

La reserva de las anotaciones subjetivas: ¿derecho o privilegio?

Pablo Hernando^a, José Antonio Seoane^b y José Francisco de Asís^c

^aComité de Ética Asistencial. Servicio de Atención al Cliente. Corporación Sanitaria Parc Taulí. Sabadell. Barcelona. España.

^bComité de Ética Asistencial. Complejo Hospitalario Universitario Juan Canalejo. Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidade da Coruña. A Coruña. España.

^cDirección de Gestión. Comité de Ética Asistencial. Hospital Universitario Marqués de Valdecilla. Santander. España.

Correspondencia: Dr. P. Hernando Robles.

Comité de Ética Asistencial. Servicio de Atención al Cliente. Corporación Sanitaria Parc Taulí.

Parc Taulí, s/n. 08208 Sabadell. Barcelona. España.

Correo electrónico: phernando@cspt.es

Resumen

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 ha supuesto un hito en el reconocimiento legal de la autonomía de los pacientes. En su artículo 18.3 aborda el tema de las anotaciones subjetivas de un modo poco claro y que merece ser objeto de debate. El artículo revisa la argumentación ética y jurídica relacionada con este tema, en que se vislumbra un *giro autonomista* que supone que el enfermo pasa de *sujeto paciente* a *sujeto agente*.

Finalmente se analizan los argumentos a favor y en contra de las limitaciones de disponibilidad de las anotaciones subjetivas, y se concluye que no debe existir un derecho de reserva exclusivo de los profesionales sanitarios, diferente de los mecanismos de tutela de la confidencialidad y de los derechos disponibles para cualquier ciudadano. Aun admitiendo la existencia de anotaciones subjetivas, en ningún caso puede justificarse el reconocimiento de un derecho de reserva de los profesionales, que parece más bien un privilegio propio de otros tiempos y modelos, lo cual no impide la necesaria reflexión acerca de *cómo* los pacientes deberían disponer de su historia clínica.

Palabras clave: Anotaciones subjetivas. Confidencialidad. Disponibilidad de la historia clínica. Ética.

Abstract

Law 41/2002, of November 14th, concerning patient autonomy and rights and responsibilities regarding clinical information is a landmark in the legal recognition of patient autonomy. Article 18.3 of this law, which deals with the topic of subjective notes, is insufficiently clear and warrants further discussion. The present article reviews the ethical and legal arguments related to this topic, in which an autonomous twist can be discerned, implying an essential change in the patient's role: from patient to agent.

Finally the arguments for and against restricted access to subjective notes are examined. The conclusion is that there is no justification for a special right for health professionals different from the rights enjoyed by any citizen and from the general legal resources for guaranteeing confidentiality. Even acknowledging the existence of subjective notes, the authors argue that a professional legal right to restricted access is unjustifiable; such a right would be more a privilege than a right and seems to belong to former times and ethical and legal frameworks. This criticism does not preclude further and necessary reflection about how patients should access their clinical records.

Key words: Subjective notes. Confidentiality. Access to clinical records. Ethics.

Introducción

El artículo 18.3 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 (en adelante LBAP) se refiere al derecho del paciente de disponibilidad de su historia clínica. En su inciso final, cuyo alcance no está nada claro, incluye la posibilidad de que los profesionales sanitarios opongan al derecho del paciente la reserva de sus anotaciones subjetivas. Así se expresa el legislador:

“El derecho de acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del pa-

ciente, *ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas*” (curativa añadida).

No ha sido la LBAP la única en recoger esta facultad de reserva, ya que varias leyes autonómicas sobre autonomía y derechos de los pacientes han hecho lo propio con antelación y con posterioridad. Una de ellas, la Ley extremeña 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, ofrece en su art. 32.4.d la única noción legal de anotaciones subjetivas: “las impresiones de los profesionales sanitarios, basadas en la exclusiva percepción de aquéllos, y que, en todo caso, carecen de trascendencia para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, sin que puedan tener la consideración de un diagnóstico”.

En estas normas hay varias opciones y expresiones legislativas que merecen una reflexión. ¿Qué son las anotaciones subjetivas? ¿existen realmente anotaciones subjetivas? En caso afirmativo, ¿dichas anotaciones deben formar parte de la historia clínica? La reserva de las anotaciones subjetivas: ¿es un derecho o un privilegio?, ¿cuál es su justificación?

Para intentar solucionar estos interrogantes revisaremos la fundamentación ética de la confidencialidad y de la tutela de los datos de salud y la documentación clínica, así como las respuestas jurídicas, y se propone una vía de interpretación centrada en los derechos en juego. Finalmente, proyectaremos esta reflexión general sobre el tema concreto que nos ocupa, la reserva de las anotaciones subjetivas, y se sugiere una propuesta de solución.

El marco teórico de referencia

El marco ético

La confidencialidad ha sido un principio fundamental en la ética médica desde los comienzos de la medicina occidental, y un deber recogido en los diferentes códigos deontológicos desde su inicio (p. ej., el Código hipocrático)¹. Así Beauchamp y Childress² la reconocen como una de las 4 obligaciones principales del profesional sanitario que especifican su propuesta de principios.

