

EL SECRETO PROFESIONAL

Judit García Sanz*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El secreto profesional es una de las bases fundamentales en las que se sustenta el ejercicio de determinadas profesiones. El presente trabajo realiza una breve revisión sobre el secreto profesional en el ámbito sanitario, que implica un deber de custodiar la información relativa al paciente conocida en el ejercicio de la profesión. Desde esta perspectiva, debe entenderse como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros. El profesional de la sanidad no sólo tiene un deber ético de sigilo sino también jurídico, cuyo incumplimiento podría ser castigado como delito de revelación de secretos (art. 199.2 del Código penal). No obstante, pese a que la intimidad es un derecho fundamental de carácter prioritario, no goza de una protección absoluta y puede ser limitado en aquellos casos que entre en tensión con otros derechos fundamentales y libertades públicas.

PALABRAS CLAVE: secreto profesional, intimidad, confidencialidad, protección de datos personales, delito de revelación de secretos, intimidad genética, código de ética y deontología médica.

ABSTRACT

The medical secret is one of the fundamental bases on which the exercise of determined professions is sustained. In the present paper, a brief revision about the professional secret in the sanitarian ambit is realized which supposes the obligation to keep the information obtained during the professional exercise. It should be understood as a right of the patient to safeguard his intimacy as opposed to third persons. The professional of health has not only an ethic, but also a legal obligation of discretion whose nonfulfillment could be punished as a crime of revelation of secrets (art. 199.2 Penal Code). However, although intimacy is a fundamental right of high priority it has not an absolute protection, since it can be limited in those cases in which it enters in conflict with other fundamental rights and public freedoms.

KEY WORDS: professional secret, intimacy, confidentiality, protection of personal data, crime of revelation of secrets, intimacy genetics, ethics code and medical deontology.

I. INTRODUCCIÓN Y MARCO LEGAL

El secreto profesional en el ámbito sanitario es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la relación médico-paciente debido a que los profesionales

sanitarios acceden a datos personales y de salud pertenecientes a la esfera íntima de la persona, cuya divulgación podría suponer su estigmatización o discriminación.

El secreto profesional encuentra su fundamento en nuestra Constitución (art. 18.1 y 20 CE)¹ y también goza de regulación en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico interno (administrativo², civil³, laboral⁴, procesal⁵ y penal⁶), así como en el Derecho internacional⁷ y comunitario⁸.

* Profesora de Derecho Penal.

¹ Se aborda esta cuestión con detalle en el apartado III de este trabajo.

² En el ámbito administrativo específicamente sanitario, cabe inferir el carácter legal del deber de sigilo de varios cuerpos legislativos. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su art. 10, alude al derecho de todos los ciudadanos al *respeto de su personalidad, dignidad e intimidad* en el ámbito de las diferentes Administraciones públicas sanitarias y, en el párrafo tercero, reconoce a todo usuario de la sanidad el derecho a «la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público». Recientemente el legislador ha mostrado su preocupación por estos temas y ha aprobado varias leyes sobre la materia. En esta línea, se sitúa la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (y su predecesora de 1992), que tiene como objeto la protección del derecho al honor y la intimidad personal y familiar (art. 1) y en su art. 10 alude expresamente al *deber de secreto profesional*. Por su parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, sin llegar a una situación óptima, viene a cubrir importantes lagunas y a dotar de una regulación mínimamente satisfactoria a éste y otros problemas, centrandó la cuestión en el interés del paciente.

³ En el ámbito civil, se orienta a la protección de la intimidad la Ley Orgánica 1/1982 de Protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, que considera intromisión ilegítima a «La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela» (art. 7.4). En esta línea cabe situar también la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción, la cual establece el carácter de contrato secreto de la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por las leyes e impone en diversos partes de su articulado el «*deber de secreto*» de la identidad de los donantes y de otros aspectos (art. 2.5 y art. 5).

⁴ El derecho a la intimidad en el ámbito laboral tiene cobertura legal en el art. 4.2 del Estatuto de los trabajadores (Ley 8/1980) que reconoce entre los derechos de los trabajadores el respeto de su intimidad y su vulneración se considera infracción muy grave por parte del empresario (art. 96.11). Por su parte, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, en su art. 22.4 dispone que la información sanitaria de los trabajadores afectados no podrá ser usada con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. Sobre ello, v. también apartado VI.1.

⁵ Como analizaremos en el apartado V, dedicado a los límites del deber de secreto, aluden a esta materia tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 259, 262, 416 y 417) como la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (art. 371).

⁶ En el apartado IV se estudia con detalle el delito de revelación del secreto profesional (art. 199.2 CP).

⁷ Sobre esta materia existe un prolijo acervo de Tratados y Convenios Internacionales que han pasado a formar parte del Ordenamiento jurídico español. Entre los Tratados y Convenios internacionales que han resaltado el derecho a la intimidad cabe resaltar el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948.

⁸ En la esfera del Derecho europeo, es destacable la atención prestada por el Consejo de Europa al problema de la intimidad y el tratamiento de datos sanitarios. Al respecto, cabe resaltar el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, sobre la protección de las personas en



El deber de secreto profesional en el ámbito sanitario encuentra también su fundamento en normas ético-corporativas⁹, si bien es necesario deslindar el plano deontológico y jurídico, ya que aunque los profesionales deben adecuar su actuación profesional al Código Deontológico, las pretensiones que frente a ellos se ejerciten por vía judicial, deberán basarse en la vulneración de una ley, como en el caso de cualquier ciudadano¹⁰.

Teniendo en cuenta este marco legal, cabe afirmar que el secreto médico no es un tema que haya sido tratado en profundidad por el legislador y, aunque esta situación ha sido en parte paliada con la reciente aprobación de algunas leyes que regulan esta materia, debería elaborarse una regulación que fijara el alcance y los límites del secreto médico, de modo que se garantice de modo adecuado la protección de la intimidad del paciente.

En este trabajo se abordará la confidencialidad de la información sanitaria desde una perspectiva general, si bien nos centraremos sobre todo en sus implicaciones penales y, en especial, en la intimidad como derecho fundamental.

Por último, aclaremos que, aunque haremos referencia al tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario, vamos a analizar sólo los problemas que se plantean en aquellos casos en que su conocimiento se gesta en la relación personal entre el profesional sanitario y el paciente, dejando a un lado los problemas que implica el procesamiento y comunicación de datos a través de las modernas tecnologías de la información y la comunicación, que hace que el secreto personal tras-

lo que respecta al tratamiento de datos automatizados, que alude en su art. 6 a los datos relativos a la salud. Asimismo, el Convenio relativo a Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, reconoce el derecho de toda persona al respecto de su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud (art. 10.1). También se ha ocupado el Consejo de Europa de esta materia, en sus Resoluciones y Recomendaciones (no vinculantes jurídicamente), alguna de ellas citadas en este trabajo y que se pueden consultar en <http://www.coe.fr>. También se refieren a estos problemas diversas Directivas europeas cuya adaptación al Derecho interno español han motivado la aprobación de algunas leyes internas. En esta línea, cabe destacar la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de datos de las personas físicas, en lo que respecta a su tratamiento y a la libre circulación de los mismos (su adaptación al derecho interno ha originado la aprobación de la Ley 15/1999).

⁹ El secreto profesional se trata en profundidad en el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999. En concreto, el art. 14 concibe al secreto profesional como un *derecho del paciente* a salvaguardar su intimidad ante terceros y que obliga al profesional incluso tras la muerte de aquél. Por su parte, el art. 15 aborda el problema de la medicina en equipo y la obligación de todos de guardar la totalidad del secreto.

¹⁰ Al respecto, la mayoría de la doctrina acoge la tesis restrictiva diferenciando claramente el plano deontológico y jurídico. Entre otros: CASADO GONZÁLEZ, «Ética, Derecho y deontología profesional», *Derecho y salud*, vol. 6, núm. 1, 1998, p. 34; GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, Valladolid, 1999, p. 71; IGLESIAS, «El discutible valor jurídico de las normas deontológicas», *Jueces para la democracia* 12, 1991, p. 53 y ss.; MORALES PRATS, *Comentarios*, cit., p. 464; ROMEO CASABONA, C., *La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho penal*, Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Valencia, 2004, pp. 977 y 979. SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal del médico por omisión*, Avances de la Medicina y el Derecho Penal, (dir. S. MIR PUIG), PPU, Barcelona, 1988, p. 126.

cienda cada vez más de la esfera médico-paciente a un sistema de almacenamiento masivo de datos que precisa de un tratamiento específico y de medidas especiales que permitan un mayor control e intervención del sujeto como las previstas en la LO 15/1999¹¹.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

La doctrina utiliza en ocasiones de forma indistinta términos como los de privacidad, confidencialidad, protección de datos que, aunque tienen conexión con la intimidad e incluso comparten zonas comunes, no son del todo coincidentes¹², por lo que estimamos necesario hacer algunas precisiones conceptuales previas.

En primer lugar, la *intimidad* cabe concebirla como derecho inherente a la persona que se refiere a lo más profundo del ser. La intimidad viene definida en el Diccionario de la RAL como «zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de la familia». Por su parte, ROMEO CASABONA la define como «aquellas manifestaciones de la personalidad individual (o familiar) cuyo conocimiento o desarrollo quedan reservados a su titular o sobre las que ejerce alguna forma de control cuando se ven implicados terceros»¹³.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en el concepto y alcance de la intimidad como derecho fundamental, cabe resaltar que acogemos aquí un concepto de intimidad en sentido estricto, separando lo *íntimo* de lo *privado*¹⁴. En este sentido, la intimidad la relacionamos con lo más profundo del ser, lo más íntimo y personal, en palabras de BAJO FERNÁNDEZ, «es un ámbito personal, reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraizaría la personalidad»¹⁵.

