

El derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Obligaciones que derivan para el personal sanitario.

Juan Manuel Fernández López
Magistrado.

Ex - Director de la Agencia de Protección de Datos

I. La protección de datos personales y su vinculación al derecho a la intimidad.

La protección de los datos personales tradicionalmente ha venido siendo vinculada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar tanto por diversas normas de ámbito supranacional como por nuestro Derecho interno. Dentro de dicha configuración fundamental se vino a encontrar su habilitación en nuestro País en el art. 18 de la misma Constitución que proclama como derecho fundamental el respeto a la intimidad personal y familiar, y en el mandato contenido en el apartado cuarto del citado artículo relativo a la limitación de la informática para impedir que el empleo de esta tecnología pudiese afectar al honor e intimidad personal y familiar de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional , en su Sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre de 2000 (BOE de 4 de Enero de 2001), ha venido a definir el derecho a la protección de datos como aquel que tiene todo ciudadano de disponer libremente de sus datos personales, desvinculándolo del derecho a la intimidad y configurándolo como un derecho fundamental independiente (fundamentos jurídicos 6 y 7).

Viene así a concluir el Tribunal Constitucional su propia doctrina iniciada con la Sentencia 254/1993, fundamento jurídico 6, después de superar pronunciamientos que lo hacían aparecer con carácter instrumental, como garantía presupuesto, para la protección de otros derechos (STC 11 / 1998).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292 / 2000 coincide casi en el tiempo con la Proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

hecha en la cumbre de Niza el pasado 7 de diciembre, cuyo artículo 8 establece el derecho a la protección de datos también como derecho independiente, al que describe con gran precisión y nitidez, y define como el derecho de todo ciudadano a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen.

Pero hasta la formulación del derecho a la protección de datos como derecho independiente ha debido recorrerse un largo camino tanto en el ámbito nacional como supranacional.

1.- Ambito internacional

Tanto el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales vienen a establecer el respeto por la vida privada y familiar de toda persona, sin que se contenga en los citados preceptos ,ni en ninguno otro de dichos textos , referencia expresa alguna a la protección de datos personales. Ello no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarase contrario al artículo 8 y , por tanto, vinculado a la intimidad, el almacenamiento y la comunicación de datos relativos a la vida privada del demandante y la negativa a permitirle refutar tales datos (sentencia de 26 de Marzo de 1987 “ Laender”).

La realidad nos demuestra que el derecho a la protección de los datos personales emerge como derecho individualizado, como facultad de autodeterminación de la persona frente al desarrollo de la informática y la telemática, que van a permitir la recogida masiva de datos de los individuos y su tratamiento, para cuya protección va a surgir el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento

Automatizado de Datos de Carácter Personal (firmado por España el 28 de enero de 1982 y ratificado el 27 de enero de 1984). Este convenio tiene por objeto y fin, según señala su artículo 1, el garantizar en el territorio de cada parte a cualquier persona física respeto a sus derechos y libertades fundamentales y concretamente su derecho a la vida privada, en relación al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. Como puede observarse, la protección alcanza al tratamiento automatizado de datos personales, en relación con la garantía de la vida privada, principalmente.

En el ámbito de la Comunidad Europea se va a producir la Directiva 95/46/CE de 24 de Octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas y en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Obsérvese que aquí ya alcanza la protección a cualquier tratamiento de datos personales, informatizado o no ,siendo el objeto de la directiva la protección de los derechos fundamentales y libertades de las personas físicas, en particular el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Así , también se constata en el texto de la directiva que si bien existe cierta vinculación con el derecho a la intimidad, la protección de datos adquiere singularidad propia.

La posterior Directiva 97/66 de fecha 15 de diciembre va a ampliar la protección en el ámbito concreto de las telecomunicaciones.

Finalmente, como se adelanta más arriba, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, proclamada el 7 de diciembre de 2000, viene a individualizar y considerar como derecho fundamental de los ciudadanos europeos el derecho a la protección de datos personales.

