

INTIMIDAD Y TRATAMIENTOS MÉDICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CON ESPECIAL REFERENCIA AL VIH/SIDA

Isidoro Martín Sánchez

*Catedrático emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: 1. Introducción: privacidad, intimidad y confidencialidad; 2. El derecho a la intimidad en el ámbito sanitario español: 2.1. Intimidad y tratamientos médicos; 2.2. Intimidad e historia clínica; 2.3. Intimidad y secreto médico; 2.4. Intimidad, confidencialidad y VIH/SIDA; 3. El derecho a la intimidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; 4. El derecho al respeto de la vida privada y el VIH/SIDA en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: 4.1. VIH/SIDA e intimidad; 4.2. VIH/SIDA y falta de información a la pareja; 4.3. VIH/SIDA y despido laboral; 4.4. VIH/SIDA y discriminación; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

RESUMEN

El trabajo estudia la relación entre la intimidad y los tratamientos médicos con especial referencia al VIH/SIDA. En primer lugar, distingue la intimidad de otros conceptos afines. Seguidamente, examina el derecho a la intimidad en el ámbito sanitario español y los problemas que plantea respecto del acceso a los datos personales del paciente, así como su relación con el secreto médico. Una especial atención está dedicada a la intimidad clínica de las personas VIH positivas. En tercer lugar analiza el significado de la intimidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En cuarto lugar, estudia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la incidencia del VIH/SIDA en diversos supuestos. Finalmente, el trabajo contiene algunas conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Intimidad; confidencialidad; historia clínica; secreto médico; VIH/SIDA; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT

The work studies the relationship between privacy and medical treatments with special reference to HIV/AIDS. In the first place, it distinguishes privacy from other related concepts. Next, it examines the right to privacy in the Spanish health sector and the problems it poses regarding access to the patient's personal data as well as its relation to medical secret. Special attention is dedicated to the clinical privacy of HIV positive people. Thirdly, it analyzes the meaning of privacy in the European Convention on Human Rights. Fourthly, it studies the case law of the European Court of Human Rights on the incidence of HIV/AIDS in various cases. Finally, some conclusory remarks are added.

KEYWORDS

Privacy; Confidentiality; Medical History; Medical Secret; HIV/AIDS; European Court of Human Rights.

1. INTRODUCCIÓN: PRIVACIDAD, INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

La primera formulación teórica del derecho a la intimidad fue llevada a cabo por Samuel Warren y Louis Brandeis en su artículo “The right to privacy” publicado en la Harvard Law Review en 1890. Estos autores lo concibieron como el “derecho a estar solo” (*the right to be let alone*)¹.

Este derecho fue reconocido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tanto de ámbito universal como regional, los cuales emplean para referirse a él el término “vida privada”. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵.

Sin embargo, la vigente Constitución española, al introducir por primera vez este derecho en nuestro ordenamiento jurídico, emplea el término “intimidad”⁶.

1 Sobre este punto, cfr., Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, Madrid, 2001, pp. 8-9; Pérez Luño, A.E., “El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina”, en Ruiz de la Cuesta, A., *Bioética y Derechos Humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, 2005, p.106; Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, en *Persona y Derecho*, vol. 69/2013/2, p. 54.

2 El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honor o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques”.

3 El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, establece: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”.

4 El Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, dispone en su artículo 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

5 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007, en su artículo 7, declara: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

6 El artículo 18 de la Constitución española, de 27 de

Desde el punto de vista terminológico, la expresión “privacidad” (*privacy*) o vida privada, que se ha impuesto en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, comparte varias de las características atribuidas al término “intimidad”, pero no todas. La intimidad se refiere más a la interioridad de la persona, mientras que la privacidad tiene, como hemos dicho, el sentido, estado o condición de estar aislado o solo.

Desde el punto de vista doctrinal se ha puesto de relieve que “lo privado sería un espacio no público que englobaría ciertas relaciones interpersonales; lo íntimo sería un concepto más estricto de dimensiones más propiamente individuales. No obstante, el término íntimo se puede utilizar también en un sentido amplio que se identificaría con lo privado”⁷.

Desde el punto de vista filosófico, se ha señalado que “la intimidad no está constituida por el llamado mundo de los hechos, sino por el mundo de los valores”.

Por ello, la defensa de la intimidad tiene sentido cuando “permite proteger la diferencia, es decir, los valores de cada uno a diferencia de o frente a los valores de los demás”⁸.

La acepción más amplia del concepto de intimidad es la que ha prevalecido doctrinal y jurisprudencialmente, desplazándola progresivamente desde la interioridad, el derecho a estar solo, a su incidencia en las relaciones con los demás, que es cuando se plantea su dimensión jurídica⁹. Es decir, desde el aislamiento del individuo al poder de control por él mismo de las manifestaciones, informaciones o incidencias externas que son relevantes para su vida privada¹⁰.

diciembre de 1978, manifiesta: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

7 Cfr. Ruiz Miguel, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

8 Cfr. Gracia, D., “Prólogo” al libro de Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., pp. XX-XXI.

9 Como señala Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, cit., pp.62-63.

10 Cfr. Pérez Luño, A.E., “El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina”, cit., p. 107.

Esta concepción amplia de la intimidad, comprensiva de la privacidad, ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional español, el cual ha manifestado que el derecho a la intimidad “limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada”¹¹.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que, en la delimitación del núcleo de la intimidad, se ha experimentado una evolución importante desde un criterio objetivo a una concepción voluntarista o subjetiva en la misma. Así, en nuestro ámbito jurídico, se ha considerado por los poderes públicos que el citado núcleo estaba constituido por la intimidad corporal, la enfermedad, la sexualidad, las relaciones familiares, la vida doméstica y la propia muerte. Este criterio fue mantenido por el Tribunal Constitucional español durante un cierto tiempo¹².

Sin embargo, este mismo órgano judicial adoptó posteriormente un criterio jurisprudencial diferente. Así, afirmó que el artículo 18.1 de la Constitución “no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público [...] Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”¹³.

Esto supone, como hemos dicho, pasar de un criterio objetivo a uno subjetivo en la delimitación de la intimidad. Según este nuevo criterio, lo esencial del derecho a la intimidad consistiría en su carácter de derecho negativo con la finalidad de blindar “una esfera reservada - íntima y privada- de la vida de las personas”. Para ello, el titular del derecho a la información cuenta no sólo con facultades negativas de exclusión, sino también con poderes de disposición manifestados en forma de autorización para el

empleo de los datos o informaciones integrantes de dicha esfera reservada¹⁴.

Por tanto, en la actualidad “resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho (status negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la vida privada, sin contemplarla al propio tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto”¹⁵.

La intimidad tiene tres usos principales correspondientes con lo que para algunos autores son tres formas o concepciones de la intimidad. Así, es habitual distinguir entre una intimidad física, una intimidad de la información y una tercera decisoria¹⁶.

La intimidad física, de la cual la corporal es una forma específica, es un concepto cultural que viene configurado por los criterios dominantes en cada cultura y en cada momento histórico sobre el pudor y el recato¹⁷. De acuerdo con este criterio, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que “la Constitución garantiza la intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune [...] frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo humano quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”¹⁸.

Respecto a la intimidad de la información, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás tanto en lo que se refiere a la forma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos”¹⁹.

14 Cfr. Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, cit., pp.65-66.

15 Cfr. Pérez Luño, A. E., “El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina”, cit., p.109.

16 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit. p.13, los cuales se refieren al trabajo de Beauchamp, T.L. and Childress J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, New York, 1994.

17 Cfr. Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, cit., p. 58.

18 Tribunal Constitucional, sentencia 37/1989, de 15 de febrero, f.j. 7.

19 Tribunal Constitucional, sentencia 142/1993, de 22 de abril, f.j. 7.

11 Tribunal Constitucional, sentencia 117/1994, de 25 de abril, f.j. 3.

12 Como pone de manifiesto Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, cit., p. 64.

13 Tribunal Constitucional, sentencia 134/1999, de 15 de julio, f.j. 5; en el mismo sentido, las sentencias del mismo Tribunal 144/1999, de 22 de julio y 115/2000, de 5 de mayo.

La intimidad decisoria significa que la persona tiene capacidad para adoptar sus propias decisiones y actuar conforme a ellas, sin interferencias de terceros. Ello supone el derecho a controlar los aspectos íntimos de la identidad personal²⁰. No obstante, no existe una unanimidad doctrinal sobre si la identidad decisoria debe ser considerada como intimidad en sentido estricto. Entre otras razones, porque si se entiende la intimidad como capacidad para decidir libremente, es difícil tratar la intimidad y la libertad como conceptos distintos²¹.

En cuanto a la confidencialidad, es preciso tener en cuenta que este concepto y el de intimidad son muy próximos, aunque existen diferencias entre ellos. Así, intimidad y confidencialidad comparten la característica de ser opuestas a lo público. Sin embargo, la intimidad consiste en la limitación del acceso al propio cuerpo o a la mente. Por ello, hace referencia a aspectos singulares de la persona, como la intimidad de pensamientos o sentimientos así como a la limitación del acceso al propio cuerpo.

Por su parte, la confidencialidad supone siempre la relación entre personas. Es decir, implica la comunicación entre al menos dos personas, una de las cuales revela información íntima a la otra confiando en que no la revelará a terceros. Por ello, la renuncia a la intimidad personal, total o parcial, es un requisito necesario para establecer la relación de confidencialidad basada en la confianza. Así, se renuncia a la propia intimidad porque se está seguro, o al menos se confía con certeza, de que la confidencialidad está asegurada²².

Doctrinalmente, se discute la existencia en nuestro sistema jurídico de un derecho a la confidencialidad como manifestación específica de la intimidad. Algunos autores consideran que la confidencialidad es un medio de protección de la vida privada²³ o que tiene solo un valor instrumental respecto de la intimidad²⁴.

En contra de esta postura, parece más razonable defender la existencia de un derecho a la confidencialidad con autonomía propia. Así parece entenderlo el Tribunal Constitucional en la sentencia 142/1993, de 22 de abril²⁵, cuando considera que la intimidad comporta la facultad de excluir a los demás de la divulgación ilegítima de ciertos datos personales. Por ello, estamos de acuerdo con la opinión que sostiene que la mencionada afirmación del Tribunal Constitucional “supone la admisión de un derecho a la confidencialidad, pues una vertiente de la facultad de exclusión de la vida privada en que consiste el derecho a la intimidad, reside en evitar la divulgación ilegítima de ciertos datos sobre el particular”²⁶.

No obstante lo dicho hasta ahora, debe tenerse presente que la intimidad no es un derecho ilimitado puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, no hay derechos absolutos²⁷.

En este sentido, y en relación con la intimidad corporal, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “una persona, contra su voluntad, no puede verse en situación de exponer y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal; sí bien ha de recordarse que no es este un derecho de carácter absoluto, sino que puede verse limitado cuando existe la necesaria justificación y esta limitación se lleva a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas con su finalidad”²⁸.

Este principio de proporcionalidad es necesario tenerlo siempre en cuenta en la limitación de los derechos fundamentales y, en concreto, en el de la intimidad. Cómo ha manifestado el Tribunal Constitucional “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales [...] ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quién se le impone y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial”²⁹.

Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, entre las limitaciones del derecho a la intimidad se encuentra el interés general debido a su

20 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 15.

21 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 16.

22 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., pp. 17-18.

23 Cfr. Fariñas Matoni, L.M., *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, p. 346.

24 Sánchez González, M.A., “Intimidad y confidencialidad: su concepto e importancia”, en *I Jornadas de protección de datos sanitarios en la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2000, pp. 64 y ss.

25 Citada en la nota 19.

26 Cfr. De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Madrid, 2002, p. 39.

27 Cfr., entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, f.j. 7 y 137/1990, de 19 de julio, f.j. 6.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, f.j. 7.

29 Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero, f.j. 6.

importancia sobre cuestiones que afectan al conjunto de la sociedad³⁰. Respecto de este límite, y en relación con la libertad de información, el Tribunal Constitucional ha declarado que “cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público”³¹.

En el mismo sentido se manifiesta la sentencia 197/1991, según la cual “el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del derecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa”³².

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO ESPAÑOL

2.1 Intimidad y tratamientos médicos

La situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el paciente, debido a su patología física o psíquica, exige un especial respeto a su dignidad de la cual emana el derecho a la intimidad. Esta intimidad comprende tanto el acceso al cuerpo del enfermo como la información clínica referente al mismo

La intimidad corporal implica, como dijimos, que el paciente no sea tocado ni explorado en contra de su voluntad³³. Como garantía de este derecho, el Convenio de Oviedo afirma que “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento”³⁴.

30 Cfr. De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit., p.33.

31 Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1992, de 14 de febrero, f. j. 3.

32 Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1991, de 17 de octubre, f. j. 3.

33 Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, f. j. 7, citada en la nota 18.

34 Artículo 5 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, Oviedo, 4 de abril de 1997. El Convenio establece normas específicas para la manifestación del consentimiento en los casos de personas sin capacidad (artículo 6), con trastorno mental grave (artículo 7), así como para las intervenciones médicas

Siguiendo este criterio la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente, establece que toda actuación sanitaria “necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado”, el cual podrá darlo después de haber recibido la información adecuada sobre su salud³⁵. Complemento de este derecho es el de la negativa del paciente a recibir el tratamiento, salvo en los casos establecidos en la ley³⁶.

En el ámbito hospitalario actual no es posible una intimidad física total, pero se presupone que los pacientes y el personal sanitario aceptan mutuamente la desnudez y la observación como aspectos necesarios de la exploración y el tratamiento médico³⁷. Sin embargo, esto no significa que el paciente renuncie a su intimidad³⁸. Este respeto a la intimidad corporal existe incluso en los casos de pérdida de conciencia del enfermo, porque la carencia de autonomía no conlleva la pérdida de dignidad ni de derechos³⁹. De aquí que no resulte aceptable, por ejemplo, dejar a un enfermo inconsciente desnudo en una camilla en un lugar del hospital en el que esté expuesto a la mirada de todos, ni que se le explore o toque sin necesidad⁴⁰.

Además, el consentimiento del paciente no justifica un acceso ilimitado a su intimidad corporal, sino sólo el necesario para su tratamiento y llevado a cabo por el personal sanitario encargado de su cuidado. Por ello, los centros hospitalarios deben adoptar las medidas pertinentes para que se respete la intimidad y el pudor de los enfermos y no sean expuestos a exploraciones o contactos físicos innecesarios, ni a su observación por terceros no implicados en su tratamiento⁴¹.

en situaciones de urgencia (artículo 8).

35 Artículo 8.1, en relación con los artículos 2.2 y 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley regula además el consentimiento por representación y los supuestos en los que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables para la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento (artículo 9).

36 Artículo 2.4.

37 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 13.

38 Cfr. Iraburu, M., “Confidencialidad e intimidad”, en *An. Sist. Sanit. Navar.*, 2006, vol.29, Suplemento 3, p. 56.

39 Cfr. Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, cit., p. 77.

40 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 60.

41 Cfr. Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, cit., p.76.

La otra faceta del derecho a la intimidad del paciente en el ámbito hospitalario es el acceso a la información clínica sobre su patología y el derecho a la confidencialidad sobre la misma. Estos derechos están protegidos por una serie de normas de diversa naturaleza jurídica.

Así, respecto de la información clínica, el Convenio de Oviedo dispone que “toda persona tiene derecho a conocer cualquier información recogida sobre su salud. Si, no obstante, prefiriese no ser informada, deberá respetarse su voluntad⁴²”. Por su parte, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada⁴³”.

La confidencialidad de los datos clínicos está garantizada, en primer término, por la Ley General de Sanidad⁴⁴. A su vez, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley⁴⁵”.

Además de estas garantías, es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, los datos personales referentes a la salud y a la vida sexual tienen una protección especial y sólo pueden ser “recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga la ley o el afectado consienta expresamente⁴⁶”. No

42 Artículo 10.2 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

43 Artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

44 El artículo 10.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone que todos tienen derecho, con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

45 Artículo 7.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; este artículo en su apartado 2 establece que “los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

46 Artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

obstante, este consentimiento no será preciso cuando el tratamiento de dichos datos sea necesario “para la prevención o para el diagnóstico médico o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto a secreto profesional o por otra persona sujeta así mismo a una obligación equivalente de secreto⁴⁷”.

En relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 3 de diciembre, es preciso tener presente que el Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho fundamental autónomo a la protección de datos, de creación jurisprudencial, distinto al derecho a la intimidad⁴⁸. Este derecho fundamental, derivado del artículo 18.1 y 4 de la Constitución, comparte con el derecho a la intimidad el objetivo de ofrecer una protección constitucional eficaz a la vida privada y familiar. Sin embargo, se diferencia del derecho a la intimidad por su distinta función, objeto y contenido⁴⁹.

