**Recomendación general del Ararteko 9/2013, de 5 de noviembre.**
**Adecuación de los criterios que sirven de base para resolver las peticiones de acceso a la documentación clínica.**

## I. Antecedentes

Se han recibido en la institución del Ararteko, varias quejas que nos muestran que en el procedimiento de acceso a la historia clínica no se facilitan determinados documentos que forman parte de ella. Estas quejas han sido formuladas por familiares que solicitaron la documentación referida a parientes fallecidos, y por pacientes que han pedido la documentación clínica completa de su propia historia.

Antes de la aprobación del Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica recibimos quejas por limitaciones al derecho de acceso basadas en lo previsto por el manual sobre procedimiento de acceso a la documentación clínica hospitalaria, cuyo apartado 5, al referirse en diversos momentos al tipo de documentos a facilitar, indicaba lo siguiente: "*Copia de los tipos documentales solicitados excepto los que tengan información de terceras personas y cualquier otro que tenga observaciones, apreciaciones o anotaciones subjetivas tales como: Anamnesis, Exploración y Evolución tanto médica como de enfermería.*"

En el tratamiento de esta cuestión por Osakidetza, el motivo de denegación se proyectaba con carácter general a todos los documentos que el manual cita a modo de ejemplo, sin un previo análisis de cada caso. Es decir, aunque puede ser correcto restringir un acceso a documentos que tienen información de terceras personas o anotaciones subjetivas, no se puede presumir que los enumerados en el manual los contengan siempre, como veíamos que sucedía.

En los expedientes de queja estudiados por esta institución no se había hecho un análisis de los supuestos concretos, para comprobar si en dichos documentos se daban o no las limitaciones de acceso recogidas en el manual de procedimientos (información de terceras personas o anotaciones subjetivas) ya reconocidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Así lo manifestamos en un expediente de oficio que iniciamos en 2008 y, a la vista de la información recabada entonces, consideramos que las observaciones que realizamos eran compartidas por Osakidetza, que nos comunicó que revisarían los procedimientos de acceso, tanto el de atención primaria como el de acceso a la documentación hospitalaria.

Durante el año 2009 volvimos a pedir información sobre las actuaciones que se habían llevado a cabo para la adecuación del procedimiento de acceso a la documentación clínica, pues nuevas quejas evidenciaban que los centros seguían aplicando las mismas restricciones, en una interpretación inadecuada de los derechos de acceso a la historia clínica recogidos en la Ley 41/2002.

En esta ocasión se nos comunicó que la elaboración de una instrucción o nuevo procedimiento quedaba pospuesta, si bien se iba a asesorar convenientemente a los servicios de atención al paciente y a las unidades de gestión sanitaria, en torno a qué documentos se deben entregar.

Quejas posteriores pusieron de manifiesto que ese asesoramiento no tuvo el resultado que cabía deducir de las respuestas que se dieron al Ararteko.

Actualmente, tras la aprobación del mencionado Decreto 38/2012, de 13 de marzo comprobamos que esta norma se aplica utilizando similares criterios restrictivos, con denegaciones que entendemos no están debidamente justificadas.

Así, en expedientes de queja por denegación de solicitudes de acceso por familiares de pacientes fallecidos, las respuestas que hemos recibido de Osakidetza han recogido lo siguiente como justificación de las restricciones.

El articulo 18 de la Ley 41/2002 establece en su párrafo cuarto que *"los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros."*

En desarrollo de esta regulación, el articulo 14 del Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica (BOPV nº 65, de 29 de marzo de 2012) dispone en su punto tercero que *"el acceso a la documentación de la historia clínica de las personas fallecidas por terceras personas que acrediten su vinculación con aquéllas por razones familiares o de hecho, se podrá producir siempre que se justifiquen motivos por un riesgo para la propia salud de la persona solicitante y salvo que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En todo caso, el acceso se limitará a los datos pertinentes y no se facilitará información que afecte a la intimidad de la persona fallecida, ni a las anotaciones subjetivas de los y las profesionales que intervinieron, ni que perjudique a terceras personas."*

Esa explicación, con subrayados que son de las respuestas de Osakidetza, terminaba añadiendo que a las personas interesadas se les había facilitado la documentación pertinente, de acuerdo con las previsiones normativas, sin más especificación.

En criterio del Ararteko, las limitaciones que hemos visto en las quejas recibidas evidencian una aplicación incorrecta de la norma. Por ello, nos ha parecido necesario realizar esta recomendación general para que las peticiones de acceso a la documentación clínica se resuelvan aplicando las reglas que regulan el derecho de acceso a la historia clínica.

