

EL SECRETO MÉDICO: ASPECTOS JURÍDICOS

Jose Ig. Sabaleta Moya
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

A principios del s. XIX, Jeremy Bentham introduce en occidente el término *deontología*.¹ Lo hace en el seno del utilitarismo; la deontología nace así: concebida como una suma algebraica que mide la ética en función del análisis coste-beneficio.

Frente al actual predominio del utilitarismo, que sólo concibe la obra humana en función de sus resultados, la deontología médica aún conserva vestigios de la ética mediterránea, que contemplaba el ejercicio de la medicina como un fin en sí mismo, sujeto al deber de confidencialidad.

El deber de secreto y el desarrollo de los derechos a la salud y a la intimidad estaban condenados a enfrentarse; ésto nos lleva a contemplar el secreto médico bajo ópticas diversas:

- A) **Íntima:** Opaca, vincula a la conciencia en virtud de un compromiso personal de ejercicio ético de la Medicina.
- B) **Privada:** Relativa, derivada de la proyección deontológica hacia el enfermo. La relación médico-paciente configura una esfera de privacidad entre ambos que implica la doble perspectiva jurídica del secreto como derecho-deber: derecho a la intimidad y deber de confidencialidad.
- C) **Pública:** Trasparente, castigo que impone el estado a la trasgresión del secreto médico; la socialización de la asistencia sanitaria incide en la esfera privada del secreto.

Partiendo de la consideración de las dos primeras, creemos necesario plantear la incidencia del estado en el secreto y una perspectiva jurídica actualizada del mismo, pues la revolución tecnológica, potencialmente invasiva de la intimidad y la privacidad, es motivo de creciente y generalizada inquietud. No puede negarse cierto desarrollo legislativo de la tercera vertiente, pero estimamos que poco vale este desarrollo sin un adecuado acercamiento a las dos primeras.

Hoy impera la tesis que contempla el secreto bajo un marco de relatividad, garantizando simultáneamente la intimidad y otros derechos (y deberes) con los que puede entrar en conflicto. Dicho de otro modo: es necesario plantearse la viabilidad del desarrollo punitivo en los diversos órdenes jurídicos frente a la inconcreción del ámbito jurídico donde se genera el deber de secreto, sea de carácter público o privado.

A través de los siglos, deontología médica y estado han crecido de forma paralela en volumen y complejidad, culminando el conflicto de ambas dimensiones en diversos modelos punitivos de la vulneración del secreto. Si bien en la Europa continental la jurisdicción disciplinaria está

¹ BENTHAM, Jeremy. *Deontology; or, The Science of Morality* (2000) Elibron Classics. ISBN 1402185650 paperback. ISBN 1421290499 hardcover (Réplica de la edición de 1834 de Longman, Rees, Orme, Browne, Green, and Longman, Londres)

asignada a instituciones de derecho público - los colegios médicos españoles, habilitados jurídicamente para codificar la deontología - el peso de la coerción lo ejerce el estado.

La situación jurídica del secreto médico en España es confusa; codificaciones médicas y estatales interactúan: la Jurisprudencia acoge a la Deontología como fuente auxiliar², y, a su vez, la codificación estatal influye en la normativa deontológica.³ Pero esta compleja interacción⁴ revela cada día más la perenne inadaptación del estado a las demandas sociales de salud y bienestar, demandas que la revolución tecnológico-mediática convierte a veces en obsesión.

Europa es escenario de un conflicto de mentalidades: el binomio virtud-vicio, mediterráneo y antiguo, agonizante, que cede paulatinamente ante el deber-derecho, nórdico, a caballo de las nuevas tecnologías. Quizá por ello, en territorio francés - frontera de ambas mentalidades - se han emitido dos resoluciones contradictorias en relación con el secreto médico: Por un lado el *Tribunal de Grande Instance de Paris* condena a un médico por revelar el secreto confiado por su paciente.⁵ Por otro, y desde Estrasburgo, el Consejo de Europa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18.08.2004) resarce económicamente a una editorial que se había lucrado con el mencionado secreto, legitimando su conversión en mercancía.⁶

Como vemos, el secreto médico no logra escapar al inmenso conflicto entre lo público y lo privado, que, pese a su antigüedad,⁷ hoy día más que nunca obliga a un esfuerzo jurídico complejo. Si entendemos que nuestro deseo es construir una sociedad que propicie el ejercicio de libertades legítimas en el seno de instituciones democráticas, resulta indispensable salvaguardar la intimidad y proteger la privacidad regulándola adecuadamente;⁸ el problema estriba en las “carencias jurídicas” del secreto médico, ya puestas de relieve por la propia

² Entre otros ejemplos, STS 16.10.98, 26.09.00, 27.04.01, 15.12.04. También el TC: Sentencias 219/89, 93/92, 286/93, entre otras.

³ Ej. Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo. (BOE núm. 128, de 28 de mayo de 1980). Véase la influencia del anterior procedimiento administrativo ordinario en el Título VIII (Régimen disciplinario).

⁴ Que también se manifiesta en esfuerzos complementarios de entendimiento, como los encuentros de jueces y médicos, congresos, seminarios, asociaciones de Derecho Sanitario, etc.

⁵ Ordonnance du 18 janvier 1996: (...) *Attendu qu'elles ont été faites en violation de textes qui imposent un secret professionnel d'autant plus rigoureux qu'il s'agit du secret médical* (...) Veredicto confirmado por la Cour D'Appel de Paris (13.03.96): (...) *sous la protection d'un secret professionnel légalement institué et solennellement rappelé à tout médecin par la lecture du serment d'Hippocrate lors de son entrée dans la profession* (...) La sentencia, entre otras medidas, ordena el secuestro judicial del libro *Le Grand Secret*, publicado por el doctor que atendió a F. Mitterrand, si bien ya se habían vendido del mismo más de 40.000 ejemplares. Uno de los compradores, dueño de un cibercafé, introdujo una copia en su servidor, lanzando el secreto médico confiado por Mitterrand a su médico al ciberespacio. (*Internet contourne la censure du livre du docteur Gubler*. Le Monde 25.01.96.)

⁶ Cour Européenne des Droits de l'Homme. DEUXIÈME SECTION. AFFAIRE ÉDITIONS PLON c. FRANCE. (*Requête no 58148/00*) ARRÊT. STRASBOURG. 18 mai 2004. DÉFINITIF. 18/08/2004.