2.- Ámbito interno

Nuestra Constitución en su artículo 18.4 señala que la ley limitará el uso de la informática para garantizar la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La ambigüedad que evidencia el precepto entraña dificultad para la identificación de la naturaleza y contenido del bien que se trata de proteger. Pero además, la referencia a la informática como único elemento capaz de incidir en los derechos de las personas no resulta apropiado, si bien hay que tener en consideración que , en la época en que se redacta el texto constitucional, este medio tecnológico irrumpía con fuerza suficiente como para predecir que si no se controlaba rigurosamente, sus posibilidades de incidir sobre aquellos

derechos pudieran alcanzar límites de suma gravedad. Me refiero principalmente a las posibilidades que ofrece la informática para acumular gran volumen de datos, cruzarlos y tratarlos de forma que se posibilite la obtención de perfiles del individuo e incluso el poder predecir sus pautas de comportamiento.

En cumplimiento, aunque tardío , del mandato contenido en el citado precepto constitucional se va a publicar la Ley orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación de tratamiento automatizado de datos de carácter personal(Lortad), cuyo objeto, según señala el artículo 1 de la misma, es limitar el uso de la informática y otras técnicas para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos. Esta ley viene a coincidir fundamentalmente con el contexto del Convenio 108 del Consejo de Europa, si bien el legislador español tiene en cuenta el avance de los trabajos llevados a cabo para redactar la que sería Directiva 95/46/EC, por lo que ésta viene en gran parte anticipada por la ley española, aunque circunscrita sólo a disciplinar los tratamientos automatizados de datos personales.

En este contexto legislativo resulta lógico que se fuera abriendo paso con dificultad y cierta vacilación la doctrina del Tribunal Constitucional que arranca con la ya citada STC 254/1993 de 20 de julio, a la que va a seguir la STC 143/1994 de 9 de mayo , y que van a ser la única referencia hasta la STC 11/1998, a la que seguirán otras 18 basadas en supuestos similares de hechos y con idénticos fallos. La jurisprudencia del Alto Tribunal sobre esta materia la completan hasta la fecha tres sentencias más: La sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999 de 8 de noviembre, y las más recientes 290/2000, de 30 de noviembre de 2000,por la que se rechazan los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos preceptos de la Lortad, y la 292/2000, de la misma fecha , que viene a configurar el derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo, y a declarar nulos , por contrarios a la Constitución, determinados incisos de los artículos 21 y 24 de la Ley 15 / 1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Pero antes de comentar esta trascendental STC 292/2000 es preciso en cualquier caso señalar la innovación que va a suponer la Ley Orgánica 15/1999 en la protección de datos. En efecto, esta ley, que vino a sustituir a la Lortad, a la que deroga, tiene por finalidad principal el incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva

95/46/CE, aunque no se diga expresamente en la ley española, por carecer ésta de exposición de motivos e incluso de un simple preámbulo. La nueva Ley de Protección de Datos señala como su objeto el garantizar y proteger en lo que concierne al tratamiento de datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar, según explicita su artículo 1. Obsérvese que ya no se habla de tratamiento automatizado, sino que va a estar reglado por la ley cualquier tratamiento de datos, acorde con la directiva, cuyo artículo 1 transcribe casi literalmente el correlativo de la ley española. Coinciden también ambas normas en ampliar su objeto más allá de la protección del honor y la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos, para extenderlo a todas las libertades públicas y derechos fundamentales. Ambos legisladores, comunitario y español, vienen en definitiva a singularizar la garantía y protección de todos los derechos fundamentales y libertades públicas en los supuestos de tratamiento de datos personales.

II.- El nuevo derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Como apuntaba antes, van a coincidir casi en el tiempo la configuración del derecho a la protección de datos, que el Tribunal Constitucional singulariza en su Sentencia, y la que establece la Carta Europea de Derechos Fundamentales en su artículo 8. Brevemente analizaré a continuación la formulación que hace el Alto Tribunal y el contenido dado al derecho a la protección de datos por la Carta Europa.

1.- STC 2992 / 2000

Los fundamentos jurídicos 6 y 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional vienen íntegramente dedicadas a la definición y configuración del derecho a la protección de datos personales. Se señala al respecto por el Alto Tribunal que “.....el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (F:J 6, primer párrafo). Más adelante, y en el mismo fundamento jurídico, se establece “.....el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimos, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimi-

dad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la Constitución española otorga, sino los datos de carácter personal” (F.J.6 tercer párrafo).

La propia sentencia del Tribunal Constitucional dice asimismo “ Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros (...) Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que (...), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos (...), y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales , lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales” (F.J. 6, cuarto párrafo). El fundamento jurídico 7 de la referida sentencia viene a remarcar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos y las facultades que proporciona al individuo tanto frente al Estado como ante el particular.

