

DERECHO A LA INTIMIDAD VERSUS TRATAMIENTO DE DATOS SANITARIOS.¹⁵⁹

Fermín Morales Prats.

El título: “El derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios” es un acierto porque en esta dialéctica de tensión se moverá un poco mi explicación, que no pretende ser una conferencia muy articulada sino una serie de reflexiones sobre la problemática. Dialéctica de tensión porque, como saben ustedes, está reconocido constitucionalmente el derecho a la intimidad, nadie lo duda, en su dimensión informática, artículo 18.4 de la CE, y tenemos una ley que ha sucedido a la ley del 92 de protección de datos: la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999, de Protección de datos de carácter personal.

Nadie duda que hoy en día existe en España un derecho a la intimidad en su dimensión informática, traducido en una libertad informática, en un derecho a la autodeterminación informativa, en libertad informática, como lo queramos denominar, privacidad informática, como dicen los anglosajones o, como dicen los alemanes, derecho a la autodeterminación informática. Esto nadie lo duda. Pero, en el sector de la salud, de los datos sanitarios, o de esa intimidad informática proyectada en el ámbito de la salud, tampoco nadie duda de que hoy es imposible gestionar los servicios sanitarios sin una informatización de los datos sanitarios. Luego se trata de un ámbito donde las soluciones jurídicas no son fáciles. No es un ámbito donde podamos decir, como dicen a veces algunas Directivas o Convenios europeos: aquí en este ámbito interdicción o prohibición general de informatización de los datos.

No podemos elaborar soluciones jurídicas, ni de gestión de los servicios, desde esta perspectiva. Es evidente, es perentorio, es necesario, en el ámbito sanitario la informatización de los datos. Y ahí se genera una dialéctica de tensión entre un derecho a la intimidad, un derecho a la privacidad en su proyección informática, y

una informatización creciente de los datos sanitarios. Efectivamente, en este ámbito jurídico todas las fórmulas jurídicas vienen a significar un pacto entre tecnología y libertad; pacto entre tecnología y libertad que en el ámbito sanitario significa generar un circuito de confidencialidad de los datos sanitarios, es decir, hay un derecho a la intimidad, hay un derecho al control sobre esos datos sanitarios por parte del afectado, o el titular de los datos, y esos derechos deben articularse en un circuito de confidencialidad; circuito, como veremos ahora, de confidencialidad complejo.

En España ¿tenemos esclarecido ese circuito de confidencialidad, ese circuito que se genera en el ámbito sanitario de los centros de salud, de los centros sanitarios? La respuesta es no. Tenemos un ordenamiento jurídico, desde mi punto de vista, muy primario y muy deficiente, y que a grandes rasgos les describo. Tenemos una Ley de Protección de Datos que analizaremos ahora, donde en dos pasajes se habla de los datos de salud, de los datos personales sanitarios. En el artículo 7 se inscriben estos datos en el núcleo duro de la privacidad del individuo, se dice que son datos especialmente protegidos, para luego en ese mismo artículo y en el artículo 8 el legislador proceder a levantar garantías jurídicas porque es consciente de que no puede establecer unas garantías férreas, es decir, es consciente, por ejemplo, de que al titular de esos datos no se le puede estar pidiendo el consentimiento expreso todo el tiempo; es consciente el legislador de que esos datos deben poder circular en el circuito de salud. De ahí que después de decir que son datos especialmente protegidos levanta las garantías, para, al final, en el artículo 11, decir que se podrá acceder a los mismos entre los centros sanitarios del circuito público de salud, etc.

¹⁵⁹ *Transcripción literal de la Ponencia presentada en el marco del IX Congreso Derecho y Salud. “Cambios en el derecho sanitario: ¿La respuesta adecuada?”, celebrado en Sevilla en noviembre de 2000*

Si ustedes me permiten, las declaraciones de los artículos 7, 8 y 11 de la Ley de protección de datos, son meras declaraciones retóricas, no contienen un estatuto jurídico. Claro, uno puede pensar que este estatuto jurídico de confidencialidad de los datos, en definitiva, de pormenorización de las soluciones jurídicas, dentro de buscar fórmulas de compromiso entre intimidad y gestión de los datos, se situará, quizá, en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad a la que remite la Ley de Protección de Datos. La respuesta es no. Tampoco ahí encontramos un estatuto jurídico. Si ustedes van a la Ley General de Sanidad, a la Ley del Medicamento, etc., encontrarán también cláusulas generales, declaraciones programáticas, donde se reconoce el derecho a la intimidad, el derecho a la confidencialidad de los datos, el deber de secreto profesional, y poco más.

Quiero decir, con esto, que no tenemos un estatuto jurídico desarrollado sobre los datos personales informatizados de salud, y creo que es una necesidad legislativa imperiosa. Cuando hablo de un estatuto jurídico, ahora pondré algún ejemplo, me refiero a un estatuto jurídico desarrollado, es decir, a un segundo eslabón normativo que desarrolle y articule las declaraciones, que son sólo programáticas, de la Ley General de Protección de Datos. Claro, ustedes se preguntarán ¿es que allí donde haya una gran masa de datos informatizados deberá crearse una ley sectorial sobre los datos personales? No lo sé. Podríamos identificar distintos sectores. Pero sí tengo la certeza de que en el ámbito de los datos sanitarios es preciso la Ley, porque es ingente la informatización de datos sanitarios y la gestión de los servicios de salud y sanitarios dependen de esa informatización de datos, y todo eso se plasma en un instrumento esencial del sistema de salud, que son las historias clínicas del paciente, informatizadas por supuesto.

