

EL CASO NOWAK Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS PARA LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS EN LA HISTORIA CLÍNICA

DANIEL JOVE VILLARES¹

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

INVESTIGADOR PREDOCTORAL DE LA XUNTA DE GALICIA

RESUMEN:

El día 20 de diciembre de 2017 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió el caso Nowak. Esta sentencia aborda la posible aplicación de la normativa sobre protección de datos a las respuestas y anotaciones subjetivas del examinador. Las implicaciones de esta decisión son ciertamente relevantes; la atribución de carácter personal a la mencionada información supone, para el examinado, la posibilidad de hacer efectivos los derechos de acceso, rectificación y oposición. En este trabajo se analiza dicha sentencia y se reflexiona acerca de la posibilidad de extrapolar la doctrina por él establecida a otras realidades. De manera específica, se pone el foco sobre las anotaciones subjetivas. Concretamente, se conjetura si es posible trasladar los criterios formulados por el TJUE a las anotaciones de carácter subjetivo que constan en la historia clínica.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos, anotaciones subjetivas, historia clínica, RGPD, TJUE.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN 2. LA HISTORIA CLÍNICA Y EL DERECHO DE ACCESO 3. EL CASO NOWAK. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS EXÁMENES 3.1. El caso. 3.2. La argumentación del Tribunal. 3.3. Aportaciones del caso a la protección de datos **4. LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS** 4.1. La búsqueda de una definición. ¿Qué son las anotaciones subjetivas? 4.1.1. *Anotaciones subjetivas en los exámenes.* 4.1.2. *Las anotaciones subjetivas en la historia clínica y su regulación normativa.* 4.1.3. *Reflexiones en torno a las anotaciones clínicas* 4.2. La normativa europea y la posibilidad de limitar el derecho

¹ A efectos de cita: JOVE, DANIEL

de acceso. 4.3. ¿Está justificada esta reserva en favor de las anotaciones subjetivas? **5.**

CONCLUSIONES 6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Hace tiempo que la protección de datos es más que un derecho referido al tratamiento automatizado de datos. Si el desarrollo tecnológico y el avance de las tecnologías de la información y la comunicación posibilitaron su emergencia, hoy la protección de datos es mucho más. Este derecho ha sabido conservar su impronta en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos en el entorno tecnológico pero, además, se ha erigido como un instrumento eficaz para proteger otros derechos fundamentales. Su capacidad para anticipar las barreras de protección resulta crucial en la era digital; pero sirve, también, para tratamientos analógicos de datos.

El caso que inspira la realización de este trabajo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017, Caso Peter Nowak contra Data Protection Commissioner (en adelante, caso Nowak), es muestra de ello. En él se analiza si la negativa a permitir el acceso a las respuestas de un examen, y a las anotaciones subjetivas que sobre el mismo puedan existir, puede suponer la afectación de las facultades de acceso a la información que la protección de datos confiere a los ciudadanos.

Además, se elucubra sobre la posibilidad de transponer algunas de las conclusiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) a otras realidades. De manera específica, se plantea la posibilidad de aplicar los mismos criterios establecidos para las anotaciones subjetivas de los exámenes a las anotaciones subjetivas realizadas por los médicos en la historia clínica del paciente. Razón por la cual, se dedicarán las próximas líneas al análisis de la documentación clínica.

2. LA HISTORIA CLÍNICA Y EL DERECHO DE ACCESO.

No puede esconderse la evidente utilidad que el conocimiento de los hechos pasados tiene en la predicción el futuro. Esta proposición, de plausible aplicación en el análisis político y social, también es preconizable para otros ámbitos del saber. El conocimiento es (aunque no solo) acumulativo, sobre esa base se asienta el progreso de la humanidad y su capacidad para mejorar y aprender.

Si se trasladan esas ideas a la medicina y, más en concreto, al cuidado de la salud de las personas, se hace patente la conveniencia de contar con un registro que deje constancia de las enfermedades, tratamientos y estado de salud que esa persona ha tenido a lo largo del tiempo. Todo ello, con la finalidad de proporcionar al profesional sanitario un mejor conocimiento de la situación de su paciente, permitiendo mejores diagnósticos, tratamientos más precisos y cuidados más convenientes.

Todas esas ideas inspiran, entre otras acciones, la necesidad de llevar un registro, escrito y documentado, de los procesos asistenciales y del estado de salud que una persona ha ido teniendo a lo largo de su vida. Ese registro es lo que se conoce como historia clínica. Debe apuntarse, para terminar de perfilar la definición de la misma, que las observaciones y datos que en ella consten han de ser incorporados por profesionales sanitarios (incluido personal de administrativo). Todos ellos están vinculados por el deber de confidencialidad², que ha de regir la práctica sanitaria, en aras de garantizar la confianza en el sistema³, la intimidad⁴ y la autonomía personal⁵ del paciente.

En lo que respecta al contenido de la historia clínica, esta debe incorporar “la información que se considere relevante para el conocimiento de la salud del paciente”⁶. La materialización legislativa de esta proposición encuentra, en España, su plasmación y desarrollo en la *Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, (en adelante *Ley 41/2002*). Esta norma dedica su capítulo V a la historia clínica, en él se positiviza qué ha de entenderse por historia clínica, cómo debe tratarse la misma: archivo,

² Confidencialidad entendida como: “Derecho del paciente a que todos aquellos que lleguen a conocer datos relacionados con su persona por su vinculación laboral al participar, de forma directa o indirecta, en las funciones propias de las instituciones sanitarias respeten su intimidad y cumplan con el llamado deber de sigilo, reserva y secreto”. En JÚDEZ, JAVIER, NICOLÁS, PILAR, DELGADO, MARÍA TERESA, HERNANDO, PABLO Y OTROS (2002): “La confidencialidad en la práctica clínica: Historia clínica y gestión de la información”, *Medicina Clínica*, Vol. 118, Nº 1, pp. 18-37.