Dice el citado fundamento jurídico: “ De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede éste tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida , la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no , de los datos personales requiere como complementos indispensables , por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y , por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”.

He preferido transcribir algunos de los párrafos de los citados fundamentos jurídicos en lugar de resumirlos, ya que las propias palabras del Tribunal Constitucional

han de resultar sin duda más elocuentes, siendo las anteriores transcripciones sólo un breve exponente de lo que con claridad, contundencia e incluso si se quiere con reiteración, se establece en los citados fundamentos jurídicos 6 y 7.

De la anterior doctrina viene, pues, a deducirse que el Tribunal Constitucional ha venido a configurar, sin ningún tipo de ambigüedad, el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo, desarrollando hasta sus últimas consecuencias la doctrina iniciada tímidamente por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 254/ 1993 .

Este derecho fundamental no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto de protección es cualquier tipo de dato personal, traspasando su objeto la intimidad personal, y viniendo constituido su contenido por un haz de facultades consistentes en diversos poderes que imponen a terceros deberes tales como requerir el consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, ser informado sobre el destino y poder acceder, rectificar y cancelar los propios datos. En definitiva, el contenido del derecho a la protección de datos personales que señala el Tribunal Constitucional viene a coincidir con los principios y derechos que establece la Ley Orgánica 15 / 1999, y que deberán respetarse y atenderse en todo tratamiento de datos personales.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste, en resumen, en un poder de disposición y control sobre los datos personales, tanto frente al Estado como ante cualquier particular.

2.- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la cumbre de Niza, el 7 de diciembre de 2000, se proclamó la Carta, dado que el sistema constitucional de algunos países miembros, sobre todo los de Constitución no escrita, impedía al parecer, optar por la fórmula más contundente de aprobación. No obstante la fórmula empleada, es evidente que la Carta supone un paso muy importante en la construcción de la Europa de los ciudadanos.

En el último párrafo de su preámbulo se señala “ En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades, y principios enunciados a continuación”. El artículo 8, bajo el título “ Protección de datos de carácter personal”, establece:

“ 1.- Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”.

“ 2.- Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación”.

“ 3.- El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente “.

Si se examina toda la Carta, puede fácilmente comprobarse que este derecho a la protección de datos de carácter personal es uno de los más ampliamente explicitados en dicho texto y cómo viene desligado del derecho al respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y las comunicaciones, que se reconoce en el artículo 7.

También se comprueba cómo el contenido del derecho a la protección de datos se configura en el apartado 2 del artículo 8 en similares términos al establecido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia antes comentada.

Otro hecho que es preciso poner de relieve es la preocupación por la defensa de este derecho, como lo demuestra el encomendar expresamente su tutela a una autoridad independiente.

III. Contenido del Derecho a la Protección de Datos Personales

Para tratar cualquier aspecto relativo a la protección en el tratamiento de datos es obligado referirse, aunque sea de forma telegráfica, a los principios de la protección de datos (título II de la Ley) y a los derechos que ante el tratamiento de datos la misma Ley confiere a los ciudadanos (Título III), ya que, en todo caso, aquellos y estos son exigibles y ejercitables, respectivamente, ante cualquier supuesto, viniendo tanto la Directiva como la Ley española a añadir mayores exigencias ante el caso de tratamiento de datos “*especialmente protegidos*”.

Pero además, como hemos visto antes, éstos principios que siempre hay que observar en todo tratamiento de datos, los señala la STC como contenido del derecho fundamental a la protección de datos, que se completa con los derechos que derivan para los ciudadanos y que siempre habrá que atender. En parecidos términos se contemplan estas exigencias por el art. 8 de la Carta de

los Derechos Fundamentales de la U.E, según queda señalado con anterioridad.

1. Principios

Los principios de protección de datos exigidos por la Directiva 95/46/CE están incorporados fundamentalmente en nuestra LORTAD, y han sido en algunos aspectos reforzados y clarificados en la vigente LOPD. Estos son:

- Principio de Información.-

En la recogida de datos hay que informar al ciudadano de la existencia del fichero o tratamiento, de la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, de la identidad y domicilio del responsable del tratamiento, así como de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (art. 5 LOPD).

- Principio de Calidad de Datos.-

Los datos de carácter personal solo se podrán tratar cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos. Se mantendrán exactos y puestos al día o en su caso cancelados (art. 4 LOPD).