¹¹ Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha declarado que el contenido del ordenador personal de un profesional de la medicina, en el que se incluyen las historias clínicas de sus pacientes, queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos (Sentencia de 12 de julio de 2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo).

¹² En este sentido, SÁNCHEZ CARAZO, C., *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, p. 13 y ss.

¹³ ROMEO CASABONA, C., *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, en Gen-Ética, Ariel, Barcelona, 2003, p. 240. En este sentido también en, EL MISMO, Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías, Poder Judicial, núm. 31, p. 163 y ss. Una visión actual de este autor sobre el contenido y evolución de este derecho fundamental podemos encontrarla en: ROMEO CASABONA, C., *La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos*, Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón, Bilbao, 2002, p. 513 y ss.

¹⁴ SÁNCHEZ CARO, J., *El médico y la intimidad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001, p. 74, considera que la intimidad en sentido estricto hace referencia a un ámbito de carácter individual, espiritual y psicológico y, por tanto, intrapersonal.

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El secreto profesional en el proyecto de Código Penal», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1980, p. 599.

Un concepto próximo al de intimidad es el de *privacidad*; no obstante, pese a que en muchos momentos se han utilizado como sinónimos, existen notables diferencias entre ambos. Así, mientras que la intimidad sería lo más, la privacidad se asentaría en una capa menos profunda de la persona. Acogiendo el concepto de LÓPEZ DÍAZ, cabría definir la privacidad como «el derecho de los individuos, grupos o instituciones a determinar por ellos mismos, cuándo, cómo y cuánta información acerca de sí es comunicada a otros»¹⁶.

En definitiva, cabe afirmar que la privacidad y la intimidad forman parte de un todo, pero que lo privado es más amplio que lo íntimo. Como apunta SÁNCHEZ CARAZO, lo íntimo sería la parte de la vida privada que cada ser humano quiere guardar para sí de forma muy especial y que sólo dará a conocer en un ambiente de *confidencialidad*¹⁷. Así, la intimidad quedaría reducida a lo que podríamos denominar «núcleo duro» de la personalidad, sería esa zona íntima que queda reservada a una persona o a un círculo restringido de personas (datos de salud, sexuales, raciales...), mientras que en la privacidad se incluirían datos no tan sensibles pero de un ámbito de vida particular¹⁸.

En cuanto a la *confidencialidad*, cabría concebirla como una «actitud que se le pide al sujeto conocedor del dato o hecho de la intimidad o privacidad de la persona»¹⁹ y supone «la obligación del profesional de mantener en secreto cualquier información proporcionada por el paciente, no pudiendo revelársela a un tercero sin su permiso específico»²⁰. La confidencialidad es un concepto próximo a la intimidad, de manera que cuanto más íntimo sea el dato, será preciso un mayor grado de confidencialidad.

También es necesario diferenciar la intimidad del *derecho a la protección de datos de carácter personal*, ya que presenta rasgos propios que lo hacen merecedor de un tratamiento diferenciado, como parece apuntar la propia Constitución²¹, sin

¹⁶ LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 205.

¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, cit., p. 19. En el mismo sentido, en SÁNCHEZ CARAZO, «Protección de datos de carácter personal relativos a la salud», cit., p. 48 y ss.

¹⁸ Esta diferenciación también ha sido apuntada en ocasiones por el legislador. En este sentido, en la derogada LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, aparecían ambos términos (nueve veces la palabra *intimidad* y diez la de *privacidad*) y se aludía a las diferencias entre ambos conceptos en su exposición de motivos al disponer que «La intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona [...], la privacidad constituye un conjunto más amplio, más global, de facetas de su personalidad, que aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado». Por su parte, en la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (LO 15/1999), sólo aparece la palabra «intimidad» y no se menciona el término «privacidad».

¹⁹ Así, SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, cit., p. 20.

²⁰ SÁNCHEZ CARO, *El médico y la intimidad*, cit., p. 74.

²¹ El art. 18.4 CE, establece que «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».



que la protección de la intimidad sea suficiente para frenar todos los posibles efectos de la utilización de las nuevas tecnologías en el tratamiento de los datos personales y de salud²².

En consecuencia, todas estas singularidades hacen que podamos hablar de un *derecho fundamental a la protección de datos*, también denominado *libertad informática*, diferenciado del derecho a la intimidad²³.

Ésta es la línea seguida también por el Tribunal Constitucional, que considera que el art. 18.4 CE consagra un «derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales»²⁴ y reconoce dicho derecho con independencia de que sean objeto de tratamiento informático o automatizado²⁵.

En definitiva, cabe afirmar que el derecho a la protección de datos personales es independiente y autónomo respecto al derecho a la intimidad y abarca una mayor amplitud de situaciones, pues protege datos personales, sean íntimos o no, bastando que sean datos que identifiquen o permitan la identificación de una per-

²² En este sentido, ROMEO CASABONA considera que la protección de datos personales presenta unas características muy diferenciadas de la intimidad, que ésta por sí sola no podría explicar, además, del art. 18.4 CE cabe inferir que en estos casos no siempre se ve afectada la intimidad sino que el uso de la informática puede afectar a otros derechos fundamentales o no. Así, ROMEO CASABONA, «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», *cit.*, p. 163 y ss.; EL MISMO, *La intimidad y los datos de carácter personal*, *cit.*, p. 526 y ss.; SOLA RECHE, E., «La protección penal de la intimidad informática», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 11, 1991, p. 186 y ss.; EL MISMO, *La protección de datos personales genéticos en el Derecho Español*, Genética y Derecho penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995, Carlos M^a Romeo Casabona ed., Granada, 2001, p. 205 y ss.

²³ Consideran que no es necesario la configuración de un derecho independiente de protección de datos, distinto y autónomo respecto al derecho a la intimidad: DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad «versus» interés público*, tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 27 y ss.; MORALES PRATS, F., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 397 y ss. En cambio, estiman que el derecho a la protección de datos es un derecho independiente de la intimidad: ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J., «La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución», *La Ley*, núm. 5.230, 2001, p. 1 y ss.; ROMEO CASABONA, *La intimidad y los datos de carácter personal*, *cit.* p. 516 y ss.; EL MISMO: «El tratamiento y la protección de datos genéticos», *cit.*, p. 240 y ss.; SEOANE RODRÍGUEZ, J., «De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte 1)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 16, 2002, p. 72.

²⁴ Así, STC 254/1993, de 20 de julio, en la que se afirma que «El art. 18.4 [...] consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos». Asimismo, el Tribunal Constitucional ha resaltado que el objeto de este derecho amparado en el art. 18.4 CE no es sólo la intimidad individual (que tendría ya acomodo en el art. 18.1 CE), sino los datos de carácter personal. Así, STC, 292/2000, de 30 de noviembre, en donde hace alusión incluso a los datos personales públicos, matizando que por el hecho de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado.

²⁵ La protección de datos personales como un derecho fundamental a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona [...] pertenezcan o no al más estricto ámbito de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos (Sentencia 11/1998, de 13 de enero).

sona y, además, lo hace con independencia de si se encuentran almacenados por sistemas informáticos o de cualquier otra forma²⁶.

Por lo que respecta al concepto de *secreto profesional*, cabe apreciar una clara evolución desde una concepción paternalista, hasta la visión actual que reconoce el derecho de autodeterminación del paciente y su derecho fundamental a la intimidad²⁷.

En nuestra opinión, cabe concebir el secreto médico como «derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros e incluiría toda información, conocida por el paciente y otra u otras personas pertenecientes a un círculo reducido, que la persona afectada no desea sea revelada o divulgada a terceros».

Por último, es necesario aludir brevemente a qué datos quedan amparados por la confidencialidad y qué debemos entender por *dato médico* o de salud²⁸.

A nivel de derecho interno no encontramos un concepto de «dato médico»²⁹. No obstante, la doctrina se decanta por un concepto amplio y abierto en la línea que viene siendo propuesta por el Consejo de Europa³⁰, puesto que un concepto pormenorizado podría dejar fuera informaciones que incidieran sobre la salud de la persona y generar así situaciones de indefensión³¹. No obstante, el deber de secreto no se extenderá a aquellos hechos o circunstancias que no tengan la consideración de íntimos y que, por lo tanto, su revelación no sea susceptible de lesionar la intimidad del paciente³². Así, por ejemplo, no quedarían amparados por

²⁶ Al respecto v. ROMEO CASABONA, «Poder informático y seguridad jurídica», *cit.*, p. 33, para quien el art. 18.4 CE protege los datos personales, sean íntimos o no. Ésta es la línea adoptada recientemente con acierto por el TC, que desvincula este derecho de la intimidad y también de su carácter necesariamente informatizado. En este sentido, Sentencia 290/200, y en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, en la que manifiesta que «No sólo tienen carácter de datos personales aquellos relativos a la vida íntima, sino todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

²⁷ El Código de Ética y Deontología médica de 1999 lo concibe como «Derecho del paciente a salvaguardar su intimidad ante terceros y que obliga al profesional incluso tras la muerte de aquél».

²⁸ Sobre ello, HERRÁN ORTIZ, A., «La protección de datos sanitarios», *Doctrina Vlex*, 2003, *passim*.

²⁹ Al respecto, el art. 7 de la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal no nos da un concepto de dato médico pero los califica de datos especialmente protegidos, por lo que los considera como datos que presentan una vulnerabilidad especial (al igual que otros como los referentes a la vida sexual, origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas...) en la medida de que pueden fomentar la discriminación o causar perjuicios de especial gravedad a los titulares.

