

Instituto de Ciencias del Seguro

La utilización de datos genéticos por las compañías aseguradoras

Susana Álvarez González



Susana Álvarez González es Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo. Desde 2004 desarrolla su actividad profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo como profesora del área de Filosofía del Derecho.

Prohibida la reproducción total o parcial
de esta obra sin el permiso escrito
del autor o de la FUNDACIÓN MAPFRE

© 2006, FUNDACIÓN MAPFRE
Carretera de Pozuelo 52
28220 Majadahonda. Madrid

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro
publicaciones.ics@mapfre.com

ISBN: 84-9844-010-6
ISBN: 978-84-9844-010-2
Depósito Legal:
Impreso por PUBLIDISA

Para la realización de este trabajo la **FUNDACIÓN MAPFRE** concedió a su autora un **Beca de Investigación Riesgo y Seguro**.

ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCIÓN	1
II. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL RELATIVOS A LA SALUD	5
1. Definición y características especiales	5
2. Los datos relativos a la salud como datos sensibles	9
III. PARTICULARIDADES EN LA RECOGIDA DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD POR LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS	17
1. Principio de calidad de los datos	18
2. Derecho de información	28
A. Información en la recogida de datos relativos a la salud obtenidos como consecuencia de la contratación de un seguro	28
B. Información en la recogida de datos recabados como consecuencia de un seguro de vida, de forma conjunta a la concesión de un préstamo hipotecario	32
3. El consentimiento expreso	33
IV. MARCO LEGAL DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD	39
1. Requisitos para el tratamiento	39
2. Los derechos de los afectados: las garantías de acceso, rectificación, cancelación y oposición	41
3. La seguridad de los datos relativos a la salud	50

V. LA CESIÓN DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD	57
1. La comunicación de los datos de carácter personal: requisitos especiales en la cesión de datos relativos a la salud .	57
2. La cesión de datos a ficheros comunes: ¿una excepción a la regla general?	60
3. La situación inversa: la cesión de datos médicos a las compañías aseguradoras por instituciones y centros sanitarios públicos y privados	64
VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DATOS GENÉTICOS	73
1. Introducción	73
2. Los datos genéticos como información de carácter personal	75
3. Problemas que plantea la utilización de datos genéticos por las entidades aseguradoras	80
VII. PRINCIPALES CONCLUSIONES	91
ÍNDICE ALFABÉTICO-BIBLIOGRÁFICO	95
COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”	
Instituto de Ciencias del Seguro	103

Presentación

La Doctora Susana Álvarez González aborda en este libro los problemas fundamentales que, para la dignidad, la libertad y la identidad humanas, se derivan de la obtención, el tratamiento y la comunicación de la información genética del ser humano, en un ámbito concreto: el de las compañías aseguradoras. Esta obra es fruto de una labor de investigación oportuna, seria y profunda, que analiza y reflexiona lúcidamente sobre las consecuencias éticas y jurídicas que para los derechos y libertades fundamentales de las personas tienen los progresos en los campos científicos y tecnológicos de la biología, la genética y la informática. Aunque la investigación se circunscriba al sector de las compañías de seguros, sus conclusiones, así como los postulados sobre los que se asientan son susceptibles de ser aplicadas en otros ámbitos.

El tratamiento de la información personal implica siempre determinados riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. Pero, la dignidad y libertad de las personas se verán más especialmente comprometidas cuando los datos personales pertenezcan a los denominados sensibles. Éstas informaciones que, por su peculiar naturaleza se refieren a cuestiones íntimamente ligadas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana, exigen una protección máxima y la adopción de restricciones claras a su utilización, que sólo vendría justificada por la protección de un bien superior y, aún así, adoptándose una serie de garantías que asegurasen que la limitación de los derechos de las personas solamente sufrirían lo imprescindible de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Los datos genéticos son datos extremadamente sensibles, pues no sólo informan acerca de las posibles enfermedades y características de un individuo, sino que constituyen probablemente uno de los aspectos más íntimamente relacionados con su dignidad, su identidad y con su personalidad.

Los datos genéticos son cualitativamente diferentes de los demás datos personales; pues correctamente interpretados, los mensajes genéticos codificados dentro de nuestro ADN, no sólo nos ayudarán a comprender como funcionamos a nivel químico, sino que, como proclamara James Dewey Watson, nos proporcionan las últimas respuestas a nivel químico de los seres humanos. Por su tan especial naturaleza, la información genética en manos de terceros vuelve a los seres humanos seres transparentes y sin secretos y en ese sentido, vulnerables ante los demás, con el consiguiente menoscabo de su autonomía y derechos. Además, los datos genéticos son particularmente susceptibles de ser utilizados para, debidamente integrados o aislados formar el perfil genético y discriminar a las personas en las más diversas facetas de su vida.

El análisis de las posibilidades de utilización de una información personal tan peculiar por parte las compañías aseguradoras, requiere tener presentes las consideraciones anteriores. El libro de Susana Álvarez González resuelve acertadamente, ponderando los intereses en conflicto y en base a las normas existentes en nuestro Derecho sobre protección de datos personales, las dudas que la ausencia de una regulación legal específica de la información genética en el Derecho español plantea. Las dificultades de esta falta de previsión del legislador español, que ni menciona los datos genéticos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, ni en 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 y, ni, obviamente, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, han sido resueltas por la autora interpretando sistemáticamente esta legislación, así como las previsiones legales que regulan el contrato del seguro, con las normas internacionales ratificadas por el Estado español y otros documentos interpretativos de éstos como, por ejemplo, *Recomendación R (97) 5*, adoptada el 13 de febrero de 1997 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Por otra parte, me gustaría mencionar que este trabajo no constituye una investigación sectorial aislada y limitada al campo de estudio de este libro.

La preocupación por la protección de los datos genéticos y las repercusiones sobre los derechos fundamentales de sus usos posibles es una constante en la labor investigadora de la autora. Esta investigación inicial, que ha sido posible gracias al patrocinio de la FUNDACIÓN MAPFRE, se encuentra completada con otras, entre las que cabe mencionar muy especialmente su tesis doctoral que bajo el título *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos* aparecerá probablemente en las mismas fechas que este libro, publicada por la editorial Dykinson, o también la obra colectiva del grupo de investigación en el que Susana Álvarez está integrada en la Universidad de Vigo y en el que habitualmente colaboramos, financiada por la FUNDACIÓN MAPFRE sobre *Acceso y cesión de la información genética contenida en la historia clínica*. Responde, por lo tanto esta investigación al gran interés personal que la autora siente por el tratamiento de la información médica y en especial la genética y su incidencia en la libertad y la dignidad y los derechos fundamentales de la persona.

Finalmente, debo añadir, que este libro resuelve dudas y aclara y precisa conceptos, pero sobre todo supone una puerta abierta a nuevos y complejos interrogantes que exigen una respuesta meditada no sólo de los juristas y muy especialmente de los filósofos del Derechos, sino también los profesionales del ámbito de las ciencias de la salud y de los demás agentes implicados –como es el caso de las aseguradoras- a fin de encontrar soluciones jurídicas y éticas que permitan enfrentar los retos que la ciencia genética está empezando a plantear, respuestas que, en mi opinión, no podrán obviar en ningún caso el papel central que, como expresa el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, deben ocupar la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Ana Garriga Domínguez

Universidad de Vigo

Ourense, 21 de noviembre de 2006

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por la protección de los datos de carácter personal tiene su origen en el desarrollo de las tecnologías de la información¹. Su auge ha permitido, tanto al sector público como al sector privado, recopilar y almacenar grandes cantidades de información personal con diferentes propósitos y finalidades. El uso de dicha tecnología hace posible recoger y almacenar, sin límite de espacio, infinidad de datos sobre un mismo individuo, realizar un auténtico catálogo de informaciones personales sobre él e interrelacionar todos sus datos con independencia de que éstos se encuentren en archivos distintos, se refieran a diferentes etapas de su vida o hayan sido recogidos en lugares lejanos.

El conocimiento de las informaciones relativas a la salud no escapa a esta realidad; limitada su obtención tradicionalmente al ámbito sanitario, los datos médicos se recogían en expedientes no informatizados utilizados de forma casi exclusiva por profesionales sanitarios, de tal manera que dicha información solamente era conocida por el propio paciente o por las personas más allegadas a éste y por el médico sometido a secreto profesional. Fuera de este ámbito, los datos médicos únicamente eran conocidos por la sociedad cuando el individuo los revelaba o el profesional incumplía el deber de secreto médico.

¹ Como ha señalado Vittorio Frosini, la sociedad humana se puede definir correctamente como “sociedad de la información” en la que ésta constituye el vínculo esencial entre los hombre. FROSINI, V.: *Informática y Derecho*, traducción de Jorge Guerrero y Mariño Ayerra Redin, Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 29. La expresión sociedad de la información alude al papel absolutamente central que la información y la comunicación revisten en el interior de la organización social, “*del mundo productivo, de los procesos políticos y de todo mecanismo decisorio*”. TONIATTI, R.: “*Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada*”, traducción de Alejandro Saiz Arnaiz, Revista Vasca de Administración Pública, núm. 29, 1991, p. 141.

Sin embargo, en la actualidad, la pretensión de obtener y utilizar este tipo de información no queda limitada al ámbito sanitario, sino que su utilidad se ha puesto de manifiesto en sectores que, en principio, estarían desvinculados de su uso. El sector del seguro privado no sólo no es ajeno a esta tendencia, sino que se presenta como uno de los más interesados en recopilar y archivar información de carácter médico de sus asegurados². Son múltiples los intereses y finalidades esgrimidos por las entidades aseguradoras para el conocimiento de esta información, si bien todos ellos pueden circunscribirse a intereses esencialmente económicos.

El archivo y la utilización ilícita de este tipo de información constituyen una forma relativamente nueva de atentar contra la intimidad del individuo y sus derechos fundamentales. El tratamiento informatizado de los datos es sólo el último eslabón en el proceso, pues la tecnología informática permite obtener, almacenar, interrelacionar e incluso transmitir datos que en el pasado se encontraban dispersos en distintas fuentes, lo que imposibilitaba o dificultaba notablemente su combinación. Sin embargo, el tratamiento de la información, que constituye sin lugar a duda, una fuente inagotable de poder para quien la posee, lleva aparejado riesgos para la persona y para sus derechos fundamentales. Frente a éstos, la mayoría de la doctrina –entre otros, PÉREZ LUÑO, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA o GARRIGA DOMÍNGUEZ- defiende la existencia de un derecho autónomo reconocido en el apartado cuarto del artículo 18 del texto constitucional español: el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática³.

² En el año 1998 la cantidad de ficheros con datos relativos a la salud, recabados y archivados con finalidades desvinculadas del ámbito sanitario, aumentaron considerablemente; 202 ficheros que contenían este tipo de datos fueron declarados ante la Agencia de Protección de Datos, siendo dos las finalidades esenciales de estos ficheros: la gestión de recursos humanos de empresas que mantienen política de prevención de riesgos laborales y de vigilancia de la salud de los trabajadores y la de gestión de seguros de vida y salud o de pólizas de asistencia sanitaria en el sector asegurador. AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 1998*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999, p. 36. En el año 2002, los ficheros con datos especialmente protegidos de salud, origen racial y vida sexual, declarados ante la Agencia Estatal de Protección de Datos fueron 22.258, frente a los 5.859 inscritos en el año 2001, existiendo un incremento del “casi el 280 %” en el número de inscripciones. AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 2002*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2001, p. 43.

³ La doctrina mayoritaria defiende el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental autónomo. Entre otros, PÉREZ LUÑO, A.E.: “*La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*”, LOSANO, M.G.; PÉREZ LUÑO, A.E. y GUERRERO

El derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como libertad informática o derecho a la protección de datos de carácter personal⁴, aparece en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo de protección del individuo frente al acopio y tratamiento de sus datos personales; derecho fundamental autónomo⁵, distinto del derecho a la intimidad, cuyo reconocimiento doctrinal se ha visto confirmado, salvo alguna excepción⁶, por las resoluciones del Tribunal Constitucional español⁷. Constituye una nueva modalidad de libertad personal, tendente a proteger jurídicamente la *identidad personal*⁸. La libertad informática consiste básicamente en la facultad del individuo de control y disposición sobre las informaciones de carácter personal, es la facultad del individuo de decidir *básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la vida propia*⁹.

MATEUS, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos*, ob.cit., pp. 137 y ss; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 23 o LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 156.

⁴ El profesor Pérez Luño utiliza como sinónimos los términos libertad informática y derecho a la autodeterminación informativa, puesto que, si bien ciertas concepciones doctrinales conciben la autodeterminación informativa como una faceta de la intimidad o un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, tanto el desarrollo doctrinal como jurisprudencial del derecho a la autodeterminación informativa “*lo hacen coincidir con el alcance de la libertad informática en cuanto se concreta en la garantía de acceso y de control de la información por parte de las personas concernidas*”. PÉREZ LUÑO, A.E.: “*La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*”, LOSANO, M.G; PÉREZ LUÑO, A.E. y GUERRERO MATEUS, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 141.

Asimismo los diferencia de la expresión ‘protección de datos personales’, puesto que, si bien aluden a una misma realidad, son términos diferentes. La libertad informática constituye un derecho fundamental mientras que el término “protección de datos” hace referencia al “conjunto de bienes o intereses que pueden ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas que pueden ser identificadas o identificables”. *Ibidem*, p. 139.

⁵ En derecho a la autodeterminación informativa fue recogido de forma pionera en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia germana, consolidándose tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 15 de diciembre de 1983, que resuelve el recurso interpuesto contra la Ley del Censo de Poblaciones, Viviendas y Centros de Trabajo de 1983, aprobada por el Bundestag el 4 de marzo de 1982. El texto de la sentencia se encuentra recogido en el Boletín de Jurisprudencia constitucional, núm. 33, enero, 1984, pp. 126-170.

⁶ Vid. STC 143/1994, de 9 de mayo.

⁷ Al respecto, entre otras, STC 254/1993, de 20 de julio; SSTC11/1998, de 13 de enero y 94/1998, de 2 de mayo; STC 202/1999, de 8 de noviembre o SSTC 290/2000, de 30 de noviembre y 292/2000, de 30 de noviembre.

⁸ PÉREZ LUÑO, A.E.: “*Vittorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica*”, *Informática e Diritto*, Le Monnier, Firenze, 1992, p. 107.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, n.º33, p. 152.

El uso desviado de la tecnología de la información implica notables riesgos para los derechos fundamentales que se verán agravados cuando los datos personales pertenezcan a la categoría de los denominados datos «sensibles», donde se sitúan los datos relativos a la salud. Son informaciones susceptibles de una reconsideración respecto a la categoría general por sus especiales peculiaridades y características¹⁰. Las posibles agresiones a los derechos fundamentales serán más directas y virulentas cuando se deriven de la utilización ilícita de datos especialmente protegidos. La particular naturaleza de los datos médicos, por lo íntimo de las informaciones a las que hacen referencia y por lo particularmente graves que pueden ser las consecuencias de su utilización fraudulenta para las personas a las que se refieren, ha propiciado su inclusión en las regulaciones nacionales e internacionales, como información especialmente protegida, que se traduce en el plano normativo en un reforzamiento de las medidas adoptadas para su garantía y protección. Por esta razón se presenta como imprescindible para la efectiva protección del individuo frente al tratamiento de este tipo de información, también en el sector asegurador, la búsqueda del equilibrio entre la necesidad de recabar estos datos y la necesaria protección de los derechos fundamentales. Es necesario, por un lado, analizar cada uno de los requisitos legales cuyo cumplimiento condiciona el archivo lícito de esta información por las entidades aseguradoras. Por otro, el estudio de los derechos y facultades que el afectado posee frente al tratamiento de sus datos de carácter personal en general y frente al tratamiento de sus datos relativos a la salud en particular, pues sólo a través de su estricto cumplimiento podrán evitarse agresiones, más o menos directas, a los derechos fundamentales en juego a través del uso e interrelación de este tipo de información.

¹⁰ SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

II. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL RELATIVOS A LA SALUD

1. Definición y características especiales

El concepto de dato relativo a la salud se construye en torno a la definición de dato de carácter personal. Por este motivo, para establecer una definición de dato relativo a la salud, resulta necesario, de forma previa, establecer un concepto de dato de carácter personal. Al respecto, tanto la legislación nacional como la normativa internacional y comunitaria recogen una definición similar de dato de carácter personal, entendido como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables¹¹, que permita ampliar o precisar el conocimiento sobre un individuo¹².

En este sentido se pronuncia el artículo 3, apartado primero, de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal –LOPDP-. Esta definición se completa con lo dispuesto en el artículo 1, apartado cuarto, del Real Decreto 1332/1999, de 20 de junio, que según lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la LOPDP sigue vigente en

¹¹ Artículo 2 Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por España el 27 de enero de 1984 (BOE, 15 de noviembre de 1983, núm. 274); artículo 2, apartado a, Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos y artículo 3, apartado a, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 14 de diciembre de 1999)

¹² GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, ob.cit., p. 24.

todo aquello que no se oponga a ésta. El Real Decreto 1332/1999 define como dato de carácter personal toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión, concerniente a una persona física identificada o identificable.

Se requiere, por tanto, que la persona pueda ser identificada o identificable por medio de los datos de carácter personal. En efecto, como señala HEREDERO HIGUERAS, la vinculación de los datos personales con la persona puede establecerse de distintas formas, bien de manera directa, mediante un nombre, o bien de manera indirecta, mediante un determinado número –pasaporte, teléfono, Seguridad Social-, a través del conjunto de rasgos distintivos que permitan aislar a la persona en un grupo determinado por distintos rasgos – edad, puesto de trabajo, etc.- o por *la imagen o la voz, las huellas digitales y las características genéticas (ADN)*¹³.

El archivo de esta información, con independencia del procedimiento que se utilice, queda incluido dentro del ámbito de aplicación de la LOPDP, tal y como señala el artículo 2 del texto legal: *la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptible de tratamiento y a todo uso posterior de estos datos por los sectores público y privado*. A diferencia de lo que sucedía en la derogada LORTAD, la vigente LOPDP amplía su ámbito de aplicación, no limitado únicamente a los ficheros automatizados, sino a todo soporte físico, incluido el no informatizado, siempre que se halle estructurado. La razón de esta ampliación se debe fundamentalmente a la transposición de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos – Directiva 95/46/CE- que amplía su protección a los datos personales

¹³ HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Directiva Comunitaria de Protección de Datos de Carácter Personal. Comentario a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, p. 74.

contenidos en archivos no automatizados. Su considerando número 27 señala los motivos de esta modificación: la necesidad de ampliación de la protección de las personas, tanto frente al tratamiento automatizado de datos como a su tratamiento manual y la necesidad de evitar los riesgos graves para los derechos fundamentales del individuo provocados por una elusión de la normativa mediante el mantenimiento de ficheros manuales. La protección del individuo frente a la utilización de sus datos de carácter personal, señala la Directiva, no puede depender de las técnicas utilizadas.

A diferencia de lo que sucede con la definición de “dato de carácter personal”, no contiene, sin embargo, la LOPDP un concepto de dato relativo a la salud, sino que se limita a señalar su condición de información especialmente protegida. Para encontrar una definición dentro de la normativa de protección de datos hay que acudir al Derecho Internacional. Al respecto, cabe señalar la definición de dato relativo a la salud contenida en la memoria explicativa del Convenio número 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero, para la Protección de Personal con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal¹⁴. Éste define el dato relativo a la salud como *toda información concerniente a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. Puede tratarse de informaciones sobre un individuo de buena salud, enfermo o fallecido. Debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas*. Se trata de una definición amplia de dato de salud que incluye datos que, si bien no se refieren en sentido estricto a la salud de la persona, sí están estrechamente relacionados con la misma, al tratarse de hábitos que inciden directamente en ella.

Por su parte, las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa en la materia siguen el concepto establecido en el Convenio. Así, la Recomendación (97) 5, de 13 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Protección de Datos Médicos contiene en su artículo primero una definición de dato médico entendido como todo dato personal relativo a la salud, refiriéndose

¹⁴ Epígrafe 45.

también a los datos que tengan una clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos. La Recomendación incluye en la categoría de dato médico tres tipos de información de carácter personal: datos relativos a la salud en sentido estricto, datos estrechamente relacionados con la salud que permiten conocer o ampliar información sobre la salud de una persona y, finalmente, datos genéticos.

La novedad radica en la inclusión expresa de los datos genéticos dentro de la definición de dato relativo a la salud en sentido amplio o dato médico, aportando asimismo un concepto de dato genético, entendido como información de carácter personal *cualquiera que sea su clase, relativas a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados. También se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud o la enfermedad, ya se presente con características identificables o no.*

Dicho concepto ha sido aclarado por la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, aprobada por la 32ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 16 de octubre de 2003, que define el dato genético como *información sobre las características hereditarias de las personas obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos*¹⁵. Ambos textos, si bien recogen un concepto autónomo de dato genético que denota la particularidad de dicha información frente al resto de información médica, obvian la dificultad existente para incluir determinados datos genéticos dentro de la categoría general de dato médico o dato relativo a la salud por la especial naturaleza y características que la información genética de carácter personal presenta¹⁶.

¹⁵ En el mismo sentido parece pronunciarse la Agencia Española de Protección de Datos que en su Informe jurídico relativo al tratamiento de datos genéticos para la localización de personas desaparecidas o en la investigación criminal ha señalado que, *“si bien es posible que del resultado del análisis del ADN no codificante no se deriven directamente datos de salud, dichos resultados vienen a conformar la huella genética de una persona, y por tanto, se encuentran íntimamente relacionados con la salud de las personas. En consecuencia, cualquier dato genético deberá ser considerado como un dato que afecta a la salud de las personas y, por tanto, sujeto a las disposiciones específicas aprobadas para la regulación de este tipo de datos de carácter personal”*. <https://www.agpd.es/>

¹⁶ Tal y como ha señalado Romeo Casabona, si bien es cierto que gran parte de la información genética se proyecta sobre la salud de los individuos, no *“toda ella debe identificarse con la salud”*. ROMEO

La mayoría de la doctrina científica –entre otros, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA¹⁷ o GARRIGA DOMÍNGUEZ¹⁸- también ha optado por una noción amplia de dato relativo a la salud, que incluye tanto los datos médicos en sentido estricto, como aquéllos que guardan conexión estrecha con la salud, independientemente del ámbito en el que sean tratados y de la finalidad con la que se utilicen. En este sentido, señala LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: la expresión dato relativo a la salud incluye todo dato *que tenga que ver con el cuerpo humano en su conjunto y, en particular, lo relacionado con la sexualidad, la raza, el código genético. Además, incluyen los antecedentes familiares, los hábitos de vida, de alimentación, de consumo, así como las enfermedades actuales, pasadas o futuras previsibles, bien de tipo físico o psíquico*¹⁹. Entendido en estos términos, el concepto de dato relativo a la salud abarcará toda información que tenga vinculación con la salud, posibilitando la inclusión en el mismo de datos no estrictamente clínicos como pueden ser la información relativa al peso corporal o a la edad, si están relacionadas o afectan a la salud del individuo.

2. Los datos relativos a la salud como datos sensibles

Cuando en 1992 se aprueba en España la primera ley de protección de datos - Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD)-, ésta incluye en su artículo 7 como datos especialmente protegidos aquellas informaciones

CASABONA, C.M.: *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 125.

¹⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “*El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados*”, en *Información y Documentación Clínica*, Vol. II, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, pp. 585 y ss.

¹⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *La protección de los datos personales en el Derecho español*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999, p 190.

¹⁹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “*El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados*”, en *Información y Documentación Clínica*, Vol. II, ob.cit., pp. 586-587.

relativas a la ideología, religión o creencias, origen racial, salud y vida sexual²⁰. Dichas informaciones han sido denominadas por la doctrina como datos sensibles, susceptibles de una especial protección²¹. Se trata de datos que, como afirma GARRIGA DOMÍNGUEZ, hacen referencia a aspectos, que como la salud, están íntimamente ligadas *al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana*²² y que tienen una especial incidencia en la vida privada, en el ejercicio de las libertades o riesgo de prácticas discriminatorias, tal ha señalado PÉREZ LUÑO²³.

