

¿A QUIÉN PERTENECE LA HISTORIA CLÍNICA?

*Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos**

José Antonio Seoane Rodríguez

Doctor en Derecho y Experto en Bioética sanitaria. Profesor Titular (interino) de Filosofía del Derecho
Universidade da Coruña

Sumario: 1. El marco iusfundamental de protección de los datos de salud. 1.1. La evolución jurisprudencial. 1.2. la evolución legislativa. 1.3. Los mecanismos iusfundamental de tutela de los datos de salud. 1.3.1. De la *privacy* a la moderna noción de intimidad. 1.3.2. La intimidad *postinformática*: la libertad informática. 1.3.3. Un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. 1.4. Recapitulación. 2. Un ejemplo de la perspectiva dominical de la historia clínica: la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo. 2.1. Preámbulo. 2.2. El Título III. *De la historia clínica*. 2.2.1. Concepto de historia clínica. 2.2.2. ¿A quién pertenece la historia clínica? 3. Una propuesta armonizadora de análisis de la historia clínica: el lenguaje de los derechos. 3.1. La definición de la historia clínica -y consecuentemente de los derechos respecto de ella- a partir de la finalidad. 3.2. El significado del lenguaje de los derechos y sus repercusiones en el tratamiento jurídico y bioético de la historia clínica. 3.2.1. El punto de vista del paciente o usuario. 3.2.2. El punto de vista del profesional sanitario. 3.2.3. El punto de vista de la Administración sanitaria. 4. Conclusiones, o argumentos a favor de una cultura de la confidencialidad en el ámbito sanitario.

La reciente aparición de diversas leyes autonómicas¹ sobre algunos aspectos relacionados con los derechos de los pacientes: consentimiento informado, información y documentación clínica, historia clínica, voluntades anticipadas, etc. merece ser bienvenida. Estas leyes confieren rango jurídico, bajo forma de derechos, a un conjunto de aspiraciones y valores éticos que han ido penetrando y consolidándose en el ámbito sanitario en las últimas décadas. Junto a ellas cabe señalar también, en el ámbito estatal, la Proposición de Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (anteriormente Proposición de Ley sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica²), aprobada por el Pleno del Congreso en sesión de 20 de junio de 2002³,

¹ Cfr. *Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica* (D. O. G. C. n.º 3303, de 11 de enero de 2001; B. O. E. n.º 29, de 2 de febrero de 2001); *Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes* (D. O. G. n.º 111, de 8 de junio de 2001; B. O. E. n.º 158, de 3 de julio de 2001); *Ley de la Comunidad de Madrid 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria* (B. O. C. M. n.º 306, de 26 de diciembre de 2001; rectificación de errores en B. O. C. M. n.º 17, de 21 de enero de 2002; B. O. E. n.º 55, de 5 de marzo de 2002); *Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón* (B. O. A. n.º 46, de 19 de abril de 2002; B. O. E. n.º 121, de 21 de mayo de 2002); *Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud de La Rioja* (B. O. L. R. n.º 49, de 23 de abril de 2002; B. O. E. n.º 106, de 3 de mayo de 2002); *Ley foral navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica* (B. O. N. n.º 58, de 13 de mayo de 2002; B. O. E. n.º 129, de 30 de mayo de 2002).

² Cfr. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-1, de 27 de abril de 2001. Cfr. asimismo las numerosas enmiendas (126) presentadas en el Congreso de los Diputados relación con la Proposición de Ley (B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-14, 27 de septiembre de 2001).

³ Cfr. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-19, de 24 de junio de 2002. El texto de la Proposición de Ley aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados y remitido al Senado puede ser consultado en el B. O. C. G., Senado, Serie III A, n.º 11 (d), de 27 de junio de 2002. Puede también consultarse en el B. O. C. G., Congreso

* Versiones preliminares de este trabajo fueron presentadas como comunicación a las I Jornadas gallegas de Bioética, organizadas por la Escola Galega de Administración Sanitaria (FEGAS) y celebradas en Santiago de Compostela los días 8 y 9 de noviembre de 2001, y al V Congreso Nacional de Bioética, organizado por la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica y celebrado en Madrid los días 6, 7 y 8 de junio de 2002. Con antelación pude debatir como ponente el tema con los asistentes al curso Bioética: confidencialidad, intimidad e historias clínicas, organizado por el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) en el marco del Programa de Formación continuada del personal sanitario (2001) y celebrado en Bilbao los días 9, 10 y 11 de julio de 2001. Agradezco las diversas sugerencias recibidas en sendos foros. Un agradecimiento especial merecen Natalia Álvarez, Alejandro Artxe y Azucena Couceiro, por sus ponderados y estimulantes comentarios.

que pretende servir de marco general para las distintas normas autonómicas.

La normativa indicada se enmarca en una tendencia renovadora y actualizadora de la regulación jurídico-sanitaria española, encabezada por una norma capital: el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), ratificado por España el 23 de julio de 1999 y vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 2000⁴. El Convenio representa una suerte de Constitución bioética, un conjunto de principios que configuran el marco común europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona en el contexto de la Medicina y la Biología.

Son diversas las cuestiones de interés que presentan las leyes referidas, entre las que ha merecido especial atención la regulación positiva del testamento vital, o con mayor precisión, las voluntades anticipadas o instrucciones previas –ambas denominaciones han sido empleadas en los textos legislativos-, tanto por su novedad en el plano legislativo como por su trascendencia en la relación clínica. Mi reflexión se centrará, sin embargo, en otra cuestión, que constituye un aspecto nuclear de la información y documentación clínicas y de la praxis sanitaria: la historia clínica, en particular lo referido a su titularidad o, en terminología más extendida –aunque a mi entender menos precisa y preferible-, su propiedad. Pudiera pensarse que en el funcionamiento cotidiano es posible, con mayor o menor éxito, sortear esta cuestión, rechazándola como meramente teórica. Esgrimiendo argumentos prácticos cabría aducir que lo importante no es el estatuto jurídico-dominical de la historia clínica sino la solución a los múltiples problemas clínicos o sanitarios en relación con ella: quién puede acceder a la historia clínica; en qué condiciones; a qué partes de la misma; si debe o no conservarse; quién debe hacerlo; cuánto tiempo; etc. Sin embargo, quien se haya planteado alguna de estas cuestiones o cualesquiera otras semejantes sabe que sus respuestas remiten a nuestra pregunta inicial: ¿de quién es o a quién pertenece la historia clínica?

Mi propósito no es, en rigor, examinar quién es el propietario de la historia clínica y decantarme por alguna

de las alternativas existentes: el médico, la institución sanitaria, el paciente, etc. Sí lo es, en cambio, poner de relieve el paradójico desenfoque al que conduce el debate en torno a la propiedad y sugerir una propuesta de interpretación distinta, centrada en la titularidad de los derechos fundamentales y en la nueva configuración iusfundamental de la intimidad y los datos de carácter personal. Esto es, a la interpretación basada en la propiedad de la historia clínica (perspectiva dominical) opondré una interpretación basada en la titularidad de los derechos⁵ –distintos del de propiedad- (perspectiva iusfundamental).

Para ello presentaré en primer lugar (1) el contexto jurídico-constitucional y axiológico en el que ha de debatirse el problema de la titularidad de los derechos en relación con la historia clínica y, en general, todas las cuestiones referidas a la información y la documentación sanitarias, articulado en torno a un recentísimo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. A continuación analizaré (2) el marco normativo de la historia clínica en la Ley gallega (Ley 3/2001, de 28 de mayo), en su condición de modelo de regulación patrimonialista o dominical de la historia clínica. En este aspecto La Ley gallega difiere notablemente de las res-

⁵ No abordaré, en consecuencia, el análisis detallado de la regulación vigente de la historia clínica ni otras cuestiones referidas a ella, si bien es posible deducir una respuesta a la mayor parte de éstas a partir de la tesis aquí defendida. Para un tratamiento más exhaustivo de estos aspectos cfr. María Teresa CRIADO DEL RÍO, Javier SEOANE PRADO, Aspectos médico-legales de la historia clínica, Madrid, Colex, 1999, passim (para un análisis comparativo de las distintas tesis defendidas hasta el momento en relación con la propiedad de la historia clínica cfr. pp. 80-90 y bibliografía allí citada) o José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO (coord.), La historia clínica, Granada, Comares, 2002, passim (acerca de diversas tesis en torno a la propiedad de la historia clínica cfr. José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, “Régimen jurídico general de la historia clínica”, en José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO (coord.), La historia clínica, cit., pp. 97-178, pp. 112-119). Resultan también de interés Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario”, La Ley 1 (1987), pp. 1011-1024; Roberto CANTERO RIVAS, “Cuestiones relativas a la historia clínica”, La Ley 5 (1996), pp. 1421-1428; Tomás GARCÍA HERNÁNDEZ y Blanca MARZO MARTÍNEZ, “La propiedad de la historia clínica”, La Ley 5 (1996), pp. 1629-1631 (defendiendo que el paciente ha de ser el propietario y poseedor de la historia clínica con argumentos iusprivatistas, en particular contractuales); Javier JÚDEZ, ET AL., “La confidencialidad en la práctica clínica: historia clínica y gestión de la información”, Medicina Clínica 118/1 (2002), pp. 18-37; Josep Lluís LAFARGA I TRAYER, “Problemas legales asociados al tratamiento informático de la historia clínica: la responsabilidad médica en el tratamiento de datos”, Derecho y Salud 7/2 (1999), pp. 43-48 (quien sostiene que la titularidad compartida de la historia clínica no es exclusiva sino compartida por el centro o institución sanitaria, a quien “le corresponde su conservación y custodia, y aun la responsabilidad en relación con su mantenimiento actualizado”, y el paciente, a quien le corresponden “los derechos de acceso, rectificación e indemnización, en su caso, en los términos que establece el título III de la LORTAD” (hoy sustituida por la LOPD): p. 46); y Carlos María ROMEO CASABONA y María CASTELLANO ARROYO, “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, Derecho y Salud 1/1 (1993), pp. 5-17.

de los Diputados, Serie B, n.º 134-17, de 17 de junio de 2002, donde se recoge el Dictamen de la Comisión de Sanidad y Consumo sobre la Proposición de Ley básica mencionada, destacando las modificaciones respecto de los borradores de trabajo previos.

⁴ Cfr. B. O. E. n.º 251, de 20 de octubre de 1999 (Instrumento de ratificación de 23 de julio de 1999). Corrección de erratas en B. O. E. n.º 270, de 11 de noviembre de 1999.

tantes normas autonómicas aludidas, y de la Proposición de Ley estatal⁶. Realizaré para ello un examen crítico de dicha regulación, deteniéndome en dos cuestiones: la comprensión dominical y formalista de la historia clínica, presente sobre todo en el artículo 18 de la Ley gallega; y algunos aspectos que afectan a la dimensión iusfundamental de la historia clínica (sobre todo arts. 14 y 19 Ley gallega).

Seguidamente intentaré argumentar (3) por qué la perspectiva dominical (“Las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de...”: art. 18 Ley gallega) no me parece satisfactoria. En su lugar intentaré mostrar cómo desde la perspectiva que denomino el lenguaje de los derechos la propiedad pierde importancia en beneficio de la titularidad de los derechos fundamentales: no importa quién es el dueño o propietario de la historia clínica sino qué derechos son los que están en juego y cómo es posible armonizar el ejercicio de todos ellos. Desde tal perspectiva es posible abandonar las visiones unilaterales y exclusivistas (“...del centro sanitario”; “...del médico”; “...del paciente”) y sostener, en particular en determinadas áreas como la Psiquiatría, la cotitularidad de la historia clínica por parte del paciente y del (de los) profesional(es) sanitario(s).

Si los argumentos precedentes son correctos concluiré con (4) una serie de tesis plausibles en relación con el tratamiento jurídico -y bioético- de la historia clínica, formuladas mediante el nuevo lenguaje y desde la nueva perspectiva iusfundamental. Podré, asimismo, brindar razones a favor de la rehabilitación y la nueva interpretación de un concepto presuntamente decrépito en el ámbito sanitario, la confidencialidad.

1. EL MARCO IUSFUNDAMENTAL DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE SALUD

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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), y sobre todo desde las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, que acuñan un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos

⁶ A semejanza de la Ley gallega, una Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda n.º 53) proponía incluir en el texto definitivo de la Ley estatal la regulación de la propiedad de las historias clínicas, con un tenor literal casi idéntico al de los dos primeros párrafos del artículo 18 de la Ley gallega. (Cfr. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-14, 27 de septiembre de 2001, p. 48). El texto finalmente aprobado por el Congreso, que difiere notablemente del propuesto inicialmente, no ha acogido la enmienda mencionada.

personales, no tiene sentido escindir la protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal. Más aún, no es posible entender adecuadamente la tutela jurídica de los datos de salud y de la información clínica, ni el régimen específico de la historia clínica, sin referencia al giro “autonomista” originado por el derecho a la protección de datos personales. Puede argüirse, con razón, que el ámbito de protección —o el contenido o la función— del derecho a la intimidad es distinto del abarcado por el derecho a la protección de datos personales. Pero es también cierto que ambos mecanismos iusfundamentales se orientan en el contexto sanitario a un mismo objetivo, a la tutela de bienes semejantes, y que su mejor logro exige una actuación complementaria de ambos derechos.