³ Sobre la necesidad de preservar el secreto médico y la confianza de los ciudadanos en el sistema de salud. Vid. IGLESIAS DÍEZ, AGUSTÍN (2017): “La mala educación: la violación sistemática del secreto médico en Argentina”, *Revista de Bioética y Derecho* Nº 41, pp. 85-105.

⁴ Objetivo reconocido por la *Ley 41/2002, de autonomía del paciente*.

⁵ HERNANDO, SEOANE y de ASÍS consideran que asegurar la autonomía personal es el cometido principal de la confidencialidad. Sin menoscabo de otros fines, como mantener la confianza en el sistema y la relación médico paciente. Cfr. HERNANDO ROBLES, PABLO, SEOANE, JOSÉ-ANTONIO, DE ASÍS, JOSÉ FRANCISCO (2006): “La reserva de las anotaciones subjetivas ¿derecho o privilegio?”, *Revista de calidad asistencial*, Vol. 21, Nº 1, p. 32.

⁶ Artículo 19.1 del Código de Ética y Deontología médica aprobado por la Organización Médica Colegial en julio de 2011. Se puede consultar en:

https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf

mecanismos de garantía, el papel de las Comunidades Autónomas⁷; pero también los usos⁸ y la conservación de la documentación clínica⁹. Asimismo, en el artículo 15 se establece una relación con los contenidos que la historia clínica ha de reflejar, es una lista abierta, de mínimos, susceptible de ampliación. Con ella se busca abarcar aquellas informaciones transcendentales que sirvan para ofrecer al paciente el tratamiento más adecuado posible¹⁰.

No obstante, lo que aquí interesa es el derecho que todo paciente ostenta de acceder a las informaciones y datos que en esta documentación constan. Sin embargo, ese derecho de acceso de las personas a su documentación clínica no tiene carácter absoluto. La ley 41/2002 establece, en el artículo 5.4, una posibilidad de limitación general siendo, por tanto, aplicable respecto del acceso a la historia clínica: el estado de necesidad terapéutica¹¹. Situación que se produce cuando: “por razones objetivas, el conocimiento por el paciente de su situación pueda perjudicar su salud de manera grave”¹². Además, en el apartado 3 del artículo 18, se incluyen dos limitaciones específicas:

- Situaciones en las que el ejercicio de dicho derecho pueda suponer la vulneración del derecho a la confidencialidad de terceras personas. Este supuesto, específicamente referido a datos que consten en la historia clínica, trae causa de situaciones en las que, por tener interés terapéutico del paciente, consten en su documentación clínica datos de otras personas. Piénsese, por ejemplo, en

⁷ Artículo 14 de la Ley 41/2002.

⁸ Artículo 16.

⁹ Artículo 17.

¹⁰ Sobre el contenido de la historia clínica, *vid.* MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, JUAN (2006): “Historia clínica”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XVII, Nº 1, pp. 60-61.

¹¹ Sobre el estado de necesidad terapéutica *vid.* CORREA MARTÍNEZ, CÉSAR ALBERTO (2013): “Límites al Derecho de acceso a la información clínica en los casos de estado de necesidad terapéutica y anotaciones subjetivas: especial referencia al sistema español”, *Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 8, Nº 2, pp. 38 a 44.

¹² SÁIZ RAMOS, MACARENA Y LARIOS RISCO, DAVID (2009): “El Derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 18, Nº 1, enero-junio, p. 35.

informaciones sobre la procedencia de un órgano trasplantado¹³ o datos genéticos de otros familiares¹⁴.

- Las anotaciones subjetivas de los profesionales que confeccionen la historia clínica.

Será esta última restricción en la que se centrará este trabajo. La razón que motiva a reconsiderar una regulación tan añeja como la referida es la sentencia del caso Nowak y las posibles consecuencias de su doctrina en la reserva de las anotaciones subjetivas.

3. EL CASO NOWAK. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LOS EXÁMENES

El caso Peter Nowak contra Data Protection Commissioner tiene los mimbres necesarios para convertirse en una de las sentencias de referencia en lo que a protección de datos se refiere. Es cierto que, a diferencia del caso Mario Costeja y el derecho al olvido¹⁵, aquí no se está consolidando ningún derecho. Sin embargo, con este pronunciamiento, el Tribunal de la Unión Europea contribuye a perfilar qué ha de entenderse por dato personal y apuntala el alcance de una de las facetas más genuinas de la protección de datos, el derecho de acceso.

3.1. El caso.

La negativa a facilitar el acceso al escrito corregido de un examen es el origen de la controversia que motiva el pronunciamiento del TJUE. El sr. Peter Nowak había participado en el año 2009 en un examen para el acceso al *Institute of Chartered Accountants of Ireland* (Instituto de Auditores Públicos de Irlanda). Habiendo suspendido dicha prueba hasta en 4 ocasiones, decide presentar una reclamación. Desestimada ésta, el sr. Nowak opta por buscar otra forma de conseguir ver su examen y solicita, con

¹³ Con esta previsión se asegura la intimidad del donante y se asegura la confianza en la Organización Nacional de Transplantes, amén de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6.5 del *Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos*, en él se dispone que: “No podrán facilitarse ni divulgarse informaciones que permitan la identificación de donantes y receptores de células y tejidos humanos, ni podrán facilitarse a los donantes o sus familiares los datos identificadores de los receptores o viceversa”.

¹⁴ Contribuyendo de este modo a dar satisfacción al deber de secreto que la Ley de Investigación Biomédica (*Ley 14/2007, de 3 de julio*) establece, en su artículo 51, para el tratamiento de la información procedente de análisis genéticos de familiares.