La sensibilidad de los datos relativos a la salud se justifica por su especial incidencia en la intimidad y el riesgo de prácticas discriminatorias a través de su utilización. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado la especial incidencia de las informaciones médicas, especialmente de las relativas a la mala salud, en el *ámbito irreductible de la intimidad*²⁴. En este sentido, destaca SÁNCHEZ BRAVO la especial consideración y cuidado que merece la utilización de ciertos datos relativos a la salud, entre los que menciona específicamente los datos referentes a la salud mental y al consumo de drogas, por la posibilidad de elaborar “censos negros” en base a los cuales se adopten decisiones sobre las expectativas y derechos de las personas²⁵.

²⁰ Para un estudio sobre los datos sensibles en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y Protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, Cuadernos y Debates 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 69 y ss.

²¹ Si bien existe unanimidad sobre la especial protección que merecen los datos sensibles, no existe tal acuerdo en relación con la naturaleza de este tipo de datos, manteniéndose abierto el debate doctrinal sobre si las categorías especiales de datos están formadas por informaciones sensibles por su propia naturaleza o bien por datos que serán sensibles o no en función de contexto en el cual se utilicen.

²² GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *La protección de los datos personales en el Derecho español*, ob.cit., p. 189.

²³ PÉREZ LUÑO, A.E.: “Comentario legislativo: la LORTAD y los derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 1, 1993, p. 408.

²⁴ Por todas, STC 232/1993 (sala segunda), de 12 de julio, fundamento jurídico segundo.

²⁵ SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, ob.cit., p. 106.

La vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, mantiene el reconocimiento de los datos relativos a la salud como datos sensibles por su propia naturaleza. El artículo 7 de la LOPDP distingue tres grupos de datos especialmente protegidos: datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias; datos relativos a la salud, origen racial y vida sexual y finalmente, datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Dicho precepto prevé un régimen específico para cada uno de estos tres grupos de datos personales.

Los datos relativos a la salud o datos médicos quedan incluidos entre aquéllos a los que nuestra legislación dispensa mayores garantías. Por una parte, su obtención, ha de adecuarse a unos denominados principios, denominados principios de calidad de los datos –principio de pertinencia, principio de finalidad, principio de veracidad y exactitud, principio de lealtad y principio de seguridad de los datos–, que condicionan la recogida de cualquier tipo de información de carácter personal²⁶. Por otra, la LOPDP otorga una serie de facultades al sujeto –derecho de oposición, acceso, rectificación y cancelación– frente al archivo y tratamiento de la información médica que le concierne. A dichos requisitos, habrá que adicionar las garantías específicas previstas para la protección de este tipo de información en el artículo 7.3 de la LOPDP.

La obtención de datos relativos a la salud ha de regirse, por tanto, por lo previsto en el artículo 7, apartado tercero, de la LOPDP: *Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.* Éste tiene que completarse con lo dispuesto en el apartado cuarto del mismo precepto que prohíbe todo fichero que tenga como finalidad exclusiva almacenar datos de carácter personal relativos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico y vida sexual. Esta última garantía refuerza el régimen de protección de las citadas informaciones, a excepción de los datos médicos; excepción que resulta coherente teniendo en cuenta que los

²⁶ Vid. artículo 4 de la LOPDP.

datos relativos a la salud necesitan ser almacenados para la adecuada asistencia sanitaria del individuo. Por este motivo, el legislador en el artículo 8 LOPDP habilita a las instituciones y centros sanitarios, ya sean públicos o privados, y a los profesionales correspondientes a tratar los datos de las personas que acudan a esos centros o sean tratadas en los mismos²⁷. En estos supuestos, el precepto remite a lo establecido en la legislación estatal o autonómica que fijará los requisitos para el tratamiento lícito de la información y delimitará las finalidades a las que se somete su uso así como los intereses que justifican su utilización²⁸. La recogida de los datos relativos a la salud se regirá por lo dispuesto en estas normas, siempre y cuando ésta se realice por los centros e instituciones mencionadas. En los demás casos, deberá respetarse lo señalado en el apartado tercero del artículo 7 LOPDP²⁹.

El artículo 7, apartado tercero, de la LOPDP exige para la obtención, tratamiento y cesión el cumplimiento de uno de estos requisitos:

- Que el afectado otorgue su consentimiento expreso.
- Que una ley, basada en un interés general, permita su tratamiento.

La necesidad de que el afectado otorgue su consentimiento para el tratamiento de la información que le conciernen es uno de los elementos que forman parte del contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa y que, por tanto, salvo limitaciones legales, preside todo tratamiento de datos de carácter personal. El consentimiento se erige *como el eje en torno al que ha de girar todo marco protector*³⁰, permitiendo a cada persona decidir qué datos se

²⁷ La LOPDP mantiene esta habilitación legal en el mismo emplazamiento sistemático y con contenido similar a la LORTAD, a excepción de la mención expresa de las normas a las cuales se remite; emplazamiento y regulación que ya habían sido objeto de crítica por algún autor. Al respecto, HEREDERO HIGUERAS, M: *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 103.

²⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, ob.cit., pp. 115-116.

²⁹ *Ibidem*, p. 116.

³⁰ ROMEO CASABONA, C.M.: *“El tratamiento y la protección de los datos genéticos”*, en MAYOR ZARAGOZA, F. y ALONSO BEDATE, C. (Coords.): *Gen-Ética*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 244.

revelan, a quién se revelan y para qué. Solamente, mediante ley, por razones de interés general, podrá limitarse tal garantía, concebida como parte del contenido esencial del derecho fundamental desarrollado por la LOPDP. De ésta forma, sólo cuando se cumplan los dos requisitos de forma conjunta –ley más interés general- podrá omitirse la garantía del consentimiento expreso.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la sentencia 202/1999, de 8 de noviembre, señalando que no cualquier interés justifica la autorización por ley del tratamiento de informaciones sin necesidad de consentimiento. Dicha excepción tendrá que estar amparada en un interés suficientemente relevante que permita la excepción del consentimiento expreso³¹. El problema radica en determinar qué se entiende por interés general, categoría abstracta e indeterminada, que dificulta su precisión conceptual, abarcando toda una serie de medidas que se presentan como necesarias para la salvaguarda de los valores fundamentales en una sociedad democrática³². En este sentido, señala SEOANE RODRÍGUEZ que la disposición legal debería precisar el contenido del denominado “interés general”, habida cuenta que mediante la utilización de esta cláusula es posible introducir *interpretaciones y usos injustificados que despojen de valor e infrinjan los principios de consentimiento del titular y finalidad*³³.

No obstante ha de tenerse en cuenta que, aunque una ley excepcione el consentimiento expreso para el tratamiento de la información de carácter personal, dicha previsión no puede entenderse como una autorización que permite omitir el cumplimiento de los demás requisitos que rigen en materia de protección de datos. Así, siguiendo a SÁNCHEZ BRAVO, la disposición legal

³¹ Fundamento jurídico cuarto, STC 202/1999.

³² SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: “*La Regulación de los Datos Sensibles en la LORTAD*”, Informática y Derecho, núm. 5-6, 1994, p. 130.

³³ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: “*De la intimidad genética a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 17, 2002, p. 162.

que posibilite el tratamiento de los datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado deberá precisar a qué datos se refiere, quién es el destinatario de los mismos y cuál es su finalidad, puesto que sólo en estos términos podrá permitirse una limitación de las garantías contenidas en la Ley³⁴.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, la obtención y tratamiento de datos médicos por las compañías de seguros ha de regirse por la regla general recogida en el apartado tercero del artículo 7 de la LOPDP: la necesidad de consentimiento expreso del afectado. La recopilación de datos relativos a la salud del asegurado en la mayoría de los supuestos tiene como finalidad última valorar el riesgo para la conclusión de un determinado contrato, no siendo posible encuadrar dicho fin dentro del interés general que ha de presidir cualquier excepción al consentimiento legalmente exigida. En este sentido se ha pronunciado la Recomendación (2002) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la Protección de Datos Recogidos y Tratados para fines relacionados con el sector del seguro, que señala en su Anexo, punto cuarto, apartado sexto, que el tratamiento de datos sensibles se encuentra prohibido a menos que el afectado o su representante legal, cuando éste carezca de capacidad, consienta en el mismo.

La necesidad de que la compañía aseguradora cuente con el consentimiento expreso del afectado para tratar los datos relativos a su salud se confirma en la disposición adicional sexta, inciso final, de la LOPDP, que modifica el artículo 24.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Ésta excluye, por una parte, la necesidad de consentimiento del afectado cuando se cedan datos a ficheros comunes que tengan como finalidad la tarificación y selección de riesgos, la elaboración de estudios de técnica aseguradora o la prevención del fraude en el sector del seguro, y exige, por otra, en su inciso final, que los datos relativos a la salud sólo y únicamente sean objeto de tratamiento con el consentimiento expreso del afectado.

³⁴ SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: *“La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal: diez consideraciones en torno a su contenido”*. Revista de Estudios Políticos, núm. 111, 2001, p. 130.

Este refuerzo de las garantías del sujeto frente a la obtención y tratamiento de su información médica de carácter personal tiene como finalidad última garantizar de forma efectiva el derecho fundamental a la protección de datos; garantía que ha de ser mayor en relación con los datos calificados como especialmente protegidos, puesto que la pérdida de su control, la imposibilidad de determinar qué, quién y para qué los utilizada, implica unos mayores riesgos para el individuo que el archivo y uso de otra información de carácter personal; riesgos que la LOPDP pretende evitar a través de su calificación como información altamente sensible, cuyo archivo ha de someterse a mayores requisitos.

III. PARTICULARIDADES EN LA RECOGIDA DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD POR LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS

Las compañías de seguros obtienen datos de la salud de los asegurados de manera habitual en dos momentos³⁵.

1. En la contratación de determinados seguros mediante la realización de un test o reconocimiento médico³⁶.
2. En el pago de las prestaciones derivadas de ciertos seguros³⁷, ya que para gestionar dicho pago, los centros sanitarios han de proporcionar, en multitud de ocasiones, a las entidades aseguradoras pagadoras una serie de informaciones como la entrada en el centro sanitario, las pruebas realizadas o el “*diagnóstico de salida*”³⁸.

³⁵ El anexo, punto 4.3, de la Recomendación (2002) 9, sobre la Protección de datos personales recogidos y tratados a efectos de seguros, señala que los datos personales pueden ser recogidos y tratados en los siguientes supuestos:

- a) cuando la Ley lo prevea;
- b) para la formalización de un contrato de seguro del que el interesado es una parte o para la redacción de una póliza a solicitud del interesado;
- c) cuando el interesado o su representante legal u otra persona u organismo acorde con la ley hayan dado su consentimiento según lo establecido en el apartado 6 ;
- d) cuando los datos sean necesarios para el desarrollo de los intereses legítimos del responsable del tratamiento, siempre que los intereses del afectado no prevalezcan sobre los del responsable del tratamiento.

³⁶ De forma habitual, en los seguros de personas -especialmente en los seguros sobre la vida, en los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria- en los que el “*riesgo asegurado se realiza directamente en la persona humana*”. GALLEGO SANCHEZ, E.: *Contratación Mercantil, Volumen III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.1772.

³⁷ Un ejemplo lo constituyen los seguros con prestación en el caso de invalidez del asegurado en los que el pago de indemnizaciones exige aportar uno o varios certificados médicos, en los cuales se hacen constar numerosos datos de carácter personal, como el tipo de enfermedad que el sujeto padece, su evolución, etc.

³⁸ SÁNCHEZ CARAZO, C. y SÁNCHEZ CARAZO, J.: *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999, p. 248.

En ambos casos la obtención de datos relativos a la salud estará condicionada por los principios de protección de datos recogidos en el título II de la LOPDP. En concreto, por los principios de calidad de los datos, por el derecho de información en la recogida de los mismos y por la necesidad de que el afectado otorgue su consentimiento; consentimiento que en relación con los datos médicos ha de recabarse en los términos ya señalados.

1. Principio de calidad de los datos

El derecho a la autodeterminación informativa protege a la persona frente a la utilización de sus datos personales, otorgando al titular de los mismos una serie de facultades que le permiten su control e imponiendo a quien los obtiene una serie de limitaciones. Esta última función se realiza a través de una serie de requisitos que actúan de manera previa al tratamiento de las informaciones, limitando y condicionando su recogida. Las normas que regulan la protección de datos de carácter personal contienen un elenco coincidente de principios que funcionan como deberes positivos y no meramente de omisión frente a terceros³⁹, definiendo las pautas a las que debe atenerse la recogida de los datos personales⁴⁰ y su posterior tratamiento⁴¹.

La protección efectiva del derecho a la autodeterminación informativa del individuo exige el respeto a estos principios, con el objetivo de que las ventajas que puedan derivarse de su obtención y tratamiento no tengan como consecuencia el debilitamiento de los derechos fundamentales de las personas a las cuales hagan referencia las informaciones⁴². Éstos forman parte del contenido negativo del derecho a la autodeterminación informativa y son de

³⁹ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *“De la intimidad genética a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II), ob.cit., p. 147.*

⁴⁰ Punto segundo de la Exposición de Motivos de la LORTAD.

⁴¹ Así, el capítulo II del Convenio 108 del Consejo de Europa, el capítulo II de la Directiva 95/46/CE y el título II de la LOPDP incluyen en su articulado los *“principios de calidad de los datos”* que constituyen una preocupación constante en la legislación de protección de datos personales.

⁴² Memoria explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa, punto segundo.

aplicación en la obtención de cualquier dato de carácter personal. No obstante, en la recogida de datos sensibles adquieren especial relevancia.

La LOPDP en el título II recoge los denominados por el texto legal “principios de la protección de datos”. En éste se regulan cuestiones tan dispares como los principios de calidad de los datos, el derecho a la información en la recogida de los mismos, el consentimiento del afectado, la comunicación de los datos, etc. Sin embargo, a pesar de dicha amplitud, no todos ellos forman parte del contenido negativo del derecho a la autodeterminación informativa, ni pueden considerarse, en sentido estricto, principios de protección de datos. El análisis de esta cuestión se limitará, por tanto, a los denominados principios de calidad de los datos personales, que actúan como límite a la obtención de los datos de carácter personal, facultando, asimismo, que posteriormente la persona afectada pueda ejercitar un control positivo sobre las informaciones que le conciernen. Si bien estos principios afectan a la obtención y tratamiento de cualquier información personal, el respeto a los mismos se presenta como fundamental frente a la utilización de una información cuya naturaleza y extrema sensibilidad puede dar lugar a prácticas especialmente odiosas.

Se pueden considerar principios de calidad de los datos en sentido estricto los siguientes: principio de pertinencia, principio de finalidad, principio de veracidad y exactitud, principio de lealtad y principio de seguridad de los datos de carácter personal⁴³. Dicha regulación coincide sustancialmente con lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos datos y en los artículos 5 y 7 de Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la Protección de Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de sus Datos de Carácter Personal –Convenio 108-.

⁴³ Para un estudio en profundidad de los mismos, Vid. GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, ob.cit., pp. 78 y ss.

Su función es la de prevenir o eliminar los daños causados con la obtención, tratamiento o cesión de los datos de carácter personal, independientemente del tipo de información de que se trate, siempre que ésta quede registrada en soporte físico, que la haga susceptible de tratamiento. Éstos se traducen en la necesidad de que los datos recabados sean adecuados, pertinentes y 'no excesivos' para el fin perseguido, en la prohibición de utilización abusiva e ilegítima de los datos, en la exigencia de que respondan a la verdadera situación del afectado, en la imposición de que los datos sean obtenidos sin engaños ni métodos fraudulentos, desleales o ilícitos y en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los mismos. Como señala DENNIGER, la falta de obediencia a alguno de ellos puede dar lugar a que el derecho fundamental *llegue a ahogarse*⁴⁴.

La obtención de datos relativos a la salud en el sector del seguro privado presenta determinadas peculiaridades que han de tenerse en cuenta en la aplicación de estos principios. Como se ha señalado anteriormente, las entidades aseguradoras obtienen datos de salud de los asegurados bien antes de la conclusión del contrato para la valoración del riesgo, que en este tipo de seguros se traduce en *la posibilidad de un acontecimiento que afecte a la misma existencia del asegurado (seguro de vida), en la posibilidad de las lesiones corporales (invalidez temporal, permanente o muerte) debidas a causas violentas o externas (seguro de accidentes) y, en fin, en el peligro de enfermedad (seguro de enfermedad*⁴⁵), bien posteriormente a la celebración del mismo para hacer frente a las prestaciones o indemnizaciones asumidas por el asegurador.

En el primer supuesto, la finalidad de la recogida de estos datos es determinar el riesgo antes de la conclusión de un contrato de seguro y fijar la correspondiente prima. La finalidad de la obtención de las informaciones relativas a la salud, ya sean éstas aportadas por el asegurado u obtenidas

⁴⁴ DENNIGER, E: "El derecho a la autodeterminación informativa", ob.cit., p. 271.

⁴⁵ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "El genoma humano y el contrato de seguro", en *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, Fundación BBV, 1994, p. 33.

como consecuencia de un examen médico, es conocer el estado de salud de la persona asegurada para evaluar el riesgo⁴⁶, es decir, para estimar *la posibilidad de que se produzca el evento dañoso*⁴⁷. De este modo, los datos relativos a la salud del asegurado han de ser necesarios y pertinentes para esta finalidad, es decir, para la valoración del riesgo y determinación de la prima antes de la conclusión del contrato; finalidad que teniendo en cuenta el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro, que *será de aplicación subsidiaria*⁴⁸ en los supuestos previstos en los artículos 89 y 90 de la misma Ley que atañen a los seguros de vida, se presenta como legítima y determinada. Dicho precepto establece el deber del tomador de declarar al asegurador, antes de la conclusión del contrato, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que pueden influir en la valoración del riesgo, quedando exonerado el asegurado de aportar estos datos cuando no se le someta a dicho cuestionario o no se le pregunte sobre algún dato que pueda influir en el riesgo.

De forma habitual, es en la precontratación de seguros de vida⁴⁹, seguros de asistencia sanitaria y seguros de enfermedad, cuando se somete al futuro asegurado a un cuestionario sobre su estado de salud; cuestiones como la talla, el peso, la presión arterial, el consumo de tabaco y alcohol, la

⁴⁶De ahí, que sea el propio asegurado quien debe aportar dichas informaciones, aunque la Ley de Contrato de Seguro haga referencia al "tomador". Sobre esta cuestión afirma Tirado Suárez: *"el artículo 89 de la LCS vuelve a reproducir el vocablo tomador (utilizado en el artículo 10 de la LCS), de manera que éste asume el deber de declaración exacta y no reticente. Este tomador, así configurado, puede desconocer las circunstancias personales del riesgo (...). En este caso, parece que la habilitación genérica del artículo 7 de la LCS no es suficiente, ya que no se trata de que el asegurado haya asumido el cumplimiento espontáneo del deber, que legalmente compete al tomador del seguro, sino que se trata de un deber que, por naturaleza debe ser realizado por el asegurado. (...) El tercero debe de realizar la declaración directamente al asegurador o bien informar adecuada y correctamente al tomador para que pueda cumplir con el deber previo a la conclusión del contrato"*. SANCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1679.

⁴⁷ LATORRE CHINER, N.: *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, Editorial Comares, Granada, 2000, p. 16

⁴⁸ SANCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, ob.cit. , p. 195.

⁴⁹*"Es en el ámbito propio de los seguros para el caso de muerte, en sus múltiples formas, en donde el cuestionario tiene gran importancia al buscar que el asegurador conozca el estado de salud del candidato a asegurado"*. Ibidem, p. 1681.

hospitalización reciente, la realización de determinadas pruebas médicas, el padecimiento de determinadas enfermedades o bajas laborales, entre otras, aparecen de forma habitual en dicho formulario. El asegurado, siempre y cuando quiera contratar un seguro que cubra alguno o todos los riesgos que puedan afectar a su existencia, integridad corporal o salud, tiene la obligación legal de suministrar datos relativos a su salud de manera veraz, no pudiendo ocultar circunstancias o hechos conocidos que pudieran influir en la valoración del riesgo. El ocultamiento doloso o culposo grave de los datos exonera al asegurador del pago de la prestación⁵⁰.

Además el futuro asegurado, cuando el asegurador lo requiera, debe someterse a un reconocimiento médico, siempre y cuando este no suponga riesgo para su salud, *sin que este reconocimiento médico se pueda extender a la realización de pruebas genéticas, las cuales no se pueden realizar tampoco sin conocimiento del asegurado*⁵¹.

Este control médico, afirma MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *ha de ser aceptado por el asegurado, pero se integra en el deber precontractual, de tal suerte que la negativa del asegurado a someterse al examen médico o a las pruebas complementarias cierra el proceso de selección, liberando al asegurador de cualquier compromiso para la celebración del contrato y, en consecuencia, de la emisión de la póliza*⁵².

No obstante, de un análisis de la cuestión desde la óptica de los principios esenciales que rigen en materia de protección de datos cabe señalar ciertas limitaciones a la obligación del asegurado de descubrir o revelar datos relativos a su salud:

⁵⁰ Artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro: *"El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo (...). Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación"*.

⁵¹ SANCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro*, ob. cit., p. 1685.

⁵² MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *"El genoma humano y el contrato de seguro"*, en *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, ob.cit., p. 36.

- Las preguntas realizadas al asegurado deben de ser adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación con el ámbito y la finalidad perseguida, tal y como establece el artículo 4.1 de la LOPDP, no pudiendo la entidad aseguradora recoger datos que no tengan como objetivo valorar un riesgo concreto y determinado o que sean incompatibles con dicha finalidad. El principio de finalidad condiciona y limita la obtención de la información, de tal forma que solamente podrán ser recabados datos *estrictamente necesarios en ese momento, aunque fuesen susceptibles de serlo para cumplir objetivos futuros*⁵³. De esta forma, las preguntas contenidas en el cuestionario o los datos obtenidos del reconocimiento médico han de ser únicamente los estrictamente adecuados y pertinentes para la finalidad concreta y determinada que se persiga.
- El asegurado queda liberado del deber de declarar datos relativos a su salud sobre los que no haya sido consultado o que, aún siendo consultado por el asegurador, sin que exista reconocimiento médico o dicho reconocimiento no fuese lo suficientemente diligente, éste haya respondido de forma errónea por un desconocimiento sobre su estado de salud⁵⁴. Así lo recogen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo 469/1997, de 31 de mayo, o 498/1993, de 18 de mayo, en las que se analizan las consecuencias de la ausencia de cuestionario previo, la falta de solicitud de información al interesado o la omisión de la exploración médica. Estas circunstancias no pueden ser consideradas como una infracción por parte del asegurado del deber de declarar aquellas circunstancias que puedan influir en la determinación del riesgo, puesto que mal podría el interesado *dar cumplimiento al deber legal de dar y facilitar las situaciones que son exigencia de la norma*⁵⁵. Por este motivo, algún autor ha señalado que *más*

⁵³ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “*la nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales*”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 34, 2000, p. 306.

⁵⁴ Esta regla ha sido criticada por la doctrina, tanto por su defectuosa redacción como por su alcance. Al respecto, Vid. REGLERO CAMPOS, L.F.: “*El Seguro de Vida. Especial referencia a la designación del beneficiario y a la declaración del riesgo*”, en *Derecho de Seguros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 64 y ss.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 464/1993, de 18 de mayo, fundamento jurídico segundo.

*que un deber del tomador de declarar, consiste en un deber de responder*⁵⁶; supuesto distinto a la ocultación de determinados datos médicos por el asegurado, determinantes para la conclusión del contrato⁵⁷.

En relación estrecha con la exigencia de que la persona aporte los datos relativos a la salud con el objetivo de concertar un seguro, está la cuestión relativa a qué sucede con los datos ya aportados por el asegurado cuando la conclusión del contrato no se produce. La respuesta a dicha cuestión se encuentra en el artículo 4 de la LOPDP, esto es, en la aplicación estricta del principio de finalidad.