⁷ Ya planteado en Bizancio: Instituciones, I, I, 4; Digesto, I, I, I, 2 (...) *Huius studii duae sunt positiones publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus* (...)

⁸ Véase: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Lo íntimo, lo privado y lo público*. Claves de la razón práctica, ISSN 1130-3689, Nº 137, 2003, Págs. 14-24.

Constitución de 1978, pues aún quedan pendientes de desarrollo las previsiones de sus Arts. 20.1.d y 24.2 sobre regulación jurídica del secreto profesional.

Y si bien la colisión de intereses en el seno del proceso, prevista constitucionalmente, es uno de los grandes escenarios de conflicto de la confidencialidad médica, sea insuficiente o fragmentaria, sea o no necesario el esclarecimiento del *círculo de confidencialidad sanitaria*,⁹ la regulación plantea numerosos problemas adicionales: colisión de intereses entre confidencialidad y derechos de terceros; enfermedades transmisibles dentro del entorno de la convivencia de la pareja, de la relación familiar, laboral, incluso profesional; jóvenes inmersos en la drogadicción que se niegan a informar a sus padres; autoridades judiciales o administrativas que requieren historias clínicas sin especificar el motivo de la petición, extravío de datos en los centros asistenciales, etc.

Antes de repasar la normativa referente al secreto, dedicaremos unas líneas a comprender su esencia, su trascendencia: la confidencialidad tiene en la medicina una profundidad mucho mayor que en el resto de profesiones, el secreto médico ya era viejo cuando Roma aprendió a legislar. Médicos y abogados – entre otros ejemplos - son receptores de intimidad, pero es en la medicina donde ésta adquiere su mayor envergadura: el médico no sólo es depositario de íntimas manifestaciones del cuerpo sino también del alma; no en vano, el enfermo se entrega al sanador en los momentos más vulnerables de su vida (nacimiento, enfermedad, dolor, miedo, impotencia, muerte...)

El secreto de Hipócrates procede de una concepción mucho más antigua: el *iatros* era el sacerdote de Asclepiades, el *asu* asirio, el *snw* egipcio, pero con funciones más restringidas, pues pertenecía a una sociedad estratificada y a una disciplina profesional rigurosa. Su imagen primitiva evoca un mundo desaparecido hace mucho tiempo, pero las ideas médicas y espirituales de los asclepiades prevalecieron en occidente con el sistema de Hipócrates de Cos (s. V a.C.).

Hoy día, para muchos puede resultar risible recordar a Asclepiades o Hipócrates, pero entendemos que tanto las profesiones como las personas no deberían olvidar sus raíces. Del mismo modo que el abogado debe tener presente al *advocatus* como portador de cultura y conducta, Hipócrates se mantiene en vigor ante los esfuerzos de Occidente por adaptar su legislación al devenir de la sociedad actual, pues instituyó en la praxis la salvaguarda de la intimidad y el respeto a la información derivada de la asistencia; y aunque su lenguaje puede resultarnos inapropiado, entendemos que los fundamentos perviven: el respeto a la naturaleza y a la dignidad; la férrea relación entre ética personal y profesional; e incluso una visión aglutinadora del ejercicio de la Medicina, principios a los que la Declaración de Génova (auspiciada por la Asociación Médica Británica), no restó ni un ápice de actualidad.¹⁰

Posteriormente, y a raíz de los criterios de horizontalidad, ya notorios en los ss. XVIII y XIX, se configura el secreto profesional como derecho subjetivo de todo ser humano. No obstante, quedan pendientes de clarificación sus límites, pues los avances médico-tecnológicos marcan un ritmo difícil de seguir para la normativa sanitaria.

⁹ Término utilizado por Morales Prats, Fermín. Ponencia: *Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios*. IX Congreso Derecho y Salud. Sevilla, 15, 16 y 17 de noviembre de 2000. *Cambios en el Derecho Sanitario. ¿La respuesta adecuada?*

¹⁰ En lo referente al Secreto Médico, dice: “*Todo lo que en el ejercicio de la profesión, y aún fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba alguna vez ser revelado, lo callaré considerándolo secreto (...)*”

En España, el Secreto Médico recobra protagonismo jurídico con nuestro vigente Código Penal tras un largo período de relativa atipicidad marcada por el texto de 1870. El secreto médico se ha fundamentado tradicionalmente en la relación de confianza médico-paciente; y el núcleo de la praxis ha de centrarse de nuevo en potenciar su humanismo, pues las bases de la nueva relación que está emergiendo no pueden verse presididas por la desconfianza; a ello contribuirá decisivamente el desarrollo jurídico del derecho-deber de información asistencial, pues la complementariedad de dicha dicotomía constituye la base de la responsabilidad de la salud, responsabilidad que, inevitablemente, han de compartir médico y paciente en el seno del conocimiento, el respeto mutuo y la combinación de pericia y ética.

Hoy vivimos un contexto mucho más despersonalizado, coincidente con el desarrollo de la medicina hospitalaria, con mayores conocimientos científicos y en el seno de un proceso de socialización. Hasta hace poco, la relación asistencial propiciaba que sólo el médico - y ocasionalmente el personal de enfermería, familiares o allegados - accediese al secreto. Hoy se trabaja en equipo y en el marco de una asistencia masificada, y los datos recibidos del enfermo se recopilan de forma más o menos mecánica. A ellos puede acceder, no sólo cualquier sanitario del centro, sino personal administrativo, subalternos, o incluso cualquier usuario de intranet administrativa.

Los equipos sanitarios han de compartir la información, buscan la calidad en la asistencia, y la persona que ingresa en un centro se relaciona con diversos y heterogéneos profesionales, (personal de telefonía, administración, de seguridad, etc.) todos sujetos al secreto. En este ámbito, la falta de confidencialidad puede producirse, por ejemplo, en charlas en los pasillos, consultas en habitaciones con más de una cama, conversaciones en lugares públicos entre el personal sanitario y otros trabajadores, etc. Así, resulta necesario aumentar la formación de trabajadores y usuarios, resaltando la importancia de la discreción, la confidencialidad y la intimidad.

En suma, los médicos, celosos guardianes de un secreto monopolizado, fuente milenaria de poder y prestigio, asisten a un cambio legislativo trascendental, pues hasta bien entrado el mundo moderno, el secreto médico constituía una opción personal en la que el Estado no incidía.