Y ahí sí identificamos un ámbito seguro, indiscutible, donde es precisa una ley sectorial, una ley de segundo eslabón que desarrolle la Ley General de Protección de Datos porque, insisto, no tenemos ese estatuto jurídico. Y si tuviéramos esa ley sectorial, que debería ser orgánica, por supuesto, porque significaría el desarrollo de parte esencial de un derecho fundamental como es el derecho a la intimidad en el ámbito sanitario, y los datos sanitarios forman parte del núcleo duro de la parte esencial del derecho a la intimidad, como dice la Ley General de Protección de Datos, si tuviéramos esa ley orgánica podríamos generar leyes o normativa de tercer eslabón como se ha hecho en otros países. Por ejemplo, normativa en los centros sanitarios, en los hospitales, etc., esto

es, estatutos que pormenorizaran lo que debiera decir esa Ley de los Datos Sanitarios.

Protocolos en los hospitales, como recomienda el Consejo de Europa, donde, a la vista de los aspectos de gestión de ese centro hospitalario, se articula o se modula la protección de los datos sanitarios, donde se pueden incluir incluso en el estatuto o en el protocolo de ese centro hospitalario los criterios deontológicos que parecen mejores, etc. No tenemos todo esto, y tenemos el mundo al revés, es decir, no tenemos generada la *prima ratio* jurídica, el ámbito jurídico donde se crean las reglas de juego pormenorizadas. Y, en cambio, sí tenemos desarrollada la *ultima ratio* jurídica, el estatuto jurídico más pormenorizado de la protección de datos personales y también de los datos sanitarios, como es el Código Penal del 95, es decir, lo que es el instrumento jurídico más primitivo, la *ultima ratio*, el brazo sancionador del derecho más contundente y primitivo. Hay, pues, un concreto estatuto jurídico pormenorizado de las reacciones penales cuando se producen violaciones de este derecho a la intimidad en su faceta informática. Y la situación es preocupante, porque si yo tengo la *prima ratio* atrofiada, donde las reglas de juego no están claramente establecidas y, en cambio, tengo muy desarrollado y pormenorizado el estatuto penal de las reacciones penales, pueden producirse reacciones jurídicas o soluciones jurídicas poco armónicas.

Lo comentábamos ahora en la pausa: las declaraciones o las previsiones penales del Código Penal del 95 en este ámbito no son retóricas: hay un régimen de figuras agravadas, que luego veremos, que pueden disparar las penas en 4 hasta 7 años de prisión, donde, además, hay cumplimiento de prisión efectiva. Luego les daré algunas recomendaciones respecto de cómo deben posicionarse a veces los centros sanitarios en el proceso penal cuando se produce una fuga de datos, al menos la manera de abrir un paraguas para que no le rebote al centro sanitario una fuga de datos protagonizada por un empleado desleal o una persona que trabaja en el centro sanitario y que de manera desleal provoca una fuga de datos o los vende etc., etc. Pero, la foto fija actual del ordenamiento jurídico español, para mí es preocupante. A mí me preocupa que hayamos desarrollado primero el Código Penal en esta materia de una manera muy pormenorizada y moderna -y yo he sido una de las personas que he reclamado este desarrollo penal-. De todos modos, no hemos inventado nada, pues es muy similar al que puedan tener Italia, Alemania u otros países, con matices.

No hemos inventado nada porque, claro, yo siempre he postulado este desarrollo del Código Penal del 95,

pero desde la perspectiva que hubiéramos desarrollado más la *prima ratio* jurídica. Es una suerte del mundo al revés que en otros ámbitos del Código Penal del 95 también se produce, pero este es uno de ellos y muy marcado. Y esta es la preocupación que alumbrará mis reflexiones, porque, insisto, todas las dudas que a muchos de ustedes se les generan en su vida profesional respecto de la protección de la intimidad y los datos del paciente y la gestión sanitaria de esos datos, se producen porque ustedes van a los textos normativos, a las leyes, y solamente encuentran cláusulas genéricas, incluso aunque encuentren un precepto muy largo, como el artículo 61 de la Ley General de Sanidad, que les habla de las historias clínicas, que es una parte esencial del problema del que estamos hablando ahora. Les pongo un ejemplo de mi preocupación y de la reflexión que intento traer aquí para que luego si quieren discutamos. Por ejemplo, una información de noviembre de 1999 de un periódico de tirada estatal en un artículo de reflexión a raíz de unas noticias firmado por un conocido representante de una Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública. El título del artículo de fondo es “Privatización de los archivos de historias clínicas” y es un artículo de denuncia. Uno lo lee e incluso veladamente puede pensar: cuidado, aquí se está produciendo una cesión de una masa ingente de datos personales ilegal que incluso podría encajar en el Código Penal de 1995.

