

Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética

Prof. Dra. M^a del Carmen Gómez Rivero

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Sevilla. Habilitada a Cátedra (Sevilla, España)

Sumario / Summary: 1. Consideraciones previas. 2. Los límites de la preservación de la intimidad del paciente frente al deber de evitar la lesión de bienes jurídicos fundamentales de terceras personas. Especial referencia a las situaciones de riesgo. 2.1. Los límites del deber de secreto médico en los casos de conocimiento de hechos delictivos. 2.2. Los límites del deber de secreto médico en situaciones de riesgo. 3. Los límites del deber de secreto médico en los casos de los diagnósticos genéticos. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. El conocimiento y revelación de datos genéticos como medio de preservar la salud de los familiares. 4. Bibliografía citada.

Resumen / Abstract:

El trabajo trata las situaciones de conflicto que se plantean entre el mantenimiento del deber de secreto por parte de los profesionales sanitarios y el interés en salvaguardar la vida e integridad física de terceras personas frente a la realización por parte del paciente de conductas, intencionadas o no, que pudieran lesionar o poner en peligro aquellos bienes jurídicos. Como un problema especial se tratan las singulares situaciones de conflicto que pueden surgir en el ámbito de los diagnósticos genéticos.

This work deals with those conflict situations that arise between the duty of secrecy by health professionals and the interest in safekeeping the life and physical integrity of third parties when dealing with behaviours by the patient, whether intentional or not, that could harm or place in danger those legal goods. The special situations of conflict that could arise in the ambit of genetic diagnosis are dealt as a special problem.

Palabras Clave / Keywords:

Intimidad / Denuncia de hechos delictivos / Prácticas de riesgo / Estado de necesidad / Intimidad genética / Diagnósticos genéticos / Modelo médico o modelo familiar / Modelo legal.

Privacy / Complaint of unlawful acts / Risk practices / State of necessity / Genetic privacy / Genetic diagnosis / Medical or family model / Legal model

1. Consideraciones previas

En el entramado de derechos y obligaciones que genera la relación médico-paciente ocupa un lugar especial, por su importancia a la vez que por su complejidad, la tutela del derecho a la intimidad del enfermo; esto es, su derecho a que el conocimiento de sus datos privados se limite a los estrictamente necesarios para la terapia (*vertiente negativa de la intimidad*), así como a que los que lleguen a conocerse se utilicen sólo con los fines y en los ámbitos para los que haya prestado su consentimiento (*vertiente positiva de la intimidad*).

La preocupación por tutelar en este contexto aquel derecho es fácil de explicar teniendo en cuenta, en primer lugar, que los datos relativos a la salud forman parte indiscutida del derecho fundamental a la intimidad, hasta el punto de calificarse como singularmente sensibles, en cuanto que proporcionan una información que, como pocas, permite acceder a la esfera más privada del ser humano: el estado del soporte mismo de su existencia y de su realidad. Es más, en la relación médico-paciente confluyen circunstancias singulares que todavía acentúan más la necesidad de procurar una tutela especial a los datos sanitarios. Baste pensar que, debido a su posición, los profesionales de la medicina tienen una especial facilidad para acceder a los datos del paciente, y se sitúan por tanto, como línea de principio, en "mejores" condiciones para entrometerse en la intimidad de los sujetos que tratan, con el consiguiente riesgo adicional de su revelación posterior. Esta posición de los sanitarios contrasta llamativamente, como si fuera su antítesis, con la singular situación de fragilidad o vulnerabilidad en que a menudo se encuentra quien le hace partícipe de esa información, el enfermo. No puede olvidarse, en efecto, que éste no revela sus datos de salud de forma espontánea, desinteresada o incondicional, sino que lo hace única y exclusivamente motivado por la situación de necesidad en que se encuentra, lo que le lleva a pedir ayuda al profesional sanitario para que diagnostique su estado, le ayude a recuperar su salud o a paliar la enfermedad que padece, algo que sin lugar a dudas despoja a esa comunicación del carácter voluntario que normalmente es propia de la cesión de información personal a terceros en cualquier otro contexto relacional¹.

¹ Sobre esas circunstancias peculiares puede verse GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2003, pp. 19 ss.

Si estos aspectos justifican ya por sí solos la necesidad de dispensar una protección especial a la tutela de la intimidad del paciente, la misma se acentúa teniendo en cuenta los nuevos métodos y formas de atentar contra aquel derecho fundamental. Sus quiebras, en efecto, no provienen ya, o al menos no ya en exclusiva, de los comentarios más o menos indiscretos que pudiera hacer el sanitario sobre los datos de sus pacientes, sino que encuentran su causa no sólo más frecuente, sino sobre todo más preocupante en los nuevos avances propios de la sociedad que nos ha tocado vivir. Entre ellos no solo se cuentan las posibilidades de obtener información por vías que, como la informática, eran por completo ajenas a la atención del legislador decimonónico, y que en la actualidad permiten almacenar información sanitaria mediante métodos como la historia clínica electrónica, la tarjeta sanitaria o la receta electrónica.

También habría de apuntarse entre los factores coadyuvantes el objeto mismo de ese acceso, esto es, la realidad de los datos que se pueden obtener. A ello han contribuido de forma decisiva los nuevos avances de la ciencia, que en la actualidad permiten acceder a un determinado tipo de información que hace unas décadas era simplemente impensable. Es lo que sucede de forma paradigmática con los nuevos descubrimientos de análisis del ADN a partir de la recogida de muestras especialmente fáciles de obtener (un cabello, saliva, fragmentos de uñas, etc.), que proporcionan una ingente información que no sólo sirve para identificar a la persona a la que pertenecen, sino también para recabar datos sobre su individualidad que se adentran en sus aspectos más reservados, entre ellos, los relativos a su estado de salud. Estos avances permiten también conocer las vías por las que se hereda genéticamente la enfermedad o, en general, cualquier peculiaridad genética, por lo que ofrecen también indirectamente información sobre terceras personas familiares del titular de las muestras, extendiéndose así aún más el abanico de datos sobre los que puede producirse un atentado a la intimidad. No es por ello de extrañar que la especial sensibilidad de estos datos haya llevado a algún autor, como Romeo Casabona, a advertir sobre el riesgo de que su difusión convierta al ser humano en un "ciudadano transparente" o de "cristal"².

A la vista de todo lo anterior, nadie debe de extrañarse de que la tutela de la intimidad del paciente esté presente prácticamente en todos

² ROMEO CASABONA, "El tratamiento y la protección de los datos genéticos", en *Gen-Ética*, coord. Mayor Zaragoza y Alonso Védete, Barcelona, 2003, pp. 249 ss.

los textos normativos que, ya sea con carácter general o especial, establecen los límites jurídicos del ejercicio de la actividad sanitaria³ y que, ya en el orden penal, además de la previsión específica de revelación de secretos por los profesionales, se le conceda una tutela reforzada en el art. 197.5 CP.

Lo anterior, esto es el reconocimiento de la singular fragilidad de los datos sanitarios así como la necesidad de su tutela, es, sin embargo, tan sólo el punto de partida del problema más importante y a la vez más complejo que plantea el derecho a la intimidad sobre los datos sanitarios: la delimitación de los casos en que efectivamente deba prevalecer este derecho frente a otros intereses con los que pueda entrar en conflicto. En efecto, el debate hoy día no reside ya en el reconocimiento del derecho a la preservación de los datos sanitarios, algo por completo indiscutido, sino en solucionar los conflictos que a menudo plantea en la práctica médica diaria su colisión con otros intereses. De todos es sabido que ningún derecho prevalece siempre y en todas las condiciones, esto es, con carácter absoluto, sino que su contenido y alcance tiene que analizarse en términos relativos a la luz del ámbito conflictual en el que se plantea. Y desde luego, el derecho fundamental a la intimidad no es una excepción. En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente el propio Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia 37/89, de 15 de febrero, al considerar que la intimidad: "puede ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus expresiones ante exigencias públicas"; o, por sólo citar otra, en la STC 57/1994, de 28 de febrero: "la intimidad puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto".

De hecho, si ya en general puede advertirse la facilidad de que el derecho a la intimidad colisione con otros, esos espacios de conflicto resultan aún más evidentes cuando se contextualizan en el ámbito de la práctica médica. Así lo determinan unas veces los propios condicionamientos fácticos de su ejercicio, en cuanto que su práctica ordinaria no siempre garantiza las condiciones de preservación de la

³ Entre estos últimos, por solo citar alguno más reciente, baste de mención la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. Conforme a su artículo 34.1: "El personal que desempeñe funciones de control del dopaje deberá guardar la confidencialidad y el secreto respecto de los asuntos que conozca por razón de su trabajo; así como en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, (BOE de 4 de julio de 2007) que regula, entre otros aspectos, la confidencialidad de los análisis y datos genéticos (art. 5).

intimidad –baste pensar por ejemplo en que debido a las limitaciones de los recursos hospitalarios a menudo el diagnóstico médico lo recibe el enfermo hospitalizado en presencia de otros pacientes e incluso de los familiares de éstos que le acompañan-, y, otras, razones de funcionalidad en la gestión médica, como lo revela, por ejemplo, la necesidad de consignar el nombre o diagnóstico del enfermo en los distintos documentos de gestión administrativa⁴.

Pero más allá de estos condicionamientos fácticos o determinados por las necesidades mismas de la prestación asistencial, las genuinas limitaciones del deber de secreto profesional están condicionadas por la amplia gama de situaciones en las que la tutela de la intimidad de los datos del paciente puede colisionar con otros derechos e intereses que, en su caso, se consideren de mayor rango: desde la salud de terceras personas a la preservación de intereses sociales, ya sean de salud pública o vinculados a razones de funcionalidad de la Administración en sus más diversas vertientes (penitenciaria, Administración de Justicia, etc.). Lógicamente, estos espacios conflictivos no han pasado por alto al legislador cuando se ha enfrentado a la tarea de regular en distintos ámbitos los perfiles y límites del derecho a la intimidad, hasta el punto de que no resulta difícil encontrar la plasmación de aquellos límites a lo largo de la normativa que con carácter general o sectorial tutela la intimidad de los datos sanitarios.

Así, dejando a un lado las previsiones contenidas en el art. 18 del *Código de Ética y Deontología Médica* de 1999, que enuncia determinadas situaciones en las que puede ceder el deber de secreto, entre las disposiciones normativas puede citarse, por ejemplo, el art. 11 de la *Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, que exceptúa la exigencia general de consentimiento para la comunicación de datos: "cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica", así como la LO 41/2002, que en su art. 16 ya citado hace referencia al uso de la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia. En el ámbito reglamentario,

⁴ Así, por ejemplo, porque no se justifica por la presencia de ese interés prevalente, la Sala 3^a del TS, en la Sentencia de 6 de marzo de 1989 declaró como contraria a Derecho la norma reglamentaria que imponía a los profesionales de la medicina la obligación de que en las facturas y copias se contuviera la descripción de la asistencia médica prestada.

valga de cita el RD 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se constituye la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, que consagra en su art. 33 la obligación de los profesionales de la medicina tanto del sector público como privado de comunicar los casos de diagnóstico del Sida al Registro de Sida de la Comunidad Autónoma, o el RD 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios. Todo ello sin olvidar las limitaciones en ámbitos especiales, como el penitenciario⁵ o el de gestión tributaria⁶, por solo citar otros distintos.

A la vista de lo anterior, tampoco debe nadie extrañarse de que cuando los legisladores civil y penal se hayan enfrentado a la tarea de diseñar los preceptos que sancionen las quebras a la tutela la intimidad hayan incluido en sus respectivas previsiones una cláusula que excepciona su sanción en los casos en que aquella encuentre cabida en cualquiera de las situaciones especiales que permiten puntualmente las distintas normas. Así, en el orden civil la LO 1/1982, de 5 de mayo, siguiendo las previsiones ya recogidas en el CEDH⁷, establece en su art. 8.1 que "no se reputarán, cono carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley". A lo mismo apunta el legislador penal cuando en el art. 199.2 CP condiciona la tipicidad de la conducta del profesional que revele los secretos que haya llegado a conocer en el ejercicio de su actividad al "incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva", cláusula que sin ambages pone de manifiesto que la relevancia típica de la modalidad en cuestión se supedita a la ausencia de circunstancias que la justifiquen por

⁵ El art. 286.5 del Reglamento de 1981, vigente conforme a la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento actual. Por su parte, debe tenerse en cuenta que el art. 7.2 del Reglamento Penitenciario dispone que "También se podrán ceder datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios, sin previo consentimiento del afectado cuando la cesión tenga por destinatarios al Defensor de Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, así como cuando se trate de cesión de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos".

⁶ El art. 37.5 del Reglamento General de Inspección en materia tributaria, RD 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, tras consagrar el deber del profesional de facilitar información fiscal salvo que sea aplicable el secreto profesional, dispone que no se entenderán comprendidos en el mismo la identidad de los clientes y los datos relativos a los honorarios satisfechos como consecuencia de los servicios recibidos.

⁷ Conforme al art. 8.2 del CEDH: "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley".

la preservación de otros intereses superiores instituidos por la normativa correspondiente.

Dado que en estas páginas sería imposible tratar en su totalidad los distintos ámbitos en que puede plantearse la colisión del derecho a la intimidad del paciente con otros derechos o intereses, nos limitaremos al estudio de dos supuestos concretos que comparten entre sí el dato de que el interés que entra en conflicto con el mantenimiento del derecho a la intimidad está representado por evitar que el propio paciente, sus familiares o en general terceras personas sufran una lesión en sus bienes jurídicos fundamentales. En concreto, nos referiremos en primer lugar a la posible quiebra del deber de sigilo para evitar la comisión de un hecho delictivo, y dentro de él, como forma especial, a los casos en que se trata de evitar conductas de riesgo que puedan poner en peligro la vida o salud de terceros (a'.). En segundo lugar nos referiremos a los casos en que la colisión de aquel derecho se produce en el ámbito de la genética, en concreto, a los supuestos en que se plantea la vigencia del deber de secreto frente al interés en preservar la salud de los familiares del paciente que pudieran desarrollar una enfermedad genética (b'.).