Podemos considerar dos marcos fundamentales de referencia: el **legal** y el **deontológico**, y sin perjuicio de la especial atención que merece la figura de la **Historia Clínica** y la regulación en materia de **Protección de Datos Personales**. En relación con ésta última no olvidemos que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹¹ sienta las bases de una nueva visión de la relación sanitaria y del derecho-deber de información asistencial, proclamando - entre otros - el principio de Oralidad de la misma frente a la documentalidad impuesta por la Ley Gral. de Sanidad,¹² factor coadyuvante de la nefasta dicotomía *medicina defensiva - alarma social* ; frente a ésta, y ya desde entonces, nuestro Tribunal Supremo corrigió sobre la marcha dicho factor hasta alcanzarse un primer punto de equidad legislativa con la citada Ley 41/2002, y a la espera de un desarrollo normativo y jurisprudencial que reconduzca la relación asistencial a un marco jurídico y ético en el que medicina hospitalaria y sociedad colaboren de forma racional y sostenible.

¹¹ 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. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

¹² Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 101, de 29 de abril de 1986.

Por su complejidad e interés, la **regulación Deontológica** del Secreto,¹³ la **Historia Clínica** y la regulación en materia de **Protección de Datos Personales** merecen acercamientos diferenciados, razón por la que preferimos repasar brevemente a continuación su regulación jurídica, no sin antes puntualizar que la revolución informática, de lógica e inmediata aplicación en la gestión sanitaria, condujo a promulgar la ley 5/92 sobre Protección de Datos de la Salud Informatizados, ya derogada por la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre de *Protección de Datos de Carácter Personal*,¹⁴ la cual amplía las medidas de rigurosa confidencialidad en la recogida, tratamiento y custodia de datos. En relación con ésta, su Art. 7.3 considera especialmente protegidos los datos personales que hagan referencia a la salud y a la vida sexual, que *sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.*

II. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

Tal como apuntábamos en la introducción, la configuración de la actual administración sanitaria impone una distinción en el seno de un concepto primitivo, que incluye de forma general todo aquello que el profesional sanitario conozca en el ejercicio de su profesión.

Así, el **Secreto Médico Compartido** se deriva necesariamente de la asistencia ejercida por un equipo que proporcione un diagnóstico, pronóstico y tratamiento adecuado, y tanto los diversos médicos especialistas como el personal de enfermería, laboratorio, farmacia, fisioterapia, terapia ocupacional, ATS-DUE, auxiliares, celadores, estudiantes en prácticas de medicina o enfermería, etc., incurrir en el citado deber.

Por otro lado, su extensión al personal no estrictamente sanitario nos obliga a hablar del **Secreto Médico Derivado**, sobre todo en relación con personal administrativo tanto de la administración sanitaria como de cualquier otra (Ej. Personal de Justicia, compañías aseguradoras, riesgos laborales, certificaciones de calidad, mantenimiento, etc.).

Ciñéndonos a la norma positiva, el secreto médico y su regulación vigente en España han de enfocarse desde la perspectiva de la aplicación del derecho constitucional a la intimidad a la órbita sanitaria. Partiendo de esta premisa, la Constitución de 1978 garantiza el Derecho a la Intimidad Personal,¹⁵ la limitación legal del uso de la informática en aras de dicha garantía,¹⁶ así como la regulación del Secreto¹⁷ y de los casos en que, por causa del mismo, no se estará obligado a declarar sobre asuntos delictivos.¹⁸

En esta línea, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen,¹⁹ en su Art. Séptimo, Ap. cuatro dice:

¹³ Véase por ej. los Arts. 14 a 17 del Código Español de ética y Deontología Médica de 10.09.1999. Cap. IV: Secreto Profesional del Médico.

¹⁴ Publicación en el BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

¹⁵ Art. 18.1, CE.

¹⁶ Art. 18.4, CE.

¹⁷ Art. 20.1.d, CE.

¹⁸ Art. 24.2, CE.

¹⁹ Publicación en el BOE núm. 115, de 15 de mayo de 1982, modificada, entre otras, por la Ley Orgánica 3/1985, de

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas (...) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Repasemos así el desarrollo experimentado por este derecho constitucional en la legislación sectorial:

II.1. REGULACIÓN CIVIL Y ADMINISTRATIVA: INSTITUCIONES DE CONFIDENCIALIDAD.

- Principio General de Confidencialidad en la asistencia sanitaria:

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad²⁰ establece en su Art. 10 que *Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: (...) 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.*

En la misma línea, el Art. 7 de la citada Ley 41/2002 proclama el derecho a la intimidad de toda persona, y a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, añadiendo que *Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.*

Se refuerza este principio en la citada Ley 41/2002 con las matizaciones de los Arts. 2.7 y 16.6, proclamando el deber de secreto hacia toda persona que elabore o acceda a la información y documentación clínica, así como hacia el personal que acceda a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones.

Desarrollando una vez más el binomio deber-derecho, el Art. 19 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del *Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*²¹ establece el deber del personal citado de respetar la intimidad personal de los usuarios, manteniendo la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso en el ejercicio de sus funciones.

- Confidencialidad en donaciones y trasplantes: El Art. 4 de la Ley 30/1979,²² de 27 de octubre, *sobre extracción y trasplante de órganos*, así como el Art. 5 del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, *por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos*²³, garantizan el anonimato de donante y receptor, sin perjuicio del resto de

29 de mayo.

²⁰ Publicación en el BOE núm. 101, de 29 de abril de 1986.

²¹ Publicación en el BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003, aunque ya previsto en el derogado Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social (Decreto 3160/1966).

²² Publicación en el BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

²³ Publicación en el BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000. En los mismos términos, el Art. 3. del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

garantías impuestas por la Ley 15/99 de Protección de datos de carácter personal. En el mismo sentido, el Art. 5 del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, *por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión*.²⁴

Aunque no se menciona expresamente, hay que extender este principio a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, *de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*.²⁵

- **Confidencialidad de las recetas médicas:** El Art. 98 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, *del Medicamento*²⁶ garantiza la confidencialidad de la información resultante de las recetas médicas, al igual que el Art. 9 del Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, *de Receta Médica*,²⁷ que dice textualmente: *deberá quedar garantizada la confidencialidad de la asistencia médica y farmacéutica y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos*. En la misma línea el Art. 10 de la Orden de 25 de abril de 1994 *por la que se regulan las recetas y los requisitos especiales de prescripción y dispensación de estupefacientes para uso humano*,²⁸ y en relación con el procesamiento de las recetas oficiales de estupefacientes.

