



Via Inveniendi Et Iudicandi
E-ISSN: 1909-0528
revistaviei@usantotomas.edu.co
Universidad Santo Tomás
Colombia

Correa Martínez, César A.
La historia clínica. Aspectos jurídicos y dilemas en el derecho español y colombiano
Via Inveniendi Et Iudicandi, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 125-144
Universidad Santo Tomás
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560258678004>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

La historia clínica.

Aspectos jurídicos y dilemas en el derecho español y colombiano¹

Medical history

Legal aspects and dilemmas in Spanish and Colombian Law

César A. Correa Martínez²

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 7 de junio 2015

RESUMEN

La historia clínica (HC) presenta dilemas estructurales en cuanto a su comprensión, aunque el mayor debate se centra en el uso de la información que allí se contiene. Es por eso que por medio del presente trabajo, cuyo carácter es descriptivo y analítico, se busca comparar las legislaciones española y colombiana, intentando esclarecer el alcance del concepto de HC a través de las leyes y reglamentos que regulen los derechos y obligaciones derivadas del manejo de la información contenida en ella respecto de los pacientes.

Palabras clave: historia clínica, dilemas, responsabilidad médica.

¹ El artículo es producto del trabajo de investigación para optar al título de máster en derecho público de la Universidad Carlos III de Madrid.

² Abogado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Médico Sanitario, Máster en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid y candidato a Doctor en Derecho de la misma universidad. Docente de la Universidad Libre. correo electrónico: cesarcorrea.m@gmail.com.

ABSTRACT

The clinical history (CH) has structural dilemmas in their understanding, although further discussion focuses on the use of the information contained therein. That's why in the Spanish legislation and, to a lesser extent Colombia, has attempted to clarify its scope through laws governing the rights and obligations under the management of the medical history of patients.

Keywords: Medical history, dilemmas, medical liability.

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de información de los pacientes, necesariamente nos remitimos al derecho médico, a la asistencia en salud y a los derechos y obligaciones que se involucran en la relación médico–paciente, que junto a toda una serie de características implícitas, hacen del tema un asunto de mayor complejidad al inicial acercamiento que pretenda quien quiera conocer sobre los derechos de confidencialidad, intimidad, reserva e inclusive la relación de la protección de datos y el derecho sanitario.

Por otra parte, la falta de regulación concreta sobre la HC en el derecho colombiano, hacen que la doctrina haya olvidado o, al menos dejado de lado, hacer análisis completos y complejos de todos aquellos aspectos relacionados directamente con la información del paciente; lo anterior adquiere relevancia cuando se parte de la base de que la información médica reposa en la HC, y que esta se compone de datos personales de carácter reservado, calificados como sensibles. Es por esta razón que se acude al derecho español como un reflejo o camino que debe empezar y como ejemplo de lo que se ha venido hablando sobre ello en Europa y en el mundo.

GENERALIDADES SOBRE LA HISTORIA CLÍNICA

Concepto, naturaleza y debates actuales sobre la historia clínica

La historia clínica (HC), según la define Herrera (2008) en su libro *Manual de responsabilidad médica*, es:

El documento o conjunto de folios, anotaciones, registros, información exámenes, descripciones médicas, formulaciones, en fin, es la recopilación escrita de toda información, de todo lo ocurrido que hay que llevar desde el inicio del ingreso del paciente a la institución, hasta su salida (p. 69).

Sin embargo esta, como muchas definiciones, es más bien técnica; se basa en datos objetivos que recopilan las instituciones de salud y omiten hacer referencia a la importancia de la información allí contenida, quizás el debate más importante que

actualmente rodea el derecho sanitario en virtud de la importancia cada vez más latente del derecho material sobre el formal. El autor parece olvidarse del hecho de que la HC se compone de todos los procedimientos de atención en salud, o conjunto de atenciones, pues de su definición es fácil deducir una referencia a la atención médica realizada en un momento continuado e ininterrumpido de tiempo, y no, como en realidad sucede la mayoría de veces, a diferentes situaciones durante la vida del paciente y hasta que la ley establezca un plazo para la guarda en el archivo desde la última atención.

