que la particularidad a que acabo de referirme no es, frente a lo que algunos sostienen, un trato privilegiado para con los profesionales de la Medicina, sino que -al contrario- responde a un argumento que me parece incontestable: el de que en la actividad profesional en general, y en concreto en la del médico, no concurren los presupuestos, en definitiva las razones, que en su día dieron lugar al considerable viraje jurisprudencial conducente a la presunción de culpa del dañador.

Por fin, todos somos conscientes también de que existen motivos poderosos para tener en cuenta paliativos o moderaciones del principio de que en la actuación del médico no se presume su culpa y de que el que la sostenga debe probarla. Precisamente, a esto último se refiere la sentencia del Supremo que nos ocupa.

Con posterioridad al parto, la esposa y madre de los demandantes sufrió una fuerte hemorragia que obligó a localizar al ginecólogo demandado. Éste practicó en primer lugar un legrado, que no corrigió la efusión sanguínea, hasta el punto de que se hicieron precisas unas transfusiones. Como quiera que el flujo de sangre era considerable y el tiempo apremiaba sin corregirse la hemorragia, se sometió a la paciente a una extirpación del útero, que fue la que vino a cortar la hemorragia, si bien en un momento en que el cuadro clínico de la paciente presentaba ya síntomas inequívocos y fatales de una anemia intensa, que generó inexorablemente una anoxia cerebral, determinante a su vez de una encefalopatía que se manifestó con graves secuelas. Trasladada la enferma a otro centro sanitario, nada se pudo hacer para impedir que la paciente quedara con una tetraparesia espástica que afecta a sus extremidades; lo que provoca imposibilidad de deambulación, precisando una silla de ruedas, del mismo modo que la hace absolutamente dependiente de terceras personas para las actividades de la vida diaria.

La Audiencia había considerado necesario practicar prueba pericial para mejor proveer, pues la que debió hacerse en el período probatorio ordinario no se pudo ejecutar en absoluto, ante una negativa sospechosa de los peritos médicos que habían sido propuestos por las partes. La Audiencia, según recoge la sentencia del Supremo, había dicho que inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a me-

nos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello, añade la resolución, va reafirmando que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso -añade la sentencia-, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no sólo hace 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 demandados. Hasta aquí, lo que la sentencia del Supremo recoge de la Audiencia.

La Sala Primera razona sobre el curso de los acontecimientos acaecidos y considera que el informe pericial emitido en prueba para mejor proveer revela una actuación facultativa negligente, no por omitir los medios precisos, sino por haberlos adoptado absolutamente a destiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la gravedad del cuadro post-parto y, por otro, las propias circunstancias personales de la paciente. Recoge la Sala la apreciación pericial de que la actuación médica debió comenzarse a practicar desde el momento mismo en que se tuvo conciencia de la presencia de la atonía uterina que, como afirman los peritos informantes, es la más grave de las complicaciones que se pueden presentar en el parto y que de ninguna manera (al margen del mayor o menor índice de influencia de la misma) puede considerarse como un supuesto anómalo o extraño en un parto.

De todo ello extrae la Sala la convicción de que “de lo que no cabe duda es que, si su práctica (la de la histerectomía) cortó la hemorragia, ésta ya había provocado el posterior cuadro de anoxia y consecuente encefalopatía”. En una palabra, concluye la Sala que fue la histerectomía la que redujo el flujo de sangre, aunque tal intervención fuera practicada a destiempo, vistas las graves secuelas.

Sobre la base de estos datos, el Tribunal Supremo, refiriéndose a la prueba pericial que la Audiencia practicó para mejor proveer (atinadamente, dice la Sala Primera, ante la evidencia de la imposibilidad de ejecutar las propuestas por las partes de acuerdo con sus poderes jurisdiccionales), se manifiesta de la siguiente forma:

“... como razonablemente sugiere el órgano *a quo*, esta Sala como órgano *ad quem* comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el

actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba”.

A renglón seguido, la sentencia formula otra muy importante declaración. Dice:

“Asimismo, debe establecerse que, no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.”

Por todo ello, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso del médico demandado.

La sentencia contiene -a mi juicio- una interesante doctrina que puede tener eco en el futuro y que, por tanto, conviene tener presente.

El primero de los párrafos transcritos recuerda una orientación doctrinal (de procedencia alemana) que es uno de los que se han llamado paliativos o elementos correctores o de moderación del principio de que la culpa del médico no se presume y de que tiene que ser, por ello, demostrada por el demandante.