La función del derecho a la intimidad “es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad⁵⁰”. Por su parte, el derecho a la protección de datos “persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado⁵¹”.

El objeto del derecho fundamental a la protección de datos no son sólo los datos íntimos de la persona, sino “cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal.

diciembre, de protección de datos de carácter personal.

47 Artículo 7.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; este artículo, en el mismo apartado, dispone, respecto de los datos referentes a la salud y a la vida sexual, que también pueden ser tratados cuando el afectado “esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

48 Tribunal Constitucional, sentencias 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre.

49 Tribunal Constitucional, sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, f. j. 5.

50 Tribunal Constitucional, sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, f. j. 6.

51 Tribunal Constitucional, sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, f. j. 6.

Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos⁵².

Respecto de su contenido, derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad, “atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición de los datos personales⁵³”.

En concreto, los datos de carácter personal relacionados con la salud están constituidos por “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética⁵⁴”.

Los datos personales sobre la salud se recogen en la historia clínica, que es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente⁵⁵.

2.2 Intimidad e historia clínica

Puede definirse la historia clínica como “el documento médico-legal en donde queda registrada toda la relación del personal sanitario con el paciente, todos los actos y actividades médico- sanitarios realizados con él y todos los datos relativos a su salud, que se elaboran con la finalidad de facilitar su asistencia⁵⁶”. Desde el punto de vista legal, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, considera que “la historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de tener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro⁵⁷”.

Todo profesional que elabore la historia clínica, o tenga acceso a ella, está obligado a guardar la reserva debida⁵⁸.

Una cuestión debatida es la de la propiedad de la historia clínica, puesto que la normativa española no dice nada a este respecto.

Doctrinalmente, no existe una unanimidad de criterio sobre esta cuestión. Así, algunos autores afirman que, en términos generales, la propiedad de la historia clínica es del centro hospitalario en el cual se ha llevado a cabo el tratamiento médico. Especialmente, cuando existe una relación de dependencia, laboral o funcional, entre la institución hospitalaria y el profesional sanitario⁵⁹. Desde un punto de vista opuesto, se defiende la propiedad del profesional médico, sobre la historia clínica que ha redactado, por entender

52 Tribunal Constitucional, sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, f. j. 6.

53 Tribunal Constitucional, sentencia 292/ 2000, de 30 de noviembre, f. j. 6; sobre las sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, cfr. Castilla Barea, M. , “Sentencias de Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (Derecho a la libertad informática)”, en Martínez Vázquez de Castro, L. y Escribano Tortajada, P. (Coords.), *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Valencia, 2016, pp.1111 y ss. ; Hidalgo Cerezo, A., “Protección de datos de carácter de carácter personal relativos a la salud del paciente: fundamentos, protección a la intimidad y comentarios al nuevo Reglamento UE 2016/679”, en *Revista de Derecho UNED*, n. 19,2016, pp.735 y ss.

54 Artículo 5.1.g) del Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

55 Artículo15.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y

obligaciones en materia de información y documentación clínica; sobre la historia clínica, cfr. Laín Entralgo, P., *La historia clínica*, Madrid, 1998.

56 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 124.

57 Artículo 14.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia e información y documentación clínica

58 Artículos 2.7 y 16.6 de la Ley 41/2002, de14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

59 Cfr. De Ángel Yagüez, R. ,” Problemática de la historia clínica”, en *Información y documentación clínica*, vol. I. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en los días 22 y 23 de septiembre de 1997 , Madrid 1997, pp. 116 y ss. ; en el mismo sentido, cfr. Romeo Casabona, C. y Castellano Arroyo, M., “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, en *Derecho y Salud*, 1993, vol. 1, n.1, pp. 5 y ss.

que se basa en un derecho de autor⁶⁰. Finalmente, una postura ecléctica mantiene que, si el médico presta sus servicios en un centro hospitalario, público o privado, la historia clínica es propiedad de este centro. Por el contrario, la historia clínica sería propiedad del profesional sanitario si éste lleva a cabo el ejercicio privado de la medicina⁶¹. Esta última postura resulta, en nuestra opinión, la más acertada.

Distinta de la cuestión de la propiedad de la historia clínica, es el derecho de acceso a la misma.

En primer lugar, es el paciente quién tiene derecho de acceso a su historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Para asegurar este acceso, los centros sanitarios deberán regular el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos⁶². Sin embargo, este derecho del paciente no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en la historia clínica “recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas⁶³”.

El acceso del paciente a la información sobre sus datos de salud sometidos a tratamiento está también protegido por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. En efecto, esta Ley Orgánica dispone que “el interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos⁶⁴”.

60 Cfr. De Lorenzo, A., “¿De quién son propiedad las historias clínicas?“, en *Deontología, Derecho y Medicina*, Madrid, 1997, p. 497; Martínez López de Leota, J., *El secreto de la historia clínica. Visión del médico*, III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1996, www.aeds.org/frames/frame2.htm.

61 Cfr. De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit. pp. 172-173.

62 Artículo 18.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

63 Artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; sobre la expresión “anotaciones subjetivas”, cfr. Sarrato Martínez, L., “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 17, enero 2009, p. 184.

64 Artículo 15.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

En segundo término, es preciso tener en cuenta que, aunque el titular del derecho a la información es el paciente, “también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita⁶⁵.” Teniendo esto presente, la ley permite el acceso a la historia clínica mediante representación debidamente acreditada⁶⁶.

En tercer lugar, pueden acceder a la historia clínica los profesionales que realicen el diagnóstico o lleven a cabo el tratamiento del paciente⁶⁷. En relación con este punto, es necesario observar que los centros hospitalarios tienen que adoptar las pertinentes medidas de control y seguridad en la custodia de las historias clínicas. Los centros hospitalarios en los cuales se conservan estos documentos, así como los profesionales sanitarios que ejercen su actividad individualmente, son responsables de la gestión y custodia de los mismos⁶⁸.

Los ficheros públicos o privados, en los que se guardan las historias clínicas están sujetos a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esta Ley Orgánica establece que “el responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a los que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural⁶⁹”.

Esta misma Ley Orgánica impone al responsable del fichero, y a los que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal, la

65 Artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

66 Artículo 18.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

67 Artículo 16.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

68 Artículos 14.2 y 17.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

69 Artículo 9.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

obligación de guardar secreto profesional⁷⁰. Asimismo, dicha Ley Orgánica regula las infracciones y sanciones sobre el incumplimiento de la obligación de la custodia de los datos de carácter personal⁷¹. Por su parte, el Real Decreto 1720/ 2007, de 21 de diciembre, establece en relación con estos datos la adopción de unas medidas de seguridad de nivel alto⁷².

En cuarto lugar, tiene acceso a la historia clínica el personal de administración y gestión de los centros sanitarios, pero sólo respecto de los datos relacionados con las propias funciones⁷³. Asimismo, puede acceder a este documento “el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación”. Sin embargo, este acceso sólo puede tener lugar para “el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria⁷⁴”.

En quinto lugar, el acceso puede llevarse a cabo con fines judiciales. Este acceso está previsto en la Ley Orgánica 15/ 1999, de 3 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esta Ley Orgánica dispone que no será preciso el consentimiento del interesado cuando la comunicación o cesión de datos tenga por destinatarios, entre otros, a los jueces o tribunales “en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas⁷⁵”. En el caso de este supuesto de acceso, es preciso separar los datos de identificación personal del paciente de los de carácter clínico asistencial para así preservar su anonimato, salvo que el paciente haya consentido en no separarlos. De esta obligación “se exceptúan los supuestos de investigación de la

autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicos asistenciales, en los cuales estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso⁷⁶”.

Finalmente, el acceso a la historia clínica está permitido con fines epidemiológicos, de salud pública, investigación o de docencia. El acceso en este supuesto está regulada por la Ley Orgánica 15/ 1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la ley 14/ 1986, de 25 de abril, general de sanidad, y por la ley 14/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El artículo 16.3 de la Ley 41/ 2002 permite el acceso a la historia clínica con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia pero, al igual que en el supuesto del acceso con fines judiciales, obliga a preservar el anonimato del paciente, separando sus datos personales de los de carácter clínico asistencial, salvo consentimiento expreso en contra de la separación. Por su parte, la Ley Orgánica 15/ 1999 permite la cesión de datos personales, sin necesidad del consentimiento del interesado, cuando dicha cesión se produzca entre administraciones públicas y su finalidad sea el tratamiento de aquellos con fines, entre otros, científicos⁷⁷.

El acceso a los datos identificativos de los pacientes por las administraciones sanitarias a los que se refiere la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, es factible por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, cuando sea necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población. En estos supuestos “el acceso habrá de realizarse, en todo caso, por un profesional sanitario sujeto a secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por la Administración que solicite el acceso a los datos⁷⁸”.

70 Artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

71 Artículos 43 a 49 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

72 Artículos 111 a 113 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

73 Artículo 16.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

74 Artículo 16.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

75 Artículo 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en relación con el artículo 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

76 Artículo 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

77 Artículo 11.2.e) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

78 Artículo 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El acceso ilegítimo a la historia clínica puede dar lugar a las infracciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 15/ 1992, de 13 de diciembre y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, y a las deontológicas⁷⁹. Además, puede ser tipificado como un ilícito penal⁸⁰.

La jurisprudencia española ha contemplado varios supuestos de acceso ilegítimo a la historia clínica. Entre las sentencias más recientes, podemos examinar las siguientes.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 octubre de 2012, contempló un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 octubre 2011⁸¹.

El supuesto de hecho era el de una enfermera que trabajaba en un hospital. Conociendo los problemas de su hermana sobre la asignación de los hijos de ésta menores de edad cuando estaban con su padre, el cual convivía con otra mujer afectada por una posible patología psíquica, la enfermera accedió con su clave personal a la base de datos de dicho centro hospitalario. Allí, durante diecinueve accesos conoció los datos clínicos de la mujer que convivía con el marido de su hermana y se los transmitió a ésta. La madre de los menores presentó ante el Juzgado de Primera Instancia un escrito pidiendo la suspensión cautelar del régimen de visitas a favor del padre de los hijos. En el escrito alegó el peligro que suponía para los menores la situación psíquica de la mujer que convivía con su ex marido. Situación que había conocido a través de la historia clínica suministrada por su hermana.

La Audiencia Provincial de instancia condenó a la enfermera como autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Contra esta sentencia, la interesada interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley.

Entre otros argumentos, la recurrente alegó la vulneración del artículo 197.2, 3 y 5 del Código Penal por inexistencia de dolo, debido a que nunca tuvo la intención de menoscabar la intimidad ni de perjudicar a la conviviente con el marido de su hermana,

sino tan sólo la de proteger a los menores⁸². A juicio del Tribunal Supremo, el hecho de que la recurrente accediera a los datos clínicos para ayudar a su hermana y proteger a los hijos de ésta no implicaba la ausencia de dolo, pues aquélla voluntaria y conscientemente accedió a la historia clínica de la conviviente con el ex marido de su hermana y la transmitió a un tercero.

Asimismo, el Tribunal Supremo manifestó que el perjuicio que dicha acción pudo causar a la titular de los datos revelados es, según el artículo 197 del Código Penal, “la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido⁸³”.

Basándose en esta fundamentación, Tribunal Supremo afirmó que en este caso el perjuicio existió claramente porque la recurrente puso al descubierto los datos de la titular de la historia clínica, “cuyo carácter reservado está, por otro lado, fuera de toda duda, dañando con ello su derecho a mantenerlos secretos y ocultos⁸⁴”.

Por todo ello, el Tribunal Supremo, en su fallo, declaró no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de septiembre de 2015, examinó así mismo un recurso de casación, en este caso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 16 de febrero de 2015⁸⁵.

El caso examinado era el de un médico, personal laboral del INSALUD, circunstancia que le equiparaba a la condición de funcionario, el cual, utilizando su número de usuario y contraseña personal, entró en veinticinco ocasiones en la base de datos del INSALUD, sin autorización y sin que mediara relación asistencial, para consultar la historia clínica de varios de sus compañeros.

La Audiencia Provincial le condenó como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de especial relieve por haber sido cometido por un funcionario.

⁷⁹ El Código de Deontología Médica, de julio de 2011, en su artículo 27.3, dispone que “el hecho de ser médico no autoriza a conocer información confidencial de un paciente con el que no se tenga relación profesional”.

⁸⁰ Artículo 197 del Código Penal.

⁸¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, sentencia de 18 de octubre de 2012.

⁸² F. J. primero.

⁸³ F. J. primero.

⁸⁴ F.J. primero.

⁸⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, sentencia de 23 de septiembre de 2015.

Contra esta sentencia, el interesado interpuso un recurso de casación alegando, entre otros motivos, infracción de ley por la indebida aplicación del artículo 197 del Código Penal.

El Tribunal Supremo manifestó, en primer lugar, que no cabe diferenciar entre datos “objetivamente” relevantes, los cuales serían los únicos susceptibles de protección penal, y datos “inocuos”, que quedarían fuera de la intimidad penalmente protegida. El legislador ha querido incluir todos los datos de estas características, porque todos son merecedores de la protección penal⁸⁶.

Seguidamente, el Tribunal Supremo afirmó que la jurisprudencia, al contemplar las diversas conductas tipificadas en el artículo 197. 2 del Código Penal, “destaca que sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización y modificación) y al último (alteración o utilización) menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles - y con la misma pena- en el inciso segundo⁸⁷”.

Finalmente, y de acuerdo con la anterior fundamentación, el Tribunal Supremo declaró que “ toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley, formando parte de su derecho a la intimidad [...] La historia clínica estaría comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso, como hemos descrito, determina el perjuicio de tercero, el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos, sobre los que el ordenamiento le otorga un mayor derecho a controlar y mantener reservados, se desvelan ante quién no tiene autorizado el acceso a los mismos⁸⁸”.

En su fallo, el Tribunal Supremo declaró haber lugar parcialmente al recurso de casación, manteniendo la pena de cárcel impuesta por la Audiencia

Provincial y reduciendo la cuantía de la pena de multa declarada por este órgano judicial.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de diciembre de 2011, versó sobre la conducta de una auxiliar administrativa, que prestaba sus servicios en el Hospital Virgen Macarena de Sevilla, dependiente del Servicio Andaluz de Salud.

La acusada, sin que constase que para ello se aprovechase de las facilidades de su cargo, se hizo con la historia clínica de quién fue su esposo, del cual se encontraba en trámites de separación, relativa a las asistencias prestadas a éste en el mencionado centro hospitalario.

Este documento fue aportado en el Juzgado de Instrucción número 2 de Sevilla, para que surtiera efectos en el procedimiento seguido contra la acusada por un delito de malos tratos contra su ex marido.

La Audiencia manifestó que, aunque no se probó que la acusada accediese personalmente al registro dónde se encontraba la historia clínica, sí se demostró que de alguna forma accedió a ella y que la usó en perjuicio de tercero en el procedimiento en el cual era acusada de un delito de malos tratos⁸⁹.

En cuanto a la expresión “en perjuicio de tercero” contenida en el artículo 197.2 del Código Penal, la Audiencia puntualizó que “no supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero (que aquí lo hay), pues aunque el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, no tiene que ser el único y el prioritario móvil de la acción [...]. Se trata pues de un delito doloso, no de tendencia [...], que se entiende consumado en cuanto el autor conoce y tiene a su disposición los datos reservados en perjuicio del afectado, perjuicio que se proyectó en su concreto uso en un proceso pendiente entre ambos cónyuges⁹⁰”.

Como resultado de esta fundamentación, la Audiencia consideró a la acusada responsable penalmente del delito tipificado en el artículo 197. 2 y 6, por la participación material y dolosa que tuvo en su comisión⁹¹.

Consecuentemente, la Audiencia, en su fallo, condenó a la acusada como autora de un delito de revelación de secretos.

86 F. J. quinto, d).

87 F. J. quinto e).

88 F. J. quinto e).

89 F. J. primero.

90 F. J. segundo.

91 F. J. tercero.

En una reciente sentencia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca examinó el siguiente supuesto de hecho. Un médico, de Salud Pública del Centro Insular de Sanidad de Menorca, y una enfermera del mismo Centro mantuvieron una relación sentimental de duración indeterminada, la cual terminó a finales del año 2009.

Desde este momento, la relación entre ambos quedó muy deteriorada hasta el punto de que el médico, tras varios mensajes de texto a través del teléfono móvil, envió uno a la enfermera conteniendo graves insultos. Además, el médico, sin consentimiento de la enfermera, efectuó un total de ciento setenta y un accesos a las historias clínicas de ésta y de su familia. Al enterarse la enfermera de estos accesos sufrió una crisis de ansiedad que la hizo causar baja durante seis meses.

