

LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN DEL PACIENTE SOBRE SU HISTORIA CLÍNICA¹

Sergio Gallego Riestra

Consejería de Sanidad del Principado de Asturias.

Con carácter universal, hay tres principios generales que informan y determinan la regulación jurídica y su interpretación en todo aquello relacionado con la historia clínica.² Se trata de los principios de vinculación asistencial con el paciente, de proporcionalidad y de autonomía.

El principio de vinculación asistencial tiene un doble contenido. Por un lado, justifica la razón de ser de la historia, que no es otra que servir al fin asistencial. Motiva su creación y conservación siendo todos los demás usos meramente accesorios y derivados de él. Por otra parte, es la llave que legitima el acceso a la historia por los profesionales sanitarios, por el personal con funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, así como por el personal con funciones administrativas o de gestión.

El principio de proporcionalidad es aquel que marca en cada momento, y en relación con cada situación concreta, el alcance y medida que puede tener el acceso a la historia. Las funciones respectivas de los agentes implicados (profesionales clínicos, investigadores, inspectores, evaluadores, administrativos, etc.) son las que determinan las características y el alcance de cada acceso.

Por último, el principio de autonomía permite al paciente la toma de determinadas decisiones sobre su historial clínico. Es, precisamente, este principio el que está dando lugar en la actualidad a numerosos debates. El Grupo de Trabajo de la Comisión Europea creado al amparo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, hace especial hincapié en el derecho a la autodeterminación de los pacientes y recomienda a los Estados miembros que sea tenido en cuenta para la regulación de la historia clínica electrónica.

1 NOTA: El presente trabajo no es original sino parte de la Disertación de ingreso del autor como Académico Correspondiente en la Real Academia de Jurisprudencia del Principado de Asturias, el día 22 de noviembre de 2013. Accesible en http://www.academiaasturianadejurisprudencia.es/download/download_documento.php?idDocumento=24

2 SÁNCHEZ CARO J. *La historia clínica electrónica gallega: un paso importante en la gestión del conocimiento*. Derecho y Salud Volumen 18, Número 1. Enero-Junio 2009: 57-85

Se trata de una autonomía bastante limitada de antemano, ya que ni siquiera es precisa la autorización del paciente para la recogida y tratamiento de sus datos de salud tal como establece el artículo 8 de la Ley 15/1999 Orgánica de Protección de Datos, cuando determina que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales

correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos. Sin embargo, hay dos derechos concretos donde la autonomía del paciente cobra carta de naturaleza. Me refiero a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y al derecho de disposición del paciente sobre sus datos de salud frente a los profesionales que le prestan asistencia. Este último está dando lugar a la aparición de posiciones partidarias de que el paciente pueda ocultar información y pedir la creación de módulos de acceso restringido. El ejercicio ilimitado por parte del paciente de estas facultades podría dar lugar a serios conflictos al impedir que otros titulares lleven a cabo su derecho de acceso a la historia para el desempeño de sus competencias. Sería el caso de los accesos legalmente previstos por razones de salud pública, inspección, evaluación, control de calidad o cumplimiento de obligaciones del centro.

Nos ocuparemos a continuación del primer bloque de derechos mencionados, toda vez que el derecho de disposición del paciente sobre sus datos de salud frente a los profesionales que le prestan asistencia es objeto de la siguiente ponencia que configura esta mesa.

Los derechos de acceso, cancelación, rectificación y oposición: alcance y límites.

La Ley 15/1999 Orgánica de Protección de datos establece en el artículo 5 que los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Estos derechos, según ha afirmado el Tribunal Constitucional en su sentencia número 292/2000, de 30 de noviembre, constituyen el haz de facultades que emanan del derecho fundamental a la protección de datos y sirven a la capital función que desempeña este derecho: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los correlativos deberes de hacer.

DERECHO DE ACCESO DEL PACIENTE

En la normativa sanitaria específica, el derecho de acceso del paciente a su historia clínica se plasmó por primera vez en los artículos 10.5 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, siendo reconocido como una prestación del Sistema

Nacional de Salud. Este derecho de acceso constituyó desde el principio una fuente de conflicto. Una de las cuestiones más controvertidas, y que se ha puesto de manifiesto reiteradamente, es la reivindicación de numerosos autores relativa a la necesidad de excluir del derecho de acceso del paciente a las anotaciones subjetivas, entendiendo por tales, aquellas que son objeto de una elaboración intelectual y contienen apreciaciones personales o juicios de valor.³ Esta tesis, en principio no fructificó pero a partir del año 2000 las nuevas leyes autonómicas y la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, haciéndose eco de aquéllas reivindicaciones, sí que efectivamente limitaron el derecho de acceso del interesado. En ello tuvo, sin duda, un peso decisivo el criterio del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica⁴, que sostenía que el paciente tiene derecho a acceder a la historia clínica pero que de este acceso deben quedar excluidos los datos que afecten a la intimidad de terceras personas y las observaciones, apreciaciones o anotaciones subjetivas elaboradas por los profesionales.