2. Los límites de la preservación de la intimidad del paciente frente al deber de evitar la lesión de bienes jurídicos fundamentales de terceras personas. Especial referencia a las situaciones de riesgo

Se tratan en este apartado los casos en que el médico conoce, o al menos sospecha, que el paciente que trata va a lesionar con su conducta bienes jurídicos fundamentales de terceras personas, bien de forma intencional, bien por mera negligencia o incluso con una actitud de indiferencia frente a aquella posibilidad.

Para intentar esquematizar su estructura nos referiremos por separado, en primer lugar, a los supuestos en que se plantean los límites del deber de secreto médico frente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos y, en segundo lugar, en buena medida como un subtipo de los casos en que la denuncia de la comisión de los hechos delictivos se refiera a hechos futuros, a los supuestos en que se trata de evitar que el paciente realice prácticas de riesgo que puedan acabar lesionando bienes jurídicos de terceras personas..

2.1. Los límites del deber del secreto médico en los casos de conocimiento de hechos delictivos

El estudio de este primer grupo de supuestos plantea los límites con que pudiera entenderse justificada la conducta del profesional de la medicina que revelase datos secretos del paciente conocidos en el ejercicio de sus funciones con la finalidad de proceder a la denuncia de un delito.

La complejidad para trazar los presupuestos que justifiquen que el sanitario quiebre la intimidad del paciente, o incluso que le obliguen a denunciar los hechos que llegue a conocer con motivo del ejercicio de su profesión, vienen sin duda propiciadas por la falta de desarrollo legal de las previsiones del art. 24. 2 de la Constitución, conforme al cual "La Ley regulará los casos en que, por razones de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre presuntos hechos delictivos"⁸. Ante la falta de tal desarrollo legislativo expreso, hay que acudir a la normativa que con carácter general se ocupa del deber de denuncia, y, en especial, a las previsiones de la centenaria LECr, de la que, sin embargo, no es posible extraer con claridad conclusiones en torno al régimen de obligaciones o exenciones de los profesionales de la medicina respecto al deber de denuncia.

En efecto, la obligación de denuncia viene consagrada con carácter general en el art. 262 LECr, conforme al cual, "*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 caso, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante*". De dicha obligación dispensa el art. 263 a determinados sujetos, en concreto a los Abogados, Procuradores, eclesiásticos y ministros de cultos disidentes⁹.

Basta una lectura del precepto para advertir las dudas y dificultades que plantea la tarea de delimitar su alcance. Éstas desde luego no se refieren a la inclusión de los médicos entre los profesionales comprendidos en el art. 262 LECr, algo que no se presta a mayor

⁸ Esta declaración viene a excepcionar la obligación consagrada en el art. 118 de la propia Norma Fundamental de colaborar con los Jueces y Tribunales en el curso de un proceso.

⁹ Dispone dicho precepto que "La obligación impuesta en el párrafo primero del anterior artículo no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto a las explicaciones o instrucciones que recibieron de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto a las noticias que se les hubieran revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio".

discusión, sino a su falta de mención entre los sujetos a los que el art. 263 dispensa de la obligación de denuncia. En efecto, si bien este precepto hace referencia a determinados oficios o cargos caracterizados por la especial relación de confianza que quienes lo ejercen mantienen con las personas que en ese contexto le realizan confidencias, omite cualquier referencia a los médicos, respecto a los que sin embargo también está presente sin género de dudas dicha relación de confianza. Por ello, si se siguiera una interpretación estrictamente literal de la norma habría que concluir afirmando que esos profesionales no están exentos del deber de denunciar, con la consecuencia entonces de que la quiebra al secreto médico no sólo podría quedar justificada por los cauces propios de las causas de exclusión de la antijuridicidad, sino que habría de contemplarse como una obligación legal que, por ello, debieran cumplir en todo caso.

Lo cierto es, sin embargo, que aun cuando esa interpretación se deduce de los estrictos términos de la norma, la necesidad de atender a criterios de justicia material ha determinado que no hayan sido escasas las voces que han propuesto interpretar, conforme a criterios teleológicos, que dentro de esa referencia deben incluirse también a los profesionales sanitarios. El principal argumento al respecto suele ser el que apunta a la situación gravemente discriminatoria, por arbitraria, que introduciría ese régimen respecto a otras profesiones liberales, como la abogacía, en la que, mediando la misma relación de confianza entre el profesional y el cliente, la ley expresamente reconoce a estos profesionales la dispensa del deber de declarar. En efecto, si la razón de ser de dicha cláusula no es otra que garantizar el respeto a la confidencialidad de los datos conocidos en función del oficio, no se ven razones para negar que ese mismo fundamento está presente en el ámbito sanitario. Afirmar esa facultad para un grupo de profesionales y negarlo para otro no podría considerarse más que como una solución arbitraria y, por ello, injusta en sus consecuencias.

Todo ello sin desconocer, además, que la pretensión de convertir a los profesionales de la medicina en sujetos obligados a denunciar en todo caso cualquier dato de relevancia para la Administración de Justicia que llegaran a conocer en el ejercicio de sus funciones supondría tanto como atribuirles una tarea que por completo le es ajena y que, si algo hace, es justamente desnaturalizar el vínculo de confianza que les liga con el paciente para reemplazarlo por una suerte de deber de fidelidad hacia el Estado. En este sentido, no sin razón, no han faltado voces denunciado

su conversión en una especie de tentáculos informativos al servicio de la persecución penal¹⁰.

Las consecuencias que se derivan de la interpretación extensiva propuesta no se hacen esperar. Conforme a la misma, en efecto, el contenido de esas previsiones se traduce a la postre en una *habilitación* para que en tales circunstancias los profesionales *puedan optar* por la denuncia frente al mantenimiento de su obligación de guardar secreto. Resultaría de esta forma que si el profesional decidiera hacer uso de esa posibilidad y declarar en el proceso actuaría amparado por el *cumplimiento de un deber*, de tal modo que quedaría exento de responsabilidad penal sin que tuviera sentido, por tanto, recurrir a los cauces de un estado de necesidad¹¹, como sin embargo a veces se ha sostenido en la doctrina¹².

Ahora bien, aun admitiendo dicha interpretación extensiva, entiendo que de inmediato debe advertirse la necesidad de conciliar la misma con el respeto de la voluntad del legislador. Las dificultades pudieran surgir de que en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal la actuación del médico aparece como una pieza o elemento fundamental en la colaboración con la justicia. Así lo pone de relieve en el ámbito de la cooperación judicial, por ejemplo, el art. 355 que dispone que *“Si el hecho criminal que motivare la*

¹⁰ En este sentido afirma por ejemplo SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “Alcance del deber de secreto profesional sanitario ante la Administración de justicia”, en *Revista penal*, enero 2005, p. 139 que “Los profesionales sanitarios pasan, así, de ser ‘confidentes necesarios’ del potencial paciente a ‘confidentes forzosos’ (o a su pesar) de la Administración de Justicia penal...Al proceder así se olvida que no cabe imponer a los profesionales un deber de cooperar en el descubrimiento de delitos precisamente basado en las posibilidades de averiguación inherentes a su condición profesional, cuyo ejercicio presupone el acceso a la intimidad del cliente”.

¹¹ Baste pensar que la apreciación de esa causa de justificación requiere que quien la invoca actúe en una auténtica encrucijada en la que única salida para evitar la lesión de un bien jurídico o el cumplimiento de un deber sea la vulneración de otro. Y, desde luego, si se interpretan las previsiones de la LECr en el sentido de conceder una habilitación al profesional para que en tales casos pueda proceder o no a la denuncia, difícilmente podría decirse que concurra aquella situación de inevitabilidad. Bastará, por el contrario, con que el sujeto haga uso de aquella facultad –legítima– para que actúe conforme a derecho y de esta forma sortee el conflicto sin lesionar ningún bien ni tener que ampararse en los presupuestos del estado de necesidad. Estaremos, en definitiva, simplemente en los límites del ejercicio de una facultad.

¹² Véase por ejemplo OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001 p. 34; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, en *Revista penal*, enero 2005, *ob. cit.*, pp. 142 ss., quien llega a esa solución tras descartar que el conflicto pueda reconducirse al cumplimiento de un deber.

formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieren al herido estarán obligados a dar parte de su estado y adelantos en los periodos que se les señalen, e inmediatamente que ocurra cualquier novedad que merezca ser puesta en conocimiento del Juez instructor”.

La necesidad de conciliar, por un lado, el respeto del papel que sin duda la ley ha querido reservar al médico en cuanto pieza fundamental de colaboración con la Administración de Justicia y, por otro, la necesidad de no introducir sesgos injustificados en el sentido de la dispensa del art. 263, entiendo que obliga a concluir que la interpretación extensiva propuesta para este artículo debe encontrar su límite allí donde se trate de la denuncia de hechos *ya cometidos*, esto es, de los ya realizados en el *pasado*. Baste pensar en el médico que atendiera a una persona que mostrase una serie de lesiones sufridas al intentar subir una tapia para robar en una vivienda o incluso, ya en los delitos contra la vida, en las lesiones que presentase tras una pelea o agresión a otra persona. Bien es verdad que en estos casos el hecho de que la conducta del médico se contemple en términos meramente facultativos puede generar cierta situación de inseguridad en torno a la aptitud que en concreto adoptará y, con ello, despertar como efecto indirecto una sensación de desconfianza del paciente hacia la actividad médica; como cierto es también que, por ello, sería deseable introducir criterios restrictivos que delimitasen los supuestos en que procede su actuación y, en concreto, en nuestro caso, justificaran el ejercicio de su derecho¹³.

Por el contrario, aquel deber de denunciar habrá de entenderse que rige sin excepciones allí donde lo que se trate de impedir sea la comisión de un hecho delictivo futuro. En ellos, como ya pusiera de relieve Muñoz Conde¹⁴, la importancia del interés que se trata de preservar con la

¹³ Tales criterios bien pudieran apuntar a la exigencia de que la denuncia en relación con hechos pasados tratara de evitar la lesión de intereses, no ya respecto a la Administración de Justicia, sino respecto a terceras personas. Sería el caso, por ejemplo, en que con la declaración se tratara de evitar la condena de un inocente al que se le está imputando el delito. De hecho, no puede decirse que las propuestas de interpretación reductoras de este tipo hayan sido ajenas a la doctrina. Es el caso por ejemplo de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Revista penal*, enero 2005, *ob. cit.*, pp. 144 ss., quien propone dichas restricciones tanto en relación con la finalidad que se pretenda conseguir como con la entidad de los bienes en conflicto, restricciones que por lo demás refiere a lo que considera son los cauces de un estado de necesidad que aquí, sin embargo, rechazamos. Como decíamos en el texto, sin negar el sentido y la racionalidad de este tipo de restricciones, lo cierto es que difícilmente pueden sostenerse de *lege lata* mientras no exista una ley que regule y depure los casos en que el médico esté facultado a declarar.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 15 ed., Valencia, 2004, p. 268.

denuncia debe llevar a comprenderla en términos obligatorios, no meramente potestativos¹⁵. De otra forma se desconocería además la necesidad lógica de mantener para estos profesionales lo que ya es exigible para el resto de los ciudadanos con carácter general, puesto que si el deber de denuncia para evitar la comisión de delitos se predica para todos los ciudadanos en términos obligatorios en cuanto manifestación de un deber jurídico de solidaridad¹⁶, no se entendería que cuando están en juego bienes jurídicos importantes, como sin duda son la integridad física e incluso la vida de las personas, la denuncia y, con ella, el impedimento de aquellos resultados quedara al albur de la decisión del médico, esto es, de que potestativamente optase o no por la denuncia.

Ahora bien, sentada esta regla general, de inmediato deben trazarse una serie de límites a la obligación de denuncia que sitúen en sus justos términos su alcance. Porque lo cierto es que ni siquiera respecto a los hechos futuros puede concederse a los profesionales una carta en blanco para que denuncien cualquiera de los que tengan conocimiento, ni tampoco puede decirse que una vez delimitados los casos que deban denunciar, dicho deber les autorice para derogar sin más condiciones el derecho a la intimidad de las personas afectadas. En este orden de ideas entiendo que dicha obligación de denuncia debe mantenerse condicionada al respeto de dos límites que se refieren, respectivamente, a cada uno de los aspectos enunciados, esto es, los hechos futuros a denunciar así como la forma en que con la misma se afecte la intimidad.

En primer lugar, en lo que se refiere a los hechos delictivos futuros que puedan ser denunciados, el primer límite pasa por ceñir dicho deber a los que se adjetiven como dolosos, una restricción que vendría impuesta por la peculiar morfología de los delitos imprudentes. Como es sabido, su injusto no se agota en el desvalor de acción, sino que requiere la producción de un resultado que sólo cuando se verifica permite fundamentar aquél. Si los arts. 262 y 263 LECr se refieren al conocimiento de delitos, la imposibilidad de identificar la mera realización futura de una conducta imprudente con lo que sea un delito imprudente cercena la posibilidad de incluir aquellos en el ámbito de referencia de esas previsiones procesales. Dicho con otras palabras, el conocimiento de la comisión futura de un delito, en la medida que

¹⁵ Véanse las citas doctrinales al respecto en GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 660 ss.