La Audiencia consideró probados estos hechos y manifestó que el artículo 197. 2 del Código Penal protege la libertad informática “entendida como un derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido⁹²”. Además, la Audiencia puso de relieve que, para la comisión del delito, los datos deben estar recogidos en ficheros o soportes informáticos, o en cualquier otro tipo de registro público o privado. Estos ficheros, en el sentido del artículo 197.2, deben ser un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas con un acceso y utilización limitada, dado el carácter reservado de los datos que contienen, a personas concretas y con finalidades específicas⁹³.

De acuerdo con esta fundamentación, la Audiencia señaló que, en el supuesto examinado, la actuación del acusado se produjo de acuerdo con el tipo delictivo del artículo 197.2 debido al acceso a los datos sin consentimiento de su titular. Por otra parte, el perjuicio ocasionado por dicha actuación quedó acreditado por el trastorno ansioso de la enfermera, generador de su baja laboral.

Además, la Audiencia manifestó que uno de los mensajes enviados a través del móvil por el acusado constituía una falta de injurias, de acuerdo con el artículo 620.2 del Código Penal. La razón, según la Audiencia es que “determinados vocablos y expresiones,

por su propio sentido gramatical, son tan claramente insultante o hirientes que el ánimo específico (de injuriar) se encuentra inscrito en ellas, poniéndose al descubierto con la simple manifestación de la expresión, como ocurrió en el presente caso⁹⁴”.

En su fallo, la Audiencia condenó al acusado, entre otras penas, como responsable de un delito continuado de descubrimiento de secretos y como autor de una falta de injurias leves.

Otra reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca examinó otro supuesto de acceso ilegítimo a unas historias clínicas⁹⁵. En este caso, el acusado, un médico del personal laboral del IBSALUD, circunstancia que le equiparaba a la condición de funcionario, aprovechándose de esta condición y utilizando una contraseña personal, entró sin autorización en veinticinco ocasiones en la base de datos del IBSALUD para consultar la historia clínica de cinco de sus compañeros, vulnerando así su derecho constitucional a la intimidad personal.

La Audiencia señaló que, según el Tribunal Constitucional, el concepto de intimidad ha ido evolucionando. Así, en un primer momento, se configuraba como un derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada. Posteriormente, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1999, pasó a concebirse como un bien jurídico relacionado con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación que le permiten controlar la información sobre su persona y familia en el ámbito público, configurando la dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o *habeas data*, que encuentra su apoyo en el artículo 18.4 de la Constitución⁹⁶.

Esta libertad informática significa, por tanto, el derecho a controlar el uso de los datos personales y familiares que pueden recogerse y tratarse informáticamente. Es decir, la capacidad de la persona para oponerse a que determinados datos personales se utilicen para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención⁹⁷.

Según la Audiencia, no existe una definición legal de dato reservado. Sin embargo una interpretación

92 F. J. segundo, I.

93 F. J. segundo, I.

94 F. J. segundo, II.

95 Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sentencia de 16 de febrero de 2015.

96 F. J. tercero.

97 F. J. tercero.

teleológica y sistemática del artículo 197 del Código Penal conlleva a sostener que dicho término “va referido a algo secreto oculto a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca⁹⁸”. Asimismo, la Audiencia manifestó que no importa la trascendencia y la importancia objetiva de los datos personales y familiares, sino que es suficiente con que no sean datos susceptibles de ser conocidos por cualquiera, siempre que pertenezcan al ámbito privado personal o familiar del titular y estén registrados en ficheros públicos o privados⁹⁹.

De la prueba realizada, la Audiencia concluyó que había quedado acreditada la cualidad de funcionario del acusado, así como su acceso en veinticinco ocasiones a las historias clínicas de varios de sus compañeros de trabajo sin la autorización de estos. Por tanto, se cumplen todos los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para entender que la conducta del acusado es subsumible en el tipo penal previsto en el artículo 197 en sus apartados 1 y 2 (modalidad de acceso) y 6 (datos de una especial relieve, cómo es la salud)¹⁰⁰.

Por todo ello, la Audiencia condenó al acusado como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de especial relieve, cometido por funcionario.

2.3 Intimidad y secreto médico

El derecho a la intimidad y a la confidencialidad del paciente se garantiza, además de por la consignación de sus datos de salud en la historia clínica, mediante el secreto médico.

El Tribunal Constitucional ha establecido de forma clara la relación entre el secreto médico y la intimidad. En este sentido, ha manifestado que “el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de los datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el secreto a la intimidad que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental”.

Esta relación - continúa diciendo el Tribunal Constitucional- “adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico, habida cuenta de la particularidad de la relación que se establece entre el profesional de la medicina y el paciente, basado firmemente en la confidencialidad y discreción y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse. De ahí que el secreto profesional sea concebido en este ámbito como norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes¹⁰¹”.

La Constitución se refiere al secreto profesional, una de cuyas especificaciones es el secreto médico, en los artículos 20.1.d) y 24.2¹⁰². Sin embargo, esta normativa no ha sido desarrollada, sino que se encuentra dispersa en distintas disposiciones estatales y autonómicas de diversa naturaleza jurídica, así como en códigos deontológicos. Por ello, la regulación actual de secreto profesional resulta confusa e insatisfactoria y resulta necesaria la aprobación de una ley que regule esta materia¹⁰³.

Entre la normativa que hace referencia al secreto profesional, cabe citar la Ley Orgánica 1/ 1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, la cual considera intromisión ilegítima “la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela¹⁰⁴”. Aunque esta disposición no menciona expresamente el secreto médico, es indudable que incluye a éste.

Asimismo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, manifiesta, en relación con las administraciones sanitarias, que todos tienen el derecho “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público¹⁰⁵”.

101 Tribunal Constitucional, Auto 600/1989 de 11 de diciembre, F. J. 2.

102 El artículo 20.1.d) dispone “...La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”; el artículo 24.2 establece: “... La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

103 Cfr. García Sanz, J., “El secreto profesional en el ámbito sanitario”, *Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2005, p. 195.

104 Artículo 7.4.

105 Artículo 10.3.

98 F. J. tercero.

99 F. J. tercero.

100 F. J. cuarto.

En materia de historia clínica, es preciso tener en cuenta, como ya vimos, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 y 100, de Protección de Datos de Carácter Personal. Esta norma dispone que “el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo¹⁰⁶”.

Por su parte, la Ley 41/2002, el 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se refiere en varios de sus artículos al secreto profesional. Así, establece que “la persona que elabore o tenga acceso a la información y documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida¹⁰⁷”. Complemento de esta obligación es el derecho de toda persona “a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley¹⁰⁸”. Finalmente, es necesario tener en cuenta el deber de secreto del personal que accede a la historia clínica en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁹.

Desde la perspectiva deontológica, el Código de Deontología Médica, de julio de 2011, dedica a varios artículos al secreto médico¹¹⁰.

El secreto médico no es absoluto. Por ello, tanto el Código de Deontología Médica¹¹¹ como diversas normas, establecen supuestos en los que el médico no sólo no está obligado a guardar secreto sino que debe

manifestar determinados datos del paciente, cediendo así su intimidad frente al interés público o la salud de terceros¹¹².

En primer lugar, el médico no está obligado a guardar el secreto en el caso de que el paciente consienta expresamente. No obstante, algunos autores opinan que la autorización del paciente a revelar el secreto no obliga al médico a hacerlo¹¹³.

En segundo lugar, el médico está liberado de su obligación de guardar secreto cuando la ley así lo establece. Dentro de este supuesto, existen varias situaciones.

Entre ellas, está la actuación del médico ante los tribunales. Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a los profesionales la obligación de denunciar cualquier delito público del que tuvieran noticia¹¹⁴. Asimismo, el médico está obligado a declarar cuando actúe como testigo o perito¹¹⁵.

En tercer término, el secreto médico está limitado en los casos de enfermedades de declaración obligatoria. En estos supuestos, el médico deberá declarar a las autoridades competentes este tipo de enfermedades. Respecto de esta cuestión, es preciso mencionar que el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, creó la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, incluyendo en su Anexo I la lista de enfermedades de declaración obligatoria¹¹⁶. Las actividades propias de este organismo son “la recogida sistemática de la información epidemiológica, su análisis e interpretación y la difusión de sus resultados y recomendaciones¹¹⁷”. Por su parte, las Comunidades Autónomas deben asegurar el envío al Ministerio de Sanidad y

106 Artículo 10.

107 Artículo 2.7.

108 Artículo 7.1.

109 Artículo 16.6.

110 Artículos 27 a 31.

111 El artículo 16.1 del Código de Deontología Médica dispone: “Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos y restringidos límites y, si lo estimara necesario, solicitando el asesoramiento del Colegio, el médico podrá revelar el secreto en los siguientes casos: a. Por imperativo legal. b. En las enfermedades de declaración obligatoria. c. En las certificaciones de nacimiento y defunción. d. Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo. e. Cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y éste permite tal situación. f. Cuando comparezca como denunciado ante el Colegio o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria. G. Cuando el paciente lo autorice. Sin embargo, esta autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad”.

112 Cfr. García Sanz, J., “El secreto profesional en el ámbito sanitario”, cit., p. 202.

113 Cfr. Martí Mercadal y Buisán Espeleta, L., “El secreto profesional en medicina”, en Vilardell, F. (coord.), *Ética y medicina*, Madrid, 1998, p. 95.

114 Artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

115 Artículo 416.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual exime del deber de testificar a los abogados; el artículo 417.1 manifiesta que no podrán ser obligados a declarar como testigos “Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio”. Ninguno de estos artículos menciona a los médicos; sobre este punto. Cfr. García Sanz, J., “El secreto profesional en el ámbito sanitario”, cit., p. 204.

116 Este Anexo ha sido modificado por la Orden SSI/445/2015, de 9 de marzo, que establece en sesenta el número de enfermedades de declaración obligatoria entre las cuales figuran la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).

117 Artículo 3 del Real Decreto 2210/1995.

Consumo de la información epidemiológica recogida con la periodicidad establecida en cada caso¹¹⁸.

La declaración obligatoria corresponde realizarla a los médicos en ejercicio, sean del sector público o del privado¹¹⁹. En estos casos, algunos autores consideran que estamos en presencia de un “secreto compartido”, porque solo se comparten los datos clínicos con otros profesionales obligados igualmente por el deber de guardar secreto en beneficio tanto del paciente como de la sociedad¹²⁰.

Especiales disposiciones se establecen en los casos del VIH y del sida. En relación con estas patologías, los médicos tanto del sector público como del privado, que diagnostiquen al enfermo, deberán notificarlo -obligatoriamente y de forma inmediata al diagnóstico- al registro de sida de su Comunidad Autónoma¹²¹. A su vez, “Los registros de las Comunidades Autónomas enviarán al Registro Nacional la información recogida sobre nuevos casos con periodicidad trimestral¹²²”.

En cuarto lugar, el médico no está vinculado por el secreto profesional en aquellos casos en los que se le puede causar un perjuicio. En este tipo de supuestos, el médico debe compaginar, siempre que pueda, “su derecho de defenderse con la obligación de confidencialidad, revelando solo los datos que sean estrictamente necesarios para que se conozca la realidad de los hechos, pero sin excederse en su revelación¹²³”.

Finalmente, el médico está exento del deber de secreto en los procedimientos disciplinarios que se le puedan incoar por la Organización Médica Colegial. En relación con estos supuestos es preciso tener en cuenta que el Código de Deontología Médica, de julio de 2011, dispone que “el incumplimiento de alguna de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, cuya corrección se hará a través del procedimiento normativo en ellos establecido¹²⁴”.

118 Artículo 7 del Real Decreto 2210/1995.

119 Artículo 9 del Real Decreto 2210/1995.

120 Cfr. Romeo Casabona, C.; Castellano Arroyo, M., “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, en *Derecho y Salud*, n.1, 1993, p.8.

121 Artículo 33 del Real Decreto 2210/1995.

122 Artículo 36 del Real Decreto 2210/1995.

123 Cfr. De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit., p. 124.

124 Artículo 2.2 del Código de Deontología Médica.

Estos Estatutos establecen como falta disciplinaria grave “la infracción grave del secreto profesional, por culpa o negligencia, con perjuicio para tercero¹²⁵”. Esta falta será sancionada con la suspensión del ejercicio profesional por tiempo inferior a un año¹²⁶. Asimismo, es considerada falta muy grave la violación dolosa de secreto profesional¹²⁷. Esta última falta acarrea la suspensión del ejercicio profesional por un tiempo superior a un año e inferior a dos¹²⁸.

Resulta evidente que el médico obligado declarar en este tipo de procedimientos disciplinarios no puede estar vinculado por el secreto profesional, porque, de estarlo, ello le impediría manifestar una información necesaria para la resolución de la falta por la que se le acusa.

La violación del secreto profesional, además de la imposición de las faltas disciplinarias mencionadas, puede suponer para el infractor la comisión de un delito. El Código Penal tipifica como delito la conducta del profesional que, incumpliendo su deber de reserva, divulgue secretos de otra persona¹²⁹. Este delito, que requiere para su persecución la denuncia del agraviado, se extingue con el perdón del ofendido¹³⁰.

2.4 Intimidad, confidencialidad y VIH/SIDA

Entre los diferentes supuestos de enfermedades de declaración obligatoria, vamos a examinar algunos problemas jurídicos planteados por el VIH/SIDA que, posteriormente, estudiaremos en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La razón de ello es la enorme difusión que han adquirido recientemente estas patologías, así

125 Artículo 64.3.c) de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, aprobados por el Real Decreto 1018/198, de 19 de mayo.

126 Artículo 65.4 de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial.

127 Artículo 64.4.b) de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial.

128 Artículo 65.5 de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial.

129 El artículo 199.2 del Código Penal dispone: “El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgare los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticinco meses e inhabilitación especial para dicha profesión por el tiempo de dos a seis años”.

130 Artículo 201.3 del Código Penal; sobre este punto, cfr. De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit., p.132 y ss.

como su peligrosidad para la salud. Asimismo, otra de las razones de este examen radica en la incidencia de estas enfermedades en diversos ámbitos con relevancia jurídica tales como las relaciones de pareja y familiares, así como en el campo laboral. Además, no puede olvidarse que este tipo de enfermedades generan un rechazo personal y social que muchas veces conduce a la marginación de quienes las sufren.

Antes de comenzar este examen, conviene precisar algunos conceptos. El virus de inmunodeficiencia humana (VIH) es un retrovirus que ataca al sistema inmunológico de la persona, destruyendo paulatinamente su capacidad defensiva. Por su parte, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) es un conjunto de manifestaciones clínicas, que aparecen cuando la inmunodeficiencia causada por la infección del VIH es muy acusada y el sistema inmunológico es incapaz de defender el organismo. El sida puede considerarse como la etapa más grave y terminal del VIH.

Una primera cuestión, contemplada jurisprudencialmente, es la relación entre el derecho a la intimidad de la persona con sida y la libertad de información. El caso concreto era la información contenida en un periódico balear titulada "un arquitecto palmesano con sida", en la que se mencionaba a un profesional de la arquitectura, contagiado con esta enfermedad, y a otra persona con la cual convivía. La noticia estaba redactada de tal modo que ambos eran identificables con facilidad.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 18 de julio de 1989, condenó al periódico al pago de una determinada cantidad como consecuencia de un proceso civil de protección jurisdiccional del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Contra esta sentencia se presentó un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional manifestó que cuando la libertad de información "se quiere ejercer sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso, para que su protección sea legítima, que lo informado resulte de interés público [...] Tal relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman las perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de otra"¹³¹.

¹³¹ Tribunal Constitucional, sentencia 20/1992, de 14 de febrero, F.J. 3.

En virtud de esta fundamentación, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo¹³².

Un segundo problema, en relación con la intimidad y confidencialidad, es el de las relaciones de pareja en las que uno, o los dos, integrantes de la misma es portador del sida.

Respecto de este problema, es preciso señalar en primer lugar, que la no comunicación por el infectado por el sida de esta circunstancia a su pareja no añade nada a la ilicitud penal de su conducta, la cual consiste exclusivamente "en el hecho de haber realizado los actos que casualmente provocaron el contagio, con la intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado"¹³³.

En sentido contrario, si uno de los componentes de la pareja informa al otro que está infectado por el sida y este último, a pesar de ello, quiere mantener relaciones sexuales sin adoptar las precauciones debidas, se excluiría plenamente la responsabilidad penal¹³⁴.