De conformidad con el mismo, cualquier información aportada por el interesado con la finalidad de concluir un seguro no podrá ser utilizada para otro tipo de fines distintos a éste, existiendo una obligación legal de cancelación cuando la información deje de ser necesaria para tal finalidad, como señala el apartado quinto del citado precepto⁵⁸.

Teniendo en cuenta estos principios, en aquellos supuestos en los que la conclusión del contrato no se produzca, el asegurador no podrá archivar ni tratar los resultados obtenidos mediante la realización del test o reconocimiento médico. El principio de finalidad impide que el asegurador pueda tratar datos de carácter personal más allá de la finalidad para la cual éstos habían sido recabados. Por tanto, la actuación más acorde con esta obligación es la

⁵⁶ ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.): *Ley de Contrato de Seguro*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 35.

⁵⁷ Vid., entre otras, SSTS 799/2002, de 26 de julio (“ *el dolo que se aprecia es, evidentemente , de naturaleza negativa, en cuanto supone reticencia en la obligada que silenció los hechos y circunstancias influyentes y determinantes de la conclusión del contrato, que de haberlos sabido la otra parte influirían decididamente en su voluntad de celebrar el contrato (...), conceptualización del dolo a la que responde la conducta del asegurado al contestar el cuestionario que le fue sometido silenciando el padecimiento que sufría y que requería un tratamiento diario*” [F.J. 4]); 1274/1996, de 31 de diciembre “*La jurisprudencia de esta Sala resulta acorde al imponer al contratante el deber de declarar con la máxima de buena fe todas las circunstancias –en este caso su estado de salud- que delimitan el riesgo, por ser datos transcendentales, es decir, que puedan resultar influyentes a la hora de concertar el seguro*”) o 1122/1993, de 25 de noviembre.

⁵⁸ Artículo 4.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre: “*Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (...)*”.

devolución de la documentación que contiene los datos personales al titular de los mismos o la destrucción o cancelación de éstos.

La Recomendación (97) 5, de 13 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Protección de Datos Médicos, recoge esta obligación, prohibiendo conservar los datos relativos a la salud más allá del tiempo que resulte necesario para el fin o propósito para el que se recogieron y procesaron. Así, como ha señalado la Agencia de Protección de Datos⁵⁹, si bien antes de la perfección del contrato, el tomador del seguro tiene la obligación de declarar al asegurador todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en el riesgo, de conformidad con el cuestionario al que éste le someta, *no es menos cierto que, rellenado el cuestionario y valorados los riesgos, el asegurador podría tener derecho a mantener los datos de salud, siempre y cuando se suscriba la póliza del seguro solicitada*⁶⁰, no pudiendo mantenerlos cuando se produzca la resolución del contrato o éste no se haya perfeccionado⁶¹.

Un segundo momento en el que la entidad aseguradora obtiene datos relativos a la salud del asegurado es aquél en el que ésta tiene que hacer frente al pago de determinadas prestaciones. El respeto a los principios de calidad de los datos opera, en este supuesto, en idénticos términos a los expuestos anteriormente. El principio de finalidad exige que las informaciones requeridas

⁵⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 62/2003, de 30 de noviembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003), la Agencia de Protección de Datos pasa a denominarse Agencia Española de Protección de Datos, entendiéndose las referencias a la Agencia de Protección de Datos realizadas por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como por las normas a las que se refiere su disposición transitoria y cualesquiera otras que se encuentren en vigor, realizadas a la Agencia Española de Protección de Datos.

⁶⁰ AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 1998*, ob. cit., p. 188.

⁶¹ La actividad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos ha afectado a compañías aseguradoras que conservaban en sus ficheros datos obtenidos mediante formularios de solicitud de póliza, cumplimentados por el titular de los datos y cuya formalización nunca se había producido. Entre las informaciones que se encontraban en los ficheros de entidades aseguradoras de forma ilícita, según la Agencia de Protección de Datos, son especialmente relevantes las siguientes: *“sexo, profesión, así como aptitud para el trabajo, sufrimiento de distintas afecciones médicas (respiratorias, óseas, sanguíneas, tumorales y cancerígenas), existencia de secuelas de accidentes, tratamiento hospitalario, consumo de estupefacientes y otras medicinas, sometimiento a pruebas de detección del SIDA, consumo de tabaco y alcohol”*. Ibidem, p. 187.

y aportadas sean aquéllas estrictamente necesarias para hacer frente a la prestación concreta y específica en cada caso, limitándose la obtención a aquellos datos que sean imprescindibles y necesarios *para conseguir los fines que se han propuesto*⁶².

De forma reiterada, la doctrina ha señalado el peligro que para los derechos fundamentales del individuo suponen determinadas prácticas relacionadas con la obtención de toda clase de información sanitaria sobre los asegurados. En concreto, la solicitud de la historia clínica como justificante *de facturación a entidades aseguradoras para el abono de determinada asistencia sanitaria prestada*⁶³ o como documento acreditativo de la salud o enfermedad frente a dichas entidades *para indemnizar a las personas incluidas en el contrato*⁶⁴. Este tipo de prácticas pueden vulnerar de forma directa el derecho a la intimidad del individuo, es decir, el derecho de defensa del individuo *frente a cualquier invasión de la esfera privada*⁶⁵, tanto en su estatus negativo -de derecho garantista- como en su estatus positivo- de derecho activo de control-, y el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, el derecho de control que el individuo posee sobre sus informaciones de carácter personal.

Al respecto, siguiendo la definición legal de historia clínica recogida en 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 clínica⁶⁶, ésta puede definirse como *el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica de un paciente a lo largo de su proceso asistencial*.

⁶² RUIZ CARRILLO, A.: *La protección de los datos de carácter personal*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 31.

⁶³ MORENO VERNIS, M.: “*Documentación clínica: organización, custodia, acceso*”, en *La historia clínica*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 71.

⁶⁴ MARTÍNEZ AGUADO, L.C.: “*Aspectos éticos de la historia clínica*”, en *La historia clínica*, ob.cit., p. 92.

⁶⁵ PEREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 330.

⁶⁶ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

La finalidad básica de la historia clínica, establecida por la Ley, es la de facilitar la asistencia sanitaria adecuada al paciente⁶⁷, quedando limitado el acceso a los datos y documentos contenidos en la historia clínica, como regla general, a este fin principal. Sólo, subsidiariamente podrá utilizarse la historia clínica con otros fines, que se encuentran legalmente tasados: fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia. La utilización de los datos para estos fines obliga, por un lado, a examinar la adecuación entre los datos y documentos a los que se pretende acceder y la finalidad para la cual van a ser utilizados, y por otro, a preservar los datos identificativos del paciente separados de los datos de carácter clínico-asistencial, de forma que, como regla general, quede asegurado su anonimato, salvo consentimiento del titular de los mismos. Se excluyen de esta regla únicamente los supuestos de investigación por la autoridad judicial en los que resulte imprescindible la vinculación de los datos identificativos con los datos clínicos –artículo 16 de la Ley 41/2002-.

Cualquier utilización más allá de los fines legalmente permitidos, puede calificarse como una utilización ilícita y abusiva de los datos contenidos en la historia clínica. En este sentido cabe señalar que la utilización de la historia clínica como justificante médico ante la compañía aseguradora atenta contra los derechos fundamentales del paciente, especialmente contra el derecho a su intimidad. Queda vetado, por tanto, el uso de la historia clínica para los fines pretendidos por las compañías aseguradoras. Los datos, valoraciones e informaciones que ésta contiene superarán ampliamente el conocimiento necesario para cualquiera de los usos posibles de los datos relativos a la salud en el ámbito asegurador.

⁶⁷ Artículo 16 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.

2. Derecho de información

A. Información en la recogida de datos relativos a la salud obtenidos como consecuencia de la contratación de un seguro

El artículo 5 de la LOPDP recoge el derecho de información del afectado durante la recogida de datos de carácter personal, consistente en la necesidad de informar al interesado de modo expreso, preciso e inequívoco de cada uno de los siguientes puntos⁶⁸:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de los datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de dicha información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que se le formulen.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos y de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación.
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, su representante.

No será necesaria la información contenida en los apartados b, c y d del artículo 5 de la LOPDP, cuando el contenido de ésta se deduzca claramente de la naturaleza de los datos personales o de las circunstancias en las que se recogen. La información, sin embargo sobre la existencia de un fichero o sobre el tratamiento de los datos, la finalidad de la recogida, los destinatarios, la identidad y la dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante es siempre obligatoria, *sin que quepa su exclusión por el hecho*

⁶⁸ Los puntos sobre los cuales el afectado ha de ser informado coinciden con los indicados en el artículo 10 de Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

*de que los datos sean dados voluntariamente por los interesados y conociendo su finalidad*⁶⁹.

El precepto solamente excluye el derecho de información en los siguientes supuestos: cuando una ley así lo recoja, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, según la Agencia de Protección de Datos u organismo autonómico equivalente, atendiendo al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias o cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial⁷⁰. De éstas, sólo la excepción contenida en una ley o los fines históricos, estadísticos o científicos, en los términos previstos en el artículo 4, apartado segundo de la LOPDP, parecen aplicables a los datos relativos a la salud. La imposibilidad de identificación o la procedencia de estos datos de fuentes accesibles al público no pueden considerarse excepciones aplicables al tratamiento de los datos relativos a la salud. Tampoco, los fines comerciales podrán justificar una lesión de tal gravedad en el derecho fundamental.

De forma habitual, la recopilación de datos en el sector se realizará bien a través de un cuestionario o formulario que el interesado deberá cumplimentar, bien a través de un reconocimiento médico. En la recogida de los datos sobre la salud mediante impresos, esta información, según el artículo 5, apartado segundo, de la LOPDP, deberá figurar en los mismos de forma claramente legible. La información en la recogida de los datos, además de adecuar la conducta del asegurador o compañía aseguradora a esta exigencia legal, evitará posibles situaciones conflictivas, puesto que el asegurado conocerá las

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31 de enero de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera), fundamento jurídico sexto.

⁷⁰ El concepto de fuente accesible al público se encuentra recogido en el artículo 3, apartado j, de la LOPDP, entendiéndose por tal *“exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuente de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación”*.

consecuencias negativas derivadas de su falta de respuesta a determinadas preguntas contenidas en el formulario sobre su estado de salud, sobre todo si se refiere a un estado malo de salud, o de ocultar o mentir sobre ciertos datos médicos.

En aquellos supuestos en los cuales el asegurado, además de contestar a un formulario, tenga que someterse a un reconocimiento médico, éste debe ser informado igualmente de dos cuestiones esenciales: *que va a ser reconocido y que su estado será comunicado a la compañía de seguros*⁷¹. La doctrina ha planteado qué sucede cuando el médico de la entidad aseguradora conoce por su actividad profesional previa al cliente. En este supuesto, siguiendo a CRIADO DEL RIO, el médico tiene que informar, según las normas relativas al secreto profesional, sólo sobre las cuestiones *que obtenga del reconocimiento que haga para ser aceptado, pero no dirá nada sobre los antecedentes*⁷². El problema surge cuando el médico conoce previamente que el paciente padece una dolencia grave, ante un posible conflicto entre la obligación de secreto profesional a la que el facultativo está sometido y la obligación de realizar de forma diligente el reconocimiento médico⁷³. Por este motivo, parte de la doctrina entiende que, cuando se produzca dicho conflicto, el médico debería abstenerse de informar sobre la salud del cliente que solicita una póliza, *ya que su conocimiento del estado de salud del enfermo no deriva sólo del acto de reconocimiento, sino de la información con la que contaba previamente*⁷⁴.

⁷¹ CRIADO DEL RIO, M.T. y SEOANE PRADO, J.: *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, Colex, Madrid, 1999, p.207.

⁷² *Ibidem*, p. 208

⁷³ “Sería el caso del paciente VIH positivo conocido por el médico de la compañía en su ejercicio anterior de la medicina como clínico, que quiere concertar un seguro de vida y en el reconocimiento para la suscripción de la póliza omite ser VIH positivo y se niega a realizar la prueba diagnóstica correspondiente, el médico no puede revelar el antecedente conocido en su ejercicio profesional anterior. Otra cosa es que la compañía, ante la negativa a la prueba diagnóstica, se niegue a suscribir la póliza”. *Ibidem*.

⁷⁴ CASTELLANO ARROYO, M.: “Problemática de la historia clínica”, en *Información y documentación clínica*, Vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, p.86-87.

Para dar cumplimiento efectivo al derecho de información, tanto si se obtienen los datos relativos a la salud a través de un cuestionario, como a través de un reconocimiento médico o de ambos, la entidad aseguradora debe informar al afectado de modo expreso y preciso de cada uno de los aspectos recogidos en el artículo 5 LOPDP. Tal y como señala RUIZ CARRILLO, no resulta posible dar por supuesto que el afectado conoce dicha información ni la finalidad de los datos mediante avisos publicitarios o similares, puesto que *en el momento en que el afectado consiente en dar los datos, ha de haber recibido una explicación clara y completa de los fines que mueven al dueño del fichero a recoger sus datos*⁷⁵.

La obligación del solicitante de los datos de carácter personal de informar al afectado sobre cada uno de los puntos anteriormente mencionados se presenta, por tanto, como requisito imprescindible y previo al consentimiento. Tal es su relevancia que sólo será válido el consentimiento cuando éste se otorgue de manera informada. Solamente, a través del conocimiento de quién, cómo, para qué y qué consecuencias va a tener la recogida de este tipo de informaciones, el interesado podrá prestar su consentimiento de forma inequívoca y comprender el alcance real del mismo. El derecho de información, entendido en los términos anteriormente expuestos, se presenta como requisito imprescindible para que el consentimiento sea otorgado de forma válida por el interesado, pues, como señala LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, quien recaba datos tiene la obligación de informar al afectado, en los términos legalmente previstos, de las consecuencias de su consentimiento, puesto que sólo así podrá ejercer su derecho a la autodeterminación informativa *con pleno conocimiento del alcance de sus actos*⁷⁶.

⁷⁵ RUIZ CARRILLO, A.: *La protección de los datos de carácter personal*, ob.cit., p. 32.

⁷⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, ob.cit., p. 56.

B. *Información en recogida de datos recabados como consecuencia de un seguro de vida de forma conjunta a la concesión de un préstamo hipotecario*

La concesión de un préstamo hipotecario o personal, acompañado de un seguro de vida por el importe de dicho préstamo que señala como beneficiaria a la entidad de crédito por la suma del capital no amortizado, es una práctica habitual en el sector asegurador.

Los problemas que plantea la recogida y cesión de estos datos, que suelen tener la condición de datos sensibles, fueron abordados en la Instrucción número 2/1995, de 4 de mayo, de la Agencia de Protección de Datos sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal. Dicha Instrucción fijó una serie de requisitos que han de presidir la obtención de datos de carácter personal en este supuesto particular:

1. En primer lugar, cuando la entidad crediticia recoja los datos en formularios o impresos, ésta deberá utilizar dos modelos separados para cada uno de los contratos a celebrar. En cada uno de los formularios se tendrá que hacer constar únicamente los datos necesarios y pertinentes en su caso. Mientras que el formulario del préstamo contendrá información meramente económica, el formulario del seguro podrá contener otro tipo de informaciones relativas a la salud. De esta forma, los datos médicos obtenidos como consecuencia del seguro de vida, anejo a la concesión de un préstamo hipotecario, solamente podrán ser utilizados por la compañía aseguradora, no siendo posible su cesión a la entidad bancaria, de conformidad con el principio de calidad de los datos.
2. En ningún caso la entidad bancaria podrá recabar, en el formulario del cual sea destinataria, informaciones relativas a la salud. En todo caso, deberá hacer constar expresamente que los datos relativos a la salud sólo serán utilizados por la entidad aseguradora. La entidad de crédito no podrá conservar en sus ficheros los formularios del seguro. En este sentido, la

Instrucción de la Agencia de Protección de Datos ordena la destrucción de los datos correspondientes a los contratos de vida, celebrados con anterioridad a la publicación de la Instrucción, que se encontraban incluidos en ficheros de las Entidades de Crédito, automatizados o no, en el plazo de un mes, contado a partir de la entrada en vigor de la misma. Se veta, por tanto, el tratamiento de este tipo de informaciones especialmente sensibles por las entidades bancarias.

Al margen de dichas particularidades, la recogida de datos relativos a la salud en estos supuestos habrá de respetar los principios esenciales de protección de datos personales; respeto que abarca la necesidad de dar cumplimiento al derecho de información, requisito esencial para que el afectado pueda manifestar de manera válida *su consentimiento por separado para cada uno de los contratos y para el tratamiento distinto de la información que ambos conlleva*⁷⁷.

3. El consentimiento expreso

El artículo 3 LOPDP define el consentimiento como toda manifestación de la voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la cual el interesado consiente en el tratamiento de los datos personales que le conciernen. Se trata, por tanto, de una declaración de voluntad que otorga el titular de los datos *asintiendo o consintiendo que el que recoge los datos los pueda tratar de acuerdo con la información presentada previamente*⁷⁸.

La LOPDP exige el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos personales en varios de sus preceptos⁷⁹. Así, el artículo 6 recoge de

⁷⁷ Norma tercera de la Instrucción número 2/1995, de 4 de mayo, de la Agencia de Protección de Datos, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario.

⁷⁸ RUIZ CARRILLO, A.: *La protección de los datos de carácter personal*, ob.cit., p. 40.

⁷⁹ El consentimiento se presenta como el pilar esencial en el que se asienta toda la normativa de protección de datos. Tal es su importancia que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000, recoge en su artículo 8, apartado segundo, una referencia

forma genérica la necesidad de que el afectado otorgue su consentimiento de forma inequívoca para el tratamiento de sus datos de carácter personal, estableciendo en su apartado segundo, entre otras, una excepción a este requerimiento cuando las informaciones se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. Dicho precepto legal tiene que ser completado y matizado con el artículo 7 de la LOPDP que señala especialidades del consentimiento para el archivo de datos relativos a la salud y deja inoperante la excepción mencionada, al exigir, como regla general, el consentimiento expreso para la obtención, tratamiento y cesión de este tipo de informaciones.

En relación con los datos sensibles, el legislador opta, en los términos ya analizados, por una especial protección, reflejada en un reforzamiento de la garantía del consentimiento, como elemento característico de la definición de protección de datos⁸⁰. El artículo 7.3 de la LOPDP exige para recabar, tratar o ceder datos relativos al origen racial, a la salud o a la vida sexual⁸¹, el consentimiento expreso del afectado o la existencia de una disposición legal que, en virtud del interés general, así lo permita, siendo necesario, en este último supuesto, la acumulación de ambos requisitos (ley e interés general).

Ante esta disyuntiva legal, cabe plantearse si existe en el ordenamiento jurídico una disposición legal que, en virtud del interés general, permita al asegurador recabar y tratar los datos relativos a la salud del asegurado sin el consentimiento expreso del mismo. La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa pues, si bien la Ley del Contrato del Seguro establece en su articulado un deber del tomador de declarar todas aquellas informaciones susceptibles de influir en el riesgo, dicha obligación no responde a ningún interés general, sino a un interés económico.

expresa al mismo: *“Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernen y a su rectificación”*.

⁸⁰ Fundamento jurídico octavo, STC 292/2000.

⁸¹ Hay que tener en cuenta que las informaciones relativas a la vida sexual pueden ser consideradas, dependiendo del contexto en el que vayan a ser utilizadas, datos relativos a la salud o datos médicos.

También, la modificación de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, realizada por la LOPDP parece conducir a esta solución: los datos relativos a la salud sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso del afectado. Por tanto, ante la inexistencia de excepciones válidas al consentimiento expreso, cabe afirmar la necesidad de que la entidad aseguradora recabe en todos los supuestos el consentimiento inequívoco y expreso del asegurado para obtener datos relativos a la salud que tengan como finalidad la celebración de un contrato⁸². De esta forma, si bien la compañía de seguros, en relación con otro tipo de informaciones, puede verse exonerada de solicitar el consentimiento del afectado, cuando, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 6.3 LOPDP, recoja datos de carácter personal relativos a las partes de un contrato o precontrato, no ocurre lo mismo cuando recolecte datos relativos a la salud, respecto a los cuales el consentimiento expreso se presenta como requisito ineludible.

Al respecto, la doctrina ha planteado cuál es la forma que requiere el consentimiento expreso. Mientras que para el tratamiento de otro tipo de datos especialmente protegidos, como son aquellos que revelan la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, la LOPDP exige que el consentimiento se preste de forma escrita, no sucede lo mismo con los datos relativos a la salud, para cuya obtención la norma legal no establece la necesidad de que este consentimiento se otorgue por escrito, de lo cual parece deducirse que es igualmente válido el consentimiento verbal y expreso. A pesar de tal distinción, parece recomendable, tanto para el asegurador como para el asegurado que, ante la exigencia de que el afectado *consienta expresamente* en la recogida, tratamiento y cesión de los datos, el consentimiento se requiera y se preste por escrito, a menos que tengan otros medios de prueba de que éste ha sido otorgado de forma expresa⁸³.

⁸² También el anexo de la Recomendación (2002) 9, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su punto 6º, señala la necesidad de que se recabe el consentimiento libre, específico, informado y, en todo caso, inequívoco y expreso para el tratamiento de datos sensibles en el sector del seguro.

⁸³ Al respecto, debemos señalar que “*el mero hecho de rellenar los cuestionarios (...) no puede ser tomado como la expresión consciente e informada para que el tratamiento automatizado de tales datos se verifique*”. Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera), de 31 de enero de 2003, fundamento jurídico sexto.

En esta línea, algún autor ha manifestado la necesidad de requerir el consentimiento por escrito al asegurado, *suficientemente explicado de forma específica; este consentimiento escrito no debe presumirse a través de una cláusula general de adhesión contenida junto con las demás condiciones generales del contrato predispuestas unilateralmente por el asegurador, sino que, por el contrario, la misma debe figurar expresamente en las condiciones particulares del seguro, sometida a una especial suscripción del asegurado o incluso en un documento independiente, a través del cual el asegurado pueda valorar el alcance de su consentimiento y sus derechos frente al tratamiento informático de los datos relativos a su salud y vida sexual*⁸⁴. En este sentido, la Agencia Española de Protección de Datos, desde que en 1998 acometió la primera fase de análisis de adecuación de las compañías del sector asegurador a los principios de protección de datos, ha señalado la necesidad de que estas entidades utilicen fórmulas menos confusas para recabar el consentimiento expreso, que no sólo ha de solicitarse para el tratamiento de los datos en sentido estricto, sino también para otras operaciones como la cesión de datos a otras entidades con fines diversos⁸⁵.

Al margen de disquisiciones sobre su fórmula, el consentimiento inequívoco y expreso del asegurado o del futuro asegurado se presenta como requisito esencial para que la entidad aseguradora pueda recoger y, posteriormente, tratar datos relativos a la salud de éste. La obtención y el tratamiento de datos relativos a la salud, prescindiendo del consentimiento expreso del afectado y sin que medie una ley, basada en un interés general, que lo permita, ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como medida inadecuada y desproporcionada que conculca el derecho a la intimidad y la libertad informática del titular de los datos de carácter personal.

⁸⁴ SANCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1679.

En esta misma línea, Alonso Martínez propone una fórmula para recabar el consentimiento. Vid. ALONSO MARTÍNEZ, C.: “El consentimiento del interesado en la protección de datos”, en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Aranzadi Editorial, Navarra 2001.

⁸⁵ AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 1998*, ob.cit., p. 190.

La obtención, tratamiento y conservación de un diagnóstico médico en una base de datos, señala el Alto Tribunal, *sin mediar consentimiento expreso del afectado incumple la garantía que para la protección de los derechos fundamentales se contiene en el artículo 53 de la Constitución*⁸⁶. De esta forma, los datos obtenidos sin información previa o sin consentimiento *carecen de los requisitos de legalidad y legitimación*⁸⁷; requisitos sin los cuales no se podrá proceder, de manera legal, a ningún tipo de tratamiento de los mismos.