¹⁶ Sobre la implicación de este aspecto en el bien jurídico protegido en el tipo véase por todos MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 956.

supone referirse a un injusto típico, requiere que si no se ha cometido aún exista al menos una intención materializable en el futuro de su comisión, cuando menos en una forma intentada, sin que baste, por no tener aún la condición de delictiva, la mera realización de una conducta contraria a las reglas de cuidado.

En segundo lugar, habrá de exigirse adicionalmente, como por lo demás suele señalarse en la doctrina de forma prácticamente indiscutida, la concurrencia de indicios objetivos suficientes a partir de los cuales fundamentar objetivamente la seria creencia de que el hecho delictivo va a cometerse¹⁷, lo que sin lugar a dudas requerirá atender a las circunstancias que envuelven la confesión y, con ella, a la seriedad de la misma. Es lo que sucederá, por ejemplo, allí donde quien padece una enfermedad transmisible haya comunicado al médico su intención de contagiar a terceras personas o le haya confesado cualquier otra intención delictiva. Entre los ámbitos en que puede plantearse esta situación la práctica psiquiátrica es un buen caldo de cultivo de confesiones de tendencias delictivas por parte de los pacientes, hasta el punto de convertirse en el ámbito paradigmático de los supuestos en que puede tener lugar esa colisión de intereses.

Un ejemplo en este sentido lo ofrece el caso Tarasoff, ocurrido en EEUU¹⁸: El 27 de diciembre de 1969 Prosenjit Poddar mató a Tatiana Tarasoff. El autor era un enfermo mental que dos meses antes había confesado a su psicólogo su intención de hacerlo. Si bien el terapeuta comunicó a la policía la peligrosidad del enfermo, fue puesto en libertad tras la detención. El superior del psicólogo que lo atendió fue acusado por su pasividad, ya que tras ser dejado en libertad por la policía ordenó la destrucción de todas las notas del psicólogo así como que no se tomaran acciones policiales contra el enfermo.

Resulta también de interés la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de Texas, en el caso Thapar (no. 97-1208), M.D v. Lyndall Zezulka, fallado el 18 de noviembre de 1998. El Tribunal absolvió a un psiquiatra que no reveló las confidencias que el paciente le había hecho acerca de la intención de matar a su padraastro, algo que finalmente hizo.

¹⁷ Véase por todos SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada, 1998, pp. 128 ss., así como las referencias doctrinales que hace en la nota 283.

¹⁸ Puede verse un comentario del caso en SÁNCHEZ CARAZO en *La intimidad y el secreto médico*, Madrid, 2000, pp. 34 ss.

Sin embargo el psiquiatra entendió en el momento de la revelación que no existía un riesgo efectivo de que llevara a cabo sus revelaciones. De hecho, anotó en la historia médica, que si bien el paciente sentía deseos de matar a su padrastro, finalmente "había decidido no hacerlo". El Tribunal consideró que aun en el caso de que el psiquiatra hubiera apreciado un riesgo inminente y serio de matar a la persona que le había revelado su voluntad, la vigencia del secreto médico en el estatuto profesional de los psiquiatras determina que fuera potestativo para el profesional proceder o no a la revelación¹⁹.

Digno de mención es también otro caso fallado en Estados Unidos, ahora en el Estado de Georgia. Un jurado condenó a pagar una indemnización a un psicólogo por revelar que un paciente, en concreto un policía, le había confesado que tenía visiones en las que asesinaba a su superior, así como que se suicidaba, no sin antes matar a otras diez personas. El psicólogo, tras consultar con la abogada de la asociación de psicólogos, reveló esos pensamientos a los superiores del policía. El Tribunal consideró que, dado que se trataba sólo de una visión del policía que, como el mismo psicólogo reconoció, estaba lejos de cumplirse, procedía la imposición de una condena por revelación de la información profesional. Ello sobre la base de que el Estatuto de la profesión de Georgia sólo permite la revelación cuando se trata de proteger a menores frente a abusos²⁰.

Como último ejemplo valga el caso fallado por la Corte de Apelación del noveno circuito de Estados Unidos el 22 de agosto de 2003. Se trataba de un paciente con trastorno bipolar que había confesado en reiteradas ocasiones a su psicólogo la seria intención de matar de forma inminente a determinadas personas, entre las que se encontraban dos agentes del FBI, mostrando incluso la lista de las víctimas. Igualmente confesó al psiquiatra que ya había amenazado a algunas de esas personas en los cinco años previos. Pese a que el psiquiatra advirtió al enfermo de que si persistía en su intención tendría la obligación de comunicar el hecho a las autoridades, aquél continuó reiterando sus propósitos así como mostrando de forma evidente la inminencia de sus

¹⁹ "Disclosure of confidential information under any of the state's exceptions is permissive but not mandatory. Imposing a legal duty to warn third parties of patient's threats would conflict with the scheme adopted by the Legislature by making disclosure of such threats mandatory".

²⁰ Véase un comentario de estos dos supuestos en SÁNCHEZ-CARO, *El médico y la intimidad*, Madrid, 2001, pp. 181 ss.

planes. Ello motivó finalmente que el psiquiatra denunciara los hechos a las autoridades. La Corte consideró que en ese caso la conducta del profesional revelando la información y denunciando los hechos había sido correcta, dada la inminencia del peligro²¹. Con todo, debe advertirse que en este caso resultaba especialmente fácil fundamentar la quiebra del deber de confidencialidad, dado que el propio psiquiatra había advertido al paciente de la obligación que tendría de denunciar los hechos si persistía en sus propósitos criminales.

Junto a lo anterior, una tercera limitación por lo que se refiere a la índole de los delitos sobre los que pesa la obligación de denuncia apunta a la necesidad de ceñirla a los que afecten a bienes jurídicos fundamentales, en concreto, la vida, la integridad física y la libertad, comprendiendo la libertad e indemnidad sexual. Este requisito puede fundamentarse sin ambages en la propia exigencia que ya se incorpora al art. 450 CP cuando sanciona el deber de denuncia, precepto en el que, como es sabido, el ámbito típico se limita a los supuestos en que el delito a cometer afecte a esos bienes jurídicos fundamentales. Baste tener presente que si esa restricción rige con carácter general para los ciudadanos, no deben ser otras las exigencias que se impongan al médico que, conforme a cuanto venimos reiteradamente afirmando, en modo alguno puede decirse que ostente una posición de gendarme o que sea una especie de brazo de la Administración de Justicia. Todo ello sin desconocer que si esa obligación se ampliara para los profesionales de la medicina el coste de evitar otros delitos de menor entidad, como los patrimoniales, sería demasiado alto, en cuanto que supondría desvirtuar la confianza de los enfermos en su relación con el médico, un aspecto sobre cuya garantía ya hemos insistido ampliamente a lo largo de las páginas anteriores.

En cuarto lugar, junto a estas limitaciones relativas a los delitos a denunciar, entiendo que también la forma misma de la denuncia debe someterse a determinadas restricciones que la hagan coincidir exactamente con las exigencias impuestas por el cumplimiento de ese deber y, con ello, aseguren la producción de las mínimas quiebras a la

²¹ Sin embargo, pese a admitir esa ruptura de la confidencialidad, dio la razón al apelante al considerar que el testimonio del psiquiatra no debía admitirse en juicio. Véase la opinión en contra del voto particular formulado por el juez Kleinfeld, para quien carecería de sentido admitir esa quiebra en la confidencialidad y no, sin embargo, en el deber de testificar, máxime cuando el psiquiatra advirtió al paciente de que tendría que denunciar los hechos y, con ello, hizo desaparecer la base de la relación de confianza.

intimidad del paciente. Esto quiere decir que los datos que proporcione el profesional mediante su denuncia han de ser los estrictamente necesarios para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes y así evitar la inminente comisión del delito, pero sin que la misma autorice, sin más, revelar cualquier dato que el profesional hubiera llegado a conocer con motivo del ejercicio de sus funciones.

Puede resultar ilustrativo de este límite los hechos saltados a la prensa en marzo de 2005. Se trataba de la presentación de una serie de denuncias conteniendo los nombres, patologías y tratamiento suministrados a una serie de enfermos del hospital Severo Ochoa de Leganés (Madrid) que ponían en conocimiento de determinadas asociaciones de defensa del paciente la administración en los servicios de urgencias de ese Hospital de lo que se calificaban como "dosis excesivas" de calmantes a los enfermos terminales que aceleraban su muerte²². Si bien se trataba de denuncias anónimas, surgió la sospecha acerca de que en las mismas pudieran estar infiltrados algunos médicos que de esta forma proporcionarían los datos de los pacientes. Dejando a un lado lo dudoso del carácter delictivo de dicha práctica, algo que requeriría cuando menos demostrar que la forma en que se administraron esos calmantes excedía efectivamente de las reglas de la *lex artis* así como la falta de consentimiento de los afectados, lo que interesa destacar ahora es que los profesionales al servicio del hospital que quisieran denunciar la realización de prácticas delictivas en el mismo debieron limitarse a poner genéricamente los hechos en conocimiento de las autoridades competentes, de tal forma que fuera una vez presentada la denuncia cuando, a petición del juez, se requiriesen, en su caso, las historias clínicas incluyendo los consiguientes datos de los concretos enfermos afectados.

Concurriendo todos los requisitos anteriores, esto es, tanto los relativos a los hechos objeto de la denuncia como la forma de realizarla, puede hablarse de una auténtica obligación de denunciar, que encontraría además su sanción penal en el art. 450 CP. En efecto, este artículo, tras castigar en el apartado primero a quien sin riesgo propio o ajeno no impida con su actuación la comisión de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual²³, contempla en su apartado

²² Véase por ejemplo la información aparecida en el Diario *El País*, el 16 de marzo de 2005.

²³ "El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o

segundo la conducta de quien "pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia".

Ahora bien, con lo anterior lo único que hemos sostenido es que cuando lo que está en juego es la evitación de un hecho intencional futuro en las condiciones que se han ido delimitando, las previsiones del art. 263 deben entenderse en su términos literales, sin extender la dispensa a los médicos. A partir de ahí las dificultades interpretativas se concentran entonces ya en el genuino ámbito penal; en concreto, a la hora de determinar si cuando el médico denuncia la comisión de un hecho futuro estamos ante el ámbito propio de una colisión de dos deberes u obligaciones penales, cuya solución habría de discurrir conforme a los cauces del estado de necesidad, de tal forma que el profesional estuviera facultado para optar por la lesión de uno u otro bien jurídico (intimidación *versus* deber de denuncia)²⁴, o si, por el contrario, la imposición de aquel deber de denunciar debe interpretarse con tal nota de obligatoriedad que haya de prevalecer siempre frente a la preservación del deber de sigilo o reserva.

La solución se condiciona directamente al valor que se conceda a la cláusula del art. 199.2 que excepciona el ámbito de tutela que dispensa el precepto a los casos en que la revelación se realice "con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva".. Si la misma se entiende, como creo que debe hacerse, en los términos propios de una *norma penal en blanco* que integra su contenido a partir de las disposiciones extrapenales que regulan la actuación del profesional, entre las que sin duda debe incluirse, también, la LECr, habrá de entenderse

salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél".

²⁴ Debe observarse que de ser ese el punto de partida la contemplación relativa de las penas prevista en cada uno de los artículos parece que debiera inclinar siempre la solución a favor del mantenimiento del secreto: mientras el art. 199.2 contempla como marco penal de la pena de prisión un periodo de uno a cuatro años, el art. 450 contempla como pena máxima de prisión la de seis meses a dos años. De esta primera comparación resultaría, por ello, que al legislador le merece mayor respeto el deber de sigilo que la obligación de denuncia.

Por otra parte, basta con remitirnos ahora a la nota siguiente de este trabajo acerca de las razones por las que entendemos que la apreciación, sin más, de un estado de necesidad, sólo permite reconocer la facultad de actuar lesionando el bien de menor rango, pero no instaurar un deber de preservar el interés superior.

que cuando el médico denuncia la comisión de un hecho intencional futuro en cumplimiento de una obligación legal no estaría violando aquel deber de sigilo y, con ello, no realizaría injusto penal alguno por lo que a la revelación de secretos se refiere. Al contrario, el injusto penal únicamente lo cometería si no procediera a la denuncia de los hechos, supuestos entonces en los que tendría que responder por el art. 450 CP. Por ello, debido a la ausencia de una colisión de obligaciones, en estos casos no habría espacio ni para apreciar un estado de necesidad que justificara la lesión del deber aun vigente de guardar silencio, ni para amparar la conducta por el cumplimiento de un deber, expedientes que conceptualmente presuponen la justificación de los hechos que previamente se han calificado como típicos.

De hecho, el carácter obligatorio con que debe contemplarse esa actuación del médico se confirma atendiendo a uno de los ámbitos que en la actualidad goza de una lamentable actualidad: los casos de malos tratos. En ellos, en efecto, late el mismo problema que ahora se trata, en cuanto que está fuera de dudas que cuando se plantea el deber de denuncia del médico por este tipo de delitos su razón de ser no atiende sólo a los hechos pasados, de tal forma que la finalidad de la denuncia fuera simplemente su persecución judicial. También en relación con la denuncia de los mismos está presente sin ambages el interés en evitar en el futuro nuevos episodios de vejaciones o maltratos, incluso la muerte de la víctima, casos en los que la obligación de denuncia del profesional no se contempla en la respectiva normativa con carácter meramente potestativo, a modo de un estado de necesidad que justificara la quiebra del deber de secreto, sino con carácter obligatorio.

En este sentido resulta de interés la cita de los Protocolos de actuación sanitaria ante los casos malos tratos domésticos; en concreto, el aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud²⁵, que dispone que tras las primeras asistencias el médico debe cumplimentar un informe de las lesiones así como de la prestación sanitaria, documento que debe llevar incluido el oficio de remisión al juez de guardia. Ya en el ámbito comunitario, valga de cita el *Protocolo de actuación sanitaria ante los malos tratos domésticos*, elaborado para la Comunidad Autónoma del País Vasco por el Ministerio de Sanidad en colaboración con los Ministerios de Justicia e Interior y con las Sociedades Científicas, dentro del Plan de Acción contra la Violencia Doméstica

²⁵ Ministerio de Sanidad, Madrid, 2000.