- **Confidencialidad en la interrupción voluntaria del embarazo:** El Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, *sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*²⁹ garantiza la confidencialidad aludida del Art. 10.3 de la Ley de Sanidad (Art. 4) y el secreto de la consulta de la interesada. (Art. 9)

- **Confidencialidad en las técnicas de reproducción asistida:** El Art. 2 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *sobre técnicas de reproducción asistida*,³⁰ en su apartado 5 establece que *Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos*; confidencialidad estricta reiterada por el Art. 9 del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo,³¹ relativo a la protocolización y el Registro Nacional referente a esta disciplina.

²⁴ Publicación en el BOE núm. 225, de 20 de septiembre de 2005.

²⁵ Publicación en el BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988.

²⁶ Publicación en el BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990, reformada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

²⁷ Publicación en el BOE núm. 259, de 29 de octubre de 1984.

²⁸ Publicación en el BOE núm. 105, de 3 de mayo de 1994.

²⁹ Publicación en el BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2001.

³⁰ Publicación en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988 Ley 45/2003, de 21 de noviembre modificada, entre otras, por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. Su DISPOSICIÓN FINAL TERCERA, respecto al Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana proclama las garantías precisas de secreto y en forma de clave.

³¹ Publicación en el BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

- **Confidencialidad en los ensayos clínicos:**³² El Art. 37.3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*,³³ establece, entre otras responsabilidades del investigador: (c) *Garantizar que todas las personas implicadas respetarán la confidencialidad de cualquier información acerca de los sujetos del ensayo, así como la protección de sus datos de carácter personal.*

- **Confidencialidad de los datos referentes a menores de edad:** Especial referencia merecen los menores dada la dicción de Art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor,³⁴ que en su ap. 2. establece que *La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.* Piénsese por ej. que una ponencia médica que incluya imágenes de patologías pediátricas sin preservar debidamente el anonimato puede activar las responsabilidades aludidas.

- **Confidencialidad de los datos personales recabados por la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica:** Afecta a todos los titulares de competencia de acceso a los referidos datos, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 8 del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.³⁵

II.2. REGULACIÓN PENAL

De forma paralela al desarrollo legislativo sanitario, la legislación penal repercute a su vez en el Secreto Médico. Así, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³⁶ incluye numerosas disposiciones susceptibles de aplicación a la vulneración del Secreto Médico:

Cap. I, Tít. X³⁷: Del descubrimiento y revelación de secretos:

Dentro de este tipo, encontramos de nuevo la especial consideración del legislador hacia los datos referidos a la salud en línea similar a la posterior ley Orgánica 15/99, ya citada, por cuanto el Art. 197.5 agrava el tipo en la medida que la revelación del secreto afecte a dicha materia.³⁸

³² El concepto de Ensayo clínico lo encontramos en el Art. 2.a. del Real Decreto 223/2004: *toda investigación efectuada en seres humanos para determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y excreción de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su seguridad y/o su eficacia.(...)*

³³ Publicación en el BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2004.

³⁴ Publicación en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000.

³⁵ Publicación en el BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996.

³⁶ Publicación en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁷ Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

³⁸ *Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.*

El Secreto Profesional aparece regulado en el Art. 199, con dos vertientes:

- Aquí podrían incardinarse los funcionarios y trabajadores sanitarios que cumplen tareas de apoyo en los centros asistenciales: 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 meses.*
- Los médicos, el personal de enfermería, fisioterapeutas y terapeutas ocupacionales, así como otros profesionales titulados encajarían en el Art.199.2³⁹.- *El profesional que, con incumplimiento de 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.*

Frente a los Arts. 197 y 198, que apuntan claramente a la utilización ilícita de datos informáticos, las conductas descritas en el Art. 199 se refieren al secreto profesional de forma genérica, pero con la ventaja de que también son aplicables a la vertiente informatizada del secreto médico, de forma que éste precepto resulta mucho más operativo que los anteriores, pues afecta a todo tipo de personas que puedan tener acceso a las bases de datos asistenciales, más allá de los médicos y profesionales *stricto sensu*.

Es importante la mención del Art. 200,⁴⁰ que extiende la protección jurídica del secreto habilitando también a las personas jurídicas para denunciar su violación, de forma que no solo la persona concreta y física afectada estaría legitimada para ello, sino también, por ejemplo, centros sanitarios, públicos y privados. No significa que estas entidades posean intimidad en sí mismas, sino que detentan la titularidad de la protección del secreto confiado por sus pacientes. Además, la disposición por parte de los centros de profesionales informáticos y de administración es susceptible de facilitar enormemente la instrucción de un hipotético proceso.

Cap. IV , Tít. XIX⁴¹: Infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos:

Aquí, reviste especial trascendencia en el ámbito asistencial la tipificación de conductas tendentes al apoderamiento desautorizado o acceso in consentido a documentos, comunicaciones y/o datos ajenos; agravándose si concurren circunstancias tales como la responsabilidad sobre las fuentes de información; revelación, difusión y/o cesión a terceros, ;conocimiento de su ilicitud; así como el afán de lucro. Abundando en lo anterior, se tipifica la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación total o parcial de documentos, así como la destrucción o inutilización de medios destinados a su custodia. Cuando los hechos se cometan por autoridad competente o funcionario público se prevé la inhabilitación, sin perjuicio de la privación de libertad.

³⁹ GIBBERT CALABUIG. *Medicina Legal y Toxicología*. Villanueva Cañadas, E. (Ed.) 5ª ed. (Reimpresión). Masson. 2005.

⁴⁰ *Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cedere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.*

⁴¹ *Delitos contra la Administración Pública.*

Respecto a las autoridades competentes que infrinjan pasivamente lo estipulado consintiendo el acceso a documentos secretos o bien la destrucción o inutilización de los medios de custodia (Ej. Piénsese en un Jefe de área Hospitalaria o incluso un administrativo que, dolosa o culposamente, revela una clave de acceso informático a una base de datos), recordemos que los conceptos de autoridad y funcionario público concurren con mucha frecuencia entre los profesionales de la salud, postura mantenida por el Tribunal Supremo, que reconduce los conceptos del Art. 24 del Código Penal⁴² a los médicos que trabajan en la Sanidad Pública.