Otra definición es la de Martínez Hernández (2006) en su trabajo *Historia clínica*: “es el conjunto de documentos relativos al proceso de asistencia y estado de salud de una persona realizado por un personal sanitario” (p. 58). En esta definición vemos ampliado el concepto de historia clínica a cualquier personal de la salud, sea este una persona natural o jurídica. Aun cuando notamos que esta es más objetiva y general y por tanto más completa que la primera definición, tampoco deja claro qué es específicamente la historia clínica, permitiéndonos demostrar que cualquier intento de definición va a ser insuficiente, pues las características propia de la HC, de los datos de salud allí contenidos, de la información de los pacientes, los derechos y deberes que se involucran, hacen que su comprensión y características sean más complejas.

La ley española 41/2002 del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP-E, por motivos metodológicos, además de la abreviación de las leyes, se incluye un guion y una letra E correspondiente a leyes españolas, o C de leyes colombianas), en el artículo 3 la define de la siguiente forma: el conjunto de documentos que contienen *los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*. El derecho colombiano, en el artículo 1-a de la resolución 1995 de 1999 sobre el manejo de la historia clínica del Ministerio de Salud de Colombia (en adelante ResHC-C), la define como:

Un documento privado, obligatorio y sometido a reserva en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y

los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley (Artículo 1-a de la resolución 1995 de 1999).

Esta resolución repite el concepto de la ley 23/1981 de ética médica (en adelante LEM-C):

La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley (Artículo 34).

De lo anterior nos damos cuenta que el derecho colombiano le da el carácter de documento privado, lo cual ha dado lugar a no pocas discusiones sobre la naturaleza jurídica de la HC, especialmente en el Consejo de Estado.

La norma, cuando se refiere a ella como un documento privado, reafirma la concepción de la propiedad del historial clínico en cabeza del paciente, lo que es indiscutible. Sin embargo, ha sido el Consejo de Estado de Colombia quien en diferentes fallos le ha otorgado el carácter de documento público de conformidad a la descripción que de documento público dice el Código de procedimiento civil: todo documento suscrito por un servidor público. El Código de procedimiento civil, artículo 251 define al documento público como “el otorgado por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención” a la vez que un documento privado sería aquel “que no cumple con los requisitos de ser un documento público”.

En otros fallos reiteran la condición de documento privado de la HC; la mayor diferencia entre uno y otro está en el tratamiento que se le debe dar a un documento en la etapa de otorgamiento y en las consecuencias penales que derivan de la falsificación de un documento público o un documento privado. El Consejo de Estado de Colombia se ha contradicho al intentar establecer la naturaleza jurídica de la HC. Por ejemplo, en sentencia del 12 de febrero de 2009 de la sección tercera y con Ramiro Saavedra Becerra como consejero ponente, entiende de conformidad

con la ley que la HC es un documento privado; pero hay decisiones como la sentencia del 8 de junio de 2011 de la sección tercera y magistrado ponente Hernán Andrade, que dice:

La jurisprudencia de esta sección, se ha ocupado de estudiar el tema concerniente a las características y exigencias de la historia clínica dentro de los procesos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales y ha precisado la naturaleza jurídica de documento público que corresponde a tales historias y, por ende, su valor probatorio, en los siguientes términos (Sentencia del 8 de junio de 2011).

Desde el punto de vista deontológico (Yuguero, 2012, p. 259) es el documento más importante de toda la relación médico-paciente; entonces, por más que se intente dar una definición exacta de qué es una historia clínica, una frase de Luis Yuguero descubre uno de los problemas de la HC desde el punto de vista legal, pues cuando afirma que es “uno de los documentos médicos más complejos que existen” (Yuguero, 2012, p. 259), denota el conflicto teórico que rodea a la HC. Esta complejidad se basa en las dificultades que presenta en cuanto a su propiedad, uso y contenido y por la multiplicidad de personas que directa o indirectamente intervienen en ella, entre otros.

Sobre la propiedad y acceso existe un curiosa diferencia entre lo que establece el derecho español del colombiano. Mientras en el último parece optarse por prestar mayor énfasis en la propiedad, el primero ha preferido regular mayoritariamente el acceso y uso, y ello se nota en la forma de regulación de cada tema. En los dos casos, tanto la propiedad en el sistema jurídico colombiano como el derecho de acceso del sistema jurídico español, los derechos le son reconocidos al paciente. Tanto si hablamos de propiedad como de acceso, cada vez es más claro que es el paciente quien puede disponer de los derechos adscritos en la HC, aunque existan limitaciones al deber de información (junto con la confidencialidad, los pilares de la HC); ejemplos como la del estado de necesidad terapéutica o lo que la ley 41/2002 LAP-E llamó las anotaciones subjetivas. Remitirse a un artículo de mi autoría sobre estas dos situaciones: “Límites al derecho de acceso a la información clínica en los

casos de estado necesidad terapéutica y anotaciones subjetivas. Especial referencia al sistema español” (Revista *Vía Inveniendi Et Iudicandi*, 2013).