Se trata del razonamiento que entiende que una forma de aliviar la situación procesal del paciente en un pleito de responsabilidad médica es la que, a partir del principio de igualdad de tratamiento de las partes en el proceso, exige que el médico haga posible al paciente la prueba de su pretensión. Se facilita la carga de la prueba -que en principio corresponde al paciente- a través del reconocimiento judicial de la existencia de una obligación de documentación que constituye un aspecto del deber de información del médico.

Por lo que respecta al segundo de los pronunciamientos del Supremo que he reproducido antes, sus palabras permiten dos comentarios.

En primer lugar, el de que el razonamiento del Supremo abunda, aunque sin decirlo expresamente, en la observación de que el hecho de que la culpa del médico no se presuma no significa que no pueda acreditarse por medio de la prueba de presunciones, es decir, mediante la inferencia lógica por cuya virtud es posible que a partir de un “hecho demostrado” se deduzca otro (el que hay que probar), siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Dicho de otro modo, la prueba a cargo del perjudicado demandante, que puede valerse de cualquier medio para demostrar la veracidad de sus aseveraciones, puede llevarse a cabo (también) por medio de la de presunciones.

Es, sin duda, a esto a lo que se refiere la Sala Primera cuando habla de una “presunción desfavorable” respecto al médico demandado, que, basada en las “reglas de la experiencia y el sentido común”, revele inductivamente (términos que describen la operación de deducción que la prueba de presunciones entra-

ña) la negligencia del profesional, a la luz del estado de la ciencia y de las circunstancias concretas del caso enjuiciado.

En segundo término, la lectura de ese pasaje de la sentencia conduce a la suposición de que el Tribunal Supremo está utilizando, aunque desde luego sin citarla por su nombre doctrinal, la teoría conocida como “culpa virtual”.

Sabido es que ésta última es otra de las construcciones científicas que se han formulado con el fin de aliviar los rigores que para la víctima de un daño médico entraña la necesidad de probar la culpa del profesional. Es una doctrina muy del gusto de autores franceses, que se basa en la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino, e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse “elíptico”, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

A través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias, se concluye que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y, por tanto, con una conducta profesional diligente.

En virtud de esta idea de la “culpa virtual”, el juez considera que no es posible que el médico no haya incurrido en culpa. No funda su decisión sobre una presunción (conclusión derivada de un hecho conocido que lleva a otro desconocido), sino que lo hace sobre un razonamiento a contrario: si no se hubiese incurrido en culpa, ningún daño se habría producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa.

Por decirlo de otro modo, se trata también de una aplicación de la técnica deductiva, que permite concluir que hubo negligencia en el médico porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una patente incompetencia o falta de cuidado.

Obsérvese cómo en esta sentencia del Supremo la Sala dice que es “presunción desfavorable” para el médico el hecho de que exista una desproporción entre el resultado y lo que es “usual comparativamente”. Todo ello, añade la Sala, “según las reglas de la experiencia y el sentido común”.

Es llano que lo que la Sala Primera quiere decir es que la anoxia sufrida por la paciente del caso constituyó un desenlace “desproporcionado” en relación con lo que estuvo en la raíz de su dolencia, es decir, una hemorragia post-parto.

Por eso había dicho antes la sentencia que la atonía uterina (causa o expresión de la hemorragia) es una complicación típica del parto (añade que la más grave), pero sin que en modo alguno pueda considerarse como un supuesto anómalo o extraño al propio parto.

Aunque los argumentos jurídicos de esta sentencia no son absolutamente nuevos (por ejemplo, existen otros anteriores sobre la valoración de la culpa a la luz de la “facilidad probatoria” de cada parte en el proceso), creo que no es exagerado decir que estamos en presencia de una resolución particularmente significativa y constitutiva, acaso, si no de un cambio de orientación ju-

risprudencial, sí de expresión de unos criterios de enjuiciamiento que pueden tener considerable repercusión en futuros casos de responsabilidad médica.

