



Expediente Nº: E/01377/2011

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante el Dr. Don **A.A.A.**, en virtud de denuncia presentada ante la misma por Doña **B.B.B.**, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 21 de marzo de 2011 tuvo entrada en esta Agencia un escrito de la Audiencia Nacional, en relación al Procedimiento Ordinario 0000409/2009, relativo al recurso contencioso-administrativo seguido a instancia de Doña **B.B.B.** contra la Resolución de fecha 22 de abril de 2009 de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa al archivo de las actuaciones referenciadas con el E/00530/2009.

Tal y como consta en la documentación aportada, la Audiencia Nacional estimó el citado recurso, anulando la Resolución de la Agencia y ordenando la incoación de actuaciones inspectoras, en concreto en lo relativo a la entrega de un informe médico por parte del Dr. **A.A.A.** a su ex marido.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- Tras ser requerido por la inspectora responsable de las actuaciones de referencia, el Dr. A.A.A., mediante escrito con fecha de entrada en la Agencia de 15/04/2011, manifiesta lo siguiente:

El informe objeto de la denuncia ha sido entregado por él en su propio nombre aunque aparezca el membrete de la institución en la cual trabaja, ITAD.

Dicho informe se entregó a la pareja de la denunciante, **Don C.C.C.**, quien convivía con ella y había estado presente en el curso del tratamiento por lo que conocía la información expresada y contenida en el mismo.

El artículo 16.d del Código Deontológico Médico, previene como excepción al secreto profesional, si con el silencio del profesional médico diera lugar a un perjuicio del propio paciente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 10 de la LOPD dispone: *“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”*

El deber de secreto profesional que incumbe a los responsables de los ficheros, recogido en el artículo 10 de la LOPD, comporta que el responsable de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido teniendo el *“deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”*. Este deber es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática, a que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, y, por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados no puedan ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la Constitución Española. En efecto, este precepto contiene un *“instituto de garantía de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”* (citada Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional). Este derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida.

III

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye, por tanto, un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo), *“... consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del*



contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En particular, referido específicamente a datos de salud, el legislador recoge en el artículo 7 de la LOPD un régimen protector diseñado para aquellos datos personales que proporcionan una información de esferas más íntimas del individuo, a los que etiqueta bajo la denominación común de “Datos especialmente protegidos”. Para las diversas categorías de éstos, el precepto citado establece específicas medidas para su protección. En el supuesto específico de los datos de salud, la LOPD los considera como especialmente protegidos y prevé que sólo puedan ser *“recabados, tratados y cedidos, cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente”*.

Por tanto, lo expuesto posibilita que todos los datos que se consideran en el citado artículo 7.3 de la LOPD, entre los que se encuentran los referidos datos de salud, pueden ser tratados sin la exigencia del consentimiento expreso del afectado, siempre que una Ley así lo disponga por razones de interés general.

IV

Por otra parte, la LOPD incorpora a su artículo 7.6 una excepción al principio del consentimiento expreso relativo a datos de salud al disponer:

“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.

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

El precepto transcrito viene pues a posibilitar que todos los datos que se consideran en los apartados 2 y 3 del mismo artículo como especialmente protegidos, entre los que se encuentran los relativos a la salud, puedan ser tratados sin las exigencias especiales de protección que al respecto se señalan en dichos apartados. En el caso concreto de los datos de salud, sin la exigencia del consentimiento expreso del afectado o sin que una Ley así lo disponga por razones de interés general. Pero el régimen excepcional del art. 7.6 de la LOPD

requiere la concurrencia de dos requisitos: a) que el tratamiento de dichos datos *“resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios”*, así como, en el supuesto de que el tratamiento sea *“necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona cuando el afectado esté incapacitado para dar su consentimiento”*, y b) que el tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario o por otra persona sujeta a una obligación equivalente de secreto.