³⁰ Recomendación N.ºR. (97) 5, del Consejo de Europa, que atribuye tal consideración a «todos los datos de carácter personal relativos a la salud de la persona. Afecta igualmente a datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas».

³¹ En este sentido, DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales*, *cit.*, p. 46 y ss.

³² En la STC, 292/2000 se definen los *datos personales* como «Aquellos datos que identifican o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para confeccionar un perfil ideoló-

el secreto médico los datos relativos a si hubo o no información suficiente por parte de los médicos³³.

En palabras de SÁNCHEZ CARAZO los datos de salud serían «todos aquellos datos de carácter personal que indiquen la situación de salud o enfermedad de un individuo»³⁴. En consecuencia, tendrán la consideración de datos médicos los relativos a la salud o los que contengan conexión con fines relacionados con la salud (física o mental)³⁵ y aunque sean tratados en ámbitos no estrictamente sanitarios (seguros, investigación...).

Por último, es indiferente que el dato médico obre en el expediente del paciente o en la historia clínica³⁶, ya que, si bien en esta última haya aportaciones intelectuales del médico, en ella se incluyen también datos que afectan a la intimidad del paciente³⁷.

III. LA INTIMIDAD Y EL SECRETO PROFESIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Nuestra Carta magna garantiza el «derecho a la intimidad personal y familiar» en el art. 18.1 y le otorga el mayor grado de protección al incluirlo entre los derechos fundamentales. Asimismo, hace referencia al secreto profesional —en re-

gido, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo».

³³ Éste es el caso planteado en la Sentencia del OGH de 23 de noviembre de 1999, en la que el TS austriaco considera que la comprobación del cumplimiento o incumplimiento por parte de los facultativos de la obligación de informar que les incumbe no debe considerarse sometida al deber de secreto médico. La actora había hecho valer en primera y segunda instancia su negativa a dispensar a los médicos del deber de secreto en relación a la confirmación de si había sido correctamente informada de las posibles consecuencias de la operación a la que iba a ser sometida. Comenta esta Sentencia, SÁNCHEZ JORDÁN, E., «Algunas cuestiones relativas al derecho de información y al deber de secreto profesional en un supuesto de responsabilidad médica», *Derecho y salud*, 2002, núm. 10, pp. 163-4.

³⁴ SÁNCHEZ CARAZO, *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, cit., p. 176.

³⁵ Acogemos un concepto de salud entendida en sentido amplio, es decir, como «ausencia de enfermedad o de alteración corporal, que abarcaría tanto la integridad física y corporal como la salud física y mental». En este sentido: GÓMEZ DE LA TORRE, B., *El delito de lesiones*, Altera, Salamanca, 1982, p. 24; GARCÍA SANZ, J., «Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria», *Actualidad Penal*, núm. 30, pp. 674-5. Por su parte, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la integridad corporal y la salud*, el Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, pp. 925-6, sostiene que la salud física y mental alude al bienestar del ser humano en su aspecto físico y mental. No obstante, aunque este autor acoge un concepto amplio de salud, rechaza, con acierto, el concepto excesivamente amplio que contiene la Carta funcional de la Organización Mundial de la Salud, que define a la salud como un «estado de completo bienestar físico, mental y social».

³⁶ La Ley 41/2002, define en su art. 3 la Historia clínica como «el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial».

³⁷ ROMEO CASABONA/CASTELLANO ARROYO, «La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica», *Derecho y salud*, núm. 1, 1993, p. 14.



lación al derecho a la información— el art. 20 al disponer que «La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades» y el art. 24.2, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva, dispone que «La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

No obstante, como se pondrá de manifiesto, esta regulación no ha sido aún colmada y la situación actual del secreto profesional es algo confusa e insatisfactoria, por lo que sigue siendo una necesidad la urgente aprobación de una ley que regule el secreto profesional³⁸.

La doctrina admite de forma unánime la estrecha relación del secreto médico y la intimidad, siendo ésta el objeto de protección penal en los delitos que castigan la revelación de secretos. Esta línea ha sido también acogida desde antiguo por el Tribunal Constitucional³⁹, para quien «el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental» y reconoce que «el fundamento del secreto profesional médico es la intimidad del paciente, único titular para oponerse al uso de la historia clínica».

En cuanto al concepto de intimidad, cabe aquí ampliar lo dicho hasta ahora, tomando como guía la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional, que si bien inicialmente parece adoptar un concepto negativo al entender que «La intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren»⁴⁰, cuyo atributo más importante sería «La facultad de exclusión de los demás, de abstenerse de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de datos»⁴¹, ha evolucionado progresivamente hacia un concepto expansivo y no puramente negativo, que implica también facultades positivas del particular de disposición sobre la información relativa a su persona, controlando el uso, difusión y manejo de la misma⁴², lo que algún autor ha denominado «*autodeterminación informativa*»⁴³.

³⁸ Ésta fue una de las conclusiones del III Congreso Nacional de Derecho Sanitario (http://www.aeds.org/frames/frame_congreso.htm).

³⁹ Auto del TC 600/1989 y STC 37/1989.

⁴⁰ STC 73/1982, de 2 de diciembre.

⁴¹ STC 142/1993, de 22 de abril.

⁴² En este sentido, el TC en la Sentencia 134/1999, de 15 de julio, afirma que el art. 18.1 C.E. no garantiza una «intimidad» determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y a la familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del «conocimiento público» y añade que «del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos».

⁴³ DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales*, cit., p. 25.

Este derecho se apoya a su vez en otros como la *dignidad y otros derechos inherentes a la personalidad*, lo que determina su consideración como derecho fundamental aglutinador de otros derechos fundamentales⁴⁴.

En definitiva, acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, cabe afirmar que lo que el 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vetando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio y supone que el sujeto tenga un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia e imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida aunque con algunos límites impuestos por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁴⁵.

IV. EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS (ART. 199.2 CP)

El delito de revelación de secretos se castiga por primera vez en el art. 424 del Código Penal de 1822, que hacía referencia de forma expresa al médico y a otros profesionales sanitarios⁴⁶. En la actualidad, este delito se tipifica en el art. 199 del CP de 1995, entre los delitos contra la intimidad, en concreto, en el Título X, capítulo I, con la rúbrica «Del descubrimiento y revelación de secretos» dedicado a la protección de la intimidad⁴⁷.

Art. 199. 1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce años. *2.* El profesional que, con incumplimiento de

⁴⁴ En este sentido, el TC ha declarado de forma reiterada que «El derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad de vida mínima de la vida humana». Así, STC 143/1994, de 9 de mayo.

⁴⁵ STC 134/1999, de 15 de julio.

⁴⁶ Aluden al tratamiento del secreto profesional en el Derecho penal antes del CP de 1995: LUZÓN PEÑA, D., Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español, en Poder Judicial, 1990; MARTÍNEZ DE PEREDA, J., «La protección penal del secreto médico en el Derecho español», AP, núm. 10, 1996; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto médico», La Ley, 1983; ROMEO CASABONA/CASTELLANO ARROLLO, «La intimidad del paciente», *cit.*, p. 11 y ss.

⁴⁷ En el Derecho comparado también se tipifica de forma expresa el delito de violación del secreto profesional. Así, por ejemplo, el § 203 del StGB lo denomina «delito de violación de secretos privados». Sobre ello, v. TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck, München, 2001, p. 1.188 y ss. El CP francés tipifica esta conducta en el art. 226-13. Comenta este precepto: LARGUIER J./LARGUIER A.M., «Droit pénal spécial, Dalloz», Paris, 1994, p. 83 y ss. También castiga esta conducta el CP italiano en su art. 622. Sobre ello, v. MANTOVANI, F., *Diritto penale, Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 1995, p. 536 y ss.

su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Este precepto contiene dos tipos delictivos: por un lado, el art. 199.1 tipifica la revelación de secretos ajenos llevada a cabo por una persona con una relación laboral o similar con el titular del secreto; por otro, el art. 199.2 castiga la revelación de secretos por parte de profesionales especialmente obligados al sigilo o reserva. Si bien ambas modalidades delictivas presentan elementos comunes, se diferencian en virtud de la clase de actividad que desarrolla el sujeto activo, según se derive ésta de una relación laboral o de una actividad profesional como la del médico.

Las situaciones de quebrantamiento del secreto profesional por parte de un médico son encuadrables en el art. 199.2 CP y, por ello, nos centraremos en el estudio de los elementos típicos de esta figura delictiva, que en muchos casos son comunes a ambas modalidades.

Con carácter previo, es necesario poner de manifiesto la consideración de este delito como *norma penal en blanco*, de manera que para determinar el alcance de los elementos específicos que integran el supuesto de hecho debemos acudir a otros sectores del ordenamiento jurídico, en concreto, al marco legal antes diseñado, que permite dotar de contenido a los elementos normativos que incorpora el art. 199.2 CP⁴⁸.

Por lo que respecta a la cuestión del *bien jurídico-penal*⁴⁹, la rubrica de «revelación de secretos» pone de manifiesto que la dimensión de la intimidad que se protege es la que se integra en el secreto profesional⁵⁰. Desde esta perspectiva, se brinda protección a los hechos que se consideran secretos siempre que afecten al derecho a la intimidad, cuyo concepto y alcance hemos delimitado más arriba, de manera que la intimidad se constituye no sólo como un derecho fundamental constitucional (art. 18.1 CE), sino también como un bien jurídico merecedor de protección penal⁵¹.