- Principio de Finalidad.-

No podrán usarse los datos para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidas (art. 4.2 LOPD) debiendo haberse recogido para finalidades determinadas, explícitas y legítimas (art. 4.1 LOPD). Es evidente que el término “incompatible” que incorpora la vigente LOPD en terminología idéntica a la empleada por la Directiva 95/46CE es de gran indeterminación jurídica, resultando más claro el término “ idéntico” empleado por la LORTAD. No obstante, a la luz de la tan repetida STC 2992 / 2000 a efectos de nuestro derecho interno debe asimilarse “ incompatible” a “idéntico”

- Principio de Consentimiento.-

Salvo situaciones excepcionales (cuando lo disponga la Ley, se derive de una relación contractual o procedan los datos de fuentes accesibles al público) el tratamiento de los datos personales requerirá el consentimiento del afectado, al que la LOPD define como manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada (art.3.h). Ello no obstante no determina el que el consentimiento tenga que ser siempre escrito, pues este solo se exige para una especie de datos especialmente

protegidos (los que revelan ideología, religión, y creencias), ni siquiera expreso, que en cambio si se exige en el supuesto de datos que revelen origen racial, salud y vida sexual. Bastará con carácter general el consentimiento tácito. El problema, en todo caso, se suscitará a la hora de probar que se obtuvo el consentimiento de esta forma.

La nueva Ley, a diferencia de la LORTAD, proporciona una definición del consentimiento que, como puede comprobarse, es clara y contundente.

- Principio de Seguridad de Datos.-

Obliga a la adopción de medidas de índole técnico y organizativo que garanticen la confidencialidad e integridad de los datos y eviten su alteración, pérdida o acceso no autorizado. El nivel de las medidas que será necesario adoptar dependerá de la categoría de los datos tratados, en los términos que establece el Reglamento de Medidas de Seguridad, aprobado por Real Decreto 994 / 1999 de 11 de Junio, que la LOPD expresamente deja en vigor.

Todos los principios antes enunciados y especialmente los de información, finalidad, y consentimiento han sido expresamente reforzados por la LOPD, en relación al nivel de exigencia que establecía la derogada Lortad.

2. Derechos

Por lo que se refiere a los derechos que la Ley reconoce en el Título III al afectado -persona física cuyos datos hayan sido objeto de tratamiento (art. 3.e) vienen a enlazar con aquéllos que se exigen cumplir para la recogida de datos (Art. 5. No se entiende el porque la Ley recoge el derecho a la información en la recogida de datos en este artículo incardinado dentro del Título II “ Principios de la Protección de Datos”, pero referidos a los afectados según dicción de su apartado 1, que no parece acorde con la definición de afectado que señala el art. 3.e) de la misma y que por otro lado se contengan los derechos de las personas en Título distinto pero vinculados al concepto de afectado), según veíamos.

Hechas las anteriores observaciones, debe señalarse que éstos derechos, expresamente reconocidos, los concreta la Ley en:

2.1. Poder impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de comportamiento con único fundamento en tratamiento automatizado de datos personales que ofrezca una definición de sus características o personalidad (Art. 13).

2.2. Derecho a ser informado de la existencia de ficheros automatizados, de su finalidad y de la identidad del responsable del fichero, por la Agencia de Protección de Datos (Art. 14).

2.3. Derecho del afectado a recabar y obtener información de los datos personales incluidos en ficheros automatizados (Art. 15).

2.4. Derecho a poder rectificar o en su caso cancelar los datos personales (art. 16).

Todos estos derechos reconocidos ya por la Ley española de 1992, son acordes con los establecidos por la Directiva 95/46/CE, si bien ésta viene a reconocer el derecho de oposición del interesado en su art. 14 no contemplado por la LORTAD y recogido posteriormente en la LOPD, aunque no suficientemente desarrollado.

Como colofón de este apartado , se debe insistir , que en todo tratamiento de datos personales deberán respetarse los anteriores principios y atender los citados derechos de los ciudadanos.

IV.- Categorías de Datos Especialmente Protegidos

Recordados los anteriores principios que regirán con carácter general en todo tratamiento de datos personales, centraremos nuestra atención en el análisis de exigencias especiales para el tratamiento de determinados datos que la Ley española considera como “*especialmente protegidos*” (Art. 7) y la Directiva como “*tratamiento de categorías especiales de datos*” (Art. 8 Directiva 95/46/CE). A mi entender la Ley española manteniendo el ámbito protector de la Directiva es más clara en su delimitación y en la determinación de las exigencias especiales que establece.