1.1. La evolución jurisprudencial

Desde los albores de la jurisprudencia constitucional el derecho a la intimidad ha sido el mecanismo iusfundamental encargado de la protección de las esferas íntima y privada. No obstante, factores de diversa índole han mostrado algunas de sus insuficiencias para garantizar en la actualidad la tutela de dichas esferas y de los datos de carácter personal frente a las diversas modalidades de agresiones o lesiones, y han propiciado la incorporación al acervo iusfundamental de dos nuevos instrumentos de protección: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. Éstos operan en coexistencia con el anterior; esto es, la aparición de la nueva libertad y el nuevo derecho no implica la eliminación y sustitución del anterior o anteriores, cuya necesidad y eficacia perviven.

Los factores determinantes de la evolución del tratamiento jurídico-constitucional⁸ de las esferas íntima y privada y de los datos de carácter personal han sido, a mi juicio, de dos clases:

1. Externos o *ad extra*, referidos a las modificaciones sociales, culturales, etc., que inciden en la configuración de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la intimidad y de las vías adicionales de garan-

⁷ Con carácter general, sobre la protección de la intimidad y de los datos de carácter personal en el ámbito sanitario cfr. Manuel HEREDERO HIGUERAS, “La protección de datos de salud informatizados en la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre”, Derecho y Salud 2/1 (1994), pp. 17-28; Carmen SÁNCHEZ CARAZO, La intimidad y el secreto médico, Madrid, Díaz de Santos, 2000; Jesús SÁNCHEZ-CARO, Javier SÁNCHEZ-CARO, El médico y la intimidad, Madrid, Díaz de Santos, 2001. (Las dos últimas monografías destinan breves apartados a la historia clínica).

⁸ Por todas SSTC 143/1994, de 9 mayo, FJ 6; 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8; 202/1999, de 8 noviembre, FJ 2; 115/2000, de 5 mayo, FJ 4.

tía iusfundamental de las esferas íntima y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. El factor decisivo para la nueva orientación hermenéutico-constitucional ha sido la irrupción de las nuevas tecnologías, que ha aumentado la vulnerabilidad de dichas esferas y las posibilidades de lesionar los derechos.⁹ La respuesta jurídica a la realidad expuesta ha tenido lugar, en buena medida, a través de dos nuevos mecanismos de protección jurídica, complementarios del derecho a la intimidad.

En primer lugar, a través de la denominada *libertad informática*, cuya sede constitucional es el artículo 18.4 CE. A partir de su STC 254/1993, de 20 de julio¹⁰, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve dos aspectos. De una parte, la incidencia de las nuevas tecnologías informáticas en la vida social y el potencial aumento de los riesgos para la vida privada e íntima. La informática ha multiplicado ciertos riesgos ya existentes y generado algunos nuevos. La conexión en red de los datos, y el consiguiente aumento de las posibilidades de conocimiento, difusión y manejo de los datos sin consentimiento o autorización de su titular son buena muestra de ello. De otra, la necesidad de ampliar la facultad tradicional de defensa del derecho a la intimidad con una facultad positiva o poder de control sobre tal esfera. Mediante la primera el titular impide la injerencia de terceros, que tienen el deber de abstenerse; mediante la segunda el titular ejerce un poder activo de control de sus datos.

En segundo lugar, a través del *derecho a la protección de datos personales*, acuñado por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 noviembre. En esta última el Tribunal Constitucional compara ese nuevo derecho con el derecho a la intimidad. Ambos comparten un mismo objetivo: “ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar”¹¹. Difieren, en cambio, en tres aspectos. En primer lugar, en cuanto a la función: defensiva o de protección en el derecho a la intimidad, mientras que el derecho a la protección de datos personales desempeña una función activa o de disposición¹². En segundo lugar, en cuanto al objeto: el derecho a la protección de datos

personales extiende su garantía no sólo a la intimidad sino a la “esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada”; además, su objeto de protección no se reduce a los datos íntimos, sino a todo tipo de dato personal, íntimo, privado o público¹³. Finalmente, en cuanto al contenido: el derecho a la intimidad personal y familiar confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, en tanto que el derecho a la protección de datos personales comprende un conjunto de facultades más amplio, que pueden reconducirse a dos: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición¹⁴.

2. Internos o *ad intra*, relativos al contenido del derecho a la intimidad y de los restantes mecanismos iusfundamentales de tutela de la esfera privada *per se*. Desde una perspectiva negativa de rechazo de injerencias se ha llegado hasta la actual facultad de control sobre los propios datos, en la que el consentimiento del titular, esto es, su activa y decisiva participación, amplía el contenido del derecho. El desarrollo del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) es paradigmático en este punto: predomina inicialmente la dimensión negativa o de defensa frente a las injerencias externas¹⁵; mas la dimensión negativa o de defensa no agota la protección dispensada por el derecho a la intimidad, que incorpora paulatinamente una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De acuerdo con la primera el titular está facultado para impedir las injerencias y los terceros han de abstenerse de cualquier intromisión. De acuerdo con la segunda el titular dispone de un poder de control, decisivo para el gobierno de su esfera íntima y privada, sin el cual no es posible perfilar adecuadamente la propia persona; es decir, no es posible el libre desarrollo de la personalidad en unas condiciones dignas.

En la evolución interna de los derechos que garantizan la protección jurídica del ámbito íntimo y privado, y de los datos de carácter personal también en el ámbito público, ha de subrayarse la importancia que ha ido cobrando la facultad de autodeterminación informativa, esto es, el poder de disposición y control. Desde la STC 254/1993, de 20 de julio, aun limitada al terreno infor-

⁹ Cfr. singularmente SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 4 y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4. Cfr. asimismo el apartado 1 de la Exposición de Motivos de la LORTAD.

¹⁰ Con posterioridad cfr. SSTC 143/1994, de 9 mayo, FJ 7; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 94/1998, de 4 mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 noviembre, FJ 2; 233/1999, de 13 diciembre, FJ 7; 292/2000, de 30 noviembre, FJ 4.

¹¹ STC 292/2000, de 30 noviembre, FJ 5, párr. 3.º

¹² Cfr. *ibid.*, FJ 6, párr. 1.º

¹³ Cfr. *ibid.*, FJ 6, párrs. 2.º y 3.º

¹⁴ Cfr. *ibid.*, FJ 6, párr. 4.º

¹⁵ Cfr. STC 73/1982, de 2 diciembre, FJ 5.

mático, hasta las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, donde dicha facultad o poder de disposición se extiende a todo tipo de tratamientos, informatizados o no, y a todo tipo de datos personales, atravesando los ámbitos íntimo, privado y -he aquí la novedad- público, el análisis diacrónico de la jurisprudencia constitucional en la última década revela el paulatino protagonismo de dicha facultad: el derecho a ser informado y a saber; el derecho a consentir y a oponerse¹⁶.

1.2. La evolución legislativa

El desarrollo legislativo ha discurrido en paralelo a la evolución jurisprudencial. Adoptando como punto de partida el texto constitucional, singularmente el artículo 18.4 CE, la evolución legislativa de la protección iusfundamental de los datos de carácter personal, y en particular de los datos de salud, en España ocupa las dos últimas décadas. A lo largo de este período es posible distinguir dos etapas. En la primera, durante la década de los ochenta y la primera mitad de los noventa, predomina la atención a la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en la protección de los datos, que justifica la atención preponderante, y aun exclusiva, al tratamiento automatizado de los datos; el eje iusfundamental de esta etapa es el derecho a la intimidad (1 y 2). En la segunda, a partir de 1995, se cobra conciencia de la necesidad de no olvidar los demás tipos de tratamiento de datos, los no automatizados, y se amplía la tutela a todo tipo de tratamiento; además, en cuanto a los derechos fundamentales, pese a la posición especial del derecho a la intimidad, la tutela jurídica se hace extensiva al conjunto de libertades y derechos de los individuos (3 y 4).

1. En 1981 se adopta el Convenio (108) del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero. Además de indicar los principios y derechos que rigen en la materia, en él se delimita una esfera de datos especialmente protegidos, referidos a aquellos ámbitos más sensibles y potencialmente más peligrosos para los derechos del individuo, en particular para su intimidad¹⁷, entre los que se incluyen los datos relativos a la salud¹⁸. España ha firmado y ratificado el Convenio¹⁸. Con todo, al ir dirigido a los Estados signatarios, no tiene aplicabilidad directa para

¹⁶ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 6 y 7.

¹⁷ En lo que concierne al derecho a la intimidad, en general, habría que destacar en esta etapa la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹⁸ Cfr. B. O. E. n.º 274, de 15 de noviembre de 1985 (Instrumento de ratificación de 27 de enero de 1984).

los ciudadanos, y precisa de un desarrollo legislativo posterior a nivel interno (art. 4.1)¹⁹.

En cuanto a los datos de salud, también en 1981 se adopta la Recomendación nº R (81) 1, de 23 de enero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la reglamentación aplicable a los bancos de datos médicos automatizados, donde se regulan, entre otros aspectos, el registro, el acceso, la conservación y la protección de la información contenida en dichos bancos de datos automatizados.

Con carácter más general, la intimidad y la confidencialidad de la información referida a nuestros datos de salud se garantizan en la norma jurídico-sanitaria estatal de referencia, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (cfr. art. 8.1; art. 10.1, 3, 11 y 15; art. 23. Cfr. también art. 10.5 y 6. Asimismo, referido específicamente a la historia clínica, art. 61).

2. El desarrollo legislativo del Convenio (108) del Consejo de Europa, con base en el artículo 18.4 CE, tiene lugar por medio de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), primera ley española específica en la materia.

Esta Ley ha sido completada por vía reglamentaria en los años posteriores, en particular mediante el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que regula el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos -reformado posteriormente por el Real Decreto 156/1996, de 2 de febrero-; el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD; y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal²⁰.

3. En 1995 se aprueba la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

¹⁹ Cfr. al respecto STS Sala 3.ª, Sección 8.ª, de 30 de abril de 1990 (Ar. 3360). Cfr. asimismo el voto particular que formula D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer a la STC 254/1993, de 20 de julio.

²⁰ Ha de ser mencionado también el Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implementar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio. En cuanto al desarrollo de la LORTAD, junto a los Reales Decretos indicados, resulta de interés la consulta de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos. De todas ellas cfr. Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (B. O. E. n.º 25, de 29 de enero de 1998).

libre circulación de estos datos²¹. Con posterioridad se aprueba la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones²².

Ambas Directivas, singularmente la primera, imponen una serie de exigencias que amplían la tutela jurídica también a los tratamientos no automatizados (art. 3), encaminadas a fortalecer el conjunto de derechos fundamentales, y no sólo la intimidad, (art. 1.1) del titular de los datos –“interesado” en la terminología de la Directiva-, y que han de ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito sanitario, la Recomendación n.º R (81) 1, que restringía los datos médicos a los presentes en la historia clínica o “expediente médico”, y limitaba su aplicación a la relación clínica, ha sido sustituida por la Recomendación n.º R (97) 5 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la protección de datos médicos, adoptada el 13 de febrero de 1997, que extiende la aplicación de sus principios a los tratamientos no automatizados (Apéndice a la Recomendación, 2.2).

4. La transposición de las Directivas mencionadas y la consiguiente adaptación de la legislación española a sus requerimientos no ha tenido lugar a través de una modificación o reforma de la LORTAD sino mediante una nueva Ley que la sustituye: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), que es la Ley actualmente en vigor. A diferencia de su predecesora, la LOPD amplía su objeto, tanto en relación con los datos y los tipos de tratamiento, incluyendo los automatizados y los no automatizados, como con los derechos fundamentales garantizados, abarcando el haz de libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas (art. 1 LOPD).

La LOPD se encuentra aún pendiente de desarrollo reglamentario (Disposición final primera LOPD); en tanto éste no tiene lugar conservan su vigencia las normas reglamentarias que han desarrollado la LORTAD, en cuanto no se opongan a la LOPD (Disposición transitoria tercera LOPD).

En el contexto sanitario sobresale el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), firmado el 4 de abril de 1997 en Ovie-

²¹ D. O. C. E. n.º L 281, de 23 de noviembre de 1995.