## II. Consideraciones

1. Algunos de los casos que hemos analizado nos muestran situaciones en las que el hospital había estado abierto a ofrecer información a los familiares, para que estos despejaran las dudas que podían tener sobre el proceso asistencial respecto del cual solicitaban el acceso a la historia clínica.

   Los mismos antecedentes mostraban sin embargo que las dudas de las personas interesadas persistían y por ese motivo precisamente deseaban disponer de la documentación clínica completa que no se les facilitaba. Entendían que disponer de esa documentación les permitiría contar con mejores elementos de juicio para analizar lo sucedido.

   El acceso a la información que obra en los expedientes administrativos es un derecho que puede ser instrumental, pues en ocasiones no es solo un fin en sí mismo sino también un medio para otro objetivo. En este caso son un elemento importante para poder formarse una opinión más fundada al adoptar una u otra decisión relativa al proceso asistencial del que se trata, por ejemplo la de iniciar una acción administrativa o jurisdiccional.

   Si entendemos que la interpretación de Osakidetza justifica la restricción a las peticiones de documentos de la historia clínica, corremos el riesgo de dejar en gran medida en manos de la administración sanitaria la posibilidad de contrastar su labor, manifestada en este caso en el proceso asistencial que reflejan las historias clínicas.

   Con independencia de ese razonamiento, que ya tiene amparo en las normas que han desarrollado el derecho a acceder a la información previsto en el artículo 105 de la Constitución (CE) y nos sitúa en un ámbito que puede tener relación directa con el pleno goce del derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la CE, estos supuestos, como ya indica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 37.6, debemos analizarlos desde la normativa sectorial, es decir, la Ley 41/2002, de 14 de 14 de noviembre, y Decreto 38/2012, de 13 de marzo.

2. Hemos visto que las respuestas de Osakidetza al Ararteko, que hemos reseñado en los antecedentes, se limitan a transcribir preceptos de las normas citadas, pero nada especifican sobre si en los expedientes que hemos tramitado se dan las causas de denegación que dichos preceptos contemplan. Es decir, no se ha acreditado que se haya llevado a cabo una comprobación de si efectivamente se dan o no las circunstancias que el ordenamiento recoge como causas justificadas para, en cada caso concreto, limitar el acceso a determinada documentación clínica.

   A. El derecho de acceso se recoge normativamente de manera diferente, en función de que el acceso se pretenda ejercer por el propio paciente o, en el caso de personas fallecidas, por familiares o personas unidas a ellas con vínculos de hecho.

      Respecto al acceso por el propio paciente o representante el artículo 18.3 de la Ley 41/2002, establece que *"El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas."*

      Por su parte, el apartado 4 de este precepto señala en relación con el acceso a la documentación de pacientes fallecidos, lo siguiente: "*Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros"*.

      Comenzando por este apartado 4, del artículo 18, las respuestas que hemos analizado nos muestran que Osakidetza no entrega el historial completo, con base en que existe una alta probabilidad de que pueda contener información que pueda afectar a la intimidad del fallecido.

      No se han planteado sin embargo objeciones contrastadas para pensar que en los casos objeto de queja existiera una manifestación de voluntad del fallecido para justificar la denegación de acceso a la familia, o que la documentación tuviera anotaciones subjetivas.

Por lo que se refiere al apartado 3 del mismo artículo 18, vemos que también recoge unos supuestos en los que será posible denegar el acceso solicitado. Pero de nuevo debemos indicar que es necesario determinar en cada caso, previo análisis, si se dan esas circunstancias que justifiquen la denegación.

A tenor de los datos que se nos han facilitado en la tramitación de las quejas, podemos decir también que las decisiones denegatorias adolecían de falta de análisis previo sobre la concurrencia de tales circunstancias.

Además, en lo relativo a las anotaciones subjetivas, cuyo acceso no podemos decir que está necesariamente vedado a los titulares de la historia clínica (art. 18.3) admitiendo que tales anotaciones existieran, antes de denegar el acceso es necesario conocer la opinión de sus autores y, caso de que estos mostraran su oposición, si es posible su eliminación. Tampoco vemos que se haya considerado esta última posibilidad.

B. Respecto al Decreto 38/2012, de 13 de marzo, algunas decisiones de Osakidetza que hemos conocido incurren igualmente en una aplicación inadecuada del artículo 14.3, que dice así: "*El acceso a la documentación de la historia clínica de las personas fallecidas por terceras personas que acrediten su vinculación con aquéllas por razones familiares o de hecho, se podrá producir siempre que se justifiquen motivos por un riesgo para la propia salud de la persona solicitante y salvo que la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En todo caso, el acceso se limitará a los datos pertinentes y no se facilitará información que afecte a la intimidad de la persona fallecida, ni a las anotaciones subjetivas de los y las profesionales que intervinieron, ni que perjudique a terceras personas.*"

Al igual que lo previsto por la Ley 41/2002, en su artículo 18.4, este precepto del Decreto 38/2012, permite pensar que las anotaciones subjetivas, cuando se trata de ejercer el derecho de acceso respecto de la historia clínica de una persona fallecida, han quedado fuera del derecho de acceso.