⁴⁸ Se discute la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en aquellos casos en que se remiten a normas de rango inferior. Al respecto, el TC ha salvado su constitucionalidad al considerarla como una técnica necesaria, si bien matiza que debe utilizarse bajo ciertos requisitos (SSTC 122/1990, 62/1994, entre otras). Sobre las leyes penales en blanco v. CEREZO MIR, *Introducción, cit.*, p. 191; MIR PUIG, *Parte General, cit.*, p. 116.

⁴⁹ Acogemos este término por estimarlo más preciso que el de «bien jurídico». En este sentido: MIR PUIG, «Derecho penal», *Parte General, cit.*, p. 134, n. 27; JAKOBS, G., *Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, 1997, p. 44 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso, cit.*, p. 328.

⁵⁰ ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional, cit.*, p. 964 y ss.

⁵¹ En la STS, 574/2001, de 4 de abril de 2001, se condena a un médico por revelar parte del historial clínico (una especialista al examinar a una embarazada vio que en la historia clínica constaba la existencia de dos interrupciones legales de embarazo anteriores y se lo reveló a la hermana de la gestante). Con ello, el Tribunal se separa con acierto de la solución dada por la Audiencia Provincial, que entendió que se trataba de «simples cotilleos propios de lo que en la actualidad se denomina prensa amarilla del corazón» y considera que dicha conducta sí lesiona la intimidad del paciente.



En cuanto a la delimitación del «*sujeto activo*» del delito, estamos en presencia de un *delito especial propio*⁵², de manera que sólo puede ser realizado por aquél que tenga la consideración de *profesional* y no por la generalidad de las personas y, además, el profesional debe ser un «confidente necesario», es decir, que exista una relación que le obligue jurídicamente al sigilo y reserva.

Como pone de manifiesto ROMEO CASABONA⁵³, por profesional ha de entenderse la persona que: a) ejerce actos propios de su profesión, b) acreditada por un título académico u oficial⁵⁴, c) ya realice la prestación de sus servicios por cuenta propio o ajena, d) requiere darse de alta como colegiado, e) el ejercicio de la profesión le convierte en confidente necesario.

En los casos en los que exista una relación médico-paciente será el médico que viole el secreto profesional el sujeto activo del delito. Sin embargo, ofrece mayor dificultad la delimitación del círculo de sujetos activos en los casos de la *medicina en equipo* (hospitales, centros de salud, etc.), ya que la información confidencial de los pacientes es compartida por un conjunto de profesionales sanitarios (*secreto compartido*) e incluso por profesionales no sanitarios (*secreto derivado*)⁵⁵. En estos casos de división de trabajo (vertical u horizontal) rige el principio de confianza, que implica que multitud de profesionales conozcan los datos e historial médico del paciente⁵⁶. No obstante, el ostentar la condición de profesional sanitario no permite acceder a cualquier información médica, sino que el acceso a la misma debe ser en interés del paciente y ser necesario para su tratamiento⁵⁷.

El Código penal de 1995, a diferencia de otros modelos de Derecho Comparado, no introduce un listado exhaustivo⁵⁸ ni tan siquiera una cláusula genérica⁵⁹

⁵² MORALES PRATS, *Comentarios*, cit., p. 432; ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional*, cit., p. 981. En este sentido, también la STS 574/2001, de 4 de abril de 2001. En relación art. 622 del CP italiano: MANTOVANI, *Delitti contro la persona*, pp. 537-8.

⁵³ ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional*, cit., pp. 976-7; EL MISMO, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 197.

⁵⁴ En los casos en que se ejerza la actividad médica sin el título correspondiente sería aplicable el delito de intrusismo profesional (art. 403 CP). En los casos en que se aprecie este delito, no sería aplicable el art. 199.2 CP, pudiendo resultar aplicable el art. 199.1 CP. Sobre ello, ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional*, cit., p. 977.

⁵⁵ El § 203 StGB extiende el deber de secreto a los auxiliares profesionales y las personas que estén trabajando con el profesional.

⁵⁶ Al respecto, La Ley 41/2002, en su art. 16.6 establece que «El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto».

⁵⁷ En el caso planteado en la Sentencia de 25 de noviembre de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el Director de un Centro facilitó información médica sobre un menor a unos médicos del INSALUD sin que éstos trataran al menor, ni la información facilitada buscara el interés del menor, sino el logro de un beneficio particular de los médicos.

⁵⁸ Éste es el modelo seguido en el § 203 StGB alemán, en el que se recoge un listado del personal médico sanitario que se encuentra vinculado por el deber de secreto e incluye expresamente a los médicos, dentistas, farmacéuticos, psicólogos profesionales y cualquier otra persona cuya ocupación se relacione con la salud de la persona.

⁵⁹ Esta opción es la acogida por el CP italiano en su art. 622 que diseña una cláusula genérica que permite extender la obligación de secreto profesional al personal sanitario auxiliar.

que permita delimitar las personas ligadas al secreto profesional. En nuestra opinión, el art. 199.2 CP sería aplicable a todas aquellas personas erigidas en «confidentes necesarios» pese a que sólo desempeñen tareas auxiliares, de manera que se extenderá a éstas también el deber de secreto⁶⁰.

Por lo que respecta a los posibles *sujetos pasivos* de este delito, lo serán aquellas personas cuya intimidad se vea lesionada por la revelación del secreto médico. Se discute si pueden serlo las personas fallecidas⁶¹ en los casos en los que se revelan secretos de la esfera íntima tras su muerte⁶². No obstante, en aquellos casos que la revelación de secretos pueda lesionar la intimidad de los familiares (por ejemplo, enfermedades genéticas), serán éstos los sujetos pasivos del delito como titulares de su propia intimidad.

El *objeto material* de este delito está constituido por el *secreto ajeno*. Para determinar el alcance y límites del deber de sigilo deberá acudir a la regulación en otros sectores del ordenamiento⁶³. El deber de sigilo se refiere a los *datos personales o de salud* que conoce el profesional por la relación de confianza que mantiene con su paciente y que comprendería los datos revelados por el paciente y los descubiertos o deducidos por el sanitario⁶⁴.

La *acción típica* del delito previsto en el art. 199.2 CP consiste en divulgar los secretos de otra persona, con incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva. El término *divulgar* debe interpretarse como sinónimo del término *revelar* utilizado en el apartado primero del art. 199 CP⁶⁵. En consecuencia, basta para que se entienda realizado el tipo que se transmita la información a una sola persona ajena al secreto, sin que se tenga que hacer ante una generalidad de personas como pudiera inducir una primera interpretación del término «*divulgar*»⁶⁶.

Por lo que respecta al *tipo subjetivo*, es necesario el *dolo*, que requiere la conciencia y voluntad de revelar o divulgar el secreto médico, sin que se castigue la modalidad imprudente⁶⁷.

⁶⁰ MORALES PRATS, *Comentarios, cit.*, p. 440 y ss.

⁶¹ El § 203. 4 StGB alude expresamente a ello y dispone que el secreto profesional abarca los casos en que el autor revele sin autorización el secreto ajeno después de la muerte del afectado.

⁶² Sobre ello, v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General (II)*, Civitas, Madrid, p. 75. Éste es el caso del libro sobre el ex presidente francés Mitterrand del Doctor Gubbler «*Le grand secret*», que sacaba a la luz datos sanitarios de aquél y que, tras prohibirse su venta por violar la intimidad, estuvo disponible en Internet. En estos casos cabe plantear que la confidencialidad ha de perdurar incluso después de la muerte. En este sentido, SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico, cit.*, p. 37.

⁶³ En este sentido, ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional, cit.* pp. 978-9, para quien nos hallamos ante una norma penal en blanco; EL MISMO: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, cit.*, p. 198 y ss.

⁶⁴ Sobre el alcance del concepto de dato médico o de salud v. apartado II.

⁶⁵ En este sentido, MORALES PRATS, *Comentarios, cit.*, p. 474.

⁶⁶ ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional, cit.* p. 981. En este sentido, la STS 574/2001, de 4 de abril de 2001; EL MISMO: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, cit.*, p. 201 y ss.

⁶⁷ No obstante, aquellos supuestos en los que por negligencia del profesional se produzca una revelación de datos íntimos del paciente, podrán ser objeto de demanda por la vía civil. Así, por

La revelación de secretos debe hacerse contra la voluntad del sujeto, de manera que si es el paciente el que solicita o acepta que se revelen determinados datos, dicho «consentimiento» válidamente prestado⁶⁸ podrá operar como *causa de atipicidad de la conducta*⁶⁹.

En sede de «*antijuridicidad*», cabrá apreciar la causa de justificación del *cumplimiento de un deber propio del ejercicio de un oficio* (art. 20.7 CP), en aquellos casos de colisión de varios deberes (por ejemplo, deber de impedir un delito, por un lado, y de otro el deber de secreto profesional)⁷⁰ o también podrá apreciarse un *estado de necesidad*, en los casos en que no exista un deber específico del oficio sino un deber general y el mal que se trate de evitar (lesión de la salud o vida) sea mayor que el mal causado (lesión de la intimidad) y se den el resto de los requisitos del art. 20.5 CP⁷¹.

