

La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica*

Dr. iu., Dr. med. Carlos M. Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna. Tenerife

y

Dra. María Castellano Arroyo

Catedrática de Medicina Legal y Toxicología
Facultad de Medicina Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. El secreto médico. 1.1. Sentido del deber de secreto y marco legal general. 1.2. Circunstancias en las que el médico está obligado a revelar el secreto. 1.2.1. Declaración de enfermedades infecto-contagiosas. 1.2.2. Deber de denuncia de delitos. 1.2.3. Declaración como perito o testigo. 1.3. Situaciones en las que el médico está obligado a guardar el secreto. 1.3.1. El médico como funcionario público. 1.3.2. En materia de publicaciones científicas, docencia, estadísticas, etc. 1.4. Otras situaciones conflictivas. 1.4.1. El médico de empresa. 1.4.2. La confidencialidad en relación con el paciente aquejado de sida. 1.5. Perspectivas de reforma. 1.5.1. Protección del secreto o la intimidad en atención a los medios utilizados para su agresión. 1.5.2. El secreto laboral o profesional. 1.5.3. Protección de la propia imagen. 1.5.4. Revelación de secretos por parte de funcionario público o autoridad. 2. La Historia Clínica. La confrontación entre el derecho de acceso a la misma y la protección de los intereses del médico y de la intimidad del paciente. 2.1. Naturaleza jurídica y propiedad de la historia clínica. 2.2. Acceso a la historia clínica por el paciente. 2.2.1. Obtención de información suplementaria personal. 2.2.2. Continuación o inicio de un tratamiento en otro centro o con otro profesional. 2.2.3. Utilización en un procedimiento judicial. 2.3. Acceso de terceros con fines de inspección, estadísticos o científicos. 2.4. Acceso a la historia para fines de investigación judicial.

1. EL SECRETO MEDICO

1.1. Sentido del deber de secreto y marco legal general.

El médico en su relación con el paciente debe actuar siempre en beneficio de éste, tanto en lo personal como en lo referente a su salud y su vida. En esta línea de pensamiento la Medicina, desde sus orígenes, incorporó en su práctica la salvaguarda de la intimidad y el respeto a la información derivada de esta relación presidida por la confianza. Por eso ya el Juramento Hipocrático contemplaba el secreto, que también ha estado presente con formulaciones diferentes en las sucesivas declaraciones de la Asociación Médica Mundial.

No obstante, el derecho a la intimidad personal ha sido probablemente el más repetidamente ignorado en el ámbito hospitalario, quizá como práctica refleja de su escasa valoración en nuestra sociedad, aunque es verdad que en estos momentos se ha despertado una mayor sensibilidad hacia el mismo, quizá, sobre todo, desde su consagración por la Constitución de 1978 como un derecho fundamental (art. 18)¹. Por tal motivo el secreto médico debe quedar protegido de forma general por la normativa que protege el derecho a la intimidad. Este derecho a la intimidad presenta múltiples facetas, algunas de las cuales afectan al ejercicio de la Medicina, como es el rechazo a toda intromisión no consentida en la vida privada, la no difusión de la información profesionalmente

* La primera parte de este trabajo, relativa al secreto médico, fue presentada como ponencia por los autores a las "VI Jornadas de la Sociedad Española de Medicina Legal y Forense" (Granada, 26 al 29 de mayo de 1993), titulada "Aspectos médico-legales del nuevo Código Penal. Derecho Médico". La segunda parte, dedicada a las historias clínicas, ha sido elaborada y redactada por Carlos M. Romeo Casabona.

¹ Art. 18.1: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Art. 18.4: "La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". (En los otros apartados se protege la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones).

obtenida, la protección de los datos personales informatizados, etc. Veamos brevemente la normativa aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen considera intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien lo revela, imponiendo la obligación de indemnizar el daño causado con la intromisión (art. 7.4).

La Ley 14/1986 de 25 abril, General de Sanidad, reconoce el derecho de todos al respecto a su intimidad y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su caso (arts. 10.1 y 3 y 61)², y afecta tanto a los pacientes y usuarios de centros sanitarios públicos como privados (art. 10.15).

Por otro lado, se plantean manifestaciones específicas de la protección de la confidencialidad en algunas disposiciones en las que se insiste en la obligación del anonimato de receptores, donantes, etc., y en ocasiones se tipifica como infracción la revelación del secreto, así: Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social³; para los Centros dependientes de la Seguridad Social rige también el secreto profesional sobre la enfermedad del paciente, de acuerdo con las normas deontológicas,⁴ en materia de extracción y trasplante de órganos⁵; en relación con la interrupción voluntaria del embarazo⁶ y con las técnicas de reproducción asistida⁷; en relación

con las recetas, aunque no afecta directamente a los médicos⁸; y sobre ensayos clínicos⁹. Sin embargo, hay que tener presente que la Ley impone la obligación al personal médico de facilitar información a las autoridades sanitarias o a sus agentes (art. 35. B, 5" y C, 5"), la que deberá compatibilizarse con el deber de confidencialidad que la misma Ley impone en relación con los pacientes propios.

La cobertura penal del secreto profesional en general es todavía insuficiente¹⁰. No obstante, el médico funcionario está obligado penalmente por el deber de secreto (art. 367 del código Penal)¹¹, en cuyo caso quedará obligado al deber de confidencialidad que compromete a los funcionarios públicos. Téngase en cuenta que a los efectos penales el concepto de funcionario es mucho más amplio que el que se deduce de la legislación administrativa sobre la función pública, pues debe estarse a lo dispuesto en el art. 119, 3 del CP, criterio que ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia en relación con los médicos que prestan sus servicios en establecimientos sanitarios públicos. Sin embargo, el deber de secreto del médico que actúa en el ejercicio privado no tiene cobertura penal, pues los arts. 497 y ss. del CP no serán aplicables más que en supuestos muy excepcionales en la práctica clínica.

² Art. 10. 1 y 3: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias: I. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical. 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público". Sobre el art. 61 véase más abajo.

³ Aprobado por Decreto 3160/1963 de 23 de diciembre.

⁴ V. Reglamento General para el régimen, gobierno y servicio de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social (O.M. 7 julio 1972), art. 148. 3: "Con independencia de las normas reguladoras del régimen de los enfermos durante su permanencia en la Institución, que serán recogidas en los Reglamentos de Régimen Interior de las Instituciones, los enfermos asistidos tendrán los siguientes derechos: 3. A que se mantenga el secreto profesional en cuanto a su enfermedad, de acuerdo con las normas deontológicas".

⁵ Ley 30/1979, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, art. 4.d; R.D. 426/1980, de 22 de febrero, que desarrolla la Ley sobre extracción y trasplante de órganos, art. 2.e.

⁶ RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, arts. 4.2 y 9 párr. 3º.

⁷ Ley 35/1988 de 22 de noviembre (arts. 2.5 y 5.5).

⁸ Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, arts. 85.5 ("Los trámites a que sean sometidas las recetas y órdenes médicas y especialmente en su tratamiento informático, respetarán lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad") y 98 ("Información agregada. La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud es de dominio público salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria..."). En cuanto a los datos personales recogidos en las recetas médicas, el RD 1910/1984, de 26 septiembre, sobre la receta médica, establecía ya con carácter general la protección de la intimidad personal (art. 9), que se entiende comprenderá también al farmacéutico y a sus empleados.

⁹ RD 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos, art. 11.7: "Todas las partes implicadas en un ensayo clínico guardarán la más estricta confidencialidad de forma que no se viole la intimidad personal ni familiar de los sujetos participantes en el mismo. Así mismo deberán tomarse las medidas apropiadas para evitar el acceso de personas no autorizadas a los datos del ensayo".

¹⁰ V.D.M. LUZÓN PEÑA. "Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español", en *Poder Judicial*, nº especial XIII. 1990, pp. 133 y ss.: E. OCTAVIO DE TOLEDO, "Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional", en *La ley*, nº 612. 1983, pp. 1 y ss.