1998-2000, que dispone que ante situaciones en las que se constate o sospeche fundadamente la existencia de daños físicos o psíquicos por malos tratos, ha de cumplimentarse el modelo de informe que figura en el protocolo, informe que lleva incluido el oficio de remisión al Juzgado de Guardia; o la *Ley Foral 22/2002 de 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista*, que dispone en su art. 14.3 que en los casos en que "exista constatación o sospecha fundada de datos físicos o psíquicos ocasionados por agresiones o malos tratos, el informe será remitido al Juzgado de Guardia y a la Fiscalía". Valga de cita también las Instrucciones por las que se regula la asistencia sanitaria a mujeres víctimas de malos tratos, aprobada por el Servicio Andaluz de Salud, que dispone que "si en el reconocimiento médico que se efectúe a una mujer, se detecta que las lesiones que se observan han sido provocadas por una agresión y no por cualquier otra causa que se alegue por ella o su acompañante, deberá darse el correspondiente parte al Juzgado". Véase también el *Protocolo de atención sanitaria a mujeres víctimas de malos tratos o agresiones sexuales*, aprobado también por el SAS, que dispone la obligatoriedad de rellenar el correspondiente parte de lesiones; así como el programa integral de detección y abordaje de la violencia doméstica del sistema sanitario público de la Rioja.

2.2. Los límites del deber de secreto médico en situaciones de riesgo

En las páginas anteriores hemos hecho referencia a los límites del deber de secreto en los casos en que el profesional tuviera conocimiento de la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones. Como un subtipo de los supuestos en que se plantea la revelación de datos para evitar hechos delictivos futuros debe hacerse mención al tratamiento de aquéllos en los que la situación que advierta sea una comportamiento de riesgo que pueda eventualmente dar paso a la lesión de la vida o salud de otras personas.

Sin duda, el caso paradigmático es el de las enfermedades contagiosas o transmisibles, de forma singular el Sida, supuestos que pudieran situar al profesional de la medicina en la tesitura de mantener su reserva o, por el contrario, de alertar a las personas que pudieran resultar contagiadas en su relación con el enfermo. Con todo, con ser estos supuestos los mejores exponentes de la problemática, casi ni que decir tiene que no son los únicos imaginables, ya que también en una vasta fenomenología de ámbitos puede surgir un peligro para la vida o salud de las personas de mantenerse el secreto médico. Baste pensar, por

ejemplo, en el caso en que el médico diagnostica a su paciente, un piloto de líneas aéreas, una enfermedad que le produce episodios de crisis de ausencia o, simplemente, la pérdida de las facultades físicas para pilotar. También en cualquiera de estos supuestos la quiebra del deber de secreto podría plantearse en términos de evitar un riesgo para la vida o salud de las personas eventualmente afectadas.

En primer lugar debe observarse que, en cuanto que se trate de conductas meramente imprudentes, si se admite, como aquí lo hemos hecho, que el objeto de la obligación de denunciar sin posibilidad de dispensa conforme al art. 263 LECr son los hechos delictivos futuros que se cometan de forma intencional, los casos que ahora tratamos no podrían reconducirse a las previsiones de dicho artículo para fundamentar una quiebra del deber de sigilo. Es más, en ninguna de las referencias a los delitos que hace el art. 262 ni el 263 LECr podrían entenderse incluidos los imprudentes puesto que su noción requiere la comisión de un injusto que en el caso de los negligentes requeriría la producción de un resultado, una exigencia conceptualmente incompatible con la posibilidad de impedirlos antes de su comisión.

Por ello, por la vía del juego de estas previsiones, no podría hablarse propiamente del cumplimiento de una obligación de denunciar para evitar conductas de riesgo que excluyera el respeto del deber de sigilo o reserva a que hace referencia el art. 199.2, de tal modo que la posibilidad de eximir al médico del deber de obrar requeriría atender a otras previsiones normativas que eventualmente permitieran fundamentar la derogación del mismo. En este sentido, la importancia de los supuestos que se tratan, tanto cualitativa por los bienes jurídicos afectados, como cuantitativa por la frecuencia de su aparición, ha determinado que la normativa que regula la práctica médica no haya permanecido ajena a esta problemática, siendo posible encontrar distintas previsiones al respecto. Dejando a un lado las recogidas en el ámbito internacional²⁶, en el orden interno, junto a otras declaraciones de principios²⁷, debe citarse

²⁶ Entre ellas puede citarse la Recomendación N° R (89), 14, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a los aspectos éticos de la infección por VIH en el cuidado sanitario y en el marco social.

²⁷ Como el Informe del Consejo General de Colegio de Médicos de marzo de 1995 o las Conclusiones del III Congreso Nacional de Comisiones de Deontología Médica, celebrado en Valencia en mayo de 1992, que incorporan el deber del médico de comunicar a la pareja el riesgo de contagio. Véase al respecto DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad 'versus' interés público*, Valencia, 2004, pp. 121 s.

el art. 18.3 del *Código de Ética y Deontología Médica*, que dispone:

“Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites, el médico revelará el secreto en los siguientes casos: si con el silencio se diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas, o un peligro colectivo”.

Ya con carácter positivo, dejando al lado otras previsiones²⁸, es de citar el art. 18.2 de la LO 41/2002 conforme al cual,

“Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”.

Ciertamente de la norma citada no puede extraerse con carácter general y expreso el criterio de la obligación del profesional de comunicar la enfermedad, ya que tan solo menciona el caso concreto del fallecimiento de la persona y además, al menos de su lectura, parece deducirse que en estos supuestos el acceso tiene lugar a petición del interesado, sin que se realice *motu proprio* por el médico, quien simplemente estará obligado a posibilitar dicho acceso. No obstante, sería posible interpretar que el valor integrador que en la exégesis de las normas sanitarias debe otorgarse a las declaraciones deontológicas

Deben citarse igualmente las recomendaciones dirigidas a evitar el riesgo de contagio del médico al paciente. En este sentido son de destacar las *Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y otros virus transmisibles por sangre, Virus de la Hepatitis B (VHB) y Virus de la Hepatitis C (VHC)*, del Ministerio de Sanidad y Consumo, marzo de 1998, donde se contemplan tanto los casos en que procedería la prueba, el deber de comunicación, así como las consecuencias en orden al ejercicio de la profesión.

²⁸ Si bien ahora en relación con las autoridades sanitarias, puede citarse la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que dispone en el art. 3: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos, y del medio ambiente inmediato, así como de las personas que se consideren necesarias en caso de riesgos de carácter transmisible”.

permitiría comprender la cláusula de forma extensiva y alcanzar a todos los casos en que se plantee el riesgo, incluyendo también el deber del médico de tomar la iniciativa para que esos terceros tengan acceso a los datos médicos que son imprescindibles para la salvaguarda de su salud²⁹. Con todo, hay que reconocer, una vez más, que nos encontramos ante una dificultad interpretativa propiciada por la ausencia en nuestro Derecho de una normativa que con carácter general y unitario contemple la regulación del secreto profesional y de la que sin ambages pudieran extraerse las excepciones, potestativas u obligatorias, al deber de sigilo. Mientras no contemos con ella, la labor de intérprete habrá de seguir guiándose por la necesidad de dotar de la forma más coherente y razonable posible de contenido a las normas de las que puntualmente puede extraerse su régimen.

Si se admite lo anterior, esto es, que con las condiciones que precisaremos más adelante el médico no sólo está facultado sino obligado a comunicar el peligro, se despejan las dudas en torno al tratamiento penal de la eventual quiebra en tales casos del deber de sigilo. Porque, conforme a la comprensión que sostenemos del art. 199.2 como una norma penal en blanco que requiere integrarse por leyes extrapenales, habrá de admitirse que, allí donde concurren los presupuestos de esas disposiciones, no podrá hablarse del incumplimiento de la obligación de sigilo que requiere el tipo; al contrario, la obligación será entonces la de denunciar.

Con todo, según entiendo, para que pueda afirmarse que el médico no incumple su obligación de sigilo o reserva habrá de comprobarse, conforme a la filosofía de aquellas previsiones, que la denuncia es realmente el último recurso para impedir el resultado, algo que requiere tener presentes distintos extremos que contribuyan a depurar sus presupuestos conforme a una interpretación restrictiva³⁰.

²⁹ Debe advertirse que en la doctrina no existe unanimidad acerca del valor que deba concederse a las previsiones deontológicas a efectos de integrar el deber de sigilo de la norma penal, existiendo algunos autores que se muestran partidarios de excluirlas. Es el caso, por ejemplo, de ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, 2004, p. 200. Debe observarse, con todo, que lo que se propone en estas líneas no es convertirlas directamente en referente que acote el deber de sigilo del médico, sino tan sólo de concederles un valor interpretativo de las previsiones positivas.

³⁰ En la misma línea de interpretar de forma restrictiva los casos que pudieran justificar el deber de denuncia del médico véase por ejemplo DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad 'versus' interés público*, ob. cit., pp. 121 ss.

En primer lugar, porque son imaginables casos en los que el diagnóstico de una enfermedad transmisible planteara el peligro abstracto de su contagio a cualquier persona que genéricamente pudiera entrar en contacto con el enfermo. En relación con el Sida, es lo que sucedería respecto al riesgo de que cualquier tercero que pueda realizar determinadas prácticas de riesgo con el agente pudiera resultar infectado. Como ya fundamentaba en otro lugar³¹, no podría valorarse sino como inadmisibles, por desproporcionada, la pretensión de plantear siquiera un conflicto de deberes entre el respeto del secreto y el supuesto deber de alerta genérica a las terceras personas que pudieran entrar en relación con el enfermo. Tal obligación sólo podría fundamentarse desde el absurdo presupuesto de asignar al médico una especie de función de *gendarme* obligado a alertar a cualquiera de la enfermedad que ha detectado. Sobre lo improcedente, por irracional, de esta pretensión no creo que haga falta insistir. Es más, como también entonces sostenía, ni siquiera podría fundamentarse la obligación de exigir al profesional un deber de asegurarse de que el paciente adopte las medidas oportunas tendentes a evitar el contagio, en cuanto que de nuevo esa pretensión desbordaría los parámetros de racionalidad de lo que es exigible al médico, llevando las exigencias de su práctica a deberes realmente disparatados no sólo por su inexigibilidad sino también por su impracticabilidad misma³². Por ello, el presupuesto para comenzar a hablar siquiera de una colisión de deberes en el ámbito que nos ocupa es que resulte identificable una persona o grupo de personas como afectadas de forma directa y concreta por el riesgo de que se trate, de tal manera que pueda hablarse de posibles daños a terceros identificables, y no meramente con carácter general³³.

En segundo lugar, para que surja la obligación del médico de actuar el presupuesto indispensable es que existan indicios suficientes para sospechar que no bastará la mera advertencia al enfermo de los riesgos para que éste adopte las medidas necesarias, ya que de otra forma no habría lugar a la adopción de medidas "extras" por parte del médico. Baste pensar, por ejemplo, en el caso paradigmático en el que se diagnostique el padecimiento del Sida a un paciente, con el consiguiente

³¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 662 ss.

³² SOLA RECHE, "Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente", en *Derecho y Salud*, 1995, p. 87.

³³ HEITZMANN HERNÁNDEZ, *El secreto médico: actitudes y toma de decisiones en la práctica clínica*, Madrid, 1999, p. 124, donde enuncia las condiciones necesarias para que pueda fundamentarse un deber de actuar.

riesgo de transmisión a su pareja si no adopta las precauciones adecuadas. La necesidad de seguir manteniendo la confianza acerca de la actitud cuidadosa y responsable que adoptará el paciente, así como la improcedencia de desplazar la misma por una actitud exacerbadamente paternalista por parte del médico determina la imposibilidad de fundamentar en tales casos la situación de riesgo de que parte la normativa referida como presupuesto de las medidas preventivas del médico. Por otra parte, no puede olvidarse que, como sostenía en otro lugar a propósito del Sida³⁴, la adopción de dichas medidas de protección actualizan los parámetros de permisibilidad social de las conductas de riesgo, de tal modo que su práctica en estas condiciones no habría de contemplarse sino como una forma de *riesgo permitido* que, por ello, no podría dar paso a fundamentar ningún deber de actuación para impedirlo.

La fenomenología de los casos que quedan comprendidos en dichas previsiones habría de limitarse, por tanto, a aquellos en que, o bien el paciente mostrara una actitud contraria a la adopción de cualquier medida preventiva del riesgo o bien las que él de *motu proprio* pudiera adoptar no fueran suficientes para evitar el peligro. En relación con el ejemplo del riesgo de transmisión Sida, imaginemos el caso en el que la persona a la que se le diagnostica la enfermedad fuera un profesional que puede entrar fácilmente en contacto con la sangre de los pacientes y que, pese a ello, prefiriese no adoptar medidas de protección para evitar que los compañeros de hospital adviertan su estado de salud o incluso que los pacientes pudieran conocerlo. Por continuar con los ejemplos, otro tanto habría de decirse en el caso del piloto de líneas aéreas que pese a que se le hubiera diagnosticado una enfermedad que le inhabilitase para volar, prefiriese asumir la situación de riesgo para seguir en activo.