Por lo que respecta a la posible concurrencia de «*causas de exculpación*», además de la posibilidad de apreciar un estado de necesidad exculpante en el caso de conflicto entre bienes iguales⁷², se discute si es posible apreciar la eximente de *miedo insuperable* como causa de exclusión de la culpabilidad basada en la no exigibilidad de otra conducta al sujeto⁷³, en aquellos casos en que el profesional

ejemplo, en la STS (Sala Civil) de 27 de enero de 1997, se condena a indemnizar a un paciente enfermo de SIDA, por el extravío negligente en el hospital de historial clínico que fue luego revelado por terceros, trascendiendo su condición de seropositivo. Asimismo, las conductas imprudentes podrán ser objeto de sanción disciplinaria. (El art. 64.3 c) considera falta grave la «*infracción grave del secreto profesional, por culpa o negligencia, con perjuicio grave para tercero*». Al no tipificarse la imprudencia quedarán también sin castigo los casos de error sobre alguno de los elementos del tipo (art. 14.1 CP).

⁶⁸ Como pone de manifiesto LACHICA LÓPEZ, E., «El secreto médico y el consentimiento informado en los informes periciales», Cuadernos de Medicina Forense, núm. 27, 2002, p. 31, el consentimiento informado se considera como un requisito legitimador de la libertad del consentimiento, de tal manera que, de forma análoga a lo que sucede con el consentimiento prestado con intimidación o miedo, sería nulo el consentimiento que no es auténticamente libre por defecto de información. Sobre ello, ver también MANTOVANI, F., «El Consentio informado: pratiche consensuali», Riv. It. di medicina legale, 2000, p. 5 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., *Aspectos penales del consentimiento informado*, Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Valencia, 2004, p. 766 y ss.; ROMEO MALANDA, S., «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», La Ley, núm. 5703, 2003, p. 1 y ss.

⁶⁹ ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional*, cit. p. 981; EL MISMO: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, cit., p. 202 y ss. En cambio, considera que el consentimiento opera en estos casos como causa de justificación: BAJO FERNÁNDEZ, M., *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 232.

⁷⁰ Se aborda con detalle esta cuestión en el apartado v y VI.3.

⁷¹ En los casos en que el mal sea igual, cabrá apreciar un estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad. Sobre la doble naturaleza del estado de necesidad como causa de justificación y exculpación v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal, Parte General (II)*, cit., p. 259 y ss.

⁷² Sobre ello, ver apartado v.

⁷³ La eximente de miedo insuperable se encuentra recogida en el art. 20.6 CP. Sobre los requisitos de esta causa de inculpabilidad v. VARONA GÓMEZ, D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justificación*, Comares, Granada, 2000. En este trabajo, acogemos la tesis que considera que el miedo insuperable es una causa de exclusión de la culpabilidad y no

obre impulsado por un miedo insuperable ante la inminencia de un mal grave (por ejemplo, es amenazado con sufrir un mal si no revela el secreto).

Más difícil sería excluir la culpabilidad en aquellos casos en que los riesgos que amenazan al sujeto son los propios de su profesión⁷⁴ (por ejemplo, revela en el colegio de su hijo la condición de seropositivo de otro menor, por temor a que su hijo sea contagiado), pues, como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, el médico en general conoce los riesgos que debe entrañar su profesión y, por lo tanto, no se darían los presupuestos para apreciar esta eximente y estima que sólo podrían aceptarse en aquellos de fobias patológicas al contagio pero, como reconoce este autor, esas situaciones inhabilitarían al profesional para el ejercicio de su profesión⁷⁵.

También será difícil apreciar casos de «*tentativa*» (art. 16 y 62 CP)⁷⁶, pues es un delito de mera actividad de modo que basta con revelar o divulgar el secreto sin que el tipo exija un resultado, de modo que este delito se consumará en el momento en que se produce la revelación del secreto, sin que se requiera un efecto distinto a la acción misma, ni sea necesario esperar a que el afectado tome conocimiento de ello.

Por último, cabrá apreciar formas de *autoría y participación*, en los casos de medicina en equipo o en el ámbito de la medicina hospitalaria, pues, como se ha indicado, todos ellos estarán obligados al deber de sigilo (*intraneus*). Mayores problemas se plantearán en aquellos casos en que la persona que accede al secreto médico es un ajeno a la profesión médica (*extraneus*) al que no es extensible el deber de secreto profesional, pues en estos casos, al no estar éste jurídicamente obligado a guardar secreto, no le será aplicable el art. 199.2 CP⁷⁷.

Por lo que respecta a los posibles «*concurso con otros delitos*», se plantea la posibilidad de apreciar un concurso entre el art. 199.2 CP y el delito de violación de secretos de un particular por parte de autoridad o funcionario público (art. 417.2 CP), en aquellos casos en que el médico ostente la condición de funcionario. En tales casos, a la lesión de la intimidad se suma, en el último de los preceptos, la lesión al correcto funcionamiento de la Administración pública. En estos casos,

una causa de justificación. Sobre ello, v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General (III)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 141 y ss.; VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, cit., pp. 67-135.

⁷⁴ Algunos autores integran como requisito de la eximente de miedo insuperable la obligación de tolerar el peligro por parte de determinadas personas, siempre que sean riesgos específicos y propios de su función de tutela. En este sentido, VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable*, cit., pp. 250-60.

⁷⁵ Aunque referido a otras situaciones, alude a ello ROMEO CASABONA, C., «Responsabilidad médico-sanitaria y sida», *Actualidad Penal*, núm. 32, p. 462. En sentido similar, FLORES MENDOZA, F., «La objeción de conciencia en Derecho penal», Comares, Granada, 2001, p. 248, que considera que el pánico o la fobia darían lugar a una causa de inculpabilidad basada en la inimputabilidad del sujeto y que en los supuestos de prudencia o cautela no podrá quedar excluida la capacidad de decisión sino a lo sumo cabrá apreciar una eximente incompleta o una atenuante por analogía.

⁷⁶ Son imaginables casos de tentativa inacabada en aquellos supuestos de envío postal de la información.

⁷⁷ Sobre ello, ROMEO CASABONA, *La protección penal del deber de secreto*, cit., p. 987; EL MISMO: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, cit., p. 207.

cabrá apreciar un concurso de leyes a resolver en virtud del principio de especialidad a favor del art. 417.2 CP, que además prevé mayor pena.

La «pena» prevista en el art. 199.2 CP es de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce años. Como se puso de manifiesto con anterioridad, la revelación del secreto por parte del personal sanitario podrá ser objeto de sanción administrativa e incluso disciplinaria por el incumplimiento de las normas corporativas⁷⁸.

V. LÍMITES DEL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL

La protección de la intimidad se encuentra en tensión con otros derechos fundamentales y libertades públicas, lo que determina que no quepa otorgarle una protección absoluta⁷⁹. Al respecto, tanto el Código deontológico⁸⁰ como diferentes textos legales prevén casos en los que el médico o personal sanitario no sólo no está obligado a guardar secreto, sino que debe *comunicar determinados datos del paciente*, cediendo así la intimidad frente al interés público o la salud de terceros.

⁷⁸ En tales casos, si la conducta es también merecedora de una sanción penal, la aplicación conjunta de estas sanciones podría vulnerar el principio de *non bis in idem* en aquellos casos en que concurra la denominada «triple identidad». Al respecto, El TC considera que «El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento» (STS 2/1981, este criterio reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, 154/1990, 234/1991, 270/1994, y 204/1996). En estos casos rige el principio de preferencia del orden penal, de manera que es la sanción penal la que debe prevalecer frente a las demás. Este principio se relativizó en la STC 177/1999, en la que se da preferencia a la primera de las sanciones impuestas, la sanción administrativa, y se anula la penal, al afirmar, de un lado, que el principio *non bis in idem* en su vertiente material se configura como «un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado», y, de otro, que «la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental». No obstante, la doctrina del TC, con acierto, ha vuelto a reafirmar el principio de preferencia del orden penal, aplicando en estos casos la sanción penal (STC 2/2003, de 16 de enero de 2003).

⁷⁹ Cfr. ROMEO CASABONA, *La intimidad y los datos de carácter personal*, cit., p. 514 y ss.; SOLA RECHE, *La protección de datos personales genéticos*, cit., p. 213.

⁸⁰ Art. 16. 1. Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos y restringidos límites y, si lo estimara necesario, solicitando el asesoramiento del Colegio, el médico podrá revelar el secreto en los siguientes casos: *a.* Por imperativo legal. *b.* En las enfermedades de declaración obligatoria. *c.* En las certificaciones de nacimiento y defunción. *d.* Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo. *e.* Cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y éste permite tal situación. *f.* Cuando comparezca como denunciado ante el Colegio o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria. *g.* Cuando el paciente lo autorice. Sin embargo, esta autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.

Como se ha puesto de manifiesto al abordar el análisis del art. 199.2 CP, este precepto tiene como presupuesto el incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva y, por lo tanto, en aquellos casos en que la ley exonera al médico de la obligación de secreto profesional, la conducta del sujeto no será típica (casos en que el paciente consienta en que se revelen sus datos médicos) o aun siendo típica no será antijurídica por la concurrencia de una causa de justificación (obligación de colaborar con la Administración de Justicia o de declarar una enfermedad infecto-contagiosa de declaración obligatoria), así como en aquellos casos que, aun sin estar específicamente previstos legalmente, el deber de secreto entre en *conflicto con bienes superiores o iguales* (estado de necesidad justificante o exculpante⁸¹), en aquellos casos en que con el silencio se pudiera ocasionar un perjuicio para el propio paciente, otras personas, la colectividad e incluso sea el propio médico el que se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente.

En primer lugar, el profesional quedará liberado del compromiso por *consentimiento expreso del interesado*, siempre que éste sea válidamente emitido⁸², en estos casos se plantean problemas sobre todo en cuanto a la determinación del objeto del consentimiento, pues es el paciente el que determina con su consentimiento el campo de actuación dentro del cual podrá desenvolverse lícitamente el médico⁸³. Sin embargo, como apunta el art. 16 del Código deontológico, dicha autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.