Y yo puedo coger este artículo y darle la vuelta y decir: no, quien escribe esto, que es una persona autorizada en el mundo sanitario, una persona que sabe, se equivoca. Podría hacer una lectura diciendo que lo que se dice aquí da lugar a una criminalización de estas conductas, pero yo puedo también hacer otra lectura: no, se equivoca quien dice esto, porque esto es posible. Voy al artículo 12 de la Ley de Protección de Datos y no hay en realidad una cesión de datos, se trata de una decisión de centros hospitalarios que pueden decir que a partir de ahora la gestión de los archivos de historias clínicas me la hará tal empresa privada especializada; voy al artículo 12 de la Ley, que me dice que es posible realizar este tipo de acuerdos con las garantías de confidencialidad con un protocolo, etc. Y el artículo 12 de la Ley me dice que aquí no hay una cesión de datos sino que hay un acceso a los datos personales sanitarios por cuenta ajena. El responsable del tratamiento de los datos del centro sanitario firma un protocolo con una empresa especializada y si me contratan como abogado además diré que esto es mucho mejor porque esa empresa privada especializada garantizará mejor la gestión y la confidencialidad de los datos y las medidas de seguridad porque, justamente, es una empresa especializada.

Observen la banda de interrogantes: ¿Se trata de una práctica que puede quedar criminalizada? O ¿es una práctica que no debería ser tolerada? O incluso ¿es una práctica amparada y fomentada por la nueva Ley de Protección de Datos? Cuando el ámbito interrogativo es tan grande, desde lo criminalizable hasta lo fomentado por la Ley de Protección de Datos, es que no tenemos desarrollado en España de manera adecuada y articulada el estatuto de los datos sanitarios informatizados. Esta sería la reflexión. La angustia es esta, -para mí la angustia es relativa evidentemente, duermo por las noches-. La angustia profesional es esta. No hemos cerrado debates básicos sobre aspectos antiguos de la protección de datos, como es este, porque tenemos una ley desde el 92 y seguimos abriendo nuevos debates. Los especialistas en este sector ahora ya estamos en el mundo de Internet, ¿el hacker hasta qué punto debe ser castigado?

Vamos a cerrar primero estos debates primarios del problema antes de abrir otros, es decir, Internet ya lo arreglaremos, si podemos, que yo creo que no; va a ser muy difícil. Pero es que estamos abriendo otros debates cuando los debates ya un poco antiguos -la primera ley española es del 92 y el debate previo a la ley es anterior, de la segunda mitad de los años 80- no los hemos cerrado. Entonces, claro, vivimos de soluciones que, a mi juicio, no son buenas. Vivimos de soluciones traídas de consultas interpretativas a la Agencia de Protección de Datos. Sí, la Agencia de Protección de Datos de manera voluntarista te dirá lo que opina, etc., etc., siempre y cuando a un tercero previamente no se le haya ocurrido meter una querrela previamente, entonces ya ni consulta a la Agencia, ni nada. Vamos a defendernos o vamos a acusar y lo digo con cierta, debería ser felicidad, porque claro sería más trabajo para los penalistas, pero con cierta preocupación porque uno, por encima de intereses corporativos, de tener más o menos trabajo en su ámbito profesional, se antepone la conciencia jurídica general, es decir, no podemos vivir en un mundo donde potencialmente son criminalizables muchas conductas porque no está esclarecido el estatuto jurídico.

Vamos a cuestiones más concretas: ¿por qué digo todo esto? Porque la vigente Ley de Protección de Datos no ha cambiado mucho en esta materia de los datos sanitarios y de los datos de salud con respecto a la ley del 92, es decir, ni hemos avanzado ni hemos retrocedido. Es una Ley que viene a plasmar básicamente las ideas o las declaraciones programáticas. He dicho antes que los datos de salud están en el núcleo duro de la privacidad del individuo. No es una manifestación subjetiva, sino que lo dice la propia Ley. Dice en el artículo 7 cuáles son los

datos especialmente protegidos. Ahí habla de datos relativos a la ideología, a las creencias religiosas, creencias políticas etc. Habla de datos que yo todavía no sé muy bien por qué son informatizables. En otros países no lo son, por ejemplo, los datos relativos al origen racial de las personas. No me imagino un uso social positivo para la informatización de datos sobre el origen racial de las personas, no alcanzo a entenderlo. En otros países este dato del origen racial de las personas no es informatizable, hay una prohibición general, aquí sí. También son informatizables datos relativos a la vida sexual. Tampoco me imagino que por sí mismo el dato relativo a la vida sexual informatizado pueda facilitar gestión de servicios, etc., y dentro de este conjunto de datos especialmente protegidos se sitúan los datos relativos a la salud, en el artículo 7.3., junto a los datos de origen racial y de vida sexual y dice que estos datos sólo podrán ser recabados, es decir, cedidos, tratados, gestionados informáticamente cuando por razones de interés general así lo disponga una ley. Vamos a las leyes que hay y son declaraciones programáticas tan programáticas como la del propio artículo 7. Tampoco se nos pormenoriza que la Ley que permita el tratamiento de datos deba tener un rango de Ley Orgánica. Hay una suerte de deslegalización de materias aquí, porque este es un contenido esencial de derecho a la intimidad, como he dicho antes.