²² D. O. C. E. n.º L 24, de 30 de enero de 1998.

do y ratificado por España el 23 de julio de 1999, cuya entrada en vigor data del 1 de enero de 2000 (art. 33). En lo que se refiere a los datos de salud y a la protección de la intimidad y la confidencialidad merece ser destacado el artículo 10, referido a la vida privada y el derecho a la información. Este precepto ha de ser puesto en relación con el capítulo II (arts. 5 a 9), cuyo objeto es el consentimiento, así como con el art. 26, donde se regulan las restricciones al ejercicio de los derechos.

Finalmente, cabe destacar que el 7 de diciembre de 2000 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión han proclamado solemnemente en Niza el texto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 8 reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal²³.

1.3. Los mecanismos iusfundamentales de tutela de los datos de salud

La evolución jurisprudencial y legislativa pone de manifiesto, de una parte, la extensión de su protección desde el ámbito informático al de los tratamientos no informatizados o automatizados, comprendiendo en la actualidad a ambos. De otra, ante las insuficiencias de los derechos fundamentales tradicionales -o de su comprensión tradicional-, singularmente la intimidad, para proteger el conjunto de valores y bienes constitucionales amenazados con la irrupción de las nuevas tecnologías, su complemento y enriquecimiento con nuevos derechos. El resultado ha sido la ampliación del acervo iusfundamental para la tutela de las esferas íntima y privada y de los datos de carácter personal, que en la actualidad dispone de tres mecanismos: el derecho a la intimidad, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales.

1.3.1. De la *privacy* a la moderna noción de intimidad

La intimidad es hoy un bien o valor para las personas, vinculado con otros valores o bienes básicos: dignidad, libertad, igualdad, seguridad, autodeterminación, etc., indispensables para el desarrollo de su personalidad. En el plano jurídico-constitucional esto significa establecer una conexión entre el artículo 18 CE y el conjunto de derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en particular con el art. 10.1 CE. En suma, el dere-

²³ D. O. C. E. n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000. Artículo 8. Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

cho a la intimidad, derivado de la dignidad de la persona, protege una necesidad o un bien básico para la libre autodeterminación individual²⁴.

El derecho a la intimidad, en términos generales, es “el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o hacemos”²⁵. Se trata, por tanto, de blindar la esfera íntima de nuestra vida de la curiosidad de terceros. En este sentido la intimidad se configura como un derecho negativo o de protección frente a injerencias ilegítimas, que recuerda la noción de *privacy* acuñada por el juez Thomas Cooley²⁶ y recogida por Samuel Warren y Louis Brandeis a finales del siglo XIX en su clásico *The Right to Privacy*: el derecho a no ser molestados, a estar solos, a que nos dejen en paz (*the right to be let alone*)²⁷.

Con el transcurso del tiempo la *privacy* ha ampliado notablemente su ámbito y su contenido. Desde la inicial conexión con el derecho de propiedad (*privacy-property*), con la finalidad de protegerse de las intrusiones físicas, enraizado en el *Common Law* inglés, se llega a un sentido personal del derecho (*privacy-personality*), que es el acuñado por Warren y Brandeis. En el Derecho norteamericano actual el derecho a la *privacy* ha extendido más su ámbito, convirtiéndose, al amparo de la XIV Enmienda a la Constitución de los EE.UU. -que contiene la cláusula del debido proceso-, en una suerte de *privacy of autonomy*, que añade a la tradicional facultad negativa de protección una facultad de acción del sujeto, manifestada en materias como esterilización y anticoncepción, derechos relacionados con el matrimonio y la familia, aborto o derecho a tomar parte en actos sexuales.

²⁴ Cfr. por todos Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, en Luis GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), Estudios sobre el derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 36-45, pp. 38-39 y 44.

²⁵ Luis GARCÍA SAN MIGUEL, “Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión”, en Luis GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), Estudios sobre el derecho a la intimidad, cit., pp. 15-35, p. 18. Esta dimensión de secreto también ha sido subrayada por nuestro Tribunal Constitucional. Cfr. por todas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 6.

²⁶ Thomas C. COOLEY, A Treatise on the Law of Torts, 2nd edition, Chicago, Callaghan & Company, 1888, p. 29.

²⁷ Samuel WARREN, Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review IV/5 (1890), pp. 193-220. Traducción de Pilar Baselga, El derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 23 ó 25. Louis D. Brandeis, como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, hizo uso años más tarde de la compendiosa fórmula del derecho a la *privacy* en un célebre voto particular -discrepante- a la sentencia del caso Olmstead vs. United States, 277 U.S. 438 (1928), calificándolo como el más amplio de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados. Cfr. Olmstead vs. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928).

El acontecimiento decisivo para la adopción de esta última configuración de la *privacy* lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), donde se estima que una Ley del Estado de Connecticut que castigaba el uso de anticonceptivos en el seno del matrimonio implicaba una injerencia injustificada en la intimidad conyugal, en la medida en que el Estado no puede interferir en decisiones sobre el uso de anticonceptivos de una pareja casada. Con posterioridad, otros casos refuerzan la nueva orientación del derecho constitucional a la *privacy* y perfilan sus contornos: *Loving vs. Virginia* 388 U.S. 1 (1967), en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley que penalizaba el matrimonio interracial, indicando que los Estados no pueden interferir hasta tal punto en la decisión individual del cónyuge acerca de con quién casarse; *Eisenstadt vs. Baird* 405 U.S. 438 (1972), extendiendo la argumentación del caso *Griswold* para anular una ley que prohibía la distribución de anticonceptivos a personas no casadas; *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), donde se declara la inconstitucionalidad de normas que prohibían el aborto, estimando que lesionaban la *privacy* de la mujer embarazada al invadir indebidamente un ámbito de decisión personal, y afirmando que el derecho a la *privacy* es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de terminar o no su embarazo; *Whalen vs. Roe*, 429 U.S. 589 (1977), en el que el Tribunal Supremo evalúa los riesgos para el derecho a la *privacy* derivados de la recogida, almacenamiento, tratamiento y difusión de datos de carácter personal, en concreto datos de salud, en bancos automatizados de datos gubernamentales; *Carey vs. Population Planning International*, 431 U.S. 678 (1977), que amplía la protección de la *privacy* al uso de anticonceptivos por parte de menores de edad, anulando una disposición del Estado de Nueva York que únicamente autorizaba la venta de anticonceptivos por parte de farmacéuticos y sólo a personas mayores de dieciséis años; *Bowers vs. Hardick* 478 U.S. 186 (1986), donde una mayoría de 5 a 4 sostuvo que un Estado podría considerar la sodomía homosexual como un delito sin violar el derecho a la *privacy*; o *Planned Parenthood vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), reafirmando la decisión de *Roe vs. Wade*²⁸.

²⁸ Por todos, Jed RUBENFELD, “The Right of Privacy”, Harvard Law Review 102 (1989), pp. 737-807; Ggerald GUNTHER, Kathleen M. SULLIVAN, Constitutional Law, 13th edition, Westbury, New York, The Foundation Press, 1997, pp. 516-602, y bibliografía en ellos citada. Desde la perspectiva de la Novena Enmienda a la Constitución de los EE.UU. -que alude a los derechos no enumerados o recogidos textualmente en la Constitución-, Erwin CHERMERINSKY, Constitutional Law. Principles and Policies, New York, Aspen Law & Business, 1997, pp. 644-645 y 657-689. En particular sobre los datos de salud y Whalen vs.

Algo semejante ha sucedido con el derecho a la intimidad en el Derecho español. Reflexionando en torno a una eventual violación del art. 18 CE afirmaba el Tribunal Constitucional al comienzo de su singladura:

“[E]l derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse”²⁹.

Con todo, la dimensión negativa o defensiva no agota la protección dispensada por el derecho a la intimidad, el cual adquiere una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Hoy resulta insuficiente la comprensión de la intimidad como un derecho garantista o defensa frente a intromisiones en la vida íntima y privada; hay que añadir el complemento de una facultad activa de control sobre la información, los datos y todo lo concerniente a esa esfera que afecte a cada sujeto. Si la intimidad, a partir del fundamento común en la dignidad, ha de ponerse en relación con los restantes derechos, y en particular con el libre desarrollo de la personalidad, no puede negarse la adición de un poder de control, de la vertiente positiva del derecho a la intimidad³⁰. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional:

“El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 151/1997). El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 CE no garantiza una ‘intimidad’ determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control

Roe, *Lawrence O. GOSTIN*, “Genetic Privacy”, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 23/4 (1995), pp. 320-330, p. 325.

²⁹ STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5.

³⁰ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 6.ª edición, 1999, p. 330, quien subraya que la ampliación de contenido de la intimidad repercute en su significación axiológica y en su fundamentación. Así conecta la intimidad con la dignidad, la libertad y la igualdad, ejes de su noción de derechos humanos (al respecto, *ibid.*, p. 48).

sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”³¹.

De la lectura de la jurisprudencia constitucional podemos extraer las siguientes notas, que ofrecen un perfil aproximado del derecho a la intimidad³²:

1. La intimidad es un bien, algo valioso para los seres humanos.

2. La intimidad es un derecho constitucionalmente reconocido, que parte de la idea originaria del respeto a la vida privada, personal y familiar³³.

a) El derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18 CE junto al derecho al honor y el derecho a la propia imagen, es un derecho autónomo e independiente de éstos, con su propia sustantividad y un contenido propio y específico³⁴.

3. La intimidad merece respeto porque se considera un bien o un valor para los seres humanos preservar su esfera más íntima, y no por los contenidos que en ella se guarden.

4. El derecho a la intimidad no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla³⁵.

³¹ Cfr. STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; cfr. asimismo, en sentido semejante, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4.

³² Cfr., por todas, SSTC 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8; 115/2000, de 5 mayo, FJ 5.

³³ Cfr. STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; ATC 642/1986, de 23 de julio, FJ 3.

³⁴ Cfr. STC 156/2001, de 2 de julio, FFJJ 2 y 3. Cfr. también STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.

³⁵ Cfr. SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 21/2002, de 20 de mayo, FJ 2.

5. El núcleo esencial de la intimidad ha de ser determinado en cada sociedad y en cada momento histórico. En sociedades axiológicamente plurales y heterogéneas como la española tal facultad corresponde a los órganos del Poder Judicial³⁶.

6. El derecho a la intimidad está ligado al respeto de la dignidad de la persona.

a) El derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona³⁷.

b) Sin la garantía de la intimidad no es posible, ni siquiera concebible, una existencia digna³⁸.

7. El derecho a la intimidad está estrictamente vinculado a la propia personalidad³⁹.

8. El objeto de protección del derecho a la intimidad es un ámbito reservado de la vida de los individuos. Dicho ámbito reservado protegido no se restringe al fuero íntimo, sino que se extiende también a la esfera privada, tanto personal como familiar.

9. La función del derecho a la intimidad es proteger al titular frente a cualquier invasión en el ámbito reservado en contra de su voluntad⁴⁰.

10. La protección de un ámbito reservado se garantiza frente:

a) a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos;

b) a la injerencia que supone la acción ajena⁴¹.

11. La protección jurídica de la intimidad se despliega en dos dimensiones:

a) garantizar el amparo frente a las agresiones que un individuo pueda experimentar en su ámbito íntimo por parte de terceros, tanto particulares como poderes públicos;

b) atribuir un poder de disposición o control sobre ese ámbito reservado de la vida de un individuo, que quiere mantenerse al margen del conocimiento de terceros, sea cual sea su contenido.

12. El atributo o facultad más importante de la intimidad es la facultad de exclusión de los demás del ámbito reservado⁴².

13. El derecho a la intimidad es un derecho *erga omnes*: todos, poderes públicos y particulares, han de respetarlo.

14. El criterio rector del acceso, el conocimiento y la utilización de la información personal o familiar garantizada por el derecho a la intimidad es el consentimiento del titular⁴³.

15. El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto⁴⁴. Existen razones legítimas para que algo perteneciente a la esfera íntima sea público o conocido por terceros. Los límites por antonomasia son los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

En suma, el derecho a la intimidad se configura, en lo esencial, como un derecho negativo o de defensa, que persigue amurallar una esfera reservada -íntima y privada- de la vida de las personas. Para conseguirlo las facultades no se limitan a las negativas sino que paulatinamente se han incorporado poderes de disposición o control manifestados en forma de consentimiento o autorización para el empleo o tratamiento de los datos o informaciones propias de esas esferas protegidas.

Con todo, la reciente STC 292/2000, de 30 de noviembre, ha restringido de nuevo el alcance del derecho a la intimidad, confiriendo el ejercicio de las facultades positivas o de control a otros mecanismos iusfundamentales de tutela de las esferas íntima y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales⁴⁵.

³⁶ Cfr. STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4. Subrayando el carácter cultural de la noción de intimidad corporal cfr. SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5.

³⁷ Cfr. SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5.

³⁸ Cfr. STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.

³⁹ Cfr. SSTC 202/1999, FJ 2; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5.

