

Nota de urgencia sobre la Circular de la Dirección de la Gerencia del Servicio Andaluz de Salud 1/2020, 1 de abril de 2020

Antonio Gallardo Piqueras

El pasado 1 de abril la Gerencia del Servicio Andaluz de Salud dictó la Circular de la Dirección de 1/2020, con objeto de «recordar» a los profesionales de dicho Servicio su «obligación de secreto»; haciendo sin embargo extensivo dicho deber a «cualquier información a la que accedan, en el ejercicio de su actividad profesional, relativa a pacientes afectados por el coronavirus COVID-19» («así como —dice crípticamente la circular— sobre aquellas materias que han sido reservadas, reglamentariamente, al ámbito del Ministerio de Sanidad»). La circular, de este modo, pretende imponer a los profesionales sanitarios un estricto deber de secreto, no solo sobre los datos personales, la historia clínica y los procedimientos médicos de los que sean objeto los pacientes —sobre cuya confidencialidad no pueden existir dudas, ni en momentos de crisis, ni fuera de ellos—, sino sobre «cualquier otra información», incluyendo por tanto los datos matemáticos, estadísticos o físicos o , en general, cualesquiera otros de carácter anónimo, disociados de personas identificadas o identificables, que sean conocidos por los profesionales sanitarios en el ejercicio de su actividad y sobre los que, en principio, no existe deber de confidencialidad o reserva alguna.

La imposición de un deber semejante, realizada a través de una simple «circular», resulta por completo indefendible. Y no solo porque el instrumento utilizado para la imposición de dicho deber sea de todo punto insuficiente —pues, como se recordará, las «instrucciones y órdenes de servicio», del tipo de dicha circular, carecen de cualquier valor normativo (*cf.* artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*)—. La circular, además, realiza un proceso deductivo erróneo, sobre la base de afirmaciones falsas, con objeto de obtener una conclusión carente de cualquier racionalidad y sin encaje alguno en nuestro ordenamiento jurídico —ni siquiera, en el excepcional y transitorio derivado del estado de alarma—: que sobre los profesionales sanitarios pesa una especial obligación de «guardar secreto sobre cualquier información» «relativa a pacientes afectados por el coronavirus COVID-19», a la cual hayan podido acceder en el ejercicio de su actividad profesional.

De un lado, la Circular parte de una primera afirmación general, en sí misma válida: la relevancia de **la intimidad de las personas** y la necesidad, establecida por el ordenamiento jurídico, de una especial protección de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas —citando a tal fin, los artículos 10.3 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, 7.1 de la Ley 41/2000, de 14 de noviembre, *Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, y 6.1.f de la Ley 2/ 1998, de 15 de junio, *de Salud de Andalucía*—. Esa afirmación, contenida en la

Circular, carece sin embargo de cualquier conexión lógica con la conclusión posteriormente alcanzada —la obligación de secreto sobre cualesquiera informaciones médicas—. Pues, en efecto, la protección de la intimidad, como principio iusfundamental, se encuentra referido a un concepto —la intimidad— que en modo alguno puede verse afectado por la publicación o difusión de simples datos matemáticos o estadísticos o, en general, completamente anónimos, relativos a la actividad de los centros sanitarios.

En efecto, el objeto de dicha protección —**la intimidad de la persona**— es ajena al dato matemático, estadístico o «anonimizado». Es, por el contrario, la «zona espiritual íntima y reservada de la persona o el grupo, especialmente la familia» —*cf.* Diccionario de la Real Academia Española—, que constituye la esfera de carácter más privado o exclusivo, el círculo de la personalidad y de su proyección personal que los sujetos consideran más reservado, preservándolo de la mirada ajena, por desear que se mantenga oculto a los demás (*cf.*, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Constitucional 151/1997, de 29 de septiembre y 37/1989, de 15 de febrero, el Auto del mismo Tribunal de 11 de diciembre del mismo año, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero y 7 de agosto de 1997 y la extensa jurisprudencia penal del Tribunal Supremo sobre los delitos contra la intimidad—).

En el **ámbito estrictamente físico o corporal**, la intimidad, dice la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 de mayo de 2001 [RJ —marginal Aranzadi— 2001\2043], comprende «todo aquel conjunto de cualidades inmanentes a la propia persona afectada que están tan estrechamente unidas a su propia naturaleza corporal que no sólo se incardinan, desde un punto de vista somático, a todo lo que concierne a su propia fisiología, tanto en su génesis constitutiva como en su porte exterior, sino que, abarca su acervo actuatorio tendente a indispensables actos de pervivencia o desarrollo con un sello, de personalismo cuya indemnidad ha de estar tutelada frente a cualquier injerencia extraña». El derecho fundamental protege, de este modo, aquellos datos físicos que se identifican con la esfera puramente personal, de cada persona en sí misma considerada; comprendiendo, así, todos los «datos descriptivos físicos» de la persona y, dentro de ellos, sus condiciones psicofísicas, su salud y los procedimientos u operaciones médicos aplicados a la misma; esto es, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989 [RJ 1989\2177], todos «los datos privados no patrimoniales, que los Médicos conozcan por razón del ejercicio de su actividad médica respecto a terceras personas a las que prestan asistencia facultativa» (*cf.*, en el mismo sentido, la Sentencia del mismo Tribunal de 2 de julio de 1991 [RJ 1991\6219]).