Pero, con todo, en lo que respecta a la materia objeto de mi exposición interesa un pasaje del fundamento jurídico segundo de la sentencia, cuando dice: “Y tampoco puede olvidarse que si no se pudo concretar la hora en la que se practicó la histerectomía (lo que fue debido a la total ausencia del historial clínico y, como consecuencia, a la facilitación de las vaguedades en las posturas de los demandados, lo que en ningún caso debe favorecerles), de lo que no cabe duda es que”

Se advierte en las palabras de la Sala lo que antes apuntaba, esto es, que las irregularidades en la historia clínica (y la mayor de ellas es que no exista) constituyen un elemento de juicio que -si bien conjugado con otros- permite al órgano judicial llegar a la conclusión de la responsabilidad del médico, esto es, a considerar probada su culpa, a pesar de la citada doctrina -no por ello menos justificada- de que la culpa del médico no se presume y de que ha de ser el demandado el que la pruebe.

4. En alguna ocasión, lo ocurrido y valorado por los tribunales es que la historia clínica se proporcionó por el hospital a destiempo, complicando la fase probatoria.

Ejemplo: la sentencia de la Sala Primera de 20 de marzo de 1997⁵⁶. Dice en el pasaje que interesa:

“El motivo dos también acusa quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, para aducir que se ha producido indebida admisión de la prueba pericial-médica, infringiéndose los artículos 707.2º y 862 de la Ley de Enjuiciamiento civil y ocasionando quiebra de las garantías procesales. Resulta centrada la alegación a la procedencia o no del referido medio probatorio. Conviene tener en cuenta que la demandante solicitó su práctica en primera instancia y, no obstante ser admitida y declarada pertinente, no se pudo practicar por causas no imputables a dicha litigante, pues, entre otras circunstancias, las radiografías y ecografías del fallecido fueron traídas a los autos en el límite de apelación. La admisión de la pericial de referencia resultó de esta manera totalmente procedente y con cobertura legal, de acuerdo con el artículo 862.2º en relación con los 707 y 897 de la Ley procesal civil.

Lo que sucedió fue que tampoco pudo practicarse en el período probatorio de la alzada, por no haberse remitido el material hospitalario preciso y que se interesó para su efectiva incorporación al pleito durante su transcurso, por lo que una vez y tardíamente recibidas, la Audiencia Provincial acordó, con buen criterio, la práctica de la prueba pericial dicha, como diligencia para mejor proveer, restableciendo la igualdad procesal de los litigantes, que se presenta difícil y a veces muy impeditiva y obstaculizadora en los procesos como el presente, en los que resulta que se da una mejor posición probatoria de los facultativos y centros hospitalarios, tanto por las dificultades con que se tropiezan los particulares afectados a la hora de encontrar peritos especializados y

(56) Ponente: señor Villagómez Rodil.

neutrales, como para acceder a la documentación médica necesaria (historia clínica) y así lo advirtió esta Sala en la reciente sentencia de 2 de diciembre de 1996”.

5. Pleito en el que se alega por el centro o por el médico haber entregado ya al paciente la historia clínica, afirmación que el Tribunal considera no probada. Fue el caso de la sentencia de 15 de abril de 1996 de la Audiencia Provincial de Barcelona. La sentencia declara al respecto:

“Extremo cuya prueba no puede en absoluto hacerse recaer sobre el perjudicado, resultando fácil para el demandado acreditar la verdad de sus afirmaciones aportando al perito los registros que el mismo le solicitó, así como el plan de tratamiento, lo que en ningún momento cumplió alegando haberse los entregado a la madre, afirmación del todo inverosímil y contraria a la buena praxis médica, que impone al facultativo el deber de conservar las historias clínicas de sus pacientes”.

6. La historia clínica aparece en ocasiones en la jurisprudencia como elemento de prueba de que se suministró al paciente la información que tiene derecho a recibir.

Cierto es que en algunas ocasiones la sentencia se pronuncia sobre si ha existido o no esa información, pero sin aludir a la historia clínica. Es un ejemplo de lo que acabo de señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1996⁵⁷. Se trataba de uno de los ya abundantes pleitos sobre vasectomías o ligaduras de trompas que terminan en embarazo. La Sala rechaza la alegación del demandante recurrente de que no se le dieron las indicaciones precisas a seguir en sus relaciones sexuales. Más aún, el Supremo da por bueno el criterio de la Audiencia de que el recurrente no siguió las indicaciones médicas al respecto. Quiere decir que la Audiencia consideró probado que esas indicaciones se habían realizado.

Pero, como decía, en ocasiones sí se menciona la historia clínica con el efecto probatorio que señalaba al comienzo de este apartado.