Respecto al uso, en principio le corresponde en igualdad de proporciones, mientras dure el tratamiento o asistencia, al médico y al paciente, aun cuando el primero no pueda disponer de dicha información más que en lo relacionado con la terapéutica. Le corresponde el uso debido a que de ella dependen las decisiones terapéuticas para una mejor atención del estado de salud del paciente (artículo 15.2 de la ley española 41/2002 LAP-E dice que “la historia clínica tendrá como fin la asistencia sanitaria”). Pero otras personas tienen acceso a la historia clínica: el personal sanitario o administrativo en cumplimiento de sus funciones por disposición legal, las entidades públicas en circunstancias de salud pública o recopilación de información epidemiológica, los auditores en salud, cuando exista una orden judicial o en investigación o docencia. Lo anterior, como excepción al principio de confidencialidad y siempre como garantía de un mejor derecho del paciente.

En Colombia, la Corte Constitucional ha permitido el uso en determinadas situaciones a los familiares o personas cercanas interesadas de los pacientes difuntos o en estados de incapacidad absoluta (estados de coma) casi que en situaciones sin límite, y sin embargo ha ido aclarando la regla al establecer más obligaciones, como sucedió en la sentencia T-1051 de 2008, en que dijo:

Puede darse el caso de que el paciente haya fallecido, o que esté en situación física o psíquica que le impida expresar su aquiescencia, sin que se aprecie razón alguna que haga presumir que en vida o de mantener sus condiciones normales no hubiera consentido el acceso y que, por el contrario, este podría resultar favorable a él mismo, a sus descendientes y ascendientes, al igual que a su cónyuge, compañero o compañera permanente, caso en el cual debe posibilitarse el acceso a la historia clínica, a justificada solicitud de quien legítimamente sustente un derecho superior (Sentencia T-1051 de 2008).

Respecto del contenido podemos decir que técnicamente tiene una organización específica donde se estipulan todas las características del paciente y de la atención, los diagnósticos, cuidados, recomendaciones, etcétera. Sin embargo, sobre el contenido

material, se compone de datos de una sucesión de datos de salud y sobre ello se volverá más adelante. El artículo 15.2 de la ley española 41/2002 LAP, como el artículo 11 de la resolución 1995 de 1999 del ministerio de salud de Colombia definen un contenido técnico de la información y los soportes documentales que componen la HC.

Ahora bien, por todo lo anterior, la HC merece una especial protección debido a los datos que allí se contienen. Una protección especial como la que le ha dado la ley orgánica 15/1999 del 13 de diciembre LOPD-E a los datos de salud, procurándoles el carácter de datos sensibles especialmente protegidos. Igual fórmula tiene la Ley Estatutaria 1581 de 2012, de octubre 17 sobre Protección de Datos Personales (LEPD-C) pero la primera conclusión es que la legislación colombiana es más bien tímida en cuanto a la regulación, lo que se evidencia en que la norma base de la HC viene de una entidad del ejecutivo, como es la resolución 1995 de 1999, dejando en el ambiente más vacíos que certidumbres.

Lo anterior (las regulaciones a través de una ley orgánica-española o estatutaria-colombiana) es lógico si pensamos que el derecho fundamental protegido principalmente es el de la intimidad y confidencialidad del paciente. Un derecho constitucional no absoluto pues, en contraposición a este derecho fundamental, existen otros como el derecho a la salud de terceras personas o los derechos colectivos (pensemos en los datos de salud pública sobre enfermedades contagiosas cuando es imposible omitir la identificación del paciente o pacientes con VIH que se niegan a comunicar su situación a las personas con quienes tienen frecuentemente relaciones sexuales). Sin embargo esta revelación de datos deberá hacerse sobre lo estrictamente necesario para cada caso concreto y siempre bajo un razonamiento suficiente y justificado.

En este punto en Colombia estamos rezagados en cuanto a la protección de la intimidad del paciente con respecto a las normas europeas; encontramos entonces que la ley 41/2002 LAP-E recoge los dictámenes emitidos por las autoridades de la Unión Europea en la directiva 95/46/CE y en otros instrumentos. Eso se nota en la expedición de la ley 15/1999 LOPD-E que elevó a rango sensible el dato de salud,

lo que apenas se legisló en Colombia en el año 2012 y sigue sin ser reglamentado respecto de los datos de salud de forma específica y completa.