Esta comprensión restrictiva de los supuestos que fundamenten el deber de actuar del médico permite además seguir manteniendo la relación de confianza respecto a los profesionales de la medicina, en cuanto que, como se ha destacado en la doctrina, "rupturas limitadas y cuidadosas de la confidencialidad, pongamos por caso, informar sólo a los compañeros sexuales o a los que comparten jeringas que están expuestos a un riesgo razonable, no va a disuadir a la gente de solicitar pruebas y atención médica. Seguirán solicitando pruebas si se les informa

³⁴ GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998., pp. 191 ss.

de que sólo se romperá la confidencialidad en condiciones estrictamente limitadas y, en este caso, únicamente a personas identificables en riesgo de daño grave"³⁵.

Junto a las exigencias anteriores, la delimitación del deber del profesional está necesitada de una ulterior precisión relativa ahora a los bienes jurídicos que pueden entrar en conflicto con el mantenimiento del secreto profesional. La necesidad de ceñirlo a los supuestos más graves que pudieran demandar la intervención del profesional revelando la situación entiendo que determina que sean sólo los bienes estrictamente *personales* los que puedan legitimar la actuación del profesional sanitario, básicamente, la vida y la salud³⁶, y ya dentro de estos habría que dejar al margen, a su vez, los casos en que la posible lesión fuera en relación con estadios previos de lo que luego será la vida e integridad física. Estoy pensando, por ejemplo, en la imposibilidad de fundamentar la quiebra del deber de secreto médico para salvaguardar un interés tal como impedir la concepción de un ser que eventualmente pudiera heredar la enfermedad de que se trate³⁷. En tanto que la afectación de aquellos bienes jurídicos sería todavía demasiado remota, habría de descartarse la posibilidad siquiera de plantear un conflicto de intereses con el mantenimiento del deber de secreto. No puede desconocerse, por otra parte, que la decisión de engendrar un ser en tales circunstancias sigue perteneciendo a los progenitores, sin que el Estado pueda adoptar al respecto una actitud propia de un paternalismo fuerte que llevara a legitimar medidas para impedir la concepción ni para obligar al aborto. Por ello, en tanto aquéllos actúen con el conocimiento del riesgo de que el futuro ser padezca la enfermedad, estaría fuera de lugar la comunicación de esa circunstancia a cualquier instancia.

Por otra parte, al igual que sosteníamos en el apartado anterior en relación con la obligación de denuncia de hechos delictivos, también los concretos datos que el médico ponga en conocimiento de las autoridades competentes habrán de entenderse de forma restrictiva. Esto quiere decir que el reconocimiento de este deber del profesional no puede suponer

³⁵ BEUCHAMP/CHILDRESS, *Principios de ética médica*, Barcelona, 1999, pp. 408 ss., p. 412.

³⁶ Si bien son imaginables otros bienes, como la libertad, dado que su lesión presupone un ataque doloso, nos encontraríamos entonces ante un supuesto de impedir la comisión de delitos a los que nos referíamos en las consideraciones relativas al deber de denuncia.

³⁷ Véase en este sentido BEUCHAMP/CHILDRESS, *Principios de ética biomédica*, ob. cit., pp. 397 ss.

una autorización en blanco para revelar cualquier dato del paciente, sino tan sólo de aquellos que sean estrictamente necesarios para evitar la situación de riesgo. Todo ello con independencia de que, como también destacábamos en el apartado anterior, la autoridad judicial pueda recabar posteriormente más datos relativos al paciente o incluso la historia clínica del mismo.

Hasta aquí las razones para entender que cuando, concurriendo las circunstancias anteriores, el médico revelase información de un paciente, no estaría quebrantando su deber de secreto. Cuestión distinta, en cuanto que representa el reverso de la anterior, será la relativa al tratamiento de los casos en que el profesional, pese a la concurrencia de aquellas circunstancias, no denunciara los hechos, ya sea por su propia decisión o meramente por dejadez.

Según entiendo, tampoco ahora podría derivarse responsabilidad penal para el médico que no actuara, debiéndose remitir su sanción, todo lo más, al orden disciplinario. Baste pensar que las dos posibles clasificaciones imaginables serían, por un lado, el art. 450 CP; por otro, los respectivos resultados imprudentes que llegaran a cometerse (lesiones o incluso la muerte). La exclusión de su responsabilidad por estos resultados me parece a todas luces evidente si se tiene en cuenta que el médico no puede contemplarse como garante en tales casos. Como ya sostenía en otro lugar, esa pretensión sólo sería posible admitiendo una comprensión de los límites de la posición de garantía en términos tan amplios que se desbordaría cualquier pretensión de racionalidad, en cuanto que se convertiría al profesional en una suerte de garante social obligado a evitar cualquier peligro para los miembros de la comunidad³⁸.

³⁸ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 663 ss. Como allí sostenía, la imposibilidad de predicar la posición de garantía del médico de una forma genérica respecto a cualquier persona que pudiera resultar puesta en peligro en su vida o salud, determina la improcedencia de hacerle responder por los resultados de muerte o lesiones que llegaran a producirse.

La conversión del profesional en garante obligado a denunciar la comisión de los delitos que cometiera su cliente requeriría la existencia de una previsión legal que expresamente consagrara su deber. A título de ejemplo, es lo que sucede en un ámbito distinto con las previsiones contenidas en la Directiva 201/97 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001, que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, que prevé la obligación de los abogados, junto a otros profesionales, de comunicar cualquier hecho que pueda ser indicio de la comisión de un delito de blanqueo de dinero. La transposición de esta Directiva dio paso a la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre

Por otra parte, tampoco podría fundamentarse su responsabilidad por el art. 450, puesto que si el deber de denuncia de este artículo se interpreta, como creo que debe hacerse, referido a la denuncia de hechos dolosos³⁹, la mayoría de los casos que ahora nos ocupan quedarían fuera de su ámbito de aplicación. Sin ser este el lugar para entrar en el estudio del art. 450 baste argumentar al respecto que, además de consideraciones de orden político-criminal, en contra de la inclusión de los delitos imprudentes entre los que fundamentan el deber de denuncia, hablarían argumentos relacionados con su peculiar morfología que, como es sabido, requiere la producción de un resultado. Eso determina que la inclusión de los comportamientos imprudentes entre los que deben denunciarse conforme al art. 450 sólo sería posible a partir de la confusión entre lo que sea la evitación de una conducta que infringe una norma de cuidado y un delito imprudente. No creo que haga falta insistir en que se trata de dos cosas distintas cuyos conceptos, por tanto, no resultan intercambiables.

3. Los límites del deber de secreto médico en los casos de diagnósticos genéticos

3.1. Consideraciones generales

Conforme a la Recomendación 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*, por datos genéticos se entienden "todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados", así como "todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud

determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales. Sólo si en relación con los profesionales de la medicina existiera una previsión normativa expresa que instituyera su deber de denuncia ante la comisión de futuros delitos, podría fundamentarse la posición de garantía del médico como presupuesto de su posible responsabilidad en comisión por omisión.

Por ello, en el ámbito sanitario, sólo en supuestos excepcionales podría fundamentarse la responsabilidad del médico conforme a un delito de lesiones u homicidio. Son los casos en que pudiera apreciarse la posición de garantía del médico como sucedería, por ejemplo, cuando atendiera a otras personas de la misma familia que justamente le demandasen información sobre las vías de evitar el contagio de una enfermedad, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., pp. 453 ss.

³⁹ Véase por SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, ob. cit., pp. 122 ss.

o la enfermedad, ya se presente con características identificables o no”, una definición a la que, como advierten algunos autores como Sánchez Caro/Abelán, habrán de añadirse los datos proteómicos así como las muestras biológicas que provienen de los mismos conforme a la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, de 16 de octubre de 2003, de la UNESCO, aprobada por la XXIX Comisión de la Conferencia General de la UNESCO en París el 11 de noviembre de 1997, y por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1998⁴⁰.

Las posibilidades que en la actualidad ofrece la ciencia para obtener y almacenar este tipo de datos abre un nuevo frente de posibles ataques en el derecho a la intimidad, no siendo por ello de extrañar que el reconocimiento de la especial sensibilidad de estos datos esté presente en los distintos textos internacionales⁴¹ y nacionales⁴² que se ocupan de dispensar una protección especial para el tratamiento de los datos genéticos, así como que se haya llegado a proponer, incluso, que se articule una protección intensificada de los mismos cuya culminación sería la creación de *comités* que actuaran más allá de la iniciativa propia que eventualmente pudiera adoptar la persona afectada⁴³, así como la

⁴⁰ SÁNCHEZ-CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y España*, Granada, 2004, p. 104.

⁴¹ En este sentido debe citarse el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, la Declaración Internacional sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada por aclamación el 11 de noviembre de 1997 en la Conferencia General de la UNESCO, la Declaración internacional sobre datos genéticos, aprobada por aclamación en la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003, así como la Declaración Internacional de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por aclamación en la Conferencia General de la UNESCO de 19 de octubre de 2005. También deben citarse las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre privacidad genética y no discriminación 2001/39, de 26 de julio de 2001, y la 2003/232, de 22 de julio de 2003.

⁴² Aun cuando todavía no se trata de una ley en vigor es importante mencionar la ya citada Ley de Investigación Biomédica, que regula, entre otros aspectos, la confidencialidad de los análisis y datos genéticos. Conforme a su art. 51.1, “El personal que acceda a los datos genéticos en el ejercicio de sus funciones quedará sujeto al deber de secreto de forma permanente. Sólo con el consentimiento expreso y escrito de la persona de quien proceden se podrán revelar datos genéticos de carácter personal”.

⁴³ Véase por ejemplo RUIZ MIGUEL: “Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación”, en *Genética y Derecho. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho judicial*, Madrid, 2001, pp. 35 ss. Este autor considera que hay que ampliar la protección con técnicas preventivas que operen antes de que se produzca la violación del derecho, por lo que identifica una dimensión objetiva que se traduciría en el reconocimiento de la relevancia de su protección como algo dañino no

intensificación de los medios de su protección en los distintos órdenes imaginables, como pueda ser el procedimental⁴⁴.

Esta preocupación en absoluto resulta exagerada teniendo en cuenta que, además de compartir con el resto de los datos relativos a la salud la característica de referirse a la información que se ha dado en calificar como sensible, por sus propias peculiaridades tiene un singular potencial para atentar contra ese derecho fundamental. Baste pensar que se trata de datos que contienen una información que, además de otros caracteres, posee las notas de ser predictiva y generacional, con lo que su acceso o revelación afecta a la vida futura del titular así como a la de los miembros de su familia⁴⁵.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la facilidad para vulnerar este derecho es especialmente grande, ya que a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con la obtención de otros datos relativos al estado de salud la persona en los que se necesita una intervención de cierta entidad sobre la misma (por ejemplo, una prueba de analítica sanguínea), cuando se trata de obtener datos genéticos es suficiente con la recogida de muestras que a veces resulta imposible que el sujeto se asegure de

sólo para el titular, sino rechazable para la comunidad. Ello se plasmaría en órganos y procedimientos que operan en defensa del derecho independientemente de que el titular actúe, entre los que habría de incluir como línea de principio los Comités de Ética. No obstante, considera que la protección que brindarían sería insuficiente ya que no tienen carácter vinculante y carecen de poderes inspectores o sancionadores, por lo que propone crear un órgano de caracteres similares a la Agencia de Protección de Datos en materia informática que, según el autor, bien pudiera denominarse “Comisión Nacional de Protección del Genoma humano”.

⁴⁴ En este orden de ideas véase RUIZ DE MIGUEL, en *Genética y Derecho*, ob. cit., pp. 36 s., quien propone trasladar a este ámbito las garantías establecidas para el respeto del secreto de las comunicaciones por la Sentencia del TEDH (Kulin y Huvig, serie A 176-A, y 176-B, de 24 de abril de 1990). Aplicado analógicamente, habría que exigir que todo análisis genético no consentido presuponga una intervención judicial en la que se precise qué individuo y qué datos genéticos se pretenden conocer, la naturaleza de los hechos que puedan hacer exigible el análisis; quién debe efectuar el análisis y cómo; el procedimiento de transcripción de los resultados; las precauciones para conservar intactas y completas las muestras (para facilitar el control del juez y, en su caso, la defensa); los casos en que pueden o deben ser hechos desaparecer los análisis efectuados; así como la indicación, en definitiva, del modo de control judicial.

⁴⁵ A la especial vulnerabilidad de los datos que ofrece la información genética contribuyen también otros factores, como los que apuntan a su dificultad para evitar la identificación del titular cuando se trata de la información con finalidades científicas. Véase al respecto por ejemplo MALEM SEÑA, en “Privacidad y mapa genético”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995, p. 142. Sobre estos aspectos véase también NIELSEN,, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, ob. cit., pp. 65 ss.

preservar por completo. No hay mejor prueba al respecto que la extraordinaria facilidad para acceder a esos datos mediante la recogida de un cabello o de los restos de saliva que queden en un vaso o en un cigarrillo. Todo ello sin olvidar, además, el círculo de sujetos que pueden resultar afectados, en cuanto que a través de los datos genéticos no sólo puede obtenerse información relativa a las personas ya nacidas, sino también de las que están en proceso de gestación y aun por nacer⁴⁶.

Bien es verdad que aun reconociendo la especial sensibilidad de los datos genéticos y su capacidad para lesionar el derecho fundamental a la *intimidad*⁴⁷, entre los datos contenidos en la información que proporciona el conocimiento del ADN es posible distinguir dos tipos que afectan con desigual intensidad a aquel derecho: por un lado, la llamada *codificante*, que incorpora información sobre las características biológicas de cada individuo; por otro la conocida como *no codificante* que, si bien no identifica genéticamente al individuo, aporta información individual sobre el mismo⁴⁸. Se habla metafóricamente de una especie de "*código de barras*", que si bien no revela aspectos de la personalidad ni la posible existencia de enfermedades presentes o futuras, ofrece datos precisos para su identificación. Pese a la menor injerencia en el individuo del análisis del llamado ADN no codificante, lo cierto es, sin embargo, que al aportar datos personales influye igualmente en la intimidad de la persona. Y no sólo si se tiene en cuenta que, como señalan no pocos autores, no puede descartarse que en un futuro se llegue a conocer también a través de los mismos información genética⁴⁹, sino también porque, como afirma Romeo Casabona, "esos análisis aportan alguna información relativa al sujeto analizado respecto a ciertos perfiles o rasgos biológicos (el perfil del ADN), en sí mismos irrelevantes pero que pueden ser significativos si se ponen en relación con otros datos

⁴⁶ Sobre esta posibilidad véase por ejemplo ESCOBAR PACHECHO, "Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos", en *Genética Humana y derecho a la intimidad*, México, 1995, pp. 83 ss.

