

Comentarios a la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica (IX)

Lamas Meilán, M.M.

Doctor en Derecho

CAD. ATEN. PRIMARIA 2004; 11: 107-116

INTRODUCCIÓN

En el anterior artículo analizamos los siguientes aspectos: Las excepciones previstas y reguladas en el Artículo 11.b) y c) de nuestra Ley.....*Cando non estea capacitado para tomar decisións, e non existan familiares, persoas achegadas ou representante legal, ou estes últimos se negasen inxustificadamente a prestalo de xeito que ocasionase un risco grave para a saúde do paciente e sempre que deixe constancia por escrito destas circunstancias.....Cando a urxencia non permita demoras por poder ocasionar lesións irreversibles ou existir risco de falecemento.*

Señalamos que si la urgencia no permite demoras, el facultativo deberá actuar estando amparado para ello por la exigencia del estado de necesidad. Sin embargo como bien señala Jean Michaud (1), al referirse al apartado b), no debe entenderse tampoco que ésta excepción queda solo reservada para las intervenciones vitales ya que esta excepción se limita exclusivamente a las intervenciones médicas necesarias que no pueden ser retrasadas. Si la intervención pudiese retrasarse el facultativo habrá de dilatar el acto médico hasta que se recupere la capacidad. Al comentar la excepción del Artículo 11.d) ...*Cando o paciente manifestase expresamente o seu desexo de non ser informado. Neste suposto, deberá respetarse a súa vontade e, sen prexuício de obte-lo consentimiento previo para a intervención, farase constar esta circunstancia no historial clínico coa sinatura do médico informante e dunha testemuña.....*recogimos lo manifestado por Martínez- Pereda (2) cuando nos dice no haber encontrado tratado ni recogido tampoco en ningún libro o trabajo sobre el consentimiento informado, el supuesto de la innecesariedad de la información y que permitiría prescindir de ella. Tal es el caso de que el enfermo que debe prestar el consentimiento y, previamente recibir la oportuna información, es un competente cirujano y especialista consagrado y maestro en la rama de la Medicina en que va a ser intervenido.

Comentamos el Decreto 24/2002, que tiene por objeto establecer la constitución, composición y funciones de la Comisión de Consentimiento Informado, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 3/2001.

Integran la Comisión de Consentimiento Informado (art 2º.1): Presidente (Director General de la División de Asistencia Sanitaria), Vicepresidente (Subdirector General de Atención Especializada), Secretario (Un funcionario de la División de Asistencia Sanitaria). Vocales, a) un representante de la División de Asistencia Sanitaria b) un representante de la Secretaría General del Sergas c) quince representantes de hospitales de titularidad pública d) un representante de hospitales concertados por el Sergas e) un representante de hospitales de titularidad privada f) un representante de los Colegios Oficiales de Médicos de Galicia. Lo anterior nos llevó a considerar poco significativa la representación que este Decreto le otorga a los hospitales concertados, hospitales privados, Colegios Médicos de Galicia y se olvida de la Atención Primaria cuando es y cada vez más una parte significativa en el uso de los formularios de consentimiento informado, piénsese en los actos de cirugía menor y en los ensayos clínicos.

Por último iniciamos los comentarios del *Título III, da historia clínica*, recogiendo algunas definiciones del concepto de historia clínica realizadas por diferentes autores y comentando los soportes documentales adecuados para su utilización, sin olvidarnos de lo previsto en el art 7 de la Ley 44/2003, de 22 de noviembre de 2003, de Ordenación de la Profesiones Sanitarias*Las historias clínicas tenderán a ser soportadas en medios electrónicos.....*

A continuación retomamos el comentario de nuestra Ley.

Artigo 15. Ámbito territorial.

A historia clínica deberá ser única por paciente, al menos en cada complejo hospitalario, hospital ou centro sanitario. A dita historia clínica acumulará toda a información clínica xerada en cada episodio asistencial e integrará os diferentes episodios do paciente.