Concretamente el artículo 18.1 de la Ley 41/2002 establece que el paciente tiene el derecho de acceso a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo. El apartado 3 establece que el derecho del paciente de acceso 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 paciente, 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.

Esta regulación del acceso a la historia clínica plantea tres grandes cuestiones: La capacidad para el ejercicio del derecho de acceso, con especial referencia a la minoría madura, los límites del derecho de acceso y el régimen de las anotaciones subjetivas, y el derecho de acceso al registro de accesos.

3 Ver en este sentido ROMEO CASABONA, C M, CASTELLANO ARROYO, M *La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica*. Revista Derecho y Salud, volumen 1, nº 1, julio-diciembre 1993, pag. 15. GALLEGO RIESTRA S., HINOJAL FONSECA R. RODRIGUEZ GETINO J.A. *Los derechos de los pacientes: problemática práctica*. Medicina Clínica 1993; 100: 538-541. GALLEGO RIESTRA, S. *Derecho a la confidencialidad y acceso a la Historia Clínica*. Revista Clínica del Hospital Central de Asturias. Nº 2, 4-7. Julio-Septiembre 1996.

4 Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica. Informe Final. Madrid, 1997. Subsecretaría de Sanidad y Consumo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998.

LA CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO. ESPECIAL REFERENCIA A LA MINORÍA MADURA

El artículo 23 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, atribuye el ejercicio del derecho de acceso a la persona física titular de los datos objeto de tratamiento y reconoce expresamente su carácter personalísimo. Por ello el derecho debe ser ejercido exclusivamente por su titular, sin perjuicio de los supuestos de representación legal o voluntaria. El mismo artículo, exige para la representación voluntaria que quede claramente acreditada la identidad del representado y la representación conferida y que la designación del representante lo sea expresamente para el ejercicio de este derecho. La norma establece que el acceso será denegado cuando la solicitud sea formulada por persona distinta del afectado y no se acredite que la misma actúa en representación de aquél.

Esta previsión normativa de que el representante ha de ser “designado expresamente para el ejercicio de este derecho”, ha llevado a algunos autores a entender que deben ser excluidos como documentos válidos los poderes generales para pleitos que no contemplen de forma expresa que la representación conferida abarca la obtención de datos de carácter personal del representado.⁵

La norma estatal básica no hace referencia alguna a la edad necesaria para ejercer el derecho de acceso. Se trata de determinar si un menor puede acceder a su historia sin necesidad de ser representado por sus padres o tutor y, en otras palabras, también se trata de establecer a partir de qué momento los padres no pueden ejercer el derecho de acceso a la historia de sus hijos sino es como representantes autorizados por los menores.

La Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe número 409/2004, responde a esta pregunta considerando que si el padre o madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo. Se basa para llegar a

⁵ SAIZ RAMOS M., LARIOS RISCO D. *El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas*. Derecho y Salud. Volumen 18, Número 1. Enero-Junio 2009: 21-41

esta conclusión en lo dispuesto en el artículo 162.1º del Código Civil que exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad “los actos referidos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

Con posterioridad, el artículo 13 del citado Real Decreto 1720/2007, permite a la persona con catorce años cumplidos consentir por sí mismo el tratamiento de sus datos de carácter personal y por debajo de esta edad, el precepto exige el consentimiento de los padres o tutores. Por tanto, parecería razonable que si la norma permite a los menores de edad, mayores de catorce años, manifestar su voluntad y consentir el tratamiento de los datos personales que les conciernen, no debería exigirse una edad más elevada para simplemente solicitar información sobre el tratamiento los mismos. Sin embargo, en las normas autonómicas sobre historia clínica no se ha seguido este criterio y todas las que han abordado esta cuestión han fijado la edad para ejercer el derecho de acceso en los dieciséis años y simultáneamente han declarado que el acceso por parte de los padres a los historiales de sus hijos a partir de esa edad requiere la autorización expresa del menor.⁶

LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO Y EL RÉGIMEN DE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS

Como ya se ha dicho, el artículo 18.3 de la Ley 41/2002 establece como límites del derecho de acceso del paciente a su propio historial clínico, el derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente y el derecho de los profesionales participantes en su elaboración a oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

El primero de los límites no plantea ninguna duda. Es frecuente que en una historia se incluyan anotaciones o datos relativos a terceras personas,

⁶ Así lo hacen el Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica en Castilla y León, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo en Andalucía, el Decreto 24/2011, de 12/04/2011, de la documentación sanitaria en Castilla-La Mancha y el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica del País Vasco.

diferentes del paciente, por ser una información trascendente que guarda relación con su estado de salud. En estos casos, esta información quedará fuera del alcance del derecho de acceso del paciente a su documentación clínica.

Por el contrario, el límite relativo a las anotaciones subjetivas suscita dos problemas: Por un lado, qué se entiende por anotaciones subjetivas y, por otra, quién puede ejercer el derecho de reserva en relación con ellas. No se debe perder la perspectiva de que esta figura responde, en su origen, a un supuesto derecho a la intimidad de los profesionales sanitarios respecto a las notas que obligatoriamente tienen que escribir en la historia. Se trata de anotaciones incorporadas en muchas ocasiones de forma precipitada y con escasa información pero que tienen que ser registradas dada la singularidad del trabajo en equipo que caracteriza al ejercicio de la medicina y que impide el uso de registros privados a los que no tengan acceso otros profesionales.

Respecto al concepto de anotación subjetiva la situación no es en absoluto pacífica. La Ley 41/2002 no las define, limitándose simplemente a mencionarlas. Por el contrario, la doctrina sí se ha ocupado profusamente de la cuestión pudiendo encontrarse múltiples definiciones. Merece ser destacada la de SANCHEZ CARO y ABELLÁN, que incluyen bajo la denominación de anotaciones subjetivas los “comentarios o impresiones personales que puede hacer el médico en un momento determinado, siempre que tengan trascendencia clínica, pues en otro caso no deberían incluirse en el historial”.⁷

Además de la doctrina, algunos legisladores autonómicos han abordado esta cuestión aunque de forma claramente contradictoria. Extremadura⁸ denomina anotaciones subjetivas a las impresiones de los profesionales sanitarios 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 una postura totalmente contraria Galicia, Castilla-La Mancha y País Vasco consideran que se trata de valoraciones personales que tienen interés para la atención sanitaria del paciente y que pueden influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico una vez constatadas, coincidiendo además en que los profesionales

sanitarios deberán abstenerse de incluir expresiones, comentarios o datos que no tengan relación con la asistencia o que carezcan de valor sanitario.⁹

Como puede comprobarse, las definiciones normativas y doctrinales discrepan en un punto fundamental: la trascendencia clínica o no de las anotaciones subjetivas. Estoy de acuerdo con la línea doctrinal que se inclina por exigir que la anotación subjetiva tenga trascendencia clínica. La inclusión en la historia de anotaciones subjetivas, como meros juicios de valor, solo tiene justificación si sirven para facilitar la asistencia del paciente. Así lo impone el propio tenor literal de la Ley 41/2002 cuando en el artículo 15 señala que la historia clínica deberá incorporar toda aquella “información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente”. Recordemos que el artículo 3 la define como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial. Por tanto, todo aquello que carezca de trascendencia para el conocimiento del estado de salud del enfermo no debería estar incluido en la historia.

La cuestión relativa a quiénes pueden oponer el derecho de reserva de las anotaciones subjetivas frente al derecho de acceso a la historia por parte del paciente, tampoco es pacífica. Existe una corriente que entiende que la revisión de las anotaciones subjetivas para su posible exclusión del derecho de acceso del paciente no debe dejarse al criterio de los propios facultativos que las crean. Por ello consideran que el encargado de tal valoración debe ser el propio centro sanitario.¹⁰ Frente a esta corriente de opinión estamos quienes consideramos que el propio tenor literal de la Ley obliga a entender que el derecho de reserva se configura como un “derecho de los profesionales que han participado en su elaboración” y no de los centros.¹¹ Este también es el criterio de la Agencia

9 Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica en Galicia, Decreto 24/2011, de 12 de abril, de la documentación sanitaria en Castilla-La Mancha y Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica, en el País Vasco

10 CANTERO RIVAS R. *El acceso de los pacientes y sus allegados a los datos personales contenidos en la historia clínica*, en la obra *Historia clínica electrónica, confidencialidad y protección de la información. Experiencias en gestión sanitaria*. Escola Galega de Administración Sanitaria FEGAS, 2008, pag 137 y ss.