⁴⁷ Véase al respecto, por ejemplo DE MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad 'versus' interés público*, ob. cit., pp. 178 ss.

⁴⁸ Véase al respecto, por ejemplo LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995, p. 48; ALONSO ALONSO, "El ADN en la investigación penal y civil", en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 6, 1999, pp. 274 ss; ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, 2000, pp. 9 ss; LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, *El ADN en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, ob. cit., pp. 48 ss.

⁴⁹ ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, ob. cit., p. 197.

referentes a sucesos o circunstancias vinculados con aquél, por lo que entonces puede verse afectada su privacidad, en el sentido que suele utilizarse en relación con los datos de carácter personal y con la llamada 'teoría del mosaico', es decir, entrecruzamiento de datos que aisladamente considerados no aportan información personal e íntima significativa, pero sí conjuntamente"⁵⁰.

Por ello, en cualquiera de estos casos el bien jurídico que en primera línea está en juego en la recogida y almacenamiento de datos genéticos es el derecho fundamental a la intimidad, que por su especial morfología se ha dado en adjetivar como *genética*. Por tal debe entenderse, conforme a la definición que propusiera Ruiz De Miguel, "el derecho a determinar las condiciones de acceso a la información genética"⁵¹, y cuyo titular habrá de considerarse al ser humano al que se refieran los datos, con independencia de la fase de la vida –incluso inicial– en que se encuentre.

Al igual que sucede en general con el derecho a la intimidad, del que, insistamos una vez más, el conocimiento y revelación de los datos genéticos no es más que una faceta, debe distinguirse entre una vertiente *negativa*, como exclusión absoluta de los terceros al acceso a los datos genéticos, y otra *positiva*, como control del destino de la información genética, que se traduce igualmente en la garantía del libre desarrollo de la personalidad del individuo⁵².

En cuanto a lo primero se refiere, a su vertiente *negativa* o referida a la recogida de las muestras a partir de las cuales se obtiene

⁵⁰ ROMEO CASABONA, "Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia", en *La prueba del ADN en medicina forense*, Barcelona, 1999, p. 9.

⁵¹ RUIZ MIGUEL, "La nueva frontera del derecho a la intimidad: genética y dignidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2001, p. 150. El trabajo puede consultarse también en la pina web <http://www.web.usc.es>; véase también el mismo en "Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación", en *Genética y Derecho, Estudios de Derecho Judicial*, ob. cit., pp. 31 ss. Como señala el autor en esta obra, sería posible igualmente distinguir en el derecho a la intimidad genética los aspectos objetivos y subjetivos: "el elemento objetivo del derecho a la intimidad genética lo constituye el genoma en última instancia y, por derivación, cualquier tejido o parte del cuerpo humano en el que se encuentre esa información genética" (p. 32). Por su parte, el aspecto subjetivo vendría representado por la voluntad del sujeto de determinar quién y en qué condiciones puede acceder a la información sobre su genoma. (p. 33).

⁵² SEOANE RODRÍGUEZ, "De la intimidad genética al derecho a la protección de los datos genéticos. La protección fundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre), Parte I, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, números 16 y 17, 2002, p. 149.

posteriormente la información, debe observarse que las razones que motiven la recogida y almacenamiento de tales datos pueden ser muy diversas, y desde luego los usos o finalidades que con la misma se pretenden, no siempre pueden adjetivarse como legítimos. Así, si bien es verdad que la recogida y toma de los datos genéticos responde a veces a un interés justificado, por preponderante, como puede ser su incorporación a las registros de ADN existente en algunos países con fines de investigación judicial⁵³, otras veces su uso se desliga de esos fines de mayor calado que pudieran justificarlo para representar exclusivamente atentados a la intimidad de la persona que, además, pueden causarle un perjuicio ulterior. Baste pensar en los casos en que el conocimiento de los datos genéticos de un individuo se utilice con fines discriminatorios⁵⁴, ya sea en el ámbito laboral o a la hora de contratar un seguro⁵⁵.

Dejando a un lado la fenomenología de casos en que pudiera producirse un ataque a la vertiente negativa de la intimidad genética, lo que interesa destacar es que, por sus características mismas, difícilmente va a resultar afectada la que se ha dado en llamar *intimidad corporal*. En primer lugar, porque debido a los caracteres de los métodos a partir de los cuales se realiza usualmente el análisis genético, sólo en casos realmente excepcionales va a plantearse su implicación con aquella vertiente de la intimidad. Baste pensar que dado que el ADN es idéntico en todas las partes del cuerpo, es posible obtener muestras mediante procedimientos que en ningún caso suponen esa invasión sobre el sujeto al que pertenecen, como, por ejemplo, la toma de restos de saliva

⁵³ Véase al respecto, por ejemplo, HERRERA BRAVO, "Los registros de ADN y los derechos constitucionales, ¿cómo esquivar sin despellejar?", 2002, <http://www.alfaredi.org/upload/revista>, última visita junio 2005. Sobre los problemas de tales registros véase también, por ejemplo ALONSO ALONSO, "El ADN en la investigación penal y civil", en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 6, 1999 pp. 279 ss; CASALLO LÓPEZ, "Aspectos del tratamiento automatizado del código genético", en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1999, pp. 285 ss; MORA SÁNCHEZ, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Fundación BBVA, Madrid-Bilbao, 2001, pp. 267 ss. En relación con la tendencia expansiva que se refleja en algunos ordenamientos, como el francés, véase de forma crítica ETXEBERRIA GURIDI, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, enero-junio, 2004, pp. 107 ss.

⁵⁴ Esta preocupación está presente en buena parte de los Textos que regulan la información genética, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el Convenio de Oviedo sobre la protección de los Derechos Humanos y la Biomedicina.

⁵⁵ Respecto al conflicto que se plantea en este último ámbito, véase por ejemplo YANES, "Seguro de personas e información genética (I) y (II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995, pp. 167 ss.

dejadas en un vaso⁵⁶. En segundo lugar, y esto es sin duda lo más importante, porque aun cuando la recogida de muestras tuviera lugar por procedimientos que supusieran esa invasión, por ejemplo, un análisis de sangre, la interpretación realmente restrictiva que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional acerca de aquél derecho, conforme a la cual el mismo sólo puede considerarse vulnerado cuando por el lugar del cuerpo del que pretendan extraerse las muestras se vea afectado el sentimiento de pudor, determina que difícilmente vaya a ser ese el caso en el ámbito que nos ocupa⁵⁷. Por ello, lo que va a estar en juego cuando se acceda a la información genética sin consentimiento del titular es la vertiente de la intimidad que no apunta a los métodos, sino al contenido de la información que finalmente se obtiene, en lo que aquí interesa los datos genéticos.

No está de más recordar al respecto que el contenido de esos datos no solo puede afectar a la intimidad del sujeto sometido a la práctica analítica, sino también a terceros, en concreto a sus familiares. Es lo que sucedería, por ejemplo, cuando con la prueba trate de descubrirse una mutación genética capaz de dar paso a una enfermedad grave que sea compartida por todos los miembros de una misma familia, aun cuando con un índice de probabilidad distinto dependiendo del grado de parentesco. No cabe duda de que en estos casos ni siquiera llega a realizarse una prueba directa sobre esos familiares y, sin embargo, lo cierto es que los mismos también pueden ver afectada por esta vía su derecho a la intimidad genética en su vertiente negativa. Aun cuando de todo esto tendremos ocasión de ocuparnos en el apartado relativo al

⁵⁶ Véase al respecto CHOCLÁN MONTALVO, "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de los delitos contra la libertad sexual", en *La Ley*, 1994, p. 819; GUILLÉN/PESTONI/CARRACEDO, "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1998, pp. 147 ss; GIL HERNÁNDEZ, "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", en *Actualidad Penal*, 1996, margs. 882 ss.

⁵⁷ No obstante algún autor ha propuesto una interpretación amplia del concepto de intimidad corporal que fuera capaz de comprender los análisis genéticos. Es el caso de RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, ob. cit., pp. 107 s: "El derecho a la intimidad genética en cuanto protección frente a manipulaciones no consentidas sobre el código genético propio, podría quedar salvaguardado si se entiende que el derecho a la intimidad corporal no sólo debe concebirse culturalmente (como protección del pudor), sino también físicamente, en sentido amplio, lo que permitiría incluir la protección del código genético. En efecto, una indagación del patrimonio genético de la persona puede obtenerse mediante el examen de cualquier parte del cuerpo. De ahí que esa intimidad personal derivada del derecho constitucional a la intimidad, pueda ser punto de partida para la protección de la intimidad genética".

conocimiento y revelación de datos genéticos como medio de preservar la salud de los familiares (b'2), baste apuntar por ahora que uno de los principales problemas en el tratamiento de estos casos viene determinado por el hecho de que aquellos, por compartir la información genética, en cierta medida pueden considerarse también titulares de los datos relativos a la persona que se somete a la prueba, al menos, entendido en términos amplios como una suerte de titularidad familiar de los datos, con lo que pudiera plantearse el valor que deba darse a su negativa a que se practiquen las pruebas.

Por otra parte, por lo que se refiere a la vertiente *positiva* de la intimidad genética, baste de momento llamar la atención acerca de que a veces confluyen en ella distintos intereses que no encuentra parangón en otros ámbitos en los que se plantea la colisión de otros intereses con la vertiente positiva de la intimidad, lo que a menudo convierte aún en más complicada la resolución de conflicto entre el respecto de la intimidad genética y la cesión de los datos a terceros. Es lo que sucede cuando se trata de preservar la salud de los familiares, casos en los que hay que ponderar una multitud de aspectos que incluso hacen difícil afirmar que el destinatario de la información resulte por completo beneficiado por la revelación. No hay mejor ejemplo de ello que los casos en que se trate de alertar a los familiares del riesgo de que en el futuro padezcan una enfermedad grave, un conocimiento que puede generarles un estado de angustia que les hubiera llevado a preferir permanecer ignorantes del riesgo. De esta fenomenología de casos tendremos ocasión de ocuparnos en las consideraciones que siguen..

3.2. *El conocimiento y revelación de datos genéticos como medio de preservar la salud de los familiares*

Entre los supuestos en que la colisión del derecho a la intimidad entra en conflicto con la salvaguarda de otros derechos resulta especialmente conflictivo el supuesto en que la colisión se plantea con el interés de los familiares de la persona a la que se refieren los datos genéticos en acceder a los mismos como medio de conocer, prever o completar los relativos a su propio estado de salud.

En realidad, dentro de estos supuestos habrían de distinguirse dos grupos de casos claramente diferenciables y que reflejan, a su vez, un diferente grado de intensidad en la colisión de los intereses. El primero serían aquellos en que se pretendiera la obtención misma de los datos,

esto es, los casos en los que la preservación del derecho a la vida o salud de terceras personas, familiares, pasara por la exigencia de que contra su voluntad un sujeto se sometiera a una prueba genética. El segundo se referiría a los límites con que pueda considerarse lícita la revelación de la información que se hubiera obtenido del estudio de los datos genéticos del titular a sus familiares.

El primer grupo de casos apunta claramente a la vertiente *negativa* de la información genética, en cuanto que al referirse a la práctica misma de las pruebas focaliza el momento en que se obtiene la información. El interés de esos otros familiares en la práctica de la prueba no es difícil de descubrir teniendo en cuenta que a menudo los test genéticos requieren contrastar los resultados del análisis de una persona con los de otros familiares unidos por vínculos de sangre para identificar la concreta mutación genética responsable de la enfermedad, o simplemente para completar aquellos resultados como medio de obtener lo que se ha dado en llamar el "*pedigree familiar*"⁵⁸.

Como regla general, habrá de excluirse la procedencia de que en estos casos esté permitida la quiebra de la intimidad a la luz del principio básico de *proporcionalidad*. Y no ya sólo porque de otra forma se estaría instrumentalizando a la persona, que quedaría así funcionalizada en su libertad a la consecución de los intereses de otras, sino también porque ese proceder supondría dar prevalencia frente a la intimidad a un hipotético derecho a la salud que, por definición, se presentaría además necesariamente con carácter futuro e incluso incierto. Baste pensar no sólo en el deseo de un familiar de conocer los riesgos de padecer una enfermedad que pueda compartir con sus allegados, sino también en el caso en que el interés lo esgrimiese el cónyuge o pareja de la persona a la que pretende hacerse el análisis genético como medio de asegurar la salud del ser que, en su caso, llegaran a procrear⁵⁹. En cualquiera de esos supuestos la solución del conflicto dando prioridad a dichos intereses no

⁵⁸ Véase al respecto, por ejemplo, SKENE, "Patients' rights or family responsibilities? Two approaches to genetic testing", en *Medical Law Review*, 1998, pp. 4, 6.