⁴⁰ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁴¹ Cfr. SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁴² Cfr. SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁴³ Cfr. SSTC 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8.

⁴⁴ Cfr. SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 abril, FJ 5; 186/2000, de 10 julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4.

⁴⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 5-7. Pese a lo afirmado el Tribunal Constitucional ha continuado atribuyendo una dimensión positiva al derecho a la intimidad, en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), orientada a una plena efectividad del derecho fundamental. (Cfr. STC 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6; asimismo el punto 3 in fine del voto particular concurrente formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la mencionada sentencia; y con un alcance más restringido -referido a un libre desarrollo privado de la personalidad- la 4.ª matización del voto

1.3.2. La intimidad *postinformática*: la libertad informática

La irrupción de las nuevas tecnologías ha sido el factor decisivo para una nueva orientación hermenéutico-constitucional del derecho a la intimidad y para incrementar las reflexiones en torno al alcance de tal derecho y a su idoneidad para tutelar bienes y valores personales bajo su ámbito. En el último tercio de este siglo han sido los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos, aumentando las posibilidades de invadir la intimidad y generar consecuencias negativas en los derechos de las personas, los que han propiciado la ampliación del alcance del derecho a la intimidad, ensanchando su contenido. En la coyuntura expuesta la información personal se encuentra en una situación mucho más vulnerable. Los datos personales pueden ser objeto de un uso ilícito y generar indefensión en los ciudadanos. Para el Tribunal Constitucional “los riesgos derivados del exceso, de los errores, o del uso incontrolado de información de carácter personal no pueden ser afrontados eficazmente por los particulares afectados a causa de una información insuficiente, pues los ciudadanos se encuentran inermes por la imposibilidad de averiguar qué información sobre sus personas almacenan las distintas Administraciones públicas, premisa indispensable para cualquier reclamación o rectificación posterior”⁴⁶.

Ante tal indefensión han de arbitrase mecanismos jurídicos adicionales para la protección de los ciudadanos⁴⁷, y ampliar el radio de acción del derecho a la intimidad⁴⁸. Tal situación fue ya advertida por los redactores de nuestra Constitución, mediante la inclusión del artículo 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Inicialmente la LORTAD representó el primer desarrollo legislativo del precepto constitucional; en la actualidad, su sustituta LOPD ha continuado con la reglamentación

del tratamiento de los datos personales, ampliando el objeto de protección de la norma.

El artículo 18.4 CE incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona⁴⁹. En concreto, “estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática’”⁵⁰.

En otras palabras, el derecho a la intimidad recogido y garantizado en el artículo 18.1 CE ya no basta; es preciso complementarlo o redimensionarlo con el art. 18.4 CE, más adecuado para los nuevos riesgos derivados del progreso tecnológico. Se acuña una nueva libertad fundamental, la *libertad informática*, aparecida por vez primera en la jurisprudencia constitucional en la STC 254/1993, de 20 de julio, y cuyo contenido mínimo encierra al menos dos elementos: “Un primer elemento, el más ‘elemental’, de ese contenido, es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos”⁵¹. Además, para asegurar la efectividad del derecho, “la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada ‘libertad informática’ es, así, también, un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)”⁵². Tal poder de control compren-

particular concurrente formulado por el Magistrado don Manuel Garrido Falla a la misma sentencia).

⁴⁶ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 4.

⁴⁷ Cfr. STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7. Cfr. asimismo la Exposición de Motivos de la LORTAD, singularmente el apartado 2, donde se afirma que la Ley surge con la finalidad de “hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos” (párrafo 1.º), para lo cual “está animada por la idea de implantar mecanismo cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que puedan resultar del tratamiento de la información” (párrafo 3.º).

⁴⁸ STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7, refiriéndose a la STC 254/1993, de 20 de julio. Cfr. también SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 7.

⁴⁹ Cfr. SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 7.

⁵⁰ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6. También SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6.

⁵¹ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

⁵² Ibidem. Cfr. asimismo SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2. Un significado más preciso de la expresión *habeas data* lo proporciona Pérez Luño, quien indica que frente al avance tecnológico y a la informática y su potencial invasión de la esfera privada el principal cauce procesal para proteger la libertad de la persona es el denominado *habeas data*, que cumple respecto de la libertad informática una función semejante a la que desempeña el *habeas corpus* ante la libertad física. La aparición del *habeas data* no implica la sustitución del *habeas corpus*, cuya función sigue plenamente vigente, sino la incorporación de otro instrumento de garantía de la libertad y los derechos frente a nuevas agresiones. Se trata de dos garantías procesales complementarias, que se ocupan de aspectos diferentes de la libertad: el primero protege principalmente aspectos internos de la libertad -identidad, intimidad- en tanto que el segundo se ocupa de la dimensión física y externa. (Antonio Enrique PÉREZ LUÑO,

de, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a la conservación de los datos personales una vez satisfecho o desaparecido el fin legítimo que justificó su obtención, o a la utilización o difusión de esos datos para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención⁵³.

Precisando aún más su argumentación y con superior alcance, ha afirmado el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, de 30 de noviembre:

“Sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que un persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporte por sí solo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico.

Ahora bien, con la inclusión del vigente art. 18.4 CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía ‘como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona’, peor que es también ‘en sí mismo, un derecho o libertad fundamental’ (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6). [...] De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto”⁵⁴.

En suma, el artículo 18.4 CE consagra tanto una garantía o mecanismo instrumental para la protección de los derechos fundamentales -en especial el honor y la intimidad- como, en sí mismo, un derecho autónomo: “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que, además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos

“Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, *cit.*, pp. 40-41).

⁵³ Cfr. SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 5.

⁵⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4.

de la Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal- pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios”⁵⁵.

1.3.3. Un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales

La situación anterior adopta un nuevo perfil a partir de las SSTC 290/2000 y, sobre todo, 292/2000, de 30 de noviembre, con la aparición en sede constitucional del derecho a la protección de datos personales. He aquí el *nomen iuris* de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido aquilatando a lo largo de los últimos años al hilo del artículo 18 CE, en particular sus números 1 y 4, en relación con otros preceptos constitucionales, entre los que destaca el artículo 10.1 CE, donde se consagra la dignidad de la persona, fundamento de aquél, y la facultad de autodeterminación del individuo o “libre desarrollo de la personalidad” en la terminología constitucional⁵⁶.

El derecho a la protección de datos personales es un supuesto de *norma adscrita de derecho fundamental (zugeordnete Grundrechtsnorm)*; esto es, de una norma no estatuida directamente por el texto constitucional sino adscrita a las normas iusfundamentales directamente estatuidas por la Constitución⁵⁷. Este derecho fundamental ha sido acuñado por el Tribunal Constitucional, con apoyo expreso en el art. 18.4 CE⁵⁸, corroborado por el art. 10.2 CE⁵⁹.

Una comprensión integral del nuevo derecho exigiría ampliar el sustento constitucional sugerido por el Tribunal Constitucional en un triple sentido: con una remisión a los restantes números del art. 18 CE, con la referencia a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE y, sobre todo, con la adición del art. 10.1 CE, donde se proclama el principio de dignidad de la persona y se alude al libre desarrollo de la personalidad. Los argu-

⁵⁵ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5. Cfr. también SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6.

⁵⁶ Cfr. la propia STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; cfr. asimismo el voto particular a la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

⁵⁷ Cfr. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte, Baden-Baden, Nomos, 1985; 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés; revisión de Ruth Zimmerling, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 66-72, en particular p. 70.*

⁵⁸ Cfr. SSTC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7; 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 4-7 y 9-10.

⁵⁹ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8.

mentos aducidos por el fallo mayoritario del Tribunal Constitucional español en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, justificarían esta propuesta de ampliación⁶⁰.

Respecto de la apelación al artículo 18 CE en su integridad, y no únicamente al número 4, la razón esencial es que el derecho a la protección de datos personales no restringe su objeto o esfera de aplicación a los tratamientos automatizados o derivados del uso de la informática, sino que se aplica a todo tipo de tratamiento, automatizado y no automatizado. Ello resulta, además, congruente con lo dispuesto en la vigente legislación española de protección de datos de carácter personal (art. 1 LOPD).

Dos son los argumentos que justifican la referencia a la igualdad y no discriminación prescritas en el art. 14 CE: el aumento notable del riesgo de infracción y lesión de tales derechos mediante un uso inadecuado de los datos de carácter personal; y el carácter de contexto básico para el ejercicio de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad del principio de igualdad.

Respecto de la posición de la dignidad de la persona como fundamento del derecho a la protección de datos personales y de la referencia al libre desarrollo de la personalidad⁶¹, la ampliación de la función, el contenido y el objeto -tanto respecto de los datos como de los derechos protegidos- del derecho a la protección de datos personales en relación con el derecho a la intimidad expresada por el Tribunal Constitucional exige llevar hasta las últimas consecuencias la delimitación del nuevo derecho.

El derecho a la protección de datos personales es, hasta el momento, la culminación de la evolución del tratamiento iusconstitucional de la esfera íntima y privada y los datos de carácter personal. El nuevo derecho

⁶⁰ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 4-8. En rigor nuestra propuesta de ampliación abarcaría todos los derechos fundamentales y no únicamente los mencionados (cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, párr. 2.º; artículo 1 LOPD). En un sentido semejante al aquí propuesto se manifiesta el voto particular formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere don Rafael de Mendizábal Allende, a la STC 290/2000, de 30 de noviembre. Discrepamos, en cambio, del voto particular en cuanto estima que el nuevo derecho fundamental es el "derecho de libertad informática", apartándose de la denominación plasmada en la fundamentación jurídica del fallo mayoritario de la STC 290/2000, de 30 de noviembre, y en la STC 292/2000, de 30 de noviembre: el derecho a la protección de datos personales. En la línea del voto particular cfr. José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, "La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución", La Ley 5230 (2001), pp. 1-5, en concreto p. 5.

⁶¹ Cfr. José Antonio SEOANE, "La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos (Los 'derechos especiales' de las minorías)", Persona y Derecho 38 (1998/1), pp. 187-226, pp. 190-201.

presenta numerosas semejanzas y también relevantes diferencias o particularidades respecto de sus antecesores, el derecho a la intimidad y la libertad informática. El propio Tribunal Constitucional ha apuntado estos extremos, confrontando el derecho a la protección de datos personales con el derecho a la intimidad. De forma similar, es posible extraer de su jurisprudencia los puntos en común y las divergencias entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad informática.

A mi juicio el nuevo derecho a la protección de datos personales es más amplio que la intimidad y que la libertad informática. Presenta, además, unos perfiles más nítidos, habiendo detallado el Tribunal Constitucional las facultades en que consiste ese poder de disposición o control sobre los datos personales: "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"⁶². De forma más pormenorizada y elocuente es descrito este haz de facultades en el fundamento jurídico 7 de la sentencia:

"De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a

⁶² STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”⁶³.

En suma, el derecho a la protección de datos se articula en torno a dos grandes facultades, positivas o de control: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición. O lo que es lo mismo, *in nuce*, el derecho al consentimiento informado, doctrina aplicada en esta ocasión a la protección de los datos de carácter personal.

1.4. Recapitulación

La tutela iusfundamental de la intimidad y de los datos de carácter personal en el ámbito sanitario puede garantizarse a través de tres mecanismos: el derecho a la intimidad, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. Cada uno de ellos es deudor de su origen histórico y de su filiación legislativa. Esto es particularmente evidente en el caso de los dos más recientes, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales, en la medida en que este último parece reemplazar y mejorar a aquella, superponiéndose del mismo modo que la LOPD lo ha hecho con su antecesora, la LORTAD. No cabe hablar, a diferencia de las normas legislativas, de derogación de la libertad informática, pues subsiste, aunque sí es presumible cierta *desuetudo* o una reducción de su radio de acción -restringido al ámbito informático, que también es abarcado por el derecho a la protección de datos personales, si bien éste no se limita únicamente a aquél-. El veterano derecho a la intimidad también resulta afectado por el nuevo derecho a la protección de datos personales, si bien conserva su vigencia y operatividad a pesar de las novedosas incorporaciones. En consecuencia, propongo reconducir a dos los derechos fundamentales que protegen la información sanitaria en el Derecho español: el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales⁶⁴.

⁶³ Ibid., FJ 7. Cfr. también STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

⁶⁴ Las razones a favor de esta postura están expuestas con mayor detalle en José Antonio SEOANE, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los

En la protección jurídica de los datos de salud existe un predominio de la dimensión positiva o de control. El énfasis se ha ido trasladando desde la facultad negativa de rechazo de injerencias, con el correspondiente deber de abstención de terceros, identificativa del derecho a la intimidad, al poder de disposición o control sobre los propios datos; de un sujeto paciente a un sujeto agente. La STC 254/1993, de 20 de julio, y la libertad informática han subrayado la importancia de esta dimensión de control, pero no tanto *per se*, a partir del derecho en sí, como frente a las nuevas modalidades de riesgo derivadas de las nuevas tecnologías y la informática. Tras las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, con la incorporación del derecho a la protección de datos personales a los mecanismos de tutela ya existentes, puede afirmarse la preeminencia del consentimiento informado -facultad de consentir y facultad de saber- en materia de datos de salud.