Artículo 14. De la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Art.14.2. Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que conste, de mane-

ra que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

Para Arturo Ramos (3), vicepresidente de la Sociedad Española de Documentación Clínica, continúa sin darse solución al problema de la historia clínica única ya que la norma básica estatal, se conforma con imponer la historia única por cada centro, lo que es totalmente insuficiente. Con la nueva ley, seguirá siendo fácil que un mismo paciente tenga siete u ocho historias clínicas diferentes. Hubiera sido deseable que no se abandonase el objetivo de la historia clínica única. Lo que sin duda fue una norma progresista y de visión de futuro, recogida en el art. 61 de la Ley General de Sanidad *En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente...*, se transforma en la Ley Básica en apreciaciones del tipo.... *al menos en el ámbito de cada centro*. Puede que la propia organización sanitaria haya sido incapaz de alcanzar la utopía de una historia clínica por área sanitaria, o quizá se está ahora, gracias a ese mandato de la Ley General de Sanidad, en condiciones de lograrlo; entonces incomprensiblemente el legislador decide derogar ese artículo y obliga sólo legalmente a una historia clínica por centro asistencial (4)

Nos dice Miguel Moreno (5), que frente a la historia clínica única pueden recopilarse también argumentos negativos así: que para que exista una historia clínica única tendría que haber una interconexión no solamente entre todos los hospitales, sino también entre todos los médicos de las distintas especialidades existentes, no solo en la Comunidad Autónoma, sino en todo el país e incluso –al menos dentro de la Unión Europea – fuera de las fronteras nacionales teniendo en cuenta que cada vez son mas frecuentes los viajes internacionales. Tal conexión y tal banco de datos no se da en la práctica, ni siquiera entre todos los médicos de una Comunidad Autónoma, computando dentro de los médicos los de distintas especialidades, estén en el área de la medicina pública o privada. Otros de los argumentos negativos señalados por este autor sería el hecho de que anotar todos los datos relativos a una persona en una historia clínica haría que el nivel de confidencialidad fuera menor y que la historia así efectuada sería la historia interminable, y haría que muchas veces los datos que se dicen serían más fáciles encontrar aparezcan escondidos entre la cantidad de material de todo tipo que exista en ella. Si bien tales objeciones decaerían en parte si la historia clínica estuviera incorporada por medios informáticos a la tarjeta sanitaria que lleve consigo el mismo paciente; si la misma

la lleva el propio paciente, los problemas del secreto médico y de la confidencialidad quedan en parte paliados. Y digo en parte ya que el paciente podría ignorar la totalidad de los datos o no estar de acuerdo con la divulgación generalizada de algunos de ellos, por lo que será imprescindible que el propio paciente pueda tener acceso a los datos contenidos en la tarjeta.

Artigo 16.-Contido.

A historia clínica conterá suficiente información para identifica-lo paciente e documenta-lo seu proceso de atención sanitaria. Para tal efecto, incluirá, alomenos:

- a- Datos suficientes para axeitada identificación do paciente.
- b- Médico responsable.
- c- Datos que identifiquen o proceso de atención sanitaria.
- d- Datos relativos ó proceso que incluirán, se é o caso:
 - 1- Anamneses e exploración física.
 - 2- Ordes médicas.
 - 3- Folla de evolución e de planificación de cuidados de enfermería.
 - 4- Evolución clínica.
 - 5- Informe sobre os procedementos diagnósticos ou terapéuticos e interconsultas realizadas.
 - 6- Informe de alta do episodio de atención ou folla de problemas en atención primaria.
 - 7- Documento asinado de consentimento informado.
 - 8- Documento asinado de alta voluntaria.

Artículo 15 de la Ley 41/2002. Contenido de la historia clínica de cada paciente.

Art. 15.2. La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. El contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente:

- a- La documentación relativa a la hoja clínico-estadística.
- b- La autorización de ingreso.
- c- El informe de urgencia.
- d- La anamnesis y la exploración física.
- e- La evolución.
- f- Las órdenes médicas.
- g- La hoja de interconsulta.
- h- Los informes de exploraciones complementarias.
- i- El consentimiento informado.
- j- El informe de anestesia.
- k- El informe de quirófano o de registro del parto.
- l- El informe de anatomía patológica.
- m- La evolución y planificación de cuidados de enfermería.

n- La aplicación terapéutica de enfermería.

ñ- El gráfico de constantes.

o- El informe clínico de alta.