Es un caso en tal sentido la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1994⁵⁸. La Audiencia había estimado la demanda, condenando a los médicos demandados y al Insalud al pago de veinte millones de pesetas. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

Dice la resolución:

“Siguiendo con el examen de la cuestión, ha de quedar sentado que, si bien como señala la sentencia recurrida el consentimiento del paciente a partir de lo dispuesto en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), debe ser prestado por escrito del paciente, obligación que según la sentencia impugnada ‘fue completamente incumplida por los doctores demandados, con anterioridad a la aplicación del tratamiento de cobaltoterapia, nada explicaron al demandante sobre los riesgos que corría’, es de tener en cuenta: a) que ello contrasta con el informe que se transcribe en el

(57) Ponente: señor Gullón Ballesteros.

(58) Ponente: señor Martín Granizo Fernández.

apartado 4º del primer fundamento de esta sentencia; b) que es de reiterar lo indicado al comienzo de este ordinal en orden a inversión de la carga de la prueba, ya que frente a lo indicado en la sentencia recurrida a este respecto es lo cierto que conforme a la doctrina de esta Sala era al demandante-recurrido a quien correspondía justificar que no le fue interesado su consentimiento ni se le dieron a conocer las consecuencias que del tratamiento postoperatorio podrían derivar; que además, tanto el Insalud como los médicos demandados acreditaron que dichos aspectos le fueron expuestos al señor M.B., no pudiendo en consecuencia y a tales efectos tenerse en cuenta lo indicado en referida sentencia, cuando para rechazar tales afirmaciones de los demandados declara que tales alegaciones contenidas en la historia clínica -folio 48-, ‘...no prueban aquellos extremos, máxime cuando la historia clínica la escriben los médicos que atienden al paciente...’; c) pero es que además, no puede olvidarse que el tratamiento post-operatorio realizado en la Clínica Puerta de Hierro fue determinado por la Clínica Universitaria de Navarra que remite el enfermo a aquélla, lo que implica que debió ser en la indicada Clínica de Navarra donde se le pusieron de relieve las consecuencias de su enfermedad, a la vez que necesidad de la operación y de dicho tratamiento post-operatorio, aspecto que es al paciente y actor señor M.B. a quien correspondía probar, máxime cuando por el Insalud y los médicos demandados se acreditó en la única forma posible que dicho requisito fue por ellos cumplido; d) pero es que además y con especial trascendencia es de tener en cuenta a estos efectos que tanto la operación (de cuyas consecuencias pudieron informar al paciente en la Clínica de Navarra, aspecto respecto del que se guarda silencio en la sentencia impugnada) como el tratamiento post-operatorio tuvieron lugar con notable anticipación a la promulgación de la Ley General de Sanidad de 14/1986, razón por la cual el requisito de la constancia por escrito de dicho consenso no es de tener en cuenta en el presente caso.

En resumen y para concluir el estudio de este aspecto: el actor recurrido no ha probado no haber dado su consentimiento tanto para la operación que le realizaron en la Clínica Universitaria de Navarra como para que le fuere practicado el tratamiento post-operatorio que en referida entidad sanatorial se le aconsejó debiera realizar, enviándole para ello a la Clínica Puerta de Hierro en Madrid; y todo esto sin olvidar tampoco que, como aparece en la resolución del Insalud dictada a consecuencia de la solicitud de indemnización realizada por Arturo M.B., el tratamiento de radioterapia aplicado en 1981 se consideró preciso para asegurar su salvación”.

En la misma línea, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 29 de febrero de 1996⁵⁹. El Tribunal desestimó la reclamación de indemnización presentada por un paciente intervenido de vasectomía que después tuvo una hija. La prueba de paternidad identificó al demandante como padre de una niña con una probabi-

(59) Tomada de “Actualidad del Derecho sanitario”, número 16, abril de 1996, páginas 274-279. Esta sentencia fue comentada en la misma revista por SARABIA Y ÁLVAREZ-UDE, *El azar de la naturaleza en un embarazo tras vasectomía*, número 16, abril de 1996, páginas 257-261.

lidad del 99,99%. La sentencia entiende que el embarazo de la esposa se debió a una “recanalización espontánea tardía pasajera”, que se debe al “azar de la naturaleza” y no a la intervención médica.