El titular del derecho asume la gestión y el control de sus datos de salud. Por ello, frente al derecho a la intimidad, 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 fundamental y, recíprocamente, en las obligaciones de los terceros. Surgen, entonces, derechos y deberes de dos 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, acceso, 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; esto es, el respeto del *agere licere* en que consiste el derecho. Tal naturaleza *erga omnes* del derecho y del deber negativo de abstención está también presente en el derecho a la intimidad.

2. En cambio, el derecho a la protección de datos personales añade una característica ausente en el derecho a la intimidad, en forma de específicos deberes positivos y no meramente de omisión: algunos terceros (por ejemplo, el responsable del fichero o el encargado del tratamiento de los datos de salud)⁶⁵ tienen específicas obligaciones activas frente al titular, referidas a la calidad de los datos: su veracidad, actualidad, pertinencia, exactitud,

datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)”, Revista de Derecho y Genoma Humano 16 (2002), pp. 71-105.

⁶⁵ Cfr., entre otros, arts. 3 d), 3 g), 9 y 10 LOPD. También el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio (por ejemplo, arts. 5 y 6), y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio (passim).

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 incumplimiento de tales obligaciones lesiona el derecho a la protección de datos personales, pues priva a su titular de algunas de las facultades que implica el derecho, reconducibles al control sobre sus propios datos. Ya no basta el deber de confidencialidad y la abstención de intromisión; existen además deberes positivos adicionales⁶⁶.

El derecho a la protección de datos personales rebasa, pues, los límites del derecho a la intimidad. El objeto de protección de éste es un ámbito reservado de la vida de los individuos, una intimidad y una privacidad que siguen siendo protegidas mediante el derecho a la protección de datos personales. Pero el ámbito de protección de este último se amplía, pues el control sobre las informaciones y datos sanitarios se despliega no sólo respecto de ese ámbito reservado sino que cobra mayor importancia en el ámbito público, donde la mayor fragilidad de la protección exige un mecanismo de control más intenso y unas facultades más amplias. El derecho de protección de datos personales no atiende tanto a la esfera en la que se ubican o a la que pertenecen los datos o las informaciones del individuo, cuanto a que éstos sirvan para identificarlo; es decir, que sean datos de carácter personal. Todos los datos personales, íntimos, privados y -he aquí la novedad- públicos, merecen la protección jurídica y sobre ellos ejerce el titular su poder de disposición o control. Más allá de cuál sea la esfera -íntima o no- afectada, lo decisivo pasa a ser la posibilidad de utilización de los datos y la finalidad para la cual se recaba su tratamiento⁶⁷.

Las repercusiones del derecho a la protección de datos personales en la tutela jurídica de la información sanitaria son relevantes. Sólo puede ejercerse y protegerse adecuadamente este derecho si el individuo puede ejercer cierto dominio sobre su propia conducta, puede autodeterminarse: “el individuo tiene que tener la posibilidad de influir sobre su ambiente social, decidiendo él mismo dónde, cuándo, cómo y en qué contexto quiere

presentarse a su ambiente social”⁶⁸. El derecho garantiza, pues, las condiciones mínimas interiores -individuales- y exteriores -sociales- para que cada individuo decida, por sí mismo, en qué condiciones procede revelar situaciones referentes a la propia vida⁶⁹. Nuestra facultad de tomar decisiones libres y responsables, nuestra libertad de decisión depende de una adecuada garantía o protección de nuestros datos de carácter personal. Así, el derecho a la protección de datos personales no es sino concreción y condición de posibilidad del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que en este caso se presenta como la facultad general de disposición sobre sus datos personales, en particular sobre los datos de salud.

Desde él se garantiza y protege “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”⁷⁰. Por tanto, junto a la protección frente a intromisiones ilegítimas -presente ya en el derecho a la intimidad- se incluye un haz de facultades que asegura el control sobre la propia información y el uso que los terceros puedan hacer de ella.

En suma, la protección jurídica dispensada por el derecho a la protección de datos personales, como complemento del derecho a la intimidad, 1) extiende su protección no sólo a las esferas íntima y privada sino también a la esfera o espacio público; 2) amplía asimismo el ámbito iusfundamental tutelado: además del derecho a la intimidad personal y familiar ampara el libre desarrollo de la personalidad -y la configuración de la identidad-, la igualdad y la no discriminación, junto con los restantes derechos fundamentales; 3) consolida la facultad de control y disposición sobre los propios datos de salud; 4) impone específicos deberes de acción y deberes de diligencia a determinados terceros.

Ambos derechos, más allá de su carácter autónomo en tanto mecanismos iusfundamentales, desempeñan una tarea instrumental en aras del libre desarrollo de la persona. La garantía de nuestra intimidad y el control sobre nuestra información sanitaria resultan indispensables para la configuración de la identidad y la personalidad. De una

⁶⁶ En este sentido Fermín MORALES PRATS, “Confidencialidad, intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva jurídico-penal”, en AA.VV., Jornadas sobre derechos de los pacientes, Madrid, INSALUD, 1992, p. 158.

⁶⁷ Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983 (BVerfGE 65, 1), que acuña el derecho a la autodeterminación informativa (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), análogo a nuestro derecho a la protección de datos personales. Se cita por la traducción de Manuel Daranas, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional 33 (1984), pp. 126-170, en concreto p. 154.

⁶⁸ Erhard DENNINGER, “El derecho a la autodeterminación informativa”, traducción de Antonio Enrique Pérez Luño, en Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (ed.), Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 268-276, p. 272.

⁶⁹ Cfr. en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983, p. 152.

⁷⁰ Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “El derecho a la intimidad”, en AA. VV., Honor, intimidad y propia imagen, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 11-61, p. 56.

parte, evitan la discriminación y garantizan la igualdad (art. 14 CE), que constituye el contexto básico para el ejercicio de nuestra facultad de autodeterminación; de otra, posibilitan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). El *habeas data* actúa, en suma, como instrumento de protección y desarrollo de la persona y sus derechos⁷¹.

Corolario de lo anterior es la adopción de un enfoque relacional y una comprensión sistemática de los derechos fundamentales. No se trata de facultades del individuo aislado sino de derechos de coexistencia⁷²; instrumentos dinámicos de actualización de la dignidad y desarrollo de la personalidad de los individuos⁷³, y no meros instrumentos de defensa frente a las invasiones ilegítimas. Así se propicia, además, una visión iusfundamental armonizadora y no conflictivista⁷⁴, que evita el aislamiento del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de datos personales y su confrontación con los restantes derechos, refuerza la garantía jurídica de la esfera privada y de los datos personales en el contexto sanitario, y proporciona una justificación y una explicación del paulatino ensanchamiento y robustecimiento de la tutela iusfundamental en este ámbito.

2. UN EJEMPLO DE LA PERSPECTIVA DOMINICAL DE LA HISTORIA CLÍNICA: LA LEY GALLEGA 3/2001, DE 28 DE MAYO

Si el lector e intérprete de la Ley gallega pone en relación la declaración de principios de su Preámbulo con el texto articulado se sorprenderá de la descoordinación

⁷¹ *La proyección del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre la información sanitaria hace aconsejable reforzar la referencia a la Constitución con una remisión semejante al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997. El derecho a la vida privada y el derecho a la información (art. 10); la regla general del consentimiento informado (art. 5 ss.), enmarcados todos ellos en la protección de la dignidad e identidad, y la garantía, en condiciones de igualdad, de la integridad y los restantes derechos y libertades fundamentales (art. 1), contribuyen y justifican la tutela iusfundamental en materia de datos de salud.*

⁷² Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 326.

⁷³ Cfr. José Antonio SEOANE, “La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos (Los ‘derechos especiales’ de las minorías)”, cit., pp. 190 ss., en particular pp. 201 y 225-226. Cfr. asimismo B. R. RUIZ, “The Right to Privacy: A Discourse-Theoretical Approach”, *Ratio Juris* 11/2 (1998), pp. 155-167, quien enfatiza la dimensión instrumental de la protección de la privacy, esto es, orientar y justificar la protección de un ámbito reservado en razón de la finalidad de autodeterminación o libre desarrollo personal.

⁷⁴ Cfr. Juan CIANCARDI, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, passim; Pedro SERNA, Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, passim.

entre ambos, singularmente con el Título III de la Ley, rubricado *De la historia clínica*, que no ratifica, e incluso contradice, lo anticipado en el Preámbulo. Con la finalidad de facilitar la tarea de interpretación y de conocer el significado de dicha regulación examinaré la coherencia interna y sistemática de la norma tanto a la luz de la propia Ley gallega como desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-sanitario y el ordenamiento iusfundamental.

2.1. Preámbulo

El Preámbulo de la Ley manifiesta una vocación de cambio en la concepción de la relación clínica, sugiriendo el abandono de posturas paternalistas y la adopción del principio de autonomía, esto es, del protagonismo del paciente y sus derechos como paradigmas del nuevo modelo de relación:

“El cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y regida por el principio de beneficiencia, para alcanzar una nueva situación, acorde con los tiempos, en la que el paciente y sus derechos se configuren como los protagonistas”. (Párrafo primero).

Refiriéndose en concreto a la información, se señala en el cuarto párrafo⁷⁵:

“La información al paciente viene a constituir el eje fundamental en el que articular un verdadero consentimiento. El consentimiento informado sería el último eslabón de ese derecho a la información de los usuarios, prestar el consentimiento después de obtener la información precisa y suficiente. El titular del derecho a la información es el propio paciente, único legitimado, en principio, para consentir”.

Tras recordar el carácter de prestación sanitaria de la historia clínica en el párrafo noveno (*ex* Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud), y la obligación de su existencia, recogida en numerosas normativas sectoriales, en el párrafo décimo, se afirma a continuación que la historia clínica

“viene a configurarse como un conjunto de documentos de carácter jurídico-asistencial que posibilita el derecho de los ciudadanos a la disponibilidad de la información contenida en las historias clínicas y su adecuada utilización en su asistencia sanitaria”. (Párrafo 11).

⁷⁵ Cfr. asimismo párrafos 5 y 6 del Preámbulo.

En este aspecto es objetivo de la Ley,

“en el marco de los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a la protección de la salud (art. 43), y garantizan el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), [...] el establecimiento de los criterios mínimos que faciliten la armonización de los diversos formatos...”. (Párrafo 13).

Para ello se regulan diversos aspectos relativos a la historia clínica -soportes documentales, contenido y requisitos mínimos, propiedad, custodia y acceso, etc.-,

“asegurando que, con el obligado respeto a las exigencias de confidencialidad y secreto, y sin menoscabo de las mismas, se garantice el derecho del paciente a la información contenida en las historias clínicas y su uso por el personal sanitario o para unos fines específicos que, siempre con las debidas cautelas, justifican el acceso por parte del personal autorizado”. (Párrafo 14).

2.2. El Título III. *De la historia clínica*

Los artículos 13 a 21 configuran el Título III de la Ley, titulado *De la historia clínica*. En rigor, los preceptos referidos a la historia clínica en particular son los artículos 13 a 20.

El artículo 21, relativo al régimen sancionador, parece aludir no sólo a lo prescrito en el Título III, sino también a los restantes Títulos de la Ley. Esta conclusión puede extraerse tanto de su tenor literal, que alude al texto íntegro de la Ley y no sólo al Título III en el que se ubica⁷⁶, como de una interpretación sistemática de la norma, ya que la aplicación del régimen sancionador únicamente a lo relativo a la historia clínica (Título III) significaría dejar sin regulación en este ámbito el otro gran tema tratado en la Ley, el consentimiento informado (Título II).

Teniendo en cuenta lo afirmado, hubiese sido preferible, entre otras por razones de técnica legislativa, de coherencia sistemática y de interpretación, haber incorporado un Título IV a la Ley bajo el título *Del régimen sancionador* -o algo semejante-, compuesto por el artículo 21, en lugar de mantener la ubicación actual como último artículo del Título III.

⁷⁶ Art. 21: “Sin perjuicio de [...], será de aplicación a las infracciones a lo dispuesto en la presente normativa el régimen sancionador [...]”. En otro orden de consideraciones, convendría sustituir la preposición “a” en la locución “a lo dispuesto” del tenor literal del artículo 21 por la preposición “de”. El texto del artículo 21 sugerido sería el siguiente: “Sin perjuicio de las exigencias [...], será de aplicación a las infracciones de lo dispuesto en la presente normativa [...]”. (La modificación sugerida aparece en letra cursiva).

2.2.1. Concepto de historia clínica

Artículo 13. *Definición*.