Si el portador del sida no se lo comunicó a su pareja y hay riesgo de contagio, o contagio de hecho, estaría cometiendo un delito tipificado en el artículo 147 del Código Penal - si existe dolo eventual- o en el artículo 152 - si solo se aprecia imprudencia grave-¹³⁵.

El Tribunal Supremo examinó un supuesto de esta naturaleza, en el que se apreció la existencia de un delito de imprudencia grave¹³⁶. El caso contemplado era el de una persona infectada por el sida que, siendo consciente de ello, mantuvo relaciones sexuales con una mujer sin informarla de su enfermedad y utilizando como medio de protección un preservativo. Debido a la rotura del preservativo en varias ocasiones, la mujer quedó embarazada y dio a luz a una niña a la que contagió durante el parto el virus del sida. Tras divorciarse, la mujer presentó una querrela contra su ex marido por un delito de lesiones.

¹³² Sobre esta sentencia, cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p.149; De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit., pp. 34-35.

¹³³ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, sentencia 528/2011, de 6 de junio, F.J.1.

¹³⁴ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, sentencia 528/2011, de 6 de junio, F.J. 1; Tribunal Supremo, Auto de 15 de septiembre de 2005.

¹³⁵ Cfr. Ramiro Avilés, M.A; Ramírez Carvajal, P., *VIH y Privacidad*, en Universidad de Alcalá. Clínica Legal de la Facultad de Derecho, www.cesida.org/wp-content/.

¹³⁶ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, sentencia 528/2011, de 6 de junio.

La sentencia de instancia absolvió al querellado de los delitos por los que se le acusaba. La mujer presentó un recurso de casación contra dicha sentencia por infracción de ley.

El Tribunal Supremo manifestó que la utilización por el acusado de preservativos, como medida de prevención del embarazo, excluía no solo la presencia de un dolo directo sino también de un dolo eventual. No obstante, afirmó que “no ocurre lo mismo [...], en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1.2º del Código Penal por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aún con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados (por el acusado), era no sólo evitable sino sin duda también previsible¹³⁷”.

Siguiendo esta fundamentación, el Tribunal Supremo consideró que en este caso se estaba en presencia de dos diferentes imprudencias, en relación con la madre y la hija, del artículo 152.1.2º, del Código Penal, en concurso ideal de acuerdo con el artículo 77 del mismo Código¹³⁸.

En virtud de ello, el Tribunal Supremo condenó al acusado como autor de sendos delitos de lesiones imprudentes.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid apreció la existencia de dolo eventual en el supuesto de una mujer con sida y conocedora de la probabilidad de contagio por haber sido informada. Esta persona mantuvo relaciones sexuales durante más de un año con su compañero, sin informarle de su enfermedad y sin exigirle el uso del preservativo. Para la Audiencia Provincial, “esa persistencia en la acción por un lado y en el silencio por otro, unida a la consecuencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual¹³⁹”.

En tercer término, es preciso tener en cuenta los especiales problemas que plantea el secreto médico

en los casos en los que el portador del sida puede suponer un riesgo para la salud de terceros. El supuesto más típico de este caso es el de si el médico debe informar a la pareja del paciente seropositivo, cuya vida corre peligro a causa de la ocultación de la enfermedad por parte de su compañero.

Algunos autores opinan que en estos casos el médico tiene la obligación de informar a las personas que corren peligro de ser contagiadas¹⁴⁰. Por el contrario, otros autores consideran que el secreto médico tiene prevalencia y, por tanto, no se debe informar a terceros de la enfermedad de los pacientes¹⁴¹.

La doctrina mayoritaria entiende, en nuestro criterio acertadamente, que el médico puede y debe quebrantar su obligación de secreto y dar a conocer la enfermedad a terceros, amparado por el estado de necesidad y siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 20.5 del Código Penal¹⁴². La razón en estos casos es que el derecho a la intimidad del paciente debe ceder ante otros derechos, como la vida y la protección de la salud, considerados como objeto de una protección preferente¹⁴³.

Por último, debemos examinar la incidencia del VIH/SIDA en las relaciones laborales.

En esta cuestión, hay que partir de la base de lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Esta ley se aplica tanto al personal que tenga la condición jurídica de funcionario como al estatutario y al laboral.

El artículo 22 de la Ley establece un principio general y tres excepciones.

140 Cfr. Muñoz Conde, F., “Falsedad documental y secreto médico en el ámbito sanitario”, en *Derecho y Salud*, 1994, n. 4, p.152.

141 Cfr. Barbero Gutiérrez, J., “Sida y familia: cómo y a quién informar”, en MEDIFAM, 1994-4, p. 91; Romeo Casabona, C., “La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho penal”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 985.

142 El artículo 20 del Código Penal dispone que están exentos de responsabilidad criminal: “5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”.

143 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 150; De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, cit., p.124; Sola Reche, E., “Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH+”, en *Derecho y Salud*, vol. 3, Enero-Diciembre, 1995, p. 106; García Sanz, J., “El secreto profesional en el ámbito sanitario”, cit., p.208.

137 F.J. 1.

138 F.J. 2.

139 Audiencia Provincial de Madrid, sentencia de 2 de enero de 2004.

El principio general consiste en que los reconocimientos médicos en la empresa requieren el consentimiento del trabajador. Tienen, por tanto, carácter dispositivo y no imperativo¹⁴⁴. Además, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, dicho consentimiento, para que sea eficaz, debe ser informado¹⁴⁵.

Junto a este principio general, la ley menciona tres excepciones. La primera es cuando el reconocimiento “sea imprescindible para evaluar las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores”. La segunda tiene lugar cuando este reconocimiento sea necesario “para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”. Finalmente, la tercera excepción se aplicará “cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad¹⁴⁶”.

La primera excepción debe interpretarse restrictivamente, porque si no fuera así, sería inútil la regla de la voluntariedad¹⁴⁷. La segunda de las excepciones comporta que el derecho a la intimidad del trabajador debe ceder ante la prevención del peligro que su estado de salud pueda suponer para otras personas e, incluso, para él mismo. De este modo, la seguridad y la salud en el trabajo se configuran como un derecho irrenunciable para el trabajador, porque el interés objeto de protección es superior al meramente individual¹⁴⁸. Un ejemplo de esta excepción se encuentra establecido en la Ley General de la Seguridad Social. En ella se dispone que todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social¹⁴⁹.

Finalmente, la mención en la tercera excepción de “una disposición legal” es preciso entenderla como comprensiva no solo de la ley formal, sino también de las disposiciones de carácter reglamentario¹⁵⁰.

Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores deberán ser realizados por el personal sanitario técnicamente competente y con formación y capacidad acreditada¹⁵¹. Además, se utilizarán los reconocimientos menos molestos para el trabajador y que sean proporcionados al riesgo¹⁵². Asimismo, dichas medidas deberán respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador, así como a la confidencialidad sobre su estado de salud¹⁵³.

En relación con el derecho a la intimidad del trabajador, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ella se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal¹⁵⁴”.

Los datos sobre la vigilancia de la salud de los trabajadores serán comunicados al interesado y no podrán ser utilizados con fines discriminatorios, ni en perjuicio de éste. Asimismo, el acceso a los datos médicos de carácter personal está limitado al médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores. Estos datos no pueden facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

Sin embargo, deberá informarse, al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención, de las conclusiones derivadas de los reconocimientos efectuados respecto de la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo y de la necesidad de introducir o mejorar los medios de protección y prevención, con el fin de

144 Artículo 22. 1.

145 Tribunal Constitucional, sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, F.J. 9.

146 Artículo 22.1.

147 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p.151.

148 Cfr. Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, cit., p. 151.

149 Artículo 243.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; la mención del Ministerio de Empleo y Seguridad Social hay que entenderla referida actualmente al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

150 Entre la amplia normativa de desarrollo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, cabe citar el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; y el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.

151 Artículo 22.6.

152 Artículo 22.1.

153 Artículo 22.2.

154 Tribunal Constitucional, sentencia 196/2004, de 15 de noviembre, F.J.5.

que puedan llevar a cabo correctamente sus funciones en materia preventiva¹⁵⁵.

En relación con el VIH/SIDA, debe señalarse que si bien estas patologías son enfermedades de declaración obligatoria no lo son de tratamiento obligatorio, salvo casos de urgencia o necesidad o que constituyan un peligro para el afectado, para los demás trabajadores, u otras personas relacionadas con la empresa.

Sobre esta cuestión, es preciso tener en cuenta la Declaración de la Reunión Consultiva de la Organización Mundial de la Salud, sobre el sida y el lugar de trabajo, celebrada en Ginebra del 27 al 29 de junio de 1998. Las conclusiones de esta Declaración han sido sustancialmente reiteradas por las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre el VIH y el Sida y el mundo del trabajo, de 17 de junio de 2010, n. 200.

De estos documentos, cabe extraer los siguientes principios.

En la mayoría de las situaciones laborales no existe riesgo de contraer o transmitir el sida, bien sea de unos trabajadores a otros, de un trabajador a un cliente o de éste al trabajador. Por ello, no se debe exigir a ningún trabajador que se someta a una prueba de detección del VIH, ni que revele su estado serológico respecto de esta patología¹⁵⁶.

El estado serológico no debe ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o la consecución de la igualdad de oportunidades¹⁵⁷.

La infección por el VIH no debe ser una causa para dar por finalizada una relación laboral. Las ausencias temporales del trabajo por causa de enfermedades relacionadas con el VIH tienen que ser tratadas de la misma manera que las ocasionadas por otras razones de salud¹⁵⁸.

A las personas con enfermedades relacionadas con el VIH no se les debe negar la posibilidad de realizar su trabajo, aunque haya que hacer ajustes razonables, mientras que sean medicamente aptas para ello¹⁵⁹.

Especiales precauciones y recomendaciones deben ser tenidas en cuenta en el caso de los profesionales sanitarios con VIH/SIDA. Sobre esta cuestión hay que tener en cuenta las Recomendaciones de la Secretaría del Plan Nacional del Sida¹⁶⁰.

Estas Recomendaciones parten de la base de que el riesgo de transmisión de los profesionales sanitarios infectados a los pacientes, en procedimientos médicos, quirúrgicos y dentales, es excepcionalmente bajo y muy improbable. Por ello, no se justifica en absoluto la realización de un cribado serológico del personal sanitario como teórica medida de protección de los pacientes. Las circunstancias en las cuales existe un riesgo de transmisión se reducen a los casos en que ocurre un accidente durante un acto quirúrgico o/e invasor con exposición del paciente a la sangre del profesional sanitario o viceversa.

A estos efectos, las Recomendaciones definen los procedimientos invasores con riesgo de exposición accidental a los virus de transmisión sanguínea. Estos procedimientos son aquellos en los que las manos enguantadas del trabajador pueden entrar en contacto con instrumentos cortantes, puntas de aguja, o fragmentos de tejidos punzantes o cortantes (espícula de hueso, dientes), situadas en el interior de una cavidad abierta del cuerpo, herida o espacio anatómico, o aquellos en los que las manos o las puntas de los dedos pueden no estar completamente visibles durante parte del procedimiento¹⁶¹.

Sobre la base de esta definición, las recomendaciones clasifican a los trabajadores sanitarios portadores de virus de transmisión sanguínea en tres grupos.

El primero de ellos está integrado por los trabajadores sanitarios que no realizan procedimientos invasores y que aplican en su trabajo las precauciones universales¹⁶². Estos trabajadores pueden continuar desarrollando su labor habitual, pero se les deben practicar los controles médicos adecuados.

El segundo grupo está formado por los trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores

155 Artículo 22.4.

156 Apartado 3, i) de las Recomendaciones.

157 Apartado 10 de las Recomendaciones.

158 Apartado 11 de las Recomendaciones.

159 Apartado 13 de las Recomendaciones.

160 Recomendaciones relativas a los profesionales sanitarios portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y otros virus transmisibles por la sangre, virus de la hepatitis B (VHB) y virus de la hepatitis C (VHC), Marzo 1998.

161 Apartado 3 de las Recomendaciones citadas en la nota 160.

162 Apartado 4.A) de las Recomendaciones citadas en la nota 160; este apartado se refiere a las MUPT, es decir, a las Medidas Universales de Prevención de la Transmisión.

no incluidos en los entre los que pueden predisponer a exposiciones accidentales y que aplican en su trabajo las precauciones universales. Esta clase de trabajadores podrán continuar desarrollando su labor habitual, siguiendo sus controles clínicos¹⁶³.

Finalmente, en el tercer grupo figuran los trabajadores sanitarios que realizan procedimientos invasores con riesgo de exposiciones accidentales. Dado el riesgo extremadamente bajo de la transmisión del VIH desde un profesional infectado por este virus a sus pacientes, no parece justificada a priori una recomendación generalizada de que estos profesionales dejen de realizar dichos procedimientos. Por ello, es recomendable que, en estos casos, cualquier decisión que se adopte sea tomada de forma particularizada¹⁶⁴.

En cuanto a los pacientes sometidos a procedimientos invasores, ingresados en instituciones hospitalarias, las Recomendaciones hacen constar la extrema rareza de la transmisión del VIH a esta clase de enfermos. Por ello, consideran injustificados los estudios serológicos retrospectivos en estos pacientes sometidos a exploraciones invasoras por un personal sanitario seropositivo. Entre otras razones, porque una información generalizada e indiscriminada a los pacientes, a quienes se han practicado procedimientos invasores por profesionales infectados por el VIH, solo crearía una situación de alarma la cual no sería acompañada de resultados beneficiosos que pudieran justificarla¹⁶⁵.

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, del mismo modo que la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁷, emplea la expresión “vida privada” y no menciona el término “intimidad”¹⁶⁸. Sin embargo, no cabe

duda de que, dada la amplitud del concepto “vida privada”, no susceptible de una definición exhaustiva¹⁶⁹ y con una gran virtualidad expansiva, el derecho a la intimidad en diversos aspectos de la vida personal y familiar se encuentra incluido en el mismo.

De acuerdo con una opinión doctrinal, la vida privada sería sinónimo de un aspecto más o menos íntimo y doméstico propio de cada persona, identificable con un concepto restringido de la intimidad¹⁷⁰. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que el Tribunal Constitucional español, ha venido progresivamente abandonando esa visión restringida del derecho a la intimidad. Así, junto a los aspectos referentes a la esfera más íntima de la persona, el término vida privada, empleado por el artículo 8.1 del Convenio, incluye también para el mencionado Tribunal facetas externas y dinámicas relativas a las relaciones interpersonales¹⁷¹.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que el artículo 8 del Convenio protege: “un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior y puede incluir actividades de naturaleza profesional o comercial. Existe, por tanto, una zona de interacción de la persona con otras, incluso en un ámbito público, que puede incluirse dentro de la noción de vida privada”¹⁷².

Por otra parte, es preciso tener presente que el derecho al respeto de la vida privada no depende de la condición de personaje público de una persona. Para el Tribunal, “cualquiera, aunque sea conocido para el público en general, tiene que ser capaz de disfrutar de una expectativa legítima de protección y de respeto a su vida privada”¹⁷³. Lo que sucede en este caso es

163 Apartado 4.B) de las Recomendaciones citadas en la nota 160.

164 Apartado 4.C) de las Recomendaciones citadas en la nota 160.

165 Apartado 5 de las Recomendaciones citadas en la nota 160.

166 Artículo 12.

167 Artículo 17.

168 El artículo 18.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

169 Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en las sentencias Peck contra el Reino Unido, de 28 de enero de 2003, apartado 57; y Sedabas y Dzianbas contra Lituania, de 27 de julio de 2004, apartado 43.

170 Sobre esta cuestión, cfr. Arzoz Santisteban, X., “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en Lasagabaster Herrarte, I. (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Cizur Menor, 2009, p.301; en este epígrafe seguimos lo expuesto por este autor.

171 Cfr., Lezertua, M. “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en López Ortega, J.J. (dir.), *Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar*, Madrid, 1996, pp. 65 y ss.

172 Cfr., entre otras, la sentencia P.G. y J.H. contra el Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, apartado 56.

173 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia sobre el caso Von Hannover contra Alemania, de 24 de junio de 2004, apartado 69.

que la expresión vida privada puede tener un sentido más restrictivo para los personajes públicos que para las personas que no lo son, sobre todo en relación con las mismas actividades desarrolladas por ambos en lugares públicos¹⁷⁴.

Del examen de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal sobre el artículo 8, se observa la emergencia del desarrollo de la personalidad como concepto básico. Así, ambos organismos judiciales han desarrollado una doctrina que no solo se refiere al significado estricto de la vida privada, sino que comprende un amplio conjunto de manifestaciones de la personalidad individual¹⁷⁵. En este sentido, el Tribunal ha manifestado que artículo 8 del Convenio constituye una garantía “destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias exteriores, de la personalidad de cada individuo en sus relaciones con sus semejantes¹⁷⁶”.