Partiendo de esa consideración, repetiremos lo anteriormente comentado sobre la aplicación que se realiza de aquél artículo de la Ley. Es decir, en los casos que hemos conocido no hemos constatado que se haya hecho un análisis previo sobre la existencia de anotaciones subjetivas en la documentación cuyo acceso se deniega o, si las hubiera, sobre si es posible su eliminación.

El primer apartado del artículo 14.3 del Decreto 38/2012, se refiere a la existencia de un riesgo para la propia salud de las personas solicitantes. "*El acceso a la documentación de la historia clínica de las personas fallecidas por terceras personas que acrediten su vinculación con aquéllas por razones*

*familiares o de hecho, se podrá producir siempre que se justifiquen motivos por un riesgo para la propia salud de la persona solicitante…"*

Estamos ante una previsión que se recoge bajo el epígrafe de *"Procedimientos de tratamiento y cesión de información con otras finalidades"* lo que nos lleva a pensar que no se refiere propiamente al acceso contemplado por el artículo 18.4 de la Ley 41/2002.

En cualquier caso, en los expedientes analizados no se ha constatado si la denegación se ha debido a que no se acreditó tal riesgo, con lo que estaríamos de nuevo ante una mera alegación normativa que adolece de una falta de comprobación.

Ahora bien, si el subrayado de la respuesta de Osakidetza a nuestras peticiones sobre las quejas que hemos tramitado, transcrita en los antecedentes, que dice así "*el acceso a la documentación de las personas fallecidas… se podrá producir siempre que se justifiquen motivos por un riesgo para la propia salud de la persona solicitante*, expresa que sólo cuando existe ese motivo se permitirá el acceso, debemos señalar que estaríamos ante una limitación no contemplada en la Ley 41/2002.

No podemos olvidar que las reservas en el acceso a la documentación clínica tienen que ver con el derecho a la intimidad de sus titulares, pero que una vez que fallecen el ordenamiento reconoce los derechos de su familia (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). Por ello, salvo la excepción ya recogida por la Ley, de una prohibición de acceso que se hubiera expresado en vida, no se puede poner como condición la existencia de un riesgo para la salud. No al menos con relación al ejercicio de los derechos de acceso a la documentación clínica.

La mayoría de las quejas que hemos conocido después de la aprobación del Decreto 38/2012, han sido presentadas por familiares de personas fallecidas.

3. Resulta por último conveniente referirnos también a una exigencia recogida en el apartado de principios y normas generales de acceso, artículo 11.6 del Decreto 38/2012, donde se establece, para el acceso solicitado por el propio paciente, que será necesaria una justificación del motivo y finalidad de su solicitud.

   No hemos tenido ocasión de contrastar el modo en que se está interpretando esa necesidad de acreditar el motivo y la finalidad de la petición. Pero si es entendida como causa de denegación del ejercicio del derecho de acceso, nos parece que se introduce una limitación no contemplada en la Ley 41/2002.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución el Ararteko ha considerado oportuno formular al Servicio Vasco de Salud-Osakidetza la siguiente

## RECOMENDACIÓN GENERAL

1. Las peticiones de acceso a la historia clínica deben ser resueltas, en todos los casos, tras una comprobación efectiva sobre si se dan las causas de denegación previstas por el ordenamiento. No es posible que con una alegación genérica, que presuma la existencia de tales causas, se deniegue el acceso a determinada documentación clínica.

2. Las peticiones de acceso de familiares de personas fallecidas se deben resolver previa comprobación de su condición de familiares, y de la inexistencia de una prohibición expresa de la persona fallecida para ese acceso.

   La falta de acreditación de justificación de un riesgo para la propia salud de la persona solicitante, no puede ser interpretada como causa de denegación en estos procedimientos de acceso.

3. En los supuestos en que con relación a un acceso solicitado se pueda aplicar la reserva sobre las anotaciones subjetivas, se debe consultar la opinión de las y los profesionales autores de las mismas y, en su caso, la posibilidad de su eliminación en la documentación a entregar.

4. La falta de acreditación del motivo y la finalidad de una petición de acceso, no debe ser interpretada como causa de denegación.