Cap. VII, Tít. XX⁴³: De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional:

Afecta especialmente al médico forense, quien se expone al conflicto entre el deber de informar y su correlativo deber de secreto, resolviéndose a favor del primero en la medida que actúe como perito o testigo de los procesos judiciales. Este capítulo, de alguna manera encubre un tipo agravado del delito de revelación de secretos del Art. 417, ya comentado, en estos términos: *Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por (...) cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.*

Aunque en principio la configuración del tipo penal parece requerir conciencia de la divulgación, tengamos en cuenta que el Supremo mantiene la coerción en la medida que la conducta afecte a la esfera de la intimidad del individuo aunque no se produzca de forma intencionada, por lo que no deben descartarse la tipificación de vulneraciones imprudentes del deber mencionado.

Finalmente, recalcar la necesidad de denuncia previa para la persecución de estos delitos, efectuada por la persona perjudicada o su representante legal, a los que hay que añadir el Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad, incapacidad o personas desvalidas. Excepción a este requisito es el caso de la conducta llevada a cabo por autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo.⁴⁴

Junto al severo régimen establecido por el Código Penal respecto a las conductas infractoras del Secreto Médico y Profesional en general, queda latente la vía civil como medio de reclamación de cualquier perjudicado desde un punto de vista moral y/o económico.

III. EXCEPCIONES

En la práctica acaecen circunstancias que pueden dar lugar a excepciones al deber de secreto:

III.1. Revelación consentida :⁴⁵

⁴² Art. 24. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia (...)* 2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

⁴³ *Delitos contra la Administración de Justicia.*

⁴⁴ Artículo 201 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁵ DE LORENZO Y MONTERO, R. *El Derecho a la Información Sanitaria.* Ergon. 2005.

Es una causa de exoneración discutible, por cuanto no aparece claramente regulada en la ley, sí en cambio en el Art. 16 g) del Código Español de ética y Deontología Médica, aunque matizando que esta autorización *no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.*

Por tanto, debe interpretarse esta exigente en sentido muy estricto y en función de las particularidades del caso, independientemente del hecho de que una revelación amparada en dicho precepto debería contar con un soporte documental y/o testifical adecuado para evitar el indudable riesgo jurídico en que incurre el facultativo que la utiliza, junto con una motivación adecuada a las circunstancias.

A nuestro entender, bien podría complementarse la regulación deontológica con la Ley Orgánica 1/1982: *No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.*⁴⁶ Añadiendo que *el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.*⁴⁷

A falta de consentimiento sólo cabe remitirse al Art. Octavo de la Ley 1/1982, que exculpa la revelación sólo en caso de exigente legal y/o predominio de interés científico relevante.

Una situación frecuente se da en los médicos de compañías aseguradoras: Sus servicios jurídicos diseñan a tal efecto formularios de consentimiento de cesión de datos, de forma que el consentimiento del asegurado a la hora de su someterse a reconocimiento dispensa al facultativo de su deber de secreto⁴⁸. Como puede imaginarse, estas situaciones originan frecuentes conflictos, por ejemplo cuando se deniega una cobertura por ocultación de determinadas dolencias. Como es lógico, un médico que conozca datos con anterioridad y ajeneidad al reconocimiento de la compañía, debe de guardar el secreto.

Este planteamiento nos conduce en cierta manera al ámbito de los certificados médicos, que han de circunscribirse a la finalidad concreta de los mismos: al fin de al cabo, su solicitud implica autorización de revelación del secreto que figura en la certificación. Téngase en cuenta además que un certificado médico no sólo versa sobre la situación de una persona viva, pues el certificado de defunción también encuentra sus límites en la intimidad de las personas fallecidas. Obviamente, la el secreto relativo al fallecido no se limita al certificado de defunción, sino a cualquier otra manifestación reveladora.⁴⁹ En relación con esto hemos de remitirnos de nuevo a la Ley 1/1982, que confiere a determinadas personas el derecho a ejercitar acciones de protección - concretamente por designación testamentaria - y, en su defecto, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su

⁴⁶ Art. Segundo. Dos: Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. (modificado por Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo)

⁴⁷ *Ibíd.* Art. Segundo. Tres.

⁴⁸ *Su consentimiento tendrá que ser prestado de una manera libre, específica e informada. Además tendrá que ser inequívoco, o en el caso de datos sensibles (datos médicos), explícito.* Recomendación R (02) 9 relativa a la protección de datos personales recogidos y tratados con fines relacionados con el seguro. (Anexo, Ap. 6)

⁴⁹ Sirva como ejemplo la controversia, ya aludida, generada por el libro "*Le Grand Secret*", del Dr. Claude Gubler.

fallecimiento; recayendo la acción, a falta de todos ellos, en la Fiscalía, de oficio a instancia de persona interesada, y dentro de ochenta años desde el fallecimiento.⁵⁰

Es preciso mencionar aquí la situación de los menores internos en centros educativos o colegios; normalmente se exige a los padres un consentimiento informado a efectos de evitar situaciones de peligro colectivo, aunque la revelación se circunscribiría a personas muy concretas y siguiendo criterios de idoneidad muy estrictos (ej. dirección, tutorías) así como en supuestos de urgencia.

Otro caso que puede plantearse con frecuencia, y dada la creciente complejidad de la organización sanitaria y el auge de los sistemas de auditoría de calidad, es la revelación de secreto entre médicos o profesionales del ámbito asistencial por razones administrativas; por ejemplo, cuando la gerencia requiere al responsable de una unidad para que le permita el acceso a historias clínicas a efectos de auditoría y revisión de indicadores. En estos casos - potencialmente conflictivos - entendemos que el secreto no debe vulnerarse sin el consentimiento de los afectados, y, a falta del mismo, aportando razones jurídicas debidamente tasadas por la normativa vigente, y aprobadas, como mínimo, por el Colegio de Médicos.⁵¹

III.2. Revelación imperativa:

Siguiendo las directrices del Consejo de Europa y la legislación vigente en España, toda revelación que se haga prescindiendo del consentimiento del afectado ha de respetar escrupulosamente el principio de reserva de ley bajo criterios de excepcionalidad.⁵²

En España encontramos diversas situaciones en que la revelación es obligatoria para el titular del deber de secreto:

a) Deber de denuncia: Se sustentaría en los Arts. 259⁵³ y 262⁵⁴ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (Lecrim), regulándose una agravante en este último: *Si la omisión en dar parte fuere de un profesor de Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales.*

⁵⁰ Artículo Cuarto de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

⁵¹ Fue el caso de una Unidad de Hipertensión frente a la gerencia del hospital. Véase: ALTISENT, R.; FERNÁNDEZ-CAÑADAS, A. *Análisis de casos presentados a una Comisión de Deontología*. II Seminario de Deontología Médica. Consejo General de Colegios de Médicos de España. Madrid, 2002.