Sin entrar, puesto que no es objeto de este trabajo, en los diferentes conceptos relacionados, vale la pena recoger una reciente definición de la confidencialidad para el ámbito clínico: “Derecho del paciente a que todos aquellos que lleguen a conocer datos relacionados con su persona por su vinculación laboral al participar, de forma directa o indirecta, en las funciones propias de las instituciones sanitarias respeten su intimidad y cumplan con el llamado deber de sigilo, reserva y secreto”³.

Parece también existir consenso en el reconocimiento del peligro que las actuales tecnologías de la información suponen para el respeto de la confidencialidad⁴. Sin embargo, la actualidad del tema proviene, sobre todo, de una nueva justificación ética. La justificación moral de la confidencialidad provenía de un deber del médico y no de un derecho del paciente, aspecto que surge en el mundo moderno. Hasta entonces el deber de confidencialidad se justificaba desde argumentos paternalistas (saber qué era lo bueno para el paciente, sin el paciente) y por la posición de la confianza y la lealtad como elementos fundamentales de una adecuada relación sanitario-paciente.

El reconocimiento del principio de autonomía, en el mundo civil y político, data del siglo XVIII y su concreción aparece en las diversas formulaciones de los derechos humanos. Uno de ellos, el derecho a la libertad de conciencia, tiene consecuencias obvias: el derecho a la intimidad y la confidencialidad y el deber de secreto. Sin embargo, en los temas de la gestión del propio cuerpo este reconocimiento ha tardado mucho más tiempo.

Así pues, el principal argumento para preservar la confidencialidad es el respeto del principio de autonomía. Es obvio que la autonomía personal queda coartada y limitada si no

se respeta la confidencialidad. Los otros argumentos, la confianza y la lealtad, presentan importancia, pero el gran argumento es el principio de respeto a la autonomía del paciente. Ello explica que se configure primariamente como derecho del paciente y, consecuentemente, como deber del profesional. Este cambio ha tenido reflejo en nuestro sistema jurídico mediante la mencionada LBAP y, con carácter más general, con la Ley de protección de datos de carácter personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de noviembre; en adelante, LOPD).

Las reticencias de los profesionales e instituciones sanitarias a que el paciente disponga de su historia cabe entenderlas como reacción natural a entender la justificación de la confidencialidad desde el paternalismo y no desde el reconocimiento de la libertad de la persona en la gestión de su propio cuerpo. No en vano la gran mayoría de los profesionales sanitarios han sido formados en aquel paradigma.

El marco jurídico

La aparición de la LBAP y de variadas leyes autonómicas consolida un caudal renovador de la regulación jurídico-sanitaria española, encabezado por la “Constitución bioética”: el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, elaborado por el Consejo de Europa (1997-2000). Estas normas representan la actualización y sucesión de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril; en adelante LGS). Y todas ellas han sido precedidas por la Constitución Española de 1978 (CE).

A partir de la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), y de su sustituta, la LOPD, y sobre todo desde las sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, que acuñan un nuevo derecho fundamental, el derecho a la protección de datos personales, no es posible entender adecuadamente la tutela jurídica de los datos de salud y de la documentación clínica sin referencia al giro *autonomista* originado por el mencionado derecho a la protección de datos personales. Éste, más amplio que sus predecesores –el derecho a la intimidad y la libertad informática–, consiste sobre todo en un poder de disposición o control sobre los datos de carácter personal que se resume en el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. Es decir, el derecho a la protección de datos se articula en torno a 2 grandes facultades positivas o de control: el derecho a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos el derecho a ser y estar informado⁵.

Se ha pasado de un sujeto paciente a un sujeto agente. Frente al derecho a la intimidad, instrumento tradicional de tutela de la confidencialidad, el derecho a la protección de datos personales incorpora una novedad adicional –presente ya en la libertad informática– en cuanto al alcance de las facultades del titular del derecho y, recíprocamente, en las obligaciones de los terceros. Da lugar, entonces, a derechos y deberes de 2 órdenes:

1. Un derecho de control y disposición sobre los propios datos de salud, que se despliega en un haz de facultades o derechos (información, consentimiento, disponibilidad, rectificación, cancelación, etc.), y un deber de respeto de tal derecho, consistente en la obligación universal de abstención u omisión de actuaciones que impidan su ejercicio: *el deber de confidencialidad*.

2. Ciertos deberes específicos de carácter activo o positivo, y no meramente de omisión. Algunas personas (p. ej., el responsable del fichero o los profesionales encargados del tratamiento de los datos de salud) tienen específicas obligaciones activas frente al titular de los datos, referidas a la calidad de éstos: su veracidad, actualidad, pertinencia, exactitud, etc., y a la diligencia en la recogida, el manejo, el control y la conservación de los datos; esto es, la diligencia en su tratamiento: *el deber de calidad*.