⁵⁹ Algún autor, como RUIZ MIGUEL, ha llegado a afirmar que en contra de la prevalencia de ese supuesto derecho a la salud de los hijos hablaría incluso un argumento mucho más radical: el hecho de que la Constitución no reconoce el derecho a tener hijos, con lo que mucho menos podría alegarse el derecho a tener hijos sanos, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, ob. cit., pp 158 s. Con todo, aun admitiendo la validez de este razonamiento, entiendo que no puede desconocerse que el conflicto no se plantearía sólo desde la óptica de los padres respecto a su derecho a tener hijos; sino desde el derecho a la salud de los propios hijos que los padres estarían obligados a preservar.

habría de calificarse sino como *desproporcionada*, por cuanto que no podría conceptuarse de otra forma la pretensión de obligar a una persona a someterse a un examen genético, con todos los riesgos que ello conlleva -sobre todo en sentido psíquico debido al temor y la angustia que puede acarrear el conocimiento del pronóstico-, para proporcionar a otros familiares información sobre las posibles enfermedades de origen genético que eventualmente pudiera desarrollar. Dicha desproporcionalidad se traduce en términos jurídico penales en la ausencia de uno de los requisitos básicos para poder apreciar un estado de necesidad, a saber, la concurrencia de un peligro real cuya evitación requiriese el sacrificio del derecho a la intimidad de una persona.

Por las mismas razones, la respuesta no habría de ser diferente en los casos inversos en los que, partiendo igualmente del presupuesto de que los datos genéticos de una persona afectan a los familiares con los que se halla unida por vínculos de sangre, se planteara la oposición de estos a que aquél se sometiera a la prueba, alegando que de esa forma podría llegarse a obtener indirectamente una información sobre los mismos que, sin embargo, no desean conocer. Si bien es verdad que en estos casos efectivamente se afecta en última instancia la intimidad de esos otros familiares, de nuevo la contemplación de los intereses en pugna a la luz del principio de proporcionalidad no puede arrojar más que una respuesta negativa en torno a la procedencia de que se atendiera su oposición. En primer lugar, porque de otra forma se desconocería el derecho del concreto sujeto que desea someterse a la prueba genética, que así se vería insoportablemente limitado en su libertad de actuar; en segundo lugar, porque aun reconociendo que se afecta el derecho a la intimidad de otros sujetos, la única pretensión de éstos puede ser que esos datos no se revelen a terceras personas, ni siquiera a ellos mismos en el caso en que teman recibir un pronóstico que al anunciarle la enfermedad les genere angustia o temor. Esa es la única pretensión que racionalmente puede concederse a esos familiares bajo la óptica de la proporcionalidad, pero nunca un derecho a impedir que los demás, en este casos sus familiares, ejerzan a su vez uno que le es propio: el sometimiento a las pruebas.

Menos evidentes se presentan las cosas allí donde la pretensión no se concrete en la práctica misma de la prueba, sino que lo que se pretenda sea exclusivamente vulnerar el aspecto *positivo* de la información genética, esto es, cuando se pretenda divulgar la información ya obtenida, conducta que, ahora sí, pudiera dar paso a la comisión de un

delito del art. 199.2. Son los casos, en definitiva, en los que la práctica genética se hubiera realizado voluntariamente por el afectado y se planteara su comunicación a los familiares, que bien la reclamaran, bien debieran ser advertidos de que corren el peligro de sufrir en un plazo más o menos breve una determinada enfermedad.

De entrada, puede decirse que de los dos casos referidos en realidad el primero de ellos, a saber, aquel en que los familiares reclaman *motu proprio* el conocimiento de la prueba, es el que menos dificultades va a plantear en la práctica. No puede perderse de vista que una de las razones más frecuentes para reclamarlos proviene del hecho de que, como apuntábamos ya líneas más arriba, los resultados genéticos obtenidos del estudio de un familiar necesitan completarse con los de otros familiares para así confirmar o desvirtuar la identificación de la concreta secuencia que produce la mutación genética de que se trate. Si todos esos familiares hubieran prestado su consentimiento para la práctica de la prueba, lo normal será que consientan también en facilitar sus resultados para dicho contraste. Es más, justo por ello puede decirse que en estos casos tan interesado va a estar el familiar que reclama la prueba como aquél otro al que la misma se refiere puesto que, a su vez, él también va a beneficiarse del contraste de sus resultados con los del otro pariente. Todo ello sin olvidar que en dicha tarea ni siquiera es necesario que el médico que lo ha evaluado comunique un detalle de la información sobre cada uno de los familiares al resto, por lo que por esa vía puede quedar salvaguardada en todo caso la confidencialidad de la información.

Fuera de estos casos, la reclamación de datos por otros familiares que no obedeciera al interés de contrastar la información o de obtener el *pedigree familiar* habría de valorarse en general como improcedente, por las mismas razones que en general también lo es aquella pretensión cuando se refiere a cualquier otro dato relativo a la salud. Las excepciones a esta regla general habrán de apreciarse de forma realmente restrictiva, mereciendo especial mención la que tiene como finalidad evitar un peligro; en concreto, el de desarrollar una enfermedad en los mismos términos que el sujeto examinado. Con todo, dado que van a ser mucho más frecuentes los casos en que la comunicación de dicha información no la requiera el familiar, sino que sean los médicos los que adviertan la conveniencia de facilitarla a personas que por completo ignoran la posibilidad de sufrirla, las consideraciones que siguen toman por base esta específica fenomenología de casos, si bien advirtiendo que las

conclusiones a que lleguemos en torno a la prevalencia del mantenimiento del secreto o, por el contrario, de su revelación, son trasladables a aquel otro grupo de supuestos.

Cualquier aproximación a las posibilidades de comunicar la información genética como medio de preservar la salud de otros familiares no puede perder de vista la peculiaridad de estos casos que tantas veces hemos venido refiriendo: la proyección supraindividual que tiene el conocimiento de esos datos sobre terceras personas. En efecto, a diferencia de otros supuestos en los que también se plantea la quiebra a la intimidad de un paciente para preservar la vida o salud de terceros, como sin duda es de forma paradigmática el del padecimiento de una enfermedad transmisible grave como el Sida, y cuya nota característica es que el riesgo procede del exterior, en los que ahora nos ocupan ese potencial de peligro no encuentra su origen en la conducta externa de ningún agente, sino en la propia constitución de la persona que comparte un mismo código genético con aquella a la que se ha diagnosticado la predisposición genética a padecer la enfermedad. Ahora, en efecto, se trata simplemente de alertar al individuo de que él mismo lleva en sus genes un peligro que puede materializarse en cualquier momento y ese peligro encuentra su origen en un dato que es común a otros familiares.

Este carácter compartido de la información y, a su vez, su naturaleza insita a la realidad misma de la persona como una nota que le es propia es importante subrayarlo, porque determina que el punto de partida de la discusión adquiera rasgos peculiares capaces de condicionar de principio a fin la solución del problema. Me refiero a la posibilidad de entender que aquella información que se conoce pierda como referente de su titularidad a la persona individualmente considerada sobre la que se practica el test genético y en su lugar esos datos pasen a adquirir una titularidad familiar, lo que conlleva como principal consecuencia el abandono de los clásicos parámetros de confidencialidad en términos individuales que en general inspira la tutela de cualquier otro dato sanitario. En efecto, si se admitiera esa titularidad compartida por los miembros de la familia de los datos genéticos, la consecuencia inmediata no habría de ser otra que negar la necesidad de recabar el consentimiento a la concreta persona que se sometió a análisis para revelar el resultado; por el contrario, en la medida que esos datos pertenecen a todos los miembros de la familia, habría de excluirse, por improcedente, la pretensión de una de ellas de impedir que fueran

conocidos por el resto de los titulares. Ni que decir tiene que la ventaja más inmediata de esta construcción es la de permitir una actuación rápida que preserve la salud de esas otras personas y con ello, resulta extraordinariamente funcional para poner a salvo aquellos bienes jurídicos. No es por ello de extrañar que, de hecho, este modelo, al que se ha dado en llamar como *modelo médico* o *modelo familiar* en contraposición al que se conoce como *modelo legal*⁶⁰, haya encontrado no sólo eco doctrinal⁶¹ y, en cierta medida, haya estado en parte presente en algún pronunciamiento jurisprudencial en Norteamérica⁶², sino que se haya plasmado en algún documento, como el preparado por un comité multidisciplinario en Australia sobre el cáncer: el Informe *Ethics and Familial Cancers including Proposed Guidelines on Ethical Aspects of Risk Assessment, Genetic Testing and Genetic Registers in Relation to Cancer*, también conocido como *Lovell report*, publicado por *Anti-Cancer Council of Victoria, Cancer Genetics Ethics Committee*, en marzo de 1997, que partiendo de la titularidad compartida de esa información posibilita la comunicación a los familiares de los datos obtenidos⁶³.

⁶⁰ Véase al respecto SKENE, "Patients' rights or family responsibilities? Two approaches to genetic testing", en *Medical Law Review*, 1998, *ob. cit.*, pp. 1 ss, 24 ss., donde proponía la denominación de "*modelo médico*" (*medical model*), así como en "Genetic Secrets and the Family: a response to Bell a Bennett", en *Medical Law Review*, 2001, pp. 162 s., proponiendo entonces denominarlo como *modelo familiar* (*family model*), p. 165.

⁶¹ Véase al respecto SKENE, en *Medical Law Review*, 1998, *ob. cit.*, pp. 24 ss; el mismo en *Medical Law Review*, 2001, *ob. cit.*, pp. 162 ss.

⁶² De ellos dan cuenta BELL/BENNETT, "Genetic Secrets and the family", en *Medical Law Review*, 2001., pp. 150 ss. El primero de ellos es el caso *Pate v. Threlkel*, fallado por la Corte Suprema de Florida motivado por el hecho de que en 1987 una paciente había sido tratada de un cáncer medular. Cuando en 1990 la hija fue diagnosticada de la misma enfermedad presentó una demanda contra el médico por no advertirle del carácter hereditario de la dolencia, lo que entonces le habría permitido adoptar medidas preventivas. La Corte Suprema reconoció el deber de advertencia por parte del médico, si bien dejando claro que el mismo no se refería directamente a los hijos de la paciente, sino a ésta. Otro caso fue el fallado por la Corte Suprema de New Jersey en el asunto *Safer v. Pack*, también relativo a una reclamación por parte de la hija de un paciente contra el médico que había atendido a su padre de un cáncer con alta probabilidad de transmitirse genéticamente, no siendo tampoco advertido de su carácter hereditario. En esta sentencia la Corte fue incluso más allá al admitir que en determinados casos la obligación de informar no se agota en informar al paciente, sino que también puede resultar necesario que sean advertidos directamente los familiares con alto riesgo de sufrir la enfermedad.

⁶³ Véase un estudio de ese documento en SKENE, *Medical Law Review*, 1998, *ob. cit.*, pp. 24 ss., donde expone una serie de argumentos favorables a este criterio que apuntan básicamente a la conveniencia de preservar la salud familiar. También sobre ese documento pero de una opinión contraria a sus premisas, véase BELL/BENNETT, en *Medical Law Review*, 2001, *ob. cit.*, pp. 130 ss., 132 ss. El documento puede consultarse en <http://www.dhs.vis.gov.au/phd/hdv/genetics/append6.htm>

Sin embargo, en nuestro entorno jurídico no es ese el modelo que se ha impuesto, donde, por el contrario, rige el modelo clásico que pone el acento en la preservación de la intimidad y, con ello, como línea de principio, sigue concediendo plena facultad al sujeto examinado en orden a decidir la comunicación o no de sus datos a cualquier persona, también a los familiares que pudieran verse afectados. El argumento que principalmente respalda esta opción atiende al carácter singularmente sensible de los datos que se obtienen por esta vía, y la consiguiente necesidad de asegurar no sólo el respeto de la reserva de la privacidad del titular de los mismos, sino también que no sufrirá consecuencias perjudiciales, entre ellas, como preocupación fundamental, cualquier tipo de discriminación. Sólo en casos realmente excepcionales y que, básicamente, responden a la lógica de un *estado de necesidad*, se permite que pueda revelarse la información a esos familiares, que entonces habrá de ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para evitar el daño⁶⁴. En este sentido resulta especialmente interesante la cita de la Recomendación del Consejo de Europa R (92) 3, que en su punto 9 dispone que "en el caso de grave riesgo genético para otros miembros de la familia, deberá considerarse, de acuerdo con la legislación nacional y las normas deontológicas, el informar a los familiares sobre extremos pertinentes a su salud o a la de sus futuros hijos", añadiendo en el punto 11, en relación con los descubrimientos inesperados que "La comunicación de dichos descubrimientos inesperados a miembros de la familia de la persona objeto de análisis no deberá ser autorizada por la ley nacional a no ser que la vida de esos miembros se encuentre en peligro y la persona se niegue a advertirlos", así como la Recomendación N° R (97) 5, relativa a la protección de datos médicos⁶⁵.

⁶⁴ Véase en este sentido KOBIN, "Confidentiality of genetic information", *Ucla Law Review*, vol. 30, 1983, pp. 1310 ss.

⁶⁵ Puede verse un estudio detallado de esta normativa en relación con el problema que aquí interesa en MIGUEL SÁNCHEZ, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad 'versus' interés público*, ob. cit., pp. 191 ss.

En esta línea debe tenerse en cuenta además el art. 14 de la Declaración Internacional sobre los datos Genéticos Humanos de la UNESCO, que dispone en su apartado b, que "Los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas asociados con una persona identificable no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de empleadores, compañías de seguros, establecimientos de enseñanza y familiares de la persona en cuestión, salvo por una razón importante de interés público en los restringidos casos previstos en el derecho interno compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos o cuando se haya obtenido el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona, siempre que éste sea conforme al derecho interno y al derecho internacional relativo a los derechos humanos".