Los párrafos b),c),i),j),l),ñ) y o) sólo serán exigibles en la cumplimentación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

Nos decía Criado de Río (6), que los datos que contenía cada historia clínica han dependido siempre del médico que la realiza y del centro donde se realiza, existiendo, pues, en ellas diferencias de formato y contenido. Esta disparidad está desapareciendo con la informática y el proyecto de una historia clínica única y común, informatizada, a nivel nacional y europeo. Es necesario la normalización de los documentos que contiene la historia clínica, elaborada de forma equilibrada y flexible, porque la falta de normalización puede significar la ausencia sistemática de recogida de datos y una estandarización muy rígida y detallada puede dificultar el registro de datos no previstos y producir una disgregación ilógica de la información en muchos documentos específicos complementarios.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2002, no se encontraba en la legalidad estatal una descripción y delimitación documental de la historia clínica. En cambio, si existía en el sumamente detallada en la normativa autonómica. Así el Decreto 45/ 1988 del País Vasco, que tiene por objeto establecer los documentos que deben contener el Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias y las historias clínicas hospitalarias, así como su conservación y expurgo, que regula este apartado en sus artículos 4 y 5. El Decreto 56/ 1988 de la Comunidad Valenciana, de 25 de abril, que en su art. 2 establece el contenido de la historia clínica y la Orden de 10 de mayo de 1995, por la que se establecen los datos mínimos que deben constar en la historia clínica de los servicios de Salud Laboral Valencianos. La Ley 21/2000, sobre información del paciente y documentación clínica de Cataluña, donde en su artículo 10 se regulan los datos que deben incluirse en la historia clínica. Paradójicamente, señala Méjica García(7), no teníamos norma legal alguna sobre el contenido de los historiales clínicos a excepción de esos cuerpos autonómicos, y sin embargo teníamos una normativa enfatizadora sobre las medidas de seguridad respecto a los datos sanitarios; es decir, no teníamos generada la *prima ratio* jurídica, el ámbito jurídico de las reglas pormenorizadas de creación y práctica de los historiales y en cambio, sí teníamos desarrollada la *ultima ratio* jurídica, el estatuto jurídico más pormenorizado para la protección

de los datos sanitarios, cual era el Real Decreto 994/ 1999, lo que constituía el instrumento jurídico sancionador, la *ultima ratio*.

Sánchez Caro (8), miembro destacado del llamado GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA quienes a su vez elaboraron un documento final, el 26 de noviembre de 1997, en donde se establecieron la bases y estructura de la vigente Ley 41/2002, en consonancia con el mencionado grupo ya nos decía en 1997 que la historia clínica debe contener la información asistencial generada durante la atención al paciente en todas y cada una de sus visitas a un determinado centro asistencial o área sanitaria, debiendo regular la ley los datos mínimos que deben contener la misma. Dichos datos se deben disponer de tal manera que permitan su consulta integrada, su consulta coherente y ordenada, y su consulta selectiva y diferenciada por episodios asistenciales.

Artigo 17.- Requisitos.

As historias clínicas deberán ser claramente lexibles evitándose, no posible, a utilización de símbolos e abreviaturas, e estarán normalizadas en canto á súa estrutura lóxica, de conformidade co que se dispoña regulamentariamente.

Calquera información incorporada á historia clínica deberá ser datada e asinada de maneira que se identifique claramente o personal que a realice.

Artículo 15 de la Ley 41/2002. Contenido de la historia clínica de cada paciente.

Art. 15.3. La cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella.

Art. 15.4. La historia clínica se llevará con criterios de unidad y de integración, en cada institución asistencial como mínimo para facilitar el mejor y más oportuno conocimiento por los facultativos de los datos de un determinado paciente en cada proceso asistencial.

Ya comentamos en otro artículo (9), como en diversos Decretos elaborados por algunas Comunidades Autónomas nos encontrábamos con apartados en los que se recoge la obligatoriedad de la legibilidad de las historias clínicas. Así en el Decreto 56/1988 de la Comunidad Valenciana, regulador de la historia clínica, en su artículo 3 c) se dice: *Las historias clínicas deberán estar escritas a máquina o con letra claramente legible y se evitará la utilización de símbolos y abreviaturas.* También el Decreto 45/1988, de

17 de mayo, del País Vasco, al referirse a la hoja de anamnesis y de exploración física dice*deberá ir fechada y firmada de forma legible por el médico que la realiza (art.5.4).*

La utilidad de la historia clínica como fuente de información del enfermo se verá notablemente mermada sino podemos descifrar o entender lo que en ella se ha recogido. La falta de legibilidad de la misma podría llevarnos a cualquiera de las siguientes situaciones: 1) No llegar a descifrar lo que en ella se recoge; 2) Entenderlo de forma errónea o equivocada; 3) Notable tardanza en entender o descifrar los datos recogidos. Cualquiera de los supuestos anteriores podría dar lugar a una mala praxis médica, si bien otra cosa sería determinar quien fue el causante y por consiguiente responsable de que lo anterior ocurriese.