⁵² Véase la Recomendación n. R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos, especialmente el Art. 5.6, que bajo el respecto al mencionado principio de reserva de ley prevé como situaciones justificativas la prevención de un peligro real, la represión de un crimen, razones de salud pública, protección del afectado y derechos y libertades de terceros. Asimismo menciona los casos de emergencias médicas.

⁵³ *El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare (...)*

⁵⁴ *Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.*

Es frecuente que ejerciendo su labor el facultativo tenga noticia de hechos potencialmente delictivos (Ej. heridas corporales, intoxicaciones, etc.); lo normal en estos casos y por la complejidad que llegan a revestir es que, sea profesional o trabajador público o privado, se contacte con el departamento jurídico que corresponda antes de actuar por su cuenta.

Es evidente la redacción preconstitucional del tipo agravado del Art. 262, muy criticado por la doctrina,⁵⁵ e incongruente a su vez con el reconocimiento del derecho a invocar el secreto reconocido en la Constitución y concretado, por ejemplo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en su Art. 371.

b) Deber de declarar enfermedades:

En sentido estricto, corresponde realizarla a los médicos en ejercicio - tanto del sector público como privado - en relación a las enfermedades relacionadas en el Anexo I del ya mencionado Real Decreto 2210/1995. Ha de quedar claro que esta revelación no exime del deber general de secreto, quedando confinada a los estrictos términos protocolarios en que haya de realizarse y siempre dentro del marco que rodee a la imperatividad jurídica concreta, lo que nos lleva a considerar que, más que una revelación en sí, consiste en una transmisión de información científica entre profesionales, o hacia la Administración Pública.

Pero este apartado, dada la compleja realidad actual, es mucho más amplio, excediendo el ámbito regulado por la norma citada. Las enfermedades infecciosas, por ejemplo, han colocado a los profesionales de la salud ante un difícil conflicto de intereses: la protección de la confidencialidad frente al deber moral - y a veces legal - de advertir a personas allegadas, incluso a terceros. Este conflicto obliga a estudiar y evaluar en profundidad cada caso concreto.

Las situaciones de conflicto se plantean con frecuencia en el ámbito de convenios privados, por ej. civiles y laborales. La convivencia privada es una situación en la que, muy al contrario de lo que ocurre con situaciones de internamiento forzoso (ej. típico es el penitenciario) el médico tiene la última palabra. Ante la judicialización creciente de nuestra sociedad, el facultativo se enfrenta a difíciles dilemas éticos y/o jurídicos, ante los cuales, su necesidad de asesoramiento jurídico es inevitable, por ejemplo por parte de Comités de ética asistencial o bien por parte del profesional externo, sin que ambas fuentes resulten incompatibles.

En relación con el ámbito laboral hay que remitirse a los reconocimientos médicos a efectos de prevención de riesgos laborales. En principio:

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

*No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.*⁵⁶

⁵⁵ Ej. Álvarez-Cienfuegos Suárez, Jose M.ª; López Rodríguez, Orenco. *SECRETO MEDICO Y CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS SANITARIOS*. AEDS. Unidad Didáctica 4. <http://www.aeds.org>.

⁵⁶ Artículo 22.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En otras palabras: el secreto impuesto al facultativo que efectúa el reconocimiento entraría en contradicción con su deber de comunicación de situaciones de riesgo, tanto para un trabajador concreto, como para el resto de sus compañeros. Se trata de una cuestión compleja, y el médico habrá de actuar con mucha prudencia, comunicando oficialmente los datos controvertidos siempre y cuando la eliminación del riesgo no pueda efectuarse en el seno de la confidencialidad médico-paciente.

En el ámbito de la incapacidad temporal solo los médicos del Sistema Nacional de Salud, las entidades gestoras de la Seguridad Social y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales deben acceder a los informes y diagnósticos, y, frente a éstos, los servicios médicos de empresa no tienen reconocida ninguna competencia en materia de control y seguimiento de la IT, por lo que es desaconsejable cumplir sus peticiones o solicitudes indiscriminadas de información, cumpliéndose el deber de colaboración preventiva informando de los diagnósticos, a efectos de evaluar la necesidad de cambios en el entorno de trabajo en aras a evitar problemas de salud.⁵⁷

Otra situación de conflicto se plantea en el ámbito matrimonial, sobre todo respecto a enfermedades contagiosas y otras afecciones de tipo sexual. Antes del matrimonio, el médico nunca violaría un secreto relacionado – por ej. – con un caso de esterilidad, aunque sí debe recomendar a la persona afectada que comunique a su futuro cónyuge su situación. Recuérdese que *Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: El (matrimonio) celebrado por error (...) en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.* (Art. 73.4 Cód. Civil)

Por otro lado, y tras el matrimonio, estaría justificada la advertencia al cónyuge sano si el médico aprecia grave riesgo por incumplimiento de determinadas medidas – ej. profilácticas o terapéuticas - a efectos de evitar contagios. El médico deberá decidir en función de las particularidades del caso, pero agotando los medios que estén a su alcance para evitar la revelación, quedando ésta como último recurso ante la posibilidad de daños de envergadura, y siempre y cuando disponga de un dictamen jurídico favorable que apoye su decisión ante el caso concreto.