¹¹ Art. 367: "El funcionario o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para terceros, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas".

Por su parte, los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial imponen distintas sanciones a los Médicos que revelan los secretos de los pacientes fuera de las circunstancias exigidas por la Ley.

En consecuencia, el respeto a la intimidad del paciente implica, en primer lugar, no ir más allá de lo estrictamente imprescindible en la exploración (p. ej., interrogatorio acerca de su vida personal, familiar y social; incluso la práctica de determinadas pruebas) médica necesaria para elaborar un diagnóstico correcto. Pero, sobre todo, alude directamente al correlativo deber de confidencialidad, al secreto profesional, escasamente protegido en nuestra legislación hasta hace pocos años y hoy todavía de forma insuficiente en algunos aspectos, precisamente el médico-sanitario, según lo acabado de exponer. Este deber se extiende a todo lo relativo a los resultados de las exploraciones y pruebas practicadas, así como al diagnóstico, pronóstico y a la enfermedad misma y al tratamiento¹², incluso al hecho de la hospitalización y, si es solicitado por el paciente adulto, la confidencialidad del médico alcanza también a guardar el secreto frente a los familiares (a pesar de que la LGS incluye a éstos en el deber de información: art. 10 nº5). Como veremos más abajo, incluye la protección de la propia imagen, en particular en relación con publicaciones científicas, y la confidencialidad en relación con las historias clínicas. Sujetos de tal deber son *todos* los profesionales sanitarios y parasanitarios, cualquiera que sea su rango o función, en consecuencia, no sólo los médicos o enfermeras, como suele entenderse. Interesante es al respecto la sentencia sobre responsabilidad civil en aplicación de la citada LO 1/1982 (art. 7.4), donde se indica que afecta a la intimidad y supone una intromisión ilegítima en la misma la divulgación de análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona, sin que en tal caso pueda prevalecer el art. 20 de la CE (libertad de expresión) frente al derecho de intimidad que también reconoce aquélla (art. 18.1)¹³.

¹² V. Gerhard H. SCHLUND, *Handbuch des Arztrechts* (A. Laufs/W. Uhlenruck, eds.), ed. C.H. Beck, München 1992; p. 381.

¹³ STS (1ª) 13 marzo 1989 (Rep. AC 691-1989). En realidad parece ser que el condenado no fue un profesional de la sanidad, sino la Federación de Atletismo, que reveló a una agencia de noticias —que luego difundió la información— que una atleta española había sido sometida a determinados análisis, detectándose en ellos una alteración cromosómica de carácter congénito (presencia de un cromosoma xy), circunstancia que determinaría su baja en un próximo encuentro atlético. Por lo que se refiere a la libertad de expresión se estimó que la noticia de la baja en la competición era difundible sin tener que divulgar los motivos, en cuanto que se referían a algo tan “íntimo y arcano que afecta a la personalidad de una persona, como es su conformación cromosómica”.

Como hemos visto, la LGS recoge con toda nitidez este derecho de confidencialidad de los pacientes (art. 10.1 y 3) e, incluso, establece en otro lugar que deben quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de secreto por quien en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica (art. 61). El deber de confidencialidad sólo cede cuando así lo establece directamente la Ley¹⁴, o se deduce de ésta como consecuencia de un estado de necesidad (art. 8º nº 7 del CP) o de una colisión de deberes (art. 8º, nº 11 ó 7, según las opiniones, del CP) o lo autoriza el Juez apoyado en el ordenamiento jurídico. Indudablemente, el consentimiento del interesado, si es adulto, o de sus representantes legales si es un menor o un incapacitado, releva de tal obligación en los términos en que alcance dicha autorización. Por otra parte, tampoco supone ninguna violación del deber de secreto la transmisión de información relativa al paciente a otros facultativos o profesionales sanitarios en el medio hospitalario, cuando es necesaria para la realización de pruebas o de otros tratamientos acompañantes (art. 61 de la LGS), o al personal administrativo en todo lo necesario para el desempeño de su función, sin olvidar que todos ellos están obligados del mismo modo por un deber de secreto compartido.

Todas estas manifestaciones del derecho a la intimidad han de pasar por un nuevo banco de pruebas: el relativo a la informatización de los datos personales de los enfermos hospitalizados (o ambulatorios), pues el recurso a estas tecnologías es ya irreversible por sus innegables ventajas; pero al mismo tiempo aumentan los riesgos de ataques a la intimidad personal y a otros intereses individuales relativos a los datos que los medios informáticos hacen tan vulnerables¹⁵; es previsible que en un futuro próximo esta materia requiera una especial atención y la

¹⁴ V. COBREROS MENDEZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la Salud*. Gasteiz, 1987, p. 267.

¹⁵ V. F. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho*, (Publ. Universidad de Valencia, Valencia 1984), passim; F. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, (ed. Destino, Barcelona 1984), passim; F. MORALES PRATS, “Confidencialidad, intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva jurídico-penal” en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990* (Insalud, Madrid 1992), pp 131 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, (Fundesco, adrid 1998), pp 25 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA, “La reforma penal ante las nuevas tecnologías de la información”, en *Informática e Derecho*, 1987, pp 115 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA/E. DOMINGUEZ GARCIA, *El derecho ante las nuevas tecnologías de la información en el ámbito sanitario* (Informe redactado por encargo del Ministerio de Sanidad y Consumo) (La Laguna 1991); E. SOLA RECHE, “La protección penal de la intimidad informática”, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, nº 11, 1991, pp. 79 y ss.

adopción de medidas específicas de protección a medida que se vayan aprovechando al máximo las importantísimas funciones y servicios que han de prestar los medios informáticos en el ámbito sanitario. Se ha retrasado considerablemente en nuestro país el cumplimiento del mandato constitucional de aprobar una ley (a la que aludiremos a continuación) que limite el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 de la CE), a lo que también obligaba el Convenio Europeo para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, que fue ratificado por España en 1984 y constituye derecho interno. De todas formas conviene mencionar que el art. 6º del Convenio establece que los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías adecuadas. Como se ve, se refiere a los llamados "datos sensibles", incluidos con frecuencia en las bases de datos informatizadas de los hospitales españoles, en la medida que incluyen las historias clínicas u otros datos "sensibles" de los pacientes. En cualquier caso, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre la *Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* (LORTAD)¹⁶, establece que los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente (art. 7.3), al tiempo que autoriza a las instituciones y a los centros sanitarios públicos y privados y a los profesionales correspondientes, al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que acudan a ellos o hayan de ser tratados en los mismos con observancia de lo que disponen la LGS (arts. 8, 10, 23 y 61), la Ley del Medicamento de 1990 (arts. 85.5, 96 y 98) y la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (arts. 2, 3 y 4) y demás leyes sanitarias (art. 8 de la LORTAD). Esta Ley poco aporta de modo específico para la protección efectiva de estos datos, a salvo de reconocerles su carácter de datos especialmente protegidos, pues las remisiones legales aludidas al secreto o a la confidencialidad, que ya

¹⁶ Aunque no afectan directamente a los datos relativos a la salud, debe dejarse constancia de que hay pendientes cuatro recursos de inconstitucionalidad presentados contra esta Ley.

estaban protegidos sectorialmente, como hemos visto más arriba. En consecuencia, habrá que esperar a que se apruebe la Propuesta de Directiva sobre la misma materia que se está concluyendo en el seno de la Comunidad Europea (1990)¹⁷, la cual, previsiblemente, permitirá una protección de los datos del paciente de modo mucho más efectivo que en la actualidad, dado que se han estudiado las particulares repercusiones de la misma en el ámbito sanitario. Esta Directiva, o el propio desarrollo de los acontecimientos, previsiblemente exigirán la puesta a punto de una normativa específica en nuestro ordenamiento jurídico. De todos modos, aunque no podamos extendernos aquí más sobre ello, debe darse cuenta al menos de la importante labor orientadora que está realizando en esta materia el Consejo de Europa a través de varias Recomendaciones ya aprobadas¹⁸. La rápida y constante evolución de la aplicación de los medios informáticos a los datos médicos y relacionados con la salud y las nuevas implicaciones jurídicas suscitadas han movido a este organismo internacional a renovar y actualizar la primera de sus Recomendaciones, para lo cual se está elaborando en su seno un *Proyecto de Recomendación relativa a la protección de los datos médicos*; aspectos reseñables son tomar como punto de partida la protección de la vida privada (en coherencia, parece, con el Convenio Europeo de 1950); la protección de los datos referidos al concebido; derecho a la información, consentimiento, acceso y rectificación por parte del interesado; recogida, comunicación, seguridad y conservación de los datos; el tratamiento de datos con fines de investigación; el flujo transfronterizo de datos médicos; y sigue en discusión la introducción en dicho Proyecto de reglas específicas para la protección de datos genéticos (bien en un artículo separado o integrando en su lugar adecuado las referencias particulares sobre esta materia), cuya complejidad es todavía mucho mayor.