Además del médico existen otros profesionales sanitarios que participan en la redacción de las historias clínicas, o al menos en parte. Ya que a la historia clínica se han ido incorporando otros capítulos como la llamada hoja de enfermería (hoja de evolución y planificación de cuidados de enfermería), la hoja de aplicación terapéutica y la hoja de gráfica de constantes, las cuales deberá ir fechadas y firmadas por el enfermero a cuyo cuidado esté el paciente. Nos dice Méjica García (10), que la historia clínica es un medio de comunicación, por lo que si no puede ser leída o es difícil descifrar, la comunicación quedará dificultada y podrá repercutir negativamente en la calidad de la asistencia prestada. De igual modo, si lo que se ha escrito es admitido como evidencia, puede ser leído por peritos, pero si éstos tienen dificultad en interpretarlo es posible que la versión sobre lo que se quiso decir sea diferente a la intención inicial del autor. Y así en caso de cometer errores al escribir las anotaciones, lógicamente se deberán corregir; pero se deberán hacer de modo que resulte legible lo que sustituye a lo enmendado, pues es importante mostrar que no se está tratando de enmascarar lo que originariamente se escribió, lo que puede suscitar sospechas en un juicio o confundir a quien valore la historia clínica.

Para Moreno Vernis (11), los requisitos esenciales que ha de cumplir toda historia clínica son: 1) Debe aparecer claramente identificada la persona sobre la que se escribe 2) Ha de ser fácilmente legible y capaz de ser entendida por los distintos profesionales que tengan que utilizarla 3) Debe ser precisa, concisa y lógica en su ordenación 4) Su distribución ha de ser constante así como también el tamaño, tanto de las hojas como del resto de los formularios que la componen 5) Deberán aparecer claramente identificadas el

conjunto de personas que contribuyeron a su elaboración ya que podrían ser requeridas en un futuro 6) Deberá poderse recuperar con rapidez si es solicitada de nuevo.

Artigo 18.- Propiedade e custodia.

1.- As historias clínicas son documentos confidenciais propiedade da Administración sanitaria ou entidade titular do centro sanitario, cando o médico traballe por conta e baixo dependencia dunha institución sanitaria. En caso contrario, a propiedade correspóndelle ó médico que realiza a atención sanitaria.

2.- A entidade ou facultativo propietario é responsable da custodia das historias clínicas e deberá adoptar tódalas medidas precisas para garanti-la confidencialidade dos datos ou da información contida nelas.

Así mesmo, toda persoa que no exercicio das súas funcións ou competencias teña coñecemento dos datos e das informacións contidas na historia clínica terá a obriga de reserva e sivilo respecto destes.

Como en todo lo tratado, hasta ahora, que de un modo u otro haga referencia a las historias clínicas, las opiniones doctrinales no son ni unánimes ni pacíficas. Así para unos el titular es el centro, para otros el paciente, para otros el médico y no faltan teorías eclécticas o integradoras.

El centro:

Aquellos autores que opinan que la historia clínica es titularidad del centro con donde el facultativo presta sus servicios, con independencia de que su relación laboral con dicha entidad sea la de personal laboral, estatutario o bien de funcionario, se basan en las siguientes razones:

Para Castellano (12), la titularidad corresponde al centro en la que se realiza. Este tiene el deber de garantizar la protección de los datos recogidos en la historia. En los procedimientos penales cuando la autoridad judicial tiene necesidad de una historia clínica, como medio de prueba, se dirige la solicitud al centro en el que se ha hecho la historia y desde el servicio de documentación del mismo se proporciona una copia autenticada por el médico responsable del servicio. Lo anterior para esta autora, viene a ser un reconocimiento de que es el centro quien ostenta la propiedad – titularidad de la historia clínica en estas modalidades de asistencia sanitaria.