¹⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014. Caso Mario Costeja vs Google.

fundamento en la Ley de Protección de Datos irlandesa¹⁶, el acceso a todos los datos de carácter personal referentes a su persona y que pudieran obrar en manos del Instituto de Auditores Públicos. Sin embargo, entre los documentos remitidos por el Instituto no se encuentra el examen, alegándose que en este no constan datos personales del solicitante.

Ante esta tesitura el sr. Nowak se pone en contacto con el Comisario de Protección de Datos quien, por correo electrónico, le señala que “por regla general, los exámenes escritos no son revisados [a efectos de la protección de datos] [...] pues, normalmente, tales documentos no son datos de carácter personal”¹⁷. Respuesta que se mantiene ante la reclamación formal subsiguiente presentada ante dicho Comisario por el protagonista de este caso. Ante esa situación, la cuestión pasó a encauzarse por vía judicial, llegando a la *Supreme Court* irlandesa que decidió elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

Estos son, planteados de manera sucinta, los hechos sobre los que el TJUE debía pronunciarse, fijándose como objetivo determinar si “las respuestas escritas de un aspirante en un examen profesional y las eventuales anotaciones del examinador en relación con aquellas son datos personales”¹⁸.

Antes de analizar la fundamentación jurídica conviene advertir que los razonamientos que dan soporte a las conclusiones del TJUE tienen como base la interpretación de los preceptos de la Directiva 95/46/CE de protección de datos. Una norma que el 25 mayo de 2018 dejará de ser de aplicación en favor del *REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la*

¹⁶ Vid. Artículos 1 y 4 de la Data Protection Act de 1988 con las modificaciones operadas por la Data Protection (Amendment) Act 2003. Del artículo 4, resulta especialmente interesante el apartado 6, referido de manera expresa al derecho de acceso a exámenes.

“A request by an individual under subsection (1) of this section in relation to the results of an examination at which he was a candidate shall be deemed, for the purposes of this section, to be made on—

(i) the date of the first publication of the results of the examination, or

(ii) the date of the request,

whichever is the later; and paragraph (a) of the said subsection (1) shall be construed and have effect in relation to such a request as if for “40 days” there were substituted “60 days”.

(b) In this subsection “examination” means any process for determining the knowledge, intelligence, skill or ability of a person by reference to his performance in any test, work or other activity”.

Para consultar las versiones de 1988, de 2003 así como las demás regulaciones sobre protección de datos de Irlanda:

<https://www.dataprotection.ie/docs/Law-On-Data-Protection/m/795.htm>

¹⁷ Vid. apartado 21 de la STJUE (caso Nowak).

¹⁸ Vid. apartado 27 de la STJUE (caso Nowak).

Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), (en adelante RGPD). Ello no merma el valor de la doctrina que dimana de esta sentencia, al ser perfectamente trasladable al panorama jurídico que la nueva normativa europea diseña.

3.2. La argumentación del Tribunal.

El estudio de la sentencia proporciona algunas nociones generales que contribuyen a un mejor entendimiento de las implicaciones de la protección de datos. Amén de perfilar el alcance de algunas de sus facetas más destacadas.

El TJUE reafirma la idea, ya sostenida en el caso Breyer¹⁹, conforme a la cual es indiferente (a efectos de su calificación como datos personales) que la información se encuentre en manos de una persona o de varias. La atribución de la condición de dato personal no dimana de ese hecho, sino del hecho de la propia naturaleza de la información. Consecuencia directa de esta interpretación es la necesidad de analizar si las informaciones en concurso pueden considerarse datos personales.

Con esta resolución, el TJUE viene a prescribir la necesidad de determinar la naturaleza de los datos en concurso. Aunque parezca una perogrullada, no deja de ser conveniente dejar establecido que, antes de entrar en disquisiciones acerca del tratamiento que ha de dársele a determinada información, se dilucide si la misma es susceptible de ser considerada como personal.

Establecida esa primera cautela, la pregunta surge sola ¿cómo saber si una información es personal? La Directiva (y el RGPD sigue la misma línea) define dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable”²⁰. Del amplio concepto pergeñado por el legislador europeo se han de extraer dos consecuencias. De una parte, que la información ha de estar referida a un sujeto específico²¹ y, en segundo lugar, que el concepto dato personal comprende un amplísimo espectro de informaciones, “tanto objetiva[s] como subjetiva[s], en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean «sobre» la persona en cuestión”²².

¹⁹ Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016, Breyer, ap. 43.

²⁰ Artículo 2 a Directiva 95/46/CE, en el mismo sentido, el RGPD en su artículo 4.1.

²¹ *Vid.* Apartado 35 de la STJUE caso Nowak.

²² Apartado 34 de la STJUE caso Nowak.

Junto a las características de la información también deben tomarse como criterios, para la identificación de un dato como personal, las consecuencias que el uso de dicha información vaya a tener en el sujeto. Ello es así porque la finalidad que inspira el tratamiento puede tener consecuencias en el titular de esa información, afectando a sus derechos e intereses y, por lo tanto, haciéndola acreedora de la consideración de dato personal.

Como se recordará, en el caso planteado, la cuestión litigiosa se centraba en determinar si las respuestas del examen y las anotaciones que el examinador había hecho podían considerarse datos personales y, consecuentemente, si el Sr. Nowak podría ejercitar, respecto a ellas, las facultades que el derecho a la protección de datos le confiere.

En lo referente a las respuestas del examen, en tanto son una plasmación del nivel de conocimiento, de las capacidades de la persona e incluso un reflejo del “proceso de reflexión, el discernimiento y la capacidad de análisis”²³, parece clara la conexión con el individuo y su capacidad para proporcionar información sobre el mismo. A los anteriores argumentos el Tribunal adicciona otro, que puede ser aplicable en múltiples casos, la expresión caligráfica y la información que, el estudio de la misma, pueda aportar.

