

Historia clínica: violación de intimidad y acceso indebido a la confidencialidad



Ricardo De Lorenzo, socio-director en De Lorenzo Abogados

Martes, 29 de noviembre de 2016, a las 10:40

El pasado martes tuve la oportunidad de participar en el curso de la **Universidad Internacional Menéndez Pelayo**, en A Coruña, que dirige magistralmente el profesor Domingo Bello Janeiro, codirigido por los doctores Luciano Vidán presidente del Colegio de Médicos de A Coruña y José Ramón Amor Pan, experto en Bioética y doctor en Teología Moral, tratando de los **efectos legales y confidencialidad de la historia clínica**.

Historia clínica de la que si es incuestionable su utilidad, del mismo modo lo es la **necesidad de protegerla de accesos indebidos**. Se encuentra en juego la intimidad de la persona a la que se refiere dicho documento si no ponemos los necesarios medios de protección: normativos, técnicos y operativos. Este bien jurídico protegido goza de la máxima protección legal.

El medio sanitario, teniendo a su disposición este utilísimo elemento, se encuentra **obligado a preservar su contenido bajo obligación de confidencialidad**.

Estos derechos fundamentales no son otra cosa que derechos humanos positivizados, en el sentido de aquellos que, derivados de la dignidad de la persona, han sido incluidos por el legislador en la Constitución y con ello dotados de un estatus especial. **Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen sus garantías**, en expresión de Herbert Lionel Adolphus Hart. Nuestra Constitución y la propia Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar recogen la protección del derecho a la intimidad respecto de intromisiones ilegítimas de terceros.

Es incuestionable, pues, que existe un derecho a la intimidad, señalado en la normativa citada y respetado en la práctica clínica diaria en términos generales. Pero **¿existe, también, un derecho a la confidencialidad?**

Intimidad, privacidad y confidencialidad son conceptos fronterizos, muy próximos pero perfectamente diferenciables. En realidad, a veces, más fáciles de enunciar que de definir.

Define la intimidad Georgina Battle-Sales como "derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella." En realidad esta definición se acerca más a otro concepto próximo pero no idéntico, que es el de privacidad. Intimidad es algo más reservado, aún, que lo privado; **es el núcleo interno de lo privado**. Así se representa en la llamada teoría alemana de las dos esferas. En dos de estos cuerpos concéntricos, la exterior podría representar el concepto de privacidad, mientras que el núcleo interno configuraría la intimidad. Podemos pertenecer a un club privado, pero de entre sus miembros sólo con unos pocos compartiremos intimidades y si lo hacemos será en régimen de confidencialidad, concepto que analizaré más adelante.

Del origen en el latín del término intimidad se deduce perfectamente su auténtica significación: *'íntimus'* es un superlativo, es lo más interior. Una definición sumamente expresiva del concepto intimidad la formuló el juez Thomas M. Cooley en 1873. La consideraba "the right to be let alone" traducida por algún autor, con finísima percepción de su sentido, como el **"derecho a ser dejado en paz"**. La capacidad, amparada legalmente, de excluir de nuestro círculo a aquellas personas que deseemos que queden fuera de él.

Miguel Ángel Sánchez González, con motivo del VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario diferenció, por un lado, entre la vertiente física de la intimidad (no ser observado o tocado en la vida privada), por otra parte, la vertiente informacional (no divulgación o difusión de noticias de la esfera privada) y por último la decisional o autonomía sobre las decisiones que afectan exclusivamente a la propia vida. En un sentido más sencillo y acorde con nuestro objeto de estudio la intimidad supone el acceso reservado, bien a la exposición de nuestro cuerpo o partes del mismo, o de pensamientos o información de alguien. En este último sentido encuentra un engarce perfecto con la **confidencialidad como barrera que impide el acceso a los datos íntimos**. Veremos que la única forma de levantar esas barreras es obtener la **autorización del titular** de los datos, como principio general, o encontrarnos en alguno de los supuestos legales en que se puede actuar sin él.

Y cuando tratamos la historia clínica, se confunde, a veces, las violaciones a la intimidad con los accesos indebidos a la confidencialidad, siendo, sin embargo, claramente diferentes: si alguien accede, fuera de las condiciones de autorización, a un archivo sanitario comete una violación de la intimidad (respecto del titular de la información) y el centro sanitario en donde reside el archivo incurre en un quebrantamiento del deber de confidencialidad por custodia deficiente.

El término confidencia puede ser interpretado desde dos acepciones diferentes: en su sentido de acción: comunicar algo a alguien reservadamente o en el de secreto o acepción sustantiva de noticia reservada. En este sentido tiene perfecta inserción en el ámbito sanitario como contenido de la información que aquel posee respecto de los pacientes, de quienes se ha obtenido en la confianza de ellos sobre su preservación. Confidencialidad y confianza tienen, pues, además de una aproximación fonética una base de entendimiento común. De hecho hacer una confidencia es entregar una información con fines, bajo confianza.

Está claro que la intimidad es un presupuesto (o mejor los datos o situación íntima) preceden a la obligación de preservarlos. Hay un destacado sector de autores que entiende que el derecho a la confidencialidad existe solamente en función de determinadas circunstancias y mientras no haya un interés superior que demande su levantamiento. Se trataría, así, la intimidad de algo axiológico y principalista y la confidencialidad de un concepto utilitarista.