La resolución, en lo que nos interesa, razona de la siguiente forma:

“En cuanto a la falta de información que se alega, el actor aporta el testimonio en juicio de un cuñado, una hermana, del suegro y de la propia esposa, quienes la corroboran. Por su parte, los codemandados, que no admiten tal realidad, cuentan con el testimonio del propio médico -cirujano- no menos contundente. Se hace, pues, precisa una valoración de las declaraciones en conjunción con otros elementos probatorios. Desde luego, el grado de parentesco de dos de sus testigos con el actor los inhabilita como tales por disposición de la ley (artículo 1247, 3º y 4º del Código civil) y la comprensible inclinación de los otros dos por sus intereses (artículo 660-1ª de la Ley de Enjuiciamiento civil) obligan a ponderar la prueba con franca reserva. Y también con cierta reserva ha de tomarse el testimonio del doctor, por obvias razones deontológicas. No obstante, hay datos objetivos para decantarse razonablemente por la versión de éste en la cuestión objeto de prueba. El primero, que así consta en la ficha clínica que por fotocopia obra (documento 29) en el expediente administrativo: “Se le explican al paciente la irreversibilidad de la intervención, porcentaje mínimo pero existente de recanalizaciones, riesgo infección, hematoma herida. Seguir con las mismas precauciones, durante 2 a 3 meses, anovulatorios, preservativo (etc). A los siete días retirar puntos. Dentro de tres meses espermiograma”. El actor le niega todo valor, pero hay que reconocérselo desde el momento en que la referida ficha médica ya se encontraba unida al expediente administrativo, antes de que se interpusiera recurso contencioso jurisdiccional y, antes, por consiguiente, de que la demanda suscitara por vez primera la cuestión de la falta de información facultativa. El segundo es que es el propio operador quien de manera espontánea se manifiesta en ese mismo sentido cuando informa en escrito de 9-10-93 a la Inspección del Insalud de las vicisitudes del caso en el expediente de responsabilidad patrimonial abierto, y ello, sin haberse planteado por parte de nadie cuestión alguna sobre la supuesta falta de información al interesado. Y el tercero, que no se comprende cómo el hoy actor, a menos que obrara motivado por la información médica que ahora niega, acudió a que se le hiciera el espermiograma de fecha 26-12-89 (folios 221 y 303 de los autos)”.

7. Existen resoluciones judiciales, cómo no, en que la historia clínica es el soporte (o uno de ellos) sobre el que el Tribunal declara la culpa del médico.

Con independencia de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996, que he citado en el número 3 del presente capítulo (aunque en realidad lo ocurrido fue que no existía historia clínica), cabe citar:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de abril de 1997⁶⁰. Dice la Sala:

(60) Tomada de AULL² CHAVES y PELAYO PARDOS, op. cit., página 25.

“El paciente no prestó su consentimiento escrito cuando se le practicó la denominada CPRE, es evidente, pues no consta en su historial médico y así lo reconoce el equipo médico que le atendió, pero tampoco consta que prestara su consentimiento en forma verbal”.

En el mismo sentido, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de León de 12 de noviembre de 1996⁶¹.

8. Por fin, son frecuentes las sentencias en que la historia clínica se utiliza por el órgano judicial para declarar la “no culpa” del médico o del centro, si bien suele ocurrir -como en el caso anterior- que sea junto con otros elementos probatorios.

Ejemplos:

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de setiembre de 1996⁶². En relación con esta resolución, AULL” CHAVES y PELAYO PARDOS⁶³ escriben:

“El fundamento último de la decisión absolutoria se encuentra en que el enfermo fue exhaustivamente tratado y vigilado con todos los medios que pudieron favorecerle durante varios años y, si tardó dos años en ser intervenido, fue por su propia voluntad.

Para llegar a este convencimiento, los Tribunales se fundan en el examen de ‘todo el historial clínico del actor, documentación radiográfica ampliada por los *scanners* practicados antes y después de la intervención, historial médico y declaraciones del equipo que trató al paciente’.

El Tribunal Supremo añade a esta consideración de la Audiencia barcelonesa que el demandante no probó, como finalmente llegó a alegar, que el cirujano no le hubiera informado de los riesgos de la intervención para el supuesto de que no resultara satisfactoria o eficaz. Aunque no dice cómo llega a este convencimiento, que se aparta de la regla generalmente seguida que pone a cargo del médico la carga de probar el consentimiento informado, no es difícil concluir que también deriva de las anotaciones de la historia clínica”.