Nos dice Yagüez (13), que cuando el facultativo ejerce una profesión en el marco y dentro del régimen de la sanidad, esto es en el ámbito de una administración sanitaria, bien sea estatal, bien sea autonómica, el médico es un trabajador por cuenta ajena, por consiguiente es sostenible la tesis de que las historias clínicas por él realizadas son propie-

dad de la institución a la que presta sus servicios y apoya lo anterior en lo dispuesto en el artículo 15 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”*.

Romeo Casabona (14), admite que la titularidad de la historia clínica corresponde 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. Aludiendo al contenido del artículo 51 de la Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987, y el llamado “derecho moral” del autor.

Artículo 51.

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 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.*
3. *En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella por un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los apartados anteriores.*

El Decreto 56/1988 de 25 de abril, de la Generalidad Valenciana nos dice: Las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la Institución.

El médico:

Para Yagüez (15), el médico al redactar o construir la historia clínica realiza una genuina creación científica o intelectual, en la que no solo o no siempre se recogen 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. Así en el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996, se dispone: *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible e intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.*

Para este autor la circunstancia de que el facultativo sea el propietario nada tiene que ver con el derecho de acceso, si bien lo anterior se produce cuando se realiza por un

médico en el ejercicio de su actividad profesional libre o por cuenta propia, el que aún sigue siendo el tradicional, pero que constituye estadísticamente o numéricamente el caso hoy menos frecuente. Ya que si es dependiente de una institución o centro, será éste último el propietario material de la misma, siendo esta la teoría secundada por la gran mayoría de los autores.

La jurisprudencia tampoco se ha pronunciado sobre la particular, con claridad, el Tribunal Supremo habiendo solo algún fallo aislado de audiencias o tribunales inferiores. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8ª, de 19 de junio de 1995....*la historia clínica puede ser clasificada como propiedad intelectual del facultativo, al no ser encajable en la enumeración que al efecto se contiene en los arts.10 a 12 de la Ley 22/1987(Propiedad Intelectual), ni su objeto permite su catalogación como creación original, máxime si, como se dice por el demandante, en ella se recogen las manifestaciones personales, familiares o sociales que le han llevado a ello, datos cuyo origen es ajeno al médico y respecto de los que nada innova, e incluso el seguimiento y tratamiento pudo verificarse por otros médicos.....*

El paciente:

En el ejercicio privado, el médico establece directamente con el paciente una relación contractual de arrendamiento de servicios, en el que a cambio de una contraprestación económica (honorarios), el médico está obligado a la prestación de servicios sanitarios, o dicho con otras palabras el médico se obliga al acto médico que comprende toda actividad médica, en la que además de sujetarse a la Lex Artis as hoc se debe a otras obligaciones (como la realización de la historia clínica en donde vienen anotados todos los actos médicos). Todos estos actos son remunerados por el paciente y desde este punto de vista, García Hernández y Marzo Martínez (16), manifiestan que éste es uno de los fundamentos de por qué la historia clínica pertenece al paciente.

Son muchos los expertos que adoptan una postura integradora o ecléctica, que es la que al parecer se está imponiendo, dado que la historia clínica contiene diversos componentes heterogéneos desde el punto de vista jurídico, a los cuales no se puede dar respuestas unívocas, en palabras De Lorenzo (17).Bajo esta perspectiva se considera que la historia clínica es el resultado de la actuación del o de los médicos que ponen sus conocimientos al servicio del paciente, del enfermo que proporciona su persona y su información, y del centro que proporciona el marco físico y

los medios instrumentales para que la atención y la historia sean completas. Y de ella es propietaria como dice Cantero(18): El propietario de la historia clínica es el centro; el paciente es el titular de la intimidad en ella reflejada; y el médico, dueño de su aportación intelectual y administrador del interés allí registrados.

Para Arturo Ramos (18) en la Ley Básica, Ley 41/2002, no se define la propiedad de la historia clínica. Ante esta ausencia hay que plantearse si no han podido los juristas determinar la titularidad de la historia clínica o si acaso no han creído conveniente establecer, por quedar claro que la información contenida en la documentación clínica es del paciente; aunque la Ley establece el derecho de reserva a las anotaciones subjetivas de los profesionales sanitarios, lo que permitiría establecer al menos dos niveles de titularidad para la historia clínica. Sin duda, la Ley debería haber establecido claramente la titularidad y además esclarecer el problema de la propiedad intelectual del contenido de la historia clínica.