En consonancia con esta interpretación, debe advertirse que las preguntas, en tanto que nada aportan respecto de la persona examinada, no son susceptibles de ser consideradas como dato personal²⁴. Ello supone que, el examinado, no podrá valerse de los derechos que la protección de datos le proporciona para acceder a las mismas.

No obstante, la gran aportación del caso Nowak proviene de la conceptualización que el TJUE establece de las anotaciones subjetivas. Las glosas de los examinadores al examen ¿son datos personales? Ya puede avanzarse aquí que la respuesta es positiva. El fundamento que se esconde detrás de esta decisión es simple, son anotaciones referidas al autor del examen, en ellas se hacen valoraciones sobre él, sus conocimientos y capacidades. Por consiguiente, y como criterio para supuestos posteriores, lo que debe analizarse, cuando una persona reclame su derecho de acceso a las anotaciones subjetivas, es si estas contienen valoraciones que, de algún modo, puedan vincular o afectar al

²³ Apartado 37 Caso Nowak.

²⁴ Apartado 58 Caso Nowak.

examinado, excluyéndose las que en nada se relacionen con el examinado; (aunque extravagante, no es impensable una nota de ese cariz).

Consciente de que la interpretación ofrecida puede generar ciertas controversias y dudas, el TJUE trata de adelantarse a algunas de las críticas que podrían aducirse a su interpretación. Así, advierte que una misma información puede ser considerada dato personal de más de una persona. Es decir, que el hecho de que las anotaciones subjetivas puedan ser consideradas datos personales del examinado no excluye que también lo sean del examinador. Las razones para considerar que las glosas son datos personales del examinador son las mismas que justifican que las respuestas sean datos personales del examinado (revelan las líneas de pensamiento de su autor y si están hechas a mano, la expresión caligráfica). Ahora bien, el derecho del examinador a proteger sus datos no puede hacerse en perjuicio de los derechos del examinado a conocer unas informaciones, cuyo contenido esencial, le concierne, pues están a él referidas.

La consideración de las respuestas y de las anotaciones subjetivas como datos de carácter personal no se reduce al reconocimiento del derecho de acceder a las mismas. La condición de dato personal lleva aparejado el derecho de acceso, sí, pero también las demás facultades inherentes al titular de este tipo de datos, esto es: los derechos de rectificación, supresión y el de oposición²⁵, así como todas las garantías que la legislación de protección de datos provee.

Para conjurar suspicacias acerca de un uso fraudulento del derecho de rectificación, el TJUE advierte que el ejercicio de este derecho no va a suponer la posibilidad de modificar las respuestas del examen. Todas las contestaciones, incluidas las incorrectas, son un reflejo de los conocimientos del interesado, por lo tanto, los “errores no son en modo alguno una inexactitud” susceptible de rectificación. Sin embargo, no es descabellado suponer que, en un examen (sea en las respuestas o en las anotaciones), pueda haber datos inexactos susceptibles de rectificación²⁶.

²⁵ El derecho de oposición tiene gran utilidad en situaciones como la que da origen al caso analizado. Permite que se pueda evitar que esas informaciones sean empleadas en procedimientos ajenos a aquel para el que se generaron, así como evitar su comunicación por terceros (*vid.* Apartado 50 caso Nowak).

²⁶ En el apartado 54 se plantean algunas situaciones que podrían suceder. Por ejemplo, “cuando las eventuales anotaciones del examinador no documenten correctamente la valoración que éste ha dado a las respuestas del aspirante”.

3.3. Aportaciones del caso a la protección de datos

Vistas todas las argumentaciones anteriores, a nadie puede sorprender que el TJUE haya concluido que las respuestas y las anotaciones subjetivas son datos personales. No obstante, la sentencia ofrece algunas otras aportaciones doctrinales de cierta relevancia a las que conviene hacer referencia. En primer lugar, advierte que, en el caso objeto de estudio, en atención a las circunstancias del mismo, el derecho de acceso del examinado sería ineludible y traería causa directa de la Directiva.

Consecuencia de lo anterior, resultan irrelevantes las disposiciones nacionales aplicables al caso abordado²⁷. A pesar de lo anterior, no debe considerarse que a las regulaciones nacionales como intrascendentes. Lo que el TJUE está resolviendo cuando dice que resultan indiferentes las previsiones nacionales es el supuesto concreto sometido a su consideración. En congruencia con este pronunciamiento del Alto Tribunal comunitario parece razonable concluir que aquellas legislaciones nacionales que contemplen límites para casos como el aquí resuelto deberían removerlos de sus ordenamientos.

No debe extraerse, por tanto, una doctrina general respecto a la efectividad de las disposiciones nacionales. Prueba de ello es lo dispuesto en los apartados 59, 60 y 61 en los que advierte que, tanto la Directiva 95/46/CE como el RGPD, habilitan a los Estados miembros a establecer limitaciones a los derechos de la ciudadanía en todo lo relativo a la protección de datos. Además, advierte que las propias normas europeas contienen restricciones al alcance de esas facultades, destacando que el catálogo de excepciones se ha incrementado en el nuevo RGPD.

Finalmente, conviene hacer una reflexión acerca del tratamiento que el TJUE hace del derecho a la protección de datos. De una parte, parece anudar este derecho (y las facultades a él inherentes) a la salvaguarda de la intimidad. Es decir, sin perjuicio del carácter autónomo que pueda tener este derecho, se está reconociendo el carácter instrumental del mismo²⁸. Pero, de otra, y tomando como referencia lo dispuesto en el apartado 57, parece estar situando a este derecho no ya como instrumental sino como una manifestación del derecho a la intimidad al incluir, entre las características de esta última,

²⁷ *Vid.* Apartado 56.

²⁸ *Vid.* Apartado 57.

el derecho a “cerciorarse de que los datos personales que le conciernen son exactas y se utilizan de manera lícita”. Es decir, en cierto modo, subsume elementos que se venían considerando como propios de la protección de datos en el derecho a la intimidad.