La LOPDP, en su artículo 44, tipifica como infracción muy grave la acción de recabar y tratar los datos personales referidos en el apartado 3 del artículo 7, esto es los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual de un individuo, cuando no exista una ley que en virtud del interés general lo permita o cuando el afectado no haya prestado su consentimiento de forma expresa. Dicha infracción será sancionada con multa de 300.506,05 € a 601.012,10 €, cuyo plazo de prescripción es de tres años. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido⁸⁸. Dicho plazo podrá ser interrumpido por la iniciación de un procedimiento sancionador, reanudándose solamente si el expediente se paraliza por un plazo superior a seis meses, siempre y cuando dicho estancamiento no se produzca con consecuencia de una conducta imputable al infractor⁸⁹.

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre, fundamento jurídico quinto.

⁸⁷ RUIZ CARRILLO, A.: *La protección de los datos de carácter personal*, ob.cit., p. 40.

⁸⁸ Artículo 47, apartado 2, de la LOPDP

⁸⁹ Artículo 47, apartado 3, de la LOPDP.

IV. MARCO LEGAL DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS RELATIVOS A LA SALUD

1. Requisitos para el tratamiento

Si bien la mayoría de los ficheros médicos se encuentran en instituciones sanitarias, existen otros sectores, como el asegurador, en los cuales también resulta habitual su presencia.

El artículo 3 de la LOPDP define el tratamiento de datos como *operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias.*

La LOPDP utiliza una noción amplia de tratamiento de datos de carácter personal que abarca todas y cada una de las operaciones relacionadas con éste, incluidas las realizadas de forma previa a la creación del fichero y las operaciones posteriores derivadas de la existencia del mismo.

La LOPDP recoge, en el Capítulo II, Título IV, disposiciones sectoriales, la creación de ficheros de titularidad privada y los requisitos mínimos exigibles para su creación, inclinándose el legislador *por la regulación de un sistema abierto y permisivo en la creación de ficheros privados, siempre que responda a una finalidad legítima de su titular, con respeto a los principios y derechos*

por la LOPDAP (LOPDP)⁹⁰. De una interpretación sistemática de los artículos 25 y 26 de la LOPDP con los artículos 7 y 8 de la LOPDP que contienen una regulación específica para los datos relativos a la salud, pueden deducirse los requisitos mínimos exigibles para la creación de un fichero de titularidad privada que contenga datos relativos a la salud y para su uso legítimo:

1. Respeto a los principios de calidad de los datos. El tratamiento de los datos ha de adecuarse a los principios de pertinencia, veracidad y exactitud, lealtad, seguridad y finalidad. La importancia de este último, denominado también *principio de utilización no abusiva*⁹¹, se refleja en todo el articulado de la LOPDP, que lo concibe como un requisito esencial para la creación lícita de un fichero de titularidad privada –artículo 25⁹²–.
2. Consentimiento expreso del afectado. Garantía prevista en el artículo 7, apartado tercero, de la LOPDP, que condiciona el tratamiento de los datos relativos a la salud ante la ausencia de ley basada en un interés general que lo autorice.
3. Notificación e Inscripción Registral. La entidad aseguradora que proceda a la creación de un fichero de titularidad privada tiene el deber notificarlo, *de manera previa*, a la Agencia de Protección de Datos. La LOPDP exige que dicha comunicación se formalice con un contenido mínimo: especificación de la identidad del responsable del fichero, concreción de la finalidad del fichero⁹³, su ubicación, el tipo de datos que contiene, las medidas de seguridad implantadas de conformidad con el nivel exigible y las cesiones

⁹⁰ COLLADO GARCÍA-LAJARA, E.: *Protección de datos de carácter personal. Legislación, comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2000, p. 65.

⁹¹ DEL PESO NAVARRO, M. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A.: *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1994, p. 24.

⁹² Artículo 25 de la LOPDP: “*Podrán crearse ficheros de titularidad privada que contengan datos de carácter personal cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimo de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que la ley establece para la protección de las personas*”.

⁹³ De nuevo se presenta el principio de finalidad como principio vertebrador del régimen de protección de datos, exigiendo la Ley, en el apartado tercero del artículo 26, que cualquier cambio que se produzca en

que pretendan realizarse (artículo 26 LOPDP). Este requisito no es una novedad de la LOPDP sino que, tanto la derogada LORTAD, en su artículo 24, como la Directiva 95/46/CE, en el artículo 18 y 19, recogían la creación de ficheros de datos personales previo control de la Agencia de Protección de Datos -LORTAD- o autoridad de control.

4. Observancia de las pertinentes medidas de seguridad. Habida cuenta que la utilización de datos relativos a la salud puede incidir de manera directa en los derechos fundamentales del individuo, su protección se encuadra dentro del nivel más alto de seguridad⁹⁴.

La compañía de seguros y el encargado del tratamiento, cuando dicha figura exista, deberán adoptar todas aquellas medidas necesarias para garantizar la seguridad de este tipo de datos. La falta de tales medidas de seguridad en los ficheros en los que se registren los datos o en los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas o programas (artículo 9 LOPDP), será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la LOPDP para infracciones graves.

5. Respeto a los derechos del afectado. Este deber de garantizar los derechos de las personas frente a la utilización de sus datos personales actúa como requisito mínimo exigible para la creación de un fichero de titularidad privada.

2. Los derechos de los afectados: las garantías de acceso, rectificación, cancelación y oposición

Entre los requisitos necesarios para que la entidad aseguradora pueda tratar datos de carácter personal se encuentra el deber de garantizar determinados

el fin del fichero, en su responsable o en la dirección de su ubicación tiene que ser comunicado a la Agencia de Protección de Datos.

⁹⁴ Vid. infra.

derechos que posee su titular frente a la utilización de éstos. Se trata, en definitiva, de tutelar los derechos garantizados en el Título III de la LOPDP bajo la rúbrica “derechos de las personas”: derecho de acceso, derecho de rectificación y cancelación; derechos a los que habrá que adicionar el derecho de oposición introducido como una novedad relativa en la LOPDP, con motivo de su adaptación a la Directiva 95/46/CE.

Dichas facultades, encuadradas dentro del elemento positivo del derecho a la autodeterminación informativa, otorgan al individuo un auténtico poder de disposición sobre sus datos personales, *exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido (...) y, en su caso requerirle para que los rectifique o los cancele*⁹⁵. Dicha obligación recae, también, sobre terceros cesionarios.

La necesidad de garantizar al individuo el conocimiento, acceso y control de sus datos personales se extiende de manera especial a la información relativa a la salud, teniendo en cuenta que se trata de datos sensibles cuya utilización puede poner en peligro no sólo el derecho del individuo a controlar las informaciones que le conciernen, sino su derecho a mantener fuera del conocimiento ajeno datos que pertenecen a su esfera más íntima, es decir, el derecho a preservar su intimidad⁹⁶.

El derecho de acceso se encuentra recogido tanto en la LOPDP como en la Directiva 95/46/CE, como un derecho personalísimo que permite al individuo

⁹⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico séptimo.

⁹⁶ Sobre el derecho a la intimidad, Vid., entre otros, GARCÍA SAN MIGUEL, L (Ed.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992; PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, ob.cit, pp. 317 y ss; O’CALLAGHAN, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, civitas, 1993 o COMISIÓN CALCUTT: *Informe sobre la intimidad y cuestiones afines*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1991.

Sobre la elaboración constitucional del derecho a la intimidad, vid., por todas 218/2002, de 25 de noviembre: “[...] *Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura- para mantener una mínima calidad de vida humana (SSTC 231/1998[RTC 1988, 231], F.3; 179/1991[RTC 1991,179]F.3 y 20/1992, F.3)*”.

solicitar y obtener información acerca de sus datos personales sometidos a tratamiento. Esta información consiste en comunicar a su titular cuáles son los datos objeto de tratamiento, cuál ha sido su origen y su destino. En este sentido, el derecho de acceso permite conocer qué datos sobre la persona están siendo tratados y quién los utiliza, permitiendo de esta forma el control efectivo del sujeto sobre su información de carácter personal.

La Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación ha ratificado su carácter personalísimo, insistiendo en la necesidad de que el afectado acredite frente al responsable del tratamiento su identidad. Solamente, cuando el afectado sea menor de edad o incapaz⁹⁷ podrá ejercitar el derecho de acceso la persona que legalmente lo represente, siempre y cuando pueda acreditar tal condición.

La LOPDP establece unos requisitos de tiempo y forma para el ejercicio del derecho. En cuanto al periodo temporal, señala la Ley que dicha facultad no podrá ejercitarse en intervalos inferiores a doce meses, si bien dicho límite podrá invalidarse cuando el interesado acredite un interés legítimo al efecto. En cuanto a la forma, la Ley indica una serie de métodos mediante los cuales puede obtenerse la información señalada y por tanto ejercitar este derecho. Los medios señalados en la LOPDP son: la visualización directa de los datos o la indicación de los mismos mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia. Se permite cualquier mecanismo que posibilite al interesado saber de manera cierta y efectiva cuáles son los datos que existen sobre él en un archivo y quién los posee, siempre y cuando los datos se pongan a disposición de la persona de forma que sean legibles o inteligibles, *sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos o mecanismos específicos*⁹⁸.

⁹⁷ Al respecto, hay que tener en cuenta las limitaciones o prohibiciones que las leyes establecen para la contratación de ciertos seguros por menores o incapaces. A título de ejemplo, artículo 83 in fine de la Ley de Contrato de Seguro: *“Si el asegurado es menor de edad, será necesaria, además, la autorización por escrito de sus representantes legales. No se podrá contratar un seguro para caso de muerte, sobre la cabeza de menores de catorce años de edad o de incapacitados.”*

⁹⁸ Artículo 15, apartado segundo in fine.

La información deberá facilitarse al asegurado de la forma legalmente prevista en el plazo de diez días desde la resolución estimatoria de la solicitud de acceso emitida por el asegurador⁹⁹. Se trata en última instancia, como señala LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, de que el afectado pueda conocer de forma clara, completa y exacta las informaciones relativas a su persona que han sido tratadas, de tal manera que, la relación de formas contenidas en la LOPDP, mediante las cuales puede llevarse a cabo el derecho de acceso, no puede considerarse una lista de carácter cerrado, pudiendo ser ampliada *con cualquier otra modalidad que conduzca a tales resultados sin producir indefensión en quien ejerce este derecho*¹⁰⁰.

El asegurador, responsable del fichero, solamente podrá denegar el acceso a los datos del asegurado en supuestos tasados: cuando el afectado ya hubiera ejercitado este derecho en un plazo inferior a doce meses, a menos que acredite un interés legítimo tal y como señala el artículo 15.3 de la LOPDP, o cuando la solicitud sea formulada por persona distinta al interesado, salvo en los supuestos de representación legal de menores o incapaces¹⁰¹. Los derechos de rectificación y cancelación han sido recogidos de forma conjunta en el artículo 16 de la LOPDP, si bien se trata de dos facultades diferentes con funciones también distintas¹⁰². El primero de ellos tiene como función la corrección de datos que figuren de manera inexacta o incompleta en un soporte, mientras que el segundo tiene como finalidad eliminar datos que no deben figurar en el mismo, bien porque han sido recogidos de manera ilícita,

⁹⁹ El asegurador, responsable del fichero, resolverá sobre la solicitud de acceso en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la misma, tanto en el supuesto de que obren en sus ficheros datos de carácter personal del solicitante como en el caso contrario. Si el asegurador no responde en este plazo a la petición del asegurado, ésta ha de entenderse desestimada, pudiendo el asegurado iniciar las actuaciones a las que se refiere el artículo 18 de la LOPDP para la tutela de los derechos.

¹⁰⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, ob.cit., p. 76.

¹⁰¹ Norma segunda de la Instrucción 1/1998, de 19 de febrero, de la Agencia de Protección de Datos, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

¹⁰² Tal y como señala la norma primera de la Instrucción 1/1998, de 29 de enero, de la Agencia de Protección de Datos, se trata de derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de ninguno de ellos sea requisito previo para el ejercicio de otro.

bien porque existe alguna causa que exige su supresión¹⁰³. Tal es el supuesto recogido en el apartado quinto del artículo 16 de la LOPDP que indica que los datos personales deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales mantenidas por el interesado con terceros. Fuera de ese periodo temporal, los datos del interesado deberán ser cancelados¹⁰⁴. Asimismo, en estrecha conexión con los principios de protección de datos, éstos han de ser cancelados cuando su tratamiento no se adecue a los mismos o cuando ya no sean necesarios para la finalidad que ha justificado su recogida. Las facultades de modificación o cancelación implican asimismo una obligación para el responsable del tratamiento que deberá hacer efectivo el ejercicio de los derechos; obligación que se extiende a quienes se hayan comunicado los datos. A diferencia de los que sucedía en la LORTAD, la LOPDP establece un plazo máximo de 10 días para hacer efectivo tal derecho, eliminándose la remisión a la vía reglamentaria y, por tanto, la posibilidad de establecer plazos excesivamente amplios para el ejercicio de tales derechos¹⁰⁵.

La posibilidad de rectificar datos médicos erróneos o inexactos tiene gran trascendencia en el ámbito asegurador, no sólo porque la prima a pagar por el asegurado se determina en función de los datos aportados por el mismo, sino porque el padecimiento de determinadas enfermedades con anterioridad a la

¹⁰³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, ob.cit., pp. 77 y 79.

¹⁰⁴ La cancelación exige que se produzca el borrado físico de los datos, si bien en los casos en los que no sea posible su extinción física se procederá al bloqueo de los mismos. Se entiende por bloqueo de datos, según lo dispuesto en el artículo 1.1 del Real Decreto 1332/1992, la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento. Sin embargo, se exceptúan de esta última posibilidad aquellos casos en los que se demuestre que los datos han sido recogidos o tratados por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. En éstos la cancelación implicará siempre la destrucción del soporte en el que figuren. Norma tercera de la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de Protección de Datos.

¹⁰⁵ Crítica del Peso Navarro tanto la inclusión en la LOPDP de los plazos para hacer efectivos los derechos, señalando que éstos deberían figurar en las normas reglamentarias, como el lugar en el que se incluyen, puesto que, señala el autor, “*si por razones de urgencia no se podría esperar a la rectificación de los Reglamentos prevista en la Disposición final primera de la LOPD entendemos que lo correcto hubiese sido hacer figurar esa ampliación del plazo en una disposición transitoria que en su día hubiese sido incorporada a su Reglamento correspondiente*”. DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de Protección de Datos. La nueva LORTAD*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, p.54.

firma del seguro en la mayoría de supuestos da lugar a la exclusión de la cobertura de dicha enfermedad o, directamente, al 'rechazo' del asegurado por la compañía de seguros. La corrección de datos personales inexactos se realizará normalmente mediante la presentación de la oportuna certificación médica. La falta de corrección de este tipo de datos por el asegurador constituye una de las infracciones recogidas en la LOPDP, con las consecuencias legalmente establecidas¹⁰⁶.

Frente a la corrección o rectificación de datos inexactos o incompletos, el asegurado podrá ejercitar el derecho de cancelación cuando los datos relativos a la salud que obren en ficheros del asegurador sean excesivos para la finalidad previamente determinada o su tratamiento sea ilícito. Asimismo, serán cancelados los datos cuando éstos sean inexactos, incompletos o inexactos e incompletos y no se haya procedido a su rectificación. En la solicitud de cancelación, el interesado deberá indicar si revoca su consentimiento, si este fue otorgado en la recogida de las informaciones, o aportar documentación acreditativa en el supuesto de que quiera cancelar un dato inexacto o erróneo.

Cuando proceda la cancelación de los datos personales, el asegurador tiene el deber de borrar físicamente estos datos, *sin que sea suficiente a estos efectos una marca lógica o el mantenimiento de otro fichero alternativo en el que se registren las bajas producidas*¹⁰⁷. Cuando los datos no puedan ser cancelados, bien por razones técnicas, bien por razones físicas, se procederá al bloqueo de los mismos, si bien dicho procedimiento no podrá ser utilizado cuando los datos hayan sido recabados o tratados de forma ilícita, sin cumplir con los requisitos mínimos fijados para su obtención y posterior tratamiento, debiendo en estos supuestos proceder en todo caso a su destrucción. Si el responsable de la cancelación no atiende a la demanda del asegurado, éste puede interponer Reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, cuya resolución puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo, o

¹⁰⁶ Al respecto, Vid. artículo 44 de la LOPDP.

¹⁰⁷ Punto octavo de la norma tercera de la Instrucción 1/1998, de 19 de febrero, de la Agencia de Protección de Datos.

directamente acudir a los Tribunales. Asimismo, cuando los datos hubieran sido cedidos ha de comunicarse tal cancelación o rectificación al cesionario. El incumplimiento del responsable del fichero de su deber de facilitar al interesado el acceso, la rectificación o la cancelación de sus datos puede dar lugar a alguna de las sanciones previstas por la LOPDP como leve, grave o muy grave según la forma, el tiempo y la lesión de derechos del afectado¹⁰⁸.

En relación con el ejercicio de los derechos de rectificación y cancelación en el sector analizado presenta especial relevancia la limitación señalada en el artículo 16.5 de la LOPDP, que afecta directamente al tratamiento de datos personales derivados de una relación contractual como puede ser la existente entre asegurador y asegurado: *los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previsto en las disposiciones aplicables, o en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado*. En este sentido, se plantea en qué supuestos procede la rectificación o cancelación de los datos personales del asegurado y en qué supuestos procede su conservación.

Al respecto, resulta de gran trascendencia distinguir entre rectificación y cancelación. Los datos personales del asegurado, independientemente de la naturaleza de éstos, tienen que ser corregidos siempre que el interesado lo solicite, previa acreditación de la inexactitud de dichas informaciones, ya que lo contrario produciría efectos adversos tanto para el asegurador como para el asegurado. Cabe cuestionarse entonces cuándo procede la cancelación de los datos personales que se encuentran en el fichero de una compañía aseguradora. En este último supuesto hay que diferenciar entre tratamiento ilícito de datos y tratamiento de datos adecuado a las disposiciones legales. Cuando el tratamiento de datos se realice de forma ilícita, el responsable del mismo tendrá la obligación de realizar, en todo caso, la cancelación de estas informaciones, no existiendo posibilidad de bloquear los datos, sino que ante la

¹⁰⁸ En relación con este tema, Vid., entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo, Sección sexta), de 28 de octubre de 2000, o Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo, Sección sexta) de 18 de septiembre de 2003.

imposibilidad de cancelación se procederá a su destrucción física. Cuando el tratamiento de los datos relativos a la salud se realice de la forma legalmente prevista resulta de aplicación la excepción contenida en el artículo 16, apartado quinto, de la LOPDP: el asegurador deberá conservar los datos mientras se mantenga la relación contractual. En estos supuestos, mientras dicha relación se mantenga, existirá un deber de conservación de los datos de carácter personal, actuando este deber como límite al derecho de cancelación de los mismos.

A los derechos de acceso, rectificación y cancelación, la LOPDP, en un intento de aproximar la normativa española a las disposiciones de la Directiva 95/46/CE -artículo 14 y 15-, añade el derecho de oposición del afectado al tratamiento de sus datos personales. A diferencia de lo que sucede con los derechos de acceso, rectificación y cancelación, el derecho de oposición está recogido en el artículo 6, apartado cuarto, de la LOPDP, en los siguientes términos: *en los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.* Su función es servir de contrapeso a las posibilidades de efectuar, tanto por la autoridad pública como por los particulares, tratamientos de datos personales¹⁰⁹. No se trata de un derecho absoluto que faculta al interesado a oponerse al tratamiento de sus datos personales. La LOPDP condiciona el ejercicio del derecho de oposición a las siguientes circunstancias: que para el tratamiento de los datos no sea necesario el consentimiento del afectado y que existan motivos legítimos y fundamentados en relación con una situación personal que justifiquen la oposición del sujeto al tratamiento de los mismos. A diferencia de lo que sucede con los demás derechos del afectado, el derecho de oposición no es contemplado por la Ley como un derecho del afectado a negarse, en todos los supuestos, al tratamiento de sus datos personales, sino que su ejercicio estará condicionado

¹⁰⁹ Considerando 45, Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre.

por las circunstancias expuestas. Se configura, por tanto, como un instrumento de defensa que impide el vaciamiento legal del derecho a la autodeterminación informativa *en los casos en los que la ley establece criterios de legitimación distintos de la voluntad o el interés del afectado*¹¹⁰.

La función otorgada al derecho de oposición podría calificarse como uno de los principales instrumentos que garantizan el control por parte del sujeto de sus datos de carácter personal. Sin embargo, tanto su ubicación como las limitaciones contempladas para su ejercicio reflejan la menor importancia que la normativa otorga a este derecho, frente a las facultades de acceso, rectificación y cancelación. Asimismo, carece el derecho de oposición de un desarrollo reglamentario que permita conocer el tiempo y la forma de ejercitarlo¹¹¹. Al margen de esta serie de dificultades, nada impide que el derecho de oposición se ejercite frente al tratamiento de los datos relativos a la salud, siempre y cuando se produzcan las circunstancias recogidas en la LOPDP. Sin embargo, cabe señalar que en la mayoría de los supuestos el derecho de oposición frente al tratamiento de datos médicos, en los términos en que éste se recoge en la LOPDP, resultará inoperante, habida cuenta que para la obtención, tratamiento y cesión de los mismos será necesario el consentimiento expreso del titular de la información, a menos que una ley fundamentada en un interés general excepcione dicho requisito. Será en este último supuesto, cuando el afectado podrá oponerse a dicho tratamiento; oposición que sólo podrá ejercitarse cuando existan *motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal*. Qué situación se entiende incluida en estos supuestos será una cuestión a determinar en cada supuesto concreto.

¹¹⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, ob.cit., p. 109.

¹¹¹ Si bien la vigente LOPDP reconoce formalmente la existencia del derecho de oposición, tanto su contenido como la forma de ejercitarlo no han sido objeto de regulación. No obstante, como señala Martín-Casallo López, este silencio nunca deberá ser interpretado como una decisión de no regulación del mismo, puesto que de afirmarse una postura en tal sentido, ésta sería contraria al cumplimiento de transposición de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, y a lo dispuesto en el artículo 17 LOPDP, “*en cuanto se refiere a dicho derecho, juntamente con otros, aplazando su regulación de procedimiento a un posterior desarrollo reglamentario*”. MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J.J.: “*Derechos de acceso*,”

3. La seguridad de los datos relativos a la salud

Los avances tecnológicos de los últimos años implican nuevos retos para los sistemas de seguridad, imponiéndose la necesidad de una mejora de las medidas tendentes a la protección de la seguridad de la información. Se entiende por seguridad de la información, siguiendo a DEL PESO NAVARRO, el conjunto de *sistemas y procedimientos que garantizan: la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de la información*¹¹².

Consciente de la importancia de la seguridad de los datos, el legislador introdujo en el artículo 9 de la LOPDP la obligación, tanto del responsable del fichero como, en su caso, del encargado del tratamiento, de adoptar las medidas necesarias para garantizar dicha seguridad, *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 natural*¹¹³.

Tal y como se deduce del precepto, los riesgos que pueden afectar a la seguridad de los datos dependen directamente del sector concreto en el que se desenvuelva el fichero¹¹⁴ y del tipo de datos de que se trate. Por tanto, no basta con la adopción de cualquier medida, *pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto*¹¹⁵, ni con la aprobación formal de las medidas de seguridad, *pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva*¹¹⁶. El principio de seguridad,

rectificación y cancelación de los datos sanitarios en la LOPD", en VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2001, p. 57.

¹¹² Al respecto, Vid. DEL PESO NAVARRO, E.: "La seguridad de la información en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal", en XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000, Universidad Pontificia de Comillas, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000, p. 49.

¹¹³ Artículo 9 de la LOPDP.

¹¹⁴ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, p. 39.

¹¹⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 13 de junio de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera), fundamento jurídico tercero.

¹¹⁶ Ibidem.

recogido en estos términos, actúa frente a la *alteración, pérdida o acceso indebido a los datos personales*¹¹⁷, imponiendo una obligación al tercero que recoja y trate datos personales, consistente en garantizar que éstos no sean objeto de alteración o tratamiento alguno no autorizado. La seguridad de los datos incluye, asimismo, la adopción de las medidas oportunas para que no se produzcan accesos no autorizados ni pérdidas de los mismos.