Tanto el legislador comunitario como el nacional han sido conscientes de que no todos los datos referidos a una persona física inciden de igual forma en su intimidad. Partiendo del principio general de que sólo los datos serán recogidos, tratados y transmitidos a terceros con el consentimiento del afectado, con las naturales excepciones de aquellos supuestos que la vida en sociedad reclama el tratar y transmitir ciertos datos, lo que ha de derivar de imperativo legal o relación comercial, se considera que algunos pertenecen al acervo más íntimo del individuo, especialmente los que revelan sus creencias, de aquí que deban ser especialmente protegidos para preservar esa esfera más profunda de la personalidad.

La Ley española establece tres grupos de datos especialmente protegidos:

1. Ideología, religión y creencias

Los datos de carácter personal que revelen ideología, religión y creencias para su tratamiento se exige consentimiento expreso y escrito del afectado, previo informe al sujeto de no estar obligado a declarar éstos (Art. 7.1 y 2 en relación con el art. 16.2 CE).

A todos los anteriores añade la Directiva los relativos a afiliación sindical que al no contenerse expresamente en la LORTAD, la nueva LOPD que se encarga de la transposición de la Directiva los incluye .

El art. 7.2 LOPD establece excepción al consentimiento exigido para el tratamiento de estos datos respecto de los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones, comunidades religiosas, fundaciones, asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre del consentimiento del afectado, según puntualiza el último inciso de este precepto.

2. Origen racial, salud y vida sexual

Otro grupo de datos especialmente protegidos lo integran los datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, que sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos en dos supuestos (art. 7.3):

- a) Con consentimiento expreso del afectado, que no tiene que ser prestado necesariamente de forma escrita.
- b) Cuando por razones de interés general lo disponga una Ley, debiendo entenderse esta referencia a una Ley en sentido de Ley formal no pudiendo dar cobertura en este supuesto una norma de inferior rango , dado que como ha precisado el T.C la limitación de un derecho fundamental solo podría establecerse por Ley y motivando las razones de interés general que lo justifiquen.

3. Comisión de infracciones penales o administrativas

El tercer grupo de datos especialmente protegidos, delimitado por nuestra Ley, lo forman aquellos datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas (Art. 7.5). Respecto de los

mismos la Ley española limita su inclusión a ficheros automatizados de las Administraciones Públicas, a la competencia de éstas en las respectivas materias, y además, a la concurrencia de los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras. Habrá que estar pues a lo que dispongan las diversas normas reguladoras que deberán de concretar los supuestos en que aquellos datos puedan ser incorporados a los ficheros.

De los datos pertenecientes a este grupo ni que decir tiene que los que van a resultar especialmente sensibles son aquéllos relativos a la comisión de infracciones penales, por su propia naturaleza y porque además en muchos supuestos van también a incorporar otros datos especialmente protegidos tales como los relativos a la salud, vida sexual, origen racial, e incluso los de ideología y creencias.

V.- Especial referencia al tratamiento de los datos de salud.-

1.- Concepto de datos de salud.-

Dado el tratamiento más riguroso como datos especialmente protegidos, que tanto nuestra Ley como la Directiva, dan a aquéllos relativos a la salud y el que tales datos estén más presentes en la vida cotidiana de los ciudadanos que el resto de datos que merecen al legislador el mismo rango especial de protección, bueno será que delimitemos su concepto. Enseguida se comprueba que la LORTAD si bien se refería a los datos relativos a la salud de las personas, no establece un concepto concreto de este tipo de datos. Otro tanto ocurre en la vigente LOPD.

Ello exige que para la delimitación del concepto establecido en la Ley haya que atenderse, por imperativo del art. 10.2 de nuestra Constitución, a las normas contenidas en Tratados Internacionales reguladores de la Protección de Datos de carácter personal que hayan sido válidamente ratificados por España, pasando a formar parte de su ordenamiento interno, según dispone el artículo 1.5 del CC.

En este contexto, tanto el art. 8 de la Directiva 95/46/CE, como el art. 6 del Convenio 108 del Consejo de Europa, hacen referencia a los datos de salud como sujetos a un régimen especial de protección, de tal forma que, como indica el citado Convenio, tales datos *“no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías adecuadas”*.