Un problema además de la indefinición de datos sensibles es el de la prohibición de transferir datos personales a países que no garanticen un nivel apropiado de protección, dándole la facultad de estudiar cada caso a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), inclusive de los datos de salud. Aquí no precisó el legislador la importancia de separar la actividad comercial de la actividad de servicio público de la salud, aun contando con dos entidades que regulan de forma más o menos completa aunque técnica y especializada el Sistema de Salud: la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud, y en ciertos sentidos el Instituto Nacional de Salud como ente consultor. Debió hacerse una excepción con respecto al tratamiento de los datos de salud, pues la protección que ofrece el derecho comercial es distinta a la del derecho público sanitario y aún estamos a la espera de cómo se realiza este tipo de transferencias.

A pesar de estar privatizado el sistema de salud en Colombia, tiene convicción de servicio público y sus obligaciones son distintas a las de cualquier entidad regulada por la libre empresa. Así lo dijo la Corte Constitucional:

El Estado tiene una amplia facultad de intervención económica en el sistema de salud y, en consecuencia, la libertad de empresa de los particulares en este campo puede tener mayores restricciones que las que son admisibles en otros sectores de la economía. Sin embargo, toda intervención debe ser razonable y proporcionada y tener fundamento legal. En tal sentido, la Corte ha indicado que la libertad económica (de empresa y contractual) de los particulares en este campo puede ser limitada siempre que se reúnan las siguientes condiciones: (i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos del ámbito de la salud como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio; y (v) debe respetar el principio de proporcionalidad de forma tal que no solo la finalidad sea legítima sino que el medio adoptado para alcanzarla sea

razonablemente idóneo y no tenga un costo constitucional desproporcionado (Sentencia C-675 de 2008).

Dato de salud

El dato de salud está consagrado como de especial protección tanto en la ley orgánica española 15/99 como en la ley 1581 de 2012 (ley colombiana de protección de datos, en adelante LCPD). En el caso del artículo 5 define de forma más o menos general qué debe entenderse por dato sensible:

Artículo 5. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos (Artículo 5).

La relación de protección del dato sensible se da por la fácil afectación de los derechos fundamentales del paciente, refiriéndose a la intimidad y confidencialidad, a que su vulneración afecta la confianza general sobre el sistema de salud y, además puede generar discriminación (sentencia de la Corte Constitucional SU-256 de 2006 sobre un trabajador enfermo de SIDA despedido por esa situación).

Por otra parte, como recuerdan Pablo Murillo de la Cueva y Pilar Nicolás, es necesario distinguir el concepto de dato de salud de otros similares, como el dato médico, el dato sanitario o el dato genético (Ripoll *et al.* 2006). El dato médico es un dato de salud referido a la profesión médica, el dato sanitario hace referencia a los sistemas administrativos del sistema de salud o sistema sanitario y el dato genético que es la “información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por

análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos” (artículo 2.i, de la declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos del 16 de octubre de 2003).

La noción de la Recomendación R (95) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre dato médico, que sin embargo por ser de contenido general puede emplearse en un término más genérico hacia el dato de salud; entonces, en el artículo 1 de definiciones, dice: “se refiere a todos los datos personales relativos a la salud de un individuo. Se refiere también a los datos que tengan una clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos”.

La definición que parece más ajustada es la de Pilar Nicolás en referencia a la de Manuel Herrero Higueras: “en general, cualquier información que permita formarse una idea de la situación médica de una persona: su comportamiento, su vida sexual, consumo de drogas, abuso de alcohol, de trabajo, etc.” (Ripoll *et al.*, 2006, p. 83).

Aquí a primera vista podría concluirse que el dato de salud, al ser más específico es de más fácil delimitación, tanto así que las definiciones de HC vistas al inicio del presente trabajo están más cerca del contenido del dato de salud que de la HC misma.

Contenido de la historia clínica

El contenido de la historia clínica es aquel que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Existen dos tipos de clasificación del contenido, uno técnico o formal que equivale a la información y clasificación de esta y un contenido material que es la información en sí misma recopilada en la HC. Lo importante de analizar en este trabajo es la segunda, pues la parte técnica está regulada y descrita por las normas que regulan la materia, específicamente en el capítulo II, artículos 5 y siguientes de la resolución No. 1995 de 1999.