El legislador ha remitido a la vía reglamentaria los requisitos que han de reunir las personas que intervengan en el tratamiento y las medidas de seguridad que deben aplicarse a los ficheros que contengan datos de carácter personal, dejando en vigor la LOPDP, en su disposición transitoria tercera, el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal.

La citada norma distingue tres niveles de seguridad en función de la naturaleza de los datos y de la mayor necesidad de confidencialidad e integridad de los mismos, exigiendo para los ficheros que contengan datos relativos a la salud la adopción de las medidas de seguridad del nivel más alto, además de aquéllas de nivel básico y medio. Estas medidas, contenidas en los artículos 15 y siguientes del Reglamento de Medidas de Seguridad, tienen como función fijar el régimen de funcionamiento y explotación de los ficheros que contengan este tipo de datos de carácter personal, así como *de establecer un sistema de responsabilidad, en cuanto a la salvaguardia de la privacidad y de la supervivencia de las empresas y organizaciones*¹¹⁸, fijándose al respecto unos plazos de implantación de dichas medidas -disposición transitoria única- para aquellos sistemas de información que se encontraban en funcionamiento a la entrada en vigor del Reglamento.

¹¹⁷ PÉREZ LUÑO, A.E.: “Sobre el arte legislativo de birbiloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, Anuario de Filosofía del Derecho, 2001, p. 346. También, DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A.: *LORTAD. Reglamento de Seguridad*, Díaz de Santos, Madrid, 1999, p. 130.

¹¹⁸ GARCÍA ONTOSO, R.M.: “Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, de 13 de diciembre de 1999”, en *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho*, ob. cit., p. 33.

El plazo de implantación de las medidas del nivel de protección alto, que afectan, entre otros, a los ficheros que contengan datos relativos a la salud, se fijó en dos años desde la entrada en vigor de la citada norma. En la actualidad dicho plazo ha concluido, incluso para aquellos supuestos en los que el Reglamento concedía un plazo de tres años por no permitir los sistemas de información tecnológicamente la implantación de alguna de las medidas fijadas.

Cabe señalar que la Recomendación (97)5, de 13 de febrero, sobre Protección de Datos Médicos, en el punto noveno, ya contemplaba una serie de criterios a tener en cuenta en la seguridad de los datos relativos a la salud, ya sea su tratamiento realizado por instituciones públicas o privadas. La función de las medidas técnicas y de organización previstas en la Recomendación es la de prevenir la destrucción accidental o ilegal de este tipo de datos, la pérdida de los mismos e impedir el acceso, alteración, comunicación o *cualquier otra forma de procesamiento no autorizados*¹¹⁹. Se presenta, por tanto, como necesaria la revisión de forma periódica de las medidas para garantizar que se cumple el nivel de seguridad adecuado. Las medidas recogidas en la Recomendación son las siguientes: control de entrada a las instalaciones, control del soporte de los datos, control de memoria, control de utilización, separación de los datos que permita el acceso selectivo y mantenga la seguridad de los mismos¹²⁰, control de comunicación¹²¹, control de introducción de datos, control de transporte y control de disponibilidad.

¹¹⁹ Punto 9.1 de la Recomendación n.R (97), 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre Protección de Datos Médicos.

¹²⁰ La norma diferencia entre las siguientes informaciones: datos identificadores, datos administrativos, datos médicos, datos sociales y datos genéticos. Dicha clasificación ha de tenerse en cuenta por la compañía aseguradora cuando tenga en su poder datos relativos a la salud de las personas, debiendo de mantener dichas informaciones separadas de otras de diversa índole, ya que las mismas poseen un nivel de confidencialidad mayor.

¹²¹ “No se puede transmitir a terceras personas, y en especial a aquellas no vinculadas por secreto profesional, los datos médicos sin autorización por parte del usuario”. LÓPEZ, P.; MOYA, F.; MARIMÓN, S. y PLANAS, I. (Eds.): *Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001, p. 49.

Si bien este último texto no posee la fuerza vinculante necesaria para su obligado cumplimiento, las medidas genéricas contenidas en la Recomendación, constituyen directrices básicas en materia de seguridad de datos médicos y se encuentran recogidas en gran medida en los preceptos del Reglamento de Medidas de Seguridad. Éste contiene las medidas de seguridad mínimas para los ficheros que contienen datos de carácter personal relativos a la ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual o datos recabados para fines policiales sin consentimiento de la persona afectada¹²².

No obstante, al deber de adoptar estas medidas por el responsable del fichero y el encargado del tratamiento, hay que adicionar la obligación impuesta por el artículo 10 de la LOPDP que afecta tanto a la institución aseguradora, a la empresa, como a todos aquellos que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos: *el deber de secreto profesional*. Al respecto, señala el citado precepto: *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 guardarlo, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo*¹²³. Éste, por tanto, extiende dicha obligación a todo sujeto que tenga conocimiento de los datos de carácter personal en cualquier fase del tratamiento.

Al margen de discusiones doctrinales acerca de si estamos ante un derecho-deber del profesional sometido al mismo, un derecho subjetivo del individuo o un mecanismo de protección de la intimidad y de la privacidad del individuo¹²⁴, se puede definir el deber de secreto profesional como la obligación que *tienen los miembros de determinadas profesiones de no descubrir a terceros los*

¹²² *Ibidem*, pp. 123-130.

¹²³ La LOPDP menciona de nuevo el secreto profesional en el artículo 40, apartado segundo, respecto a los funcionarios.

¹²⁴ Sobre las diferentes concepciones doctrinales y jurisprudenciales del secreto profesional, vid. DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 95-99. Asimismo, sobre esta cuestión, entre otros, SANCHEZ-CARO, J. y SANCHEZ CARO, J.: *El médico y la intimidad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001, pp. 107 y ss. Este último estudia el aspecto constitucional del secreto profesional, deteniéndose de manera especial en el secreto médico.

*hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión*¹²⁵. Este deber de confidencialidad adquiere una mayor importancia en relación con los datos relativos a la salud del asegurado ya que se trata de informaciones íntimas que pertenecen a la esfera privada del sujeto, protegida por el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18, apartado primero, de la Constitución.

Este deber de secreto profesional se mantiene a lo largo del tiempo, incluso una vez finalizada la relación contractual. La falta de observancia de esta obligación de sigilo o reserva al que la LOPDP obliga puede dar lugar a responsabilidades de diversa naturaleza¹²⁶. De esta forma, el asegurador, como responsable del fichero, y aquellos que intervengan en el tratamiento están obligados a mantener secreto profesional respecto de todos los datos obtenidos y conocidos a través del ejercicio de su profesión, especialmente de aquellos cuya naturaleza sensible viene amparada por *una prohibición constitucional tanto de indagación como de difusión in consentida*¹²⁷.

La responsabilidad, tanto de la adopción de las medidas contenidas en la LOPDP y en el Reglamento de Seguridad como del deber de secreto profesional, recae de forma simultánea sobre el responsable del fichero, que será el asegurador o la compañía aseguradora que recopile y trate datos relativos del asegurado, y sobre encargado del tratamiento, en los supuestos en los que exista dicha figura, puesto que la Ley posibilita la realización del

¹²⁵ CASAS SANCHEZ, J. DE DIOS y RODRÍGUEZ ALBARRÁN, M.S.: *Manual de medicina legal y forense*, Colex, 2000, p. 579. Otras definiciones de secreto profesional, vinculados a una profesión concreta son, entre otras, las recogidas en los siguientes estudios: ORTEGA LORENTE, J.M.: “*El secreto profesional médico: garantía del derecho a la intimidad y límite de la investigación penal*”, Jueces para la Democracia, 36 noviembre, 1999, p.48 o EMALDI CIRIÓN, A.: *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*, Comares, Granada. 2001, p. 284

¹²⁶ Sobre las consecuencias de la vulneración del deber de confidencialidad, Vid. LÓPEZ, P.; MOYA, F.; MARIMÓN, S. y PLANAS, I. (Eds.): *Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad*, ob.cit., pp. 8 y ss;

¹²⁷ Existe una obligación de la empresa “*de adoptar las medidas tanto técnicas como organizativas necesarias, entre las que se encuentran las disciplinarias respecto a sus trabajadores, para evitar cualquier fuga en la información almacenada*”. Sentencia 270/2001, de 19 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de abril.

tratamiento de datos por un tercero, normalmente, a través de los llamados contratos *out-sourcing*¹²⁸.

Dicha posibilidad está condicionada por la obligación de implantar las medidas de seguridad de nivel alto, previstas legal y reglamentariamente. A dicha obligación hay que añadir los siguientes requisitos, que el encargado del tratamiento debe cumplir:

1. La realización del tratamiento por cuenta de terceros tiene que estar regulada por un contrato escrito o por cualquier otra forma que permita acreditar su celebración y contenido (artículo 12.2 LOPDP). No obstante, aunque la ley admita esta última posibilidad, es conveniente advertir que la jurisprudencia viene exigiendo, al igual que sucedía con el artículo 27 de la derogada LORTAD, que el contrato se celebre de forma escrita, al interpretar que el término “figurar” que aparece en citado precepto –*que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato*– sólo tiene sentido en relación con un contrato escrito y *porque tal interpretación es más acorde con la finalidad de la ley*¹²⁹.
2. Obligación del encargado del tratamiento de no usar los datos con fines distintos a aquellos que figuren en el contrato y de no comunicar a otras personas dichos datos.

¹²⁸ Al respecto, RUIZ CARRILLO, A.: *La protección de los datos de carácter personal*, ob.cit., pp. 62 y ss.

¹²⁹ “*Ahora bien, aunque jurídicamente no exista una cesión de datos, lo cierto es que materialmente la misma existe, lo que supone peligro o riesgo de publicidad del dato pues se encuentra en poder de un tercero distinto a aquel a quien el afectado prestó su consentimiento. Por eso, el legislador exige al responsable del fichero diligencia en la elección del prestador del servicio y en la regulación del encargo, de modo que quede suficientemente garantizado que el prestador del servicio únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del fichero, que no los aplicará o utilizará con un fin distinto al pactado, y que no los comunicará, ni los conservará. Exigiendo la operatividad de esta finalidad, que el contrato sea escrito y que en él queden nitidamente fijadas las condiciones indicadas. En otro caso se generaría una situación de inseguridad del titular del dato*”. Sentencia de la Audiencia Nacional (sala de lo contencioso-administrativo, sección primera), de 15 de noviembre de 2002, fundamento jurídico cuarto, que confirma la línea jurisprudencial fijada en sentencias anteriores. Al respecto, Vid. SAN, 18 de enero de 2002, o SAN de 14 de junio de 2002.

3. Obligación del encargado del tratamiento de no usar los datos con fines distintos a aquellos que figuren en el contrato y de no comunicar a otras personas dichos datos¹³⁰.
4. Deber de sigilo profesional en los términos expuestos con anterioridad.
5. Obligación de devolver o destruir los datos una vez finalizada la relación contractual.

¹³⁰ La LOPDP atribuye la misma responsabilidad al tercero encargado del tratamiento que la que tiene el responsable del tratamiento cuando éste hubiera destinado los datos a otra finalidad, los hubiere comunicado o utilizado incumpliendo las estipulaciones del contrato. Artículo 12.4 de la LOPDP.

V. LA CESIÓN DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD

1. La comunicación de datos de carácter personal: requisitos especiales en la cesión de datos relativos a la salud

La LOPDP define la cesión o comunicación de información de carácter personal como toda revelación realizada a una persona distinta del interesado, entendiendo por tal la persona titular de los datos que son objeto de tratamiento¹³¹. Al respecto, el artículo 11 de la LOPDP contiene la regla general que rige en materia de comunicación de datos de carácter personal. Éste autoriza la cesión de la información cuando se respeten dos requisitos: que la comunicación se presente como necesaria para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario¹³², es decir, que respete el principio de finalidad, y que el afectado, de manera previa a la cesión, otorgue su consentimiento para que el cedente pueda realizarla. Este consentimiento ha de prestarse además de forma expresa, tal y como señala el artículo 7, apartado tercero, de la LOPDP en relación con la comunicación de datos de salud¹³³.

Ambos requisitos se presentan como mecanismos imprescindibles para la salvaguarda del derecho a la protección de datos.

¹³¹ Artículo 3 de la LOPDP.

¹³² El Tribunal Supremo entiende este requisito en los siguientes términos: *“que la cesión se relacione con el cumplimiento de los fines del cedente, y que la cesión se relacione también con los fines del cesionario”*. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 31 de octubre de 2000, fundamento jurídico segundo B, punto b.

¹³³ El requisito del consentimiento para la revelación de datos médicos no es una novedad introducida por la LOPDP ni por la derogada LORTAD sino que, previamente a la promulgación de ambas normas, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre esta cuestión. Así en el Auto 600/1989, de 11 de diciembre, había señalado que la comunicación de datos médicos, habida cuenta que puede afectar al derecho a la intimidad, sólo es posible tras el otorgamiento del consentimiento de la persona afectada por dicha revelación.

Su cumplimiento permite, por una parte, al individuo conocer y acotar, de manera previa a la comunicación, qué datos se revelan y para qué se revelan, y, por otra, obliga a limitar la cesión de datos a aquellos imprescindibles para la finalidad pretendida con la comunicación, impidiendo la revelación de aquellas informaciones que no sean pertinentes para ésta. El estudio de ambos requisitos ha de realizarse en cada uno de los supuestos en los que se produzca una comunicación de datos, no resultado posible la realización de cesiones genéricas de datos relativos a la salud o con omisión del consentimiento previo y expreso del afectado.

No considera, sin embargo, la LOPDP comunicación de datos, aunque en la práctica se produzca una revelación de los mismos a una persona distinta del interesado, el acceso de un tercero a la información cuando éste sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento –artículo 12.1 de la LOPDP-. En este supuesto particular, la legitimidad del tratamiento por cuenta de tercero estará condicionada por la existencia de un contrato entre el responsable del tratamiento y el encargado del mismo.

Este último únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, respetando en todo caso los principios de calidad de los datos y las medidas de seguridad a las que se refiere el artículo 9 de la LOPDP estipuladas en el contrato y que el encargado del tratamiento estará obligado a implementar. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice, incumpliendo las estipulaciones contractuales, será considerado responsable del tratamiento, tal y como señala el artículo 12, apartado cuarto, de la LOPDP, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documento en el que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento –artículo 12, apartado tercero de la LOPDP-.

El análisis de los requisitos legales exigidos para que la comunicación de datos pueda producirse de forma legítima se presenta como una cuestión básica en

la posible cesión de datos relativos a la salud en el sector asegurador, pues su utilización fuera del ámbito sanitario puede implicar mayores riesgos para las libertades y derechos fundamentales del individuo¹³⁴. La utilización de datos médicos para finalidades ajenas a la asistencia sanitaria implica un mayor peligro para la libertad, la igualdad y la intimidad del individuo; pero no sólo de éste sino también, en algunos supuestos, de las personas con él emparentadas, habida cuenta que, mediante su utilización ilícita, resulta posible la atribución a éstas de un posible perfil médico.

Por este motivo, cualquier comunicación de datos relativos a la salud deberá respetar de forma estricta los requisitos anteriormente señalados; esto es, que los datos sean proporcionales, necesarios e imprescindibles para la finalidad legítima para la cual se permite su comunicación y contar con el requisito del consentimiento previo y expreso del afectado; consentimiento que deberá estar presidido por el requisito de la información, previamente señalado. Tal es su importancia que el artículo 11, apartado cuarto, de la LOPDP dispone que será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilita al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autorice o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar. El consentimiento para la comunicación tiene en todo caso un carácter de revocable.

De nuevo el consentimiento, en los términos y con las especialidades señaladas, se presenta como un elemento esencial en el régimen de protección de datos y, en particular, como requisito indispensable, salvo disposición legal en contra, para la revelación lícita de los datos realizada por persona distinta del interesado, que queda obligado, por el mero hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones contenidas en la LOPDP¹³⁵.

¹³⁴ Al respecto, cabe recordar que no todas las informaciones médicas revelan de igual forma la intimidad de la persona y, por tanto, tampoco su conocimiento implica los mismos riesgos o posibilidades de daño para el afectado.

¹³⁵ Artículo 11, apartado quinto, de la LOPDP.

2. La cesión de datos a ficheros comunes: ¿una excepción a la regla general?

El artículo 24.3, párrafo segundo, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, permitió a las entidades aseguradoras la creación de ficheros comunes en los siguientes términos: *las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros de datos personales que permitan la colaboración estadístico-actuarial y la prevención del fraude en la selección de riesgos y en la liquidación de siniestro*. De forma simultánea, dicho precepto contenía una remisión expresa al artículo 28 de la derogada LORTAD¹³⁶, relativo a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito: *estos últimos se regularán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, por lo que será necesaria la notificación al afectado en la primera introducción de sus datos en el fichero pero no el consentimiento del mismo*. Esta situación legislativa derivó, en palabras de algún autor, *en la circunstancia de que era prácticamente imposible aplicar dicho artículo por una clara incompatibilidad del contenido de los diferentes ficheros que de esta extraña forma, por remisión, se intentaban regular*¹³⁷.

¹³⁶ Artículo 28 de la LORTAD: “Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

1. *Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento. Podrán tratarse, igualmente, datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de, obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los afectados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros automatizados, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley.*

2. *Cuando el afectado lo solicite, el responsable del fichero le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección del cesionario.*

3. *Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los afectados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años”.*

¹³⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, ob.cit., p. 82.

La vigente LOPDP, a través de su disposición adicional sexta, modifica el artículo 24, párrafo tercero, de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados atribuyendo a las entidades aseguradoras la posibilidad de crear ficheros comunes para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico-actuarial cuya finalidad sea la de permitir la selección de riesgos, la tarificación o la elaboración de técnica aseguradora y para la prevención del fraude en el seguro.

Respecto al primer tipo de ficheros –ficheros comunes para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico-actuarial cuya finalidad sea la de permitir la selección de riesgos, la tarificación o la elaboración de técnica aseguradora- la LOPDP exige a las entidades aseguradoras de requerir el consentimiento previo del afectado, pero exige la comunicación, en todo caso, al afectado de la posible cesión de sus datos a dichos ficheros para los fines señalados, con expresa indicación del responsable para posibilitar el ejercicio de las facultades de acceso, rectificación y cancelación. Si bien en el precepto no se menciona de manera específica el derecho de oposición, la posibilidad de ejercitar dicha facultad resulta especialmente relevante en este supuesto particular en el que no es necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal. No obstante, la exigencia de que existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal para su ejercicio, dificultan de manera extrema el derecho de oposición.

Respecto al segundo tipo de ficheros –ficheros comunes para prevenir el fraude en el seguro- la LOPDP establece una excepción genérica al consentimiento del titular de los datos para su introducción en ficheros de prevención del fraude en el seguro. No obstante, para paliar los posibles efectos negativos de dicha excepción exige la comunicación al afectado de la primera introducción de sus datos, del responsable del fichero, de la finalidad del mismo y de las formas de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

De esta forma, la LOPDP soluciona el problema que planteaba la remisión al artículo 28 de la LORTAD contenida en el artículo 24 de la Ley del Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, pero deja abierta su posible colisión con otro artículo de la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos: el artículo 13, apartado 1. Éste recoge el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a decisiones que se *basen únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad*. Queda, pendiente de resolución la cuestión relativa a si de los datos contenidos en estos ficheros puede obtenerse un perfil de la personalidad del individuo, pues, en caso afirmativo, el afectado por una decisión privada basada únicamente en datos contenidos en estos ficheros que impliquen una valoración de su comportamiento, tendrá derecho a impugnarla¹³⁸.

Mayores complicaciones plantea la posibilidad de cesión de los datos relativos a la salud a estos ficheros comunes. El inciso final del citado artículo 24, apartado tercero, de la LOPDP señala lo siguiente: *En todo caso, los datos relativos a la salud sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso del afectado*. Éste plantea numerosas dudas interpretativas por su redacción y por su alusión al tratamiento de datos relativos a la salud en un precepto dedicado básicamente a atribuir potestad a las entidades aseguradoras para crear ficheros comunes y ceder datos de sus clientes a dichas bases, estableciendo para ello excepciones significativas al consentimiento. La solución a dichas cuestiones está pendiente tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial. La mayoría de la doctrina ha entendido, no obstante, que dicho precepto establece la necesidad de que *siempre* estas entidades han de contar con el consentimiento expreso del asegurado para tratar este tipo de información y para la cesión de los mismos a ficheros comunes. Entendida en estos términos la cesión de datos relativos a la salud a los ficheros comunes con finalidad de prevenir el fraude en el seguro, permitir la tarificación y selección de riesgos o la elaboración de estudios de técnica aseguradora, solamente resulta posible con el consentimiento expreso del afectado y dentro de los límites establecidos por los principios de calidad de los datos.

¹³⁸ Sobre el denominado derecho de impugnación de las valoraciones. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 358.

Al respecto, hay que señalar que tanto el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, en su Documento de Trabajo sobre las Listas Negras, como la Agencia de Protección de Datos han resaltado el peligro que representa la existencia de este tipo de ficheros y la incorporación de datos relativos a la salud a los mismos. Éstos pueden convertirse en auténticas listas negras, es decir, en ficheros que contienen información relativa a un determinado grupo de personas, elaborados de conformidad con determinados criterios y que, como regla general, implican efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en los mismos. Estos efectos pueden consistir en discriminar a un grupo o vetar el acceso del mismo a ciertos servicios en función de la información médica conocida. Así, el Grupo de Trabajo de Protección de Datos ha detectado la presencia de ficheros que constituyen auténticas listas negras en el sector asegurador, especialmente en los seguros de vida *ofrecidos por las compañías dedicadas a dicho sector*¹³⁹ en los que se recaba información altamente sensible¹⁴⁰. La existencia de este tipo de ficheros, en los términos señalados, no puede sostenerse desde la normativa de la protección de datos personales, pues la toma de una decisión con efectos jurídicos que se base única y exclusivamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de la personalidad queda prohibida expresamente en la misma. En este sentido, cabe señalar que única y exclusivamente resultará posible la incorporación de datos a los ficheros comunes con las garantías señaladas, respetando en todo caso los requisitos impuestos por la normativa de protección de datos, sin que quepa en ningún caso la utilización de los datos incorporados a estos ficheros más allá de los términos y de las finalidades contenidas en esta.

¹³⁹ Documento de Trabajo sobre las Listas Negras, de 3 de octubre de 2002, elaborado por el Grupo de Trabajo de Protección de Datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

¹⁴⁰ En este sentido, se ha rechazado la inscripción de ciertos ficheros comunes centralizados por entidades aseguradoras cuya finalidad exclusiva era la identificación de datos de las personas a las que se le había denegado un Seguro de Vida por motivos relacionados con su salud.

3. La situación inversa: la cesión de los datos médicos a las compañías aseguradoras por instituciones y centros sanitarios públicos y privados

Si bien las entidades aseguradoras obtienen la mayor parte de los datos relativos a la salud del cliente de forma previa a la conclusión del contrato, durante la vigencia del mismo puede ser necesario que el asegurado aporte informaciones médicas para que dichas entidades hagan frente a las prestaciones derivadas del contrato. Si los datos son obtenidos directamente del cliente mediante declaración o presentación de un certificado médico, su recogida no difiere de la realizada antes del perfeccionamiento del contrato. Mayor problemática presentan, sin embargo, aquellos supuestos en los cuales la compañía aseguradora pretende obtener datos relativos a la salud, directa o indirectamente, de las instituciones o centros sanitarios¹⁴¹.

La comunicación de datos de carácter personal, tal y como se ha señalado en el apartado anterior, se encuentra regulada de manera genérica en el artículo 11 de la LOPDP. Este precepto legal señala los requisitos necesarios para que la cesión de las informaciones personales sea lícita.

Por una parte, la necesidad de respetar los principios esenciales de protección de datos en la cesión entre cedente y cesionario entre los que exista una relación legítima. Por otra, la necesidad de consentimiento previo y expreso. Ambos requisitos impiden la cesión de datos de forma genérica. La opción más respetuosa con la normativa de protección de datos es la de requerir al interesado el consentimiento para la cesión en cada caso, otorgándole la información necesaria sobre la finalidad de la misma.