Las repercusiones del derecho a la protección de datos personales en la tutela de la información y la documentación clínica son notorias. Así, el derecho a la protección de datos personales es condición y concreción de la facultad de autodeterminación de cada individuo, en este caso como autodeterminación informativa, como facultad general de disposición sobre sus datos personales, en particular sobre los datos de salud.

La regulación de la Ley básica

La LBAP garantiza el respeto de la intimidad y la confidencialidad de la información y documentación clínica, ya presentes antes en la LGS. Además, fortaleciendo la autonomía, la Ley básica reconoce y regula el derecho de disponer de la información contenida en la historia clínica, tanto de los pacientes o usuarios como de los profesionales sanitarios o de otros terceros. Junto a este derecho, la LBAP impone específicos deberes de custodia, conservación y seguridad, y el no menos importante deber de calidad en relación con la historia y documentación clínica, acordes con el nuevo régimen jurídico de la protección de los datos de carácter personal referidos a la salud, que tiene como referencia la mencionada LOPD.

No obstante, la recepción y la garantía de la denominada autodeterminación informativa en la LBAP es insuficiente, sobre todo por la ausencia de reconocimiento del derecho a la protección de datos personales, auténtico responsable del giro autonomista en la tutela de los datos de carácter personal y de los datos de salud y la documentación clínica. Mediante la apuntada regulación del derecho de disponibilidad y de los deberes de calidad, la LBAP amplía la autonomía al garantizar facultades e imponer obligaciones propias del régimen del mencionado derecho a la protección de datos personales. Sin embargo, la justificación del derecho de disponibilidad –y de cancelación, rectificación, etc.– y del deber de calidad, reconocidos y exigidos de algún modo en la LBAP, no puede derivarse del derecho a la intimidad, único derecho fundamental presente en la LBAP al respecto, pese a la paulatina ampliación de su ámbito y contenido por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino del nuevo dere-

cho fundamental a la protección de datos personales, que rebasa los límites del derecho a la intimidad, tanto en relación con el objeto y los derechos protegidos como en las facultades que integran su contenido.

Las anotaciones subjetivas

Concepto y justificación

Un gran problema de la LBAP en relación con las anotaciones subjetivas es que no aclara qué son, ni tampoco qué significa exactamente que la disponibilidad para el paciente de su historia clínica no pueda ir en perjuicio de los profesionales, como si éstos no estuviesen sujetos a responsabilidad. Quizá convenga, antes de reseñar las definiciones y los fundamentos, conocer las remisiones que realiza la propia LBAP en su Exposición de Motivos, pues aunque no vinculan al legislador sí resultan de gran utilidad para la indagación hermenéutica de la norma.

Antecedentes

– *La Declaración sobre la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa de la Oficina Regional de la OMS de 1994*. Este documento contiene una serie de “principios guía” y una enunciación de los derechos de los pacientes. En este último apartado, en el punto sobre confidencialidad y privacidad, subapartado 4, señala que “los pacientes tienen el derecho de acceder a sus archivos médicos y registros técnicos y a otros archivos y registros [...], tal acceso excluye los datos referentes a terceras personas”. No hay otro punto en este documento que trate sobre la disponibilidad de la documentación clínica para el paciente y, como se puede ver, no aparece recogida la limitación en cuanto a las anotaciones subjetivas.

– *El Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina*, de 1997, en su capítulo III sobre “Vida privada y derecho a la información” establece una excepción al principio general (recogido en el art. 10.2: “Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud...”) en virtud de la cual “la ley puede establecer restricciones, en interés del paciente...” (art. 10.3). Conforme al artículo 26, las restricciones no podrán apartarse de aquellas que “previstas en la ley, supongan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de los delitos, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

– *La Ley General de Sanidad, de 1986*. En cuanto a que el paciente disponga de su historia clínica, la LGS era muy abierta, sin ningún tipo de limitación. Sin embargo, era ambigua y su implantación no se ha llevado a cabo en nuestra realidad social. Tampoco en la LGS se alude a la posibilidad de reserva de disponibilidad referente a las anotaciones subjetivas; antes al contrario, la normativa que la desarrolla (RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud) concede al usuario su derecho a “la comunicación o entrega [...] de un ejemplar de su historia clínica”, sin fijar cortapisa alguna.

– El *Seminario conjunto sobre información y documentación clínica realizado entre el Consejo del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo*, en 1997. En este encuentro participaron miembros de la judicatura, de la Administración sanitaria y profesionales asistenciales de reconocido prestigio. El contenido de este seminario está recogido en 2 volúmenes⁶ en donde la cuestión de la disponibilidad de la documentación se analiza con detalle, lo que nos resultará de gran utilidad en el ulterior epígrafe referido a los argumentos. Esta publicación ha de ponerse en relación con la coetánea publicación del conocido como Documento Final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica (26 de noviembre de 1997), al que también se hace mención expresa en la meritada Exposición de Motivos.