La historia clínica es el conjunto de documentos en los que se contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier tipo sobre la situación y evolución clínica de los pacientes a lo largo de su proceso asistencial.

La Ley ha optado por una definición descriptiva que no incluye referencia alguna a la finalidad de la historia clínica. No es una definición exhaustiva o *in extenso*, aunque lo descrito en este precepto puede y ha de completarse con los artículos siguientes del propio Título III, donde se examinan otros aspectos susceptibles de precisar el significado de la historia clínica.

Artículo 14. *Soporte*.

En la historia clínica podrán ser usados cualquiera de los soportes documentales adecuados para su utilización, siempre y cuando garanticen su autenticidad, integridad, seguridad y conservación.

En todo caso, el uso de dichos soportes se atenderá a lo dispuesto en la normativa sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁷⁷.

Lo más relevante, y criticable, del precepto es la alusión del segundo párrafo del art. 14 a “lo dispuesto en la normativa sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. A mi entender lo correcto hubiese sido suprimir el adjetivo “automatizado” del texto del artículo. Al menos dos son las razones para ello.

La primera es una razón intrasistemática, relativa a la estructura interna de la propia Ley gallega. El párrafo primero del art. 14 establece la posibilidad de usar todo tipo de soporte documental –adecuado- para la historia clínica; esto es, automatizado o no automatizado. En cambio, el párrafo segundo remite a la normativa sobre el tratamiento *automatizado* de datos de carácter personal para regular el uso de tales soportes. Existe, pues, una falta de coherencia entre ambos preceptos. Además, la existencia de soportes no automatizados o informatizados puede inferirse de la Disposición adicional tercera de la Ley: “El Servicio Gallego de Salud adoptará las medidas tendentes a la informatización progresiva de las historias clínicas, garantizando la integración de la información

⁷⁷ Se advierte un error gramatical en el primer párrafo, donde la locución verbal, empleada en plural (“podrán ser usados”), no concuerda en número con el sujeto, en singular (“cualquiera de los soportes documentales”). El párrafo debería decir: “En la historia clínica podrá ser usado cualquiera de los soportes documentales...”. (Se señala en letra cursiva la modificación sugerida).

relativa a cada paciente con independencia del soporte en que se encuentre”.

Una segunda razón, de mayor relieve, toma en consideración el sistema jurídico español en su totalidad, en particular el estatuto jurídico⁷⁸ de los datos de carácter personal en nuestro Derecho. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), en sustitución de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), la protección jurídica de los datos personales se dispensa no sólo respecto del tratamiento automatizado sino de todo tipo de tratamiento (cfr. art. 1 LOPD)⁷⁹. Hubiese sido preferible referirse al tratamiento de los datos en general, no haciendo distinciones innecesarias de acuerdo con la normativa de referencia vigente en la materia. Y en el caso de querer matizar que la regulación contenida en la Ley gallega se aplica a ambos tipos de tratamiento, automatizado y no automatizado, no establecer regímenes distintos para cada tipo de tratamiento, contrarios a la LOPD.

Artículo 15. *Ámbito territorial.*

La historia clínica deberá ser única por paciente, al menos en cada complejo hospitalario, hospital o centro sanitario.

Dicha historia clínica acumulará toda la información clínica generada en cada episodio asistencial e integrará los diferentes episodios del paciente.

Se establece aquí la necesidad y obligación de que la historia clínica sea única para cada paciente (ya presente en el artículo 61 LGS). Llama la atención haber optado por *Ámbito territorial* como título para el artículo, pues el contenido del mismo alude al carácter único de la historia clínica y, en consecuencia, a su condición de depositaria de toda la información clínica del paciente.

Artículo 16. *Contenido.*

La historia clínica contendrá información suficiente para identificar al paciente y documentar su proceso de atención sanitaria. A tal efecto incluirá, al menos: [...]

Este precepto enumera una serie de elementos que, con carácter de mínimos, debe integrar la historia clínica.

⁷⁸ Al respecto cfr. supra apartado 1.

⁷⁹ Artículo 1. Objeto. La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Se trata tanto de datos identificativos del paciente (agrupados en la letra a) del precepto) y médico responsable (letra b) como de datos propiamente clínicos (letras c y d).

Artículo 17. *Requisitos.*

Las historias clínicas deberán ser claramente legibles, evitándose, en lo posible, la utilización de símbolos y abreviaturas, y estarán normalizadas en cuanto a su estructura lógica, de conformidad con lo que se disponga reglamentariamente.

Cualquier información incorporada a la historia clínica deberá ser fechada y firmada de forma que se identifique claramente al personal que la realice.

La legibilidad es otro de los requisitos exigibles de las historias clínicas, propiciada, entre otros factores, por la ausencia de símbolos y abreviaturas. A ello contribuirá también la estructura lógica normalizada, que será establecida mediante el desarrollo reglamentario de la Ley. La legibilidad e inteligibilidad de la historia clínica -así como su exhaustividad (art. 15 párrafo 2)- exigen que en ella consten con claridad qué personal sanitario ha tomado parte en el proceso de atención sanitaria y respecto de qué intervención, mediante la firma del profesional, y la fecha en la que la intervención ha tenido lugar.

Ambos aspectos son importantes. Conocer quién ha intervenido y cuáles han sido sus intervenciones permite delimitar con nitidez si algún derecho de estos profesionales sanitarios está en cuestión -principalmente su derecho a la protección de datos personales- y cuáles son sus perfiles⁸⁰. Por su parte, la legibilidad e inteligibilidad aluden, si bien genéricamente, a la exigencia de calidad del artículo 4 LOPD: los datos de carácter personal, en todo momento y lugar, han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos, completos, exactos, veraces y actualizados (cfr. art. 4.1, 3 y 4 LOPD). Lo afirmado ha de ser puesto asimismo en relación con la pretensión de una única historia clínica por paciente (art. 15.1 Ley gallega), por cuanto la multiplicidad de historias aumenta la posibilidad de incoherencia e inexactitud de los datos en ellas recogidos y el detrimento de su calidad.

2.2.2. ¿A quién pertenece la historia clínica?

Artículo 18. *Propiedad y custodia.*

1. Las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la Administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario, cuando el médico trabaje por

⁸⁰ Cfr. supra apartado 1 y cfr. infra apartado 3.

cuenta y bajo la dependencia de una institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria.

2. La entidad o facultativo propietario es responsable de la custodia de las historias clínicas y habrá de adoptar todas las medidas precisas para garantizar la confidencialidad de los datos o de la información contenida en las mismas.

Asimismo, toda persona que en el ejercicio de sus funciones o competencias tenga conocimiento de los datos o informaciones contenidas en la historia clínica tendrá la obligación de reserva y sigilo respecto de los mismos.

He aquí uno de los artículos menos afortunados de la Ley. Y ello en especial por su número 1, donde se consagra una noción patrimonialista de la historia clínica como propiedad de la Administración sanitaria que contradice los propósitos anticipados en el Preámbulo y en otros preceptos del texto articulado -entre ellos el art. 13, donde se define la historia clínica-. Pueden apuntarse las siguientes críticas a esta regulación:

1. *Creciente paternalismo en la regulación de la historia clínica*, patente en la contradicción entre el Preámbulo y el texto articulado. El artículo 18 incurre en un paternalismo contradictorio con lo proclamado en el Preámbulo (cfr. párrafos 1, 4, 5 y 6; también 9 y 11), donde se aboga por abandonar el paternalismo rector de la relación sanitaria en beneficio de una nueva situación en la que “el paciente y sus derechos se configuren como protagonistas” (párrafo primero). Tras la lectura del artículo 18.1 de la Ley gallega hay que concebir al paciente como actor secundario en la relación clínica.

2. *Noción patrimonialista o dominical de la historia clínica*. La historia clínica parece configurada no tanto como un “conjunto de documentos” que da fe de la situación sanitaria de una persona y facilita su asistencia sanitaria y el cumplimiento de otras finalidades cuanto como un objeto de disputa o apropiación dominical.

3. *Concepción patrimonialista de la privacidad y de los derechos*. La noción patrimonialista o dominical de la historia clínica se extiende a los derechos fundamentales que están en juego. Ello resulta evidente respecto del derecho afectado con mayor frecuencia, la intimidad (art. 18 CE) y el reciente derecho a la protección de datos personales (SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre). En los albores del reconocimiento del derecho a la intimidad o *privacy* en la esfera anglosajona, donde se origina, primaba una noción patrimonialista. Hoy se ha

abandonado tal noción, y la *privacy* se pone en relación con la personalidad y su libre desarrollo -y, más allá, con la dignidad-; con la libre autodeterminación en materia de salud⁸¹. En esto consiste precisamente el consentimiento informado, y los modernos mecanismos de protección de la intimidad y la esfera privada. De ellos debería ocuparse la Ley gallega, prescindiendo de regular las relaciones de dominio sobre la historia clínica.

A mi entender el artículo 18 implica un retroceso en los objetivos perseguidos mediante la Ley gallega. Se proclama retóricamente una cosa (Preámbulo) y se dispone normativamente otra (art. 18.1).

Artículo 19. *Acceso*.

1. El paciente tendrá derecho a la obtención de los informes y resultados de las exploraciones que sobre su estado de salud o enfermedad se incluyan en la historia clínica.

El derecho de acceso conllevará el de obtener copias de los mencionados documentos.

[...]

4. El acceso por otras personas distintas al paciente a la información contenida en la historia clínica habrá de estar justificado por la atención sanitaria a éste. [...]

En todos los casos quedará plenamente garantizado el derecho del paciente a su intimidad personal y familiar, por lo que el personal que acceda a esta información guardará el correspondiente secreto profesional.

Tan sólo mencionaré un aspecto, en la línea sugerida en el comentario al artículo anterior. En el último párrafo transcrito -párrafo quinto del número 4-, al regular el acceso por personas distintas del paciente, que es el titular de los datos de salud presentes en la historia clínica, se habla correctamente de la garantía de su “derecho a la intimidad personal y familiar”. Esto es cierto y necesario, pero incompleto. Más rotundo, actual y preciso es garantizar simultáneamente el mencionado derecho a la protección de datos personales, que faculta a cada individuo al control sobre sus propios datos, entre ellos, con especial protección, los datos de salud. Incluso, y con carácter previo, también la libertad informática, otra manifestación de la facultad de control del individuo sobre sus propios datos (art. 18.4 CE y STC 254/1993, de 20 de julio)⁸².

⁸¹ Cfr. supra apartado 1.3.1.

⁸² Cfr. supra apartados 1.3 y 1.4.

3. UNA PROPUESTA ARMONIZADORA DE ANÁLISIS DE LA HISTORIA CLÍNICA: EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

3.1. La definición de la historia clínica -y consecuentemente de los derechos respecto de ella- a partir de la finalidad

La historia clínica tiene como finalidad principal facilitar la atención o asistencia sanitaria del ciudadano⁸³. Existen otras finalidades (gestión del sistema sanitario, supervisión o inspección del sistema sanitario, investigación clínica, investigación epidemiológica, judiciales, etc.), en principio subordinadas a la finalidad asistencial indicada.

Desde esta perspectiva la historia clínica puede ser concebida como una suerte de biografía sanitaria, o si se prefiere como el relato patobiográfico de un usuario del sistema sanitario. Es un reflejo de la evolución sanitaria y vital del usuario, cuya identidad se plasma y puede ser extraída del conjunto de documentos que reproducen la historia clínica⁸⁴. Como todo relato vital, se trata de un relato pluridimensional y de un relato en común. En consecuencia, no sirve únicamente para identificar al paciente sino que incorpora los caracteres de otros sujetos que son relevantes en la configuración de la identidad clínica de aquél (profesionales sanitarios, familiares, etc.). Asimismo, no se limita a la exposición o descripción de hechos clínicos, y añade también valoraciones, decisiones, juicios clínicos, etc. Comprende, pues, elementos descriptivos y valorativos, referidos tanto al usua-

⁸³ Cfr. GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA, Documento final. Madrid, 26 de noviembre de 1997, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo. Subsecretaría de Sanidad y Consumo, 1998, p. 22.