De esta jurisprudencia se deduce la tendencia expansiva de la noción de vida privada, que comprende cada vez mayores aspectos del desarrollo de la personalidad con incidencia en todos los ámbitos del Derecho¹⁷⁷.

Por otro lado, según la jurisprudencia de los órganos judiciales de Estrasburgo, el artículo 8 del Convenio no solo impone al Estado la obligación de no interferir arbitrariamente en la vida privada de las personas. Obliga también a los poderes públicos a adoptar medidas positivas para lograr el respeto efectivo de la vida privada y familiar.

Entre los aspectos específicos protegidos por el artículo 8 del Convenio figuran la recopilación, conservación, utilización y revelación de datos personales o confidenciales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado varios casos concernientes a estos supuestos. Entre otros, podemos mencionar los siguientes.

Según el Tribunal, la recopilación secreta, efectuada por la policía, de datos sobre la vida privada de

una persona y su utilización para el nombramiento de cargos públicos, constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada protegido por el artículo 8 del Convenio¹⁷⁸.

Asimismo, el Tribunal ha manifestado que la simple recopilación y conservación de datos personales, prescindiendo de que estos datos sean de naturaleza íntima o no o que sea utilizada en perjuicio de la persona, constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada¹⁷⁹.

El Tribunal también ha puesto de relieve que la negativa a acceder al expediente de una persona, archivado en el Ayuntamiento de Liverpool, para así poder conocer su pasado referente a los años en que fue internada siendo menor de edad en un establecimiento para el cuidado de la infancia, supone una violación del derecho al respeto de la vida privada según el artículo 8 del Convenio¹⁸⁰.

Especial relieve tienen los supuestos de injerencia sobre los datos clínicos de las personas, bien sea mediante la infracción del deber de confidencialidad de los profesionales médicos, a través de la revelación del contenido de la historia clínica, o, en sentido contrario, ocultando a la pareja con la que se convive la enfermedad que puede contagiarla. Estos supuestos, referentes a las personas portadoras del VIH/SIDA, así como los casos de discriminación de las mismas por causas de su enfermedad, son los que examinaremos a continuación.

4. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y EL VIH/SIDA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

4.1 VIH/SIDA e intimidad

En la sentencia sobre el caso *Z. contra Finlandia*, de 25 de febrero de 1997, la demandante era una ciudadana finlandesa la cual, lo mismo que su esposo

174 Cfr. Arzoz Santisteban, X., “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, cit., pp.302-303.

175 Sobre este punto cfr. Arzoz Santisteban, X., “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, cit., p. 303.

176 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia sobre el caso Botta contra Italia, de 24 de febrero de 1998, apartado 32.

177 Cfr. Arzoz Santisteban, X., “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, cit., p. 305.

178 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia sobre el caso Leander contra Suecia, de 26 de marzo de 1987, apartados 46-48.

179 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia sobre el caso Aman contra Suecia, de 14 de febrero de 2000, apartados 69-70.

180 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia sobre el caso Gaskin contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989.

del que posteriormente se divorció, estaba infectada por el VIH.

Como consecuencia de un proceso penal contra su marido - acusado de diversas agresiones sexuales y de varios intentos de homicidio- el fiscal ordenó al hospital en el que eran tratados la entrega de su historia clínica. En ella figuraba que, tanto él como su mujer, eran portadores del VIH.

El Tribunal de Primera Instancia condenó al marido a una pena de siete años de prisión. El Tribunal de Apelación elevó la condena a once años y facilitó a la prensa una copia de la sentencia. El texto de esta mencionaba que los dos esposos, identificados por sus nombres y apellidos, estaban infectados por el VIH. Como consecuencia de la información recibida, uno de los principales periódicos de Helsinki publicó un artículo en el que se daba cuenta del juicio mencionando, entre otras cosas, que la esposa, citada con su nombre y apellidos, era VIH positiva.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la esposa alegó la violación del artículo 8 del Convenio, debido a que las autoridades finlandesas no evitaron la divulgación por la prensa de su identidad, su estado clínico de portadora del VIH y la finalización de su contrato laboral por esta causa.

El Tribunal, antes de entrar a examinar el fondo del asunto, expuso unas consideraciones generales, que después serían reiteradas por sentencias posteriores, sobre la importancia de la protección de los datos personales y, especialmente, de los contenidos en la historia clínica.

En este sentido, el Tribunal manifestó que “la protección de los datos personales, incluidos los de carácter médico, tiene una importancia fundamental para el disfrute del derecho de toda persona al respeto de la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio. El respeto de la confidencialidad de los datos médicos es un principio esencial en los sistemas jurídicos de todas las Partes del Convenio. Es crucial no solo el respeto de la privacidad de un paciente sino también la preservación de su confianza en la profesión médica y en los servicios sanitarios en general¹⁸¹”.

Tras estas manifestaciones, el Tribunal puso de relieve que “las consideraciones anteriores son especialmente válidas respecto de la protección de la

confidencialidad de la información de que una persona está infectada por el VIH. La revelación de estos datos puede afectar dramáticamente a su vida privada y familiar, así como a su situación social y laboral, al exponerle al oprobio y al riesgo de ostracismo. Por este motivo puede desanimar a algunas personas a pedir un diagnóstico o un tratamiento y así mermar los esfuerzos preventivos de la comunidad para contener la pandemia [...]. Una injerencia semejante no puede ser compatible con el artículo 8 del Convenio, salvo que se justifique por una necesidad social imperiosa¹⁸²”.

No obstante, el Tribunal aceptó que “el interés de un paciente y de la comunidad en su conjunto en la protección de la confidencialidad de los datos médicos puede ser superado por el interés en la investigación y persecución del delito, así como en la publicidad de los procesos judiciales cuando tales intereses se han revelado como más importantes¹⁸³”.

En el presente caso, el Tribunal consideró justificado el procedimiento de obtención de los datos médicos, en razón del fin perseguido y de las diversas garantías existentes en favor del demandante¹⁸⁴. Sin embargo, afirmó la *inexistencia de un interés público prevalente* para la publicación por la prensa del nombre y apellidos de la demandante y de su condición de portadora del VIH.

Por ello, declaró que esto supuso una violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por artículo 8 del Convenio¹⁸⁵.

En nuestra opinión, la sentencia sobre el *caso Z. contra Finlandia* resulta plenamente acertada, tanto desde el punto de vista de su fundamentación como de su fallo.

Tiene la importancia de señalar unos principios generales sobre la protección de los datos personales y, especialmente, de los datos médicos relativos a las personas portadoras del VIH/SIDA. Igualmente, a nuestro juicio, resuelve correctamente la ponderación entre los derechos a la libertad de información y a la confidencialidad. Finalmente, sobre esta última cuestión, pone de relieve para fundamentar su fallo, como lo había hecho el Tribunal Constitucional español en la sentencia 20/1992, de 14 de febrero, que el criterio básico para valorar las injerencias de la

181 Apartado 95.

182 Apartado 96.

183 Apartado 97.

184 Apartados 106 a 110.

185 Apartado 113.

libertad de información en la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado.

Evidentemente, en este caso, la identificación de la demandante mediante la publicación de su nombre y apellidos no puede considerarse que esté justificada por un interés público prevalente.

El caso I. contra Finlandia, resuelto mediante la sentencia de 17 de julio de 2008, versaba sobre una enfermera que trabajaba en el servicio de enfermedades oculares en un hospital público. Durante unos años acudió al Servicio de enfermedades infecciosas del mismo hospital, donde la diagnosticaron que era VIH positiva.

En 1992, la mencionada enfermera comenzó a sospechar que sus colegas conocían su enfermedad. Tras comunicárselo al médico que la trataba, se llevó a cabo una reforma en el registro de historias clínicas para que solo pudieran acceder al mismo los profesionales a cargo de los enfermos y no el resto del personal sanitario, como sucedía hasta entonces.

En 1995, la enfermera cambió de trabajo al no serle renovado su contrato temporal. Posteriormente, inició un proceso civil ante el Tribunal de Distrito, alegando un daño económico y moral debido a la ineficacia del hospital en la custodia de la confidencialidad de sus datos médicos. Este Tribunal rechazó su demanda, como también lo hicieron los órganos judiciales superiores.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la demandante invocó la violación del artículo 8 del Convenio, alegando que la autoridad sanitaria competente no había cumplido con su deber de establecer un registro del cual no pudiera ser divulgada una información confidencial como paciente.

El Tribunal reiteró, en primer lugar, las consideraciones manifestadas en los apartados 95 y 96 de la sentencia sobre el caso Z. contra Finlandia, a la cual nos hemos referido¹⁸⁶.

En segundo lugar, el Tribunal manifestó que, antes del comienzo 1990, ya existían en la legislación finlandesa disposiciones dirigidas a la protección de los datos personales sensibles. En este sentido, se refirió a la Ley de Archivos Personales de 1987 según la cual los datos personales tenían que ser apropiadamente asegurados contra, entre otras cosas, su acceso

ilegal¹⁸⁷. Sobre esta cuestión, el Tribunal afirmó que lo decisivo en este caso era que el sistema de registro del hospital no cumplía, en modo alguno, con las prescripciones de la mencionada Ley de Archivos Personales¹⁸⁸. Por ello, puso de relieve que debía aceptarse la alegación de la demandada de que sus datos médicos no habían sido adecuadamente asegurados contra un acceso no autorizado¹⁸⁹.

Finalmente, el Tribunal señaló que el mero hecho de que la legislación finlandesa permitiera a la demandante exigir una compensación por los daños causados mediante la divulgación ilegal de sus datos personales, *no era suficiente para proteger su vida privada*.

Por todo ello, tras manifestar que el Estado finlandés no cumplió con su obligación positiva de asegurar el derecho de la demandante al respeto de su vida privada, el Tribunal declaró que había existido una violación del artículo 8 del Convenio¹⁹⁰.

En esta sentencia, el punto clave son las obligaciones positivas que tiene el Estado para salvaguardar el derecho a la vida privada y familiar. Concretamente, en el caso examinado, el deber de asegurar la protección de los datos médicos depositados en el registro de un hospital público, de cuyas actuaciones es responsable, en última instancia el Estado, contra su acceso ilegítimo.

Sobre este punto, el Tribunal puso de relieve, en nuestra opinión fundadamente, el incumplimiento por las autoridades hospitalarias de la normativa contenida en la sección 26 de la Ley de Archivos Personales de 1987. Esta normativa, que establece medidas adecuadas para garantizar la seguridad de los datos personales contenidos en los registros hospitalarios, no fue valorada suficientemente por los tribunales nacionales.

Por otra parte, nos parece lógica la afirmación del Tribunal, para fundamentar la existencia de una violación del artículo 8 del Convenio, de que una compensación económica no resulta suficiente para una adecuada protección del derecho a la vida privada.

Los casos Armoniené contra Lituania y Biriuk contra Lituania, dada su similitud y conexión, fueron resueltos por dos sentencias, ambas de fecha de 25

186 Apartado 38.

187 Apartado 39.

188 Apartado 44.

189 Apartado 46.

190 Apartados 47 a 49.

de noviembre de 2008, en las que el Tribunal utilizó idéntica argumentación.

En el caso Armoniené, la demanda fue presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la señora Armoniené en favor de su esposo Lai-mutis Armonas, fallecido el 15 de abril de 2002.

La familia Armonas vivía en un pueblo de Lituania. El periódico más importante de este país publicó una noticia, antes del fallecimiento del señor Armonas, en la cual informaba de que una mujer soltera, madre de dos hijos -la señora Biriuk- vecina de dicho pueblo- era VIH positiva. Asimismo, la noticia mencionaba que el padre de los dos niños era el señor Armonas, el cual era también VIH positivo.

En ambos casos, los demandantes acudieron al Tribunal del Tercer Distrito de Vilnius, el cual falló a su favor y les concedió la cantidad de 2896 € como compensación del daño moral sufrido. El Tribunal Supremo no modificó esta cantidad, debido a que los demandantes no habían probado que la información contenida en el periódico hubiese sido publicada intencionadamente.

Las respectivas demandantes -la señora Armoniené y la señora Biriuk- acudieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocando la violación del artículo 8 del Convenio. Alegaron que el Estado lituano no había asegurado el derecho al respeto de su vida privada, debido a la irrisoria cantidad de dinero que les había sido otorgada. Además, manifestaron que la legislación nacional no establecía un remedio efectivo, desde el punto de vista del artículo 8, porque limitaba la cantidad máxima para la reparación de los daños morales a causa de la denominada ruptura “no intencional” de la privacidad por los medios de difusión.

El Tribunal recordó su doctrina sobre la importancia de la protección de los datos personales y, en especial de los datos médicos, enunciada en el caso Z. contra Finlandia. Asimismo, manifestó que las noticias publicadas en el periódico eran de naturaleza exclusivamente privada y estaban, por tanto, bajo la protección del artículo 8 del Convenio. Además, hizo notar que las demandantes vivían en un pueblo y no en una ciudad lo cual incrementaba la posibilidad del conocimiento de la enfermedad por su familia y vecinos, causándolas una humillación pública y su excursión de la vida social¹⁹¹.

En relación con la suma otorgada por la jurisdicción nacional como compensación por el daño moral causado, el Tribunal puso de relieve que la cuestión principal era determinar si mediante ella el Estado había cumplido con sus obligaciones positivas de acuerdo con el artículo 8 del Convenio¹⁹². A este respecto señaló que los Estados pueden regular la compensación por los daños morales de manera diferente, con tal de que los límites a la misma no priven al individuo de su privacidad y vacíen, por tanto, de contenido este derecho¹⁹³.

Por otra parte, el Tribunal reconoció que la imposición de graves sanciones a la prensa puede tener un efecto disuasorio sobre ejercicio de las garantías esenciales de la libertad de expresión periodística, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio. Sin embargo, en el caso de *un abuso ultrajante de la libertad de prensa*, como se da en el presente supuesto, el Tribunal manifestó que las severas limitaciones legislativas sobre la discreción judicial para reparar el daño sufrido por la víctima y para impedir la reiteración de tales abusos, no otorgaron a las demandantes la protección que cabría haber legítimamente esperado según el artículo 8 del Convenio¹⁹⁴.

Por todo ello, el Tribunal concluyó que había existido una violación del artículo 8 del Convenio. Además, otorgó a las demandantes la suma de 6500 € en concepto de reparación por los daños morales causados.

Estas sentencias contienen varias cuestiones de interés.

En primer lugar, el caso Armoniené planteó la cuestión de la legitimación activa ante el Tribunal, puesto que la demanda fue presentada por la viuda del interesado, el cual ya había fallecido antes de la finalización de los procesos nacionales. Por ello, el Gobierno lituano sostuvo que la demanda debía ser declarada inadmisibile al ser incompatible *ratione personae*, según lo dispuesto en el artículo 35.3 y 4 del Convenio.

Aunque el Tribunal ha rechazado en ciertas circunstancias las demandas presentadas por los parientes de una persona fallecida por considerar que no tenían suficiente interés en el asunto, en este caso admitió la legitimación activa de la viuda con una argumentación, a nuestro juicio, acertada. Así, entendió

191 Apartado 42.

192 Apartado 45.

193 Apartado 46.

194 Apartado 47.

que los parientes muy próximos del señor Armonas, como eran su mujer y su hijo menor, tenían el interés de asegurar el respeto a su derecho a la privacidad aunque hubiese muerto porque cualquier decisión que violase este derecho no solo afectaba a la reputación del fallecido sino también a la de su familia.

En segundo lugar, el Tribunal aplicó en ambas sentencias adecuadamente la doctrina del margen de apreciación estatal en la determinación del respeto a la vida privada exigible en particulares circunstancias y en la apreciación de la cuantía de la compensación económica destinada a la reparación de los daños morales.

Por último, en la ponderación entre la libertad de información y el derecho a la vida privada, el Tribunal volvió a afirmar, en las dos sentencias, que aquella no cubre los abusos ultrajantes hacia las personas.

El caso C.C. contra España, resuelto con la sentencia de 6 de octubre de 2009, tenía por objeto el hecho de una persona infectada por el VIH y con otra grave enfermedad, que suscribió una póliza de seguro de vida con una compañía de seguros.

Pocos años después, se le reconoció una incapacidad absoluta permanente y reclamó a la compañía de seguros la indemnización prevista en su póliza. Ante la negativa de la compañía de abonarle la cuantía reclamada, el interesado interpuso una demanda civil ante el Juzgado de Primera Instancia.

