

# La propiedad de las historias clínicas.

## Property of clinical histories.

Lic. Ricardo de Lorenzo y Montero \*

\*Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

En España valoramos extraordinariamente la labor que la CONAMED viene haciendo en México, y que lo tomamos como ejemplo a seguir, al objeto de evitar lo que hoy en nuestro país es una judicialización absoluta, a través de las reclamaciones entre pacientes y médicos.

También en España podemos establecer que hay un antes y un después; hay un antes exactamente igual al que hoy se plantea en esta mesa y donde era moneda corriente que, en todos los foros de discusión de derecho sanitario, terminara el coloquio con la pregunta clásica de a quién pertenecían las historias clínicas. Y existe un después, a partir de la promulgación de la Ley 41/2002 del 14 de noviembre, que es una ley básica, de carácter nacional específica, sanitaria, reguladora de la autonomía de los pacientes y de los derechos sobre información y documentación clínica.

Me gustaría llamar la atención, en este aspecto, antes de recordarles y de transmitirles lo que fue la contienda doctrinal sobre la propiedad de las historias clínicas. Es decir, una ley, específicamente sanitaria, soy un defensor acérrimo de que la singularidad del acto médico debe regularse por normativa específicamente sanitaria; en segundo lugar, una ley que aglutina los derechos fundamentales en torno a la información, consentimiento, documentación clínica y autonomía de la voluntad de los pacientes y, sobretodo,

una ley que en ningún momento regula ni hace mención sobre la propiedad.

Yo creo que estos son los tres puntos clave; pero les contaré lo que fue ese debate. Ese debate doctrinal, y para mí es motivo de recuerdo en este foro, que se inició a través del trabajo que publicó mi padre, en el año 1977, el Prof. Antonio de Lorenzo que se titulaba: *¿De quién son propiedad las historias clínicas?*, publicada en el libro *Deontología, derecho y medicina* que editó, en aquel entonces, el Colegio Oficial de Médicos de Madrid, en el año citado del 77.

Comentaba ya mi padre la inexistencia de artículos doctrinales o de resoluciones judiciales dentro de la historia jurídica, no solo española sino incluso europea; citando como únicos antecedentes los trabajos del profesor venezolano Augusto León, en ética y medicina, que publicara la editora científico-médica de Barcelona del año 73; así como las referencias judiciales de tribunales norteamericanos.

El Prof. Augusto León asentaba, en aquella época, con dos posibles expresiones, que la historia clínica y la documentación complementaria pertenecían al médico que trataba al enfermo. Establecía las dos siguientes excepciones: el pacto expreso en contrario y el supuesto en el que el médico actúe en concepto de empleado de alguna institución pública o privada, en cuyo caso, y salvo pacto expreso de

contrario, las historias clínicas pertenecen al empleador, al hospital o a la institución sanitaria.

Mi padre consideraba que el dominio jurídico del médico, poder de uso, disfrute y disposición sobre la historia clínica, deriva de que ésta no es una mera transcripción de datos o noticias suministradas sobre el paciente, sino el resultado de un proceso de recogida, ordenación y elaboración. La propiedad intelectual del médico sobre la historia clínica se basa en un derecho de autor, y para ello, no basta la mera recopilación de datos, sino que el médico, mediante una labor de análisis y síntesis, transforma la información recibida con resultado de una creación científica, expresada en términos de valor terapéutico, diagnóstico, pronóstico y tratamiento. Sin embargo, siendo esa su opinión, también advertía que lo antes expuesto no obsta para que el paciente o sus representantes pudiesen obtener los resultados de su historia clínica, siempre y cuando fuese para fines médicos.

Se recogían en este trabajo toda una serie de trabajos específicos de Adame, publicado en la revista "JAMA", en el número 208, de mayo de 1969, las decisiones de tribunales norteamericanos, denegando las reclamaciones de pacientes que instaban su derecho a rescatar la información médica a ellos concerniente, de los archivos de un médico que, en su testamento había ordenado destruir los citados archivos,

donde estaban almacenadas las historias clínicas de sus pacientes.