Sentencia de 16 de setiembre de 1996 de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Dice la sentencia:

“Queda así demostrado, con los informes del Servicio de Hematología del Hospital Álvarez Buylla, obrantes en el historial clínico de la paciente, que el donante de la sangre que se utilizó en la transfusión que se le efectuó el 1 de junio de 1988, única a la que se refiere la demanda, no tenía los anticuerpos de la enfermedad de que se trata, lo cual excluye que pudiera padecer el SIDA en

(61) Tomada también de la obra citada en la nota anterior. Los autores, refiriéndose a esta sentencia, dicen: “Lo que la sentencia reprocha a los médicos, condenándoles por ello, es haber actuado con falta de cautela, proporcionando un tratamiento contraindicado que no hubieran aconsejado pues ‘con sólo que los acusados hubieran visto la historia clínica del enfermo hubieran constatado la posible certeza de lo que aquél afirmaba, toda vez que en la mencionada historia clínica, que obra en autos, había dos ingresos en el complejo hospitalario de León por ingestión masiva de barbitúricos”.

(62) Ponente: señor Villagómez Rodil.

(63) Op. cit., pág. 22.

la fecha en que se efectuó la donación y, por tanto, que la pudiera contagiar por esa vía a la esposa del ahora actor, no pudiendo operar aquí la presunción a que éste se refiere, porque no existiendo prueba directa del contagio, tampoco se da esa alta probabilidad en que se basa la presunción que fundamenta el recurso, que por ello debe ser desestimado”.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 21 de enero de 1997. Manifiesta la resolución:

“... ante el resultado contradictorio de estas pruebas realizadas a instancia de parte, se considera ajustada a derecho la valoración que el juez *a quo* realiza del informe pericial del médico forense, practicado en las diligencias previas y con intervención de todas las partes y de la documental consistente en la historia clínica aportada en autos; sin que conste probado que falta parte de la historia clínica, ya que en la narración de hechos que contiene dicha historia, se consignan días consecutivos sin faltar ninguno...”

Más adelante, la sentencia añade: “No se puede hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba... por ello el deber procesal de probar recae también y de manera fundamental sobre los facultativos demandados..., en este caso, los médicos demandados han probado por documental (la historia clínica e informe pericial del médico forense obrante en autos), junto con el resto de pruebas documentales y testificales, su falta de negligencia”.

Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de abril de 1997. Interesa el siguiente pasaje de esta resolución:

“... igualmente consta informe del Dr. Turiel de Castro del Hospital Central de Asturias de fecha 30 de mayo de 1994, en el que se hace constar que en la revisión de la historia no consta que se le haya puesto sangre en ningún momento, ni en el legrado ni en la intervención, ni en las hojas de anestesia correspondientes, ni en las órdenes médicas etc... Todo ello lleva al Inspector Médico a concluir que “con los datos obtenidos en el desarrollo de este informe de evaluación, debe descartarse que la hepatitis crónica por virus C que presenta D^a Petra, pueda deberse a la histerectomía que le fue realizada el día 4 de noviembre de 1988, como asegura en su reclamación”.

Más adelante, la sentencia añade: “La historia médica de la reclamante, en la que destacan extracciones dentarias e infecciones vaginales de repetición, que abren la posibilidad a que el contagio de la enfermedad se haya producido por otras vías, en las cuales no tendrá responsabilidad alguna el Instituto Nacional de la Salud, no pudiendo descartarse, asimismo, la utilización de jeringas de cristal, según lo indicado por el Dr. Rivas, en el tratamiento de patologías menores que no consten en su historia clínica”.

VII. El deber de conservación de la historia clínica y su límite temporal

1. No puede dejar de mencionarse la cuestión que se apunta en el epígrafe

del presente capítulo, porque constituye un reconocido problema de las Administraciones sanitarias y de los centros de este carácter.

Aunque las modernas técnicas de recogida y conservación de datos y documentos pueden ir facilitando considerablemente el almacenamiento físico de las historias clínicas, parece justificada la preocupación de los responsables de la Sanidad por este extremo.

En el terreno de la normativa estatal, no hallo ninguna disposición que regule la cuestión.

Cuando el artículo 61 de la Ley General de Sanidad determina que la historia clínica estará a disposición de los enfermos, parece establecer como pauta el principio de que ese documento debe conservarse, cuando menos durante la vida de cada paciente.

Evidentemente, no son de aplicación criterios legales que legitiman la destrucción (en el sentido de no conservación) de documentos, como es el caso de los libros, correspondencia, documentación y justificantes de los empresarios, que deben ser conservados durante seis años a partir del último asiento realizado en los libros, según el artículo 30 del Código de comercio. Es obvio que en la historia clínica existe un interés “personal” de cada enfermo, que se sobrepone al puramente patrimonial que explica el precepto mercantil que acabo de citar.