A pesar de lo señalado, no parece acertado considerar que, en esta sentencia, se pretenda cuestionar la autonomía de la protección de datos como derecho. Se ha planteado si la intimidad es un “derecho en demolición”²⁹ y es posible que sea así, puede que el derecho a la intimidad esté próximo a su obsolescencia. Pero hay otra opción, una en la que este derecho solo se encuentra necesitado de un marco de referencia más acorde a la realidad actual. A tenor de lo dispuesto en la sentencia, la intimidad sigue conservando vigencia, tal vez necesite de una reconfiguración de sus límites, pero su esencia sigue siendo necesaria, también en la era virtual.

En todo caso, las aseveraciones anteriores merecen de ciertas matizaciones y aclaraciones o, como mínimo, de un mayor desarrollo del que este trabajo permite. Ahora bien, sí resulta innegable la estrecha vinculación entre uno y otro derecho, así como el carácter instrumental de la protección de datos, no solo respecto del derecho a la intimidad (como en este caso se constata) sino para otros derechos, como la libertad, la salud o los derechos laborales³⁰.

4. LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS.

4.1. La búsqueda de una definición. ¿Qué son las anotaciones subjetivas?

4.1.1. Anotaciones subjetivas en los exámenes.

Pese a la coincidencia nominal ¿son lo mismo las anotaciones subjetivas en un examen que las de las de un profesional sanitario en la historia clínica? Lo cierto es que, al menos desde un punto de vista descriptivo, la realidad que definen se antoja, a priori, muy similar. Ambas parecen referirse a las opiniones de un profesional sobre algo sometido a su valoración, pero sin alcanzar la rigurosidad de un pronunciamiento firme y

²⁹ REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL (2016): “El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)”, en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 71-98.

³⁰ Sobre la naturaleza del derecho a la protección de datos, *vid.* TRONCOSO REIGADA, ANTONIO (2010): *La protección de los datos personales. En busca del equilibrio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 45-168.

argumentado. Aunque, lo cierto es que no se cuenta con una definición clara de ninguna de las dos realidades objeto de estudio.

EL TJUE enmarca el contenido de las anotaciones subjetivas de los exámenes, las describe como glosas que expresan “la opinión o valoración del examinador sobre los resultados [...] y, en particular, sobre sus conocimientos y competencias”³¹. La finalidad de las mismas es “documentar la evaluación de los resultados del aspirante”³². Finalmente, debe indicarse que su contenido puede tener efectos en el examinado.

4.1.2. Las anotaciones subjetivas en la historia clínica y su regulación normativa.

Por lo que respecta a las anotaciones en el ámbito sanitario, no están definidas de manera unívoca. La ley 41/2002 no ofrece una conceptualización de las anotaciones subjetivas. Las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias, han incluido en sus legislaciones previsiones similares las de la Ley 41/2002. Si bien es cierto que, algunas de ellas han ido más allá y han buscado delimitar el alcance de estas anotaciones, fijando el contenido de las mismas³³.

Las regulaciones autonómicas ofrecen regulaciones muy similares en su contenido, sirva como ejemplo de todas ellas lo dispuesto en la Ley 17/2010, de la Comunidad Foral de Navarra, en cuyo artículo 64.4 define a las anotaciones subjetivas como: “las impresiones o valoraciones personales de los profesionales sanitarios no sustentadas directamente en datos subjetivos o pruebas complementarias y que, en su criterio, resulten de interés para la atención sanitaria del paciente”.

Debe advertirse que, a pesar de la similitud de las disposiciones de todas las Comunidades Autónomas, el artículo 21.1 del Decreto 29/2009, de 5 de febrero, sobre el uso y acceso de a la historia clínica, de Galicia, realiza una afirmación ciertamente controvertida al señalar que las anotaciones subjetivas son “valoraciones personales [...]”

³¹ Apartado 43 del caso Nowak.

³² *Ibidem*.

³³ Las Comunidades que han positivizado un concepto de anotaciones subjetivas son: Extremadura (Ley 3/2005, de 8 de julio, artículo 21); Galicia (Decreto 29/2009, de 5 de febrero, artículo 21.1 párrafo 3); Comunidad Foral de Navarra (Ley 17/2010, de 8 de diciembre, artículo 64.4); Castilla La Mancha (Decreto 24/2011, de 12 de abril, artículo 21); País Vasco (38/2012, de 13 de marzo, artículo 7.4). Otras Comunidades han incorporado regulaciones similares a la estatal sin ahondar en un concepto ni fijar un contenido.

que no formando parte de la historia clínica actual del/la paciente o usuario/a, puedan influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico”.

El precepto de la norma gallega resulta, hasta cierto punto, sorprendente. Sin embargo, resultaría plausible si lo que ahí estuviera tratando de afirmar fuera que las anotaciones subjetivas no son datos de salud en sentido estricto; y que, por tanto, quedan excluidos de la parte de la historia clínica a la que el paciente puede tener acceso. Es decir, no estaría confinando a las anotaciones subjetivas fuera de la historia clínica, algo que iría contra la lógica de las mismas y sería contrario a la normativa estatal, sino que simplemente estaría reafirmando su condición de información vedada al paciente.

Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos no ha sido ajena a esta problemática y ha elaborado su propio concepto de anotación subjetiva, entendiéndola como “toda aquella documentación o registro que en su origen no está destinado a informar al paciente y/o a un tercero relacionado con el proceso asistencial, o toda aquella elaboración personal que no esté soportada o acompañada de un registro de hechos medibles y por tanto constatable”³⁴.

4.1.3. Reflexiones en torno a las anotaciones clínicas.

A tenor de las definiciones aquí esbozadas, pueden inferirse los rasgos definitorios de este tipo de anotaciones. En primer lugar, han de ser valoraciones personales, impresiones no demostradas de un profesional sanitario. En consonancia con ello, quedan descartados tanto los diagnósticos como los juicios clínicos fundamentados. En segundo lugar, esos juicios de valor deben tener relación con el estado de salud del paciente y/o ser de utilidad en la prestación de servicios sanitarios.