Finalmente, y en relación con estos datos tratados automatizadamente, el CP vigente no otorga una protección directa a los mismos, pues no contiene todavía ningún delito sobre el particular; no obstante, las infracciones cometidas por los funcionarios públicos tendrán fre-

¹⁷ *Draft Proposal for a Council Directive approximating certain laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data.*

¹⁸ Así, Recomendación de 1981, R(81)1, relativa a la reglamentación aplicable a los bancos de datos sanitarios automatizados; Recomendación de 1983, R(83), relativa a la protección de datos de carácter personal utilizados con fines de investigación científica y estadísticos; Recomendación de 1989, R(89), sobre la protección de datos de carácter personal utilizados para fines de empleo.

cuenta cabida en el delito ya mencionado del art 367, mientras que si se trata de particulares, el art. 497 bis (sobre interferencias y captaciones de las comunicaciones telefónicas) puede ofrecer algún resquicio, discutido y en todo caso residual y muy excepcional para la materia que nos ocupa¹⁹.

Teniendo, de acuerdo con lo expuesto, como marco general la obligación de velar por la intimidad de las personas, la regulación legal del secreto médico en España nos presenta tres tipos de situaciones más particulares:

1.2. Circunstancias en las que el médico está obligado a revelar el secreto.

1.2.1. Declaración de enfermedades infecto-contagiosas

En este caso el secreto se transmite a profesionales de la Medicina (Jefatura provincial de sanidad, Servicio de Medicina Preventiva del Hospital, etc.) para que se establezcan las medidas de prevención dirigidas al control de la enfermedad y a evitar su contagio a otros²⁰. Se defiende, por lo tanto, el interés colectivo frente al individual. Sin embargo, en nuestra opinión no se trata de revelar un secreto en sentido amplio, sino en retransmitir una información médica a otros médicos y/o autoridades que actuarán también en beneficio del paciente y de la colectividad; estos médicos y autoridades quedarán igualmente obligados en la salvaguarda y protección del secreto, por lo que nos encontramos con un "secreto compartido", y no con un secreto divulgado.

1.2.2. Deber de denuncia de delitos

La Ley de Enjuiciamiento Criminal propone la obligación general de los ciudadanos de denunciar los delitos que lleguen a su conocimiento (art. 259), pero esta obligación general se refuerza específicamente para los médicos cuando en el art. 262 se puntualiza:

"...Si la omisión en dar parte fuese de un profesor en Medicina, Cirugía o farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a...".

Así mismo, en el artículo 576 del Código Penal se dice²¹:

¹⁹ V. ROMEO CASABONA, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., P. 30.

²⁰ V. la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

²¹ V., por ejemplo, la STS (2ª) 15 enero 1974

"Los facultativos que, apreciando señales de envenenamiento o de otro delito en una persona a la que asistieren o en un cadáver, no dieran parte inmediatamente a la autoridad, serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, siempre que por las circunstancias no incurrieren en responsabilidad mayor"²².

Esto conduce a la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial mediante un parte de lesiones u oficio todos aquellos hechos que puedan ser constitutivos de delito o a los que se prevean repercusiones judiciales (traumatismos, envenenamientos, malos tratos a niños, minusválidos o mujeres o al cónyuge, abortos, muertes repentinas, etc.). De este modo, y dada su especial situación y cualificación, los médicos pueden desarrollar una importante labor de ayuda a la Administración de Justicia, en particular cuando la persona a la que asisten o el cadáver que inspeccionan presentan indicios de haber sido víctimas de un delito.

Por otro lado, el deber de denuncia de los delitos de que tuvieren conocimiento, que, como vimos, obliga también a los médicos, supone una clara y criticable limitación sobre el deber de secreto, cuando se refiere a su propio paciente, en particular si los indicios revelan la sospecha de la posible comisión de un delito por parte de aquél, pues aunque la CE prevé que por razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, los casos amparados por dicho secreto deben ser regulados por una ley (CE, art. 24.2), pero ésta todavía no ha sido aprobada. En estos casos, se contraponen dos deberes, que se hallan en conflicto, el de confidencialidad al que le obliga claramente la ley, y el de denunciar, expresado con no menor rotundidad. Resulta difícil sin el apoyo de ese necesario desarrollo legal de la Constitución, aportar criterios jurídicos para resolver tal colisión de deberes, para lo que es necesario ponderar todos los intereses en juego, incluidos los de terceras personas²³; en cualquier caso, significa llamar la atención de que la solución no es puramente automática en favor del deber de denuncia, o a la inversa, sino que hay que ponderar en cada caso concreto el criterio a seguir.

1.2.3. Declaración como perito o testigo

En estos casos, el médico perito, al hacerse cargo de un peritaje, debe comunicar mediante su informe los resultados a que le conduzca su estudio. Cuando la pro-

²² Esta responsabilidad mayor se refiere especialmente al delito de omisión de denunciar determinados delitos (art. 338 bis. 2 del CP)

²³ V. más extensamente al respecto, José CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, Tecnos, Madrid, 1990., pp. 48 y s.

puesta es a instancia de parte, recibe el consentimiento para practicar los actos médicos necesarios para su misión, por lo que el interesado releva al médico de su obligación de secreto, esta situación sería similar a la que se presenta en relación con los certificados médicos, en la que se da publicidad a un hecho médico con fines muy variados. Por ello el certificado sólo se extenderá a petición de las personas autorizadas jurídicamente, el propio interesado, los padres del menor, el tutor o responsable legal en los casos que lo requieran, ya que sólo el interesado o las personas legalmente autorizadas podrán relevar al médico de su obligación de confidencialidad.

1.3. Situaciones en las que el médico está obligado a guardar el secreto.

1.3.1. El médico como funcionario público.

Aun aceptando el amplio concepto penal de funcionario público ya mencionado, esta situación se presenta sobre todo en los médicos que son funcionarios públicos en sentido estricto, como médicos forenses, del registro civil o de prisiones, planteando, a veces, conflictos entre su tarea de información a las autoridades y su deber de confidencialidad para las personas a las que reconoce.