Es la HC el principal documento de información del paciente, aunque no el único. Pensemos, por ejemplo, en las condiciones del lugar en que vive una persona o

los riesgos de salud pública o campañas de sensibilización de cuidados en salud que se hacen sobre una población, y que en determinado momento pueden incidir en la conclusión de un diagnóstico y que no siempre están contenidas en documentos clínicos. Es información que está latente en el paciente, no se manifiesta necesariamente en la HC de forma concreta. Se dirá, entonces, que la información que contiene la HC es aquella que directamente se relaciona en las consultas y atenciones del paciente o que se deriven de ellas, independiente de las posibilidades de acceso, dentro de las que es necesario mencionar las notas subjetivas del médico cuando deje evidencia de ello.

Al ser la HC un compilado de datos de salud, una cadena vital de la persona, el contenido será aquel historial sucesivo de hechos, actos, valoraciones, diagnósticos necesarios que han dado lugar a la atención sanitaria. Es decir, es y contiene la sucesión histórica del estado de salud física, social y psíquica del paciente. La salud ha sido conocida históricamente como la ausencia de enfermedad. Sin embargo, la OMS adoptó la definición de salud como “la situación que se refiere al bienestar físico, mental y social, y no es solamente la ausencia de enfermedades y dolencias” (conferencia de la salud de Nueva York, 22 de julio de 1946).

Propiedad de la historia clínica

Se ha adelantado algo sobre la propiedad de la HC y la diferencia entre el derecho colombiano y el español, donde en el último la propiedad de la información del paciente es tratado como un problema menor (Galán, 2011, p. 137) debido a que se regula su uso y no su propiedad. Es necesario hacer unas precisiones sobre el tema, pues, como se anotó, es un derecho de propietario difuso en distintas legislaciones.

Por ejemplo, aunque la LAP-E habla del uso y acceso a la HC, otras legislaciones de las comunidades autónomas, como la ley 3/2001 de 28 de mayo de la Comunidad de Galicia y la ley 1/2003, de 28 de enero de la Generalitat de Valencia sí reconocen que el titular del derecho de propiedad de la información es el centro sanitario o el médico independiente que realice la atención sanitaria.

Es por eso que el debate sobre la propiedad de la historia clínica, que se traduce en la titularidad de los datos de salud contenidos en ella, sigue abierto aunque pueda parecer de menor importancia. Al respecto, Antomás y Huarte (2011) nos mencionan tres tipos de datos que se contienen en la HC: “datos básicos de la persona y a los que pueden acceder todos los profesionales sanitarios, datos privados a los que se accede con consentimiento del paciente y datos reservados a los que ni siquiera el paciente tiene acceso” (p. 78).

Continuando con lo anterior, la importancia de la titularidad y del derecho de acceso está en la legitimación de la utilización de los datos contenidos en la HC. Aunque su principal fin es el terapéutico, es decir que se garantice un adecuado servicio asistencial en todos los niveles de atención al paciente, esta información tiene otros usos, por ejemplo el judicial, el de investigación o docencia o de salud pública, razón por la cual es el mismo paciente el primer poseedor del derecho de uso y acceso de esa información o transferencia del mismo pero no el único.

Sin embargo, la ley colombiana le otorga la propiedad de la información contenida en la HC directamente al paciente, bajo el supuesto de que el médico simplemente recopila los datos por él suministrados que en todo caso, seguirán siendo de aquel (derecho consagrado en la ley 23 de 1981 de ética médica, y en la resolución 1995 de 1999 sobre historia clínica). Pero la obligación (diferente) de custodia o guarda es del centro sanitario o del médico cuando trabaja de forma independiente; obligación de custodia que se realiza de esta manera por los cuidados especiales que requiere, coincidiendo en este tema los dos derechos (uso y propiedad).

Como conclusión, la propiedad de la HC aunque difusa, es un problema menor dentro del manejo de la información del paciente, pues que pertenezca a uno u otro no significa que dejen de protegerse los datos personales en ella contenida.