11 SAIZ RAMOS M., LARIOS RISCO D. *El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para*

7 SANCHEZ CARO, J., ABELLAN, F. *Derechos y deberes de los pacientes*. Ed. Comares, 2003, pag. 75

8 Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, de Extremadura.

Española de Protección de Datos. En su Resolución R/00633/2004 de 22 de noviembre de 2004 literalmente afirma: “A este respecto, cabe señalar que la posible denegación del acceso a las anotaciones subjetivas la tiene que realizar el facultativo, no la entidad que la custodia”.

EL DERECHO DE ACCESO AL REGISTRO DE ACCESOS

Hace poco más de un año, escribíamos en un artículo¹² “Si yo fuera el Gerente de un hospital, cada vez que una persona famosa ingresase en él pediría al Servicio de Documentación Clínica que me diese el listado de todo el personal que hubiese accedido indebidamente a su historia clínica. Después les citaría en mi despacho y les preguntaría los motivos de su conducta, para, a continuación, iniciar las medidas sancionadoras pertinentes contra todos aquellos que no tuviesen una justificación legal que la amparase. Si yo fuese una persona famosa, cada vez que ingresase en un hospital exigiría que me proporcionasen el listado de todos los trabajadores que hubieran accedido a mi historia clínica. Pero probablemente no me lo darían y entonces encomendaría a mis abogados que se encargasen del asunto. Casi con seguridad, lo primero que harían sería poner una querrela contra el Gerente, el Director Médico y todos aquellos que, en un grado u otro de autoría, pudiesen estar inmersos en la presunta comisión de un delito de descubrimiento de secretos. Sólo así, como una prueba pedida a través del juez dentro de una causa criminal, podría obtener el listado de accesos que las organizaciones sanitarias se niegan frecuentemente a dar en base a una restrictiva interpretación de la normativa vigente que viene siendo amparada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).”

Lo que queríamos era simplemente plantear de manera provocativa si dentro del derecho de acceso del paciente a su historia clínica, se incluye el derecho de acceso al registro de los accesos habidos a la misma.

El Real Decreto 1720/2007, establece que a los ficheros o tratamientos que se refieran a datos de ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual les serán de aplicación

medidas de seguridad de nivel alto (art. 81,3), lo que, a los efectos que ahora nos interesa, implica que el responsable del fichero o tratamiento deberá adoptar las medidas que garanticen la correcta identificación y autenticación de los usuarios y establecer un mecanismo que permita la identificación de forma inequívoca y personalizada de todo aquel usuario que acceda o intente acceder al sistema de información y la verificación de que está autorizado. Además, de cada acceso se guardarán, como mínimo, la identificación del usuario, la fecha y hora en que se realizó, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado. En el caso de que el acceso haya sido autorizado, será preciso guardar la información que permita identificar el registro accedido. Las anotaciones de este registro de accesos se conservarán al menos durante dos años (art. 103).

En este momento ya se puede extraer una primera conclusión: Cada acceso o intento de acceso a la historia clínica deberá quedar registrado y dejará constancia de quién, cuándo, desde dónde y a qué se ha accedido. Lo que se plantea a continuación es si dentro del derecho de acceso del paciente a su historia clínica, se incluye el derecho de acceso al registro de los accesos habidos a la misma. Nuevamente nos encontramos ante posiciones claramente contradictorias.¹³

La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su artículo 15.1, dispone que “El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos”.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) interpreta este precepto entendiendo de manera reiterada que el conocimiento de los concretos usuarios de la organización que hubieran accedido a los datos de carácter personal de la historia clínica, no puede en ningún caso entenderse comprendido dentro del derecho de acceso atribuido al afectado por la Ley Orgánica 15/1999. “Por tanto, la revelación de los datos de los facultativos o personal que atendió... (al paciente) no se encontrará amparada por el ejercicio del derecho de acceso (...).”¹⁴

la reserva de anotaciones subjetivas. Op. cit. pag. 39

12 GALLEGO RIESTRA, S.; GALÁN RIAÑO, I. *¿Tiene el paciente derecho a saber quiénes y por qué han accedido a su historia clínica?* Derecho y Salud 2012: 79-89. Volumen 22, número 1. Enero-Junio 2012.