Efectivamente, si el sistema de salud, si los centros sanitarios, dependieran en la gestión de los datos personales de que cada vez el afectado consistiera expresamente, tendríamos una suerte de sistema atrofiado en la gestión de la información, incompleto, etc. Eso es una utopía. No se puede pedir el consentimiento expreso continuamente. Por lo tanto, siempre funcionamos con paraguas de legalidad. Y como no hay un régimen jurídico pormenorizado, los interrogantes de distintos colectivos profesionales son muchos. Por ejemplo, consultas de colectivos: en el ámbito farmacéutico los colegios profesionales tienen la reflexión siguiente: aparte de que nos busquen como partners para evitar el fraude, las recetas, etc., podíamos mejorar el servicio profesional de atención farmacéutica si tuviéramos más datos personales del paciente o del cliente a la hora de advertirle la contraindicación de medicamentos. Oiga usted, me pide un sedante muy fuerte y tiene graves problemas respiratorios, quizá está contraindicado, quizá no debería usted tomar esto, claro ahí hay un paraguas de legalidad.

Si tenemos un paraguas de legalidad o un consentimiento, podemos informatizar los datos, pero el legislador se quedó intranquilo con esto, diciendo a ver si no he aclarado las cosas, y en el artículo 7.6, unos epígrafes

más abajo, dice “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3, datos especialmente protegidos, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención, diagnósticos médicos, etc.”.

Ya lo he dicho antes. En la intranquilidad de esclarecer que en el ámbito sanitario de prestaciones de salud es posible la informatización de datos siempre que se guarde el secreto profesional, haya confidencialidad, que es lo que dice el precepto, esto es, siempre que se trate de diagnósticos médicos, de prestación de asistencia sanitarias, tratamientos médicos, gestión de servicios sanitarios, ya no tenía más expresiones que utilizar, y dijo, bueno yo me paro aquí, siempre que dicho tratamiento se realice, será posible la informatización por un profesional sanitario, sujeto al secreto profesional. Cuidado, alguno igual no es profesional sanitario propiamente, entonces añade, o por otra persona sujeta así mismo a una obligación equivalente al secreto.

Bueno, como el artículo 10 de la Ley de Protección de Datos obliga al secreto profesional a todo aquel que trate con datos personales informatizados, que es el secreto profesional en versión informática, pues estamos al cabo de la calle. Y se equivoca porque dice: “siempre que ocurra todo esto, se podrán informatizar los datos del artículo 2 y 3”. No sólo los datos sanitarios, sino que so pretexto ahora de la gestión de los servicios y prestaciones sanitarias, se pueden informatizar datos relativos a la ideología, a la filiación sindical, a la religión, a las creencias, a la vida sexual, al origen racial. Ustedes me dirán no, esto no suele pasar en los hospitales, pero es lo que dice la Ley, es decir, que a raíz de las prestaciones sanitarias es posible. La Ley ampara la informatización de todo tipo de datos especialmente protegidos. Probablemente no quería decir esto. El legislador quería decir que solamente son informatizables los datos de salud. Pero ahí se equivocó y ahora resulta que si alguien en un centro sanitario dice no, yo puedo ahora informatizar todo tipo de datos, la ley lo ampara. En fin, que tenemos cláusulas generales que, además, no aciertan o, al menos, introducen incertidumbres interpretativas producto de defectos técnicos. ¿Y todo esto por qué es posible? Porque no tenemos establecido un debate que esclarezca el estatuto profesional de estos datos. Pero no acaba aquí la inquietud del legislador para decirle al ciudadano y a los agentes que operan en el sistema sanitario que los datos son informatizables, porque dicho todo esto, en el artículo 8, machaca, es decir, golpea de nuevo el legislador diciendo: “sin perjuicio de lo que dispone el artículo 11, Cesión

de Datos, entre administraciones, entre centros sanitarios del sistema público de salud respecto a la cesión, las instituciones y centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal". Por tres veces nos dice lo mismo el legislador y nos lo dice retóricamente. Esto es el Estatuto de la Ley de Protección de Datos.

Evidentemente, todo esto está complementado: seguridad de datos. Nos vamos al reglamento del 99 de seguridad de datos, que por cierto es de junio del 99, creo recordar, y la nueva Ley es de diciembre del 99, por lo cual hay un desajuste de origen entre el reglamento y la Ley del 99, porque la nueva ley del 99 surge, ya en trámite parlamentario, de manera inopinada, porque en principio era una reforma parcial de la ley del 92, a la cual nos obligaba la Directiva europea sobre protección de datos, pero una enmienda a la totalidad dice que hacía falta una nueva Ley y a una parlamentaria le había gustado el tema de nueva Ley. Entonces alguien dijo: hombre, si acabamos de introducir el reglamento de medidas de seguridad; pues es igual, ya pondremos en las disposiciones finales que sigue valiendo lo relativo a la nueva ley. Pero cuando uno va al reglamento de medidas de Seguridad resulta que sí hay desajustes con la nueva Ley. Y es que, claro, el reglamento está pensando en la Ley anterior. Todo esto es una suerte de desgracia y nos abre interrogantes en cadena.