En España, la postura deontológica oficial ante estas situaciones refuerza el derecho de información de las personas que, por su convivencia con el enfermo, corren riesgo de ser contagiadas. *Si el paciente se negare a ello, el médico tiene la obligación de intentar convencerlo, advirtiéndole que, si persiste en su negativa, será el mismo médico quien lo haga.*⁵⁸

En otros países, la regulación positiva ha incidido en el secreto médico en este tipo de casos, como ocurre con la regulación neoyorquina o la de Ontario (Canadá), que han obligado a los médicos a proporcionar a la administración nombres de los pacientes con el virus del SIDA y a notificarlo a las personas con las que los infectados tuvieron relaciones sexuales. Caso similar está ocurriendo en legislaciones afines al sistema español, como la peruana, donde la Ley 26626 obliga a todas las mujeres embarazadas a pasar un test de VIH. Otras, como la argentina, se mantienen en un eclecticismo un tanto desconcertante, por ej. el Decreto 1244/91 de la

⁵⁷ Así por ejemplo ha respondido el Servicio de Responsabilidad Profesional del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (COMB) a una de las principales dudas de los facultativos implicados en la gestión de bajas laborales.

⁵⁸ Véase por ej. las CONCLUSIONES DEL III CONGRESO NACIONAL DE COMISIONES DE DEONTOLOGIA MÉDICA (Valencia, 1-3 de mayo de 1992).

República “autoriza” al médico a revelar datos *bajo su responsabilidad* a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor.

En todo caso, podemos determinar que la convivencia familiar no implica una situación de revelación imperativa, salvo los casos de relaciones de patria potestad (los padres son responsables civiles de los daños que pueda ocasionar el menor). Los supuestos planteados por la convivencia, con o sin matrimonio, son generalmente alegales, y no derivan siempre de enfermedades contagiosas, requiriendo en todo caso un dictamen deontológico (Véase Ap. d).

Por ejemplo, en Gran Bretaña⁵⁹ se planteó en el año 2000 un caso de diagnóstico de la enfermedad de Wilson;⁶⁰ debido a ello, los hermanos del paciente tenían un 25% de probabilidades de padecer la enfermedad, recomendándose un tratamiento previo a la manifestación de los primeros síntomas. El enfermo le advirtió al médico que no avisara o a sus hermanos, planteándose así un enorme dilema ético: guardar la confidencialidad o advertir y beneficiar con un diagnóstico y asistencia oportuna a los hermanos. La opinión deontológica se decantó por la obligación de advertencia a los familiares en caso de enfermedad hereditaria (en detrimento de la confidencialidad médico-enfermo) lo cual bien puede equipararse a los casos de enfermedades contagiosas en opinión de parte de la doctrina española.⁶¹

Pueden darse otros casos de convivencia en que, por la existencia de una relación extrafamiliar y extralaboral, se plantee la imperatividad de revelación, piénsese por ejemplo los numerosos casos de prestaciones de servicios no laborales (ej. personal de limpieza, doméstico, etc.) en que, si el afectado no muestra clara disposición a eliminar el riesgo, obligaría al facultativo a actuar.

Las situaciones descritas responden a convenios privados, voluntarios, y, en su caso, a internamientos civiles. Otra cuestión es el internamiento forzoso, y, omitiendo las situaciones del internamiento sanitario convencional ya descritas, el ejemplo paradigmático es la prisión. Con mayor nitidez se configura la situación de los centros penitenciarios: la utilización de la fuerza para impedir que el recluso provoque daños propios y/o ajenos, queda legitimada en la ley General Penitenciaria,⁶² y, en el ámbito de la salud y la confidencialidad, ésta quedaría supeditada (en la menor medida posible) a la imposición de un tratamiento que, por ejemplo, evite un contagio.

Vemos aquí como el médico ha de renunciar una vez más al secreto absoluto, siendo buena muestra de ello un fallo de 2006 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Supremo, que condena a los servicios médicos de la cárcel por no exigir ni imponer el tratamiento profiláctico necesario para las infecciones clínicamente detectadas.

c) Deber de declaración testifical o pericial:

⁵⁹ BMJ 2000; 321: 1464 -1466 (9 Diciembre); *Ethical debate. Results of genetic testing: when confidentiality conflicts with a duty to warn relatives.*

⁶⁰ Daño hepático causado por un depósito de cobre que se manifiesta con problemas en el habla y movimientos anormales involuntarios y que tiene la característica de ser hereditaria.

⁶¹ *Ibíd.* Álvarez-Cienfuegos y López Rodríguez.

⁶² Artículo 45 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y sus modificaciones. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979. BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2003. BOE núm. 156, de 1 de julio de 2003.

El personal asistencial es requerido con frecuencia cada vez mayor como perito o testigo en procesos judiciales de diversa índole, especialmente civil, penal y contencioso administrativa. Es una labor complicada y de enorme trascendencia para el proceso, en la que ha de predominar la discreción y, por tanto, la revelación de lo estrictamente necesario.

Los Arts. 410 y ss. (Lecrim) Regulan la declaración testifical en el ámbito penal, dispensándola el Art. 417.2 en caso de confrontación con el deber de secreto. Por su parte, el Art. 356, párr. 3º, habla de imposibilidad legal a la hora de practicar un análisis pericial, incluyendo expresamente a los Doctores en Medicina. A nuestro juicio, si bien dicha imposibilidad parece apuntar a motivos que impidan un ejercicio generalizado, bien podría extenderse la misma a motivos concretos, como el deber de confidencialidad, y no sólo a una imposibilidad legal genérica para el ejercicio de la profesión.

El Art. 371 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil afecta de lleno al profesional sanitario, admitiendo la posibilidad de mantener el secreto mediando justificación debidamente razonada, y abriendo la posibilidad de abrir una pericia de oficio específica y esclarecedora, ya no sujeta a sigilo.

Los problemas que suscita este deber, no estriban tanto en la posible revelación como en la resistencia del profesional a la misma, pues con frecuencia se le plantean al médico dilemas éticos sobre cual es el interés prevalente: el público (deber de declaración) o el privado (derecho a la intimidad). Obviamente, la intimidad solo sería susceptible de ceder ante una clara previsión normativa.

Puede afirmarse que, tanto en la actuación a requerimiento judicial como del interesado en el proceso, ello implicaría la relevación de guardar la confidencia, lo cual se sustentaría en diversos preceptos: ej. Art. 412.1 Código Penal (que castiga la denegación de auxilio, no sólo judicial, sino a cualquier administración pública), así como los Arts. 550 y 556 del mismo cuerpo legal, que regulan la desobediencia y la resistencia a la autoridad, todo ello en relación con el Art. 17 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, y sin olvidar los Arts. 346 y 357 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que también prevén este deber de declaración médica. Desde el punto de vista deontológico, el Art. 16 del Código de ética habla de las cautelas legales a la hora de proceder a la revelación.