Para finalizar señalar que en este aspecto no podemos funcionar con soluciones rotundas, tales como todo pertenece al, hubiese sido mas acertado que nuestra Ley autonómica siguiese la orientación dada por la Ley Catalana en donde se omite cualquier apreciación sobre la propiedad de la historia clínica, limitándose a establecer, para cada agente actuante, las responsabilidades y los derechos en relación con ésta.

La confidencialidad ya aparece regulada en el siglo V a.C.....*Lo que en el ejercicio de la profesión y aún fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba alguna vez ser revelado, callare, considerándolo secreto(Juramento Hipocrático).*

No hay médicos sin confianza, confianza sin confidencias y confidencias sin secretos (Portes).

Es un deber que se encuentra regulado en el Código Deontológico(art. 16.1) y en los Estatutos de la O.M.C. en donde se considera falta grave la vulneración negligente y muy grave la dolosa o intencionada. El Tribunal Constitucional ha declarado que los códigos deontológicos son en principio obligatorios para los colegiados y su infracción puede dar lugar a la sanción correspondiente (STC 219/1989).

También por el Convenio de Oviedo, "De los Derechos Humanos y la Biomedicina", en su artículo 10 se nos dice ...Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada, cuando se trate de informaciones relativas a su salud. El vigente Código Penal, establece en su artículo 199: El

profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. El bien jurídico protegido es la intimidad personal de un tercero, Derecho Fundamental recogido por el artículo 18.1 de la Constitución Española. Se trata de un delito semipúblico, ya que requiere la denuncia de la persona agraviada y en el caso de que sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, la denuncia de su representante legal o del Ministerio Fiscal. Señalar, por infrecuente, la siguiente sentencia condenatoriala acusada médico residente de un hospital dependiente de la Administración, fue requerida para prestar sus servicios profesionales de asistencia neurológica a una persona a la que conocía, por proceder ambas de la misma localidad. Al examinar su historial clínico advirtió como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales del embarazo, circunstancia que fue manifestada a su madre, la que a la primera ocasión, en el pueblo, se lo comunicó a un familiar de la paciente (STC 4-4-2001).

Dejando bien claro, tal y como nos dice Pacheco (19), que el llamado secreto compartido obliga a los profesionales de la salud, no médicos(farmacéuticos, enfermeros, psicólogos, auxiliares de clínica, etc) y el secreto derivado, a todos cuantos, por la naturaleza o el lugar de su trabajo, tienen acceso o conocimiento de algún detalle de la intimidad y la privacidad de los pacientes, ya sean: administrativos, informáticos, personal de mantenimiento u otros.

En la Ley 41/ 2002 contempla en el Capítulo III, que tan solo consta de un artículo, el derecho a la intimidad.

Artículo 7.

Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

Sin olvidarnos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, quien dedica su Título VI a la creación y regulación de la Agencia de Protección de Datos. En esta Ley se trata el

deber de secreto en su artículo 10.... El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

Por último destacar la polémica surgida sobre la necesidad del reconocimiento de la existencia de un derecho fundamental, independiente, a la protección de datos personales, conocido como derecho a la autodeterminación informativa, que tendría su reflejo constitucional más próximo en el artículo 18.4 de la CE (*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*), o la posibilidad de que las particularidades que la aplicación de la informática conlleva para los datos personales pueda hallar encaje en el derecho a la intimidad de artículo 18.1.

De Miguel Sánchez (20), considera innecesaria la configuración de un nuevo derecho a la protección de datos personales, pues debido al carácter flexible, complejo y multiforme del derecho a la intimidad y a la evolución que el concepto del mismo ha experimentado, la repercusión que sobre los datos personales tiene la aplicación de la informática halla encaje en la esfera de acción abarcada por el derecho a la intimidad, que en su nueva concepción implica la capacidad del particular de disponer de sus datos personales y controlar el uso de esta información; conllevando, por ello, una serie de derechos de información, acceso y rectificación sobre estos datos.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, resuelve cualquier duda que con anterioridad hubiese podido surgir*Pero también el derecho a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de los otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocidoel derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos per-*

sonales. Lo anterior deja claro que para el Tribunal Constitucional estamos ante un nuevo derecho fundamental ,dotado de entidad propia que pese a las concomitancias con el derecho a la intimidad presenta un objeto y contenido diferente.