Concepto

La reflexión sobre el evanescente concepto de anotaciones subjetivas puede sintetizarse en 2 opciones:

1. No son juicios clínicos⁷, sino “anotaciones personales clínicas”⁸, que se distinguen con mayor o menor claridad de los resultados de las exploraciones, el juicio diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento⁹, pues no surgen de la observación de un hecho biológico o de su evolución y no plantea alternativas diagnósticas o decisiones clínicas¹⁰; por lo tanto, no forman parte de la historia clínica y, por ende, no pueden ser objeto del derecho del paciente de disponibilidad.

2. Impresiones personales del médico –fruto de su labor deductiva¹¹– sobre el enfermo o su entorno, de carácter inicial en el *iter* de la relación asistencial y que han de poseer trascendencia clínica; son, por tanto, juicios de valor que no tiene por qué conocer el paciente¹².

Argumentos

Los argumentos utilizados por la doctrina española para justificar el derecho a la reserva de las anotaciones subjetivas pueden resumirse en los siguientes:

– La *doble contabilidad*. “El médico no puede estar realizando la historia pensando en todo aquello que el paciente no le gustaría oír o no puede interpretar de forma correcta. [...] Dar al paciente una copia de la historia puede suponer un cambio en la forma de elaborarla. No es lo mismo que el médico elabore la historia sabiendo que únicamente va a acceder a ella y utilizarla el personal sanitario, que tiene una formación común y la misma finalidad asistencial en su manejo, que sabiendo que la va a poseer el propio paciente que desconoce la medicina y que no posee su misma formación”¹³.

– La preservación de la *calidad del documento*, que decaerá en el caso de que, en el momento de su redacción, el sanitario haya de atender a otros fines distintos de los puramente asistenciales¹⁴⁻¹⁶.

– Evitar la posible *autoinculpación* a que se vería abocado el sanitario que dejase en manos del paciente “el medio de prueba de una eventual responsabilidad del médico, del centro o de la institución”¹⁶, lo que conculcaría el derecho público subjetivo del que, conforme al artículo 24 de la CE, gozan todos los ciudadanos.

– *Protección de los mejores intereses del paciente*, pues el desconocimiento del imprescindible lenguaje técnico le puede conducir a interpretaciones equivocadas que pongan en riesgo su integridad¹⁷⁻¹⁹; es, por ello, necesario el *filtro médico* siempre de acuerdo con los principios deontológicos de “delicadeza, circunspección y oportunidad”.

– La *propiedad intelectual*: “El médico, al redactar o ‘construir’ la historia clínica realiza una genuina construcción 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 [...] lleva a cabo una *actuación técnica de valoración* de los antecedentes, diagnóstico, pronóstico y tratamiento”²⁰; el facultativo no se limita a una mera recopilación de datos, sino que “mediante una labor de análisis y síntesis, transforma la información recibida, con resultado de una *creación científica*, expresada en términos de valor terapéutico, diagnóstico, pronóstico y tratamiento”²¹.

– La preservación de la *intimidad del médico*; el sanitario pretende salvaguardar una intimidad, la suya, que se manifiesta en el hecho de hacer constar en la historia clínica anotaciones subjetivas referidas al paciente, pues “el médico siempre reclamará un espacio de confidencialidad ante los demás y ante el mismo paciente, e incluso las instituciones, por razones clínicas y éticas [...] y de alguna manera, la práctica médica perdería esencia y los pacientes la necesaria confianza en ella”²²; se añade, con el último inciso, una leve mención sobre la conservación de la ineludible *relación de confianza* en la que ha de sustentarse el encuentro clínico. Como señala Romeo²³ ha de procurarse conciliar el derecho del paciente a la disponibilidad de la documentación contenida en la historia clínica con el respeto por la intimidad del personal sanitario.

– El cumplimiento de la obligación de garantizar el *secreto profesional* que recae en el facultativo pues, como custodios que son del secreto de los datos contenidos en la historia clínica, los médicos pueden (y deben) restringir el acceso a ella²⁴.

Crítica y contraargumentación

Concepto

Se pretende justificar que las anotaciones subjetivas, en tanto que anotaciones personales, no son objeto de acceso. Pero, ¿qué son las anotaciones personales? Los partidarios de esta argumentación dicen que son aquello que se diferencia del resultado de las exploraciones. Pero la interpretación, la valoración de un resultado, ¿es una anotación personal? Pongamos un ejemplo: la impresión diagnóstica de neumonía, tras explorar al enfermo y realizarle una radiografía, ¿es una anotación personal? Es posible, y acorde a la realidad, una diferenciación entre datos objetivos (p. ej., la radiografía) y subjetivos (la impresión diagnóstica). En la exploración de un abdomen, ¿se pueden desligar ambos componentes? ¿Es diferente la anotación personal “neumonía” de aquella otra “el paciente parece en exceso preocupado y no creo conveniente informarle del diagnóstico pues aumentaría en exceso su angustia”? ¿Por qué? ¿Es diferente la labor deductiva en uno y otro caso? Parece una división artificial entre datos objetivos y datos subjetivos. Todo dato es, en cierto sentido, subjetivo,