⁸⁴ Sobre la historia clínica como relato cfr. Pedro LAÍN ENTRALGO, La historia clínica. Historia y teoría del relato patobiográfico, Madrid, Triacastela, 1998. En cuanto a la identidad narrativa en general cfr. Paul RICOEUR, Soi-même comme un autre, Paris, Seuil, 1990. Traducción de Agustín Neira Calvo con la colaboración de María Cristina Alas de Tolivar, Si mismo como otro, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996, quinto y sexto estudios, pp. 106-172; antes en Temps et récit, III. Le temps raconté, Paris, Seuil, 1985, pp. 439 ss., en particular pp. 439-448. Sobre la estructura narrativa de la vida cfr. Alasdair MACINTYRE, After virtue. A study in moral theory, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1981; second edition, London, Duckworth, 1985. Traducción castellana de Amelia Valcárcel, Tras la virtud, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 252-277. Una interesante referencia acerca de la concepción narrativa de la vida en Charles TAYLOR, Sources of the self. The making of the modern identity, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1989. Traducción de Ana Lizón; revisión técnica de Ramón Alfonso Díez, Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna, Barcelona, Paidós, 1996, en particular pp. 64 ss. Una visión panorámica de la cuestión para la Bioética en Diego GRACIA, "Aportaciones a la medicina y a la bioética de la ética narrativa y hermenéutica", en ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA FUNDAMENTAL Y CLÍNICA, La Bioética, diálogo verdadero, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2002, pp. 175-202.

rio como a otras personas implicadas en la relación sanitaria.

A mi juicio lo decisivo es cómo la historia clínica puede satisfacer sus finalidades, en particular la de asistencia sanitaria, y cómo quedan garantizados los derechos fundamentales implicados, singularmente el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales del paciente o usuario y, en su caso, de los profesionales sanitarios y de otros terceros. En este sentido conviene no perder de vista el carácter y el valor instrumentales de la historia clínica: es un medio -el más idóneo- para el logro de un fin⁸⁵. Lo relevante no es el documento o conjunto de documentos sino lo que documenta. La perspectiva iusfundamental pone el énfasis en el contenido (decisiones y actos sanitarios que explican el devenir de la relación clínica) y no tanto en la forma o el soporte que documenta cada biografía sanitaria (el conjunto de documentos en los que consta: la historia clínica).

Debatir la propiedad de la historia clínica conduce a desenfocar el problema. En su lugar parece más adecuado cuestionarse qué derechos están en juego y cómo puede armonizarse su ejercicio; cuáles son y cuáles han de ser las condiciones reguladoras del uso, el acceso, la custodia, la conservación, etc. de la historia clínica. El conjunto de documentos que contiene el devenir clínico de una persona sólo puede ser denominado "historia clínica" en un cierto sentido, analógico o derivado. La historia clínica propiamente dicha es precisamente ese devenir clínico, la biografía sanitaria de un usuario; esto es, el haz de relaciones, hechos, valoraciones, juicios, etc. referidos a los distintos sujetos de la dicha relación. El medio de reproducción de esta historia son los documentos, pero éstos no son la historia clínica sino que se limitan a *contenerla o reproducirla*; son el instrumento o soporte de la auténtica historia clínica⁸⁶.

Asimismo, cabe aducir que, frente al carácter privativo y excluyente del enfoque dominical, la perspectiva iusfundamental aquí sostenida propone un acercamiento incluyente y abierto, tomando en consideración la implicación de varios sujetos en la relación sanitaria y sus derechos. En última instancia, la perspectiva teleológica que permite definir la historia clínica es, al mismo tiem-

⁸⁵ Cfr. al respecto la SAP Cantabria de 8 de junio de 2001.

⁸⁶ La locución "historia clínica" no es unívoca sino análoga -en el sentido de analogía de atribución o proporción-; distingue entre un sentido propio o central (simpliciter) y sentidos analógicos o derivados (secundum quid) de los términos o nombres que designan las cosas o la realidad. Cfr. al respecto ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco VIII 4, 1157a 30-33; Ética eudemia VII 2, 1236a 16-30; Política III 1, 1275a 33-1276b 4; TOMÁS DE AQUINO, De veritate q. 2 a. 11 c; Summa Theologiae II-II q. 57 a.1 ad. 1.

po, el criterio para delimitar el alcance de los derechos y deberes en cuestión, a la luz de las orientaciones hermenéuticas contemporáneas de la intimidad o la *privacy*, ejemplo a su vez del abandono del modelo propietario en favor de un modelo personal, de desarrollo de la personalidad a través de los derechos fundamentales.

3.2. El significado del lenguaje de los derechos y sus repercusiones en el tratamiento jurídico y bioético de la historia clínica

1. *El lenguaje de los derechos: titularidad en lugar de propiedad.* No parece adecuado aludir a la historia clínica en términos de dominio o propiedad; la historia clínica no debe ser objeto de disputas dominicales. Es preferible hablar de titularidad en lugar de propiedad; aquélla evoca el lenguaje de los derechos, en tanto que ésta recuerda el sesgo patrimonialista de las primeras manifestaciones del derecho a la *privacy* y una relación de dominio entre el propietario y la cosa -la historia clínica-.

2. *El rescate del protagonismo del paciente y de los derechos.* La discusión sobre la propiedad de la historia clínica se ocupa sobre todo de uno de los sujetos de la relación clínica: la Administración, institución o centros sanitarios. En cambio, el debate acerca de la titularidad de los derechos incorpora al eje subjetivo también al paciente; y no sólo a él, sino a todo aquél que sea titular de un derecho en relación con la historia clínica, entre ellos, los profesionales sanitarios o la propia Administración sanitaria.

3. *El compromiso institucional de defensa de los derechos.* El lenguaje de los derechos -de la titularidad- no se centra únicamente en la persona del paciente, sino que abarca a todos los titulares de derechos en relación con la historia clínica. Además, significa un compromiso de las instituciones en la garantía de los derechos de las partes implicadas. Así ha de ser en atención a la doble dimensión de los derechos fundamentales: a) subjetiva, en tanto que derechos individuales que garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia de la persona; y b) objetiva o institucional, en tanto elementos estructurales del orden jurídico y fundamento de la comunidad política, así como criterios orientadores de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los valores y fines constitucionales⁸⁷.

4. *Un modelo flexible, abierto, incluyente e integrador de relación clínica.* A la luz de lo anterior se propone rechazar la concepción patrimonial o dominical de la

historia clínica, de carácter rígido, cerrado, exclusivista y excluyente, y reemplazarla por la perspectiva iusfundamental, que es una orientación flexible, abierta, inclusiva e integradora de los distintos actores de la relación clínica, y en la que los derechos recobran su protagonismo. La perspectiva del lenguaje de los derechos permite conciliar a todas las partes implicadas -paciente o usuario, y familiares o terceros allegados; profesional(es) sanitario(s); institución sanitaria; sociedad en general- y ofrecer una perspectiva satisfactoria para todas ellas conforme con el modelo jurídico-político de nuestra sociedad. Permite, asimismo, dar cuenta y hacerse cargo jurídicamente de la heterogeneidad de datos y componentes presentes en la historia clínica, armonizando los intereses, derechos y deberes en cuestión⁸⁸.

5. *Aparición de un nuevo paradigma en relación con la información y documentación clínicas: la confidencialidad como derecho y no como privilegio.* En este nuevo paradigma la vía iusfundamental tradicional para la protección de la confidencialidad de los datos de salud, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), de dimensión eminentemente negativa o de rechazo de injerencias, se complementa con una dimensión positiva o de control de la información y los datos de salud, amparada, entre otros, por la libertad informática (art. 18.4 CE y, por todas, STC 254/1993, de 20 de julio) y, sobre todo, por el derecho a la protección de datos personales (SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre).

La confidencialidad es un deber *erga omnes* que surge como corolario de los derechos fundamentales indicados. No es, pues, una concesión de terceros -profesional sanitario, Administración sanitaria, etc.-, sino un derecho resultante del reconocimiento de nuestra facultad de autodeterminación informativa en materia de salud⁸⁹.

3.2.1. El punto de vista del paciente o usuario

1. *El derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa del paciente o usuario.* Numerosos datos de carácter personal del paciente o usuario del sistema de salud están presentes en la historia

⁸⁸ Han puesto acertadamente de manifiesto el rasgo de la heterogeneidad Carlos María ROMEO CASABONA y María CASTELLANO ARROYO, "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica", cit., pp. 14-15.

⁸⁹ Cfr. José Antonio SEOANE, Alejandro ARTETXE, "De la intimidad como privilegio a la intimidad como derecho: el derecho a la protección de datos personales en materia de salud", en ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA FUNDAMENTAL Y CLÍNICA, La Bioética, diálogo verdadero, cit., pp. 355-370, pp. 358-366. Más en detalle José Antonio SEOANE, "De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos...", cit., pp. 73-105.

⁸⁷ Cfr. por todas STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

clínica, que documenta su proceso asistencial. Sobre tales datos de carácter personal el usuario tiene diversos derechos, singularmente el derecho a la protección de datos personales, o si se prefiere, en expresión más gráfica, el derecho a la autodeterminación informativa. Este derecho, que implica un poder de control sobre los datos personales, se configura como un derecho autónomo y, al mismo tiempo, como un derecho instrumental de los restantes derechos fundamentales de la persona.

2. *El paciente o usuario como titular del derecho a la información sanitaria.* Al margen de la regulación constitucional, resulta relevante para esta cuestión lo prescrito en el artículo 10 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, así como el reconocimiento al paciente de la titularidad del derecho a la información asistencial en el artículo 3.1 del texto articulado de la Ley catalana, el art. 9.1 de la Ley aragonesa, el art. 3.1 de la Ley foral navarra y el art. 5.1 del Proyecto de Ley estatal; en idéntico sentido se manifiesta el párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley gallega.

3. *El paciente o usuario como (co)titular de la historia clínica.* En la medida en que la historia clínica documenta y contiene datos de carácter personal relativos a la salud del paciente, cabe afirmar que éste es titular de (derechos en relación con) la historia clínica; al menos de aquellos datos de carácter personal que le conciernen, sobre los que dispone de una facultad de control, en virtud de su derecho a la protección de datos personales.

Negarle al paciente la titularidad de su derecho sobre tales datos de salud incorporados a la historia clínica equivale a negarle un derecho fundamental de nuevo cuño, pero de fundamento ya antiguo: el derecho a la protección de datos personales -o incluso con carácter previo la libertad informática-. Implica, además, no tomar en serio su condición de titular del derecho a la información sanitaria, reconocido, de una manera u otra, en las distintas normativas analizadas.

4. *Los límites a los derechos del paciente.* Todo derecho fundamental implica deberes y limitaciones. No hay derechos sin límites, y el derecho a la protección de datos personales no es una excepción. Atender a la finalidad del derecho fundamental mencionado y de la propia historia clínica es la vía idónea para ponderar su contenido y alcance, cuestión que ha de delimitarse mediante el juicio de proporcionalidad⁹⁰.

⁹⁰ He desarrollado este punto en relación con un tipo específico de datos de salud, los datos genéticos, en "De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las

5. *La finalidad de la historia clínica como criterio de delimitación de los derechos.* La finalidad principal de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria del ciudadano. Dicha finalidad, y en su caso cualquier otra finalidad legítima, explica y justifica la coexistencia de derechos y deberes del usuario y de terceros así como los límites para el ejercicio de tales derechos. Al mismo tiempo, sirve para proteger otros derechos fundamentales del usuario del sistema sanitario, constitucionalmente garantizados: igualdad y no discriminación (art. 14 CE), protección de la salud (art. 43 CE), integridad física (art. 15 CE), etc.

3.2.2. El punto de vista del profesional sanitario

1. *Una nueva dimensión iusfundamental para el profesional sanitario: de la propiedad intelectual al derecho a la protección de datos personales.* Los argumentos más numerosos en defensa del médico como propietario de la historia clínica se sustentan en la propiedad intelectual sobre ella o, con mayor precisión, sobre parte de ella. Sin negar la parte de verdad de este argumento (que en todo caso exige sostener una perspectiva bidimensional del derecho de propiedad intelectual, moral y patrimonial, y admitir la primacía de la primera so pena de incurrir en una -moral y jurídicamente discutible- mercantilización de la historia clínica)⁹¹, nuestra perspectiva iusfundamental es otra: se trata de reconocer la autodeterminación informativa y el derecho a la protección de datos personales.

2. *El derecho a la protección de datos personales del profesional sanitario.* Afirmar que el paciente es el titular de (derechos en relación con) la historia clínica es impreciso e insuficiente: no responde a toda la realidad. La historia clínica contiene no sólo datos o informaciones referidas al paciente, sino también otros muchos, entre ellos diagnósticos o juicios clínicos que sirven para identificar al profesional sanitario implicado en el tratamiento del paciente. En tanto esos datos permiten elaborar un perfil y configurar la identidad de la persona a quien pertenecen (el profesional sanitario), cabe afirmar que el profesional sanitario tiene o ha de tener un poder de control sobre ellos; no otra cosa es el derecho a la protección de datos personales.

Esta tesis, conducente a la cotitularidad de la historia clínica, será difícilmente sostenible de modo global. Sí creo que resulta válida, por ejemplo, para algunas

SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)", Revista de Derecho y Genoma Humano 17 (2002), en prensa, apartado II.3.2.5.