La compañía de seguros solicitó la reclamación del historial médico del demandante, para que se adjuntara al sumario del proceso. El juez admitió estas peticiones. Por su parte, el demandante solicitó al juez que la declaración de su historial clínico no formase parte del proceso y que se suprimiera su identidad y toda referencia al VIH en el expediente, así como en la sentencia. Además, solicitó que la vista se celebrase a puerta cerrada. El Juzgado de Primera Instancia rechazó estas peticiones, señalando que no se daría publicidad a las infracciones médicas fuera del proceso.

Contra esta sentencia, el demandante interpuso un recurso de reposición, que fue rechazado. Igualmente fue denegado el recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial, aunque ésta en su sentencia no reveló la identidad del demandante ni su infección por el VIH. Asimismo, fue rechazado el recurso de amparo presentado por el demandante ante el Tribunal Constitucional.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante alegó la vulneración del artículo 8 del Convenio manifestando que los jueces nacionales, particularmente el Juzgado de Primera Instancia, divulgaron su identidad en la sentencia y que, por ello, su condición de seropositivo fue hecha pública¹⁹⁵.

El Tribunal, invocando lo expuesto en la sentencia Z. contra Finlandia, manifestó que es preciso “tener en cuenta el papel fundamental que juega la protección de los datos de carácter personal - no menos la información relativa a la salud- para el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar. El respeto del carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todas las Partes Contratantes del Convenio. Es muy importante no solo para proteger la vida privada de los enfermos sino también para preservar su confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general. En ausencia de dicha protección, las personas que necesitan cuidados médicos podrían ser disuadidas de ofrecer información de carácter personal e íntima para la prescripción del tratamiento apropiado¹⁹⁶”.

Además, el Tribunal puso de relieve que las anteriores consideraciones “son válidas particularmente cuando se trata de proteger la confidencialidad de la información relativa a los seropositivos. En efecto, la divulgación de dichos datos puede tener consecuencias devastadoras en la vida privada y familiar de la persona en cuestión y sobre su situación social y profesional, pudiendo exponerle al oprobio y a un riesgo de exclusión¹⁹⁷”.

En vista de las circunstancias concretas del presente caso, el Tribunal, teniendo en cuenta principalmente el principio de protección especial de la confidencialidad de las informaciones relativas al hecho de ser seropositivo, consideró que la publicación de la identidad del demandante con su nombre completo, en relación con su estado de salud, en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia no estaba justificada por ningún motivo imperioso¹⁹⁸.

Por ello, manifestó que dicha sentencia había violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar del demandante, garantizado por el artículo 8 del Convenio¹⁹⁹.

195 Apartado 30.

196 Apartado 31.

197 Apartado 33.

198 Apartado 40.

199 Apartado 40.

Esta sentencia contiene dos cuestiones de interés distintas, aunque ciertamente relacionadas.

La primera de ellas es la relación entre el demandante y la compañía con la que suscribió un contrato de seguro de vida. Respecto de este tema, es preciso tener presente que el asegurado no declaró que estaba enfermo al contratar la póliza. Sobre esta cuestión, puesto que se trata del derecho español, es necesario examinar la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro. Esta ley prescribe, en su artículo 10, la obligación del asegurado, antes de contratar la póliza y basándose en el cuestionario que la empresa aseguradora le someta, de declarar todas las circunstancias que influyan en la valoración del riesgo.

No obstante, el Tribunal Supremo - véase como ejemplo la sentencia 1173/2007, de 8 de noviembre - ha acotado dicha obligación en el sentido de limitarla a la contestación del cuestionario entregado por la empresa de seguros. Existe, por tanto, para el asegurado una obligación de contestar más que una obligación de declarar.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que, en el presente caso, la empresa aseguradora tenía derecho a solicitar la entrega de la historia clínica del asegurado - en la cual, lógicamente, además de la identificación de éste constaba la existencia de su enfermedad, su evolución y el tratamiento médico prestado - a los efectos de calcular la cuantía de la cantidad que debía abonarle.

Cuestión distinta es que en la sentencia sobre un proceso de reclamación de cantidad tuviera que figurar, junto al nombre y apellidos del demandante, la mención de que era VIH positivo. Sobre este punto, el Tribunal, a nuestro entender acertadamente, tras reiterar su doctrina sobre la especial obligación de proteger la confidencialidad de la información respecto de los seropositivos, declaró la violación del artículo 8 del Convenio.

Un último caso referente a la relación entre la intimidación y el VIH/SIDA es el de *Y. contra Turquía*, resuelto en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 17 de febrero de 2015.

El demandante fue llevado al hospital, en una ambulancia, en estado inconsciente. Sus familiares informaron al equipo de la ambulancia que era VIH positivo, y esta información fue transmitida al personal del hospital.

El enfermo interpuso una demanda contra el equipo médico del hospital, a cargo de los servicios de emergencia y cuidados intensivos, alegando que la información sobre su estado de salud había vulnerado el derecho al respeto de su vida privada y constituía una divulgación ilegal de sus datos médicos.

Sin embargo, esta demanda y las posteriores ante la jurisdicción nacional fueron rechazadas.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante alegó la violación del derecho al respeto de su vida privada, de acuerdo con el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal recordó, una vez más, la doctrina expuesta en el caso *Z.* contra Finlandia sobre la importancia de la confidencialidad de los datos médicos y, especialmente, de los referentes a los pacientes con VIH. Sin embargo, afirmó que en ciertas circunstancias, como las del presente caso, la divulgación de esta información puede estar justificada en interés del paciente, y otros enfermos, y del personal médico.

Además, el Tribunal manifestó que no existía ninguna prueba de que la información sobre el VIH positivo del paciente hubiera sido divulgada entre el personal que no estaba encargado de su cuidado médico. Por ello, el Tribunal declaró inadmisibles las demandas, en cuanto manifestamente mal fundadas.

La sentencia plantea el supuesto de divulgación de la infección VIH positiva de una persona.

En nuestra opinión, en los casos de inconsciencia del paciente y sin conocimiento de su voluntad previa sobre la divulgación de un estado de salud, resulta razonable la información ofrecida por los familiares. Sin embargo, creemos que estos no debían haber dado la información al personal de la ambulancia, porque no eran profesionales sanitarios, sino al equipo médico a cargo del enfermo.

Por lo demás, resulta acertada la afirmación del Tribunal de que la divulgación de la información, en el presente caso, puede estar justificada en interés del enfermo o para evitar el riesgo de contagio de otros pacientes o del personal médico.

4.2 VIH/SIDA y falta de información a la pareja

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso *Colak y Tsakiridis contra Alemania*, 5 de marzo de 2009, el supuesto de

hecho contemplado fue el de una mujer cuya pareja tenía cáncer y sida. El miembro masculino de la pareja informó a su compañera que tenía cáncer pero la ocultó lo referente al sida.

El 21 de enero de 1993, el enfermo comunicó a su médico de cabecera las enfermedades que padecía, pero le prohibió informar a nadie que tenía el sida. Cuando su compañera consultó al médico el 29 de enero 1993, este no la informó que su pareja estaba infectada por el sida.

A finales de diciembre 1994, el enfermo falleció. Durante una consulta en marzo de 1995 el médico informó a la demandante que su compañero había fallecido a causa del sida. Un mes después, un análisis de sangre demostró que la demandante era VIH positiva.

Como consecuencia de ello, la mujer interpuso una demanda contra el médico por daños ante el Tribunal Regional de Wiesbaden, el cual desestimó la demanda. En su sentencia declaró que el médico no estaba obligado a revelar a la demandante la infección de su compañero. Solo tendría esta obligación si la información fuera considerada como la única posibilidad de prevenir la infección de la demandante.

El 5 octubre 1999, el Tribunal de Apelación de Frankfurt rechazó la apelación interpuesta por la demandante. Este Tribunal consideró, en contra de lo manifestado por el Tribunal Regional de Wiesbaden, que el médico había interpretado incorrectamente su deber de cuidado debido hacia la demandante como médico de familia y que había sobrevalorado la obligación de confidencialidad respecto del compañero de aquella.

En este sentido, el Tribunal afirmó que el médico había cometido un error en el tratamiento al no informar a la demandante. No obstante, puntualizó que esta equivocación *no podía ser considerada como un gran error*, el cual habría supuesto la obligación del profesional sanitario de probar la incidencia del mismo en la infección por VIH de la demandante.

Además, el Tribunal de Apelación puso de relieve que el tratamiento médico disponible 1993 no habría modificado la condición física de la demandante, aunque hubiera sido informada de su infección por el VIH en aquel tiempo.

El 4 de abril qué 2000, el Tribunal Federal de Justicia rechazó la apelación de la demandante, y lo

mismo hizo el Tribunal Constitucional Federal, el 14 de noviembre de 2000.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la demandante alegó que la negativa de los Tribunales nacionales a otorgarla una compensación por los daños sufridos constituía una violación de los artículos 2.1 y, alternativamente, 8 del Convenio²⁰⁰.

En relación con el artículo 2, el Tribunal señaló que, además de obligaciones negativas, el Estado tiene otras positivas las cuales requieren la existencia de un sistema judicial independiente y efectivo. Mediante este sistema, la causa de la muerte de los pacientes puede ser establecida y los responsables de la misma determinados²⁰¹.

Además el Tribunal observó que la ley alemana permite la posibilidad de interponer una demanda por daños ante la jurisdicción civil y penal, por lo que cumple con las exigencias del artículo 2 del Convenio²⁰².

Por otra parte, el Tribunal hizo notar que, en los casos de demandas contra un profesional sanitario por mala práctica médica, la carga de la prueba corresponde al demandante salvo en casos de un “gran error” del profesional en los cuales se invierte dicha carga. De acuerdo con el Tribunal de Apelación de Frankfurt este “gran error”, como hemos visto, no se produjo en el presente caso²⁰³.

En relación con este punto, el Tribunal puso de relieve que en 1999, cuando el Tribunal de Apelación de Frankfurt emitió su veredicto, no existía una jurisprudencia nacional sobre si un médico de familia estaba obligado a revelar la infección por VIH de un paciente a su compañera, aún en contra del deseo expreso de aquél. En estas circunstancias, a juicio del Tribunal, no parece contrario al espíritu del artículo 2, que el Tribunal de Apelación, aun reconociendo que el médico actuó en contra de sus deberes profesionales, considerarse que no había cometido un “gran error en el tratamiento”²⁰⁴.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Tribunal entendió que los Tribunales alemanes

200 Apartado 22.

201 Apartado 28.

202 Apartados 31 y 32.

203 Apartado 33.

204 Apartado 34.

habían tenido suficientemente en cuenta el derecho a la vida y a la integridad física de la demandante²⁰⁵.

Por todo ello, el Tribunal concluyó declarando que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas respecto de la demandante, de acuerdo con el artículo 2. Por las mismas razones, el Tribunal consideró que no había existido una violación de los derechos de la demandante según el artículo 8 del Convenio.

El objeto nuclear de la sentencia es la determinación de los límites del secreto médico. Sobre esta cuestión, es preciso tener en cuenta que el Código Penal alemán, citado por el Tribunal de Apelación de Frankfurt, dispone que el deber de confidencialidad de un médico hacia un paciente está limitado cuando un valor superior está en juego.

Partiendo de esta base, el Tribunal de Apelación de Frankfurt consideró que el médico había sobrevalorado su deber de confidencialidad y cometido un error en el tratamiento, pero no un gran error. En nuestra opinión, esta consideración resulta criticable porque el secreto médico no es absoluto y, según el Código Penal alemán, debe ceder ante un valor superior, como era en este caso el peligro grave para la salud y la vida de la demandante. Por tanto, creemos que el médico cometió un gran error en el tratamiento, aunque esta no fue la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otra parte, el tribunal de Frankfurt se apoyó para fundamentar su sentencia en la opinión de un experto, según la cual era muy probable que la demandante fuese VIH positiva antes de enero de 1993. Evidentemente, el médico de familia que la trató no podía conocer esta circunstancia y, por tanto, no estaba exento del deber de comunicar a la demandante que su compañero era VIH positivo.

Las argumentaciones del Tribunal de Apelación de Frankfurt fueron ratificadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaró, en contra de nuestro criterio, que no había existido una violación del artículo 8 del Convenio.

En este sentido, suscribimos el voto particular del juez Maruste. Para este juez, la inexistencia de una normativa clara sobre si un médico de familia estaba obligado a revelar la situación VIH positiva de un paciente a su compañero, incluso contra el deseo

explícito de aquel, habría evitado un error de juicio del profesional de la medicina. Debido a esta carencia legislativa, la demandante estuvo en una situación de incertidumbre durante más de dos años. En opinión del juez Maruste, esta situación de peligrosa incertidumbre de la demandante supuso una injustificada injerencia en su vida privada.

4.3 VIH/SIDA y despido laboral

Este supuesto fue examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 3 de octubre de 2013, sobre el caso I.B. contra Grecia.

El supuesto de hecho versaba sobre una persona que trabajaba en una empresa de joyería desde 2001. En enero de 2005 comunicó a tres de sus compañeros que creía haber contraído el VIH, lo cual fue confirmado posteriormente por un análisis. En febrero de 2006, su empresario recibió una carta de los tres compañeros manifestando que dicha persona tenía sida y que, por tanto, debería ser despedida.

El estado de salud del trabajador se difundió entre todos los trabajadores de la empresa, por lo que el empresario invitó a un médico para que hablase al personal sobre el sida y sus formas de transmisión. No obstante, casi la mitad de los trabajadores enviaron una carta al empresario pidiéndole que despidiera al empleado con sida para así preservar su salud y su derecho al trabajo.

A fines de febrero de 2005, el empresario despidió al trabajador abonándole la compensación económica establecida por la legislación griega. Poco después de su despido, el trabajador encontró otro empleo.

En mayo de 2005, el trabajador interpuso una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Atenas. En ella solicitaba la declaración de ilegalidad de la terminación del contrato, la readmisión en su trabajo y el abono de los salarios impagados. El Tribunal declaró la nulidad del despido porque fue realizado con el fin de asegurar la buena marcha de la empresa y para evitar protestas y quejas. Sin embargo, rechazó que el despido hubiese violado los derechos de la personalidad del trabajador y, asimismo, consideró innecesaria su readmisión porque ya había encontrado un nuevo trabajo.

En febrero y marzo de 2007, respectivamente, el empresario y el trabajador recurrieron esta sentencia

205 Apartado 35.

ante el Tribunal de Apelación de Atenas. Éste rechazó la demanda del empresario y aceptó la apelación del trabajador, tanto respecto del abuso de sus derechos como en relación con la violación de los derechos de su personalidad.

En julio de 2008, el empresario recurrió la sentencia del Tribunal de Apelación. Igualmente, en octubre de ese mismo año, el trabajador apeló contra dicha sentencia alegando que, puesto que su despido había sido declarado nulo, el empresario tenía la obligación de readmitirle.

El Tribunal de Casación anuló la sentencia del Tribunal de Apelación. En su decisión consideró que la finalización de un contrato de trabajo no era ilegítima si estaba justificada por los intereses empresariales, tales como la restauración de las pacíficas relaciones laborales entre los trabajadores y la tranquilidad de la marcha de la empresa, en el caso de que pudieran ser alteradas por el mantenimiento en su puesto del empleado despedido.

El trabajador acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocando los artículos 8 y 14 del Convenio. A este respecto, alegó la violación del derecho al respeto de su vida privada y que su despido había sido discriminatorio, porque la necesidad de preservar un buen ambiente de trabajo en la empresa no era una razón válida para una diferencia de trato compatible con el artículo 14 del Convenio.

El Tribunal, en primer lugar, consideró adecuada la alegación de la violación de los artículos 8 y 14 del Convenio. A este respecto, el Tribunal manifestó que la vida privada es un concepto amplio, no susceptible de una definición exhaustiva²⁰⁶. Dentro de este concepto, según jurisprudencia reiterada, entran tanto las cuestiones referentes al empleo como las personas infectadas con el VIH²⁰⁷.

Por otra parte, el Tribunal afirmó que el despido del trabajador supuso la estigmatización de una persona que, aunque fuera VIH positiva, no había mostrado ningún síntoma de la enfermedad. Dicha medida tubo graves repercusiones en sus derechos de la personalidad, el respeto debido a su persona y su vida privada²⁰⁸. Finalmente, el Tribunal reiteró que el estado de salud de una persona, incluyendo la infección por el VIH, está amparado por la expresión

“cualquier condición” del artículo 14 del Convenio²⁰⁹.