1.3.2. En materia de publicaciones científicas, docencia, estadísticas, etc.

Este derecho constitucional a la intimidad y el del mismo rango a la propia imagen (art. 18.1 de la CE) impide la publicación en obras científicas (y, por supuesto, también en los medios de comunicación social) de fotografías u otros datos que permitan la identificación del paciente si éste no ha consentido a ello con anterioridad, a pesar de que la LGS no sea todo lo explícita que debiera al respecto en el propio art. 10, pero está claramente protegido en la LO 1/1982 (art. 7.5 y 6), si bien admite excepciones, como el interés cultural relevante (art. 8.1)²⁴. En estos casos el médico adoptará medidas para que la forma de presentación de la publicación, conferencia, etc., impida la identificación de las personas a las que se refiera. En el caso de las estadísticas, la in-

²⁴ No apreció tal interés relevante la STS (1.) 19 octubre 1992, en relación con una publicación que tenía por objeto la información educativa dirigida a enseñantes sobre una experiencia llevada a cabo en un colegio público, pero que insertó de forma destacada la fotografía de un niño en el momento de recibir el tratamiento de diálisis, y que fue tomada en un hospital ajeno al colegio y no tenía ninguna relación con la experiencia llevada a cabo. Confirmó, pues, la sentencia de instancia, por entender que se había producido una intromisión ilegítima del derecho fundamental a la propia imagen ya la intimidad personal y familiar.

formación transmitida debe reflejarse en números que impidan el conocimiento de las personas a las que se refieren dichos datos.

En los casos de docencia se presentarán los casos respetando el anonimato del paciente, aunque podría permitirse la identificación de ser necesario o inevitable para el estudio, ya que las personas a las que se dirige la docencia deben estar relacionadas con la Medicina y el paciente (médicos residentes, médicos de otros servicios, estudiantes de Medicina, comisiones hospitalarias docentes o científicas, etc.). De esta manera serviría para recordar la importancia del secreto médico y de su modalidad de "compartido" en la forma de asistencia médica actual que exige la participación de numerosas personas en la atención del paciente y los familiares, y de que también ellos están vinculados por el deber de secreto que reconocen las leyes sanitarias. El médico debe recordar al personal con el que trabaja en equipo el deber de discreción y confidencialidad hacia todo lo que se sepa o deduzca del paciente y sus familiares derivado de la relación impuesta por el ejercicio de la profesión.

1.4. Otras situaciones conflictivas

1.4.1. El médico de empresa

El médico de empresa está al servicio de la salud de los trabajadores previniendo las situaciones de riesgo derivadas del trabajo; al mismo tiempo, su relación laboral la establece con el empresario, con el que puede verse en algún momento comprometido. No obstante entre el trabajador y el médico debe existir la misma confianza que preside la relación médico-paciente y ello exige la garantía de confidencialidad del médico sobre todo aquello que conozca del trabajador, lo que es obvio cuando éste acude al primero de forma voluntaria y privada para someterse a pruebas o reconocimientos. Por otro lado, la normativa laboral ampara, como derecho de los trabajadores, el respeto de su intimidad²⁵. A esto sólo puede hacerse la salvedad sobre aquellos datos que coloquen al trabajador en situación de riesgo para él o sus compañeros de trabajo. Situaciones específicas (alcoholismo, drogadicción, etc.) se intentarán resolver de mutuo acuerdo con el trabajador antes de su comunicación oficial. Con perspectivas de futuro, se discute ya la posible obligación de informar sobre los resultados de un análisis genético que revelen la predisposición (o seguridad) del trabajador a contraer en el futuro una enfermedad grave

²⁵ Art. 4.2. d. de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

de origen genético, aunque la cuestión más debatida en estos momentos gira en torno a la obligatoriedad misma de tales pruebas.

1.4.2. La confidencialidad en relación con el paciente aquejado de sida

Problema especialmente delicado surge cuando el médico descubre que el paciente o un donante de sangre han desarrollado anticuerpos del virus asociado al sida, se le plantea el deber de mantener el secreto de ese conocimiento que ha adquirido como consecuencia del ejercicio de su profesión. Este deber es una de las manifestaciones de la protección reconocida al derecho a la intimidad individual, necesidad de protección que se intensifica en relación con los enfermos del sida, dado el carácter estigmatizante y discriminatorio que se ha creado en torno a esta enfermedad, por su gravedad y por vincularla frecuentemente con actividades socialmente rechazadas (drogadicción, prácticas sexuales heterodoxas). Por tanto, junto con la obligación de informar al paciente o donante de su situación tiene además el deber paralelo de guardar el secreto respecto de ella en relación con terceros, para así salvaguardar la intimidad del interesado, con la salvedad de los demás profesionales directamente implicados en el tratamiento, en el caso del paciente. Para la garantía de la confidencialidad a que tienen derecho el paciente y el donante es necesario extremar las precauciones en el manejo, circulación y depósito o archivo de la historia clínica (art. 61 de la LGS), que se extiende también a las "discretas" contraseñas exteriores para advertir al personal tratante o que pueda entrar en contacto con el paciente.

A pesar de lo anterior, cabe preguntarse si en estas situaciones el médico tiene la posibilidad o incluso el deber de vulnerar este otro deber de secreto, en favor de terceras personas o de otros intereses ajenos o colectivos. El médico puede preguntarse, en consecuencia, si deben primar o no estos intereses de terceros frente al derecho a la intimidad del donante o paciente, en particular cuando se halla en juego la salud o la vida de las personas o la salud pública. En estas hipótesis el médico puede llegar a encontrarse ante un conflicto de deberes o de intereses y habrá que acudir al ordenamiento jurídico en su conjunto para ver si efectivamente se ha producido y cómo ha de resolverse en tal caso. Sólo en el caso en que se compruebe que priman los otros deberes frente al derecho a la intimidad del donante y correspondiente deber de secreto, el no respeto del mismo dejará de acarrearle cualquier tipo de responsabilidad (art. 8.11° CP) en los términos descritos más arriba.

El médico tiene, en primer lugar, como se indicó más arriba, el deber de dar a conocer a las autoridades

sanitarias la existencia de un caso de enfermedad infecto-contagiosa de declaración obligatoria. Para comprobar cuáles son éstas habrá que estar a lo dispuesto en la normativa correspondiente²⁶. Algunas Comunidades Autónomas han dictado disposiciones en las que se declara la obligatoriedad de dar a conocer los casos de sida detectados, como la Diputación General de Aragón, cuyo Decreto 86/1987, de 17 de julio, incluye el síndrome de inmunodeficiencia adquirida en la lista de enfermedades de declaración obligatoria (art. 1°)²⁷; no obstante, se establece también la obligación de garantizar, tanto por las fuentes declarantes, como por la Administración, la confidencialidad de los datos que se generen en aplicación de la presente normativa y el uso exclusivamente sanitario de los mismos (Art. 4°). Por otra parte, y ya dentro del ámbito del Estado, la LO de Medidas Especiales en materia de Salud Pública de 1986 faculta a las autoridades sanitarias competentes para adoptar determinadas medidas cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad, entre otras las destinadas a controlar las enfermedades transmisibles, pudiendo afectar a grupos de población, a los enfermos y a las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos (arts. 1° a 3°). Pues bien, una de esas medidas puede consistir en el deber de comunicar los casos de sida detectados (aunque, según parece imponerse en los foros científicos internacionales, no se estima conveniente la adopción de medidas drásticas, por ineficaces o contraproducentes). Obsérvese que esta Ley puede afectar también al derecho fundamental de la intimidad individual, pero siempre en los términos de confidencialidad compartida indicados. De forma semejante puede concluirse en relación con los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, en particular los médicos de prisiones, advirtiendo de la posición de garante que tienen tales funcionarios en relación con la vida y la salud de los reclusos, según prescribe la Ley General Penitenciaria (art. 3.4), lo que también podrá situarles ante una colisión de deberes²⁸.

Por razones familiares, laborales o de otro tipo (relativa, p. ej., a la suscripción de pólizas de seguros de vida) se puede acudir al médico tratante o al hematólogo

²⁶ Así, con carácter general el Decreto 26 julio 1945, por el que se aprueba el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfectación y desinsectación; el Real Decreto 30 julio 1982, por el que se dictan normas complementarias sobre enfermedades de declaración obligatoria, Resolución de la Dirección General de la Salud Pública de 22 diciembre 1981, con la lista de enfermedades de declaración obligatoria.

²⁷ Otras Comunidades Autónomas que han dictado disposiciones semejantes: Cataluña (O. 16 diciembre 1987), Madrid (D 21 abril 1988), Islas Baleares (D 7 julio 1988), Galicia (O. 7 noviembre 1989), Murcia (O. 28 noviembre 1989).