valorable, interpretable. Para ello está el profesional sanitario. Lo importante no es la característica objetividad/subjetividad, sino el razonamiento que orienta la decisión. Así, para llegar al diagnóstico de neumonía habrá que realizar exploraciones que adquieren sentido en función del sujeto, sus síntomas, sus otras enfermedades, etc. Articular adecuadamente todos estos datos es un juicio clínico que por su naturaleza nunca tendrá certeza absoluta; esto es, no será tanto cierto (objetivo) cuanto probable (subjetivo). Del mismo modo, si se decide o no informar a un determinado paciente, habrá que justificar el porqué, si lo hacemos o no a un representante, qué plazo nos damos para ensayar el momento más adecuado, etc. De ambos tipos de razonamiento tendría que disponer el paciente, pues sin ellos no podría comprender la decisión tomada ni así evaluar su calidad.

Contraargumentos

En cuanto a los 2 primeros argumentos (doble contabilidad y preservación de calidad del documento) no van acompañados de trabajos empíricos, sean cualitativos o cuantitativos, que los avalen; tampoco se conocen estudios que analicen, evalúen o comenten el tipo de anotaciones subjetivas en las historias. Este tipo de prevenciones quizá debería tener justificaciones de mayor peso que la bienintencionada prognosis de quienes los emiten.

La tercera razón argüida, evitar la autoinculpación del profesional sanitario, incita a reflexiones de un doble orden, porque presume de modo apodíctico que lo que busca el paciente al pedir la disponibilidad de dichas anotaciones es inculpar al sanitario, y además confunde lo que puede llegar a convertirse en uno de los elementos de prueba en el seno de una ulterior controversia jurisdiccional con la indefensión del eventual demandado. En relación con la presunción de partida, se incurre en el error de identificar la parte con el todo, pues aun cuando en ocasiones ésa pueda ser la intención, de ello no se puede concluir que haya de ser forzosamente así; el paciente puede disponer de su historia clínica para conocer una segunda opinión, para ser tratado en otro centro o, simplemente, para conocer más a fondo su atención médica. En tanto que la historia clínica es un elemento de calidad del proceso asistencial, parece obvio que el paciente pueda disponer de ella para valorar su atención; el paciente se encontraría desprotegido si no pudiese disponer de tal conocimiento. Por lo que respecta a la segunda faceta del argumento, parece deducir del derecho a no declarar contra sí mismos que ostentan todos los ciudadanos (art. 24.2 CE), incluidos quienes realizan labores sanitarias, una ilimitada facultad de los profesionales sanitarios para controlar los elementos probatorios. De aceptarse tal conclusión, acabaría burlándose el derecho a la tutela judicial efectiva del paciente.

El cuarto argumento, la protección de los mejores intereses del paciente, parece ignorar que el ciudadano goza de autonomía para adoptar sus decisiones, también las sanitarias, como se ha explicado anteriormente. Así lo recogen el espíritu y la letra de la LBAP. Si el paciente o usuario no entiende algún extremo tiene "mayoría de edad moral" para solicitar ayuda. Quien tiene que definir lo que es beneficioso para el propio paciente es él mismo.

En cuanto a la traslación del quinto argumento, la propiedad intelectual, al ámbito de la historia clínica quizá no sea inconveniente recordar que de las 2 dimensiones que integran ese pretendido derecho de autor no existe el menor vislumbre de la dimensión patrimonial. En lo que respecta a la dimensión moral, resulta alambicado derivar un derecho moral de autor de las obligaciones, entre ellas la de custodia, del profesional sanitario que pesan sobre él como integrante de la organización en la que presta sus servicios. Adoptar la postura aquí criticada conduce a desenfocar el problema y a perder de vista el núcleo de la cuestión, centrado en la intimidad y los datos de carácter personal; la perspectiva que se ocupa de estos derechos es flexible, abierta, inclusiva e integradora, y permite conciliar a todas las partes implicadas (paciente o usuario y profesionales sanitarios; también familiares y terceros allegados, instituciones sanitarias, administraciones sanitarias, sociedad en general), así como hacerse cargo de la heterogeneidad de los datos presentes en la historia clínica, armonizando los intereses, derechos y deberes en cuestión.

Mayor atención requieren el sexto argumento, la protección de la intimidad de los profesionales, y, en cierto modo, el séptimo, el cumplimiento del secreto profesional. De ellos nos ocuparemos en el siguiente apartado.

Una propuesta de solución

Ante la ausencia de claridad y precisión en los intentos de definir o explicar qué son las anotaciones subjetivas se dibujan diferentes opciones:

1. Una primera sería pensar que éstas no existen y por tanto no existiría el derecho de reserva, al no existir objeto –bien o interés– a proteger o tutelar mediante el presunto derecho.