En segundo lugar, los límites impuestos al secreto médico en aras del cumplimiento del *deber de colaborar con la Administración de Justicia*, deben estudiarse según el ámbito de que se trate.

Por lo que respecta al *proceso penal*, alude a ello el art. 262 LECrim que impone al profesional la *obligación de denunciar* cualquier delito del que se tenga

⁸¹ Sobre ello, ver núm. 111.

⁸² El art. 3 La Ley 41/2002, de autonomía del paciente, que define el consentimiento informado como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud». En relación con el consentimiento informado, tiene también importancia determinar qué tipo de información se puede o debe facilitar a los familiares y allegados, pues se deben fijar los límites entre la garantía del secreto médico y la información terapéutica a familiares que colaboran en el tratamiento. En este sentido, DE LORENZO Y MONTERO/SÁNCHEZ CARO, «Consentimiento informado», Plan de Formación en Responsabilidad Profesional (<http://www.aeds.org/consenti.htm>).

⁸³ Sobre este aspecto y otros referentes al consentimiento informado, v. ROMEO CASABONA, C., «El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: Aspectos jurídicos», Cuadernos de la Fundació Victor Frifols i Lucas, Barcelona, 2002, p. 64 y ss.; ROMEO MALANDA, «Un nuevo marco jurídico-sanitario», *cit.*, p. 1 y ss. La importancia de la delimitación del objeto del consentimiento, se pone de manifiesto en el caso denunciado por una auxiliar administrativa que entregó pruebas de orina y sangre a un laboratorio analítico, con el fin de dar cumplimiento a un requerimiento de la empresa, siendo así que se comunicó a la empresa los resultados que detectaron drogas de abuso en orina. La empleada denunció los hechos, no obstante se estimó la inexistencia de delito, por entender que la autorización «in genere» permitía a la empresa contratante ordenar la detección de drogas de abuso.



conocimiento (por ejemplo, un aborto)⁸⁴. Asimismo, el profesional está obligado a efectuar declaraciones en los supuestos en los que se actúa como perito (art. 259 y 262 LECrim)⁸⁵. Por último, el art. 410 LECrim impone la obligación de declarar como testigo sin que en el art. 417 LECrim se enumere al médico entre los supuestos a los que se extiende el denominado *ius tacendi* que exime de la obligación de testificar por razón del secreto profesional, que sí se prevé en otras profesiones, como el caso de los abogados y religiosos.

A la vista de la regulación actual, es discutible la obligación legal de testificar acerca de datos de la intimidad del paciente que conoce de la relación profesional con él. Al respecto, hubiera sido necesario que la reforma del CP de 1995 hubiera estado acompañada de una reforma de la LECrim en esta materia, ya que parece injustificado que, a diferencia de otros profesionales, el médico se halle obligado a efectuar cuantas declaraciones les exija la Administración de Justicia en el proceso penal⁸⁶.

No obstante, cabría entender que la introducción del art. 199.2 CP permite una interpretación integradora del art. 417 LECrim. Para ello, cabe recurrir a la aplicación de los principios generales que informan las causas de justificación, debiendo ponderar en cada caso los bienes implicados. En este sentido, el derecho a la intimidad debe ser preferente sobre el deber de denunciar o testificar cuando se refiera a datos del pasado (por ejemplo, el paciente le confiesa que se sometió a un aborto ilegal en el pasado). En cambio, cuando se refiera al comportamiento futuro del paciente que pueden lesionar o poner en peligro bienes de otras personas (por ejemplo, le revela a su psiquiatra que en los próximos días va a matar a alguien), el médico estará obligado a revelar el secreto⁸⁷.

En definitiva, el médico puede negarse a declarar como testigo o a actuar como perito, en el caso de que suponga la revelación de datos que haya obtenido en su relación profesional con el paciente, salvo que esté en peligro la vida o derechos fundamentales de otra persona que debieran prevalecer frente a la intimidad del paciente⁸⁸.

⁸⁴ La omisión de impedir o denunciar delitos se castiga con penas de prisión en el art. 450 CP y el encubrimiento de un delito se castiga con penas aún más severas en el art. 451.2 CP.

⁸⁵ El Código de Código de Ética y Deontología prevé en su art. 16 como supuestos en que el médico puede revelar el secreto: a) por imperativo legal; b) en las enfermedades de declaración obligatoria; c) en las certificaciones de nacimiento y defunción; d) si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas o a un peligro colectivo; e) cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y éste permite tal situación; f) cuando comparezca como denunciado ante el Colegio o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria; g) cuando el paciente lo autorice, sin embargo esta autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.

⁸⁶ Critica esta limitación del derecho de secreto del médico: ROMEO CASABONA/CASTELLANO ARROYO, «La intimidad del paciente», *cit.*, p. 9.

⁸⁷ En este sentido, MUÑOZ CONDE, «Derecho penal, Parte especial», *cit.* p. 268. En sentido similar, MORALES PRATS, *Comentarios, cit.*, p. 466.

⁸⁸ En el caso de médicos susceptibles de ser considerados como *funcionarios públicos*, no hay que hacer grandes esfuerzos interpretativos por lo que respecta a la exención testifical, ya que el

No obstante, reiteramos la necesidad de que se desarrolle el art. 24 CE y se dote de una regulación pormenorizada y coherente del secreto profesional en el proceso penal, que tenga en cuenta las singularidades de esta profesión que supone el conocimiento de datos de la esfera más íntima del sujeto (vida sexual...), de modo que se delimite de forma clara y razonable los casos en los que el sujeto está obligado a declarar ante la Administración de Justicia hechos que ha conocido como «confidente necesario» en su relación profesional con el paciente.

No se plantean tantos problemas en el *proceso civil*, ya que además de lo ya manifestado respecto al art. 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe inferir del art. 1247.5 CC la exención testifical de los médicos con base en el secreto profesional.

Por último, también cabe hacer una breve aclaración sobre *los límites al secreto médico* en los casos de «enfermedades infecto-contagiosas de declaración obligatoria», ya que el profesional sanitario está obligado a declarar a las autoridades competentes (Jefatura provincial de Sanidad, servicios de medicina preventiva del hospital, etc.), con fines epidemiológicos y de salud pública, los casos de enfermedades infecto-contagiosas⁸⁹.

En principio, como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, estos casos no serían propiamente una revelación de datos sino un «secreto compartido»⁹⁰, ya que sólo se comparten dichos datos con otros profesionales que quedan igualmente obligados al deber de secreto y a actuar en beneficio del paciente y de la colectividad⁹¹.

VI. BREVE REFERENCIA A ALGUNOS CASOS ESPECIALES

Pese a haber aludido ya a ello de forma tangencial, en este apartado se hace una referencia más pormenorizada a algunos casos problemáticos en los que los datos deben ser protegidos de forma especial, ya que su naturaleza hace que la revelación conlleve una discriminación o grave perjuicio para la persona.

1. SALUD LABORAL Y SECRETO PROFESIONAL

En el ámbito laboral es frecuente la realización de pruebas y exploraciones por parte de un médico de empresa que vela por la salud de los trabajadores, inclu-

art. 417.2 LECrim exime expresamente de la obligación de declarar como testigos a los «funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean».

⁸⁹ El RD 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, detalla en su anexo I la lista de enfermedades de declaración obligatoria.

⁹⁰ ROMEO CASABONA/CASTELLANO ARROYO, «La intimidad del paciente», *cit.*, p. 8.

⁹¹ Mayores problemas plantean los casos de enfermedades como el SIDA, que serán analizados en el apartado v. 3, en los que se hace necesario notificar esta situación a terceros al plantearse un conflicto entre el deber de secreto y el deber de notificar la situación a las personas que se encuentren en situación de riesgo de contagio (por ejemplo, a la pareja de un enfermo de SIDA).

yéndose entre sus competencia la prevención de situaciones de riesgo derivadas del trabajo o el diagnóstico de enfermedades comunes o laborales. En estos casos se debe conciliar el derecho del empresario a organizar su empresa con el derecho del trabajador a su intimidad⁹².

Como se expuso con anterioridad, el derecho a la intimidad del trabajador tiene cobertura legal en el art. 4.2 del Estatuto de los trabajadores y en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales⁹³. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en estos casos a favor de la intimidad del paciente⁹⁴.

Teniendo en cuenta todo ello, cabe afirmar que el trabajador puede rechazar, sin que ello pueda comportar consecuencias negativas o discriminatorias, la realización de pruebas de su estado de salud⁹⁵, salvo que las circunstancias del estado físico del trabajador puedan generar riesgos para sí o para terceros⁹⁶. Esta excepción es consecuencia de los límites propios del secreto médico antes expuestos, en aquellos casos en que el médico conozca que un trabajador sufre una enfermedad infecciosa que pueda poner en situación de riesgo a sus compañeros (por ejemplo, SIDA)⁹⁷ o al trabajador mismo (alcoholismo, drogadicción).

⁹² Sobre ello, CHAVELI DONET/PICAZO SENTÍ, «El tratamiento por el empresario de los datos de salud relativos a trabajadores», en *Doctrina Vlex*, 2002.

⁹³ El art. 22.4 de la Ley 31/1995, dispone que «los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador» y, además, impone que «la información médica se limitará al personal médico y las autoridades sanitarias [...] sin que puedan facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador». Asimismo, cabe destacar la Recomendación N°R (89)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo, que dispone en su art. 10 que los datos de carácter personal relacionados con los datos especialmente protegidos sólo podrán recogerse y registrarse en casos especiales y añade que no podrán recogerse de fuentes distintas del trabajador sin su consentimiento expreso, o con arreglo a las disposiciones de Derecho interno. En el art. 10.6 se reconoce el derecho de acceso del interesado.