En síntesis, hasta la Ley 41-2002, las teorías doctrinales de confrontación, en nuestro país, se pueden dividir en cuatro: la tesis relativa a que la historia clínica es propiedad del paciente, los argumentos que se esgrimen, que se esgrimían por los defensores de la misma, radican en que, como el paciente es la fuente de toda la información contenida en ella, puesto que aporta su propia información y su propia persona para su elaboración, él es el titular de la historia clínica.

Se citaba, en apoyo de esta tesis, una disposición que era el Real Decreto Español 63 del año 95, del 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias que, en su artículo. 5º, en el apartado 6º de su anexo, aunque con una técnica jurídica harto deficiente, establecía que existía obligatoriedad de entregar copia de su historia clínica al interesado que lo solicite y se establecía la propiedad del "su" que se acompañaba a historia clínica o expedientes clínicos, concepto, que ustedes utilizan.

La segunda tesis es la relativa a que la historia clínica es propiedad del médico. Este sector de la doctrina mantiene la tesis de que la historia clínica pertenecía al médico, y máxime si de ejercicio de la medicina privada se trataba. El catedrático de derecho civil de la Universidad de Deusto, prestigioso jurista Don Ricardo de Ángel Yágüez, defiende la idea de que el ejercicio privado de la medicina hace al médico propietario de la historia clínica y que, en caso de médicos empleados en centros públicos o privados, el propietario de la historia clínica es el centro sanitario; señalando además, que la tesis de

que el paciente no es el propietario de la historia clínica, no es incompatible con su derecho de acceso, aunque presenta ciertas limitaciones.

Otros grupos de autores, mantienen que, como la realización de la historia clínica supone un proceso intelectual del médico, que desemboca en un diagnóstico y tratamiento, él es el propietario de la historia clínica, por ser su autor material. Se evoca, en definitiva, la propiedad intelectual.

Existe también la tesis de la propiedad del centro y, por último, la posición ecléctica o las posiciones integradoras. Esta última tesis fue la que alcanzó mayor predicamento, recogiendo parcialmente puntos de vista concretos de las teorías antes citadas, para tratar de armonizarlos. Gráficamente, los defensores de las mismas señalan que, a su criterio, el propietario de la historia clínica es el centro sanitario, el paciente es el titular de la intimidad en ella reflejada y el médico dueño de su aportación intelectual y administrador del interés de terceros ahí registrados.

De acuerdo con ello, la propiedad de la historia clínica es tripartita: del médico, del paciente y de la institución, con derecho de acceso directo de los tres propietarios. Del médico, por la confección; del paciente, porque ahí debe constar todo su proceso existencial; y de la institución, porque debe ser garante de su conservación.

En mi criterio, y apoyándome en la propia Ley 41/2002, entiendo que el legislador acierta porque no establece propiedad de la historia clínica. Yo personalmente, no creo en la propiedad de la historia clínica; creo que lo que se debe resaltar de la historia clínica es su carácter instrumental; creo que lo que

se debe destacar de la historia clínica es su finalidad primordial; creo que es fundamental recordar que no sólo existe el derecho a saber, sino que también existe un derecho a no saber; y que lo que se tiene que regular fundamentalmente son los distintos derechos concurrentes sobre la historia clínica, los derechos del médico, los derechos del paciente, los derechos del centro sanitario, los derechos de los familiares y allegados del paciente, así como los titulares de todos esos distintos derechos; los titulares del derecho de acceso, de disposición, de utilización, y de sus correlativas obligaciones como son el secreto y la conservación.

Por eso, si de algo puede valer mi presencia aquí hoy es la de transmitirles la importancia de una regulación específica, que tiene que ser una regulación específica sanitaria, que regule los dos ámbitos: el ámbito público y el ámbito privado, porque el expediente clínico tiene la misma finalidad instrumental tanto en el sector público como en el sector privado.

Entiendo que esa regulación se tiene que hacer desde los derechos fundamentales de información, del derecho fundamental del consentimiento al tratamiento, desde el derecho fundamental a saber, como del derecho fundamental a no saber, desde el derecho a la consagración del menor maduro, donde se tienen que recoger los propios derechos del menor, sobre su acceso y sobre derechos tan fundamentales como el de intimidad y confidencialidad. En definitiva, entiendo que -como consejo- la mejor propiedad es la propiedad no existente, sobre todo en un tema tan controvertido como el del expediente clínico.