Con las características que acaban de referirse, queda patente la dificultad de establecer una distinción clara acerca de qué es anotación subjetiva y qué no. ¿Cuál es la diferencia entre una valoración personal y un diagnóstico médico que sí constaría en la historia clínica? Hay que tener en cuenta que no siempre resulta posible hacer un diagnóstico objetivo, la práctica médica no siempre es una ciencia exacta, el diagnóstico

³⁴ Resolución R/00633/2004, de 22 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos.

no deja de implicar “la determinación del carácter de una enfermedad mediante el examen de sus signos”³⁵.

Por lo tanto, cabe deducir que solo deberían considerarse anotaciones subjetivas aquellas valoraciones con un muy bajo nivel de certeza o suposiciones con poca o ninguna base. Entender que el campo de actuación en el que pueden entrar en juego este tipo de notas puede ser más amplio resultaría ciertamente peligroso. Y ello porque estamos ante una habilitación a los profesionales sanitarios para vedar (de manera unilateral³⁶) el derecho que asiste a sus pacientes de conocer toda aquella información atinente a su salud. De ahí la necesidad de reconducir las atribuciones de los profesionales sanitarios a unos términos más mesurados y acotados.

4.2. La normativa europea y la posibilidad de limitar el derecho de acceso.

Tomando las concepciones anteriores como referencia, resulta razonable estimar que las anotaciones subjetivas de los exámenes y las médicas son equivalentes, aunque aplicadas en ámbitos diversos. Por lo tanto, desde el punto de vista del objeto, la doctrina establecida por el TJUE sería trasladable a las anotaciones en el ámbito sanitario; debiendo, por consiguiente, facilitarse el acceso a los pacientes a las anotaciones subjetivas de sus historias clínicas. Sin embargo, como recuerda el propio Tribunal, pueden establecerse limitaciones a las facultades inherentes a la protección de datos.

La normativa europea de protección de datos, tanto la Directiva 95/46/CE como el RGPD, contemplan la posibilidad de introducir limitaciones a los derechos del interesado. A continuación se analizarán las cauciones establecidas en el RGPD. La elección de este en detrimento de la Directiva obedece a razones prácticas, en tanto será la norma de cabecera en materia de protección de datos durante los próximos años. Además, tiene la ventaja de incorporar nuevas reservas a las ya proclamadas por la Directiva³⁷. Si bien es cierto que, en el RGPD desaparece una previsión, existente en el apartado 2 del artículo 13 de la Directiva, conforme a la cual la posibilidad de los Estados miembros de

³⁵ Así lo define la RAE en la segunda acepción de diagnosticar.

³⁶ Sobre la atribución a los profesionales sanitarios y la exclusión de las instituciones sanitarias como los sujetos habilitados para hacer esta reserva, *vid.* CORREA MARTÍNEZ, CÉSAR ALBERTO (2013): “Límites al Derecho de...”, *op. cit.*, pp. 47-48.

³⁷ Entre las novedades se incluye aquellas limitaciones que sean necesarias para la garantía de los procesos judiciales, para asegurar la ejecución de demandas civiles o “la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas” (artículo 23.1.g)

establecer disposiciones que limitasen el derecho de acceso, quedaba condicionada a que “manifiestamente no exista ningún riesgo de atentado contra la intimidad del interesado”.

El análisis de las limitaciones legislativas tiene como objetivo establecer si la regulación europea contempla, entre las causas de exclusión, algún supuesto en el que se pueda subsumir la exclusión existente para el acceso a las anotaciones subjetivas de la historia clínica.

De las limitaciones previstas en el artículo 23 del RGPD solo la que tiene como objetivo “la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas” podría llegar a justificar la reserva de las anotaciones clínicas. Para ello habría que entender que tal reserva hace posible que se referencien en la historia clínica anotaciones que, de no estar protegidas por el secreto no constarían en la documentación médica. Sin embargo, resulta difícil pensar que un profesional sanitario dejara de hacer constar aquellos aspectos que, de algún modo, pudieran contribuir a diagnosticar o tratar a un paciente.

Ahora bien, ¿está justificada esta limitación? o, por el contrario, debe entenderse que la naturaleza de los intereses en conflicto hace necesario reconocer al paciente un derecho de acceso a esas anotaciones subjetivas.

Hay que apuntar un último aspecto que puede resultar crucial, el RGPD establece que el régimen de tratamiento de los datos de salud será como regla general la prohibición de su tratamiento. Estableciendo a continuación una lista de situaciones en las que se permite el tratamiento de este tipo de informaciones. Entre las causas de habilitación se encuentra el tratamiento para fines de medicina preventiva y diagnóstico médico, siempre que la persona que realice el tratamiento esté sometida a secreto profesional. Por lo tanto, Si los datos de salud son una categoría especial de datos, con un régimen más severo para su tratamiento. Parece oportuno que, en concurrencia con el reconocimiento de esa especialidad lleve aparejado la atribución al interesado de todas las facultades que la el derecho a la protección de datos le atribuye.

En todo caso, la posibilidad de limitar los derechos del interesado por parte del Estado está prevista. No obstante, debe apuntarse que el RGPD, que será de aplicación a partir de mayo de 2018, prevé en el apartado 2 de su artículo 23 que cuando un Estado miembro haga uso de su habilitación para delimitar algún derecho del interesado debe,

entre obligaciones, establecer el alcance de esas limitaciones y determinar de manera clara las finalidades que se buscan proteger.

4.3. ¿Está justificada esta reserva en favor de las anotaciones subjetivas?