Asimismo, y en relación con el artículo 14, el Tribunal estimó que el demandante había sido tratado de una manera menos favorable que sus compañeros, debido únicamente a que era VIH positivo²¹⁰. En relación con este punto, el Tribunal señaló que, aunque no todos los Estados Miembros del Consejo de Europa han promulgado una legislación específica en favor de las personas con VIH, existe una clara tendencia generalizada hacia la protección de estas personas contra la discriminación laboral mediante disposiciones estatutarias generales, que son aplicadas por los Tribunales al examinar los casos de despido de empleados VIH positivos tanto en el sector público como en el privado²¹¹. Además, el Tribunal hizo notar que existen disposiciones referentes a la prohibición de discriminación, contenidas en diversos instrumentos internacionales que garantizan la protección de las personas infectadas con el VIH²¹².

En relación con los hechos del caso, el Tribunal observó que el empresario rescindió el contrato debido a la presión ejercida por sus empleados. Y ello, a pesar de que fueron informados de que sus relaciones laborales con el demandante no les exponían a ningún riesgo de infección²¹³. Por otro lado, hizo notar que los Tribunales de instancia ponderaron la necesidad de proteger la pacífica marcha de la empresa contra la justificada expectativa del demandante de que sería protegido durante la difícil situación por la que pasaba. Dichos Tribunales consideraron que la balanza se inclinaba a favor del demandante²¹⁴.

Sobre todo, el Tribunal de Apelación reconoció expresamente que la enfermedad del demandante no afectaba a su capacidad de realizar el trabajo y la inexistencia de indicios de que no pudiera cumplir adecuadamente su contrato. Además, la existencia de la empresa no fue amenazada por la presión ejercida por sus empleados. De aquí, que el perjuicio de los empleados no pudiera ser alegado como un pretexto para la finalización del contrato del trabajador VIH positivo²¹⁵.

206 Apartado 67.

207 Apartado 70.

208 Apartado 72.

209 Apartado 73.

210 Apartado 77.

211 Apartado 83.

212 Apartado 84.

213 Apartado 85.

214 Apartado 86.

215 Apartado 87.

Sin embargo, en opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Casación no valoró los intereses en juego tan cuidadosamente como lo hizo el Tribunal de Apelación. Por el contrario, sostuvo que el despido estaba totalmente justificado sobre la base de los intereses del empresario. Aunque el Tribunal de Casación no negó el hecho de que la enfermedad del demandante afectase a su capacidad para realizar su contrato, sin embargo basó su decisión, justificando los temores de los empleados, en una premisa manifiestamente errónea, es decir, que la enfermedad del demandante era “contagiosa”²¹⁶.

En suma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el Tribunal de Casación no explicó adecuadamente por qué los intereses del empresario prevalecieron sobre los del demandante y que, además, no había valorado los derechos de las dos partes de la manera exigida por el Convenio²¹⁷.

Por todo ello, el Tribunal concluyó afirmando que el demandante fue discriminado sobre la base de su salud, violando el artículo 14 considerado conjuntamente con el artículo 8, ambos del Convenio, y manifestando de forma unánime la existencia de una vulneración de ambos preceptos.

El caso examinado por el Tribunal en esta sentencia es un supuesto típico de las consecuencias negativas que suelen sufrir las personas VIH positivas en diversos ámbitos de su vida privada y profesional, cuando su enfermedad es conocida. Estas consecuencias incluyen, como ha manifestado el Tribunal, el riesgo de exponer a dichas personas al oprobio y a la exclusión, en el presente caso laboral.

El Tribunal de Primera Instancia de Atenas y el Tribunal de Apelación de Atenas valoraron adecuadamente la demanda del trabajador al declarar respectivamente, la nulidad del despido y la violación de sus derechos de la personalidad.

Por el contrario, el Tribunal de Casación consideró, en nuestra opinión desacertadamente, válido el despido con unos fundamentos tan inconsistentes y no probados, como eran el peligro de las pacíficas relaciones laborales de los trabajadores y de la tranquila marcha de la empresa.

El Tribunal Europeo Derechos Humanos resolvió satisfactoriamente este caso. En primer lugar,

consideró que había existido una discriminación, contraria al artículo 14 del Convenio, porque el trabajador fue tratado de una manera más desfavorable que sus compañeros debido exclusivamente a la existencia de su enfermedad.

En segundo término, el Tribunal declaró nulo el despido, que supuso para el trabajador una grave repercusión en su derecho de la personalidad y de su vida privada. Asimismo, rechazó que la causa del despido pudiera estar basada en un peligro para la salud de los restantes trabajadores, dado que la enfermedad no era contagiosa.

Finalmente, el Tribunal manifestó que el despido no podía fundamentarse en un hipotético riesgo para la buena y pacífica marcha de la empresa. Sobre este punto conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó, en su sentencia sobre el caso *Mahlburg contra el Land de Mecklenburgo-Pomerania Occidental*, de 3 de febrero de 2000, que la discriminación y el despido de un trabajador no pueden estar motivados por el perjuicio económico que pueda ser causado al empresario.

4.4 VIH/SIDA y discriminación

Hemos visto como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la divulgación de los datos de las personas infectadas con el VIH/ Sida puede tener graves consecuencias para ellas, tanto en su vida privada y familiar como en su situación social y profesional, exponiéndolas incluso al oprobio y a un riesgo de exclusión (*caso Z. contra Finlandia*).

Los casos que vamos a examinar versan sobre la discriminación y exclusión social de estas personas.

La sentencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos sobre el *caso Kiyutin contra Rusia*, de 10 de marzo de 2011, tenía por objeto el supuesto de una persona, el señor Kiyutin, nacido en Uzbekistán en 1971 y que adquirió la ciudadanía uzbeka después del colapso de la Unión Soviética.

En 2003, el señor Kiyutin se fue a vivir a Rusia en la Región de Oryol, donde se casó con una mujer de nacionalidad rusa. De este matrimonio, nació una hija en 2004.

En agosto de 2003 el señor Kiyutin solicitó un permiso de residencia. Para ello, se le exigió pasar un examen médico, del cual resultó que era VIH

216 Apartado 88.

217 Apartado 90.

positivo. Como consecuencia de esta circunstancia, se le denegó el permiso.

Mediante una decisión de 26 de junio de 2009, el Servicio Federal de Inmigración de la Región de Oryol rechazó de nuevo la solicitud del permiso, indicando que el Señor Kiyutin debería abandonar Rusia en el plazo de tres días o sería deportado.

El interesado interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal Regional de Oryol, que fue rechazado.

El señor Kiyutin acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que, según los artículos 8, 13, 14 y 15 del Convenio, la decisión de negarle la autorización para vivir en Rusia era desproporcionada en relación con el fin legítimo de protección de la salud pública y, además, había vulnerado su derecho a vivir con su familia.

El Tribunal hizo notar que el punto básico de la demanda era la diferencia de trato al que fue sometido el demandante, en relación con su estado de salud, cuando solicitó el permiso de residencia. Por otra parte, el Tribunal decidió examinar la violación del artículo 8 conjuntamente con la del artículo 14 del Convenio.

El Gobierno ruso justificó la negativa del permiso de residencia en la preocupación de las autoridades nacionales por la máxima difusión del VIH y sus consecuencias socioeconómicas y demográficas, por la amenaza que suponía para la seguridad nacional y por la necesidad de asegurar los derechos e intereses legítimos de la población.

El Tribunal partió de la base de que el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país no está garantizado por el Convenio. En relación con la inmigración, el Tribunal manifestó que ni el artículo 8 ni ningún otro del Convenio pueden considerarse que impongan a un Estado la obligación general de respetar la elección, realizada por las parejas casadas, del país de residencia matrimonial y de autorizar la reunificación familiar en su territorio²¹⁸. Sin embargo puntualizó que el concepto de “vida familiar” el artículo 8 debe incluir en todo caso las relaciones de un matrimonio legal y genuino, como el contraído por el demandante con su esposa rusa, del cual nació su hija. En estas circunstancias, el Tribunal entendió que los hechos del presente caso caían dentro del ámbito el artículo 8 del Convenio²¹⁹.

Sentado lo anterior, el Tribunal examinó si el estado de salud del demandante podría incluirse en la expresión “cualquier otra situación” (*any other status*) del artículo 14. Sobre esta cuestión, el Tribunal manifestó que la enumeración del artículo 14 es ejemplificativa y no exhaustiva, como lo demuestran las palabras “especialmente por razones” (*any ground such as*) y por la inclusión en la lista de la frase “cualquier otra situación”. La expresión “otra situación” ha sido interpretada ampliamente y no se ha limitado a características personales, en el sentido del que sean innatas o inherentes²²⁰.

Aunque el artículo 14 no menciona expresamente un estado de salud o cualquier otra situación médica entre las situaciones protegidas contra la discriminación, el Tribunal ha reconocido recientemente que una discapacidad física y varios deterioros de salud caen dentro del ámbito de esta disposición. Además, el Tribunal ha puesto de relieve que, según la opinión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el término “otra situación” en las disposiciones antidiscriminatorias de los instrumentos de derecho internacional puede ser interpretado para englobar el estado de salud, incluyendo la infección por VIH. Por consiguiente, el Tribunal consideró que una distinción hecha sobre la base del estado de salud de una persona, incluyendo la infección por VIH, está amparada por la expresión “otra situación” del texto del artículo 14 del Convenio. De aquí, se sigue que el artículo 14, conjuntamente con el artículo 8, resulta que aplicable al presente caso²²¹.

En cuanto a si la diferencia de trato sufrida por el demandante fue objetiva y razonable, el Tribunal se fijó, fundamentalmente, en el margen de apreciación del que disfrutaban los Estados en la aplicación del Convenio.

En este sentido, manifestó que si una restricción en los derechos fundamentales se aplica a un grupo social especialmente vulnerable, que ha sufrido una considerable discriminación en el pasado, entonces el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más restringido y es preciso que existan unas razones de mucho peso para la restricción en cuestión. En el pasado, el Tribunal identificó a varios de estos grupos vulnerables que han sufrido diferencias de trato por causa de su sexo, orientación sexual, raza o etnia, facultades mentales o discapacidad²²².

218 Apartado 53.

219 Apartado 55.

220 Apartado 56.

221 Apartados 57 y 58.

222 Apartado 63.

Sobre esta cuestión, el Tribunal señaló que, desde el comienzo de la epidemia en 1980, las personas con VIH/SIDA han sufrido un amplio estigma y exclusión, incluso en el ámbito del Consejo de Europa. En los primeros años de la epidemia, cuando el diagnóstico del VIH/SIDA era casi siempre de naturaleza letal y se conocía muy poco sobre el riesgo de transmisión, la gente se asustaba de los infectados debido al miedo al contagio. En tiempos recientes, a pesar del considerable progreso en la prevención del VIH y del mejor acceso a su tratamiento, la estigmatización y la discriminación contra las personas con VIH/SIDA ha continuado siendo una cuestión que ha preocupado enormemente a todas las organizaciones internacionales dedicadas a luchar contra esta enfermedad.

Por estas circunstancias, el Tribunal consideró que las personas con VIH son un grupo vulnerable con una historia de prejuicios y estigmatización, y que el Estado solo dispone de un reducido margen de apreciación para elegir las medidas que establezcan un trato diferente para dicho grupo sobre la base de su situación por VIH²²³.

Además de la restricción del margen de apreciación estatal por la vulnerabilidad de las personas con VIH/SIDA, el Tribunal manifestó que este margen también se restringe por el consenso europeo sobre esta cuestión. Así, se puede observar que la exclusión de los demandantes seropositivos de la residencia en un país no refleja un consenso europeo establecido y tiene escaso apoyo entre los Estados Miembros del Consejo de Europa. Consecuentemente, el Estado demandado tiene la obligación de suministrar una justificación particularmente imperiosa sobre el trato diferente de que el demandante se quejaba de haber sido víctima²²⁴.

A juicio del Tribunal, el Gobierno ruso no explicó convincentemente por qué sus alegadas amenazas contra la seguridad nacional y el género humano eran relevantes para la situación individual del demandante, ni que consecuencias socioeconómicas o demográficas podía suponer su presencia en el territorio ruso. Tampoco explicó por qué la negativa de su permiso de residencia podría incrementar la protección de los derechos e intereses de los demás²²⁵.

Igualmente, el Tribunal manifestó que las restricciones de los viajes son adecuadas para la protección de la salud pública contra las enfermedades altamente

contagiosas, con un corto período de incubación. Sin embargo, la situación de una persona VIH positiva en un país no es en sí misma una amenaza para la salud pública. En efecto, el VIH no se transmite casualmente sino a través de comportamientos específicos que incluyen las relaciones sexuales y compartir jeringuillas como las principales vías de contagio²²⁶.

Además, el Tribunal puso de relieve que daba la impresión de que el Gobierno ruso no aplicaba las restricciones de viaje establecidas para los residentes VIH positivos a los turistas o a los visitantes de pocos días. Por ello, el Tribunal no vio una explicación a la normativa que aplicaba las restricciones de viaje a los residentes en Rusia pero no a los turistas o a los visitantes de sólo unos días, que son la gran mayoría de los viajeros o inmigrantes²²⁷.

Esta diferencia de trato podría justificarse objetivamente por el riesgo de que los residentes pudieran convertirse potencialmente en una carga pública y dar lugar a una excesiva demanda sobre el sistema de salud subvencionado con fondos públicos. Sin embargo, este no era el caso de Rusia porque los residentes no nacionales no tienen derecho a una asistencia médica gratuita, excepto en los tratamientos de emergencia, y deben pagar los servicios médicos. Por tanto, para el Tribunal, este riesgo económico, alegado por el Gobierno ruso para denegar el permiso de residencia al demandante, no estaba convincentemente demostrado²²⁸.

Teniendo presentes las anteriores consideraciones, el Tribunal manifestó que aunque la protección de la salud pública es un fin legítimo, el Gobierno ruso no fue capaz de aducir razones convincentes y objetivas para demostrar que esta finalidad podría conseguirse mediante la negativa del permiso de residencia al demandante a causa de su estado de salud²²⁹.

Por todo ello, el Tribunal afirmó que el Gobierno ruso había sobrepasado su estrecho margen de apreciación en este caso y que el demandante había sido víctima de discriminación por su estado de salud, con violación del artículo 14 del Convenio considerado conjuntamente con el artículo 8²³⁰.

223 Apartado 64.

224 Apartado 65.

225 Apartado 66.

226 Apartado 69.

227 Apartado 69.

228 Apartado 70.

229 Apartado 72.

230 Apartado 74.

La sentencia sobre el caso Kiyutin contra Rusia versa sobre algunas cuestiones que merece la pena resaltar.

En primer lugar, supuso una ampliación del contenido del artículo 14 del Convenio al incluir en él, amparado por la expresión “cualquier situación”, el estado de salud que no es mencionado por este precepto. Igualmente, el Tribunal puntualizó que dentro de esta expresión, siguiendo la opinión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tiene cabida la infección por el VIH.

En segundo lugar, el Tribunal consideró que el margen de apreciación estatal es más restringido no sólo cuando no existe un consenso europeo sobre una cuestión - en este caso respecto de la negativa de la residencia a las personas seropositivas-, sino también en el caso del establecimiento de medidas que supongan un trato diferente para un grupo especialmente vulnerable, como es el integrado por las personas VIH positivas.

En tercer término, a juicio del Tribunal, la residencia en un país de una persona VIH positiva no es en sí misma una amenaza para la salud pública ni, por tanto, una razón para negarle la residencia. La amenaza vendría del comportamiento de esta persona en el caso de que no tomase las medidas apropiadas para evitar el contagio a terceros. Si se diera esta situación, sería cuando el Estado tendría que adoptar las medidas necesarias para evitar el riesgo de contagio, entre las que tendría cabida, en último término, la expulsión del país.

En cuarto lugar, resulta asimismo razonable, en nuestra opinión, considerar que la diferencia de trato en las restricciones de viaje, entre los residentes VIH positivos y los turistas o los visitantes de sólo unos días es discriminatoria. Igualmente, a nuestro juicio, el Tribunal tiene razón al rechazar la argumentación del Gobierno ruso, según la cual la diferencia de trato de los residentes VIH positivos se basa en que no supongan una carga económica para los centros hospitalarios subvencionados con fondos públicos. En efecto, dado el sistema de salud ruso aplicable a dichas personas, la fundamentación legal por el Gobierno ruso no tiene consistencia.

Por todo ello, la sentencia sobre el caso Kiyutin contra Rusia nos parece sumamente acertada.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Novruk y otros contra Rusia,

de 15 de marzo de 2016, contempló un supuesto muy similar al que acabamos examinar.

En él, los demandantes eran cinco personas de distintas nacionalidades –dos de Moldavia, una de Ucrania, otra de Uzbekistán y la última de Kazajistán-, residentes en Rusia y solicitantes de un permiso de residencia que les fue denegado por ser VIH positivos.

Los demandantes manifestaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la diferencia de trato sufrida por su estado de salud suponía una discriminación, según los artículos 14 y 8 el Convenio.