Pero vamos a la seguridad en los datos, que está en el reglamento del 99. Los datos de salud sí están protegidos. Ahí tenemos que el reglamento nos dice cosas concretas, son datos de salud especialmente protegidos y estamos en un nivel alto de medidas de seguridad. Y ahí sí es el único ámbito donde existen previsiones legales concretas, un nivel alto de medidas de seguridad, nos lo dice el artículo 4 del reglamento.

Cuando se lee el reglamento del 99 muchos de los centros sanitarios o sectores que tienen datos que están en nivel se plantean un convenio, un protocolo con una empresa especializada privada que se ocupa de estas cosas, porque si yo me he de buscar un responsable de medidas de seguridad, he de cumplir con las reglas del nivel básico, hacer auditorías periódicas, tener un registro de incidencias, tener los soportes distribuidos de determinada manera, los registros de acceso, tener copias de respaldo, recuperación y telecomunicaciones, que todo esto es muy técnico, pues claro, mejor concierto con una empresa especializada. Y ese es el sentido del artículo 12 de la Ley de Protección de Datos: oiga, mire, a mí me han metido en un huracán normativo y estoy angustiado

también, ¿qué hago? Entonces viene una empresa especializada y dice no se preocupe, que yo soy un gestor de sus datos por cuenta del responsable del tratamiento; nómbrame a mí mismo responsable de seguridad de los datos, hacemos un protocolo y un concierto, nos ampara el artículo 12 de la Ley. Si hay una fuga de datos, el primer responsable soy yo y yo le gestiono todo esto y cumplimos con el reglamento en medidas de seguridad. Entonces esa información del diario a la que he aludido antes no sería cierta, serían personas que buscan una gestión adecuada de sus datos en las medidas de seguridad, que buscan cumplir con el reglamento de medidas de seguridad de una manera adecuada. Todo esto en una lectura bondadosa de los hechos que se denunciaron. Y así está la situación. Si ustedes me preguntan ¿hay previsiones normativas más completas? Yo les diré no, no hay previsiones normativas más completas, no tenemos un Estatuto Jurídico más perfilado, a partir de aquí todo son interpretaciones y opiniones, criterios jurisprudenciales, criterios doctrinales, no hay más reglas jurídicas. No hay un régimen jurídico pormenorizado.

Por ejemplo, hablemos de las historias clínicas, tema sensible, porque ahí precisamente hay una suerte de apuesta por la integración de todos los datos personales y sanitarios de un individuo, de una integración muy sintética que desde el punto de vista de la prestación de servicios y de gestión facilite las cosas. Y ahí tenemos la declaración del artículo 61 de la Ley General de Sanidad, las previsiones generales de la Ley de Protección de Datos, derecho de acceso, modificación de errores, cancelación, pero las historias clínicas producen una problemática jurídica profunda. El artículo 61 de la Ley General de Sanidad dice que quiere garantizar el derecho a la intimidad y está el deber del secreto. Siempre este matrimonio que está en todas las declaraciones normativas. Intimidad, confidencialidad, deber del secreto profesional, este matrimonio indisoluble, porque el deber del secreto profesional es un instrumento de garantía del derecho a la intimidad, pero no avanza más la Ley ya no nos concreta.

Y ¿cuándo entender que quedo dispensado del deber del secreto profesional? Hay mala suerte en esta materia pues tampoco está desarrollada la previsión del artículo 24 de la Constitución sobre la regulación jurídica del deber del secreto profesional. Cuándo cede o no cede en el proceso, pues tampoco, es decir que no tenemos ni el Estatuto Jurídico de la confidencialidad de los datos y tampoco el Estatuto Jurídico de la modulación de ese deber de secreto profesional, por ejemplo, en el ámbito judicial o en situaciones extremas, frente a la Adminis-

tración, o frente a la propia agencia de protección de datos.

¿Cómo funciona este deber de secreto profesional? Si viene un inspector de la Agencia de Protección de Datos, que es el garante de los datos informáticos, entonces yo me desnudo, le abro todos los ordenadores, le permito acceder a toda la información, o es un inspector más de la Administración Pública, donde le debo decir dígame qué quiere, déme quince días para responderle.

¿Qué es esto? Porque, claro, todos esos aspectos tan concretos no están desarrollados, ya he dicho que el artículo 24 de la Constitución en materia del deber de secreto profesional tampoco está desarrollado, y a partir de aquí todo son opiniones. Por ejemplo, ¿a quién pertenece la historia clínica? Sabemos que pertenece a alguien. Parte de esa información -leemos la Ley de protección de datos, leemos el artículo 61- se proyecta sobre el ámbito de la personalidad del paciente, por lo que hay un derecho a la intimidad, pero ¿el sujeto puede acceder a toda la historia clínica, a todo el contenido? Ahí está toda la especulación de si el propio profesional de la medicina tiene una suerte de propiedad intelectual, solamente de parte de la historia clínica donde hay aportaciones, reflexiones, deducciones de cómo evoluciona el paciente o no; o si ese contenido intelectual de la historia clínica no pertenece tanto al médico como al propio centro sanitario. Luego ahí ya tenemos un problema que habría que abordar normativamente.