Por otro lado, tampoco es referencia lógica la constituida por el plazo de prescripción de eventuales acciones de responsabilidad por la prestación de la asistencia sanitaria. Entre otras cosas, porque esa prescripción puede ser interrumpida y llevar, de hecho, a plazos más amplios que los de quince años del artículo 1.964 del Código civil o de un año del artículo 1.968 del mismo cuerpo legal. Máxime si se tiene en cuenta lo que la actual y reiterada doctrina jurisprudencial declara en torno al comienzo del cómputo del plazo de prescripción cuando se trata de los llamados “daños corporales”.

De otro lado, las escasas disposiciones legales dictadas al respecto sugieren la idea de una conservación ilimitada o permanente de las historias clínicas.

Así, el Real Decreto de 20 de enero de 1995, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, menciona la obligación de conservar las historias clínicas en el centro sanitario. Sin ninguna referencia a límites temporales. Otro tanto ocurre en el caso del decreto vasco de 1986, que en su artículo 10.1 se refiere a la obligación del centro de “garantizar la custodia eficaz de la información y de la documentación clínica generada en la atención a los pacientes”. Y el apartado 3 atribuye al Departamento competente la adopción de las medidas necesarias “tendientes a la conservación y custodia de la documentación existente en los centros hospitalarios que vayan a proceder a su cierre”.

El decreto valenciano de 1988 no se refiere expresamente a la cuestión, aunque su disposición adicional declara que la *Consellería* competente determinará “las medidas a adoptar para la debida conservación y custodia de la documentación clínica de los distintos centros sanitarios de la Comunidad Valenciana”.

2. En el momento en que escribo se halla en elaboración un decreto del Gobierno vasco por el que se regula la conservación de documentos del registro de actividades clínicas de los servicios de urgencias de los hospitales y de las historias clínicas hospitalarias.

Según el borrador que conozco, el preámbulo de ese proyectado decreto dice:

“Sin embargo, el verdadero propósito de este decreto es dar respuesta a una serie de cuestiones que hasta este momento no la tienen, pese a ser de la máxima importancia: qué documentos deben conservarse, tanto en el registro de actividades clínicas del servicio de urgencias como en las historias clínicas, durante qué plazo y cuál es el destino de los que no se necesita conservar.

En este sentido, como primera medida, se enumeran una serie de documentos que pueden ser destruidos transcurrido un tiempo razonable y otra de documentos que deben conservarse, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

A ella se añade la creación de una comisión de selección y expurgo de documentación clínica, encargada de crear las normas de expurgo, resolver las dudas que se susciten y planificar el conjunto del proceso de conservación de la documentación contenida en el registro de actividades clínicas de los servicios de urgencias de los hospitales y en las historias clínicas hospitalarias, en cuanto exceda de la destrucción de los documentos antes mencionados. Se trata de una comisión multidisciplinar, en la que participa el Departamento de Cultura, a través de la Dirección de Patrimonio Cultural, habida cuenta de que esta documentación forma parte del patrimonio documental del pueblo vasco y está sometida a lo dispuesto por la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco”.

Después de que los artículos, 1, 2 y 3 se hayan referido al contenido de la llamada “hoja de urgencias” y de la historia clínica, en los términos que hemos visto en el capítulo II de este trabajo, los artículos 5 y 6 del decreto proyectado aluden a la forma de registro de los documentos que constituyen la historia clínica. Y los artículos 7, 8, 9 y 10 reglamentan el régimen de destrucción, conservación y expurgo de la documentación clínica.

Esos artículos -insisto en un borrador- dicen:

“Artículo 5. Los documentos que constituyen la historia clínica podrán registrarse en cualquier soporte adecuado para su uso y conservación.

Artículo 6. 1) Cuando los documentos que constituyen la historia clínica se registren en papel, deberán incorporarse a una carpeta-soporte en la que conste, al menos, la identificación del hospital y del paciente, y confeccionarse en tamaño DIN-A4 a excepción de: a) Las hojas clínico-estadísticas, que tendrán un tamaño superior al DIN-A4 e inferior al de la carpeta-soporte de la historia clínica. b) Aquellos documentos que por sus características específicas deban ser recogidos en hoja doble, la cual, en todo caso, permitirá su plegado en tamaño DIN-A4.