²⁸ V.J.M. SILVA SANCHEZ, "El sida en la cárcel. Algunos problemas de responsabilidad penal", en *La Ley*, n° 3145, 1991, p.4.

con la pretensión de que aclare las sospechas existentes de que un donante o un paciente suyo o de su Servicio ha contraído la enfermedad o es portador de los anticuerpos del síndrome; o el médico mismo puede plantearse en casos semejantes si tiene el deber de tomar él la iniciativa y revelar la situación de su paciente. En ninguna de ambas situaciones tiene deber el médico de revelar la condición de su paciente (o donante), es decir, no está obligado a realizar acción alguna²⁹. Ahora bien, en el caso excepcional de que tenga la evidencia comprobada de que existe un peligro real de contagio para un tercero (p. ej., el cónyuge), y con ello un peligro, también real, para su vida o grave para la salud, y en el caso de que el afectado no esté dispuesto a comunicar su situación a ese tercero y/o a tomar medidas preventivas adecuadas, el médico podrá revelarla, pero no como deber jurídico, amparado por un estado de necesidad justificante de su conducta (art. 8º, nº 7º del CP), siempre que se den todos los requisitos, de entre los que podemos destacar ahora el que exige que el mal causado (el atentado contra la intimidad del paciente o donante) sea menor -excepcionalmente: igual- que el mal que trata de evitar (la pérdida de la vida o menoscabo para la salud del tercero). Aun así, no existe pronunciamiento por parte de los Tribunales de Justicia sobre algún caso similar que nos sirviera de referencia, como tampoco se ha acudido al Juez para que autorice revelar un secreto por razones imperiosas.

1.5. Perspectivas de reforma

Desde el punto de vista del Derecho Penal hemos expresado nuestra opinión sobre la insuficiencia de la protección del secreto y de algunas manifestaciones de la intimidad (p. ej., la referente a los datos procesados automatizadamente), con sus repercusiones directas para el médico; además, debe insistirse en el trato igualitario que debe presidir en nuestro ordenamiento jurídico la protección del secreto de todos los profesionales y las excepciones que debieran mantenerse, sin perjuicio de considerar las peculiaridades de las profesiones más directamente implicadas con el secreto. En este sentido conviene aludir a las previsiones de reforma, sustanciadas en este momento en el decaído Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992. El PCP 1992 dedica el Título IX a

²⁹ En términos muy diferentes se ha planteado y resuelto la cuestión en la jurisprudencia y la literatura norteamericanas, quienes probablemente han llevado demasiado lejos el deber del médico de romper el secreto profesional relativo a su paciente con el fin de evitar o prevenir de peligros a terceros en relación con otras enfermedades (sobre todo mentales) y lo pretenden trasladar a ésta. V. sobre la discusión, Lee S. FRUMAN, *Aids and the Physician's Duty to Warn*. en "Medicine and Law", vol. 10, nº 5 y 6, 1991, 416 y ss. y 515 y ss.

los "Delitos contra la intimidad y el domicilio", delimitándose, entre otros, aquellos que afectan a la intimidad y el secreto de las comunicaciones (arts. 198 a 200) y al derecho a la propia imagen (art. 201). Adelantemos ya que destaca la protección penal de los datos reservados de carácter personal recogidos en cualquier fichero o registro, incluidos los informáticos (art. 198. 2 y 4). Por otro lado, el Capítulo IV del Título XVI ("Delitos contra la Administración Pública") trata "De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos", que afectan a los funcionarios públicos, circunstancia ésta que, al ser frecuente entre los médicos, merece mención en lo específicamente referido al secreto.

1.5.1. Protección del secreto o la intimidad en atención a los medios utilizados para su agresión

De ello se ocupa el art. 198 PCP 1992:

"1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apoderare de sus papeles, cartas o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apoderase de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado. 3. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años si se difundieren o revelaren a terceros los datos reservados descubiertos a que se refieren los números anteriores. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, el que con conocimiento de su ilícito origen, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. 4. Si los hechos se realizaren por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, y si difundieren o revelaren los datos reservados, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años".

El primer párrafo supone una notable mejora de la redacción de los actuales arts. 497 y 497 bis, que se completa muy bien con lo dispuesto en el párr. 3, en particular en su segundo inciso (también aplicable al párr. 2º), conducta que con el CP vigente a la vista, resulta indebidamente impune. El PCP 1992 prevé también un delito relativo al apoderamiento sin autorización de datos reservados de carácter personal o familiar de otro registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado (art. 198.2). Contamos ya con los antecedentes del Proyecto de 1980 (art. 199) y de la Propuesta de 1983 (art. 189), pero, en principio, la conducta típica queda mejor definida en la versión del Proyecto, aunque persiste una remisión implícita a la LORTAD (art. 3, d, y 11) cuando se alude "al que sin

estar autorizado". Por otro lado, el Proyecto contrae su protección a la intimidad personal o familiar, en cuanto que la acción ha de recaer sobre "datos reservados", habiendo renunciado, por consiguiente, a otras manifestaciones de la protección de los datos, como es la llamada "identidad informática", que garantiza no sólo -como bien instrumental- la "libertad informática" sino el libre ejercicio de otros derechos y libertades públicas de los individuos; ello contrasta con la Propuesta de 1983, que incluía la manipulación de la información obtenida; no obstante, la LORTAD establece mecanismos preventivos frente a éste y otros comportamientos abusivos. Sin embargo, parece insuficiente su planteamiento actual, al menos en relación con dos comportamientos especialmente graves, que pueden afectar no sólo a la intimidad, sino también a otras facetas de los datos personales: la utilización de los mismos por el que acceda a ellos sin autorización, aunque sea para sí, puesto que el "apoderarse" con que se describe la acción típica es dudoso que cubra la sola utilización de los datos, en el sentido de mera captación intelectual de su contenido y significado y no su aprehensión material; así como la alteración intencionada de los datos personales, dada la potencialidad altamente dañosa que implica este comportamiento. Con ello no pensamos que se rebase el principio de intervención mínima, ni que en atención a este principio sea conveniente introducir otros hechos, que tienen la cobertura adecuada como infracciones administrativas en la LORTAD (art. 43). Por consiguiente, el art. 198.2 debería concluir con la siguiente frase: "*o los utilizar o modificar en perjuicio de otro*". Con la presencia del elemento subjetivo se restringiría suficientemente el delito. Debería establecerse un *tipo culposo* para el encargado o responsable del fichero, además de los comportamientos dolosos cometidos por éstos que se recogen (art. 198.4), cuando los hechos dolosos a que alude el art. 198 fueran cometidos por terceros como consecuencia de imprudencia grave de dicho encargado o responsable, de modo semejante al delito que se establece en otro lugar para la autoridad o el funcionario en relación con los secretos (art. 399)³⁰.

³⁰ V. M. ROMERO CASABONA, *El Anteproyecto de Código Penal de 1992*, en "Presupuestos para la Reforma Penal", Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 21 y s.

1.5.2. El secreto laboral o profesional

Como vamos a comprobar, constituye otra importante novedad en el PCP 1992.

Art. 199.1. "El que revelare los secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgare los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

El Proyecto recoge como innovación el que aparezca tipificada la revelación del secreto y específicamente la revelación de aquellos datos de las personas que deben considerarse secretos y que se han conocido en razón del oficio, trabajo dependiente o la profesión; algo que venían exigiendo los penalistas con carácter general para todas las profesiones desde hace años. Por lo que se refiere a este último, no cabe duda ya de su obligación, impuesta penalmente; significa reconocer la existencia de un secreto médico en sentido positivo, ya que los datos a los que accede el médico afectan en todos los casos a la esfera más íntima de la persona (la condición misma de paciente, sus características psicológicas, sus problemas físicos, sus hábitos, sus sentimientos, sus preocupaciones, etc.), y su divulgación contradice, claramente, el derecho a la intimidad personal y familiar. Con esta redacción reciben el mismo tratamiento todos los profesionales, lo cual no sucede en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando, tras imponer la revelación del secreto a los médicos en la denuncia de delitos, exime de tal obligación a los abogados, procuradores, eclesiásticos y ministros religiosos. Desde nuestro punto de vista el secreto debe ser protegido por igual en todas las profesiones, debiendo quedar claramente tipificadas las conductas y las penas correspondientes a la divulgación de los datos motivo del secreto.

