

“La historia clínica, su protección legal y el llamado *hábeas data específico*.”¹

*“Legum servi sumus ut liberi esse
possimus”*

(Somos esclavos de las leyes para que podamos ser libres)

Marco Tulio Cicerón.

Marcela Beatriz Mosquera

Abogada por Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. Cursando la Carrera de Especialización en Derecho Procesal. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Salvador. Es Jefa de Despacho de la Sala III en lo Civil y Comercial Federal.

Afiliación Institucional

Alumna de posgrado de la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Correo Electrónico

marcemosquera@yahoo.com.ar

Resumen

El presente artículo versa sobre la protección que merece la historia clínica de un paciente como dato personal - sensible, tanto desde el punto de vista de la acción de *hábeas data* como del mecanismo previsto en la ley 26.529. Esta ley reconoció al paciente la titularidad sobre la historia clínica, mientras que el decreto reglamentario le asignó la titularidad sobre los datos incluidos en ella, revistiendo los establecimientos de salud el carácter de depositarios. El acceso a la historia clínica cuenta con dos herramientas fundamentales que serán analizadas en este artículo: la acción prevista en forma genérica para todo dato personal por la ley 25.326 -*hábeas data informativo*, art. 33- y las disposiciones específicas de la ley 26.529 mediante las cuales el paciente tiene la posibilidad de solicitar una copia del instrumento y, ante la negativa o el silencio del obligado, iniciar la *acción directa de hábeas data*.

Abstract

This article deals with the protection it deserves a medical record of a patient as personal information, both from the point of view of the action of *habeas data* as the mechanism provided for in the law 26,529. This law recognized that de medical record belongs to de the patient, as well as the information on it, while medical institutions are recognized as the places where it is saved. Access to medical records has two fundamental tools that will be discussed in this article: the action specified generically to all personal information by law 25.326 (*habeas data-informative art. 33*) and the specific provisions of the law 26.529 through which the patient has the opportunity to request a copy of the instrument and the refusal or silence allow him to initiate direct action of *habeas data*.

¹ Arbitrado por el Prof. Adolfo A. RIVAS, Profesor emérito de la USAL.

Palabras claves (Keywords)

Historia clínica	Medical record
Derechos del paciente	Patient rights
Datos sensibles	Sensitive information

I. Introducción

Muchas veces los cambios sociales o los tecnológicos preceden a los avances legislativos, que vienen a aparecer como una consecuencia necesaria para hacer frente a una realidad que se modifica a diario. La velocidad con que se generan nuevos modos de comunicación entre las personas, nuevas maneras de difundir información o almacenarla, obliga a “repensar” el Derecho, con el fin de establecer formas de protección adecuadas a los derechos de los individuos cuyo goce se ve amenazado por la injerencia de aquéllas nuevas tecnologías.

Con esto no quiero decir que toda nueva invención tecnológica sea negativa o importe la violación o el avasallamiento de ciertos derechos individuales. Sus ventajas, a esta altura de las circunstancias, son innegables. Es el uso malicioso o equivocado de aquéllas invenciones lo que puede derivar en un perjuicio a la persona.

Una protección postergada y que se hacía cada vez más imprescindible era la concerniente a los datos personales. La reforma constitucional del año 1994 incorporó el instituto del Habeas Data como un medio de acceso a los datos personales obrantes tanto en registros públicos como privados. Se trata de una garantía tendiente a proteger una pluralidad de derechos del individuo, entre los cuales pueden mencionarse los relativos a la intimidad, el honor, la igualdad y la dignidad².

Genéricamente, la acción de hábeas data fue definida como la “acción para acceder a la información”, pero su ámbito -como se verá- excede tal encuadre pues lo que interesa es que el individuo tenga a su alcance una herramienta para conocer la situación real concerniente a los datos que obran en poder de terceros, rectificar aquéllos que presenten errores, completar los insuficientes, entre otras cosas.

Posteriormente, mediante la ley 25.326 –B.O. del 2/11/2000- se reglamentó esta acción incluyendo una serie de principios y derechos de protección, los cuales serán tratados en el apartado correspondiente.

El objetivo de este trabajo es ahondar en la protección de uno de los datos sensibles más relevantes, cual es, la historia clínica de un paciente. Para ello trataré la naturaleza de este documento, su contenido, los derechos de los individuos-pacientes y las obligaciones de los profesionales de la salud, así como también, el mecanismo previsto en la ley 26.529 -Ley sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento informado, B.O. del 20/11/2009- y su relación con la 25.326.