Puede entenderse forzada esta interpretación por cuanto que si convenimos en que existe el deber de confidencialidad (o secreto) del profesional, esto ha de traer consigo la existencia recíproca del derecho a exigir su cumplimiento. Otra cosa es que existan previsiones legales sobre aquellos supuestos en los cuales la revelación del secreto no es considerada conducta antijurídica. El tratamiento legal del derecho a la intimidad, con su consideración de derecho fundamental (artículo 18.1 de nuestra Constitución) y el hecho de que la información a preservar es entregada por su propio titular al profesional sanitario, nos llevan a concluir que **la relación entre intimidad y confidencialidad reside en que la primera es el bien jurídico protegido mediante la observancia de la segunda.**

La 'piedra angular' está en el **principio de vinculación**. Podemos afirmar que quienes trabajan en el medio asistencial están facultados para acceder a las historias clínicas. Tras esa afirmación, sin embargo vienen unas preguntas: **¿cualquier profesional, a cualquier historia y con cualquier finalidad?**

El hecho de desempeñar una profesión clínica, la Medicina es una de ellas, en un centro sanitario, **no otorga al profesional la capacidad de acceder a cualquier historia, sino solamente a aquellas que se encuentren vinculadas al profesional por tratarse de pacientes a los que presta asistencia**. Otra cuestión es si el acceso es para examinar datos, modificarlos, cancelarlos o realizar alguna otra operación sobre ellos. El principio citado alcanza su concreción en el artículo 27.3 del Código de Deontología Médica, de Julio de 2011.

El entendimiento por los profesionales de su capacidad de acceso a las historias clínicas no coincide siempre, sin embargo, con sus posibilidades legales, como veremos más adelante. **Se confunde la posibilidad fáctica de acceder con el respaldo legal (o al menos la inexistencia de impedimento) a dicho acceso**. Esa percepción está muy enraizada por el anterior uso de la historia en formato no informatizado, a disposición de los profesionales mediante el acceso físico a la misma en un archivo y sin rastro posterior, normalmente, del citado acceso. La situación es, actualmente, bien distinta bajo las condiciones actuales de trazabilidad, huella electrónica y otros controles a los que están sometidos quienes acceden a la documentación clínica.

El Código Penal, en el artículo 197, tipifica varias conductas punibles bajo la rúbrica de '**Delito de descubrimiento y revelación de secretos**'. Es muy fácil incurrir en una de ellas, por los profesionales sanitarios en el ejercicio de su trabajo y las consecuencias jurídicas son muy graves por el mero acceso, sin estar autorizado, a datos de carácter personal registrados en la historia clínica. **La historia clínica, en efecto, contiene legalmente (artículo 15 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente) datos personales y de salud, que están legalmente calificados por la Ley 15/1999, de Protección de Datos como especialmente protegidos.**

La normativa sobre la historia clínica describe ésta como un **instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente**. Partiendo de esta consideración, y únicamente con esta finalidad, la de "asistir al enfermo", se permite a los profesionales sanitarios que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente, el acceso a su historial médico. Más allá de este supuesto, es decir, **si no existe un motivo asistencial que lo justifique, los profesionales de la salud no deben acceder a las historias clínicas.**

La pena por incurrir en la conducta de acceso indebido está agravada cuando quien accede indebidamente a los datos es un funcionario público, condición ésta que no cabe duda de que concurre, a los efectos del Código Penal, en el personal de los servicios de salud, cuya relación está claramente definida en el Estatuto Marco del Personal Estatutario como "funcionarial especial".

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve que el Código Penal se ha decantado por un concepto amplio del término "funcionario", situándose un poco más allá del derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo en varios de sus tipos penales. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012 entre otras muchas, ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 CP según el cual se considera funcionario público a todo el que por disposición

inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, y es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el derecho administrativo. En el derecho penal el concepto es más amplio, pues sus elementos son dos exclusivamente: el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera y, la participación en funciones públicas, con independencia pues de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia del cargo (STS 23.05.05), e incluso a la clase o tipo de función pública que se desempeñe.

La facilidad con la que una conducta puede incardinarse en ese subtipo punible es escalofriante, ya que **no se exige la existencia de un perjuicio para tercero**, puesto que el delito se consuma en cuanto se accede a los datos, es decir por su mero conocimiento indebido, el perjuicio consiste en meramente conocer los datos.

De esta forma, un facultativo que mediante su propia clave de acceso a la base de historias clínicas acceda de forma indebida a los datos clínicos contenidos en las mismas de cualquier usuario, incurre en el delito de descubrimiento de secretos, ya que ha violado la intimidad de la persona. **Violar el principio de vinculación no supone sólo una infracción deontológica, sino eventualmente también de naturaleza penal.**

Actuar fuera del antes mencionado principio de vinculación puede hacer a su responsable incurrir en infracciones administrativas, laborales e incluso penales, como ya hemos tenido oportunidad de ver en algunas Sentencias como las del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia núm. 990/2012 de 18 octubre; la Sentencia número 76/2011 de 7 diciembre, de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 7ª; y las de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 11/2009 y 20/2015.