No obstante, es comprensible que en algunas ocasiones admitamos socialmente la relatividad del secreto profesional. Eso sólo podrá suceder cuando el beneficio colectivo justifique el perjuicio individual. Esta relatividad estaba ya en la formulación del Juramento Hipocrático y aparece en la actual redacción cuando es un funcionario público el que revela el secreto "... y que no deban ser divulgados...", sin embargo no ocurre así en los artículos generales de protección al secreto y al secreto profesional, cuando el obligado a guardarlo no tiene la condición de funcionario público. No obstante, se comprende que en el caso de la denuncia de delitos (impuesta en el Código Penal y la comunicación de enfermedades infec-

to-contagiosas) fundamentalmente, son circunstancias que justifican la comunicación a las autoridades competentes en cada caso, pues estaría amparado por la existencia de la responsabilidad de obrar en el cumplimiento de un deber (art. 8° n° 11 del CP vigente, art 19 n° 8 del PCP 1992). Esta línea argumental permite dar un sentido más coherente a la redacción del Proyecto, que puede ser algo impreciso cuando dice: "El profesional, que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva..."; pues no prejuzga cuál de las dos alternativas interpretativas es la correcta (sobre lo que no nos podemos detener ahora): si el PCP establece una obligación jurídica de secreto, tal obligación habrá de extraerla (y por tanto, también su infracción) de otros sectores del ordenamiento jurídico, como las disposiciones específicas que hemos mencionado sobre el secreto médico.

1.5.3. Protección de la propia imagen

Pretende el Proyecto cubrir también una laguna sobre la protección penal del derecho a la propia imagen, que estando bien protegida en el ámbito civil (LO 2/1982), plantea dudas sobre el acierto y justificación de la intervención penal, a la vista del principio de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho Penal:

Art. 201: "1. El que utilizare, por cualquier medio, la imagen o el nombre de otra persona, sin su consentimiento, con fines profesionales, comerciales o publicitarios, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses (...)"

1.5.4. Revelación de secretos por parte de funcionario público o autoridad

Los preceptos del CP relativos al descubrimiento de secretos e informaciones por parte de los funcionarios públicos (arts. 367 y 368) son de reciente incorporación³¹, lo que significa que han experimentado una revisión y actualización, en particular liberándoles de "la angostura del texto anterior o Por tal motivo el PCP 1992 ha tomado literalmente la redacción vigente, añadiendo la punición de la modalidad culposa, alusión necesaria si se pretende su incriminación, dado que el Proyecto parte del principio de castigo excepcional de esta clase de infracciones (arto 11), lo que requería una técnica legislativa distinta a la de las cláusulas generales actuales (art. 565). Por consiguiente, en cuanto tal Proyecto no procede una valoración negativa en comparación con lo actual, pues es idéntico. Por otro lado, el texto del actual 367 (más

³¹ En efecto, su redacción actual viene de la LO 9/1991, de 22 de marzo.

directamente implicado con la actividad médica que el 368) permite, como acabamos de apuntar, una mejor cobertura de esta clase de infracciones penales cometidas por los funcionarios. por cuyo motivo hemos de calificarla de satisfactoria y por ello también su transcripción en el art. 398 del PCP:

Artículo 398: "El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública. o para tercero, la pena será de prisión de seis meses a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de seis meses a un año, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

Artículo 399: "Cuando los secretos se conocieren a causa de imprudencia grave de la autoridad o funcionario, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses".

Artículo 400: "El funcionario público o autoridad que haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero, será castigado con las penas de multa (...). A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón de su oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

2. LA HISTORIA CLINICA. LA "CONFRONTACION ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA MISMA y LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL" MEDICO y DE LA INTIMIDAD DEL PACIENTE

2.1. Naturaleza jurídica y propiedad de la historia clínica

Esta materia plantea interesantes y nuevos problemas legales, que afectan no sólo a la intimidad y confidencialidad analizadas más arriba, sino también al acceso a la historia clínica, que puede confrontar legítimos intereses del paciente y del propio médico. Por otro lado, estamos asistiendo al hecho de que el paciente que hasta entonces nunca había poseído material ni intelectualmente su historial médico, ahora, puede llevarlo consigo - o parte de él- como portador material gracias a las llamadas tarjetas magnéticas de memoria electrónica en las que está registrado digitalmente el historial clínico o parte de él- de su portador, por lo que parece hallarse. al borde de convertirse en tenedor material de su fichero médico. La

respuesta a la cuestión de hasta qué punto pertenece al médico la propiedad de la historia clínica, informatizada o no, es crucial a efectos, p. ej., de determinar procedimientos de revelación lícita de los datos, y el derecho de acceso a la historia clínica por parte del paciente. Por otra parte, la casi ya generalizada informatización de los datos clínicos y otros de los pacientes ofrece nuevas perspectivas que han provocado el reforzamiento de la protección de estos datos, en particular mediante la fijación informática de diferentes niveles de acceso a los mismos, en función de su contenido y función, así como garantizar el acceso a los mismos por parte de los afectados. A este respecto debemos recordar de nuevo la Ley Orgánica sobre la regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1992, que garantiza una protección genérica reforzada de los datos relativos a la salud, aunque también establece el acceso y utilización de los datos de los pacientes por parte de los centros sanitarios y de los profesionales mediante remisión a la legislación específica.

Con todo, esta cuestión ha presentado puntos de vista divergentes en el derecho español³², desde autores que rechazan cualquier derecho intelectual del médico sobre la historia clínica, hasta quienes afirman la existencia de una creación intelectual (científica) en la historia clínica que él ha elaborado (al menos parcialmente), por lo menos en aquellos componentes que no se limitan a una mera recopilación y relación de datos o de información, como sería la emisión del juicio diagnóstico y del pronóstico o las diversas valoraciones y apreciaciones que el médico va emitiendo a lo largo de proceso del tratamiento del paciente; bien es cierto que esta segunda postura suele utilizarse como presupuesto para negar a continuación al paciente el derecho de acceso a su propia historia clínica.

De acuerdo con quienes sustentan la primera tesis, no cabría plantearla en términos globales en nuestro Derecho, pues sólo de modo forzado y distorsionando la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)³³, que considera ob-

jeto de tal propiedad las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, enumerando entre otros objetos los programas de ordenador o software, podría sostenerse otra orientación. Pero no debe confundirse el software con los hechos o datos fácticos, que si bien están digitalizados y su acceso y recuperación está regulado por los programas del software, es mera información digitalizada, no el programa lógico de operaciones que constituye su soporte y del que cabe predicar el carácter de creación original del ingenio. Además, el derecho de autor del facultativo carecería de contenido; desde luego no habría lugar al derecho patrimonial de autor ni tampoco derecho moral, si no se confunde con la facultad y deber de evitar que la información de la historia clínica sea tratada o transmitida a persona no autorizada o para fines ilegítimos.

Por el contrario, quienes defienden el derecho de propiedad intelectual sobre la historia clínica y los informes médicos en general, se apoyan en el innegable contenido de creatividad científico-intelectual de algunos de sus registros más relevantes (como son el juicio diagnóstico y pronóstico, la prescripción del tratamiento y demás valoraciones u observaciones que incluya en la historia)³⁴, y que, en términos genéricos, es admitida por la LPI como objeto de tutela (arts. 1º y 10).