El apdo. 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa viene a definir la noción de *“datos de carácter personal relativos a la salud”*, considerando que su concepto abarca *“las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo”*, pudiendo tratarse de informaciones sobre un individuo de buena salud, enfermo o fallecido. Añade el citado apdo. 45 que *“debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas”*.

En este mismo sentido, la Recomendación nº R (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a la protección de datos médicos afirma que *“la expresión datos médicos hace referencia a todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona. Afecta igualmente a los datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas”*.

En cuanto a la incorporación al citado concepto de los datos psicológicos y referentes a la salud mental de las personas, baste recordar la existencia de la Recomendación nº R (91) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en materia de estudios epidemiológicos en el ámbito de la salud mental, en la que se hace expresa referencia a la necesidad de establecer las garantías necesarias para la protección de los datos referentes a este tipo de trastornos.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que los datos psicológicos deben ser considerados, a los efectos de la aplicación de la LOPD, como datos relativos a la salud de las personas. Para delimitar el fundamento de esta inclusión habrá de distinguirse entre los datos incorporados a historiales clínico-psiquiátricos o psicológicos y los no incorporados a los mismos.

En cuanto a los primeros, atendidos los conceptos ya señalados, no puede existir duda alguna acerca de la naturaleza, como datos de salud, de los datos que se deriven expresamente de expedientes médicos, habida cuenta que, comprendiendo el concepto de datos sanitarios los referentes a la salud mental, siempre habrán de incorporarse al concepto de aquéllos cualesquiera datos obrantes en una de las fuentes de tratamiento establecidas en el art. 8 de la LOPD.

El problema se planteará en relación con aquellos datos que no se deriven de un determinado tratamiento psicológico o psiquiátrico, sino de las propias manifestaciones de los sujetos encuestados o de la apreciación del encuestador ante las citadas afirmaciones. En este caso,

cabría plantearse la inclusión de los datos en el concepto anteriormente señalado.

La respuesta a esta cuestión parece que ha de ser la de considerar que estos datos, aún cuando no procedan expresamente del historial clínico de los sujetos, deben ser considerados como datos referentes a la salud de las personas, habida cuenta que, o bien conciernen directamente a la salud mental del individuo (apdo. 45 de la Memoria del Convenio 108) o bien se encuentran estrechamente relacionados con la salud (Recomendación R (97) 5 del Comité de Ministros).

La justificación de esta incorporación es evidente, dado que el sometimiento de estos datos a la especial protección conferida por los artículos 7.3, 8 y 11.2 f) de la LOPD evita que se pueda proceder al tratamiento de estos datos con base en meras sospechas o apreciaciones subjetivas que no presenten una constatación fáctica real, generando una situación de riesgo que puede, con base en esas sospechas o apreciaciones, crear una situación social de prejuicio hacia las personas cuyos datos psicológicos “negativos” han sido incorporados al fichero automatizado.

Precisamente éste es, a mi juicio, el motivo que indujo a incorporar al concepto de “*datos de carácter personal relativos a la salud*” incluido en la memoria del Convenio 108 del Consejo de Europa, “*las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas*”, cuando estos datos no se refieren, en sentido estricto, a la salud de las personas.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el tratamiento de datos de carácter psicológico podría, en la práctica, generar un perfil completo del individuo, del que se desprendiese el conocimiento de otros datos especialmente protegidos por el legislador, tales como las creencias morales y religiosas o la vida sexual del sujeto. Ello no hace sino ratificar la conclusión del necesario sometimiento de los datos de carácter psicológico al régimen de los datos relativos a la salud de las personas, consagrado por la LOPD.

2.- Exigencias para la recogida y tratamiento de los datos de salud.

En el supuesto específico de los datos de salud, el legislador español siguiendo al europeo (ver art. 6 del Convenio 108/81 Consejo de Europa) y al de la Comunidad Europea (ver art. 8 Directiva 95/46 CEE de 24 de octubre de 1995) los considera como especialmente protegidos, o sensibles, en la denominación europea o co-

munitaria y prevé que sólo puedan ser recabados, tratados y cedidos, cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consiente expresamente (art. 7.3 LPD y 7.3 LORTAD), según veíamos antes. Ello quiere decir que sólo en estos supuestos específicos dichos datos podrán ser tratados con carácter general.