Acceso y uso de la historia clínica

El derecho de acceso al historial clínico se reconoce en primer plano al paciente y a los facultativos relacionados con la atención médica, con las reservas para cada

caso. Suscita controversia el acceso del paciente cuando la ley ha determinado límites específicos en donde no le es permitido conocer la información recogida en su historial clínico. En Colombia, por ejemplo, la reglamentación del acceso obliga al paciente a indicar expresamente las razones que le llevan a pedir copia de su HC al centro médico, lo cual no tiene justificación tratándose de un derecho suyo reconocido como tal. La razón, es la creación de barreras que obstruyen el camino a posibles demandas en contra del sistema sanitario por posibles fallas en la atención muy común en un sistema sanitario que ha sido catalogado como deficiente. Si la titularidad del HC está en el paciente, este podría y debería acceder a él cuantas veces quisiera y sin más demora que el trámite interno de entrega de copias.

La LAP-E dispone que el paciente adulto y con plena capacidad tiene acceso a su historial sin perjuicio de los derechos de terceras personas, de necesidad terapéuticas y cuando el médico se oponga a que se dé conocimiento de sus anotaciones subjetivas.

Una cuestión interesante sobre el acceso a las HC se da en el derecho u obligación que a él tienen los profesionales sanitarios. Si bien existe la posibilidad de acceso a los datos de salud de los pacientes, no es un derecho absoluto y así se menciona en la ley 41/2002 LAP-E, en el artículo 16.1, en la que el acceso del equipo médico debe darse siempre que la finalidad sea “garantizar una asistencia adecuada al paciente (...) y como instrumento fundamental para la adecuada asistencia”. Sin embargo, debido a la complejidad del estado de salud de las personas, ya que en medicina cada paciente es una historia distinta con características propias, no es posible tener una regla objetiva de acceso a la HC de los pacientes por los profesionales sanitarios encargados del tratamiento. En el informe 656/2008 la Agencia Española de Protección de Datos, de acuerdo a una consulta referida al acceso del cuerpo de enfermería a los datos de pacientes hospitalizados, dijo:

Únicamente sería posible establecer una regla mínima de acceso, en cuya virtud el personal de enfermería que desarrolla su actividad en funciones de hospitalización, debería acceder a la totalidad de los datos de la historia clínica que bien se encuentren directamente vinculados al episodio que ha dado lugar a la hospitalización y que se obtengan durante la misma, y a aquellos datos de la historia clínica que hubieran sido considerados relevantes para el

tratamiento llevado a cabo en relación con la hospitalización concreta respecto de la que se prestan los servicios asistenciales (Informe 656/2008).

La anterior regla puede aplicarse a cualquier profesional sanitario, incluidos los profesionales médicos, que en últimas pueden acceder a la información del paciente obtenida en dos momentos: en el pasado cuando tenga estrecha relación con el proceso asistencial que se esté realizando, y en el momento actual de la asistencia sanitaria, lo cual es obvio y no merece mayor atención. Sin embargo, lo que no parece obvio es que se abuse de la facilidad de acceder a la información de la HC sin reserva alguna.

En el acceso a la HC por terceras personas distintas de la atención médico-paciente tenemos dos supuestos.

El primero de ellos es que se cuente con autorización del paciente, caso que no tiene mayor complejidad en términos generales: se necesita una autorización clara, expresa y particular para solicitar información y por eso en este caso no sirven autorizaciones o poderes generales.

El segundo supuesto se da en aquellas situaciones en que no se cuenta con autorización del paciente. Sobre el particular ha dicho la ley, tanto española como colombiana, que los datos de salud pueden ser conocidos por terceros cuando así lo disponga una ley o haya autorización de quien se pueda ver afectado con la revelación. Cuando se trata de personas fallecidas o en estado de incapacidad mental, las reglas son distintas, pues, al menos en el caso español, si no se cuenta con una prohibición expresa de acceso por el paciente cuando estaba con vida, no podrá suministrarse la HC. En los demás casos, así como sucede en el derecho colombiano, los familiares tienen derecho de acceso al historial clínico del fallecido o en incapacidad absoluta.

Un avance de la ley española con respecto a la colombiana es la posibilidad de impedir el acceso a la información médica, inclusive cuando se ha fallecido si así expresamente lo ha solicitado en vida el afectado, a menos que medie una situación de urgencia que pueda afectar los derechos de otros o el interés general. Sin embargo,

en relación a este vacío, en la ya mencionada sentencia SU-256 de 2006 se fijó una regla más o menos precisa.