13 GALLEGO RIESTRA, S.; GALÁN RIAÑO, I. *¿Tiene el paciente derecho a saber quiénes y por qué han accedido a su historia clínica?* Op. Cit. pag. 88. SAIZ RAMOS M., LARIOS RISCO D. *El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas.* Op. Cit. pag.34

14 Informe Jurídico 171/2008.

Sorprende este criterio tan restrictivo cuando los tribunales de justicia vienen haciendo una interpretación de las normas sobre protección de datos personales absolutamente amplia y garantista a favor de su titular. Así, el Tribunal Constitucional señala que la llamada “libertad informática” es el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.¹⁵

La Agencia se limita a analizar tan restrictivamente las normas de protección de datos que llega a caer en errores de bulto. En el referido Informe de 2008, asimila, con pleno sentido común, a los profesionales que atendieron a un paciente con los que accedieron a su historia y sin embargo, a continuación, considera que el paciente no tiene derecho a conocer sus identidades. Esto es un sinsentido, máxime si tenemos en cuenta que la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, establece que los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atiendan. Es difícil poder decirlo más claro. Si el paciente tiene legalmente reconocido el derecho a conocer el nombre de quien le trata y la AEPD entiende que eso es sinónimo de conocer quiénes han accedido a su historia clínica, resulta inexplicable que se le niegue el referido derecho basándose exclusivamente en las normas relativas a la protección de datos.

En lo que respecta a las legislaciones autonómicas nos encontramos una vez más regulaciones absolutamente contradictorias entre sí. Navarra y Extremadura reconocen de manera expresa que el paciente, en todo caso, tiene derecho a conocer quién ha accedido a sus datos sanitarios, el motivo del acceso y el uso que se ha hecho de ellos y Castilla-La Mancha sostiene que el derecho de acceso del paciente no comprende la información sobre los datos personales de las personas que, dentro del ámbito de organización del responsable del fichero, han podido tener acceso a la misma.¹⁶

¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 11/1998 de 13 de enero.

¹⁶ Ley Foral 11/2002, sobre los Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica, Ley 3/2005, de Información Sanitaria y Autonomía del Paciente de Extremadura y Decreto 24/2011, de 12 de abril, de la documentación sanitaria en Castilla-La Mancha.

El propio Ministerio de Sanidad se ha sumado a las tesis restrictivas del derecho de acceso al registro de accesos. Al diseñar la Historia Clínica Digital para el Sistema Nacional de Salud ha incluido la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder digitalmente al registro para actuar como “auditores externos de los accesos habidos a su historial”, para, a reglón seguido, señalar que tan sólo se dará a conocer el Servicio de Salud, centro sanitario y servicio desde el que se produjo el acceso. Es decir, no se reconoce a los ciudadanos el derecho a saber realmente quiénes han accedido a sus datos sanitarios.

Llegados a este punto, se puede afirmar que para garantizar el derecho a la intimidad de los pacientes, el ordenamiento jurídico obliga a que exista un registro cuyas anotaciones han de conservarse, al menos, durante dos años, en el que ha de constar, entre otros datos, la identificación de cuantas personas hayan accedido a la historia clínica. Pero cuando el interesado pide acceder a esta información se le dice que carece de legitimación para ello. Del amplio quién, cuándo, desde dónde y a qué, que era de suponer que obedecía a la protección de los intereses de los sujetos cuyos datos se informatizan, hemos pasado al “cuándo, desde dónde y a qué”, haciendo desaparecer el “Quién”. Cómo si ello no fuera precisamente lo más relevante.

El “quién” es lo más relevante porque el Código Penal tipifica como delito el acceso, por quien no esté legitimado para ello, a datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.¹⁷ Esta es la figura del delito de descubrimiento de secretos ajenos que no exige divulgación de dato alguno y se consuma por el mero acceso cuando no tiene amparo legal.¹⁸ Se trata de un delito que sólo es perseguible mediante denuncia de la víctima, con la excepción de que el autor sea un funcionario público. Esto significa que los accesos indebidos a una historia clínica quedarán impunes si el paciente no puede tener conocimiento de la identidad de los autores para poder denunciarlos. Tan

¹⁷ GALLEGO RIESTRA, S. *Responsabilidad profesional y Gestión de Riesgos* en Díaz de Santos (José M^a Antequera Vinagre): *Derecho y Sociedad. Dirección Médica y Gestión Clínica*. 2006, pag. 99-172. SÁNCHEZ CARO, Javier, SÁNCHEZ CARO, Jesús: *El Médico y la Intimidación*, Díaz de Santos. Madrid 2001, pag 116

¹⁸ GALLEGO RIESTRA S, BOBES GARCÍA J. *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidación*; Grupo Ars XXI de Comunicación, S.L. Barcelona (España). 2006, pag. 37

sólo en el caso de que los autores del delito fuesen trabajadores públicos cabría la posibilidad de iniciar acciones contra ellos, pero ello dependería de que los responsables del fichero conociesen los hechos y los pusiesen en conocimiento de la autoridad judicial. Es decir, la defensa de los intereses del paciente quedaría en manos de la administración sanitaria.