La información médica se ha convertido en objeto de demanda por las entidades aseguradoras, que en virtud de un interés legítimo *reclaman el*

¹⁴¹ De forma habitual “cuando los beneficiarios de pólizas de seguros precisan ellos mismos o sus compañías la información clínica pertinente para indemnizar a las personas incluidas en el contrato”. MARTÍNEZ AGUADO, L.C.: “Aspectos éticos de la historia clínica”, en *La historia clínica*, ob.cit., p. 92.

*acceso a la información clínica, ya documentada*¹⁴², no sólo de aquella cuyo contenido, aunque relacionado con la salud, es prioritariamente económico, sino también de datos relativos a la salud en el sentido más estricto. En ciertos casos es el propio interesado-asegurado quien tiene un especial interés en que la compañía aseguradora conozca estos datos y los aporta a través de un certificado médico que acredita su estado de su salud en un momento determinado¹⁴³. En otros, el interés legítimo de la compañía colisiona de manera directa con el interés del afectado de mantener reservada la información de carácter personal, con su derecho a la intimidad y el secreto médico que ampara estas informaciones.

De forma habitual, las entidades aseguradoras suelen introducir bien al final de la solicitud-cuestionario de seguro, bien en las condiciones generales, una cláusula que recoge el consentimiento del interesado para que el personal sanitario que lo reconozca o lo trate de alguna dolencia proporcione a la entidad aseguradora los datos médicos así conocidos. La amplitud de la denominada cláusula de renuncia al secreto médico depende del tipo de seguro contratado y de la entidad aseguradora. En unos casos, la exoneración de la obligación de secreto profesional se limita únicamente al médico de la compañía aseguradora. En otros, dicha cláusula, genéricamente incluida en los seguros de vida, de enfermedad o de accidentes, puede ser más amplia, autorizando el asegurado a los médicos que le han tratado, así como a centros asistenciales públicos y privados, a dar toda la información que el asegurador pueda solicitar.

Desde el punto de vista del derecho a la protección de datos de carácter personal, se plantea la licitud de este tipo de cláusulas. Por una parte, su amplitud podría dar lugar a comunicaciones genéricas de datos de carácter personal entre instituciones cuya finalidad no se encuentra relacionada, no

¹⁴² ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: *“La información clínica y el grupo de expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo: conclusiones”*, en *Asociación Española de Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 1998, p. 115.

¹⁴³ Artículo 3 y artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

permitidas por la LOPDP y que se oponen a los principios más esenciales de protección de datos. Por otra, a través de las mismas se exige al interesado la renuncia *a un derecho tan importantísimo como es el secreto médico*¹⁴⁴, que provoca una quiebra del consentimiento del interesado como elemento esencial del control de su información a través de la cual permite implícita o explícitamente la cesión de su información clínica a la entidad aseguradora.

Desde esta perspectiva no resulta defendible esta exigencia impuesta al afectado. En primer lugar, el secreto profesional, especificado en el secreto médico, cobra especial relevancia en el ámbito sanitario, que se configura como la prohibición de revelar datos personales conocidos a través de actividades sanitarias, independientemente de que éstas sean de prevención, diagnóstico o tratamiento¹⁴⁵. Tiene su fundamento en la relación de confianza que debe existir entre el médico y el paciente¹⁴⁶. Éste constituye el mecanismo tradicional de salvaguarda de la información del paciente y, por tanto, aunque no de forma exclusiva, de su intimidad. Esta conexión ha quedado patente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, que, entre otras, menciona como intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, *la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*. Asimismo, su vinculación con el derecho a la intimidad se ha visto reflejada, tanto en las normas deontológicas como en las distintas leyes reguladoras de la organización sanitaria. En este sentido el Código de Ética y Deontología Médica de 1999 regula en su artículo 14 y siguientes el secreto profesional de los médicos, definiéndolo como un deber inherente al ejercicio de la profesión y como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad frente a terceros –artículo 14, apartado primero y segundo- delimitando su alcance –artículo 14, apartado tercero y cuarto- y señalando las posibles excepciones al mismo –artículo 16-. En cuanto a la información sanitaria, la Ley

¹⁴⁴ RUÍZ MIGUEL, C.: “*La nueva frontera del derecho a la intimidad*”, ob.cit., p 162.

¹⁴⁵ LÓPEZ, P.; MOYA, F.; MARIMÓN, S. y PLANAS, I. (Eds.): *Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad*, ob.cit., p. 6.

¹⁴⁶ Sobre las distintas teorías relativas a la naturaleza del secreto profesional. Vid. DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, ob.cit., pp. 53 y ss.

14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, recoge en su artículo 10, apartado tercero, que continúa vigente tras la aprobación de la Ley 41/2002, el necesario respeto a la confidencialidad de toda la información relativa al proceso asistencial del enfermo y a su estancia en los centros e instituciones sanitarias¹⁴⁷.

En la actualidad, la Ley 41/2002 recoge en diversos preceptos la obligación de secreto profesional respecto a los datos médicos. Así, el artículo 2, apartado séptimo, señala: *la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida*. Por su parte, el artículo 16, apartado sexto, reitera: *el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto*. En relación con la información y documentación clínica, la Ley 41/2002 no contiene, sin embargo, una referencia expresa al secreto médico, sino que hace referencia al secreto profesional en general respecto a la información sanitaria. De esta forma, no limita la obligación de secreto al médico, sino que la extiende a toda persona que en el ejercicio de sus funciones tenga conocimiento de los datos médicos de un paciente o usuario de los centros sanitarios, tanto públicos como privados. Esta precisión está en consonancia con la exigencia recogida en el artículo 10 de la LOPDP: *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 guardarlo, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo*¹⁴⁸. El citado precepto extiende la obligación de sigilo profesional a todo sujeto que tenga conocimiento de los datos de carácter personal en cualquier fase del tratamiento.

¹⁴⁷ Asimismo, el artículo 61 de la Ley General de Sanidad, en la actualidad derogado, señalaba el deber de guardar secreto por quien, en virtud de sus competencias, tuviese acceso a la historia clínica, exigiendo además la adopción de medidas, por parte de los poderes públicos, para garantizar tanto el derecho a la intimidad de paciente como este deber de secreto.

¹⁴⁸ La LOPDP menciona de nuevo el secreto profesional en el artículo 40, apartado segundo, respecto a los funcionarios con funciones de inspección. Éstos, señala la Ley, estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de sus funciones. Tal obligación se mantiene también después de haber cesado en las mismas.

El deber de confidencialidad de los datos relativos a la salud vincula, por tanto, a todas aquellas personas que tengan conocimiento de los mismos. Su observancia se presenta como garantía de la privacidad y de la intimidad del sujeto, una justificación reforzada *para la oponibilidad del secreto de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutelar sino que se preserve, también frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el artículo 18.1 de la Constitución garantiza*¹⁴⁹.

Los datos médicos conocidos en el ejercicio de la actividad profesional única y exclusivamente podrán ser revelados con el consentimiento del afectado y para una finalidad específica y determinada, de conformidad con los principios de calidad de los datos. Así, el médico podrá realizar un certificado para aportar a la entidad aseguradora cuando el paciente lo solicite o, en los supuestos en los que se encuentre incapacitado o sea menor, cuando lo solicite su representante legal. Si el interesado no es consciente de las consecuencias que dicha información puede tener fuera del ámbito hospitalario, el médico tiene la obligación de informarle sobre las mismas. En todo caso, el contenido del certificado médico deberá limitarse a los datos imprescindibles para la finalidad pretendida por el paciente, no siendo posible la inclusión de aquellas informaciones que, si bien figuran en el historial médico, no se adecuan a dicha finalidad. Solamente en los términos expuestos, el médico puede revelar informaciones relativas a la salud de los pacientes; revelación que queda limitada a aquellos datos que el paciente consienta en divulgar. En este sentido, la inclusión en la póliza del seguro de una cláusula que exija al asegurado que renuncie de forma genérica al secreto médico ha de considerarse *absolutamente nula*, pues *excede de lo racionalmente exigible en una póliza de seguro*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Auto del Tribunal Constitucional núm. 600/1989, de 11 de diciembre, fundamento jurídico segundo.

¹⁵⁰ RUÍZ MIGUEL, C.: *“La nueva frontera del Derecho a la Intimidad”*, ob.cit., p. 162.

En segundo lugar, cabe advertir que la Ley 41/2002, de 14 noviembre, ha introducido una serie de límites a la utilización de datos contenidos en la historia clínica. La Ley 41/2002 es clara en cuanto a la finalidad principal a la que han de destinarse las informaciones y la historia clínica: la adecuada asistencia sanitaria del paciente. Al respecto, se pronuncia el artículo 16, apartado primero, de la Ley 41/2002: *“la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar la adecuada asistencia sanitaria del paciente”*. Se pueden señalar otros usos de la historia clínica¹⁵¹, si bien, como indica SEOANE RODRÍGUEZ, éstos quedarán subordinados a la finalidad asistencial¹⁵², de tal forma que el acceso a los datos contenidos en la historia clínica con un motivo distinto a la asistencia sanitaria deberá tener un carácter excepcional y restringido, así como estar suficientemente motivado por un interés legítimo cuya protección se presente como necesaria¹⁵³.

El artículo 16 de la Ley 41/2002 utiliza el término acceso para referirse al uso de la historia clínica con unas finalidades distintas a la de asistencia sanitaria. En realidad, se está refiriendo no a un acceso directo a los datos contenidos en la documentación clínica sino a la posibilidad de comunicación de los mismos para unas finalidades distintas a la asistencia sanitaria¹⁵⁴. Al margen de la asistencia sanitaria, la Ley 41/2002 –artículo 16, apartado tercero- permite la utilización de datos contenidos en la historia clínica para alguna de estas finalidades: judiciales, epidemiológicas, de salud pública, de investigación y de docencia.

¹⁵¹ Se trata de los denominados usos secundarios de los expedientes médicos. CZECOWSKI BRUCE, J.A.: *Privacy and Confidentiality of Health Care Information*, American Hospital Publishing, 1998, p. 9.

¹⁵² SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *“¿A quién pertenece la Historia Clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos”*, Derecho y Salud, Vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2002, p. 249.

¹⁵³ Documento Final, de 26 de noviembre de 1997, elaborado por el Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 34, 1997, pp. 667 y ss.

¹⁵⁴ Esta interpretación ha sido defendida por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, al entender que desde la óptica de protección de datos, se trata de una cesión. Vid. Recomendación 2/2004, de 30 de julio, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

En orden a fijar los requisitos que han de presidir la utilización de datos con estas finalidades, la norma se remite a las disposiciones de la LOPDP, de la Ley 41/1986 General de Sanidad y demás normas de aplicación al caso. No obstante, señala el precepto dos requisitos a tener en cuenta cuando se utilicen los datos contenidos en la historia clínica con las finalidades reseñadas: preservación de la identidad del sujeto mediante la separación de los datos de identificación de las informaciones de carácter clínico-asistencial, con la finalidad de garantizar el anonimato¹⁵⁵, a menos que la persona haya otorgado su consentimiento o que se trate de una investigación judicial, y adecuación entre los datos y documentos a los que se pretende acceder y la finalidad para la cual van a ser utilizados¹⁵⁶.

Se trata, de nuevo, de un recordatorio del principio de finalidad, si bien innecesario, habida cuenta que en este punto la Ley 41/2002 se remite a las disposiciones de la LOPDP. La observancia de dicho principio obligará al examen de los casos y circunstancias, así como de la información relativa a la salud que puede salir del ámbito sanitario, por demandarlo un interés recogido en la Ley¹⁵⁷.

La existencia de una regulación específica de la cesión en la LOPDP advierte, como indica MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, de la posible gravedad de tales actos para la protección de los datos de carácter personal pues se

¹⁵⁵ La finalidad última de esta separación es la no identificación del sujeto, de tal forma que esta exigencia legal no debe entenderse referida únicamente a la separación entre el nombre del paciente y los datos clínicos de éste, sino a la separación de estos últimos de cualquier otro dato que pueda permitir la identificación del sujeto, esto es, de toda información que lo convierta en identificable. Esta necesidad de anonimato del paciente cuando se utilicen los datos personales para finalidades distintas de la asistencia sanitaria recogida en la actualidad por la Ley 41/2002, fue reivindicada previamente por autores como Romeo Casabona en relación con la legislación anterior, entendiéndose además que si bien *“aunque no se deduce del texto legal (Ley General de Sanidad), sería conveniente que ni el investigador ni el estadístico tuvieran acceso a estos datos del paciente, lo que debería ser tenido presente por los poderes públicos, cuando de acuerdo con el imperativo legal, adopten medidas que garanticen sus derechos”*. ROMEO CASABONA, C.M.: *“La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y acceso a la historia clínica”*, Derecho y Salud, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre, 1993, p. 16.

¹⁵⁶ Artículo 16, apartado tercero in fine, de la Ley 41/2002.

¹⁵⁷ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: *“La información clínica y el grupo de expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo: conclusiones”*, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Fundación MAPFRE Medicina, 1998, p. 117.

trata de una actividad en la cual el afectado no participa directamente *lo que implica la falta de control inmediato sobre sus datos*¹⁵⁸. Teniendo esto en cuenta, la Ley 41/2002 remite a las garantías establecidas en la LOPDP para la comunicación de estos datos especialmente protegidos.

En este sentido, cabe concluir que tanto la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como la LOPDP impiden el acceso a la historia clínica del paciente a aquellas entidades o personas no mencionadas en sus preceptos legales, y la cesión de datos sanitarios fuera de los supuestos legalmente recogidos. Por tanto, la posibilidad de que las instituciones sanitarias proporcionen información a entidades aseguradoras sobre la salud del asegurado queda limitada a la expedición de un certificado médico sobre su estado de salud en un momento determinado en el tiempo, no resultando posible que mediante el mismo se revele la historia clínica ni parcial ni totalmente, puesto que éste se emitirá también con una finalidad determinada y concreta.

¹⁵⁸ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A.: *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, Madrid, 2003, p. 23.

VI. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DATOS GENÉTICOS

1. Introducción

La revolución que en las últimas décadas se está produciendo en el campo de la Medicina y de la Biología, especialmente de la Genética¹⁵⁹, refleja uno de los mayores avances y progresos en el conocimiento del ser humano. La posibilidad de obtención de determinados datos genéticos del individuo a través del análisis y pruebas genéticas ha generado un elenco de problemas a los que el Derecho ha de buscar y encontrar una respuesta adecuada. La indagación sobre la constitución genética, que abre el campo del diagnóstico y tratamiento de enfermedades genéticas, genera miedo en la sociedad, real o potencial, frente a la mala utilización de este tipo de informaciones, que pueden situar al individuo en un posición de transparencia inimaginable hasta el momento actual.

Con el progreso tecnológico y científico en el campo de la Genética cada vez son mayores los intereses en juego de tipo económico, financiero y comercial, pero también los peligros para los valores y los derechos fundamentales¹⁶⁰. Por este motivo, frente a las ventajas de su utilización a todos los niveles, tanto sociales como políticos, jurídicos o económicos, existe una especie de consenso generalizado sobre la necesidad de imponer límites a la utilización de los datos genéticos. Así lo recoge el Grupo de Trabajo sobre Protección de

¹⁵⁹ La genética – entendida como ‘Nueva Ciencia’- se puede definir, en palabras de Juan Ramón Lacadena, como “*La ciencia que estudia el material hereditario bajo cualquier nivel o dimensión*”. LACADENA, J.R.: “*Investigación genética y bioética*” en *I Congreso Mundial de Bioética*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2000, p. 222.

¹⁶⁰ Punto III del Informe del Parlamento Europeo sobre las Repercusiones Éticas, Jurídicas y Sociales de la Genética Humana.

Datos del Artículo 29¹⁶¹ en su Dictamen 6/2000, sobre la cuestión del Genoma, aprobado el 13 de julio de 2000, que señala, entre los riesgos del uso abusivo de la información genética, la posibilidad de que éstas puedan identificar a las personas, relacionarlas entre sí, y revelar datos complejos sobre su salud y sobre la de aquellas personas con las que estén genéticamente relacionadas. Se advierte, por tanto, en este sentido un conflicto a todos los niveles.

La pretensión de obtener y utilizar los datos genéticos, que permiten identificar a personas portadoras de genes responsables de enfermedades o responsables de su tendencia al padecimiento de las mismas, no queda limitada al ámbito sanitario. Su utilidad se ha puesto de manifiesto en sectores que, en principio, estarían desvinculados de su uso, pero que en la actualidad han mostrado su interés en el conocimiento de los datos genéticos al considerarlos como uno de los métodos más útiles de predicción¹⁶².

El sector del Seguro Privado no sólo no es ajeno a esta tendencia sino que se presenta como uno de los más interesados en la obtención y utilización de los datos genéticos de los asegurados o futuros asegurados. Son múltiples los intereses y finalidades esgrimidos por las entidades aseguradoras para el conocimiento de esta información, si bien todos ellos pueden circunscribirse a intereses meramente económicos.

Éstas han percibido rápidamente, como señala ROMEO CASABONA, que la realización de pruebas genéticas a sus asegurados puede ser de gran importancia para concertar los llamados seguros de personas, establecer, de acuerdo con los resultados de las mismas, unas condiciones más o menos rigurosas e incluso rechazar la celebración de un contrato¹⁶³, esto es, para un cálculo lo más exacto posible del riesgo que la compañía asume y para una

¹⁶¹ Grupo de Trabajo creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE; órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de datos personales.

¹⁶² Vid. LAURIE, G.T.: *Genetic Privacy*, Cambridge University Press, 2002, pp. 129-150.

¹⁶³ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los genes y sus leyes: El derecho ante el genoma humano*, ob.cit., p. 83.

mejor selección de sus asegurados, entendida ésta en términos económicos¹⁶⁴. En este sentido, se presenta como necesario el análisis de la posibilidad de obtención de los datos genéticos -bien mediante la declaración del sujeto que ya los conoce, bien mediante los resultados derivados de la realización de pruebas genéticas- y su tratamiento por estas entidades.

2. Los datos genéticos como información de carácter personal

La normativa internacional sobre protección de datos personales que se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, tras su ratificación y publicación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución Española – Convenio 108 para la Protección de Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981-, la normativa comunitaria -Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales y a la libre circulación de estos datos– y la normativa nacional vigente –Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal-, coinciden en su definición de dato de carácter personal, entendido como *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*; información que permite ampliar o precisar el conocimiento sobre la persona a quien concierne. El concepto legal se encuentra desarrollado, en los términos ya señalados, en el artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, que desarrolla determinados aspectos de la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD). Asimismo, artículo 2, apartado a, de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, considera identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, de forma directa o indirecta, *en particular mediante un número de*

¹⁶⁴ Cuando una persona representa un gran riesgo, la compañía aseguradora, para proteger sus intereses económicos puede requerirle una prima mayor, excluir un determinado daño de las condiciones o no asegurarla. ABBING, R.: “*Predictive Genetic Knowledge, Insurances and Legal Position of the Individual*”, en *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Coloquio Internacional, Lausanne, 1994, p. 146.

*identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*¹⁶⁵.

Tienen, por tanto, la consideración de dato de carácter personal cualquier información que permita su relación con una persona física determinada, con independencia de la mayor o menor complejidad de la operación que nos conduzca hasta ella; *no será necesario que el dato permita averiguar el nombre del afectado sino que bastará con que los datos registrados permitan descubrir su ADN, su origen social, nivel económico, etc., de forma que nos permita determinar de quién se trata*¹⁶⁶.

Si bien las normas sobre protección de datos personales suelen contener un determinado precepto dedicado a definir términos utilizados en su contenido, entre los cuales se encuentra habitualmente el concepto de dato de carácter personal, no sucede lo mismo con la definición de 'dato genético'. Ni la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal ni la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, aportan un concepto legal del mismo. Para su definición hay que acudir al ámbito internacional. Por un lado a la citada Recomendación (97) 5, de 13 de febrero, que tras incluir a los datos genéticos dentro de la definición de dato relativo a la salud en sentido amplio o dato médico, aporta una noción de dato genético, entendido como *todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados. También se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud o la enfermedad, ya se presente con características identificables o no. La línea genética es la línea constituida por similitudes genéticas resultantes de la*

¹⁶⁵ Para un estudio en profundidad de este precepto, Vid. HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Directiva Comunitaria de Protección de los Datos de Carácter Personal. Comentario a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, ob.cit., pp. 71-84.

¹⁶⁶ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, ob.cit., p. 75.

procreación y compartidas por dos o más individuos. Por otro, a la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, aprobada por la 32ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 16 de octubre de 2003, que en su artículo 2, define el dato genético como cualquier información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos. También, la Agencia Española de Protección de Datos se ha pronunciado en términos similares a los contenidos en las declaraciones internacionales. En su Informe Jurídico sobre el Tratamiento de Datos Genéticos para la Localización de Personas Desaparecidas, la Agencia Española de Protección de Datos, señala lo siguiente: *debemos recordar que, en todo caso, nos encontraremos ante datos relacionados con la salud de las personas*¹⁶⁷.

No obstante, si bien es necesario señalar que no todos los datos genéticos tienen que referirse necesariamente a la salud de las personas, puesto que pueden indicar circunstancias hereditarias ajenas a la buena o mala salud, este estudio se centrará exclusivamente en este tipo de información genética, al ser ésta la que tiene relevancia en el sector asegurador y, por tanto, la que plantea problemas en relación con su recopilación, conservación y utilización en este ámbito. Al respecto, cabe recordar la definición de dato relativo a la salud contenida en la Memoria Explicativa del Convenio 108, de 28 de enero. Se trata, tal y como ya se ha señalado, de una definición amplia de dato de salud que incluye datos que, si bien no se refieren en sentido estricto a la salud de la persona, sí se encuentran estrechamente relacionados con la misma, puesto que se trata de hábitos que inciden directamente en ella.

La Recomendación (97) 5, de 13 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Protección de Datos Médicos, continúa en esta misma línea. El artículo primero de la Recomendación define como datos médicos a todos los datos personales relativos a la salud de un individuo. Se refiere también a los datos que tengan una clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos. Ésta distingue en la categoría de datos médicos

¹⁶⁷Consideración segunda del Informe Jurídico sobre el Tratamiento de Datos Genéticos para la Localización de Personas Desaparecidas.

tres tipos de informaciones personales: datos relativos a la salud en sentido estricto, datos estrechamente relacionados con la salud que permiten conocer o ampliar información sobre la salud de una persona y, finalmente, datos genéticos.

No obstante, a pesar de dicha calificación jurídica, la información genética de carácter personal es cualitativamente distinta a la mera información relativa a la salud. Entre las distintas informaciones que revelan los genes, NIELSEN señala las siguientes: informaciones desconocidas por la persona sometida a una prueba genética, datos sobre una posible enfermedad genética que se presenta, en determinados casos, como futura e incierta¹⁶⁸, datos relativos a los descendientes y demás parientes de aquél e informaciones que posibilitan la clasificación de los individuos y sus familiares en *categorías de riesgo de la población*¹⁶⁹. La obtención o posibilidad de obtener información genética no se limita a aquellas enfermedades conocidas tradicionalmente como enfermedades genéticas -enfermedades *cuya etiología es exclusivamente genética*¹⁷⁰-, sino que mediante la realización de análisis genéticos o pruebas de detección genética (*genetic screening*), en la actualidad, es factible conocer el estado de salud de un individuo e incluso predecir el riesgo de desarrollar una enfermedad en un futuro. En relación con esta última posibilidad, señala HOTTOIS: la información o el saber genético, *tal y como existe hoy en día, es profundamente parcial, heterogéneo y probabilístico*.

¹⁶⁸ En este sentido cabe distinguir aquellas enfermedades genéticas que todo portador del defecto genético acaba padeciendo como es la Corea de Huntington (*“degeneración del sistema nervioso central, invariablemente fatal, provocada por un defecto de un solo gen. Para que la enfermedad se manifieste, basta que el sujeto haya heredado una sola copia del gen defectuoso.[...]La nueva genética iniciada en los años setenta consiguió identificar el cromosoma portador del gen de la enfermedad y desarrollar un diagnóstico de su presencia, basado en pruebas de ADN”*. WILKIE, T.: *El conocimiento peligroso. El proyecto Genoma Humana y sus implicaciones*, Debate, Madrid, 1994.) de aquellas otras que el individuo es propenso a padecer por ser portador de un determinado gen.