⁹¹ Sobre la tesis de la propiedad intelectual del profesional sanitario cfr. supra nota 5 y bibliografía allí indicada.

historias clínicas, o partes de historias clínicas (por ejemplo, las historias clínicas psiquiátricas)⁹², pero no necesariamente para otras (por ejemplo, historias clínicas reducidas a exámenes traumatológicos), en las que tal perfil personal del profesional sanitario está ausente⁹³.

3. *El profesional sanitario como (co)titular de la historia clínica.* En consecuencia, el profesional sanitario dispone, al igual que el paciente y que cualquier otro ciudadano, del derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa sobre aquellos datos relativos a su persona que hagan posible su identificación. En tal sentido, es titular de (derechos en relación con) la historia clínica, respecto de aquellos extremos que conciernan a su derecho, a su identidad y personalidad.

3.2.3. El punto de vista de la Administración sanitaria

1. *El deber de conservación o custodia de la historia clínica no equivale a la propiedad, ni tampoco a la titularidad de derechos.* El argumento de la propiedad del centro sanitario, o del médico privado en el caso de profesionales sanitarios al margen de la sanidad pública, confunde los términos del debate. Una cosa es la obligación de conservación y custodia de la historia clínica, que subsiste y corresponde a la Administración sanitaria, a la entidad titular del centro sanitario o al médico (art. 18.2 Ley gallega), y otra muy distinta la propiedad y la titularidad -incluso dominical- sobre los datos en ellas presentes (art. 18.1 Ley gallega).

El deber de custodia y conservación de la Administración sanitaria es compatible con el reconocimiento de la titularidad del paciente sobre sus datos y la informa-

ción asistencial -parte de los cuales forman parte de la historia clínica-, asentada en su derecho fundamental a la protección de datos personales. La titularidad de los derechos no se transfiere, sino que lo único que surge es un deber reforzado de custodia del depositario de esos datos, contenidos en la historia clínica, en este caso la Administración sanitaria, la entidad titular del centro sanitario o el médico.

Los datos "son" del paciente o usuario, y no del documento que los contiene. Ha de cambiarse la perspectiva de análisis y el lenguaje, adecuándolos a un nuevo paradigma: la confidencialidad como derecho. En consecuencia, optar por la titularidad de derechos -con los límites pertinentes para su ejercicio-, que sitúa el énfasis en el contenido (narración patobiográfica y configuración de la personalidad del usuario), en lugar de la propiedad de la historia clínica, que sitúa el énfasis en el soporte o la forma: el conjunto de documentos (art. 13 Ley gallega). O lo que es lo mismo, lenguaje iusfundamental en lugar del lenguaje patrimonialista.

2. *El derecho de acceso del paciente o usuario tampoco equivale a la titularidad.* Como contrapartida ha de afirmarse que el derecho de acceso del paciente o usuario no equivale tampoco a la titularidad de la historia clínica. No cabe identificar ni derivar la titularidad de un omnímodo derecho de acceso.

No definiendo, por consiguiente, un *agere licere* ilimitado del paciente en la esfera sanitaria. Sí, en cambio, que el derecho de acceso del paciente o usuario no es un reconocimiento o concesión de la Administración sanitaria sino el corolario del derecho fundamental a la protección de datos personales: sin la posibilidad del acceso no es concebible el control sobre los propios datos, núcleo del mencionado derecho⁹⁴. Además, la perspectiva iusfundamental, teleológicamente orientada, resulta la más adecuada para delimitar los derechos y deberes del paciente y de las demás partes implicadas en relación con la historia clínica.

3. *Los beneficios institucionales del lenguaje de los derechos.* Más allá de la relación clínica específica, la perspectiva iusfundamental de análisis de la historia clínica y de la información sanitaria en su conjunto, irra-

⁹² Cfr. Paul S. APPELBAUM, THOMAS G. GUTHEIL, *Clinical Handbook of Psychiatry and the Law*, Baltimore, Williams & Williams, 2nd edition, 1991, pp. 1-34, 166-167; David I. JOSEPH, Joseph ONEK, "Confidentiality in Psychiatry", en Sidney BLOCH, Paul CHODOFF, Stephen A. GREEN (eds.), *Psychiatric Ethics*, New York, Oxford University Press, 3rd edition, 1999. Traducción de Silvano de las Heras y Blanca Morera; revisión de Fernando Santander, Juan Medrano y José Lázaro, "La confidencialidad en psiquiatría", en Sidney BLOCH, Paul CHODOFF, Stephen A. GREEN (eds.), *La ética en psiquiatría*, Madrid, Triacastela, 2001, pp. 111-142, pp. 117-122; Jesús SÁNCHEZ-CARO, Javier SÁNCHEZ-CARO, *El médico y la intimidad*, cit., pp. 132-133.

⁹³ Un ejemplo de la variabilidad de criterios y de la implantación del lenguaje dominical frente al lenguaje de los derechos es la SAP Alicante (Sección 7.ª) de 6 de julio de 2001, que llega a una conclusión similar, distinguiendo datos objetivos y datos subjetivos ("datos personales y propios de estudios, hipótesis, impresiones plasmadas en papel, etc.") dentro de la historia clínica. Sin embargo la ratio de la decisión no es semejante a la aquí defendida: los datos objetivos sí deben serle entregados al paciente que los reclama sobre la atención recibida, en cambio los datos subjetivos "no pertenecen al paciente sino al profesional que le atendió". El Tribunal, pese a afirmar que el problema realmente planteado en la litis es el acceso a la historia clínica y no la propiedad de ésta (FJ 1), continúa argumentando con lenguaje dominical, y no extrae todas las consecuencias de sus argumentos, a partir del derecho a la protección de datos personales.

⁹⁴ Sobre el derecho de acceso como mecanismo de control sobre los propios datos de carácter personal, y parte del derecho fundamental a la protección de datos personales, cfr. art. 15 LOPD; arts. 12-14 del RD 1332/1994, de 20 de junio. También en sede constitucional, y refiriéndose con carácter general a las Administraciones públicas, el artículo 105 b) CE alude al derecho de acceso de los ciudadanos "a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

dia también sus efectos al centro sanitario, a la Administración sanitaria, al sistema de salud, y aun a la sociedad en su conjunto. Adoptar como punto de partida el reconocimiento y el respeto de los derechos de las partes presentes en la relación sanitaria (usuario, profesional sanitario, centro sanitario, sociedad), y considerar la confidencialidad, la intimidad o la protección de los datos de salud como derechos y no como privilegios implica, de una parte, la defensa de la justicia y la igualdad en clave institucional, para todo el sistema de salud y para la sociedad en su conjunto, y, de otra, la apuesta por un incremento de la calidad asistencial, en este caso en forma de la defensa de los derechos, libertades y valores constitucionales⁹⁵.

4. CONCLUSIONES, O ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA CULTURA DE LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

El objetivo de estas reflexiones es proponer un nuevo enfoque o perspectiva (el lenguaje de los derechos) en el análisis de los problemas sobre la historia clínica, y procurar el equilibrio entre las oscilantes mareas paternalista y autonomista; esto es, armonizar los roles del usuario del sistema de salud, de los profesionales sanitarios y de la Administración, institución o centro sanitarios, de modo que no se subraye únicamente uno en detrimento de los otros. La propuesta puede ser reconducida a la adopción de los siguientes puntos:

⁹⁵ Cfr. una vez más, por todas, la STC 25/1981, de 14 de julio, en particular FJ 5. Al igual que respecto del paciente o usuario y del profesional sanitario, se podría admitir la existencia de datos de carácter personal del centro sanitario o de la Administración sanitaria incluidos en la historia clínica y, en consecuencia, el reconocimiento de un derecho a la protección de datos personales de las instituciones sanitarias en coexistencia con los derechos semejantes del paciente o usuario y del profesional sanitario. No obstante, en el Derecho español (cfr. arts. 1, 3 a) y 3 e) LOPD), los datos de carácter personal se refieren exclusivamente a las personas físicas, a los individuos, y, en consecuencia, sólo ellas y no las personas jurídicas –entre las que se cuentan las instituciones sanitarias–, pueden ser objeto de la protección derivada de la LOPD y su desarrollo reglamentario en relación con los datos de carácter personal. Otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, como el italiano (cfr. arts. 1.2 c) y 1.2 d) de la Ley 675/1996, de 31 de diciembre, de tutela de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales) sí han extendido la protección de los derechos en relación con los datos de carácter personal a las personas jurídicas y otros entes u organismos distintos de las personas físicas. Por su parte, el mencionado art. 8 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal a “toda persona”, sin más distinción, pareciendo dar acogida tanto a las personas físicas como, en su caso, a las personas jurídicas como titulares del derecho. Paradójicamente, nuestro Código penal sí extiende la tutela penal de la intimidad a las personas jurídicas (cfr. art. 200 CP), paliando en cierta medida la indefensión derivada del régimen de la LOPD. Una reciente crítica del carácter restrictivo de la Ley española en este punto en Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, Anuario de Filosofía del Derecho 18 (2001), pp. 321-361, pp. 339-341.

1. Un nuevo lenguaje y una nueva mentalidad, para la comprensión de la historia clínica en particular y para la Bioética en general: el lenguaje de los derechos.

2. Una perspectiva iusfundamental (titularidad de los derechos fundamentales) en lugar de patrimonialista (propiedad de los documentos).

3. Un modelo de relación sanitaria abierto, incluyente e integrador, basado en la titularidad de los derechos, frente al modelo cerrado, exclusivista y excluyente apoyado en la concepción dominical de la historia clínica.

4. Una perspectiva material y no formal. La propiedad de la historia clínica sitúa el énfasis en el soporte o forma: el conjunto de documentos (art. 13 Ley gallega), en tanto que la titularidad de los derechos atiende sobre todo al contenido: narración patobiográfica y repercusiones en los sujetos de la relación sanitaria.

5. Un modelo de relación en el que el paciente y sus derechos, junto con los profesionales sanitarios y otros implicados, entre ellos la propia Administración o institución sanitaria, recuperan su protagonismo.

6. Una perspectiva armonizadora y no conflictivista: coexistencia de derechos fundamentales y deberes recíprocos, y no enfrentamiento.

7. Una comprensión teleológica o finalista de la historia clínica y de los derechos, que posibilita la armonización indicada, y delimita las condiciones de ejercicio de los derechos y deberes en relación con ella: quiénes tienen derechos (usuario, profesionales sanitarios, etc.), qué derechos tienen (acceso, rectificación, cancelación, etc.) y cuáles son las condiciones y límites para el ejercicio de tales derechos, en atención a la finalidad asistencial y a las demás finalidades que constituyen el fundamento de la historia clínica.

8. Una nueva perspectiva sobre la titularidad de la historia clínica, o en rigor de los distintos titulares de derechos en relación con la historia clínica, a partir del derecho a la protección de datos personales: cotitularidad (paciente-profesional sanitario) de la historia clínica en algunos casos, singularmente la historia clínica psiquiátrica.

O si se prefiere, en clave bioética. La tesis dominical o patrimonialista de la historia clínica (la historia clínica como propiedad de la Administración sanitaria...) implica la transformación de un deber de no maleficencia: el respeto del derecho a la información y a la confidencialidad de los pacientes (y de cualquier otro tercero implica-

do) en un deber de beneficencia. Asimismo, implica el no reconocimiento, o el reconocimiento taimado, del principio de autonomía. Esto es, contradecir los propósitos del Preámbulo de la Ley gallega y mantenerse en el paradigma paternalista.

La rehabilitación de la confidencialidad en el ámbito sanitario. Lo afirmado exige rehabilitar y actualizar un concepto “decrépito”: la confidencialidad⁹⁶. La propuesta iusfundamental de análisis de la historia clínica pretende implantar una cultura de la confidencialidad en el contexto sanitario, articulada en torno a los derechos fundamentales de las partes implicadas, singularmente el derecho a la intimidad y el novedoso derecho a la protección de datos personales. Esto es, revisar la comprensión tradicional de la confidencialidad, puesta en cuestión por el desarrollo de la Medicina⁹⁷ y por la evolución de la tutela de los derechos fundamentales, en particular de la intimidad (*privacy*) y la protección de los datos de carácter personal. Los propósitos servidos por la confidencialidad siguen en vigor: el reconocimiento del respeto del sentido de la individualidad y la privacidad del paciente, y la mejora del cuidado sanitario del paciente, al afianzar la confianza como vínculo entre el profesional sanitario y el paciente, si bien ahora analizados desde la perspectiva de los derechos, que es la propia de un modelo igualitario de sistema de salud; esto es, de un modelo más equitativo y justo.

⁹⁶ Cfr. Mark SIEGLER, “Confidentiality in Medicine-A Decrepit Concept”, *New England Journal of Medicine* 307/24 (1982), pp. 1518-1521. Luego en Tom L. BEAUCHAMP; Leroy WALTERS (ed.), *Contemporary Issues in Bioethics*, 4th edition, Belmont, Wadsworth, 1994, pp. 179-181, por la que cito.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 180.