El reconocimiento de una reserva al derecho de acceso a la historia clínica cuyo fin es vedar al conocimiento de los pacientes el contenido de las anotaciones subjetivas ha generado mucha polémica desde su positivación por la Ley 41/2002. Se han argüido razones de todo tipo para justificar la mencionada limitación. Los argumentos esbozados han abarcado diversas perspectivas.

Así, un repaso sucinto por la doctrina ofrece un abanico de justificaciones que van, desde aquellas que encuentran en la propiedad intelectual la razón de ser de esta restricción³⁸. Hasta quienes aducen que se trata de un supuesto de “doble contabilidad”, merced al cual, el médico podría dejar constancia de aquellos aspectos que el paciente “no le gustaría oír o no puede interpretar de forma correcta”³⁹. En este caso, la reserva operaría como un medio para garantizar que los profesionales sanitarios no se vieran coartados por el temor a que sus opiniones fuesen malinterpretadas por el paciente.

Las dos teorías reflejadas anteriormente son solo una muestra de las variadas razones que se han planteado en torno a esta cuestión⁴⁰. De todas ellas, aquí se destacará una más, la que aduce como motivo para limitar los derechos del paciente la salvaguarda de la intimidad del autor de la anotación. Este argumento, encontraría su razón de ser en la necesidad de reservar para el profesional sanitario “un espacio de confidencialidad ante los demás y ante el mismo paciente”⁴¹. Frente a este último argumento, de evidente calado, cabe oponer lo señalado por el TJUE en la sentencia que protagoniza este trabajo.

³⁸ DE LORENZO, ANTONIO (1997): *Deontología, derecho y medicina*, Madrid, Colegio de Médicos de Madrid, pp. 491-510.

³⁹ CRIADO DEL RÍO, MARÍA TERESA (1999): "Aspectos médico-legales de la historia clínica", *Medicina Clínica*, Vol. 112, Nº1, pp. 24-28.

⁴⁰ Desde que motivos procesales (para evitar la autoinculpación del profesional sanitario) hasta la protección de los intereses del paciente (argumentación claramente paternalista), también se incluyen razones de otro tipo, como el secreto profesional o la necesidad de asegurar un documento con los adecuados niveles de calidad. Todas estas razones tienen importantes lagunas, como puede constatarse en, Hernando Robles, Pablo, Seoane, José-Antonio, de Asís, José Francisco (2006): “La reserva de las anotaciones..., *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴¹ CALCEDO, ALFREDO (2000): “La historia clínica psiquiátrica: entre el secreto y el acceso del paciente”, en Calcedo, Alfredo, (ed.), *Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica*, Madrid, Panamericana, p. 81.

Esto es, que “unos mismos datos pueden concernir a varias personas físicas y, por tanto, ser datos personales de cada una de estas”⁴².

A las razones de quienes defienden la necesidad de mantener oculta a los pacientes las anotaciones subjetivas, pueden oponerse las argüidas por quienes consideran que se trata de una limitación difícil de justificar. En este sentido, destaca la opinión de LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, al poner el acento en el hecho de las impresiones subjetivas también van a tener influencia en la delimitación del diagnóstico⁴³. Con esa premisa, no resulta extraño que encuentre difícil aceptar que la mera decisión personal del profesional sanitario pueda impedir al paciente la ejecución de su derecho de acceso a su información sanitaria⁴⁴. Argumentación que resulta lógica si se tiene en cuenta que, esas informaciones, sea cual sea su nivel de precisión, están referidas a la salud del paciente (de no estarlo, no estaría justificada su presencia en la historia clínica).

Entonces, ¿cuál puede ser el motivo para establecer esta limitación? La razón que encuentra LUCAS MURILLO DE LA CUEVA es, descartada la protección de los intereses del paciente, la salvaguarda los intereses del profesional que ha hecho las anotaciones⁴⁵. Más contundentes aún se muestran HERNANDO, SEOANE y de ASÍS, al considerar a las anotaciones subjetivas “un privilegio innecesario y carente de justificación, propio de otros tiempos y modelos, paternalistas, de relación clínica”⁴⁶. Estos autores consideran que es un privilegio innecesario en tanto en cuanto, los derechos de terceros así como los supuestos en que el conocimiento de una información pudiera tener consecuencias negativas en la salud del paciente ya están protegidos mediante otras excepciones. Con ese panorama la existencia de anotaciones subjetivas quedaría sin una finalidad que la justificase (más allá de la protección de los intereses del profesional sanitario).

⁴² Apartado 45 caso Nowak.

⁴³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO (2006): “El Derecho Fundamental a la Protección de los Datos relativos a la Salud” en Ripoll Carulla, Santiago (ed.) y Bacaria Martrus, Jordi (coord.), *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Madrid, Marcial Pons y Agencia Catalana Protección de Datos, p. 38.

⁴⁴ En el mismo sentido EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a ÁNGELES (2009): *Protección de Datos: Intimidad y Salud*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters.

⁴⁵ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO (2006): “El Derecho Fundamental a...”, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁶ HERNANDO ROBLES, PABLO, SEOANE, JOSÉ-ANTONIO, DE ASÍS, JOSÉ FRANCISCO (2006): “La reserva de las anotaciones...”, *op. cit.*, p. 37.

5. CONCLUSIONES.

La protección de datos se erige en un instrumento fundamental para garantizar el derecho a la intimidad. Sin embargo, será la posible afectación de la intimidad la razón última para enervar las posibles limitaciones que pudieran establecerse a los derechos de acceso, rectificación o supresión. Así lo entiende el TJUE en el caso Nowak.

En esta sentencia, además de reconocer el carácter de derecho personal de las respuestas de los exámenes, se atribuye idéntica consideración a las anotaciones subjetivas de los examinadores. Las razones que inspiran esa resolución dimanar de la afectación que estas pueden suponer para los derechos e intereses del afectado, amén de referirse a su capacidades y condiciones personales. Doctrina que, en principio, es aplicable a los exámenes y convocatorias en concurrencia pública, lo que lleva a preguntarse si dichos procesos, en España, cuentan con los mecanismos para hacer efectivos estos derechos.