¹⁶⁹ NIELSEN: *“Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea”* en *Derecho y Genoma Humano*, núm. 4, enero-junio, 1996, p. 65.

¹⁷⁰ *“Esto es, aquellas ya dominantes, ya recesivas, ya debidas a la defectividad de un único gen (monogénicas), ya de varios (poligénica)*. TORRES, J.M.: *“Test genético, medicina genética y la evolución del concepto de salud”* en BERGEL, D.S. y CANTÚ, J.M. (Org.): *Bioética y Genética, II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Cátedra UNESCO de Bioética (UBA), Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 374.

*En la mayoría de los casos su capacidad predictiva es sólo indicativa, y debe ser completada y matizada por los conocimientos relativos a otros factores codeterminantes de la evolución de la salud de la persona*¹⁷¹.

Los datos genéticos proporcionan información sobre el estado de salud actual de la persona, pero también sobre su salud pasada y futura. Es por ello que la utilización de esta información personal puede ser muy útil y beneficiosa –en los casos en que la enfermedad detectada tenga tratamiento y/o pueda prevenirse–, pero también podrá ser utilizada en perjuicio de la persona y de sus derechos, bien cuando, por ejemplo, no exista tratamiento y se le cree al individuo una inquietud y ansiedad innecesaria sabiéndose portador de un determinado gen o cuando esa información sea utilizada para tomar decisiones perjudiciales para el interesado.

La especial relevancia de estas informaciones y los peligros de su utilización requieren su inclusión dentro de las categorías especiales de datos de carácter personal. Si los datos sensibles son aquellos que tienen una especial incidencia en la vida privada, en el ejercicio de las libertades o riesgo para prácticas discriminatorias¹⁷², no cabe duda de su calificación jurídica como tales.

En este sentido, los datos genéticos son informaciones relativas a cuestiones extraordinariamente delicadas, íntimamente unidas al núcleo de la personalidad y de la dignidad humana¹⁷³; dignidad humana que siguiendo al profesor PÉREZ LUÑO, constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino también una garantía positiva del pleno desarrollo de la personalidad, que supone, por una parte el reconocimiento de una total autodisponibilidad de las posibilidades de

¹⁷¹ HOTTOIS: “*Información y saber genéticos*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 11, 1999, p. 28.

¹⁷² PÉREZ LUÑO, A.E. “*La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*” en *Libertad informática y leyes de protección de datos*, ob.cit., p. 152

¹⁷³ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A: *La protección de datos personales en el Derecho español*, ob.cit., p. 189.

actuación propias de cada hombre y, por otra, la autodeterminación *que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza*¹⁷⁴.

3. Problemas que plantea la utilización de datos genéticos por las entidades aseguradoras

Frente a la pretensión de las entidades aseguradoras de utilizar los datos genéticos de carácter personal ha surgido una oposición a nivel social a dicha práctica con fines simplemente económicos, ya que ésta, una vez conocida, es susceptible de ser utilizada para la creación de una “nueva casta” o grupo de exclusión basada en deficiencias genéticas¹⁷⁵. Como indica WILKIE, existe un temor sobre el uso de la información genética fuera del ámbito sanitario porque ésta podría crear *una casta inferior de leprosos, a los que se les niegue el acceso al empleo, a suscribir seguros e, incluso, a casarse y tener hijos*¹⁷⁶. Así, mientras la posibilidad de obtener datos genéticos y su utilización puede ser especialmente útil en distintos ámbitos relacionados con la salud, puede tener también un efecto devastador para el individuo y para sus derechos fundamentales¹⁷⁷.

¹⁷⁴ PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, ob.cit., p.318.

¹⁷⁵ En este sentido, en la actualidad se empieza a hablar de “personas inasegurables”; *“ya en 1989, el pediatra y el epidemiólogo Neil Holtzman fue capaz de enumerar nueve condiciones que incluían la anemia de células falciformes, la arterioesclerosis, el mal de Huntington, la diabetes tipo 1, el síndrome de Down, por las cuales las compañías de seguros habían negado un seguro médico o un seguro de incapacidad, y otras seis condiciones por las que otorgaban una cobertura sólo condicional o parcial”*. MALEM SEÑA, J.F.: “Privacidad y mapa genético”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* núm. 2, 1995, p. 141.

¹⁷⁶ WILKIE, T.: *El conocimiento peligroso. El proyecto Genoma Humana y sus implicaciones*, ob.cit., p. 23.

¹⁷⁷ *“L’informazione genetica può estenderé la discriminazione a nueve categorie de persone (...) In verità, la registrazione della genetica predicttiva può creare una sottoclasse costituita da individui che sembrano essere stati <bollati> dai loro geni affinché <non ne rimanga traccia>”*. NELKIN, D.: *“Informazione genetica: bioética e legge”*, traducción a cura di Elena Manzini, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XII-4, Dicembre 1994, p. 502.

Se produce, por tanto, un conflicto de intereses. Por un lado, el interés del asegurador en obtener o conocer la información genética del asegurado, incluida en la necesidad de conocer *el estado de salud del asegurado y...por tanto...* (de *cerciorarse de ese estado de salud a través de cuestionarios y, eventualmente, de un examen médico con las pruebas clínicas que estimen oportunas*¹⁷⁸, entre ellas las pruebas genéticas. En base a este interés se plantea su posible realización de manera previa a la contratación de determinados seguros¹⁷⁹ -seguros de accidentes, seguros de enfermedad, y de forma especial, seguros de vida para el caso de muerte-¹⁸⁰. Éstas, de ser posible su utilización, proporcionarían a la entidad aseguradora información privilegiada en cuanto a la detección de enfermedades relevantes presentes o con posible manifestación en un futuro, permitiéndole una mayor precisión en la determinación del riesgo y en la fijación de primas; conocimiento que, de manera simultánea, incrementaría sus ingresos al posibilitar la exclusión de las personas no favorecidas genéticamente. Por otro, el interés del individuo en garantizar el derecho a mantener fuera del conocimiento de terceros informaciones que pertenecen a su esfera privada, a *exponer la esfera de su personalidad sólo en el marco de lo exigible*¹⁸¹.

Los argumentos esgrimidos a favor de uno u otro interés se traducen, como señala YANES, en un intento de primar bien la autonomía negocial, bien el derecho a la autodeterminación informativa del asegurado¹⁸². La primera postura, favorable a las compañías aseguradoras, defiende la prevalencia, frente a cualquier otro interés, de la autonomía negocial, considerando que si el seguro no es un bien de primera necesidad *una eventual negativa a contratar*

¹⁷⁸ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "El Genoma Humano y el Contrato de Seguro", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, ob.cit., p. 33.

¹⁷⁹ Sobre las modalidades contractuales afectadas por la información genética, Vid. YANES, P.: "*Seguros de personas e información genética (I)*", Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 1, 1994, pp. 194 y ss.

¹⁸⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "El Genoma Humano y el Contrato de Seguro", en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, ob.cit., p. 33.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² YANES, P.: "*Seguros de personas e información genética (II)*", Revista de Derecho y Genoma Humano, num. 2, 1995, pp. 174 y 175.

por parte de aquéllos (consumidores) *tampoco parece que coloque a éstos en una intolerable situación de necesidad*¹⁸³. Frente a éstos, parte de la doctrina, si bien reconoce la legitimidad de los intereses del asegurador, sostiene que el derecho fundamental no permite entender que pueda obligarse al interesado a revelar o a conocer su información genética, habida cuenta del *carácter estrictamente confidencial del riesgo genético*¹⁸⁴. La doctrina mayoritaria ha resuelto el conflicto otorgando prioridad a los derechos fundamentales del individuo frente al interés legítimo de la compañía aseguradora en obtener o conocer estos datos¹⁸⁵.

En este sentido, como señala MENÉNDEZ MENÉNDEZ, si bien es legítimo el interés material de la compañía de seguros, a éste se le sobrepone *el interés personal del asegurado a no tener que revelar su condición genética*¹⁸⁶. Como indica ABBING, los intereses de las compañías aseguradoras son importantes, pero éstos no pueden justificar una injerencia desproporcionada en los derechos fundamentales¹⁸⁷. Por este motivo, la doctrina ha insistido en la necesidad de que los ordenamientos jurídicos otorguen una respuesta a las nuevas necesidades y retos derivados de la “época del gen”¹⁸⁸, entre los cuales se incluye la amenaza que presenta la utilización de la información genética fuera del ámbito sanitario¹⁸⁹.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 175.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Entre otros, vid. RUÍZ MIGUEL, C.: “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, *ob.cit.*, pp. 150-151 o MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “El Genoma Humano y el Contrato de Seguro”, en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, *ob.cit.*, p. 33.

¹⁸⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *El genoma humano y el contrato de seguro*”, en *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, *ob.cit.*, p. 41.

¹⁸⁷ ABBING, R.: “Predictive Genetic Knowledge, Insurances and Legal Position of the Individual”, en *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, *ob.cit.*, p. 148.

¹⁸⁸ WILKIE, T.: *El conocimiento peligroso. El proyecto Genoma Humano y sus implicaciones*, *ob.cit.*, pp. 23 y ss

¹⁸⁹ CAVOUKIAN, A.: “La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho <no saber>”, *ob.cit.*, pp. 60 y 69.

El legislador español no ha reaccionado frente a esta cuestión. No existe, por tanto, en este ordenamiento jurídico una norma que otorgue una respuesta al conflicto, ni en lo que respecta a la realización de pruebas genéticas por compañías de seguros ni a la utilización de la información genética que el asegurado ya conoce en el momento de contratar un seguro. Desde 1998 los parlamentarios españoles han debatido acerca de la necesidad de regular el “derecho a la intimidad genética” en las relaciones jurídico-privadas, con especial incidencia en el ámbito de los seguros y de las relaciones laborales¹⁹⁰, por los peligros que para el individuo y para sus derechos fundamentales implica la utilización de los datos genéticos en estos ámbitos y por la incorporación 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (CDHB) al Ordenamiento jurídico, que debe ser trasladado y desarrollado en este punto. El debate parlamentario no se ha traducido, sin embargo, en la elaboración y aprobación de una norma con rango legal que regule estas cuestiones.

Ante esta situación, cabe acudir a los textos internacionales y europeos que contienen previsiones sobre el tema aquí analizado. En este contexto adquiere relevancia el CDHB que, de forma indirecta, en el artículo 12 tasa los supuestos en los que se permite la realización de pruebas genéticas. Éste ha colmado el vacío normativo existente en nuestro Derecho sobre la realización de pruebas genéticas y afecta, de forma directa, a la pretensión de las compañías aseguradoras de solicitar o realizar estas pruebas a sus asegurados. Al respecto, hay que tener en cuenta que, si bien existen disposiciones que han de ser necesariamente introducidas en nuestro Ordenamiento jurídico mediante la aprobación una norma concreta, en lo que respecta a derechos reconocidos por el Convenio, en cuanto pueden servir para entender el sentido y el alcance de los derechos recogidos en la Constitución, en virtud de lo

¹⁹⁰ Así, Proposición no de Ley 162/000165 presentada por el Grupo Parlamentario Convergencia i Unió, por la que se instaba al Gobierno a regular esta cuestión (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 110, de 15 de diciembre de 2000, p. 9); interpelaciones sobre las medidas a adoptar para garantizar el derecho de los ciudadanos a la intimidad genética en las relaciones jurídico privadas, así como a no ser discriminado en atención a su patrimonio genético (Diario de

señalado en su artículo 10.2, éste *puede desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales*, tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 254/1993 (Sala primera), de 20 de julio. Habida cuenta que el CDHB autoriza únicamente la realización de pruebas genéticas con fines médicos o de investigación médica queda vetada, como regla general, la utilización de este tipo de pruebas por las compañías aseguradoras para intereses económicos. En este sentido, se pronuncia el informe explicativo del CDHB al señalar que la prueba genética realizada en el caso de un contrato de seguro, en tanto en cuanto no esté específicamente orientada a la salud, constituye una intromisión desproporcionada en la vida privada del individuo. De lo anteriormente señalado, puede concluirse que las entidades aseguradoras no están facultadas para condicionar la suscripción o la modificación de una póliza de seguros a la realización de un test genético, ni podrán rechazar la suscripción o modificación de la póliza porque el solicitante no se haya sometido al mismo, *pues la suscripción de la póliza no puede condicionarse a un acto ilegal* –punto 86 del informe explicativo del CDHB¹⁹¹. La prohibición abarca también aquellos supuestos en los que la persona consienta su realización¹⁹².

Esta previsión coincide con lo dispuesto previamente por la Recomendación (97) 5, de 13 de febrero, sobre protección de datos médicos, que limitaba la obtención de los datos genéticos al diagnóstico, tratamiento preventivo o del afectado y a la investigación científica, con el objetivo de garantizar el respeto a los derechos y libertades del sujeto y, en particular, el derecho a la intimidad durante la obtención de datos médicos- puntos 3.1 y 4.7.- y por la Recomendación (1992) 3, de 10 de febrero, sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios que señalaba, de manera específica, que las compañías de seguros no deberían tener derecho a exigir pruebas genéticas –principio 7-.

Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2001, núm. 62, sesión plenaria núm. 58 celebrada el 21 de febrero de 2001, p. 3030 y ss).

¹⁹¹ En el mismo sentido, SÁNCHEZ-CARO, J. y SÁNCHEZ-CARO, J.: *El médico y la intimidad*, ob.cit., p. 178.

¹⁹² Punto 85 del Informe Explicativo del CDHB.

En el ámbito europeo, el Parlamento Europeo ya se había manifestado a favor de esta solución desde los inicios de los avances científicos que permiten la obtención de datos genéticos. Así, en su Resolución sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989, hace constar su oposición a que las compañías de seguros realicen análisis genéticos, ni antes ni después de la realización de un contrato de seguro. Esto es, señala la citada Resolución, *las pruebas genéticas no pueden convertirse en condición previa a la firma de un contrato de seguro-* punto 19-. La misma Institución en el Informe sobre las Repercusiones Éticas, Jurídicas, Económicas y Sociales de la Genética Humana, de 8 de noviembre de 2001 reitera esta prohibición. Lo contrario, tal y como señala el punto 37 de este último Informe, puede dar lugar a nuevas jerarquías sociales mediante la clasificación de los individuos en función de su predisposición genética, por lo que las compañías de seguros no deberían tener derecho a solicitar, ni antes ni después de la negociación de un contrato, que el asegurado realice pruebas genéticas.

En efecto, el CDHB resuelve, en los términos expuestos, la obtención de datos genéticos mediante la realización de pruebas genéticas por las compañías aseguradoras. Sin embargo de la redacción del artículo 12 se deriva un problema consistente en la no prohibición específica de la utilización de la información obtenida por procedimientos y fines lícitos para otros propósitos no médicos¹⁹³. En este sentido, habida cuenta que la información genética tiene un gran interés para las compañías aseguradoras, éstas buscarán mecanismos para obtenerla a través de otros procedimientos que no sea la realización de pruebas genéticas.

Uno de los procedimientos habituales será la solicitud al futuro asegurado, en los seguros de personas, de todas las informaciones que conoce sobre su salud, incluidas aquellas que éste haya averiguado tras la realización de una prueba genética. El problema básico que se produce en el ordenamiento

¹⁹³ ROMEO CASABONA, C.M.: *“El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos (Capítulo IV)*, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.): *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Comares, Bilbao Granada, 2002, p.176.

jurídico español en relación con los datos genéticos es que existe un deber del asegurado de declarar su estado de salud de forma previa a la firma de determinados contratos de seguro con la finalidad de valorar el riesgo y fijar la correspondiente prima. No obstante, la obligación de declarar los datos de salud no es absoluta sino que está sometida a determinados requisitos: por una parte, las preguntas realizadas al asegurado deben ser adecuadas, pertinentes y no excesivas para la finalidad perseguida, tal y como establece el artículo 4, apartado primero, de la LOPDP, no pudiendo la entidad recoger datos que no tengan como objetivo valorar el riesgo que asume el asegurador o que sean incompatibles con dicha finalidad. El principio de finalidad condiciona y limita la obtención de todo tipo de información, de tal forma que solamente podrán ser recabados los datos estrictamente necesarios para un fin concreto y determinado, circunscrito a un periodo temporal¹⁹⁴. De esta forma, las preguntas contenidas en el cuestionario o los datos obtenidos del reconocimiento médico han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos para la finalidad que la entidad aseguradora persigue. Por otra parte, el asegurado queda liberado del deber de declarar datos relativos a su salud sobre los que no haya sido consultado o que, siendo consultado por el asegurador, éste haya respondido de forma errónea por un desconocimiento sobre su estado de salud¹⁹⁵.

El problema deriva, por tanto, de la inexistencia en el Ordenamiento jurídico español de una categoría específica de datos genéticos y de su reconducción, en el ámbito aquí analizado, a los datos relativos a la salud¹⁹⁶. Ante esta

¹⁹⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales, ¿un cambio de filosofía?”, ob.cit., p. 306.

¹⁹⁵ Esta regla ha sido criticada por la doctrina, tanto por su defectuosa redacción como por su alcance. Al respecto, Vid. REGLERO CAMPOS, L.F.: “El Seguro de Vida. Especial referencia a la designación del beneficiario y a la declaración del riesgo”, en MARCO COS (Dir.): *Derecho de Seguros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 64 y ss.

¹⁹⁶ Es frecuente que se requiera al futuro asegurado datos referentes a su estado de salud, entre los que aparecen de forma frecuente, la talla, el peso, la presión arterial, el consumo de tabaco y alcohol, la hospitalización reciente, la realización de determinadas pruebas médicas, el padecimiento de enfermedades o bajas laborales, etc. Entre ellos, es habitual que se requieran datos genéticos del individuo de forma solapada, a través de preguntas sobre el padecimiento de ciertas enfermedades por su núcleo biológico. Así, como señala Pedro Yañes en la práctica aseguradora se acostumbra a preguntar sobre

situación, surge la cuestión relativa a la legitimidad de las compañías de seguros para obtener datos genéticos que el sujeto ya conoce. Una posible solución a esta cuestión puede derivarse de la aplicación de los principios de protección de datos de carácter personal, que actúan como límite a su recogida y tratamiento. Al respecto, cabe plantearse si se trata de datos necesarios, pertinentes, adecuados y no excesivos para la finalidad para la que se recaban, esto es, como señala ABBING, es necesario reconsiderar si el grado de intrusión en los derechos fundamentales, entre otros, en el derecho a la “privacidad”, es proporcionado para proteger los intereses económicos de las compañías aseguradoras¹⁹⁷.

Diferentes textos se han pronunciado sobre esta cuestión, si bien todos ellos coinciden en negar la pertinencia, adecuación y proporcionalidad de la recogida de datos genéticos para tal fin. La Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos advierte la peligrosidad que para la “privacidad” de la persona representa la recogida de datos genéticos, de tal forma que éstos no deberían ser dados a conocer ni puestos a disposición de terceros, en particular de las compañías aseguradoras con el objetivo de proteger y garantizar este derecho fundamental –artículo 14-. El Parlamento Europeo, además de la utilización de análisis genéticos, también ha analizado la utilización de la información genética derivada de los mismos por diferentes sectores, entre ellos el del seguro. Tanto en la Resolución del año 1989 sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, como en su Informe de 2001 sobre las Repercusiones Éticas, Jurídicas, Económicas y Sociales de la Genética Humana, señala que las compañías de seguros no deben requerir la comunicación de datos de los asegurados - puntos 20 y 38 respectivamente-. La necesidad de proteger el derecho a la protección de datos del sujeto sobre sus informaciones genéticas de carácter personal ha llevado al Grupo del artículo 29 sobre Protección de Datos a pronunciarse sobre los obje-

ciertos antecedentes familiares como son la edad o la causa de fallecimiento de algunos parientes “*a fin de lograr una primera aproximación a determinados factores hereditarios con repercusiones sobre el riesgo que pretende asegurarse*”. YANES, P.: “*Seguros de personas e información genética (II)*”, ob.cit., p. 171.

¹⁹⁷ ABBING, R.: “*Predictive Genetic Knowledge, Insurances and Legal Position of the Individual*”, en *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, ob.cit., p. 148.

tivos que pueden justificar la recogida y tratamiento de los datos genéticos. Sobre la utilización de los datos genéticos en los seguros, se pronuncia en los siguientes términos: *los datos genéticos en el ámbito de los seguros deben prohibirse en principio y sólo autorizarse en circunstancias realmente excepcionales, explícitamente previstas por la ley*¹⁹⁸. La base de la prohibición de la utilización de los datos genéticos en el sector del seguro se encuentra principalmente en dos cuestiones. La primera de ellas es el carácter familiar, desde el punto de vista biológico, de determinados datos genéticos. Una autorización de este tipo podría conducir a la elaboración por la compañía aseguradora de un perfil genético del sujeto, pero no sólo de éste sino también de los miembros de su familia¹⁹⁹. La segunda de estas cuestiones es el carácter predictivo de los datos genéticos. En ocasiones, los datos genéticos no revelan el padecimiento o presencia de una enfermedad concreta y determinada, sino las probabilidades y propensiones a la misma, que, en determinados casos, no dependen únicamente de factores genéticos sino de factores exógenos que pueden ser o no conocidos en función de los avances científicos. En efecto, como señala DE MIGUEL SÁNCHEZ, en el elemento de probabilidad reside la diferencia esencial entre las informaciones relativas a la salud y los datos genéticos, ya que los análisis habituales sólo ponen de manifiesto la existencia de una enfermedad real, pero los genéticos pueden anunciar una mera probabilidad, de tal forma que, con carácter general, *el conocimiento genético no afecta al riesgo como supuesto causal del contrato de seguro, pues no cabe olvidar que, como regla general, no hay seguro sin riesgo, entendido éste como la posibilidad de que se produzca el evento dañoso*²⁰⁰.

Resulta, por tanto, necesaria una previsión legislativa específica que resuelva esta cuestión. En ningún caso, debería tratarse de una norma basada

¹⁹⁸ Vid. *Documento de trabajo sobre datos genéticos* del Grupo de Protección de Datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

¹⁹⁹ Vid. *Ibidem*.

²⁰⁰ DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad <versus> interés público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 211.

únicamente en el consentimiento del sujeto que, si bien constituye uno de los pilares de protección del derecho a la autodeterminación del individuo sobre su información de carácter personal, resulta inadecuada para su protección en este caso particular. Asimismo, debería señalar la norma si existe algún caso excepcional que permita la indagación en el sector de este tipo de información. Al respecto, la doctrina especializada ha propuesto una solución tendente a evitar, por un lado, la picaresca consistente en que aquella persona conocedora de su enfermedad genética o de su predisposición a una enfermedad grave e incurable pueda contratar un seguro sin declarar este hecho y, por otro, que el asegurador, amparándose en la obligación de declarar el riesgo pueda indagar sobre la constitución genética del individuo. La solución consiste en la obligación de revelar la presencia de una enfermedad genética cuando ésta se padezca o se vaya a producir dentro de un periodo temporal corto²⁰¹; periodo que debería estar en su caso previsto. El límite estaría determinado por la diferencia entre lo que es una manifestación de la condición genética y una enfermedad²⁰². Dicha solución no está tampoco exenta de problemas por la especial naturaleza de la enfermedad genética y su posible carácter familiar, que una vez conocida podría conducir a la discriminación del grupo familiar. En este sentido, quizás sólo debería considerarse tal revelación cuando se trate de un dato relativo al padecimiento de una determinada y concreta enfermedad, sin ningún tipo de margen a la consideración de enfermedades futuras, aunque las mismas constituyan un hecho prácticamente irrefutable.

Al respecto, YANES ha realizado una propuesta de “*lege ferenda*” cuya consideración debería tenerse en cuenta para la regulación de la cuestión²⁰³. Así, siguiendo al citado autor, la tutela del derecho fundamental en este ámbito debería realizarse en una múltiple dirección:

²⁰¹ ROMEO CASABONA, C.M.: *Los genes y sus leyes: El Derecho ante el Genoma Humano*, ob.cit., p. 84.