Dada su similitud fáctica y jurídica, el Tribunal decidió examinar los 5 casos conjuntamente.

El Tribunal reiteró su doctrina, expuesta en el caso Kiyutin contra Rusia, de que el Convenio no garantiza el derecho de una persona a entrar o residir en un país extranjero. Sin embargo, manifestó que los Estados deben aplicar su política de inmigración de una manera que sea compatible con los derechos humanos de los extranjeros, en particular con el derecho al respeto de su vida privada y familiar y a no ser objeto de discriminación²³¹.

Por otra parte, manifestó que, de acuerdo con su jurisprudencia, la existencia o no de una “vida familiar” es esencialmente una cuestión de hecho dependiente de la existencia de estrechos vínculos personales. La noción de “familia” según el artículo 8 no está restringida únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio, y puede comprender otros vínculos de familia “*de facto*” en los que las partes viven juntas fuera del matrimonio. Además, debe aceptarse que la totalidad de vínculos sociales entre los inmigrantes residentes y la comunidad en la cual viven forma parte del concepto “vida privada” según el significado del artículo 8. Por ello, prescindiendo de la existencia o no de una “vida familiar”, la expulsión de un inmigrante residente constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada²³².

El concepto de vida familiar incluye, por supuesto, las relaciones nacidas de un matrimonio legal, pero los hijos nacidos fuera de una relación son *ipso iure* parte de la unidad familiar desde el momento de su nacimiento²³³.

231 Apartado 83.

232 Apartado 85.

233 Apartado 86.

Por estas razones, el Tribunal afirmó que los hechos del presente caso entraban dentro del ámbito del artículo 8 del Convenio.

En cuanto a si el estado de salud de los demandantes estaba comprendido en el término “otra situación” del artículo 14, el Tribunal reiteró la doctrina expuesta en el caso Kiyutin contra Rusia²³⁴. Por tanto, el artículo 14 del Convenio, junto con el artículo 8, resultaba aplicable a este caso.

Respecto de si los demandantes se encontraban en una posición análoga a la de otros extranjeros, el Tribunal señaló que, puesto que las autoridades rusas no mencionaron ninguna otra disposición legal para negarles el permiso de residencia, el estado de salud VIH positivo fue el único elemento que motivó un trato distinto del de los extranjeros con VIH negativo. Por lo tanto, los demandantes podían alegar encontrarse en una situación análoga a la de otros extranjeros VIH negativos.

A continuación, el Tribunal se refirió a la doctrina establecida en el caso Kiyutin contra Rusia sobre el estrecho margen de apreciación de los Estados en la restricción de los derechos fundamentales a los grupos vulnerables como son los integrados por las personas VIH positivas²³⁵.

Asimismo, el Tribunal manifestó que la existencia de un consenso europeo es un argumento relevante para determinar si el Estado demandado tiene un estrecho o un amplio margen de apreciación. Sobre este punto, el Tribunal resaltó la existencia de una de un importante cambio en la situación de las personas VIH positivas, respecto de las restricciones sobre su entrada, estancia y residencia en un país extranjero. Así, poco después de la sentencia sobre el caso Kiyutin contra Rusia, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 10 de junio de 2011, una Declaración Política sobre el VIH y el Sida, en la cual se incluía una identificación y revisión de las restricciones existentes relacionadas con el VIH respecto de la entrada, estancia y residencia de los extranjeros, para eliminarlas. Asimismo, Tribunal manifestó que desde dicha fecha hasta el presente, el número de países que no ponen ninguna restricción a las personas VIH positivas ha pasado de 52 a 35. Por ello, puesto que la expulsión de las personas VIH positivas no refleja el consenso europeo, el Estado demandado tenía la

obligación de ofrecer una justificación especialmente convincente del trato diferente del cual los demandantes se quejaban que habían sufrido²³⁶.

Siguiendo también la doctrina del caso que Kiyutin contra Rusia, el Tribunal señaló que la justificación de la restricción de la residencia de los extranjeros en la protección de la salud pública está en contra de la opinión de expertos reconocidos internacionalmente y de organizaciones que trabajan en este tema, como son la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo. Estos expertos y organizaciones están unánimemente de acuerdo en que las restricciones sobre la entrada, estancia y residencia de las personas VIH positivas no pueden ser objetivamente justificadas por referencia las preocupaciones sobre la salud pública²³⁷.

Además, el Tribunal puso el énfasis en que una decisión, capaz de restringir el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas, debe ir precedida por una valoración judicial individualizada de todos los hechos relevantes. Por tanto, si tal decisión está basada en una clasificación predeterminada de un grupo total de personas vulnerables como amenaza a la salud pública, únicamente por su estado de salud no puede considerarse compatible con la protección contra la discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio²³⁸.

En virtud de estas argumentaciones, el Tribunal afirmó que, teniendo en cuenta el abrumador consenso internacional y europeo respecto de la abolición de las restricciones sobre la entrada, estancia y residencia de los extranjeros VIH positivos, los cuales constituyen un grupo especialmente vulnerable, el Gobierno demandado no había dado razones convincentes ni justificaciones objetivas de su trato diferente por causa de salud²³⁹.

Debido a ello, el Tribunal declaró que los demandantes habían sido víctimas de una discriminación por causa de salud, con violación del artículo 14 del Convenio examinado conjuntamente con el artículo 8²⁴⁰.

Como hemos dicho, esta sentencia contempla un supuesto muy similar a la referente sobre el caso

²³⁴ Cfr. los apartados 57 y 58 del caso Kiyutin contra Rusia.

²³⁵ Cfr. el apartado 64 del caso Kiyutin contra Rusia.

²³⁶ Apartado 101.

²³⁷ Apartado 102, en relación con los apartados 66 y 67 del caso Kiyutin contra Rusia.

²³⁸ Apartado 108.

²³⁹ Apartado 111.

²⁴⁰ Apartado 112.

Kiyutin contra Rusia. Por tanto, comparte con esta alguna de las fundamentaciones del Tribunal. Sin embargo, también contiene algunas argumentaciones propias.

Así, señala que el concepto de vida privada, según el artículo 8 del Convenio, incluye el conjunto de vínculos sociales existentes entre los inmigrantes residentes y la comunidad en la cual viven. Asimismo, pone de relieve que los hijos extramatrimoniales forman *ipso iure* parte de la unidad familiar desde el momento de su nacimiento.

Igualmente, es preciso señalar la afirmación del Tribunal según la cual, puesto que el permiso de residencia fue denegado a los demandantes por la única razón de ser VIH positivos -de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Prevención del VIH, n. 38-FZ, de 30 de marzo- su situación era análoga a la de otros residentes VIH negativos.

También debe resaltarse la argumentación del Tribunal sobre la fundamentación de las decisiones que restringen el derecho a la vida privada y familiar de las personas. De acuerdo con el acertado criterio del Tribunal, una decisión de este tipo no puede estar basada en una clasificación general de un grupo de personas - los residentes VIH positivos- en cuanto que constituyen una amenaza para la salud pública, porque resulta discriminatoria. Para que la decisión cumpla con las prescripciones del artículo 14 del Convenio, es necesario que vaya precedida de una valoración judicial individualizada de todos los hechos concurrentes en cada caso concreto.

Finalmente, la sentencia comparte, como es lógico, con la relativa al caso *Kiyutin contra Rusia*, algunas de sus argumentaciones. Tales son la no inclusión en el Convenio del derecho de una persona a entrar o residir en un país extranjero, la restricción del margen de apreciación de Estado cuando se aplica a las injerencias en los derechos fundamentales de los grupos vulnerables, y la improcedencia de justificar la negativa a los extranjeros del permiso de residencia en la protección de la salud pública.

5. CONCLUSIONES

La intimidad viene actualmente entendida en una acepción amplia comprensiva de la privacidad, es decir, del derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Además, la intimidad es definida con un criterio subjetivo, en vez de objetivo. Esto es, no como la garantía de una intimidad determinada, sino como el poder jurídico del individuo sobre el control de la información relativa a su persona y familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión si no es consentida.

La confidencialidad, a diferencia de la intimidad, comporta siempre una relación entre al menos dos personas. Una de ellas revela información íntima a la otra, confiando en que no la difundirá a terceros. La renuncia a la intimidad es, por tanto, un requisito necesario para el establecimiento de la relación de confidencialidad.

En el ámbito sanitario, la intimidad del paciente comprende, en primer lugar, el acceso a su cuerpo, previo su consentimiento libre e informado, si está consciente. El respeto a la intimidad corporal existe incluso en los casos de inconsciencia del enfermo, porque la carencia de autonomía no comporta la pérdida de la dignidad y de los derechos.

En segundo lugar, la intimidad del enfermo conlleva el acceso a su historia clínica y la confidencialidad sobre la misma. La protección de estos aspectos de la intimidad está garantizada por un derecho fundamental autónomo a la protección de datos de creación jurisprudencial.

Los datos sobre la salud del enfermo, sus procesos asistenciales, y los profesionales sanitarios que han intervenido en ellos se recogen en la historia clínica. A ella tienen acceso el paciente, las personas con una representación debidamente acreditada, los profesionales sanitarios a cargo del cuidado del enfermo, el personal de administración y gestión de los centros sanitarios, los jueces y tribunales y cuando sea necesario para fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación y docencia. Siempre que, en todos los supuestos de estos diferentes accesos, se cumplan los requisitos legales.

El acceso ilegítimo a la historia clínica puede dar lugar a la imposición de sanciones administrativas y, en su caso, a la comisión de un ilícito penal. La jurisprudencia española ha examinado varios supuestos de acceso ilegítimo a las historias clínicas, defendiendo el derecho a la intimidad y confidencialidad de los pacientes y sancionando a los infractores como autores de un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Los derechos a la intimidad y confidencialidad de los pacientes se garantizan, además de por la prohibición del acceso ilegítimo a la historia clínica, por el secreto médico. Este deber de los profesionales sanitarios, regulado en diversas disposiciones legales y normas deontológicas, no es sin embargo absoluto pudiendo ceder, en contra de la intimidad del enfermo, en diversos supuestos entre los que se encuentran el interés público o la salud de terceros.

Especiales problemas plantea la relación entre la intimidad, la confidencialidad y la infección por VIH. Esta problemática ha sido examinada por la jurisprudencia española.

Entre los casos planteados ante los tribunales cabe citar los siguientes. La relación entre la intimidad de la persona VIH positiva y la libertad de información. Asimismo, las relaciones de pareja en la que uno o los dos miembros son seropositivos. Igualmente, la cuestión de si el médico debe informar a un componente de la pareja que su compañero tiene VIH/SIDA. Finalmente, la incidencia del VIH/SIDA en las relaciones laborales.

En cuanto a la intimidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es preciso señalar que este instrumento internacional no emplea dicho término en su artículo 8, sino el de vida privada. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que esta expresión incluye los derechos a la intimidad y al desarrollo personal, así como el de establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. De la jurisprudencia del Tribunal se desprende, además, que el artículo 8 impone al Estado la obligación negativa de no interferir arbitrariamente en la vida privada de las personas y el deber de adoptar medidas positivas para conseguir el respeto efectivo de este derecho.

Del examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los diversos casos referentes al VIH/SIDA pueden deducirse algunos principios generales sobre esta materia.

En primer lugar, la importancia de la protección de los datos personales, incluidos los de carácter médico, para el disfrute del derecho a la vida privada y para la confianza de las personas en la profesión médica y los servicios sanitarios. Esta protección tiene especial importancia respecto de las personas VIH positivas porque la divulgación de sus datos médicos puede afectar gravemente a su vida privada y familiar, así como a su situación social y laboral, exponiéndolas al riesgo del oprobio y al ostracismo.

En segundo lugar, respecto de la relación entre la libertad de información y el derecho a la vida privada, es preciso tener en cuenta que la imposición de graves sanciones a la prensa puede tener un efecto disuasorio sobre las garantías esenciales de la libertad de expresión periodística. Sin embargo, en el supuesto de un abuso ultrajante de la libertad de prensa, como puede ser el caso de la publicación de una noticia en la que figure el nombre y apellidos de una persona junto a su estado de VIH positivo, dicha libertad no entra en la protección ofrecida por el artículo 10 del Convenio.

En tercer término, en opinión del Tribunal, el médico que no informa a la pareja de una persona VIH positiva de la enfermedad de ésta, aún en contra de su prohibición, actúa en contra de sus deberes profesionales. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, esta actuación puede ser calificada como un error grave o simple.

En cuarto lugar, el hecho de que un trabajador sea VIH positivo no puede ser causa de discriminación laboral porque su enfermedad no es, en sí misma, contagiosa. Tampoco puede ser motivo de un despido si la enfermedad no afecta a la capacidad del trabajador para realizar su trabajo. En todo caso, el despido no puede estar motivado en el perjuicio económico que el trabajador VIH positivo pueda causar al empresario.

Finalmente, el Tribunal ha manifestado que el margen de apreciación del Estado se restringe, además de por la inexistencia de un consenso europeo sobre una determinada cuestión, cuando se aplica a una restricción de los derechos fundamentales de un grupo social especialmente vulnerable, como es el de las personas VIH positivas, que ha sufrido una considerable discriminación en el pasado e, incluso, la experimenta actualmente.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Arzoz Santisteban, X., “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en Lasagabaster Herrarte, I. (Director), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Cizur Menor, 2009.
- Barbero Gutiérrez, J. “Sida y familia: cómo y a quién informar”, en MEDIFAM, 1994-4.

- Castilla Barea, M., “Sentencias de Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (Derecho a la libertad informática)”, en Martínez Vázquez de Castro, L. y Escribano Tortajada, P. (Coords.), *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Valencia, 2016.
- De Ángel Yagüez, R., “Problemática de la historia clínica”, en *Información y documentación clínica*, vol. I. Actas del seminario conjunto sobre información y documentación clínica celebrado en los días 22 y 23 de septiembre de 1997, Madrid, 1997.
- De Lorenzo, A., “¿De quién son propiedad las historias clínicas? “, en *Deontología, Derecho y Medicina*, Madrid, 1997.
- De Miguel Sánchez, N., *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Madrid, 2002.
- Fariñas Matoni, L.M., *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983.
- Fernández Ruiz-Gálvez, E., “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”, en *Persona y Derecho*, vol. 69/2013/2, p. 54.
- García Sanz, J., “El secreto profesional en el ámbito sanitario”, *Estudios Jurídico-Penales sobre Genética y Biomedicina. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2005.
- Gracia, D., “Prólogo” al libro de Sánchez-Caro J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*.
- Hidalgo Cerezo, A., “Protección de datos de carácter de carácter personal relativos a la salud del paciente: fundamentos, protección a la intimidad y comentarios al nuevo Reglamento UE 2016/679”, en *Revista de Derecho UNED*, n. 19, 2016.
- Iraburu, M., “Confidencialidad e intimidad”, en *An. Sist. Sanit. Navar.*, 2006, vol.29, Suplemento 3.
- Laín Entralgo, P., *La historia clínica*, Madrid, 1998.
- Lezertua, M. “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en López Ortega, J.J. (dir.), *Perfiles del Derecho Constitucional en la vida privada y familiar*, Madrid, 1996.
- Martí Mercadal y Buisán Espeleta, L., “El secreto profesional en medicina”, en Vilardell, F. (coord.), *Ética y medicina*, Madrid, 1998.
- Martínez López de Leota, J., *El secreto de la historia clínica. Visión del médico*, III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1996, www.aeds.org/frames/frame2.htm.
- Muñoz Conde, F., “Falsedad documental y secreto médico en el ámbito sanitario”, en *Derecho y Salud*, 1994, n. 4.
- Pérez Luño, A.E., “El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina”, en Ruiz de la Cuesta, A., *Bioética y Derechos Humanos. Implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, 2005.
- Ramiro Avilés, M.A; Ramírez Carvajal, P., *VIH y Privacidad*, en Universidad de Alcalá. Clínica Legal de la Facultad de Derecho, www.cesida.org/wp-content/.
- Romeo Casabona, C. y Castellano Arroyo, M., “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, en *Derecho y Salud*, 1993, vol. 1, n.1.
- Romeo Casabona, C., “La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho penal”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
- Ruiz Miguel, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995.
- Sánchez González, M.A., “Intimidad y confidencialidad: su concepto e importancia”, en *I Jornadas de protección de datos sanitarios en la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2000.
- Sánchez-Caro, J. y Sánchez-Caro, J., *El médico y la intimidad*, Madrid, 2001.
- Sarrato Martínez, L., “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 17, enero 2009.
- Sola Reche, E., “Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH+”, en *Derecho y Salud*, vol. 3, Enero-Diciembre, 1995.