⁹⁴ En la STC 202/1999, de 8 de noviembre, el TC considera que el mantenimiento en una oficina bancaria de una base de datos denominada «absentismo con baja médica» en la que se consignaban datos del diagnóstico médico, constituye una vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores en los casos en que no se cuente con el consentimiento expreso del afectado.

⁹⁵ Se discute si la autorización genérica por parte del empleado es suficiente para la detección y comunicación de cualquier tipo de información en aquellos casos en que el trabajador autoriza la realización de determinadas pruebas de forma genérica (por ejemplo, unos análisis), sin especificar qué extremos pueden o no revelarse. Un caso algo diverso es el del solicitante de empleo, ya que en este caso el empresario tiene la obligación de prevenir riesgos y el derecho a comprobar la idoneidad y aptitud psico-física del trabajador para el puesto ofertado, siendo necesario recabar información sobre su estado de salud e incluso la práctica de pruebas médicas en aras de determinar su aptitud para el puesto. No obstante, la recogida y utilización de datos de carácter personal durante la selección de candidatos deberá limitarse a los datos necesarios para evaluar la aptitud para el puesto.

⁹⁶ La Ley de prevención de riesgos laborales, en su art. 22.1, recoge estos supuestos excepcionales en los que pueden realizarse sin el consentimiento del paciente los reconocimientos imprescindibles en los supuestos que puedan constituir un peligro para él mismo o los demás.

⁹⁷ SÁNCHEZ CARO, «Relaciones laborales y SIDA: algunas cuestiones», *La Ley*, 1998, p. 4.662.



No obstante, dicha revelación debe hacerse con discreción y en sus justos y restringidos límites sin que en ningún caso pueda ser causa de un trato discriminatorio⁹⁸, y se debería intentar resolver la situación de acuerdo con el trabajador⁹⁹.

2. SALUD MENTAL Y CONFIDENCIALIDAD

También trata la legislación de un modo especial los datos relativos a la salud mental, no obstante este problema ha sido objeto de menor atención por parte del legislador y la doctrina.

En el tratamiento de datos relativos a la salud mental plantea especiales problemas la cuestión de la información y el consentimiento, pues en muchos casos la persona que sufre la enfermedad no se encuentra capacitada para tomar decisiones y, además, la especial vulnerabilidad en que se encuentra el enfermo supone, en muchas ocasiones, que la información que transmite vaya muchos más allá de lo que cualquier persona sin esos problemas desearía compartir con el médico¹⁰⁰.

En los casos en que el enfermo se encuentre incapacitado legalmente para dar su consentimiento¹⁰¹, será su representante legal el que tendrá que tomar la decisión. No obstante, en muchos casos el enfermo mental no estará enajenado hasta tal punto que no le permita consentir y, por lo tanto, no se encontrará incapacitado legalmente para ello y podrá ejercitar él mismo ese derecho personalísimo.

Respecto a los supuestos en los que el médico puede revelar las confidencias de su paciente, debemos llegar a la misma conclusión que en los supuestos anteriores, de manera que podría quedar justificada la divulgación de los datos en aquellos casos que sea aplicable la causa de justificación del cumplimiento de un deber propio del ejercicio de un oficio (art. 20.7 CP) o en que el mal que se trata de evitar (lesión de la salud o vida) sea mayor que el mal causado (lesión de la intimidad) y se den el resto de los requisitos previstos en el art. 20.5 CP¹⁰².

3. INTIMIDAD Y SIDA

Si bien ya se ha abordado la obligatoriedad de su declaración como enfermedad infecto-contagiosa, queremos aquí profundizar en la problemática del tratamiento

⁹⁸ Art. 17 del Estatuto de los Trabajadores impone la «no discriminación en las relaciones laborales».

⁹⁹ ROMEO CASABONA/CASTELLANO ARROLLO, «La intimidad del paciente», p. 10.

¹⁰⁰ En la SAP de 16 de mayo de 2000, se confirma la condena a un psiquiatra por violar el secreto profesional de su paciente al revelar datos sobre su personalidad y problemas psicológicos, acudiendo como testigo del marido de ésta en el juicio de su separación.

¹⁰¹ El Código Civil regula esta materia en los arts. 199 a 214. La incapacitación debe realizarse por Sentencia judicial firme.

¹⁰² No obstante, no faltan autores que propugnan la necesidad de un reconocimiento expreso de un secreto privilegiado, nunca derogable, a favor de las confidencias entre psiquiatra y paciente. En este sentido, HERRANZ RODRÍGUEZ, «La ética médica y sus relaciones con la historia clínica y el secreto», en III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 1996. (<http://www.aeds.org/congreso3/3congre-18.htm>).

del secreto profesional en relación con los pacientes seropositivos por la estigmatización y graves perjuicios que puede acarrear que trascienda dicha información a terceros¹⁰³.

Al respecto no existe unanimidad doctrinal, y mientras que algunos autores consideran que en estos casos es una obligación del médico informar a las personas que se encuentren en peligro de ser contagiadas¹⁰⁴, otros estiman en cambio que tal conflicto debe resolverse a favor de dar primacía al cumplimiento del deber de secreto y estiman que no se debe informar a terceros sobre la patología de los pacientes¹⁰⁵.

En nuestra opinión, en estos casos surge un conflicto entre la salud de terceros y la intimidad del sujeto, quedando la revelación del secreto profesional amparada por vía del *estado de necesidad* siempre que el mal que se trata de evitar (lesión de la salud o vida) sea mayor¹⁰⁶ que el mal causado (lesión de la intimidad) y se den el resto de los requisitos previstos en el art. 20.5 CP¹⁰⁷. En consecuencia, cabe afirmar en estos casos la primacía del derecho a la salud de terceros frente a la intimidad del seroportador¹⁰⁸.

No obstante, como se ha reiterado, en todo caso la revelación debe hacerse con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerse, y en sus justos y res-

¹⁰³ Por ejemplo, un médico conoce que su compañero cirujano que sigue operando está infectado con SIDA o el caso más común en el que el médico sabe que la pareja de un seropositivo desconoce este hecho.

¹⁰⁴ Así, MUÑOZ CONDE, F., «Falsedad documental y secreto médico en el ámbito sanitario», *Derecho y salud*, 1994, núm. 4, p. 152.

¹⁰⁵ BARBERO GUTIÉRREZ, J., «Sida y familia: cómo y a quién informar», *MEDIFAM*, 1994-4, p. 91. Este autor considera que aunque éticamente pudiera ser admisible desvelar el secreto en situaciones de conflicto, las consecuencias negativas para las estrategias de salud serían muy importantes, pues algunos pacientes dejarían de ir al médico por miedo a que se enterasen su pareja o sus amigos. Estiman preferente el deber de secreto frente al deber de impedir delitos: ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional*, *cit.*, p. 985; SOLA RECHE, E., «Algunos problemas relativos a la intimidad del paciente VIH+», *Derecho y salud*, núm. 1, 1995, p. 334 y ss.

¹⁰⁶ Sobre la posibilidad de apreciar un estado de necesidad justificante en los casos de males equivalentes v. n. 107.

¹⁰⁷ Como pone de manifiesto ROMEO CASABONA, en estos casos no resulta aplicable el art. 20.7 CP, pues se debe dar primacía al deber de secreto frente al deber de impedir delitos o de promover su comisión (entre otros argumentos, repárese en la menor pena prevista en el art. 450 CP). En este sentido, ROMEO CASABONA, *La protección penal del secreto profesional*, *cit.*, p. 986; EL MISMO: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, *cit.*, pp. 205-6.

¹⁰⁸ En los casos de que se comunique la condición de seropositivo entre los profesionales que deban tratar al enfermo (practicarle una extracción de sangre, etc.), no existe un conflicto entre el secreto profesional y el derecho a la salud de otras personas, sino que es un supuesto de *secreto compartido* y, además, el mantener unas medidas mayores con unos pacientes no es una mala práctica profesional, siempre que no se discrimine o se deniegue la asistencia al paciente. En este sentido, SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, *cit.*, p. 37. El art. 49 alude al deber del médico de adoptar las medidas profilácticas necesarias. Sobre la responsabilidad penal en que podría incurrir el médico que deniega asistencia sanitaria a un enfermo, ya sea en comisión por omisión de los resultados producidos (en los casos en que exista una relación médico-paciente previa) o por aplicación del art. 196 CP, v. GARCÍA SANZ, «La responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria», *cit.*, p. 667 y ss., en especial, p. 680.



tringidos límites¹⁰⁹, de manera que sólo deben comunicarse los datos estrictamente necesarios y sólo a las personas que estén en peligro, por lo que se mantiene un *deber de secreto relativo*¹¹⁰.

4. CONFIDENCIALIDAD Y DATOS GENÉTICOS

Dado la notable evolución que ha experimentado en los últimos años el Proyecto de Genoma Humano, cada vez preocupa más el apoderamiento y uso de dicha información, ya que puede conllevar una grave discriminación o exclusión de personas con predisposición a sufrir enfermedades genéticas.

Los datos genéticos deben ser considerados como datos «sensibles» o «supersensibles», al ser incluso más vulnerables que el resto de datos de salud, ya que a partir de ciertas muestras orgánicas sometidas a determinados análisis genéticos se pueda obtener información que podría convertir al ser humano en «ciudadano transparente» o de «cristal»¹¹¹ y su revelación supone una lesión a la intimidad¹¹². En este sentido, la doctrina alude a un «derecho a la intimidad genética» incluyendo también un derecho a «no saber»¹¹³.