II. La historia clínica como dato sensible.

El artículo 2 de la Ley sobre Protección de los Datos Personales 25.326 define a los “datos sensibles” como aquellos datos personales vinculados al “*origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o la vida sexual*” (el subrayado no pertenece al original). Es claro que la historia clínica de una persona entra dentro de esta definición

² CSJN, Fallos 327:4846.

pues en ella se vuelcan todos los registros, hechos o circunstancias que hacen a la atención médica y farmacológica de un paciente. Se trata de una categoría especial de datos que, como tal, recibe un trato diferenciado en la ley.

El artículo 7 de la norma citada establece, en lo que interesa, que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles, que ellos solo pueden ser recolectados y tratados cuando medien razones de interés general, autorizadas por ley o con fines estadísticos o científicos siempre que su titular no pueda ser identificado, y que no pueden ser objeto de bases o bancos que, directa o indirectamente, revelen dichos datos.

Por su parte, el artículo 8 atiende específicamente a los datos relativos a la salud permitiendo que los establecimientos sanitarios, sean estos públicos o privados, y los profesionales recolecten y traten datos referidos a la salud física o mental de los pacientes que acuden a ellos o hubieren estado bajo su tratamiento, eso sí, “*respetando los principios del secreto profesional*”. Es decir, avala la utilización de esos datos pero condicionándola a que no sean divulgados (art. 10). Hay que agregar que la información contenida en la historia clínica debe cumplir con los principios que fija la ley: los datos deben ser ciertos, actualizados, y no exceder el ámbito y la finalidad para los que fueron obtenidos (conf. art. 4, incs. 1, 3, 4 y 7). Especial mención cabe respecto de los incisos 5 y 6 de este artículo octavo. Según el primero de ellos, la información contenida en una base de datos personales debe ser completa y exacta, fiel o verdadera, caso contrario, es deber del responsable de la base completar el faltante o suprimir la parte inexacta, según el caso. Este deber debe cumplirse aún sin requerimiento del interesado cuando el responsable toma conocimiento de alguno de los supuestos mencionados que afectan a la información. Pero también, el titular del dato puede exigir que el mismo sea completado o removido de la base ejerciendo el derecho de rectificación, actualización o supresión reconocido por el artículo 16 de la ley 25.326.

Como corolario de todo lo expuesto se puede afirmar que la historia clínica es el *dato sensible por excelencia en materia de salud*.

Titularidad de la historia clínica

Una de las principales disposiciones de la Ley sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento informado -ley 26.529- es la atinente a la titularidad de la historia clínica. Este texto normativo declara que la historia clínica *pertenece al paciente* (art. 14). Consecuencia de ello es el derecho del interesado de exigir una copia de la misma, la que deberá serle entregada ante el mero requerimiento.

Esta titularidad no fue compartida por la jurisprudencia que la venía reconociendo a favor del establecimiento o clínica distinguiendo, a su vez, la propiedad de los datos contenidos en la historia como en cabeza de la persona física atendida. Esta postura es acompañada por cierta doctrina.³

Pero lo cierto es que la ley reconoció al paciente la titularidad de la historia clínica, mientras que el decreto reglamentario le asignó -también- la titularidad sobre los datos incluidos en ella.

De esta manera, los establecimientos asistenciales o profesionales de la salud son designados como depositarios de la historia clínica, con todos los deberes y facultades que el Código Civil prevé para el contrato de depósito. Su papel es el de custodiar el documento, procurando mantener su confidencialidad y prohibiendo el acceso a personas no autorizadas (art. 18).

³ MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Derecho a la información de la salud y hábeas data específico”, Revista Jurídica LA LEY, Año LXXVII Nro 157, del 26/8/2013.

Su valor probatorio.

Se dice que la obligación del médico respecto del paciente es de medios y no de resultados. Se exige del profesional que actúe diligentemente según la técnica y los usos y costumbres del arte de curar; solo la prueba de su culpa -junto con los restantes presupuestos de la responsabilidad- puede fundar una condena civil en su contra.