¿Hay un derecho de acceso a la historia clínica por parte del propio paciente? Sí hay derecho de acceso. ¿Puede acceder a toda la historia clínica? El sentido común jurídico nos dice que no, porque puede haber reflexiones, aportaciones del médico que pertenecen al médico. Puede haber juicios subjetivos, por ejemplo, en el ámbito del tratamiento psiquiátrico de algunas enfermedades, el médico puede proyectar en esa historia clínica que el paciente tiene una mal diagnóstico, o que es bastante irreversible el proceso; y si el paciente quiere acceder a esa historia clínica, habrá que segregarse la información que se le facilita porque puede recibir un fuerte impacto emocional.

Es muy fácil decir derecho de acceso a la historia clínica porque es un derecho que forma parte del núcleo esencial del derecho a la intimidad informática, del derecho de acceso, del derecho al control sobre mis propios datos. Es un derecho que hemos de madurar porque en la historia clínica puede haber partes que se refieren a la propia gestión, que pertenecen al centro hospitalario, o partes que pueden llegar a pertenecer al profesional mé-

dico porque hay reflexiones científicas de cómo progresa el paciente, e incluso, partes que afectan al paciente, pero que son juicio de evolución de diagnóstico por parte del médico, que si el paciente accede a ellos puede recibir un impacto emocional grande y negativo.

Siempre estamos ante soluciones jurídicas del principio de proporcionalidad, ese gran principio que al final es todo y nada, es decir, vamos a mantener todos los intereses en conflicto en la medida de lo posible. El derecho a la intimidad del paciente, el posible derecho de propiedad sobre el aspecto de la historia clínica del médico o del centro sanitario; lo que es evidente que aquí no podemos funcionar con soluciones rotundas: todo pertenece al médico, todo pertenece al centro sanitario o todo pertenece al paciente. Pero esto no está legislado, esto son opiniones, podemos tener alguna expresión de alguna normativa autonómica que dice algo, de alguna Comunidad Autónoma, pero poco régimen jurídico hay.

Luego se plantea que las historias clínicas pueden tener un interés científico. Aquí hay que acabar ya con un debate superfluo. Cuando hay interés científico en una historia clínica, hay una cosa que se llama, que lo dice la Directiva Europea, que lo dice la Ley de Protección de Datos, disociación de los datos. Puede tener interés científico una enfermedad que padece fulanita porque está evolucionando de una manera con el nuevo tratamiento. En efecto, puede tener todo el interés científico, pero no tiene ningún interés identificar quien es ese sujeto. Con que se diga que tiene tal edad es suficiente. Hay que disociar los datos. La cultura de la disociación hay que fomentarla, ahí donde sea posible. Y esta cultura no está fomentada.

El Instituto Nacional de Estadística no para de pedir información a los ciudadanos sobre cuestiones que afectan a la intimidad de las personas. Pero no pide disociada la información y te amenaza con sanciones. Hace unos años en una consulta al Colegio de Abogados de Barcelona, nos amenaza el Instituto Nacional de Estadística con sanciones a los profesionales que no den tales datos. Afortunadamente, yo no he recibido el cuestionario. Quien lo haya recibido que me deje ver uno. Se preguntaba: dígame usted cuáles son los clientes a los que les ha minutado más, por qué tema, cuánto dinero, quién era la parte contraria, quién trabaja en su despacho, cuánto cobra, qué experiencia tiene. Era un striptis profesional del despacho, y al final había una coletilla que decía: usted deme los datos que yo ya los convertiré en anónimos antes de introducirlos en el sistema. No mire usted, primero me los pide sin amenazarme demasiado y me los pide de manera anónima, que venga alguien del Instituto

de Estadística a mi despacho, y yo le cuento los datos y los disociamos aquí mismo; o si no cuando usted tenga los cuestionarios sellados, lacrados, etc. los abre en el propio Instituto Nacional de Estadística y el Colegio de Abogados mandará a alguien de la junta, un garante, que certificará que usted va disociando los datos, al introducirlos en el sistema.

Por qué esta constante petición de información que desde el punto de vista de la gestión del servicio, del interés científico -hablamos ahora de los datos sanitarios, pero para el Instituto Nacional de Estadística es igual- no tiene ningún sentido que el dato esté personalizado. No me invoquen Directivas Europeas. Las Directivas Europeas que esgrime el Instituto Nacional de Estadística no dicen eso. Cuando al Instituto Nacional de Estadística le dices que le voy a llevar ante la Agencia de Protección de Datos, entonces cede. Porque la Agencia de Protección de Datos le ha advertido decenas de veces que la normativa específica del Instituto Nacional de Estadística le dice que puede informatizar datos, pero con la cláusula del secreto profesional siempre. No es un mundo a parte la Ley de Protección de Datos. También está sometido el Instituto, como Administración, a la Ley de Protección de Datos.