No obstante lo anterior, la vigente Ley 15/99 y también la LORTAD, establecen que las instituciones y centros sanitarios, y los profesionales correspondientes podrán tratar sin consentimiento datos relativos a la salud de las personas que a los mismos acudan o hayan de ser tratados en ellos, de acuerdo con “ la legislación estatal o autonómica” , dice la nueva LOPD, con carácter más amplio , ya que la LORTAD concretaba determinadas leyes sanitarias (art. 8 de ambas leyes). La práctica había puesto de manifiesto que las leyes específicamente señaladas por la LORTAD habían sido superadas por legislación posterior en materia sanitaria, que era necesario acoger en el mismo régimen por responder a fines equivalentes por lo que resulta más acorde el acotamiento más general que establece la nueva Ley pero igual de concreto en la finalidad.

Hasta aquí ambas leyes mantienen la misma regulación de los datos relativos a la salud con la única diferencia mínima que queda señalada.

Pero la Ley 15 / 1999 incorpora a su art. 7 un nuevo apartado 6: Dice el art. 7.6. “ *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 (ideología, religión y ciencia) y 3 (salud, origen racial y vida sexual) de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.*

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

El transcrito precepto viene pues a posibilitar que todos los datos que se consideran en los apartados 2 y 3 del mismo artículo como especialmente protegidos, entre los que se encuentran los relativos a la salud, puedan ser

tratados sin las exigencias especiales de protección que al respecto se señalan. En el caso concreto de los datos de salud sin la exigencia del consentimiento expreso del afectado o sin que una Ley así lo disponga por razones de interés general (art. 7.3). Pero el régimen excepcional del art. 7.6 requiere la concurrencia de dos requisitos :

- a) que el tratamiento de dichos datos “ resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios” .
- b) que el tratamiento de datos se realice por un profesional o por otra persona obligada a equivalente secreto.

La delimitación del segundo requisito y su acreditación resulta sencilla. No así la del primero. Puede parecer a primera vista que el simple criterio de quien trate los datos será suficiente justificación. Ello no puede ser así evidentemente , pues tal interpretación vaciaría de contenido la exigencia general de consentimiento o habilitación legal que exige el art. 7.3 LOPD. Piénsese que estamos ante un derecho fundamental, el derecho a la protección de los datos personales y que además , en el supuesto de datos relativos a la salud tanto el legislador comunitario como el nacional los consideran como especialmente protegidos . Por ello de no existir una norma que establezca la “necesidad del tratamiento” de dichos datos deberá acreditarse en cada caso concreto por quien la alegue para prescindir del consentimiento del interesado. Esta es la interpretación dada a éste confuso precepto tanto por la Agencia de Protección de Datos, con ocasión de resolver expedientes sancionadores sobre tal supuesto , como por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, con ocasión de revisar en vía jurisdiccional las Resoluciones de la APD.

El otro supuesto del art. 7.6 LOPD es que puede prescindirse del consentimiento es mucho más claro:

Cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona , en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento. “ También aquí” se exige la concurrencia de un doble requisito: salvaguarda del interés vital e incapacidad para consentir.

Finalmente es preciso hacer una referencia , aunque ésta sea sucinta al régimen de cesión o comunicación de los datos tratados a terceros.

Con carácter general el art. 11.1 LOPD establece que los datos de carácter personal objeto de tratamiento, todos y no únicamente los especialmente protegidos, sólo podrán comunicarse a terceros para el cumplimiento de las legítimas funciones de cedente y cesionario con el previo consentimiento del interesado , considerándose nulo el consentimiento cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos.

En el supuesto de datos relativos a la salud queda excepcionado el consentimiento para la cesión de aquellos, cuando resulte necesaria para solucionar una urgencia o para realizar estudios epidemiológicos en los términos que establece la legislación sanitaria . Esta previsión del art. 11.2 . f) , de la LOPD también se contenía en la anterior LORTAD.

El cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que, tanto con carácter general, como de particular de los datos de salud como especialmente protegidos establece la LOPD, es la obligación que deriva de esta Ley para el personal sanitario que trate datos personales. A la hora de interpretar la Ley, en caso de duda, deberá realizarse con carácter restrictivo en favor de la mejor protección del derecho que la Ley tutela , y que , no podemos olvidar, se trata de un derecho fundamental de todos los ciudadanos.