En el caso de personas fallecidas o en estado de incapacidad mental, la Corte Constitucional Colombiana ha ido delimitando la regla sobre el acceso de los familiares que justifiquen la necesidad de conocer la información médica de su familiar, la ResHC-C no menciona cuándo podrán acceder los familiares a la HC del paciente. Fue una interpretación de la Corte Constitucional que se adhirió al derecho como doctrina general. En la sentencia T-834 de 2006, por ejemplo dice:

Pero, como más adelante se explicará frente al asunto bajo estudio, puede darse el caso de que el paciente haya fallecido, o que esté en situación física o psíquica que le impida expresar su aquiescencia, sin que se aprecie razón alguna que haga presumir que en vida o de mantener sus condiciones normales no hubiera consentido el acceso y que, por el contrario, este podría resultar favorable a él mismo, a sus descendientes y ascendientes, al igual que a su cónyuge, compañero o compañera permanente, caso en el cual debe posibilitarse a un elevado nivel decisorio del centro médico, definido por el reglamento de la correspondiente institución, que razonablemente permita el acceso a la historia clínica, a justificada solicitud de quien legítimamente sustente un derecho superior (Sentencia T-834 de 2006).

De hecho, judicialmente la objeción a la entrega total o parcial de la información del paciente a él directamente o a sus familiares puede ser tomado como un indicio grave en contra del médico o centro de salud en los procesos de responsabilidad médica (fallo del Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo del 28 de febrero de 2013, Sección tercera, radicación número: 66001-23-31-000-2001-00063-01(25075). Sin embargo la interpretación constitucional fue necesaria en su tiempo debido a un vacío legal, pues tanto la ley 23 de 1981 LEM-C como la resolución del Ministerio de Salud 1995 de 1999 ResHC-C, omitieron hacer referencia al acceso a los datos clínicos de personas fallecidas o en estados de inconsciencia.

En España la situación cambia debido a la existencia de dos leyes importantísimas. La 15/1999 LOPD-E y la 41/2002 LAP-E. En esta última, en los artículos 16 y 18

habla del tema de la cesión de los datos de la HC y el acceso a la misma. En el artículo 18 establece la posibilidad del paciente por sí mismo o por un tercero debidamente autorizado a acceder a su información médica. Sin embargo en el 18.4 hay unas reglas interesantes, como por ejemplo el acceso a la HC de personas fallecidas siempre y cuando no lo haya prohibido expresamente. Aun así, cuando un familiar quiera acceder a datos contenido en la HC por riesgos para su salud, se limitará a los datos pertinentes. Sobre el artículo 18.4, la AEPD en informe jurídico 171/2008 dijo:

De este modo, una interpretación del artículo 18.4 de la ley orgánica 41/2002 coherente con el contexto normativo en el que la misma fue aprobada permitiría el ejercicio del derecho de acceso a la historia clínica del fallecido por parte de su cónyuge o persona vinculada con aquel por una relación de hecho similar, ascendientes y descendientes, así como las personas que hubieren sido designadas por el fallecido para ejercer las acciones a las que se refiere la ley orgánica 1/1982 y, en última instancia, sus herederos que además se encontrasen vinculados a aquel por relaciones familiares o de hecho análogas a la familiar (Informe jurídico 171/2008).

Otras posibilidades de acceso son las los del artículo 16 de la ley 41/2002 aplicables al caso colombiano son:

- Finalidad judicial.
- Epidemiológicos.
- Salud pública.
- Investigación o docencia.
- Personal sanitario de evaluación de calidad de servicios sanitarios.

Dada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, podríamos pensar de manera más o menos razonable que la posición respecto de la negación del paciente en vida sobre la no entrega de su HC a familiares y personas cercanas o interesadas.

Confidencialidad e intimidad en la historia clínica

La confidencialidad es el principio fundante de la relación médico-paciente, pues se trata de una trasmisión de datos de la propia vida e intimidad del paciente al médico basada en el principio de buena fe con una justificación terapéutica. La confianza se deposita en el médico por el conocimiento científico de este y el estado de vulnerabilidad en que se encuentra una persona enferma. Es por esta razón que dicha información, necesaria para el tratamiento sanitario, ha sido robustecida de algunas obligaciones por parte de quienes tienen el deber de asistencia terapéutica y vigilancia de la información. Esta obligación tiene su primer reconocimiento en las LOPD española y la LPD colombiana al catalogar los datos de salud como datos sensibles.