Resulta por ello lógico que a partir de estas previsiones la doctrina haya considerado que para justificar la comunicación resulte necesario comprobar una amenaza seria a la salud en los términos propios de un *estado de necesidad*⁶⁶ y que, concretando más, algún autor como es el caso de ABING en la doctrina alemana, haya exigido la concurrencia de una serie de requisitos para justificar la quiebra de la intimidad. En concreto, para este autor deberán darse las siguientes condiciones: "deberá haberse solicitado el consentimiento voluntario pero no haberse obtenido; el único modo de impedir un grave perjuicio es comunicar la información; existe la certeza relativa de que la comunicación de la información pertinente tendrá el resultado previsto; la información comunicada se limitará a lo que sea estrictamente necesario"⁶⁷.

Si bien es cierto que en principio no habría nada que objetar a esta forma de expresar y resolver el conflicto conforme a los esquemas generales de un estado de necesidad, de nuevo las singulares peculiaridades de la información genética determinan que el rendimiento de esos esquemas haya de ponerse en tela de juicio cuando se pretenden trasladar al ámbito que aquí nos ocupa. Baste pensar que uno de los requisitos necesarios para poder apreciar esta figura es que se compruebe la concurrencia de un peligro *inminente* para los bienes fundamentales que estén en juego, en este caso, la vida y salud de esos otros familiares, un requisito que, sin embargo, debido a las peculiaridades de la información que proporciona este tipo de test genéticos, difícilmente va a poderse apreciar en la práctica, puesto que lo normal será que la misma se limite a advertir acerca de la existencia de una mutación genética que, con un determinado cálculo de probabilidades, pueda desarrollarse en un futuro. Pero ni tiene por qué tratarse de un riesgo inminente en cuanto a su proximidad temporal ni

⁶⁶ DE SOLA RECHE, "Privacidad y datos genéticos. Situaciones en conflicto (I)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994, p. 189; ROMEO CASABONA, "El tratamiento y la protección de los datos genéticos", en *Gen-Ética*, coord. Mayor Zaragoza y Alonso Védate, ob. cit., p. 244.

⁶⁷ ABING, "La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995, p. 41 s. Véase también por ejemplo MONIZ, "Privacy and intra-family communication of genetic information", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm 21, 2004, pp. 103 ss., quien propone de *lege ferenda* introducir una cláusula expresa en el Código que declare que el médico no responde por la quiebra de la confidencialidad cuando "de acuerdo con el estado actual del conocimiento y de la experiencia médica, constituya la única vía adecuada para la prevención de un peligro serio e irreversible para la salud psíquica o física de un tercero, teniendo en cuenta la fiabilidad que ofrece el test, la gravedad del trastorno diagnosticado así como la posibilidad de un tratamiento preventivo o curativo", p. 124.

quiera revestir los caracteres de un riesgo futuro cierto, sino que la mayoría de las veces será meramente probabilístico. Apremiar en tales casos un peligro inminente en los términos propios de un estado de necesidad sólo sería posible desde una relajación tal de sus presupuestos que se acabarían abandonando los esquemas que le son propios⁶⁸.

Por todo lo anterior, aun cuando no se quiera admitir, por considerarlo demasiado amplio en sus efectos, el llamado modelo médico al que antes nos referíamos, sería conveniente que se articularan *de lege ferenda* mecanismos jurídicos que permitieran justificar la revelación de los datos genéticos, permitiendo flexibilizar sus requisitos en lo que se refiere a la apreciación del grado de peligro. Debe quedar claro que esto no quiere decir, en el extremo opuesto, que debiera bastar ahora con constatar cualquier grado de peligro, aun remoto, para proceder a la comunicación, ya que con ello se desconocería que junto a la lesión de la intimidad de la persona que se somete a la prueba también está en juego la atención a las posibles secuelas psíquicas, como la angustia o temores que le genere, así como las consecuencias familiares y de otro orden que puede acarrear el conocimiento de la información en el destinatario. Por ello, lo que se propone no es una flexibilización en general de los requisitos de la comunicación, sino sólo del de la inminencia del mal, pero manteniendo en todo caso el resto de los requisitos que apuntan al carácter restrictivo con que pudiera justificarse la comunicación, en especial, el de la gravedad de la enfermedad que amenazara producirse, la exigencia de que se supere un grado mínimo de riesgo en torno a su futuro padecimiento, así como la existencia de medios terapéuticos de alguna eficacia en orden al control preventivo de la enfermedad de que se trate⁶⁹.

Lo anterior, sin embargo, tan sólo puede entenderse como una propuesta genérica para evitar que, con el Código penal en la mano, muchos casos en los que el profesional optara por la revelación hubieran de seguir valorándose como antijurídicos por la ausencia de este requisito de inminencia del mal. El mecanismo a través del cual hubiera de materializarse o concretarse esa propuesta pasaría por incluir en la correspondiente normativa que regule la práctica de los test genéticos una cláusula en la que expresamente se permitiera la posibilidad, e incluso la obligación en determinados casos extremos de que el

⁶⁸ Véase en este sentido SKENE, en *Medical Law Review*, *ob. cit.*, 2001, pp. 168 s.

⁶⁹ Sobre este último requisito véase REQUEJO NAVEROS, *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, 2006, pp. 277 ss.

profesional procediera a revelar esos datos. De preverse la misma en términos meramente facultativos, la consecuencia en el orden penal habría de ser que cuando el médico se acogiera a ella estaría actuando amparado por la concurrencia de una causa de justificación, en concreto, el *ejercicio legítimo de un derecho*.

En este orden de ideas, resulta digno de aplauso el Proyecto de Ley de Investigación Biomédica, de septiembre de 2006⁷⁰, que tras reconocer el derecho de la persona que se someta a análisis genéticos a no ser informado de sus resultados, dispone en el último inciso del art. 49.2 que "Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de los familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a sus representantes autorizados. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades". Esta previsión representa una excepción a la regla que con carácter general contempla el art. 51 del mismo texto, que dispone en su apartado primero que "El personal que acceda a los datos genéticos en el ejercicio de sus funciones quedará sujeto al deber de secreto de forma permanente. Sólo con el consentimiento expreso y escrito de la persona de quien proceden se podrán revelar a terceros datos genéticos de carácter personal".

A partir de todo lo anterior tan sólo resta hacer referencia al tratamiento de los casos en que pese a concurrir los presupuestos para poder justificar la conducta, ya sea por la vía de un estado de necesidad o del ejercicio legítimo de un derecho, el profesional optase por no realizar la comunicación; en concreto, si en tales casos pudiera derivarse responsabilidad para el mismo

A mi juicio, planteado el conflicto en términos meramente potestativos, la solución no puede ser otra que la de admitir la impunidad, tanto en lo que se refiere a un posible delito de omisión propia como impropia. Por una parte, en relación con un delito de omisión pura, porque, a diferencia de cuanto sostuvimos para los casos en que, por ejemplo, el paciente portador de una enfermedad transmisible grave revelase al médico su intención de contagiar a otras personas, supuestos en los que afirmábamos la posibilidad de apreciar el delito del art. 450 CP, dicha calificación resulta realmente discutible en los que ahora tratamos, debido a la dudosa concurrencia de los presupuestos mismos de su tipicidad. En primer lugar, porque para que

⁷⁰ Publicado en el BOCG el 22 de septiembre de 2006, serie A, núm. 104-1.

podiera decirse que el médico que revela esos datos contra la voluntad del paciente trata de esa forma de impedir que se cometa un delito, el presupuesto lógico habría de ser que la conducta del paciente pudiera calificarse como tal, algo que sólo podría sostenerse si se entendiera que la posición de garantía que ostenta el paciente respecto a sus familiares o allegados se extiende a revelarles los datos sanitarios que pudieran serle de interés, con la consiguiente atribución, caso de no hacerlo, de responsabilidad como comitente omisivo por la muerte o las lesiones que posteriormente se produjeran por el advenimiento de la enfermedad. Esta solución, sin embargo, sólo resultaría admisible si se considerase suficiente para apreciar la comisión por omisión con constatar posiciones meramente formales de garantía, sin necesidad de comprobar la concurrencia de ningún requisito adicional de equivalencia material. Sobre lo discutido de estas concepciones y su compatibilidad con los principios básicos del Derecho penal existe una amplia literatura que, cuando menos, en su discusión, evidencia lo discutible de este tipo de construcciones, por lo que no creo que sea necesario insistir en estas líneas al respecto.

En segundo lugar, aun cuando se admitiese lo anterior, tampoco desaparecerían las dificultades para reconducir la pasividad del médico al art. 450 CP. Como tuvimos ocasión de destacar en apartados precedentes, la apreciación de ese tipo requiere que el delito que se vaya a cometer sea doloso, algo que, desde luego, va a ser difícil de apreciar en la mayoría de los casos que ahora se tratan. Lo normal será, en efecto, que el paciente que se niega a que los resultados de la prueba se den a conocer a sus familiares lo haga motivado por el exclusivo interés en preservar su intimidad, no de lesionarles. Por ello, salvo que se apreciara de manera amplia una forma de dolo eventual en ese tipo de negativas, las lesiones o muertes que en su caso se produjeran a esos familiares a consecuencia del desarrollo de la enfermedad habrían de reconducirse todo lo más a los esquemas de la imprudencia.

Por último, descartado lo anterior, tampoco podría fundamentarse la responsabilidad del profesional sanitario a título de *omisión impropia* por las lesiones o muertes que sobrevinieran a consecuencia del padecimiento de la enfermedad sobre la que no advirtió a esos familiares. Como ya sostuve en otro lugar a propósito de la transmisión de enfermedades⁷¹, afirmar su deber de garantía en tales casos supondría

⁷¹ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, ob. cit., p. 453 ss.

tanto como asignar al sanitario una suerte de papel de gendarme que ni le es propio ni tiene por qué asumir. Es más, como entonces también sostenía, dicha responsabilidad habría de descartarse igualmente aun cuando la persona cuya salud se tratara de preservar fuese también un paciente de ese profesional. Así obliga a entenderlo el hecho de que el médico no es garante absoluto de la salud de sus pacientes, sino sólo respecto al tratamiento de las concretas dolencias que éstos le confían.

4. Bibliografía citada

- ABING, "La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995.
- ALONSO ALONSO, "El ADN en la investigación penal y civil", en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 6.
- BELL/BENNET, "Genetic Secrets and the family", en *Medical Law Review*, 2001.
- BEUCHAMP/CHILDRESS, *Principios de ética médica*, Barcelona, 1999.
- CASALLO LÓPEZ, "Aspectos del tratamiento automatizado del código genético", en *Revista del Ministerio Fiscal*, 1999.
- CHOCLÁN MONTALVO, "Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de los delitos contra la libertad sexual", en *La Ley*, 1994.
- ESCOBAR PACHECHO, "Sobre el derecho a la intimidad de los incapaces y en especial de los no nacidos", en *Genética Humana y derecho a la intimidad*, México, 1995.
- ETXEBERRIA GURIDI, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Granada, 2000.
- ETXEBERRIA GURIDI, "Evolución expansiva en la regulación francesa de los ficheros de huellas genéticas tras las recientes reformas", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, enero-junio, 2004.
- GIL HERNÁNDEZ, "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", en *Actualidad Penal*, 1996.
- GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998.
- *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2003.
- GUILLÉN/PESTONI/CARRACEDO, "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1998.
- HEITZMANN HERNÁNDEZ, *El secreto médico: actitudes y toma de decisiones en la práctica clínica*, Madrid, 1999.
- HERRERA BRAVO, "Los registros de ADN y los derechos constitucionales, ¿cómo esquivar sin despellejar?", 2002, <http://www.alfa-redi.org/upload/revista>
- KOBRIN, "Confidentiality of genetic information", *Ucla Law Review*, vol. 30, 1983

- LORENTE ACOSTA/LORENTE ACOSTA, *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Granada, 1995.
- MALEM SEÑA, "Privacidad y mapa genético", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1995
- MIGUEL SÁNCHEZ, DE *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad 'versus' interés público*, Valencia, 2004.
- MONIZ, "Privacy and intra-family communication of genetic information", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm 21, 2004.
- MORA SÁNCHEZ, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, Fundación BBVA, Madrid-Bilbao, 2001.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 15 ed., Valencia, 2004.
- NIELSEN, "Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996
- OTERO GONZÁLEZ, *Justicia y secreto profesional*, Madrid, 2001.
- REQUEJO NAVEROS, *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Madrid, 2006.
- ROMEO CASABONA, "Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia", en *La prueba del ADN en medicina forense*, Barcelona, 1999.
- ROMEO CASABONA, "El tratamiento y la protección de los datos genéticos", en *Gen-Ética*, coord. Mayor Zaragoza y Alonso Védiate, Barcelona, 2003.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, 2004.
- RUIZ MIGUEL, "Los datos sobre características genéticas: libertad, intimidad y no discriminación", en *Genética y Derecho, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho judicial*, Madrid, 2001.
- ROMEO CASABONA, "La nueva frontera del derecho a la intimidad: genética y dignidad", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2001.
- SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ-CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y España*, Granada, 2004.
- SÁNCHEZ-CARO/SÁNCHEZ-CARO, *El médico y la intimidad*, Madrid, 2001.
- SEOANE RODRÍGUEZ, "De la intimidad genética al derecho a la protección de los datos genéticos. La protección fundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre), Parte I, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, números 16 y 17, 2002.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, "Alcance del deber de secreto profesional sanitario ante la Administración de justicia", en *Revista penal*, enero 2005.
- SKENE, "Patients' rights or family responsibilities? Two approaches to genetic testing", en *Medical Law Review*, 1998.

- SKENE, "Genetic Secrets and the Family: a response to Bell a Bennett", en *Medical Law Review*, 2001.
- SOLA RECHE, DE, Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente", en *Derecho y Salud*, 1995.
- SOLA RECHE, DE, "Privacidad y datos genéticos. Situaciones en conflicto (I)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994.
- SOLA RECHE, DE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada, 1998.
- YANES, "Seguro de personas e información genética (II) y (II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano* 1995.