2) El gramaje del papel no será inferior a 60 gramos ni superior a 80 gramos.

3) En aquellos casos que lo precisen, podrá realizarse la impresión de los documentos por las dos caras.

4) Cada hospital podrá establecer la utilización de colores como medio de diferenciación visual, acomodándose a las siguientes modalidades: —papel de color impreso en letra negra, —papel blanco, con letras en color, —papel blanco, con letras negras y banda lateral de color.

Para facilitar la fotocopiación y la microfilmación se utilizará preferentemente el papel blanco con letras en color oscuro. Con idéntica finalidad, todos los documentos que integran la historia clínica deberán cumplimentarse con tinta negra y, en todo caso, con letra legible.

Artículo 7. Los documentos clínicos generados en los servicios de urgencias respecto de episodios asistenciales que cursen sin ingreso del paciente en el hospital, podrán ser destruidos a partir de los dos años desde que tales episodios tengan lugar, a excepción de las hojas de urgencias. Estas últimas podrán ser destruidas a partir de los cinco años.

Artículo 8. 1) Podrán ser destruidos a partir de los diez años desde el último contacto del paciente con el hospital los siguientes documentos contenidos en su historia clínica:

a) Las hojas clínico-estadísticas. b) Las hojas de autorización de ingreso. c) Las hojas de consentimiento informado. d) Las hojas de órdenes médicas. e) Las hojas de interconsulta. f) Las hojas de infección hospitalaria. g) Las hojas de evolución de enfermería. h) Las hojas de planificación de cuidados de enfermería. i) Las hojas de aplicación terapéutica. j) Las hojas de gráficas de constantes. k) Las hojas de urgencias. l) Las hojas de alta voluntaria. m) Las radiografías u otros documentos iconográficos. n) Otros documentos que no aparezcan citados en el artículo siguiente.

2) Igualmente, podrán destruirse las hojas de anamnesis, exploración física y evolución correspondientes a los episodios asistenciales sobre los que exista informe de alta.

Artículo 9. 1) En todo caso, deberán ser conservados, bien en el papel original, bien microfilmados o digitalizados, los siguientes documentos de la historia clínica: a) Las hojas de informes clínicos de alta, sean de hospitalización o de consultas externas, los de discapacidades u otros. b) Las hojas de informes quirúrgicos y/o de registro del parto. c) Las hojas de anestesia. d) Las hojas de informes de exploraciones complementarias. e) Las hojas de informes de necropsia.

2) Asimismo, deberán conservarse las hojas de anamnesis, exploración física y evolución correspondientes a los episodios asistenciales sobre los que no exista informe de alta.

Artículo 10. Se crea una Comisión de selección y expurgo de documentación clínica compuesta por: —1 representante de los hospitales privados del País Vasco. —2 representantes de los hospitales públicos del País Vasco. —2 representantes de *Osakidetza*-Servicio vasco de salud. —2 representantes del Departamento de Cultura del Gobierno vasco. —1 representante del Departamento de Sanidad del Gobierno vasco.

Dicha Comisión tendrá como funciones: a) Crear las normas de conservación y expurgo de los documentos del registro de actividades clínicas de los servicios de urgencias de los hospitales y de las historias clínicas hospitalarias en cuanto exceda de lo dispuesto en los artículos 7, 8 y 9. b) Planificar el conjunto del proceso de conservación, expurgo y archivo de los documentos del registro de actividades clínicas de los servicios de urgencia de los hospitales y de las historias clínicas hospitalarias. c) Resolver cuantas dudas se puedan plantear en dicho proceso.”

3. El artículo 15.2 del Código de Ética y Deontología Médica dispone:

“El médico está obligado a conservar los protocolos clínicos y los elementos materiales de diagnóstico. En caso de no continuar con su conservación por transcurso del tiempo, previo conocimiento del paciente, podrá destruir el material citado, sin perjuicio de lo que disponga la legislación especial”.

El borrador de eventual modificación o revisión de este Código amplía el texto actual con el proyectado artículo 15.2, diciendo:

“El médico y, en su caso, la institución para la que trabaja, están obligados a conservar, si fuera necesario con la ayuda de tecnología informática, las historias clínicas y los elementos materiales del diagnóstico. En caso de no continuar con su conservación por transcurso del tiempo, podrá destruir, previo conocimiento del paciente, el material citado, sin perjuicio de lo que disponga la legislación especial. En caso de duda deberá consultar a la Comisión de Deontología del Colegio”.