Sin embargo, ésta es una respuesta demasiado simple, que desconoce los intentos apuntados de esclarecer la cuestión y que, además, no profundiza en el problema que nos ocupa.

2. Una segunda postura acepta que haya anotaciones subjetivas en la historia clínica, pero afirma que tales anotaciones subjetivas no deberían incluirse ni estar presentes en ella, bien por no cumplir finalidad asistencial, bien porque su presencia incumpliría el deber de calidad.

Recordemos que el deber de calidad significa que el profesional sanitario implicado en el proceso asistencial tiene la obligación de tratar de un cierto modo –con diligencia– los datos personales de la historia clínica. Esto es, que los datos incorporados o reflejados en la historia clínica han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos, completos, exactos, veraces y actualizados, características que pueden y han de determinarse a la luz de la finalidad asistencial. Según esto, las llamadas anotaciones subjetivas serían un dato improcedente, impertinente, innecesario o excesivo en la historia clínica, y su inclusión implicaría la vulneración o incumplimiento del deber de calidad de los profesionales sanitarios en relación con la documentación clínica, exigido tanto por la legislación

específicamente sanitaria (art. 2.6 LBAP) como por la legislación general en materia de protección de datos (art. 4 LOPD). En consecuencia, lo correcto sería eliminarlas de la historia clínica.

3. Una tercera situación, más matizada, señala que se aceptan las anotaciones subjetivas, y se afirma que tales anotaciones deberían estar en la historia clínica, tanto por su relevancia para el proceso asistencial (persiguen, por tanto, una finalidad legítima) como por la inexistencia de un modo alternativo de hacer constar los juicios o los datos reflejados mediante dichas anotaciones.

¿Cabría, entonces, admitir en tal caso el derecho de reserva de los profesionales sanitarios sobre dichas anotaciones subjetivas, y la consiguiente limitación del ejercicio del derecho del paciente de disponer de ellas? Al hablar de reserva, la LBAP (art. 18.3) parece remitir al derecho a la intimidad de los profesionales. Ahora bien, no parece que las anotaciones subjetivas desvelen ningún aspecto relevante de las esferas íntima o privada de los profesionales, de modo que el presunto derecho de reserva carecería también de objeto que proteger. Cabría preguntarse, entonces, si hay en ellas elementos de creencias personales, religiosas o de otro tipo de los profesionales sanitarios que sirvan para identificarlos o trazar un perfil de su identidad. En general, creemos que no y entendemos que carece de sentido reconocer un derecho de reserva específico y exclusivo de los profesionales sanitarios. En estos supuestos bastaría con reconocer su derecho a la confidencialidad o secreto sobre tales informaciones, que corresponde a cualquier persona cuyos datos aparezcan en la historia clínica, y que está reconocido y garantizado en el art. 18.3 de la LBAP, y que da lugar a una limitación justificada del derecho del paciente de disponer de la historia clínica. Por consiguiente, no parece admisible ni necesario reconocer un derecho de reserva exclusivo de los profesionales sobre las anotaciones subjetivas, diferente de los mecanismos ordinarios de tutela de la confidencialidad y los derechos disponibles para cualquier ciudadano.

Los defensores de la reserva de las anotaciones subjetivas de los profesionales sanitarios podrían aducir que la justificación de la limitación del derecho de acceso del paciente es que éste carece de capacidad suficiente para ejercer el derecho de acceso. La apelación a la probable incapacidad del paciente plantea el problema o el riesgo de que el profesional sanitario fije o exija de forma arbitraria un nivel inalcanzable de capacidad al paciente, y deniegue el ejercicio del derecho de acceso, para garantizar así la reserva o impedir el acceso del paciente a sus anotaciones. ¿De qué valdría entonces tener un derecho? La incapacidad del paciente no impide el ejercicio de los derechos²⁵; lo que ocasiona la incapacidad del titular del derecho (en este caso el derecho de disponer de la historia clínica, así como el derecho a la información asistencial) es que su derecho sea ejercido por otra persona –generalmente el representante legal–, quien lo ejercita en lugar del titular en su nombre y en su beneficio o interés. Lo contrario implicaría privar de derechos a las personas con discapacidad, a los menores de edad “inmaduros”, etc. Por tanto, la incapacidad del paciente tampoco garantizaría la re-

serva de las eventuales anotaciones subjetivas de los profesionales sanitarios.