Quizá los problemas más acuciantes se presentan en los procesos de responsabilidad de daños, en los cuales el facultativo necesita acceder a datos relativos al lesionado, sobre todo cuando perita para la parte contraria. Cuando el caso llega a la vía judicial, el profesional accederá a la información que conste en el expediente, solicitando vía procesal lo que estime necesario. Mayores dificultades se presentan en la vía convencional ante la negativa – legítima – a proporcionar datos; esta negativa, en función de la trascendencia de los mismos, normalmente aboca a la vía judicial a fin de obtenerlos.

d) Deber deontológico.

Aunque ya manifestamos la necesidad de profundizar de forma diferenciada en este ámbito, no sería razonable omitir una breve alusión a los casos en que el secreto médico debe ser revelado aún sin mediar ninguna norma positiva que apoye la decisión. Nos referimos principalmente a

aquellos en que el sigilo cede ante la salud o la vida de terceros, amparándose principalmente en el Art. 16 del Código Deontológico.⁶³

José Manuel Maza, Magistrado de la Sala Penal del Supremo⁶⁴ señaló recientemente que hoy no se conoce ninguna resolución judicial que ampare este criterio. Esta es una de las razones que invoca gran parte de la doctrina para resaltar la insuficiencia legislativa al respecto, teniendo en cuenta que, tras veintisiete años, no ha sido desarrollado en ningún ámbito por el legislador. Esto supone que en el caso del médico hay que acudir a normas dispersas y algunas de ellas aparentemente contradictorias.

Así, ante un riesgo para el paciente o terceros no expresamente regulado, la decisión de revelar el secreto habría de apoyarse en datos objetivos y dictámenes deontológicos que, al mismo tiempo, garanticen – como mínimo - toda la dispersión normativa que regula el secreto, pues éste ha de constituir una grave excepción debidamente acotada, preferentemente de médico a médico.

Fuera de estos casos se hace preciso el consentimiento del afectado y un claro apoyo normativo, pues tal como dictaminó el Tribunal de Gran Instancia de París al Dr. Gubler,⁶⁵ “*nada autoriza a un médico a transformarse en garante del buen funcionamiento de las instituciones*”. La decisión del Tribunal Europeo en el caso Gubler⁶⁶ aviva el debate sobre la relativización del secreto: ¿Qué valores han de privilegiarse: la intimidad de una persona o el derecho a conocerla a posteriori de unos votantes dolidos por el engaño? Los jueces franceses optaron por la intimidad, los jueces del Tribunal Europeo por lo contrario.

Desde otra perspectiva, la decisión del Tribunal Europeo podría abrir la puerta de la discrecionalidad: libertad de elección del Juez ante alternativas igualmente justas. Ante esta situación se impone la necesidad de un marco normativo más concreto, o, al menos y en su defecto, bajo unas directrices inspiradas en la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados: el estado no ha de ser libre de decidir, a través de un proceso volitivo entre varias concepciones del secreto, sino que realizando un proceso de juicio o estimación ha de atenerse a las circunstancias y características reales a calificar, y al sentido jurídico preciso que la ley asigna al concepto de secreto, sometido sin traba alguna a la función jurisdiccional, encargada de velar por la recta aplicación de la ley al mundo de los hechos.

BIBLIOGRAFÍA:

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, Jose María. (1995) *El secreto y el nuevo Código Penal*. III Congreso de Derecho Sanitario. Madrid.

GISBERT CALABUIG, J.A. (2005), *Medicina Legal y Toxicología*. 6ª Ed. Masson.

⁶³ 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: (...) Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo.

⁶⁴ IV Congreso Iberoamericano de Derecho Médico. Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico y la Cámara de Comercio de Gijón. Diario Médico 09/05/2005.

⁶⁵ Véase nota núm. 5.

⁶⁶ Véase nota núm. 6.

- HORWITZ, N. (2004), *El cambio de la práctica médica. Desafíos psico-sociales para la profesión*. Rev. Med Chile: 132; 768-772.
- MARTÍNEZ PEREDA, Jose Manuel: *La protección penal del secreto médico en el Derecho español*. (1996) Actualidad Penal Número 10.
- MARTÍNEZ PEREDA, Jose Manuel, DE LORENZO, R.. (1997): *Los Médicos y el nuevo Código Penal*. Editores Médicos S.A. Madrid.
- MILLER, R. D. (1990), *Problems in Hospital Law*. 6ª Ed. An Aspen Publication.
- PLAZA PENADES, Javier (2002), *El nuevo marco de la responsabilidad médica*. Aranzadi.
- ROMEO CASABONA, Carlos y CASTELLANO ARROYO, María. (1993) *La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia Clínica*. Derecho y Salud, Vol. 1, Número 1.
- ROMEO CASABONA, C.M. (coord.) (1998): *Derecho biomédico y bioética*. Editorial Comares.
- ROMERO PALANCO, J.L. (2002) *La pericia médico-legal en los casos de responsabilidad médica*. Cuad. med. forense, ene. 2002, no.27, p.11-28. ISSN 1135-7606.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María (2002), *La Medicina ante los derechos del paciente*. Montecorvo.
- ROVIRÁ BARBERÁ, M. (1998): *Confidencialidad e historia clínica informatizada*. JANO, LV: 1673-1674.
- SANCHEZ-CARO, Javier; ABELLAN, Fernando (2002), *Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos*. Comares.
- STUDDERT, David; MELLO, Michelle; SAGE, William; DESROCHES, Catherine ; PEUGH, Jordon; ZAPERT, Kinga; BRENNAN, Troyen. (2005): *Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment*. JAMA, June 1, 2005; 293: 2609 – 2617.
- TURABIÁN FERNÁNDEZ, J.L.; PÉREZ FRANCO, B. (2004), *La historia clínica electrónica: ¿comer sopa con tenedor?* Cuadernos de Gestión para el profesional de Atención Primaria. Volumen 10 - Número 04 p. 175 – 188.
- VEGUE GONZÁLEZ, M., ALVARO BRUN, E.(2001): *El secreto médico en instituciones penitenciarias*. Rev. Esp. Sanid. Penit., 2001, 3: 22-29.