Esto es un debate que, a mi juicio, puede cerrarse bien. Si hay interés científico en una historia clínica, disocie los datos, que no tiene por qué identificar a las personas, etc.

Este ejemplo de las historias clínicas nos dice que debemos avanzar hacia un Estatuto Jurídico pormenorizado en materia de protección de datos sanitarios o de estatuto jurídico donde se creen las reglas de juego ya aceptablemente.

Como decía antes, el ámbito o estatuto jurídico más pormenorizado está en el Código Penal. Uno lee el Código Penal y dice: es preocupante esto porque los artículos 197 al artículo 201 están dedicados a delitos contra la intimidad, entre los cuales están los delitos informáticos, de abuso informático, y, además, me dice que si los delitos contra la intimidad por abuso informático se producen respecto de datos especialmente protegidos, datos de la salud, además, el legislador prevé tipos agravados donde las penas se disparan.

Solamente quisiera hacer dos o tres reflexiones sobre las cuestiones penales. Ustedes ya van conociendo el Código Penal, que no tiene una aprobación tan reciente. Ya hace tiempo que ha entrado en vigor. De momento me voy a centrar en tres aspectos.

Primero. En el ámbito de este circuito de confidencialidad que se genera a raíz de los datos sanitarios, un circuito de confidencialidad complejo, donde participan muchas personas, donde hay grandes problemas técnicos, un gran stock de información, etc. En este ámbito los tipos penales que van a dar más juego, en teoría, no son aquellos que explícitamente hablan del abuso informático, porque los tipos penales o las conductas delictivas del artículo 197 están estructurados de tal manera que siempre reclaman dos fases en la comisión del delito; una, que haya un acceso ilícito a los datos, un apoderamiento ilícito, un tratamiento ilícito, que se informaticen datos que no deben ser informatizados. Ese es el presupuesto, la conducta básica, y sobre esa conducta básica hay una conducta agravada, que es la cesión a terceros o revelación ilícita de los datos. De manera tal que sin el presupuesto del acceso lícito no puede funcionar el delito agravado de revelación. Pero en el ámbito de los centros sanitarios lo más frecuente es que se produzcan fugas, cesiones o comunicaciones de datos ilícitas, es decir, que la hipótesis es otra a la prevista en el delito de abuso informático del artículo 197, la hipótesis secuencial es otra; una persona que lícitamente detenta los datos, los gestiona, trata con ellos, accede lícitamente a ellos, e ilícitamente luego los revela, los cede, los comunica a terceros, es una hipótesis diversa la del artículo 197. Probablemente el legislador penal no fue consciente de esto, cuando hablaba de tipos agravados, del responsable de los datos sanitarios, porque todos los tipos del artículo 197, están estructurados en estas dos fases.

Y, en cambio, en esta materia el precepto que adquiere un juego aplicativo, probablemente inadvertido en un primer momento, es el artículo 199 del Código Penal, donde habla de la violación del secreto profesional. Cuando uno lee el artículo 199, probablemente piensa en conductas como la intimidación no informática, no de abuso informático, piensa en el profesional de la abogacía, en el profesional de la medicina, etc., que revela datos de su paciente, pero no de manera informática. El artículo 199 es el precepto que puede entrar más en aplicación, con penas menores a las del 197, porque ahí sí hay una persona que lícitamente detenta la información e ilícitamente la revela a terceros. Ningún problema hay para acudir al 199 para incriminar las conductas más frecuentes ilícitas con relevancia penal, que gravitan solo sobre la cesión, comunicación o revelación ilícita de los datos.

Porque el artículo 199.2 cuando habla de profesionales que revelan los secretos de otra persona, estructura el precepto sobre profesionales que tienen una obligación jurídica estatal, instituida por el derecho estatal, de reser-

va o sigilo profesional. Cualquier persona que trata con datos especialmente sensibles del núcleo de la intimidad en el ámbito informático, en la gestión informática de un servicio, está sometida al secreto profesional, porque lo dice el propio artículo 10 de la Ley de Protección de Datos que hay un deber profesional de secreto. Luego hay un deber de secreto profesional informático, que la Ley de Protección de Datos, extiende en el tiempo, incluso a un momento posterior en el que ya haya finalizado la relación profesional con esos datos; una previsión novedosa que no existe en otros ámbitos del secreto profesional: aún después de finalizar su relaciones con el titular del fichero pervive la obligación de secreto profesional para evitar situaciones que podemos imaginarnos todos: una empresa le dice, deja de trabajar ahí y dame todo el stock de información que te doy no sé cuantos millones de pesetas y además te contrato. El sujeto deja de trabajar y dice yo ya he cesado, ya no estoy allí, ya no tengo deber de secreto profesional. Evidentemente esas situaciones de fraude de secreto profesional han querido ser evitadas. El precepto en juego es el 199; un precepto que puede dar muchísimo juego. Evidentemente, son tantas las personas que pueden tener acceso a los datos en un circuito de prestación sanitaria que el artículo 199 va muy bien, incluso si podemos discutir el carácter profesional de alguien que trata con los datos de las historias clínicas no es problema, porque el artículo 199.1 del Código Penal habla también de la revelación de los secretos conocidos en razón del oficio, de las relaciones laborales. Lo digo porque si alguien del personal subalterno piensa que el propiamente no es un profesional, también está incurso en el 199 porque eso es una revelación de secreto relevante penalmente. El artículo 199, que no está previsto para conductas ilícitas en el sector informático, paradójicamente es el precepto más aplicable en las situaciones tipo, podrán haber accesos in consentidos en el ámbito del 197, pero lo más normal serán fugas de datos provocadas por personas que están dentro del circuito de confidencialidad.