Existe, sin embargo, una circunstancia que puede dar lugar a una limitación justificada del ejercicio del derecho del paciente o usuario de disponer de la historia clínica sin necesidad de recurrir al inexistente derecho de reserva de los profesionales sanitarios sobre las anotaciones subjetivas: Nos referimos al denominado “estado de necesidad terapéutica” previsto en la Ley básica (art. 5.4 LBAP), y estaría justificado por la finalidad principal de la relación clínica y la propia historia clínica, la finalidad asistencial (art. 15.2 y 16.1 LBAP). El profesional que advierte la existencia de un estado de necesidad terapéutica pretende que el paciente no conozca determinados datos presentes en la historia clínica para evitar que el conocimiento de tales informaciones pueda generar un daño o perjuicio grave en su salud. Ahora bien, en este caso no puede hablarse de un “derecho” de reserva sino de una obligación o un deber de reserva de los profesionales sanitarios. Dicha obligación de reserva es una concreción del más genérico principio o deber de no maleficencia, y coexiste con otro deber de los profesionales sanitarios: el de respeto de la autonomía del paciente. Ha de procurarse, por consiguiente, una armonización del principio de no maleficencia con el principio de autonomía. La doctrina general de la LBAP y la LOPD exige que cualquier limitación de acceso tenga carácter excepcional y que haya de estar justificada por una finalidad legítima, específica y determinada, en este caso, la finalidad asistencial. La “necesidad terapéutica”²⁶ permite cumplir esta finalidad propia de la relación clínica y de la historia clínica (arts. 14 ss., sobre todo los arts. 15.2 y 16.1 LBAP). Esta posición permite que las anotaciones subjetivas o cualesquiera otras informaciones que puedan generar dicho daño grave en el paciente se mantengan reservadas, pero no en razón de su condición de datos singulares, o “subjetivos”, de los profesionales sanitarios, y como tales merecedores de protección específica, ni tampoco mediante el reconocimiento de derechos inexistentes o ficticios (el derecho de reserva de las anotaciones subjetivas de los profesionales), que más bien son privilegios encubiertos y propios de otros tiempos y modelos de relación, y que conducirían al incumplimiento de otros deberes básicos de los profesionales sanitarios, en particular el de respeto de la autonomía del paciente. Además, el art. 5.4 de la LBAP impone al profesional sanitario dejar “constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica”, exigencia que obliga a fundamentar y dar cuenta de las razones de la excepción y a cumplir con mayor diligencia el deber de calidad en relación con la documentación clínica, aspectos ambos que redundan en una mejor asistencia sanitaria. Asimismo, el mencionado precepto le exige comunicar “su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”, implicándolas en el proceso asistencial y exponiendo públicamente las razones para la reserva puntual de información, cumpliendo con su deber de información (art. 5 LBAP) y garantizando simultáneamente, si fuese preciso, la confidencialidad de dicha información –cumpliendo también así con otro de sus deberes: la confidencialidad–.

Conclusión

La reserva de las anotaciones subjetivas de los profesionales es un derecho inexistente, injustificado e innecesario. Así, aun el caso de que se admitiera la existencia de anotaciones subjetivas en la historia clínica, habría de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Si las anotaciones subjetivas incorporan datos íntimos, privados o, en general, datos de carácter personal de los profesionales (sanitarios), que merecen un tratamiento confidencial y cuya presencia en la historia clínica se considere necesaria, dicha información estaría tutelada por el propio art. 18.3 LBAP, en el que se señala que el derecho de acceso a la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho a la confidencialidad de terceras personas, entre las que, obviamente, han de estar incluidos los profesionales sanitarios. Por tanto, reconocer un derecho específico de reserva derivado de la condición de profesional sanitario, carente por lo demás de una fundamentación sólida y de una justificación razonada, implica un trato privilegiado e injustificado.

2. Si las anotaciones subjetivas no cumplen la finalidad principal de la historia clínica, la finalidad asistencial, u otra finalidad legítima reconocida en la LBAP, su presencia en la historia clínica no estaría justificada e implicaría un incumplimiento del deber de calidad de los profesionales sanitarios. En consecuencia, se las debería suprimir.

3. Si las anotaciones subjetivas cumplen la finalidad asistencial, u otra para la que legítimamente han sido incluidas en la historia clínica, y no existe otro medio de hacer constar tal información en la historia clínica, y el profesional sanitario considera que el conocimiento de tales anotaciones puede causar un empeoramiento grave en la salud del paciente, cabría admitir la reserva de dichas anotaciones subjetivas; pero no como derecho, sino como *deber* de reserva, derivado del deber más genérico de no maleficencia. Tal obligación o deber de reserva no deriva del carácter subjetivo de las anotaciones ni de la presunta incapacidad del paciente, sino del grave daño que (el conocimiento de) las mencionadas informaciones pueda(n) causar al paciente, sea cual sea su autor o su origen. En este caso, además de un privilegio injustificado, el presunto derecho de reserva del art. 18.3 *in fine* LBAP también sería superfluo, ya que la propia LBAP ha previsto en otro lugar de su texto articulado (art. 5.4 LBAP) una respuesta para esta situación: la necesidad terapéutica.

En suma, aun admitiendo que puedan existir anotaciones subjetivas en la historia clínica, e incluso que no deban dejar de existir, en ningún caso puede justificarse el reconocimiento de un derecho de reserva de los profesionales sanitarios sobre tales anotaciones subjetivas, que parece más bien un privilegio innecesario y carente de justificación, propio de otros tiempos y modelos, paternalistas, de relación clínica.

Todo lo anterior no excluye una última reflexión sobre *cómo* debería realizarse el acceso por parte de los pacientes cuando éstos piden acceder a *toda* la documentación clínica.