La primera referencia a la confidencialidad se encuentra en las normas éticas de la profesión médica. El juramento hipocrático, acogido por las legislaciones analizadas dice al respecto: “guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas”. Este juramento de la profesión médica ha sido adaptado en otras disciplinas, como es el caso del juramento en enfermería, atribuido a Florence Nightingale, quien es considerada la fundadora de la enfermería moderna, y que dice: “consideraré confidencial toda la información personal que me sea revelada y todos los asuntos familiares de los que tenga conocimiento en el ejercicio de mi profesión”. Esto es tan importante, que en la actualidad el secreto profesional ha sido recogido por todos los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias reconocidas, como por ejemplo la ley 23 de 1981 en su artículo segundo (acoge la Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial de septiembre de 1948 y adaptada en años posteriores).

Aunque la trasmisión o cesión (debe hablarse de trasmisión en aquellos supuestos en que es el paciente el dueño de su historial y cesión en donde la propiedad la tiene el centro asistencial o el médico tratante) de la información se encuentra dentro de la esfera del principio de autonomía, pues el paciente es libre de dar los datos que considere oportunos aunque la “autonomía se ve limitada por el deber de dar información veraz y suficiente” (Antomás y Huarte, 2011, p. 75). Entonces, ante

esta limitación o intromisión a la intimidad del paciente, se contrapone la obligación del secreto profesional, principio base de la confianza legítima de la relación.

Por último, y a título de reflexión, es interesante traer a colación lo que Antomás y Huarte (2011) dicen sobre la información que suministra el paciente: “es solo el propio interesado quien puede decidir qué información pertenece a su más estricta intimidad, según sus propios criterios” (p. 75); ello es debatible, pues la relación médico-paciente inicia con una situación de disminución física o psíquica del mismo, una especie de desnivel entre el médico y el paciente, y justo por ello, por esa autoridad del médico, es que se debe crear en el paciente la idea contenida en el principio de confidencialidad de la información. No es tan cierto y hay que preguntarse hasta qué punto existe autonomía del paciente al acudir a los servicios sanitarios, pues su condición de enfermo le hace vulnerable y en la mayoría de las veces, le hace aceptar las condiciones del tratamiento. En conclusión, el paciente está limitado y obligado por condiciones biológicas a desprendérse de su intimidad y revelar datos que en otras condiciones no haría, mientras que el médico está obligado a proteger esa información y reservársela exclusivamente para el tratamiento, aun cuando subsidiariamente puede ser utilizada en otras circunstancias. En ello, es parte fundamental que el médico haga comprender al paciente de la importancia vital de dar datos completos y objetivos y brindarle seguridad del cuidado de su información.

CONCLUSIONES

La historia clínica es un concepto que continúa en proceso de estructuración jurídica, al igual que la noción de responsabilidad médica.

Es por lo anterior que resulta procedente preguntarse sobre una posible omisión por inconstitucionalidad frente a la temática en particular.

A la fecha aún se pueden encontrar vicisitudes en el concepto y en la naturaleza jurídica de la figura de la historia clínica, aspecto que se evidencia no solamente en la legislación colombiana sino también en la española.

REFERENCIAS

- Antomás, J. y Huarte, S. (2011). Confidencialidad e historia clínica. Consideraciones ético-legales. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 1(34), 73-82. Navarra, España.
- Cantero, R. (2008). El acceso de los pacientes y sus allegados a los datos personales contenidos en la historia clínica. Escola Galega de Administración Sanitaria (editor). *Historia clínica electrónica, confidencialidad y protección de la información*, 137-162. Santiago de Compostela.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008, 2 de julio). *Sentencia C-675 de 2008*. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.
- Galán, J. C. (2011). *Responsabilidad civil médica*. Navarra: Editorial Civitas (tercera edición).
- Herrera, F. J. (2008). *Manual de responsabilidad médica*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Martínez, J. (2006). Historia clínica – The medical history. *Cuadernos de Bioética*, 17(59), 57-68. Bogotá, Colombia: Universidad El Bosque.
- Orozco G. (2006). Problemática jurídica de la información sanitaria, la historia clínica. Legal problems associated with the health information, the clinical history. *Cuadernos de Bioética*, 17(59), 43-56. Bogotá, Colombia: Universidad El Bosque.
- Ripoll, S., Bacaria, J., y et al. (2006). *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*. Madrid: Agencia Catalana de protección de datos y Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A.
- Sánchez, J. (2008). Intimidad versus historia clínica electrónica. Escola Galega de Administración Sanitaria (editor). *Historia clínica electrónica, confidencialidad y protección de la información*, 65-111. Santiago de Compostela.
- Yuguero, A. (2012). *La responsabilidad médica en la contemporaneidad*. Madrid, España: Ariel.