

redacción médica

Opinión

Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa



RICARDO DE LORENZO Y MONTERO, PRESIDENTE DEL BUFETE DE LORENZO ABOGADOS

LUN 03 FEBRERO DE 2020. 18.20H

POR LEY

La situación relacional actual, entre el Médico y sus pacientes, puede contener, a veces, una **desconfianza mutua**, motivada por el uso de la **Medicina defensiva**, en el caso del profesional y por la cultura de las reclamaciones en la posición del segundo mencionado.

En este contexto el uso de **dispositivos de grabación**, asequibles y eficaces, está al alcance de cualquiera y su manejabilidad se sitúa en parámetros de sencillez. La tentación se encuentra, evidentemente, servida. Tener esa posibilidad nos pone en el camino de utilizarla y este asunto plantea **interrogantes en terrenos legales, éticos y deontológicos**, que deben ser analizados al objeto de intentar una aproximación acerca de cómo deberían afrontarse aquellas situaciones en las que han sido afectados, por formar parte de grabaciones no informadas durante el desempeño de la **asistencia médica**.

En esta aproximación, tenemos que partir de nuestra **Carta Magna** y en concreto de los art. 18.1., que contempla el derecho a la **intimidad personal**, y el art. 18.3., en lo que respecta a la protección del secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos como manifestación de los **derechos fundamentales** referidos.

Desde el punto de vista de la protección de datos, el **bien jurídico protegido** en estos casos es la **preservación de la intimidad de las personas**, por lo cual se encuentra relativizada legalmente la posibilidad de obtener grabaciones de voz de otras personas, pudiendo establecerse que la regla general es, que **no está permitido grabar conversaciones ajenas, sin autorización judicial previa**, dado que se produciría una posible vulneración del derecho a la intimidad y del

secreto en las comunicaciones. **Sólo pueden hacerlo**, con dicho permiso, **las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**. Si lo hace un particular puede ser delito del art. 197 del Código Penal.

La **excepción de las grabaciones sin autorización** está en las conversaciones en las que participa quien las graba como interlocutor. Su contenido puede aportarse, incluso, a juicio como prueba (Sentencia **Tribunal Supremo** 3585/2016). Debe distinguirse, no obstante, la grabación de un hecho delictivo de la autoinculpación de su autor. La primera es prueba, la segunda solamente tiene valor de **notitia criminis**.

En consecuencia, **grabar una conversación propia no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones**. El derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de nuestra Constitución, es un derecho frente a terceros. Por tanto, no podemos grabar una conversación en la que no participamos, pero el hecho de grabar una conversación en la que somos parte, con el fin de aportar la grabación como prueba en un procedimiento judicial no vulnera ese derecho.

Así fue dictaminado por nuestro **Tribunal Constitucional** en sentencia, de 29 de noviembre de 1984, cuando estableció que solo por el hecho de grabar una conversación “con otros” no se incurre en una conducta contraria al citado artículo. **Cuestión distinta sería si la grabación en lugar de utilizarse como prueba en juicio se utilizara para divulgarla a través de otros medios**, como puede ser internet, en estos supuestos estaríamos ante un delito de **divulgación de secretos**, tipificado en el artículo 197 de nuestro Código Penal y castigado con pena de prisión.

Acerca de la validez probatoria de las grabaciones entre particulares se ha pronunciado la sala de lo penal del Tribunal Supremo varias veces, la más reciente el 15 de julio de 2016 (STS 3585/2016) citada. Podemos decir que la jurisprudencia es pacífica al menos en un extremo, **se pueden aportar al proceso grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus protagonistas**.

No obstante, este argumento, no podría, extenderse sin más, obviando la existencia de otras consideraciones, como es el caso de la **relación médico-paciente**, y es que la admisibilidad de grabaciones propias sin consentimiento e información de la otra parte admitida hasta el momento, lo ha sido para presupuestos fácticos de trascendencia similar como:

- En el ámbito **laboral** -empleador y empleado

- En el **ámbito familiar** -procesos de separación, divorcio-
- En el **ámbito mercantil** -prestador/suministrador-consumidor-;

O atendiendo, únicamente, a las excepcionalidades en las que los intervinientes precisen deber de secreto mutuo y que los fines perseguidos no sean los de su divulgación.

Ejemplos de lo anterior serían las Sentencias, del Tribunal Supremo 2008/2006, de 2 de febrero a la 682/2011 de 24 de junio: "en las que ... se alega que la grabación de la conversación mantenida entre víctima y acusado ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales dado que **uno de los interlocutores desconocía que estaba siendo grabado**, por lo que no tuvo opción de impedir dicha grabación, proteger su intimidad y hacer valer su derecho al secreto de las comunicaciones (...)".