Sinceramente, creo que se está intentando configurar un inexistente derecho de los profesionales que acceden lícitamente a la historia clínica a que no se lleve a cabo su identificación personal. Sería impensable que lo que se pretende defender es la no identificación de quienes han accedido indebidamente, es decir, delictivamente.

EL ACCESO DE FAMILIARES Y TERCEROS

El artículo 18.4 de la Ley 41/2002 establece que “los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”.

La norma distingue dos tipos de sujetos diferentes y con un alcance del acceso totalmente distinto. En primer lugar se refiere a las “personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho” y en segundo lugar a los “terceros”. Teniendo en cuenta el principio de autodeterminación, es claro que el paciente tiene pleno derecho a impedir el acceso de sus familiares y allegados a sus datos de salud y así se lo reconoce expresamente la Ley. Ahora bien, la redacción del citado artículo 18 determina que, con independencia de la voluntad del paciente, cualquier tercero (familiar o allegado incluido) puede acceder a los datos pertinentes en caso de riesgo para su salud. En este supuesto es necesario recurrir al principio de proporcionalidad para poder determinar el alcance del acceso en cada situación concreta y que, en todo caso, tendrá que ser absolutamente restrictivo y limitado únicamente a los datos estrictamente pertinentes.

Respecto a qué debe entenderse por información que afecte a la intimidad del fallecido, estoy

de acuerdo con SAIZ RAMOS y LARIOS RISCO¹⁹ cuando sostienen que si partimos de la naturaleza de la información que habitualmente contienen las historias clínicas, se podría llegar a la conclusión de que toda afecta especialmente a la intimidad de la persona, lo que dejaría vacío de contenido el propio artículo 18.4. Esta cuestión podría solventarse, por analogía, ciñendo la reserva de información a aquellos datos que el paciente haya sustraído de forma expresa al conocimiento de sus familiares y allegados. Probablemente aquí es donde tengan una importante razón de ser los módulos de acceso restringido en los que, a petición del paciente, se alberguen determinado tipo de datos para que no sean accesibles ni siquiera para otros profesionales sanitarios diferentes al que realizó la anotación. Estos podrían ser los datos sometidos a la reserva de acceso por afectar especialmente a la intimidad del fallecido a los que hace referencia el artículo 18.4.

LOS DERECHOS DE CANCELACIÓN, RECTIFICACIÓN Y OPOSICIÓN

La Ley 15/1999, Orgánica de Protección de Datos establece en el artículo 16 que el responsable del tratamiento de los mismos tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. El Real Decreto 1720/2007, en su artículo 31, regula su ejercicio señalando que el derecho de rectificación es el derecho del afectado a que se modifiquen los datos que resulten ser inexactos o incompletos. El ejercicio del derecho de cancelación dará lugar a que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos, sin perjuicio del deber de bloqueo.

La Agencia Española de Protección de Datos ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente sobre la cancelación de datos sanitarios contenidos

¹⁹ SAIZ RAMOS M., LARIOS RISCO D. El derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas. Op. Cit pag. 28

en la historia.²⁰ Considera que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, en la historia clínica deben constar los datos que permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. La determinación de qué datos permiten alcanzar dicha finalidad corresponde al médico. Así mismo, la Agencia recuerda que según el artículo 17 de la misma norma, los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la historia clínica en los términos y plazos señalados en el mismo. Esto lleva a que en la práctica realmente el ejercicio de estos derechos queda limitado a los datos erróneos o desproporcionados.

El artículo 34 del Real Decreto 1720/2007 establece que el derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en determinados supuestos. Como ya se ha visto, se trata de un derecho vacío en relación con la historia clínica ya que el tratamiento de los datos de salud goza de autorización legal, sin que sea necesario el consentimiento de su titular.

²⁰ Entre otras Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos R/00549/2004, de 6 de octubre de 2004.