Segunda cuestión. El Código Penal contiene en el artículo 200 una previsión un poco enigmática, dice: lo dispuesto en este capítulo de delitos contra intimidad será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes. Es decir, que el que Código Penal en el artículo 200, de un plumazo, en un breve artículo dice, mire, todo lo que he dicho hasta ahora también es aplicable a los datos reservados de personas jurídicas. ¿Qué son datos reservados de personas jurídicas? En la Ley de protección de Datos no se habla más que de personas físicas, es decir, la Ley española responde al nivel estándar

patrón de las Leyes europeas, después del debate de principios de los 80, donde se decidió en los países europeos no extender esta legislación de protección de datos a los datos de personas jurídicas. Vamos a los convenios internacionales y lo mismo, se someten las Directivas y los Tratados internacionales de protección de datos, a los de personas físicas. Vamos a la doctrina del Tribunal Constitucional y alguna sentencia dice que en el ámbito domiciliario, de la protección de los domicilios, etc., puede haber una suerte no de intimidad, sino de que la persona jurídica vehiculiza la intimidad de las personas físicas. Podemos discutir si el honor es de las personas, si es de los colectivos, de las personas jurídicas, pero intimidad relativa a los datos personales informatizados, las personas jurídicas no tienen intimidad.

¿Cómo se interpreta esto? Porque esto es importante. Yo interpreto que por datos reservados de las personas jurídicas se está refiriendo a personas jurídicas que gestionan, detentan, poseen, custodian, datos de personas físicas, es decir, son datos reservados de personas jurídicas, pero que reflejan datos de la intimidad de personas físicas, de terceros. Esto ocurre en muchos ámbitos, en las entidades bancarias, por ejemplo, centros sanitarios, sistema de salud y así sucesivamente. Y lo que ha querido el Código Penal es legitimar a estos custodios de datos de terceros que los gestionan, que los tratan, que tienen que incluir medidas de seguridad para protegerlos. El Código Penal ha querido extender la tutela penal, legitimando a estas personas jurídicas para que se puedan personar en el proceso como acusadores si hay una fuga de datos.

La solución jurídica no me parece mala, es una solución experimental, la he podido vivir en la práctica profesional, y aceptada por los tribunales; porque, claro, si tú a los responsables de una persona jurídica les dices, tienes que nombrar a un responsable del tratamiento de datos, tienes que nombrar un responsable de medidas de seguridad, tienes que cumplir con las medidas de seguridad, te responderán que yo no puedo ser el vigilante y asegurar que todas las personas que estén implicadas con este fichero o banco de datos serán fiel proyección de todas las normas jurídicas. Yo no sé si tendré un empleado infiel, si tendré un empleado que vaya mal de dinero y con problemas familiares y tome estos datos a cambio de dinero. Y lo que el Código Penal quiere establecer es la posibilidad de que los responsables de estas personas jurídicas, que tienen sobre sí estas obligaciones que les impone la Ley de Protección de Datos, en un primer momento puedan denunciar los hechos, porque sino no podrían denunciarlos ya que, en principio, son delitos

perseguidos a estancia de parte del propio titular de los datos. Esto legitima a las personas jurídicas a denunciar la fuga de datos. Porque si la persona jurídica no denuncia en vía penal la fuga de datos con comunicación paralela a la Agencia de Protección de Datos, luego en el ámbito del proceso penal puede quedar en una posición procesal diversa, y el que da primero da dos veces, denuncia tú, personate tú como acusador y evita males mayores. Luego pasa lo que pasa, que se hace ofrecimiento de acciones al titular de los datos personales y el titular dice a mí no me maree, yo que sé; pero es que aquí se ha personado el que detenta sus datos y está acusando de que sus datos están circulando por ahí; pero a mí no me maree, ya ha ejercido la acción penal y a mí no me

maree. Esto es muy común, hay muy poca cultura jurídica en el ciudadano a la hora de proteger su intimidad.

La previsión del artículo 200 da un gran juego aplicativo. No es que las personas jurídicas tengan intimidad en sí mismas, sino que yo creo que es una previsión instrumental con una gran previsión procesal. En la práctica estos delitos contra la intimidad están generando, al menos en una primera fase aplicativa, muchos procedimientos en fase instructoria, más de los que preveíamos, es decir, la impresión es que el ejercicio de acciones penales cuando vienen apoyadas en una buena prueba policial por parte de profesionales informáticos, que describen en términos inteligibles al Juez de Instrucción la fuga datos padecida, etc., pues el procedimiento penal avanza.