El estudio del genoma humano y los problemas de la biotecnología, no gozan de una regulación detallada en nuestro ordenamiento jurídico interno¹¹⁴, si bien ha sido abordado en el ámbito internacional¹¹⁵ y sobre todo por la comunidad

¹⁰⁹ Sobre ello, v. ROMEO CASABONA/CASTELLANO ARROYO, «La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico», *cit.*, p. 8; SOLA RECHE, «Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH, Derecho y salud», 1995, p. 7 y ss.

¹¹⁰ El derecho no puede amparar aquellos casos en que se revele dicha enfermedad de forma indiscriminada. Así, la STS 25/1997 (Sala Civil) concede una indemnización en concepto de daños morales derivados de la intromisión ilegítima en la intimidad personal a un enfermo de SIDA, al haber trascendido dicha información al director del colegio de sus hijos y a otras personas.

¹¹¹ ROMEO CASABONA, *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, *cit.*, p. 237.

¹¹² El TC en su Sentencia 234/1997, de 18 de diciembre, sostiene que el sometimiento a un análisis de ADN de una muestra corporal puede dar lugar a la vulneración del derecho a la intimidad personal, por cuanto se puede obtener una información que el sujeto no quiere desvelar. Sobre el tratamiento penal del apoderamiento no consentido de muestras orgánicas, v. SOLA RECHE, «La protección penal de los datos personales», *cit.*, p. 220 y ss.

¹¹³ En este sentido, APARISI MIRALLES, «Genoma humano, dignidad y Derecho, Derecho y salud», 2002, núm. 1, p. 96. Sobre el derecho a no ser informado o derecho a no saber v. ROMEO CASABONA, *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, *cit.*, p. 249 y ss.

¹¹⁴ No disponemos de una regulación específica sobre biomedicina; no obstante, a la información genética le son aplicables en gran parte los criterios generales que rigen el tratamiento de los datos sanitarios y el secreto médico, por lo que el tratamiento de los mismos se regirá por el respecto del derecho a la intimidad, derecho a la autodeterminación informativa, etc. Alude expresamente a ello el CP francés, que castiga la identificación de una persona por sus huellas genéticas con fines que no sean ni médicos ni científicos o fuera de una medida indagatoria o de instrucción diligenciada durante un procedimiento judicial (art. 216-28).

¹¹⁵ En el marco internacional cabe destacar la Declaración Universal sobre Genoma Humano de la Unesco en la que se afirma que «nadie podrá ser objeto de discriminación fundada en



europea, por lo que la doctrina alude a un «orden público europeo» en el que se fijan los límites jurídicos por los que ha de guiarse la investigación de la genética humana, destacando que debe orientarse exclusivamente al interés del paciente afectado, la no discriminación de la persona por sus características genéticas y dar prioridad al principio de autodeterminación informativa del individuo, que implica un derecho a conocer sus genes y también a no conocerlos¹¹⁶.

En este contexto, no podemos renunciar a las aplicaciones de los conocimientos sobre genoma humano, que ofrece numerosas ventajas al poder obtener datos sobre el estado de salud e incluso predecir futuras enfermedad, así como la utilidad para acreditar el parentesco genético e identificar a las personas a través de sus muestras de ADN. No obstante, hay que poner todos los medios necesarios para evitar que la utilización y revelación de estos datos conlleve exclusiones y discriminaciones injustificadas¹¹⁷ o ser usados con un interés claramente económico por parte de las aseguradoras o los empresarios¹¹⁸, que pudieran suponer la exclusión y discriminación de la persona, e incluso la existencia de fichas genéticas a las que pudiera acceder el empresario podría conllevar su muerte laboral.

En estos casos de injerencia tan importante en la esfera de la intimidad sólo podría hacerse con el consentimiento de la persona¹¹⁹ —salvo que los dispusiera

características genéticas» y la Declaración de Bilbao, de mayo de 1993, sobre «El derecho ante el Proyecto Genoma Humano», en cuya conclusión tercera dispone: «La intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y por tanto debe ser inmune a cualquier intromisión. El consentimiento informado es requisito indispensable para interferir en ella. Excepcionalmente y por motivos de interés general, podrá permitirse el acceso a la misma, en todo caso bajo control judicial».

¹¹⁶ El Parlamento Europeo aborda estas cuestiones en su Resolución sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989. Sobre ello, v. DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales*, cit., p. 184 y ss. En esta línea, el Consejo de Europa ha reparado en la necesidad de preservarse con extrema cautela la intimidad y ha realizado varias Recomendaciones sobre manipulación genética en aras de defender la intimidad y confidencialidad del interesado en relación a sus datos genéticos. Así, la N°R (90) 13, N°R (92) 1 y N°R (97) 5. El Consejo de Europa alude también a la necesidad de que los datos genéticos se guarden sólo el tiempo necesario para cumplir la necesidad para la que fueron recabados. Sobre el tratamiento en los diferentes países europeos de esta cuestión, v. NIELSEN, «Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 4, 1996, p. 66 y ss.

¹¹⁷ La STS, de 13 de marzo de 1989, se confirma la condena por divulgar datos de una atleta que ponían de manifiesto la existencia de una alteración cromosómica de carácter congénito que determinaría su baja en el próximo encuentro atlético.

¹¹⁸ La Declaración de Bilbao en su conclusión núm. 7 proclama el rechazo a «la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, de los seguros o de cualquier otro». Sobre ello, v. DE SOLA, «Privacidad y datos genéticos. Situaciones en conflicto (ii)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995, p. 157 y ss.

¹¹⁹ La realización de estas pruebas contra la voluntad del sujeto fuera de los casos permitidos por la ley o justificados, podrían dar lugar a un delito contra libertad de las personas (detenciones ilegales o coacciones). En este sentido, MANTOVANI, F., «Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela», en *Revista de Derecho y Genoma humano*, Universidad de Deusto, núm. 1, julio-diciembre 1994, pp. 108-9; ROMEO CASABONA, *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, cit., p. 238 y ss. En contra, reconoce la posibilidad de límites al



una ley o pudiera quedar justificada la revelación por estar en peligro la salud o la vida de terceros— sin que la negativa pueda dar lugar a ningún tipo de discriminación. En definitiva, los problemas se concentrarán en aquellos casos en que el sujeto ha consentido dicha práctica, pero no la revelación de la información que se deriva de la misma.

En consecuencia, cabe extraer del marco legal antes enunciado un principio de no discriminación en el *ámbito laboral* por razón de los datos genéticos. No obstante, podrían revelarse datos previamente obtenidos con el consentimiento del paciente, en aquellos en que debido a la especial peligrosidad y responsabilidad del trabajo se pudieran ocasionar graves daños a terceros por razón de la enfermedad genética¹²⁰. No obstante, como pone de manifiesto DE MIGUEL SÁNCHEZ, incluso cuando se actúe con fines de seguridad y salud en el trabajo, se debe proceder conforme a los criterios de proporcionalidad y confidencialidad, limitando al máximo la intromisión en la intimidad¹²¹.

En los casos en que la información revela datos no sólo del enfermo, sino también de sus familiares biológicos por el denominado «*carácter familiar de la información genética*», los perjuicios se pueden extender a una persona que no ha consentido someterse a la prueba. En estos casos se cuestiona si el descubrimiento de una enfermedad genética hereditaria obliga a comunicar al resto de la familia dicho extremo, pues si bien se debe proceder con extremada cautela (no existe la obligación de transmitir el hallazgo y, además, se debe respetar el derecho de los familiares a «no saber»), la posible existencia de un grave riesgo para terceros limita la confidencialidad en los casos que sea necesario para evitar el grave daño en sus familiares¹²².

En definitiva, cabe afirmar que si bien el principio de autodeterminación implica también un derecho a «no conocer» y debemos partir de que no debería comunicarse a los familiares una información no solicitada, sin embargo, este *derecho a no conocer* debe ceder en aquellos casos que se encuentre en peligro la vida o salud de los mismos¹²³.

principio general de no sometimiento a pruebas genéticas en el ámbito laboral: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J., *Pruebas genéticas en el derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 148 y ss.

¹²⁰ Por lo que respecta al *sector de los seguros*, la solución debe ser aún más restrictiva y, como pone de manifiesto la Resolución del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética antes citada, las compañías aseguradoras no tienen derecho alguno a exigir que se realicen análisis genéticos antes o después de la firma de un contrato, ni a que se le comuniquen los resultados de análisis ya realizados. En EEUU la exigencia de aportar cierta información genética, antes de ser contratado o suscribir una póliza de seguros, está bastante extendida. También en Inglaterra se ha autorizado a las Compañías de Seguros a requerir una serie de pruebas genéticas a sus posibles clientes. Sobre ello, v. APARISI MIRALLES, «Genoma humano, dignidad y Derecho», *cit.*, p. 96.

¹²¹ Así, DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales*, p. 207 y ss.

¹²² Sobre ello, DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales*, *cit.*, p. 193; ROMEO CASABONA, *El tratamiento y la protección de los datos genéticos*, *cit.*, p. 255. Ésta es la línea apuntada en la Recomendación N.º R. (92) 3, sobre pruebas genéticas con fines sanitarios, en la que se recomienda comunicar la información a otros miembros de la familia en el caso de grave riesgo genético.

¹²³ Así, DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales*, *cit.*, p. 193, incluye los casos en los que se pueda originar un «daño fatal e irreversible».