En mi opinión, la historia clínica contiene componentes heterogéneos desde el punto de vista jurídico. En ellos hay que distinguir, en primer lugar, los relativos a la organización y gestión administrativa y económica del centro; en segundo lugar, los que se refieren a datos identificadores del paciente y otros datos directa o indirectamente relativos a su enfermedad aportados por el paciente o deducidos por el propio médico aun sin conocimiento de aquél; y, finalmente, los resultados de las exploraciones directas o a través de instrumentos o sustancias, en la medida que comporten un juicio o deducción derivados de los conocimientos profesionales del médico (frecuentemente, distinto del médico tratante), así como la emisión del juicio diagnóstico y pronóstico, la prescripción del tratamiento correspondiente y la evolución de éste; habría que añadir como otro componente más las anotaciones subjetivas del médico en relación con las reacciones y actitudes del paciente, que son de especial importancia en algunos casos, como el tratamiento psiquiátrico. Sólo los mencionados en tercer lugar son susceptibles de ser considerados como creación científica objeto de derecho de propiedad intelectual, del que

³² V. sobre el particular, R. DE ANGEL YAGÜE, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", en *La Ley*, n° 1647, 1987, pp. 1 y ss.; A. LUNA MALDONADO, "Problemas médico-legales de la historia clínica en el ejercicio libre de la Medicina", en *Los derechos del enfermo*, (Consejería de Sanidad y Consumo, Murcia 1987), pp 73 y ss.; A. LUNA/E. OSUNA, "Derecho del paciente al acceso a su historia clínica", en *Medicina Clínica*, n° 88, 1987, pp. 59. s.; F. VALENZUELA/A. LUNA, "Problemas médico-legales de la historia clínica: el acceso a la misma", en *Los derechos del enfermo* (Consejería de Sanidad y Consumo, Murcia 1987), pp. 83 y ss.

³³ Ley 22/1987, 11 noviembre 1987, de Propiedad Intelectual (LPI), art. 10.

³⁴ Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 3.

es titular el médico o médicos que han participado directamente en su creación. Sin embargo, cuando la actividad profesional es desempeñada en un centro sanitario de titularidad pública (o por cuenta ajena, en uno privado) la naturaleza de prestación de servicio público y por cuenta ajena comporta que la titularidad corresponda a la institución pública (o privada), sin perjuicio de que el médico tenga cierta capacidad de control sobre su utilización por terceros, como veremos más abajo. Como apoyo de esta conclusión hay que tener en cuenta que la LPI prescribe que la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo realizarse éste por escrito; y a falta de pacto escrito (que en esta materia será lo más frecuente), se establece la presunción de que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral (art. 51.1 y 2). Por tanto, no cabe duda que el médico que presta sus servicios en un centro sanitario público o en uno privado por cuenta del propietario del mismo, mantiene las relaciones que menciona la LPI y transmite los derechos de explotación (p. ej., reproducción, distribución y transformación) de la historia clínica para que el centro pueda desarrollar su actividad. De todas formas, no parece que sea una cuestión definitiva para el asunto que nos ocupa determinar la naturaleza jurídica de las historias clínicas y demás registros médicos, aunque sí zanja la duda sobre la titularidad de la historia clínica, que corresponde al centro en los supuestos mencionados, y de modo indirecto, que sea cual fuere el alcance del reconocimiento de acceso a la misma por parte del paciente, éste no podrá exigir la transferencia del documento original.

2.2. Acceso a la historia clínica por el paciente

El Derecho español ha resuelto el problema relativo al acceso de los pacientes a sus historias clínicas en sentido afirmativo y sin restricciones de ningún tipo en la propia LGS, cuando establece que la historia clínico-sanitaria única 'estará a disposición de los enfermos', y que 'los poderes públicos adoptarán las medidas para garantizar dichos derechos y deberes' (art. 61)³⁵. Con

³⁵ El texto completo del art. 61 dice así: "En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o

posterioridad a la promulgación de la LGS no parece que se haya adoptado este tipo de medidas.

Esta disposición merece dos reflexiones. La primera de ellas consiste en que al aludir a la historia clínica de forma general, no importa el soporte en que se halle recogida, papel o informático, de modo que lo que sobre ellas se dice abarca todas las modalidades en las que una historia clínica puede registrarse, entre ellas la informatizada; por lo que el derecho de acceso a la misma que se reconoce en la LGS al paciente se extiende del mismo modo a la soportada informáticamente.

En segundo lugar, queda pendiente la cuestión de que a qué partes de la historia tiene realmente derecho el paciente en lo que se refiere a las precauciones que se prevén por lo general en Derecho comparado de evitar efectos contraproducentes para el propio paciente derivados de su acceso directo sin el filtro del médico (lo que estaría estrechamente vinculado con el proceso, que no necesariamente acto, de la transmisión de la información a que tiene derecho el paciente), como por las exigencias de este mismo de salvaguardar a su vez su propia intimidad, cuando en la historia se recogen apreciaciones subjetivas relativas a su paciente. Como hemos visto, la LGS encomienda a los poderes públicos parte de esta tarea, pero no de modo absoluto, pues únicamente se refiere a medidas para garantizar los derechos y deberes que el correspondiente precepto menciona (art. 61), y en este caso se plantea la duda de si pueden introducirse restricciones de acceso no deducibles de la Ley; del referido precepto no se puede deducir alguna forma de restricción aplicable en la actualidad.

En cuanto a cómo conciliar el reconocimiento de acceso ('estar a disposición') a la historia clínica con la presencia en ella de determinados componentes eminentemente subjetivos del médico (apreciaciones subjetivas sobre la actitud o comportamiento del paciente, de sus reacciones, etc.), que podrían afectar a su propia intimidad (y aunque hay que insistir en que la Ley no distingue, sino que tan sólo encomienda la fijación de derechos y deberes a los poderes públicos), que también debe ser protegida, habría que tener presente la finalidad perseguida por el paciente al hacer uso de esta disponibilidad.

para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes".

2.2.1. Obtención de información suplementaria personal

Si lo que pretende es estar informado, una vez terminado el tratamiento o, incluso, en el transcurso del mismo o de su ingreso en el hospital, no es suficiente para intentar negar su acceso alegando que, como derecho reconocido por la LGS, dentro del catálogo de derechos que se reconocen a los usuarios (art. 10.4 y 5), esa información corresponde al médico, que puede actuar de enlace entre paciente e historia clínica, por cuya razón no estaría justificado que el paciente accediera directamente a la historia. Tampoco es suficiente para negarle ese acceso, razonar que cuando es dado de alta el paciente tiene derecho al Informe de Alta,³⁶ donde, entre otras informaciones que debe contener, figura un extracto de la historia clínica³⁷, por cuyo motivo esa disponibilidad se habría satisfecho por este procedimiento. No pueden aceptarse estas posibles argumentaciones, porque en dichos preceptos se recogen unos derechos del paciente diferentes al reconocimiento que incluye el art. 61, sin perjuicio de estimar que aquellas previsiones legales dan cumplida respuesta en la gran mayoría de los casos a las pretensiones de los pacientes de obtener información adecuada. Sin embargo, para dar satisfacción a esa posible exigencia del paciente específicamente reconocida por la ley, deberá aportársele una copia de la historia, de la que se hayan eliminado únicamente las referidas apreciaciones subjetivas del médico, con el fin de proteger también su propia intimidad, salvo que consienta expresamente en su entrega³⁸. Esto supone admitir que esa disponibilidad en esos casos no es directa, con el fin de poderla conciliar con el derecho del médico; pero tampoco tiene por qué ser éste el que aporte dicha información o copia, sino que podría corresponder al servicio de archivo del centro, sin perjuicio de la intervención del médico para asegurarse de que no se perjudica su intimidad o de que se le consulte previamente sobre el particular,

³⁶ Art. 10. 11 LGS: "[Todos tienen derecho:] A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su informe del Alta". Como ya señalé, el art. 10, últ. párr., establece este derecho también en relación con los centros privados.