La historia clínica aparece así como un instrumento de prueba de vital importancia, sea para quien demanda por entenderse víctima de una mala praxis, sea para el demandado que pretende deslindarse de responsabilidad acreditando que ha adoptado todas las medidas del caso y obrado con la diligencia que es debida según las circunstancias de tiempo y lugar. Es en este documento que se registra la labor diagnóstica, terapéutica y de control del paciente desde su ingreso al centro médico o consultorio, hasta su egreso. Además, la prueba pericial a producirse en la causa se apoyará, en gran medida, en las constancias que surjan de ella, o bien, en sus omisiones.

La historia clínica es la principal prueba documental en ese tipo de juicios. Se aprecia así una *doble finalidad* en el sentido de que es útil tanto para las partes, por lo expuesto en el párrafo anterior, como para el magistrado que deberá juzgar los hechos que se le presentan y hará mérito de ella para formar su convicción acerca de la justicia del caso⁴.

Es así que tales asientos son fundamentales a la hora de evaluar si el profesional o sus auxiliares cumplieron con las obligaciones contenidas en la Ley 17.132 -“Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas” B.O. del 31/1/1967-, como ser: asistir al enfermo, respetar la voluntad del paciente en cuanto a la negativa a tratarse o a internarse, fiscalizar que se lleven a cabo sus indicaciones terapéuticas, y controlar que los auxiliares de la medicina actúen dentro de los límites de sus competencias (arts. 19 y 20).

No es casual que en la mayoría de los casos de mala praxis se observe una deficiente historia clínica. La falta de anotaciones, la presencia de términos ambiguos o ilegibles y la desprolijidad en general, son algunos de los problemas que se observan a diario. La valoración de este instrumento donde se vuelcan los datos del paciente ha llegado a un punto tal que la jurisprudencia reconoce en estas fallas una presunción en contra del profesional o establecimiento demandado⁵, quienes tienen la carga de desvirtuarla a través de otros medios de prueba. Es un caso de inversión del principio de la carga probatoria contenido en el art. 377 del Código Procesal.

Cabe señalar para terminar este capítulo algunos de los errores más comunes en una historia clínica:

- falta de instrumentación del consentimiento informado
- ausencia de las advertencias o comunicaciones dadas al paciente
- falta de registro sobre respuestas a las indicaciones impartidas por el profesional
- protocolos quirúrgicos que describen un procedimiento -o una parte de él- que no se practicó
- falta de documentación de las complicaciones que se presentan o los hallazgos clínicos
- falta de epicrisis, etc.

III. Protección de la historia clínica.

El llamado habeas data específico.

⁴ MASCOTRA, Mario, “La finalidad de la prueba en el proceso civil”, Revista Jurídica LA LEY, Año LXXVII Nro 107, del 11/6/2013.

⁵ CNCCF, Sala III, causa nro. 1818/02 del 13/3/07; Sala I, causa nro. 5329/91 del 30/6/98; Sala II, causa nro. 4140/91 del 23/5/00.

Consecuencia de la titularidad de la historia clínica referida *ut supra*, el paciente tiene el derecho de acceder a ella, conocer y controlar el tratamiento que el establecimiento o profesional responsable le confiera a los datos allí consignados y, en su caso, el derecho a demandar la rectificación, ampliación o supresión de estos últimos si no cumplen con los principios de la Ley de Protección de Datos Personales.

Para hacer efectiva la protección se requiere de un mecanismo rápido y eficaz que permita un libre acceso a los datos personales por parte de su titular. De no existir este mecanismo la garantía constitucional del art. 43 carecería de sentido al no ser posible llevarla a la práctica.

La ley 25.326 estableció una acción de acceso a los datos en ella protegidos, conocida comúnmente como acción directa de *hábeas data informativo* (art. 33).

A nivel nacional el procedimiento es el establecido a partir del artículo 33, sea para tomar conocimiento de los datos y su finalidad, sea para exigir la rectificación, supresión, confidencialidad o actualización cuando se presuman falsos, inexactos o desactualizados. La norma se complementa con los decretos reglamentarios de la ley y las disposiciones de la autoridad de aplicación⁶.

En el orden local, el procedimiento será el que fije cada jurisdicción provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pero en lo que interesa a este trabajo, el acceso a la historia clínica cuenta con dos herramientas fundamentales: la acción prevista en forma genérica para todo dato personal y las disposiciones específicas de la ley 26.529. Hay que mencionar también la posibilidad de solicitar en sede judicial su secuestro como medida preeliminar en el caso de que peligre su existencia o integridad, pero no es el objeto de este trabajo el análisis de esta medida.