En el ámbito corporal o médico, la intimidad, de este modo, aparece referida a las «cualidades inmanentes a la propia persona» que puedan quedar desveladas por los datos generados en el curso de la relación médico-paciente; esto es, a las cualidades que, referidas a cada persona concreta, en sí misma considerada, permitan desvelar sus

intransferibles caracteres personales, pertenecientes a su propio e indelegable espacio de reserva, intimidad o secreto. Una revelación de lo íntimo y personal, de lo propio e «inmanente» a la persona, que solo puede surgir cuando el dato aparece referido a ella misma. Pues es evidente que solo cuando el dato aparece relacionado con la concreta persona a la que se refiere puede el mismo provocar la revelación de ese espacio reservado, secreto o íntimo que prohíbe el principio iusfundamental.

La **divulgación de datos puramente matemáticos, estadísticos o simplemente anónimos**, de este modo, no puede en modo alguno provocar lesión alguna al derecho fundamental. Pues, como resulta de todo punto evidente, la propia **«anonimización» del dato** hace que el mismo carezca de cualquier virtualidad o capacidad de lesión del espacio íntimo de persona individual alguna —unas afirmaciones que, aunque no resulte en este caso aplicable, son plenamente predicables del derecho a la protección de datos de carácter personal, de conformidad con Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*—.

Junto a ello, la Circular de la Gerencia del Servicio Andaluz de Salud afirma, como base de su conclusión, que la Orden SND/234/2020, de 15 de marzo, *sobre adopción de disposiciones y medidas de contención y remisión de información al Ministerio de Sanidad ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, **«reserva al Gobierno de la Nación la facultad de hacer pública la información epidemiológica**, la relativa a la situación de la capacidad asistencial, la relacionada con las necesidades de recursos materiales y con los recursos humanos». La afirmación, sin embargo, resulta **sencillamente contraria a la realidad**. La Orden referida no hace reserva alguna de la función de información epidemiológica en favor del Estado de la que pueda deducirse la prohibición de desarrollo de la misma función por parte de terceros. La Orden Ministerial, como se deduce de su simple lectura, sin necesidad o incluso posibilidad racional de interpretación diversa alguna, **tan solo impone a las «comunidades autónomas» el deber** de «remitir al Ministerio de Sanidad la información epidemiológica, de situación de la capacidad asistencial y de necesidades de recursos humanos y materiales». Una obligación que, como dice el preámbulo de la propia disposición reglamentaria, tiene por objeto «facilitar el seguimiento y la toma de decisiones en la gestión de la crisis sanitaria» —no, evidentemente, la privación a terceros de su función de información o divulgación de datos de interés general—. Se refiere el precepto, de este modo, a las comunidades autónomas de manera exclusiva, no a cualesquiera otros terceros, para imponer exclusivamente aquel deber y con el propósito exclusivo de garantizar el suministro de información epidemiológica al Estado; pero sin impedir a las propias comunidades autónomas, como resulta evidente, la difusión de los mismos datos comunicados al Estado y sin que, en todo caso, ese deber de comunicación impuesto pueda alcanzar a cualesquiera personas o entidades distintas de las destinatarias de aquel deber —las comunidades autónomas—.

Se trata, además, de una prohibición de suministro de información que **en ningún caso podría haber sido adoptada por el Estado**. Pues, tal como establece el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, «el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten», tan solo puede acordar determinadas medidas, que el propio precepto enumera taxativamente. Ninguna de las cuales se encuentra relacionada, siquiera incidentalmente, con esa anómala y tan poco respetuosa con el Estado democrático limitación del derecho de información —la cual, por otra parte, ni siquiera podría encontrar un mínimo fundamento en el principio comunitario de precaución, relativo a la necesidad de análisis y valoración anticipada de riesgos, como fundamento especial de la acción pública en los estados de emergencia o alarma—.

No existe, ni puede existir, por ello, razón alguna de índole jurídica que permita imponer, a los funcionarios o empleados del Servicio Andaluz de Salud o cualesquiera terceros, una anómala prohibición de comunicación de información, cuando la misma no alcanza a datos protegidos ni puede en modo alguno desvelar la intimidad de la persona a que tales datos aparezcan referidos. La comunicación de tales datos, además, se encuentra amparada por el derecho a la libertad de información, que corresponde a todos los ciudadanos —informadores profesionales o no—, y cuyo respeto, como valor fundamental dentro del sistema democrático, debe en todo caso prevalecer; especialmente, en situaciones de crisis política y constitucional tan grave como la presente crisis sanitaria.

Antonio Gallardo Piqueras es
registrador de la propiedad y mercantil