³⁷ V. OM 6 septiembre 1984, por la que se regula la obligatoriedad del informe de Alta, el cual es obligatorio en relación con los pacientes que han sido atendidos en un establecimiento sanitario, público o privado, y han producido al menos una estancia (art. 10). El art. 3º, 4, e, menciona entre la información que debe incluir, el resumen de la historia clínica y exploración física del paciente.

³⁸ De parecida opinión, aunque con ciertas restricciones, LUNA/OSUNA, "Derecho del paciente al acceso a su historia clínica", cit., p. 60.

2.2.2. Continuación o inicio de un tratamiento en otro centro o con otro profesional

En este caso los intereses de la salud del paciente tienen mayor importancia que su derecho a la información contemplado en el supuesto anterior, por lo que deben conciliarse debidamente con el interés del médico que confeccionó las partes de la historia clínica en las que constan sus apreciaciones subjetivas, las cuales pueden ser de gran utilidad para el médico que ahora tenga a cargo al paciente. De este modo, si el paciente quiere hacer uso de esa disponibilidad y lo solicita, se remitirá la copia íntegra de la historia al médico o centro correspondientes, quienes deberán hacer uso reservado de tales componentes, por estar obligados también en relación con el colega por el secreto profesional (art. 7.4 de la LO 1/1982; art. 61 de la LGS). Si el paciente, no obstante, solicita que se le entregue a él, se le podrá entregar el extracto en los términos mencionados en el apartado anterior.

2.2.3. Utilización en un procedimiento judicial

Se aplicarán los mismos criterios a que nos referimos más abajo, cuando nos ocupamos del acceso a la historia por terceros o con fines de investigación judicial en un proceso.

2.3. Acceso de terceros con fines de inspección, estadísticos o científicos.

No cabe duda de que también es posible el acceso a la historia clínica con estas finalidades, incluso cuando la historia esté informatizada, procesamiento que precisamente facilitará normalmente la realización de actividades científicas (p. Ej., investigación o docencia), de inspección o estadística.

A este respecto la Ley reconoce la disponibilidad a efectos de inspección médica o para fines científicos en el mismo precepto que lo hace para los pacientes (art. 61), siempre que se garantice -dice la Ley- el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica³⁹. Por lo que se refiere a los estudios estadísticos, el secreto para la protección de los datos personales obtenidos por los servicios estadísticos

³⁹ Téngase en cuenta también que este deber alcanza a los centros privados de forma general (art. 10., últ. párr., de la LGS), pudiendo ser causa de denuncia del Convenio que pudiera existir entre el centro privado y la Administración Pública sanitaria cuando se hayan lesionado los derechos contenidos en el art. 18 de la CE (entre otros), y haya sido determinado así por sentencia (art. 67.4, e, de la LGS).

cos, tanto de los informantes cuanto de las Administraciones Públicas, viene establecido por la Ley de la Función Estadística (arts. 13 a 22)⁴⁰. En cuanto a la investigación y estadística el respeto a la intimidad del paciente y el deber de secreto comporta su anonimato, esto es, su no identificación, tanto de su nombre u otros datos que pudieran permitir una fácil identificación, cuanto de fotografías (p. ej., para su inserción en revistas científicas), si no ha consentido previamente. Aunque no se deduce del texto legal, sería conveniente que ni el investigador ni el estadístico tuvieran acceso a estos datos del paciente, lo que debería ser tenido presente por los poderes públicos, cuando de acuerdo con el imperativo legal, adopten medidas que garanticen esos sus derechos. Por lo que se refiere a la inspección, esta no identificación del paciente no parece oportuna, con el fin de entorpecer sus funciones, quedando a salvo siempre el deber de guardar secreto.

El reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual del médico sobre algunos componentes de la historia clínica encuentra así otra limitación, además de la de su pertenencia (o, al menos, el derecho de explotación) al centro para el que trabaja y la posibilidad de acceso a la misma por el paciente; la limitación consiste ahora en que no puede oponerse a su acceso por terceros para estos otros fines, en concreto para fines científicos, como son los de investigación. Sin embargo, sí que podría ser exigible que se cite la proveniencia de la(s) historia(s), mencionando, p. ej., el servicio y centro en donde se confeccionó, o el médico que la elaboró.

2.4. Acceso a la historia para fines de investigación judicial

La historia clínica puede constituir un documento de la máxima importancia en un proceso como elemento de prueba en procesos de diversa naturaleza.

Si se trata de un proceso penal, el inculcado puede ser tanto el médico como el paciente. En cuanto a éste, el médico y, en general, los responsables del centro, podrían alegar el secreto profesional, que, como es sabido, apenas encuentra adecuada garantía en nuestro ordenamiento jurídico, y ha planteado numerosos problemas con algunas profesiones, en primer lugar la periodística, pero también la médica. Ya hemos señalado que la CE de 1978 declara que la ley regulará los casos en que por

razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos (art. 24.2), y que tal desarrollo legal no ha tenido todavía lugar. De todos modos, en atención a la ubicación de esta prescripción constitucional junto a los demás derechos fundamentales, se ha sugerido que podría alegarse directamente para justificar la no entrega de la historia clínica al juez⁴¹, pero resulta dudoso, puesto que corresponde a la ley delimitar los supuestos, como indica la CE. Nuevamente nos encontramos aquí con la colisión de deberes aludida más arriba; que deberá resolverse, según apuntaba entonces, en atención a los intereses en juego presentes en el caso concreto. Sin embargo, ha de tenerse presente que aquí el deber de secreto puede entrar en colisión con otros deberes distintos, como el de atender al requerimiento del juez de entregar la historia clínica, para no incurrir en un delito o falta de desobediencia (arts. 237 y 570 n° 1 del CP, respectivamente), o de no prestar la debida cooperación con la administración de justicia, si se trata de un funcionario público desde el punto de vista penal (art. 371.1 y 2 del CP).

Más problemático parece cuando la entrega de la historia a la autoridad judicial ocurra en un proceso en el que se inculpa al médico, probablemente por una supuesta negligencia en relación con algún paciente suyo (precisamente, el sujeto de la historia clínica). Se razona en ocasiones que el médico no está obligado a entregarla, apoyado en el derecho fundamental de no declarar contra sí mismo (art. 24.2 de la CE), y que el centro sanitario tampoco, en cuanto mero depositario de aquélla⁴². Sin embargo, no parece que de la entrega de la historia clínica pueda deducirse una autoinculpación para el médico, pues la historia y lo que de ella se interprete, es un elemento más que junto con otros elementos de prueba llevará o no a la convicción del juez de la culpabilidad del profesional. Además, por parte del paciente existe el derecho, también fundamental, a obtener la tutela efectiva de los tribunales y jueces en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la CE). Finalmente, he defendido más arriba que frecuentemente el centro sanitario no es un mero depositario de la historia clínica, sino su propietario, y a éste no cabe duda de que no le afectan las posibles restricciones de entrega comentadas. Esto significa que en estos casos es legítimo el acceso a la historia clínica íntegra.

⁴⁰ Ley 12/1989, 9 mayo. Por su parte, la LGS establece como competencia de la Administración del Estado la realización de estadísticas (art. 40.13), sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, ya ejercidas legislativamente por algunas de ellas.

⁴¹ En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 5.

⁴² Así lo entiende DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 6.

En cuanto a otra clase de procesos civiles, laborales o contencioso-administrativos, deben conciliarse el derecho a la confidencialidad del paciente sustentado en la protección de su intimidad -que sabemos está reforzada cuando afecta a su salud-, de forma que no se ponga a disposición del juez la historia clínica si no lo consiente el paciente⁴³, como el derecho de éste de acceso a la misma si así lo solicita. Piénsese que en ocasiones puede perjudicar a sus intereses y en otras beneficiarle.

⁴³ De forma semejante, con más extensa fundamentación, DE ANGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 6.