En el Proyecto de Tratado por el que se instituye la Norma Fundamental (Constitución para Europa), adoptado por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003 y entregado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003, incorpora como Parte II la Carta de los Derechos Fundamentales, además de reconocer en su artículo 50 el derecho de toda persona a la protección de los datos personales que la conciernan.

Nos detendremos aquí, para en el siguiente artículo finalizar con toda esta serie de comentarios a nuestra Ley Autonómica.

BIBLIOGRAFÍA

1. Michaud Jean. Informe explicativo del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina. Diario Médico, 4 de abril de 1977.
2. Martínez- Pereda Rodríguez, JM. El consentimiento informado en atención primaria: cuando pedirlo, sus limitaciones y su importancia en los procesos. Actualidad del Derecho Sanitario, 2003,89:889-899.
3. Ramos Martín-Vegue, A. La ley de información y documentación clínica: análisis, aspectos prácticos y novedades. Actualidad del Derecho Sanitario,2002,88: 803-818.
4. Ramos Martín-Vegue, A. La ley de información y documentación clínica: análisis, aspectos prácticos y novedades. Actualidad del Derecho Sanitario, 2002, 88: 803-818.
5. Fernández Hierro, JM; Cantero Rivas, R.; Martínez Aguado, LC.; Moreno Venis, M. La historia clínica. Granada: Comares, 2002.
6. Criado del Río, MT. Aspectos médico- legales de la Historia Clínica. Madrid: Colex, 1999.
7. Méjica García, JM. La historia clínica: estatuto básico y propuesta de regulación. Madrid: Edisofer, 2002.
8. Sánchez Caro, J. Criterios básicos sobre el ejercicio de los derechos de información y documentación clínica en el sistema nacional de salud. En: Seminario Conjunto Sobre Información y Documentación Clínica. Madrid, 22 y 23 de septiembre de 1977. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1977: 617-652.
9. Lamas Meilán, M M. Historias Clínicas II. Cadernos de Atención Primaria, 2000,7: 188-191.
10. Méjica García, JM. La historia clínica: estatuto básico y propuesta de regulación. Madrid: Edisofer, 2002
11. Fernández Hierro, JM; Cantero Rivas, R.; Martínez Aguado, LC.; Moreno Venis, M. La historia clínica. Granada: Comares, 2002.

12. Castellano Arroyo, M. Problemática de la historia clínica. En: Seminario Conjunto Sobre Información y Documentación Clínica. Madrid, 22 y 23 de septiembre de 1977. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1977: 45-90.
13. De Angel Yagüez, R. Problemática de la historia clínica. En: Seminario Conjunto Sobre Información y Documentación Clínica. Madrid, 22 y 23 de septiembre de 1977. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1977:95-170.
14. Romeo Casabona, C; Castellano Arroyo,M. La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. Derecho y Salud, 1993, 1(1): 5-9.
15. De Angel Yagüez, R. Problemática de la historia clínica. En: Seminario Conjunto Sobre Información y Documentación Clínica. Madrid, 22 y 23 de septiembre de 1977. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1977:95-170.
16. García Hernandez, T; Marzo Martínez, B. La propiedad de la historia clínica. La Ley, 1996, 4156: 24-29.
17. De Lorenzo, L. ¿De quien son propiedad las historia clínicas?: Deontología, Derecho y Medicina. Colegio Oficial de Médicos de Madrid, 1997: 491-510.
18. Ramos Martín-Vegue, A. La ley de información y documentación clínica: análisis, aspectos prácticos y novedades. Actualidad del Derecho Sanitario,2002,88: 803-818.
19. Pacheco Guevara, R. Medicina legal, ética clínica y gestión sanitaria: la confidencialidad como nexo.Actualidad del Derecho Sanitario, 2003, 98:721-729.
20. De Miguel Sánchez,N.Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad "versus" interés sanitario.Valencia: Tirant lo Blanch,2004.