²⁰² DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad <versus> interés público*, ob.cit., p. 211.

²⁰³ YANES, P.: “*Seguros de personas e información genética (II)*”, *Revista de Derecho y Genoma*, ob.cit., p. 179.

- [a] prohibiendo al asegurador preguntar en el cuestionario de salud sobre la condición genética del asegurado;
- [b] prohibiendo al asegurador interrumpir el proceso formativo del contrato cuando el asegurado se niegue a someterse a análisis genéticos o a revelar su condición genética;
- [c] prohibiendo al asegurador la imposición de suplementos de prima explícitos o encubiertos cuando el asegurado se niegue a someterse a análisis genéticos o a revelar su condición genética;
- [d] prohibiendo al asegurador exclusiones de cobertura fundadas en el desconocimiento del riesgo genético del potencial tomador o asegurado²⁰⁴.

En todo caso, la elaboración de una regulación específica por el legislador sobre la utilización de datos genéticos en el sector se presenta como algo urgente e improrrogable, para proporcionar una respuesta jurídica al problema que plantea la utilización de este tipo de información.

²⁰⁴ Ibidem.

VII. PRINCIPALES CONCLUSIONES

La utilización de informaciones médicas - datos relativos a la salud en sentido estricto, datos relativos a cuestiones que inciden de forma más o menos directa en la salud de la persona y datos genéticos- no está limitada al ámbito sanitario ni su acceso estrictamente restringido a aquellas personas que poseen un interés directo en su conocimiento. La utilidad de tales informaciones se ha puesto de relieve en sectores hasta hace poco 'desvinculados' de su uso.

El sector del seguro no es ajeno a esta tendencia, es decir, a la demanda cada vez mayor de los datos médicos de sus clientes. Las compañías aseguradoras necesitan esta información sobre sus asegurados o futuros asegurados con distintas finalidades, como puede ser la de determinar el riesgo, fijar las condiciones de contratación o realizar las oportunas comprobaciones antes de hacer frente a determinadas prestaciones.

Se trata, en todo caso, de información de carácter personal, registrada en soporte físico y que, de forma mayoritaria, es objeto de tratamiento por quién la obtiene. Pero dicha información posee un especial rasgo: se trata de información sensible e íntima del individuo, cuya naturaleza la hace susceptible de una mayor protección. Sin embargo, si bien todos los datos médicos se presentan como informaciones sensibles *per se* y toda utilización de los mismos implica una serie de riesgos para las libertades y los derechos fundamentales del individuo, no todas la informaciones médicas revelan de igual forma la intimidad de la persona y, por tanto, tampoco su conocimiento implica los mismos riesgos o posibilidades de daño para el afectado. Dentro de las informaciones médicas en general, se pueden diferenciar, en sentido amplio

tres tipos de datos: datos relativos a la salud que revelan el estado físico o psíquico de una persona en un momento concreto y determinado, datos estrechamente relacionados con la salud que pueden ser considerados datos médicos dependiendo de la finalidad para la que se obtengan, traten o utilicen y, finalmente, datos genéticos.

El Ordenamiento jurídico español ha abordado el tema de la protección de datos personales relativos a la salud en general, dotando a este tipo de informaciones de una protección especial y de unas garantías adicionales para su obtención, tratamiento y cesión, que se traducen esencialmente en un refuerzo del requisito del consentimiento del afectado para su archivo, a menos que exista una ley que, fundamentada en un interés general, así lo autorice. No sucede lo mismo con los datos genéticos como categoría particular, forzando su reconducción, en el sector analizado, a la regulación genérica de la información médica de carácter personal.

El sector asegurador se ve afectado por esta falta de previsión normativa. Mientras la normativa sobre protección de datos permite a las entidades aseguradoras la utilización de datos relativos a la salud, siempre y cuando éstas respeten los principios y requisitos recogidos en la LOPDP y garanticen los derechos del afectado, a través de la atribución de un auténtico control de las informaciones obtenidas, tratadas o cedidas, la utilización de las informaciones genéticas se presenta más problemática.

La prohibición de discriminación en función del mapa genético y la prohibición de realización de test genéticos fuera del ámbito sanitario, establecidas en el 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, colisionan directamente con las pretensiones de los aseguradores de utilizar la información genética como un dato más relativo a la salud, vetando la realización de análisis y pruebas genéticas para su obtención. En este sentido, hay que entender que las entidades aseguradoras no están legitimadas para condicionar la suscripción o la modificación de una póliza a la realización de un análisis genético.

La posible utilización de la información genética ya conocida por el sujeto constituye, sin embargo, un problema no solucionado por el CDHB. Si bien no existe una respuesta unánime de la doctrina sobre esta cuestión, la aplicación estricta de los principios esenciales de protección de datos conduce a la primacía del interés del individuo a mantener reservada su información y de sus derechos fundamentales frente al interés lícito, material o económico, de la compañía. El interés que deber prevalecer en este conflicto es el interés del asegurado a resguardar del conocimiento ajeno estas informaciones, primando el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, que fundamentan tanto su derecho a la intimidad como a la protección de datos.

Desde este punto de vista, las informaciones sobre las expectativas de salud del asegurado o de su familia no deben ser requeridas por las compañías de seguros, puesto que su utilización constituiría un potencial mecanismo de discriminación, tanto para el afectado como para su familia biológica. Asimismo, el uso de datos sobre el padecimiento de determinada enfermedad en el momento de la declaración o su manifestación en un plazo breve de tiempo, exige una respuesta normativa urgente que solucione los problemas jurídicos que su utilización plantea.

La necesidad de que el legislador aborde el tratamiento de las informaciones genéticas en las relaciones jurídico- privadas se presenta cada vez más apremiante y necesaria, bien mediante una mención específica en la normativa de protección de datos personales, bien mediante una norma concreta que regule la protección de los datos genéticos, independientemente de que se regule su uso específico en diversos sectores. Dicha normativa debería especificar, en todo caso, los sectores en los que pueden ser utilizados los datos genéticos, los requisitos para su tratamiento, los mecanismos de protección específicos, las medidas de seguridad particulares y los derechos de los interesados para su control. Mientras dicha elaboración no se produzca, el respeto estricto a los derechos fundamentales del individuo se presenta como límite a la utilización de la información genética.

ÍNDICE ALFABÉTICO-BIBLIOGRÁFICO

ABBING, R.: “*Predictive Genetic Knowledge, Insurances and Legal Position of the Individual*”, en *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Coloque Internacional, Lausanne, 1994.

ALONSO MARTÍNEZ, C.: “*El consentimiento del interesado en la protección de datos*”, en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Aranzadi Editorial, Navarra 2001.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: “*La información clínica y el grupo de expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo: conclusiones*”, en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Fundación Mapfre Medicina, 1998.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.: *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1999.

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 1998*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999.

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 1999*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2000.

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Memoria 2002*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2001.

APARISI MIRALLES, A.: “*Genoma Humano, Dignidad y Derecho*”, Conferencia impartida en el Seminario ‘Nuevas fronteras de los derechos humanos’, celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 9-13 de julio de 2001. *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm.1, Enero-Junio 2002.

ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.): *Ley de Contrato de Seguro*, Tecnos, Madrid, 2003.

BORRILLO, D. (ED.): *Genes en el Estrado*, Consejo Superior de Investigaciones científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, Madrid, 1996.

CARDONA RUBERT, M.B.: *Informática y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CASAS SANCHEZ, J. DE DIOS y RODRÍGUEZ ALBARRÁN, M.S.: Manual de medicina legal y forense, Colex, 2000.

CAVOUKIAN, A.: "La confidencialidad en la genética: la necesidad del derecho a la intimidad y el derecho a <no saber>", Revista de Derecho y Genoma Humano, núm.2, 1995, p. 56.

COLLADO GARCÍA-LAJARA, E.: *Protección de datos de carácter personal. Legislación, comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2000.

COMISIÓN CALCUTT: *Informe sobre la intimidad y cuestiones afines*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1991.

CRIADO DEL RIO, M.T. y SEOANE PRADO, J.: *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, Colex, Madrid, 1999.

CZECOWSKI BRUCE, J.A.: *Privacy and Confidentiality of Health Care Information*, American Hospital Publishing, 1998.

DAVARA, M. A. (coord.): *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Universidad Pontificia de Comillas, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000.

DAVARA, M. A. (coord.): *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Aranzadi Editorial, Navarra 2001.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, 2001.

DEL PESO NAVARRO, M. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A.: *Confidencialidad y seguridad de la información: la LORTAD y sus implicaciones socioeconómicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1994.

DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A.: *LORTAD. Reglamento de seguridad*, Díaz de Santos, Madrid, 1999.

DEL PESO NAVARRO, E.: *Ley de Protección de Datos. La nueva LORTAD*, Díaz de Santos, Madrid, 2000.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Secreto médico, confidencialidad e información sanitaria*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

DE MIGUEL SÁNCHEZ, N.: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario. Intimidad 'versus' interés público (Especial referencia al sida, técnicas de reproducción asistida e información genética)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DE SOLA, C.: "Privacidad y Datos Genéticos. Situaciones de conflicto (I)". Revista de Derecho y Genoma Humano 1/1994.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2003.

EMALDI CIRIÓN, A.: *El Consejo Genético y sus implicaciones jurídicas*, Comares, Granada. 2001.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Estudios de Derecho Laboral, Civitas, 1999.

FROSINI, V.: *Informática y Derecho*, traducción de Jorge Guerrero y Mariño Ayerra Redin, Editorial Temis, Bogotá, 1988.

GALLEGO SANCHEZ, E.: *Contratación Mercantil, Volumen III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GARCÍA SAN MIGUEL, L.: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.

GARCÍA ONTOSO, R.M.: “Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de carácter Personal, de 13 d diciembre de 1999”, en *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Universidad Pontificia de Comillas, Aranzadi Editorial, Madrid, 2000.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *La protección de los datos personales en el Derecho español*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1999.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “Una nueva exigencia de la libertad: la protección de los datos ‘sensibles’”, *Dereito-Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 9, núm. 2, 2000.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: “La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 34, 2000.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

HEREDERO HIGUERAS, M.: “La protección de datos de salud informatizados en la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre”, *Derecho y Salud*, Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud, volumen 2, núm. 1, enero-Junio 1994.

HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, Tecnos, Madrid, 1996.

HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Directiva Comunitaria de Protección de Datos de Carácter Personal. Comentario a la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al*

- tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997.
- HOTTOIS: “*Información y saber genéticos*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 11, 1999.
- LATORRE CHINER, N.: *La agravación del riesgo en el derecho de seguros*, Editorial Comares, Granada, 2000.
- LAURIE, G.T.: *Genetic Privacy*, Cambridge University Press, 2002.
- MALEM SEÑA, J.F.: “*Privacidad y mapa genético*”, Revista de Derecho y Genoma Humano 2/1995.
- MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J.J.: “*Derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos sanitarios en la LOPD*”, en *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2001.
- MORENO VERNIS, M.: “*Documentación clínica: organización, custodia, acceso*”, en *La historia clínica*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ AGUADO, L.C.: “*Aspectos éticos de la historia clínica*”, en *La historia clínica*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, civitas, 1993.
- LACADENA, J.R.: “*Investigación genética y bioética*” en *I Congreso Mundial de Bioética*, Sociedad Internacional de Bioética, Gijón, 2000.
- LAURIE, G.T.: *Genetic Privacy*, Cambridge University Press, 2002.
- LÓPEZ, P.; MOYA, F.; MARIMÓN, S. y PLANAS, I. (Eds.): *Protección de datos de salud. Criterios y plan de seguridad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales frente al uso de la informática*, Tecnos, Madrid, 1990.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: “*La construcción del derecho a la autodeterminación informativa*”, Revista de Estudios Políticos, núm. 104, abril-junio, 1999.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: *Informática y Protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal)*, Cuadernos y Debates 43, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *“El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados”*, en *Información y Documentación Clínica*, Vol. II, Consejo General del Poder judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997.

MALEM SEÑA, J.F.: *“Privacidad y mapa genético”*, Revista de Derecho y Genoma Humano núm. 2, 1995.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *“El genoma humano y el contrato de seguro”*, en *El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Volumen III*, Fundación BBV, 1994.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A.: *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, Madrid, 2003.

NELKIN, D.: *“Informazione genetica: bioética e legge”*, Rivista Critica del Diritto Privato, Anno XII-4, Dicembre 1994.

NIELSEN: *“Pruebas genéticas y derecho a la intimidad: una perspectiva europea”* en Derecho y Genoma Humano, núm. 4, enero-junio, 1996.

O’CALLAGHAN, X.: *libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, EDERSA, Madrid, 1991.

OROZCO PARDO, G.: *“Los derechos de las personas en la LORTAD”*, en *Informática y Derecho*, núm. 6-7, UNED, Mérida, 1994.

ORTEGA LORENTE, J.M.: *“El secreto profesional médico: garantía del derecho a la intimidad y límite de la investigación penal”*, Jueces para la Democracia, 36 noviembre, 1999.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *“Sobre el arte legislativo de birbiloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”*, Anuario de Filosofía del Derecho, 2001.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *“La libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales”*, LOSANO, M.G; PÉREZ LUÑO, A.E. y GUERRERO MATEUS, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

PÉREZ LUÑO LUÑO, A.E.: *“Comentario legislativo: la LORTAD y los derechos fundamentales”*, Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 1, 1993.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *“La tutela jurídica de los datos personales en España”*, La Toga, núm.131, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, diciembre 2001, p. III.

REGLERO CAMPOS, L.F.: *“El seguro de vida. Especial referencia a la designación del beneficiario y a la declaración del riesgo”*, en MARCO COS (Dir.): *Derecho de Seguros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ROMEO CASABONA, C.M.: *“La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y acceso a la historia clínica”*, Derecho y Salud, vol. 1, núm. 1, julio-diciembre, 1993..

ROMEO CASABONA, C.M.(Ed.): *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia, Comares, Granada, 1998.

ROMEO CASABONA, C.M (Ed.): *Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Fundación BBV, Diputación Foral de Bizkaia, Comares, Bilbao-Granada, 2001

ROMEO CASABONA, C.M.: *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Cátedra interuniversitaria, Fundación BBVA- Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada, 2002.

ROMEO CASABONA, C.M.: *“El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos (Capítulo IV)”*, en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.): *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el Ordenamiento jurídico español*, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, Comares, Bilbao Granada, 2002.

ROMEO CASABONA, C.M.: *“El tratamiento y la protección de los datos genéticos”*, en MAYOR ZARAGOZA, F. y ALONSO BEDATE, C. (Coords.): *Gen-Ética*, Ariel, Barcelona, 2003.

ROSCAM ABBING, H.D.C.: *“La información genética y los derechos de terceros. ¿Cómo encontrar el adecuado equilibrio?”*, Revista de Derecho y Genoma Humano 2/1995.

RUIZ CARRILLO, A.: *La protección de los datos de carácter personal*, Bosch, Barcelona, 2001.

RUÍZ MIGUEL, C.: *“La nueva frontera del derecho a la intimidad”*, Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 14, 2001.

SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: *“La Regulación de los Datos Sensibles en la LORTAD”*, Informática y Derecho, núm. 5-6, 1994.

SÁNCHEZ BRAVO, A. A.: *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

SÁNCHEZ BRAVO, A.A.: “La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal: diez consideraciones en torno a su contenido”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, 2001.

SANCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Aranzadi, Pamplona, 1999.

SÁNCHEZ CARAZO, C. y SÁNCHEZ CARAZO, J.: *Protección de Datos de Carácter Personal relativos a la salud*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999.

SANCHEZ-CARO, J. y SANCHEZ CARO, J.: *El médico y la intimidad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *“De la intimidad genética a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 17, 2002.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: *“¿A quién pertenece la Historia Clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos”*, *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2002.

TONIATTI, R.: *“Libertad informática y derecho a la protección de los datos personales: principios de legislación comparada”*, traducción de Alejandro Saíz Arnaiz, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 29, 1991.

TORRES, J.M.: *“Test genético, medicina genética y la evolución del concepto de salud”* en BERGEL, D.S. y CANTÚ, J.M. (Org.): *Bioética y Genética, II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Cátedra UNESCO de Bioética (UBA), Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000,

WILKIE, T.: *El conocimiento peligroso. El proyecto Genoma Humana y sus implicaciones*, Debate, Madrid, 1994.

YANES, P.: *“Seguros de Personas e información genética (II)”*, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 2, 1995.

**COLECCIÓN “CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN”
Instituto de Ciencias del Seguro**

www.fundacionmapfre.com/cienciasdelseguro

106. La utilización de datos genéticos por compañías aseguradoras
105. Los seguros contra incendios forestales y su aplicación en Galicia
104. Fiscalidad del Seguro en América Latina
103. Las NIC y su relación con el Plan Contable de Entidades Aseguradoras
102. Naturaleza Jurídica del Seguro de Asistencia en Viaje
101. El Seguro de Automóviles en Iberoamérica
100. El nuevo perfil productivo y los seguros agropecuarios en Argentina
99. Modelos alternativos de transferencia y financiación de riesgos “ART”: situación actual y perspectivas futuras
98. Disciplina de mercado en la industria de seguros en América Latina
97. Aplicación de métodos de inteligencia artificial para el análisis de la solvencia en entidades aseguradoras
96. El Sistema ABC-ABM: su aplicación en las entidades aseguradoras
95. Papel del docente universitario: ¿enseñar o ayudar a aprender?
94. La Renovación del Pacto de Toledo y la reforma del sistema de pensiones : ¿es suficiente el pacto político?
93. Encuesta: seguridad contra intrusión y actos antisociales en la empresa (seguridad privada, 2003)
92. Medición de la esperanza de vida residual según niveles de dependencia en España y costes de cuidados de larga duración
91. Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro

90. Centros de atención telefónica del sector asegurador
89. Mercados aseguradores en el área mediterránea y cooperación para su desarrollo
88. Análisis multivariante aplicado a la selección de factores de riesgo en la tarificación
87. Dependencia en el modelo individual, aplicación al riesgo de crédito
86. El margen de solvencia de las entidades aseguradoras en Iberoamérica
85. La matriz valor-fidelidad en el análisis de los asegurados en el ramo del automóvil
84. Estudio de la estructura de una cartera de pólizas y de la eficacia de un Bonus-Malus
83. La teoría del valor extremo: fundamentos y aplicación al seguro, ramo de responsabilidad civil autos
82. Resultados de la encuesta sobre "Organización y gestión de la seguridad en la empresa. 2002"
81. El Seguro de Dependencia: una visión general
80. Los planes y fondos de pensiones en el contexto europeo: La necesidad de una armonización
79. La actividad de las compañías aseguradoras de vida en el marco de la gestión integral de activos y pasivos
78. Nuevas perspectivas de la educación universitaria a distancia
77. El coste de los riesgos en la empresa española: 2001
76. La incorporación de los sistemas privados de pensiones en las pequeñas y medianas empresas
75. Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor
74. Estructuras de propiedad, organización y canales de distribución de las empresas aseguradoras en el mercado español
73. Financiación del capital-riesgo mediante el seguro
72. Análisis del proceso de exteriorización de los compromisos por pensiones

71. Gestión de activos y pasivos en la cartera de un fondo de pensiones
70. El cuadro de mando integral para las entidades aseguradoras
69. Provisiones para prestaciones a la luz del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; métodos estadísticos de cálculo
68. Los seguros de crédito y de caución en Iberoamérica
67. Gestión directiva en la internacionalización de la empresa
66. Encuesta: "Seguridad contra incendios en la empresa. 2000. Informe final"
65. Ética empresarial y globalización
64. Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia
63. Análisis de la repercusión fiscal del seguro de vida y los planes de pensiones. Instrumentos de previsión social individual y empresarial
62. Seguridad Social: temas generales y régimen de clases pasivas del Estado
61. Sistemas Bonus-Malus generalizados con inclusión de los costes de los siniestros
60. Análisis técnico y económico del conjunto de las empresas aseguradoras de la Unión Europea
59. Estudio sobre el euro y el seguro
58. Problemática contable de las operaciones de reaseguro
57. La organización y gestión de la seguridad en la empresa 1999: informe final. Encuesta
56. Análisis económico y estadístico de los factores determinantes de la demanda de los seguros privados en España
55. Resultados de la encuesta "La Seguridad contra intrusión (Seguridad Privada) en la empresa 1999: informe final"
54. El corredor de reaseguros y su legislación específica en América y Europa
53. Habilidades directivas: estudio de sesgo de género en instrumentos de evaluación
52. La estructura financiera de las entidades de seguros, S.A.

51. Seguridades y riesgos del joven en los grupos de edad
50. Mixturas de distribuciones: aplicación a las variables más relevantes que modelan la siniestralidad en la empresa aseguradora
49. Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante
48. Matemática actuarial no vida con MapleV
47. El fraude en el Seguro de Automóvil: cómo detectarlo
46. Evolución y predicción de las tablas de mortalidad dinámicas para la población española
45. Los Impuestos en una economía global

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1997
Fundación MAPFRE Estudios

44. Resultados de la encuesta "Implantación en la empresa de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales"
43. Resultados de la encuesta "Disponibilidad de instalaciones de protección contra incendios en la empresa 1997"
42. La Responsabilidad Civil por contaminación del entorno y su aseguramiento
41. De Maastricht a Amsterdam: un paso más en la integración europea
40. Resultados de la encuesta sobre: organización y gestión de la seguridad en la empresa española, 1996
39. Perspectiva histórica de los documentos estadístico-contables del órgano de control: aspectos jurídicos, formalización y explotación
38. Legislación y estadísticas del mercado de seguros en la Comunidad Iberoamericana
37. La responsabilidad civil por accidente de circulación. Puntual comparación de los derechos francés y español

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1996
Fundación MAPFRE Estudios

36. Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto: las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil

35. El control de riesgos en fraudes informáticos
34. El coste de los riesgos en la empresa española: 1995
33. La función del derecho en la economía
32. Decisiones racionales en reaseguro
31. Tipos estratégicos, orientación al mercado y resultados económicos: análisis empírico del sector asegurador español

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1995
Fundación MAPFRE Estudios

30. El tiempo del directivo
29. Ruina y Seguro de Responsabilidad Civil Decenal
28. La naturaleza jurídica del Seguro de Responsabilidad Civil
27. La calidad total como factor para elevar la cuota de mercado en empresas de seguros
26. El coste de los riesgos en la empresa española: 1993
25. El reaseguro financiero
24. El Seguro: expresión de solidaridad desde la perspectiva del derecho
23. Análisis de la demanda de seguro sanitario privado
22. Rentabilidad y productividad de entidades aseguradoras
21. La nueva regulación de las provisiones técnicas en la Directiva de Cuentas de la C.E.E.

Nº Especial Informe sobre el Mercado Español de Seguros 1994
Fundación MAPFRE Estudios

20. El Reaseguro en los procesos de integración económica
19. Una teoría de la educación
18. El Seguro de Crédito a la exportación en los países de la OCDE (evaluación de los resultados de los aseguradores públicos)

Nº Especial Informe sobre el mercado español de seguros 1993
FUNDACION MAPFRE ESTUDIOS, 1994

17. Medio ambiente seguro: desarrollo futuro

16. La legislación española de seguros y su adaptación a la normativa comunitaria
15. El coste de los riesgos en la empresa española: 1991
14. El Reaseguro de exceso de pérdidas
13. Calidad total y seguridad
12. Los seguros de salud y la sanidad privada
11. El concepto de seguridad en la ciencia y la ciencia de la seguridad
10. Desarrollo directivo: una inversión estratégica
9. Técnicas de trabajo intelectual
8. La implantación de un sistema de *controlling* estratégico en la empresa
7. Los seguros de responsabilidad civil y su obligatoriedad de aseguramiento
6. Elementos de dirección estratégica de la empresa
5. La distribución comercial del seguro: sus estrategias y riesgos
4. Los seguros en una Europa cambiante: 1990-95 (no disponible)
3. Dirección y gestión de la seguridad
2. Resultados de la encuesta sobre la formación superior para los profesionales de entidades aseguradoras (A.P.S.)
1. Filosofía Empresarial: selección de artículos y ejemplos prácticos