Continuando con las herramientas apuntadas, la ley 26.529 prevé la posibilidad de que el paciente o, en su defecto, quien esté legitimado -v.gr. su representante legal, cónyuge o conviviente, herederos forzosos- solicite una copia de la historia clínica o el acceso a ella, por medio de un formulario provisto por el responsable; y este debe responder al pedido en el plazo perentorio de 48 horas (art. 14).

Vencido aquél plazo, la negativa, mora o el silencio del destinatario de la solicitud hará que quede expedita la *acción directa de hábeas data*. Como ya se expuso, esta acción está prevista para asegurar el acceso y la obtención de una copia de la historia clínica. Cabe recordar que la historia clínica es propiedad del paciente, mientras que la persona o institución responsable solo ostenta su guarda en calidad de depositario legal (arts. 18 y 20). La ley establece que a esta acción se le imprimirá el proceso que, en cada jurisdicción, resulte más apto y rápido; también que, a nivel nacional, está exenta del pago de los gastos de justicia (art. 20 cit).

Esta protección contenida en la llamada Ley de Derechos del paciente es vista como una tutela especial en razón de la especial naturaleza de la información comprendida en una historia clínica. Como dije al comienzo de este trabajo, no hay que olvidarse de que se trata de datos sensibles en los términos de la ley 25.326.

IV. Conclusión

La delicada información que se registra en una historia clínica merece gozar tanto de la protección que le reconoce la ley 25.326 en tanto dato personal-sensible, como de la que le otorga la ley 26.529 en tanto soporte en el que se registran tales datos.

Pese a que ambas protecciones pueden parecer sobreabundantes o alguien pudiera sostener que con la sanción de la ley 25.326 la historia clínica encontraba ya suficiente

⁶ Decretos 1558/2001, Disposiciones de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales 1/2003 y 5/2005.

resguardo, considero que la relación entre ambas normas es la de complementariedad. En este sentido, se ha dicho que la ley 26.529 ha “*ampliado el espectro tuitivo respecto de estas informaciones (los datos de salud), ya que incluso sus disposiciones se aplican aunque las registraciones de este tipo de datos se encuentren en archivos excluidos de la tutela de las normativas de la ley 25.326.*”⁷

Con el dictado de la ley 26.529 quedó fuera de discusión si la historia clínica, como registro de datos sensibles para uso personal, se encuentra alcanzada por la ley 25.326, siendo la respuesta una afirmativa.

Bibliografía general:

- ◆ Acevedo, Rafael, “*Valor probatorio de la historia clínica. Errores de registración más frecuentes.*”, artículo publicado en la revista de la Asociación de Entidades de Medicina Prepaga “ADEMP” nro. 26 correspondiente al mes de diciembre de 2008.
- ◆ Carranza Torres, L.R. y Palazzi, P.A., “*Derecho de acceso a la información pública y derecho de acceso a la información privada (hábeas data): Semejanzas y diferencias*”, Buenos Aires, JA Vol. 2003-IV.
- ◆ Horton, Diego, “*La importancia de la historia clínica*”, artículo publicado en la Revista Médicos, número 25, pág. 26.
- ◆ Masciotra, Mario, “*La finalidad de la prueba en el proceso civil*”, Revista Jurídica LA LEY, Año LXXVII Nro 107, del martes 11 de junio de 2013.
- ◆ Molina Quiroga, Eduardo, “*Derecho a la información de la salud y hábeas data específico*”, Revista Jurídica LA LEY, Año LXXVII Nro 157, del lunes 26 de agosto de 2013.
- ◆ Peyrano, Guillermo F., “*La acción de hábeas data para acceder a las historias clínicas. Particularidades de este subtipo de acción tutelar*”, JA 2011 – III, págs. 1090 a 1101.
- ◆ Taraborrelli, José N. y Magnoni, Christian M., “*La historia clínica y su valor probatorio*”, Revista Jurídica LA LEY, Año LXXIII Nro. 116, del lunes 22 de junio de 2009.
- ◆ Zorrilla, Héctor, “*Mala praxis en los servicios de salud. Causas de los errores y de los daños.*”, artículo publicado en <http://www.mala-praxis.com.ar/articulos/causas.html>.

⁷ PEYRANO, Guillermo F., “*La acción de hábeas data para acceder a las historias clínicas. Particularidades de este subtipo de acción tutelar*”, JA 2011 – III, pág. 1093