Muchas veces el trámite se reduce a una respuesta administrativa, con acceso limitado o no, en que el profesional sanitario desconoce tal situación. Generalmente cuando se producen estas situaciones hay aspectos conflictivos que generan la petición; la respuesta a la demanda de información puede ser una ocasión excelente para explicar y *dar razones* de cómo se ha realizado la asistencia. Y quién mejor para hacerlo, en un principio, que el propio profesional sanitario. Esta consideración convertiría la disponibilidad de la historia clínica en una posibilidad de aumentar la confianza y el diálogo. Del mismo modo cabe también reservar algún papel a los comités de ética asistencial, más allá de los servicios de documentación clínica, en cuanto a la posibilidad de que sean éstos quienes revisen si las condiciones de ejercicio del derecho de disponibilidad se ajustan a lo expresado en esta propuesta.

Bibliografía

1. Gracia D. La confidencialidad en los datos clínicos. En: Gracia D, editor. Como arqueros al blanco. Estudios de bioética. Madrid: Triacastela; 2004. p. 303.
2. Beauchamp TL, Childress JF. Principios de Ética Médica. Barcelona: Masson; 1998. p. 402.
3. Júdez J, Nicolás P, Delgado MT, et al. La confidencialidad en la práctica clínica: Historia clínica y gestión de la información. Med Clin (Barc). 2002;118:18-37.
4. Sánchez Caro J. El médico y la intimidad. Madrid: Díaz de Santos; 2001.
5. Seoane JA. Ética, Derecho y datos personales. Cuadernos de Derecho Público. 2003;19-20:91-130.
6. Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo. Información y Documentación Clínica (2 vols). Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo; 1998.
7. Mejía JM. La historia clínica: estatuto básico y propuesta de regulación. Madrid: Edisofer; 2002. p. 196.
8. Chueca R. Criterios básicos sobre el ejercicio de los derechos de información y documentación clínica en el sistema nacional de salud. Debate de la sexta sesión. En: Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo. Información y Documentación Clínica (2 vols). Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo; 1998. p. 748.
9. Romeo CM, Castellanos M. La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. Derecho y Salud. 1993;1:5-14.
10. Broggi MA, Mejón R. Las anotaciones subjetivas en la historia clínica. Med Clin (Barc). 2004;122:279.
11. Pelayo S. Aspectos jurídicos relacionados con la historia clínica. En: Martínez L, De Lorenzo R, editores. Derecho médico. Tratado de derecho sanitario. Madrid: Colex; 2002. p. 779.
12. Álvarez-Cienfuegos J. Diario Médico de 21 de marzo de 1995.
13. Criado MT, Seoane J. Aspectos médico-legales de la historia clínica. Madrid: Colex; 1999. p. 84.

14. Castellano M. Problemática de la historia clínica. Debate de la primera sesión. En: Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo. Información y Documentación Clínica (2 vols). Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo; 1998. p. 186-7.
15. Calcedo A. La historia clínica psiquiátrica: entre el secreto y el acceso del paciente. En: Calcedo A, editor. Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica. Madrid: Panamericana; 2000. p. 163.
16. Fernández, JM. Régimen jurídico general de la historia clínica. En: Fernández Hierro JM, coordinador. La historia clínica. Granada: Ed Comares; 2002. p. 125.
17. Muñoz R. Problemática de la historia clínica. Debate de la primera sesión. En: Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo. Información y Documentación Clínica (2 vols). Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo; 1998. p. 189.
18. De Ángel R. Problemática de la historia clínica. Debate de la primera sesión. En: Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo. Información y Documentación Clínica (2 vols). Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo; 1998. p. 121.
19. Criado MT, Seoane J. Op. cit. 13. p.83-4.
20. De Ángel R. Op. cit. 18. p. 112.
21. De Lorenzo A. Deontología, derecho y medicina. Madrid: Colegio de Médicos de Madrid; 1997. p. 491-510.
22. Calcedo A. Op. cit. 15. p. 81.
23. Romeo CM, Castellanos M. Op. cit. 9. p. 16.
24. García T. En: Mejica JM, coordinador. I Congreso de psiquiatría y derecho. Normativismo y realidad clínica en psiquiatría. Alzheimer y anorexia. Aspectos clínicos-legales. Oviedo: Fundación Mújica; 2000. p. 182-4.
25. Simón P, Rodríguez J, Martínez A, López RM, Júdez J. La capacidad de los pacientes para tomar decisiones. En Gracia D, Júdez J, editores. Ética en la práctica clínica. Madrid: Triacastela; 2004. p. 55-74.
26. Gracia D. ¿Privilegio terapéutico o excepción terapéutica? En: Sarabia y Álvarezde J, De los Reyes López M, coordinadores. Asociación de Bioética Fundamental y Clínica. I Congreso Nacional (Madrid, junio de 1996). Madrid: Asociación de Bioética Fundamental y Clínica; 1997. p. 11-115.