O la Sentencia del Supremo, 1051/2009 de 28 de octubre: "La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones"; así como la Sentencia del mismo Tribunal 684/2004 de 25 de mayo: "... no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe (...)".

Sentencias y doctrina no extensibles, en mi opinión, dadas las particularidades de la relación asistencial, entendida ésta, como **alianza terapéutica y como proceso interpersonal entre médico y paciente** que asegura un fiel cumplimiento de las indicaciones, prescripciones o recomendaciones por parte del paciente y de honradez por parte del Médico.

La relación médico-paciente encuentra su pilar fundamental en la confianza, por lo que proceder a la grabación no informada es contraria a lo dispuesto en el art. 8 del Código de Deontología Médica de 2011, del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, en el que en su apartado primero establece que: "**El Médico debe cuidar su actitud, lenguaje, formas, imagen y, en general, su conducta para favorecer la plena confianza del paciente**" y en su apartado segundo que: "La asistencia médica exige una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente (...)".

La grabación da lugar a engaño al profesional, como consecuencia del quebranto de la buena fe contractual, y **podría originar, en los**

peores casos, la suspensión de la asistencia prestada al paciente, tal y como se recoge en el art. 11 del Código Deontológico citado: **“El Médico sólo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llegara al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él.** Lo comunicará al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación, y facilitará que otro Médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento”.

Igualmente, las grabaciones desvirtuarían la relación médico-paciente en una **relación asimétrica** desde el momento en que el paciente podría llevar a cabo grabaciones no informadas y el facultativo estaría obligado a su deber de guardar **secreto profesional**. La relación médico-paciente es ante todo un encuentro interpersonal, en el que ambas partes deliberan conjuntamente para tomar las decisiones más correctas, siempre en el marco de los principios de la bioética y los derechos fundamentales de la persona humana, y el temor a posibles repercusiones legales, impedirían que el facultativo actúe con mayor libertad y juicio.

Intimidad del profesional sanitario

Otro aspecto de especial trascendencia es el objeto de la grabación, que en el ámbito de la relación médico-paciente puede pertenecer al ámbito de la intimidad del profesional sanitario, no solo del paciente, y en este respecto, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional: “...la intimidad protegida en el art. 18.1. de nuestra Constitución, no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado” (Sentencia 12/2012, de 30 de enero de 2012). [...] “Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegibles frente a **intromisiones ilegítimas es el de las “expectativas razonables” que la propia persona,** o cualquier otra en su lugar, pueda tener en esa circunstancia, de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno” (STC 12/2002 de 30 de enero).

Conforme al criterio de la expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas: [...] “Una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad” (SSTC 25/2019, de 25 de febrero y 12/2012, de 30 de enero), en ambas se juzgaba la grabación con **cámara oculta** en los despachos profesionales, [...]“La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una

persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2. [...], a excepción de que subsista: **predominio del interés histórico, científico o cultural**, imágenes de personas que ejerzan un cargo público o imágenes de una persona que sean meramente accesorias en el contexto de una información pública, suponen **vulneración de su derecho a la intimidad**".

Por lo tanto, si hacemos extensible lo tratado en los despachos profesionales, a lo tratado en la consulta médica, y atendemos a que el médico actúa desde la intimidad que le permite la confianza de la **relación clínica**, no solo se grabaría información sobre la salud/enfermedad del paciente, sino que también se grabaría información sobre el **consejo profesional del médico** desde su propia experiencia personal y profesional, y más teniendo en cuenta que éste se ha comprometido a empatizar con el paciente para que tome la decisión de seguir sus consejos, y de los que dependerá, en muchos de los casos, el éxito final del acto médico.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en lo que respecta a la posible vulneración del derecho a la intimidad, protegida por el art. 18.1 de nuestra Constitución, en el caso del personal médico, no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada, protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, a un "círculo íntimo" en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan **relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada** (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, **se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social** (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69).

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones

ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H.c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58).

En consecuencia, podríamos afirmar que dentro de la expectativa razonable del médico no se encuentra la del quebrantamiento de la buena fe contractual por parte del paciente, al proceder al engaño, mediante la grabación de la conversación, aunque los fines puedan ser tendentes a recordar lo mantenido en dicha consulta, pues en el ámbito de la confianza médico-paciente cabe la posibilidad de informar y solicitar previamente al médico sobre los motivos que le llevan a necesitar la grabación de dicha conversación, y que quede, a consideración del médico, y atendiendo a las necesidades del paciente, y a su deber de empatía con el mismo, la admisibilidad o no de tal grabación.

En cuanto a las grabaciones al paciente por parte del médico, sin informarle y sin obtener su consentimiento, además de captar extremos netamente profesionales, también se apropiaría de manifestaciones puramente personales e incluso expresiones de sentimientos del propio paciente, o manifestaciones de sus acompañantes. Extremos todos ellos que excederían del ámbito y propósito de la relación asistencial, particularmente en situaciones dolientes, lo que podría conllevar el incumplimiento de la normativa de protección de datos, si consideramos que la relación médico paciente en consulta queda fuera del ámbito doméstico y, por ende, dentro del ámbito de aplicabilidad del Reglamento General de Protección de Datos.

A este fin, es de señalar el pronunciamiento de la **Agencia Española de Protección de Datos**, en el reciente Procedimiento N^o: PS/00402/2018 , al considerar que: “Sólo el hecho de que las grabaciones sean realizadas en el ámbito laboral, en el lugar donde los empleados públicos prestan sus servicios, y sin relación alguna con ellos que exceda de la puramente profesional, parece llevarnos a la conclusión que en el supuesto planteado no es de aplicación la

excepción doméstica”, por lo que quedarían dentro del ámbito de aplicabilidad.

A este respecto merece especial consideración el Dictamen 5/2009 en el que se analiza la valoración del ámbito doméstico, aunque aplicado a las redes sociales en línea, señala que, como norma general, en los casos en que los usuarios operen en un ámbito puramente personal, hay que aplicar la “exención doméstica”, en lugar de la normativa de protección de datos y que, por tanto, un individuo que trata datos dentro de esta esfera no tiene por qué cumplir con las obligaciones que tiene un responsable.

No obstante, en el citado Dictamen se recoge la admisión de excepciones, entre las que se encuentra: el garantizar los derechos de terceros, particularmente en relación con datos especialmente protegidos y, es en este ámbito, donde hay que tener en cuenta la información transmitida por el médico en consulta como tercero afectado, pues como hemos fundamentado anteriormente, la información transmitida por el médico parte de la intimidad que le permite la confianza médico-paciente, que le ha podido llevar a compartir opiniones y/o consejos de salud, desde su propia experiencia personal (muy frecuente en el ámbito de atención primaria), y, es en estos supuestos, **donde dicha grabación no podría ser realizada**, pues supondría un tratamiento ilícito, salvo que el paciente informe al médico conforme a las exigencias del art. 13 RGPD, y obtenga su consentimiento, pues en la prueba de sopesamiento sobre la prevalencia de interés legítimo del paciente en recordar lo hablado con el médico, no podríamos afirmar que este fin prevalezca sobre el derecho a la protección de datos del facultativo, que en el ámbito de una relación de confianza, le transmite tales datos, y más, teniendo en cuenta las características del medio empleado: especialmente invasivos de la privacidad, pues existen medios menos invasivos que podrían ser utilizados para lograr el mismo fin (por ejemplo **su cooperación en cuanto a facilitar las explicaciones adicionales que resulten necesarias, o el traslado de las recomendaciones sobre el papel**), y el carácter fácilmente manipulable de dichas grabaciones, con los riesgos que podría conllevar en cuanto a la alterabilidad de los datos y su correspondiente falta de exactitud, y en cuanto al riesgo potencial de divulgación no autorizada de grabación manipulada en lo que respecta al derecho al honor del médico.

La grabación de conversaciones propias sin fines de difusión **NO es una práctica extensible en cuanto a su admisibilidad en el ámbito de la relación médico-paciente**, pues supone un quebrantamiento de

la confianza establecida como eje vertebrador de la relación médico-paciente y de la buena fe contractual.

Además, **la admisibilidad de esta práctica situaría al médico en una posición de desequilibrio**, en la que mientras el médico está obligado al deber de secreto profesional, **el paciente le induce a engaño y le graba en consulta**, vulnerándose el secreto de las comunicaciones médico-paciente, y produciéndose una vulneración del derecho a la intimidad del médico, que es grabado en un lugar ordenado a asegurar la discreción de lo hablado y en el que el médico pierde adicionalmente, el control de sus datos, ya no solo en cuanto a no ser informado de la recogida y su finalidad, sino también, en cuanto a su posible manipulación, y su correspondiente riesgo de vulnerar el derecho al honor del mismo en caso de divulgación alterada del mismo.