Analizada la sentencia, surge otra pregunta ¿resultaría trasladable la doctrina del caso Nowak a las anotaciones subjetivas en la historia clínica?

Del estudio de la naturaleza de las anotaciones subjetivas en el ámbito sanitario se desprende que las mismas se refieren a observaciones y valoraciones sobre la salud del paciente. Consideraciones que, con mayor o menor intensidad, van a tener algún tipo influencia en la determinación del diagnóstico y posteriores tratamientos que reciba el paciente. Con esas premisas, resulta difícil negar su condición de dato personal del paciente. Por consiguiente, si son un dato personal del paciente, están amparadas por la normativa de protección de datos.

Por lo tanto, y con todas las cautelas que han de guardarse en un ámbito tan complejo y lleno de aristas, lo cierto es que, resulta difícil sostener una excepción de los derechos inherentes a la protección de datos respecto de las anotaciones subjetivas en la historia clínica. Si, hasta ahora, se había debatido acerca de la conveniencia de establecer este tipo de cautelas, la sentencia protagonista de este trabajo contribuye a inclinar la balanza hacia las posiciones que abogan por la desaparición de esta causa de limitación del derecho de acceso.

La utilidad del caso Nowak no se reduce a proveer de argumentos a quienes defienden la eliminación de la reserva de las anotaciones subjetivas, sino que se trata de

un argumento capital, capaz de alterar la actual regulación sobre la materia. De hecho, puede servir como precedente ante los tribunales. Si un ciudadano quisiera conocer el contenido de las anotaciones subjetivas que consten en su documentación clínica podría reclamar el acceso a esas informaciones apoyándose en la doctrina que esta sentencia se establece. Una reclamación de este cariz tendría visos de terminar con un resultado favorable a los intereses del paciente.

La impronta del caso Nowak se materializa en una contribución tangible, los derechos a la protección de la salud y a ser informado, han encontrado un nuevo aliado, el derecho a la intimidad. Para la protección de esos derechos se hace imprescindible permitir a los pacientes el ejercicio del derecho de acceso (y también de los derechos de rectificación, supresión y oposición). Especialmente en el caso de los datos de salud, los cuales tienen, como régimen general, la prohibición de su tratamiento. Si se habilita un mecanismo para su tratamiento, para conveniente que esta excepción vaya acompañada de las máximas capacidades de control de la información por parte de los ciudadanos, para proteger sus intereses.

Con todas estas cuestiones en mente, la opinión de quien escribe es clara, la protección de la intimidad del paciente, sumada a los otros derechos en juego, tiene suficiente enjundia para enervar las limitaciones que operan respecto de las anotaciones subjetivas en la historia clínica. No parece razonable mantener una excepción de las facultades de control de la información personal amparándose en una reserva cuyo fundamento último es la defensa de los intereses del médico, o personal sanitario, autor de la anotación.

6. BIBLIOGRAFÍA

CALCEDO, ALFREDO (2000): “La historia clínica psiquiátrica: entre el secreto y el acceso del paciente”, en Calcedo, Alfredo, (ed.), *Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica*, Madrid, Panamericana.

CORREA MARTÍNEZ, CÉSAR ALBERTO (2013): “Límites al Derecho de acceso a la información clínica en los casos de estado de necesidad terapéutica y anotaciones subjetivas: especial referencia al sistema español”, *Vía Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 8, Nº 2, pp. 34-52.

- CRIADO DEL RÍO, MARÍA TERESA (1999): "Aspectos médico-legales de la historia clínica", *Medicina Clínica*, Vol. 112, Nº1, pp. 24-28.
- DE LORENZO, ANTONIO (1997): *Deontología, derecho y medicina*, Madrid, Colegio de Médicos de Madrid, pp. 491-510.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a ÁNGELES (2009): *Protección de Datos: Intimidad y Salud*, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters.
- HERNANDO ROBLES, PABLO, SEOANE, JOSÉ-ANTONIO, DE ASÍS, JOSÉ FRANCISCO (2006): "La reserva de las anotaciones subjetivas ¿derecho o privilegio?", *Revista de calidad asistencial*, Vol. 21, Nº 1, pp. 31-38.
- IGLESIAS DÍEZ, AGUSTÍN (2017): "La mala educación: la violación sistemática del secreto médico en Argentina", *Revista de Bioética y Derecho* Nº 41, pp. 85-105.
- JÚDEZ, JAVIER, NICOLÁS, PILAR, DELGADO, MARÍA TERESA, HERNANDO, PABLO Y OTROS (2002): "La confidencialidad en la práctica clínica: Historia clínica y gestión de la información", *Medicina Clínica*, Vol. 118, Nº 1, pp. 18-37.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO (2006): "El Derecho Fundamental a la Protección de los Datos relativos a la Salud" en Ripoll Carulla, Santiago (ed.) y Bacaria Martrus, Jordi (coord.), *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Madrid, Marcial Pons y Agencia Catalana Protección de Datos, pp. 21-43.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, JUAN (2006): "Historia clínica", *Cuadernos de Bioética*, Vol. XVII, Nº 1, pp. 57-68.
- REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL (2016): "El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción)", en *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 71-98.
- SÁIZ RAMOS, MACARENA Y LARIOS RISCO, DAVID (2009): "El Derecho de acceso a la historia clínica por el paciente: propuesta para la reserva de anotaciones subjetivas", *DS: Derecho y salud*, Vol. 18, Nº 1, enero-junio, pp. 21-42.
- TRONCOSO REIGADA, ANTONIO (2010): *La protección de los datos personales. En busca del equilibrio*, Valencia, Tirant Lo Blanch.