En el presente caso, el podía tratar los datos de la denunciante cuando la asistía como médico sin ese consentimiento expreso, pero la habilitación no alcanza la comunicación de los datos a un tercero sin que tuviera esa autorización expresa de la afectada, ni siquiera a la persona que la acompañaba a las visitas, como nos señala el médico.

El Dr. Don **A.A.A.** justifica la entrega del informe a la ex pareja de su paciente sobre la salud mental de la madre de su hijo común fundada en lo siguiente: *“La entrega se hizo en fecha 30/05/2008 a solicitud de **Don C.C.C.** quien manifestó con angustia una gran urgencia en la entrega del mismo para hacérselo llegar al médico que en ese momento se había hecho cargo de la paciente, quien se encontraba en un estado de profunda depresión con ideas autolíticas y que no estaba en condiciones de recibir por sí misma el informe. Esta situación de riesgo de suicidio de la paciente era altamente probable dado su grave estado depresivo el cual formaba parte de su trastorno bipolar, habiendo tenido otros episodios previos.*

*El riesgo era aún mayor teniendo en cuenta que al haber abandonado el tratamiento con él, hubo un período en el que quedó sin orientación terapéutica hasta que, según refiere **Don C.C.C.**, acudieron a otro profesional”.*

La actuación que cumpliría tanto sus obligaciones deontológicas como de protección de datos debió ser la de preguntar quién era el profesional que trataba a la denunciante para ponerse en contacto con él y, en aras a la salvaguarda del interés vital de la afectada, facilitarle los datos necesarios para devolver la salud a su antigua paciente, pero nunca entregar el informe a un tercero, que lo utilizó con una finalidad distinta a la que le había expuesto.

V

En el artículo 44.4.g) de la LOPD se considera infracción muy grave: *“La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, así como los que hayan sido recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas”.*

La Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal ha sido modificada por la Disposición final Quincuagésima Sexta de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (en adelante LES), publicada en el BOE de fecha 5 de marzo de 2011, que introduce importantes modificaciones en el Título VII de la LOPD que pudieran afectar a la resolución que ha de adoptarse en el presente caso.

En relación con dicha reforma, procede indicar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo LRJPAC), proclama en su artículo 128.2 el principio de



retroactividad de la norma sancionadora más favorable, estableciendo que *"las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *"los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia"*.

Los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de la imputación dirigida contra el Dr. Don **A.A.A.**, se encuadran, al tiempo de su comisión por la entidad, en el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.g) de la LOPD infracción muy grave, siendo ahora necesario analizar si por aplicación del citado artículo 128.2 de la LRJPAC procedería la aplicación del principio de retroactividad *in bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable.

Para ello, deberá analizarse si el régimen sancionador derivado de la reforma operada en la LOPD por la LES, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E., resulta más beneficioso para el infractor en el presente procedimiento, para lo que será imprescindible tener en cuenta que, conforme tiene señalado reiterada jurisprudencia la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable obliga a **aplicar en bloque y no parcialmente** la norma que tenga tal condición. Así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, que en su STC 75/2002 declaraba *"...ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986, de 29 de octubre, fundamento jurídico 2, tuvimos ocasión de decir que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable (...) supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la Ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva"*. (El subrayado es de la AEPD).

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5721/1998, recuerda que *"la jurisprudencia penal ha declarado reiteradamente que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo, ya que en otro caso la nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva"*.

La LES ha modificado el artículo 44 de la LOPD, estableciendo en el apartado 3.d) como infracción grave: *"La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley"*.

En consecuencia, en aplicación de la retroactividad de la norma más favorable, la infracción cometida por el Dr. Don **A.A.A.** se tipifica como grave.

El artículo 47 de la LOPD, bajo el epígrafe *"Prescripción"*, establece:

“1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor.”

El informe se entregó el día 30 de mayo de 2008, por lo que el 30 de mayo de 2010 prescribió la infracción cometida.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a Don **A.A.A.** y a Doña **B.B.B.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 4 de mayo de 2011



EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte