

Formar e Informar

EL EJERCICIO MÉDICO LEGAL



Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL
ÁMBITO MÉDICO.
GRABACIONES EN CONSULTAS**

Ricardo De Lorenzo y Montero

Doctor en Derecho.

*Académico Correspondiente de las Reales Academias de
Jurisprudencia y Legislación y Nacional de Medicina de España.*

I. UNAS NECESARIAS PRECISIONES CONCEPTUALES

Conviene comenzar deslindando conceptos fronterizos, pero perfectamente diferenciados, para centrarnos, después, en la figura de la privacidad en la relación asistencial y la eventual responsabilidad de los sujetos participantes en dicho vínculo, en caso de inobservancia de su preservación.¹

PRIVACIDAD. En su concepto como derecho exigible, nos permite excluir determinados aspectos personales de intromisiones ajenas no deseadas. Un club privado o una propiedad privada son realidades conocidas con las que nos encontramos diariamente.

INTIMIDAD. Es la esfera interior de la privacidad, de mayor preservación y a la que dejamos acceder, solamente, a persona de nuestro círculo íntimo. En un club privado únicamente a unas pocas personas las consideramos amigos íntimos. Tiene varias manifestaciones el término intimidad: referida a nuestro cuerpo o a nuestra información, este es el terreno del secreto profesional.

CONFIDENCIALIDAD. Así como la intimidad es un derecho, la confidencialidad es una obligación de preservar la primera y el terreno en el que se hace la confidencia (con fides - fe compartida). Secreto profesional es, precisamente, el mantenimiento a cubierto de aquella información íntima de alguien, que conocemos por razón del desempeño profesional.

Vamos a partir del término confidencia, que puede ser interpretado desde dos acepciones diferentes: en su sentido de acción (comunicar algo a alguien reservadamente o en secreto, según el Diccionario de María Moliner²) o en la acepción sustantiva de noticia reservada. En este sentido tiene perfecta inserción en el ámbito sanitario como contenido de la información que aquel posee respecto de los pacientes, de quienes se ha obtenido en la confianza de ellos sobre su preservación. Confidencialidad y confianza tienen, pues, además de una aproximación fonética una base de entendimiento común.

1 Ricardo De Lorenzo y Montero <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/> en *Historia Clínica: Violación de Intimidad acceso indebido a la confidencialidad*. Redacción Médica, 29 de noviembre de 2016. intimidad, privacidad y confidencialidad son conceptos fronterizos, muy próximos, pero perfectamente diferenciables. <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/search?q=intimidad+confidencialidad>.

2 María Juana Moliner Ruiz (Paniza, Zaragoza, 30 de marzo de 1900-Madrid, 22 de enero de 1981) fue una bibliotecaria, archivera, filóloga y lexicógrafa española, autora del Diccionario de uso del español.

Estrechamente relacionado con la confidencialidad aparece otro concepto, no siempre bien deslindado y entendido. Se trata de la intimidad. Define la intimidad Battle Sales³ como “derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.”. En realidad esta definición se acerca más a otro concepto próximo pero no idéntico, que es el de privacidad. Intimidad es algo más reservado, aún, que lo privado; es el núcleo interno de lo privado. De su origen en el latín se deduce perfectamente su auténtica significación: *íntimus* es un superlativo, es lo más interior. Debemos traer a colación, aquí, la teoría alemana de las tres esferas⁴ según la cual la vida de las personas queda dividida en: Esfera privada (*privatsphäre*) esfera de la confianza o confidencial (*vertrauenssphäre*) y esfera del secreto (*geheimsphäre*).

Una definición sumamente expresiva del concepto intimidad la formuló el juez Cooley⁵ en 1873. La consideraba “*the right to be let alone*” traducida por algún autor, con finísima percepción de su sentido, como el “*derecho a ser dejado en paz*”. Mazeaud⁶ disiente de esta defensa a ultranza de la intimidad y formula un curioso planteamiento: “*¿Qué tiene que esconder el hombre que vive de acuerdo con la ley? Si nuestra existencia debe de ser transparente ¿no sería deseable que habitáramos una casa de cristal? La casa de cristal no es más que un ideal utópico: no podría albergar más que a una sociedad de robots*”.

El Profesor Sánchez González⁷ con motivo del VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario diferenció, por un lado, entre la vertiente física de la intimidad (no ser observado

3 Georgina Battle Sales, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Editorial Marfil, Alcoy (Valencia), 1972.

4 Heinrich Hubmann, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*“. *Juristenzeitung* (JZ), 1957, pp. 521 ss.

5 M. A. Cooley, Thomas A *Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which arise independent of Contract*. Chicago: Callaghan & Co., 1873. En esa obra, al hablar de los derechos de la personalidad y de la protección de la esfera privada frente a intromisiones, Cooley describe la intimidad como “*the right to be let alone*”.

Más tarde, este mismo concepto fue retomado y desarrollado en el artículo clásico de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy* (1890), en la *Harvard Law Review*, donde citan expresamente a Cooley y hacen de esa fórmula la base del moderno derecho a la intimidad.

6 *La protection de la vie privée*. Kayser. París 1984.

7 Miguel A. Sánchez González. M.A. *Intimidad y Confidencialidad. Su concepto y su importancia*. VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario Madrid 1999 y I Jornada de protección de datos sanitarios en la Comunidad de Madrid. Madrid 2000.

o tocado en la vida privada), por otra parte, la vertiente informacional (no divulgación o difusión de noticias de la esfera privada) y por último la decisional o autonomía sobre las decisiones que afectan exclusivamente a la propia vida. En un sentido más sencillo y acorde con nuestro objeto de estudio la intimidad supone el acceso reservado, bien a la exposición de nuestro cuerpo o partes del mismo, o de pensamientos o información de alguien. En este último sentido encuentra un engarce perfecto con la confidencialidad como barrera que impide el acceso a los datos íntimos.

En un sentido más sencillo y acorde con nuestro objeto de estudio la intimidad supone la reserva de acceso, bien a la exposición de nuestro cuerpo o partes del mismo, o de pensamientos o información de alguien, En este último sentido encuentra un engarce perfecto con la confidencialidad como barrera que impide el acceso a los datos íntimos. Veremos que la única forma de levantar esas barreras es obtener la autorización del titular de esa intimidad, como principio general, o encontrarnos en alguno de los supuestos legales en que se puede actuar sin dicha autorización.

Se confunden, a veces, las violaciones a la intimidad con los accesos indebidos a la confidencialidad, siendo, sin embargo, claramente diferentes: Si alguien accede, fuera de las condiciones de autorización, a un archivo sanitario comete una violación de la intimidad (respecto del titular de la información) y el centro sanitario en donde reside el archivo incurre en un quebrantamiento del deber de confidencialidad por custodia deficiente.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Vamos a abordar el tratamiento de derechos fundamentales, que no son otra cosa que derechos humanos positivizados⁸ en el sentido de aquellos que, derivados de la dignidad de la persona, han sido incluidos por el legislador en la Constitución y con ello dotados de un status especial. Los derechos fundamentales no valen sino lo que valen son sus garantías, en expresión de Hart.⁹

8 Fernando Herrero Tejedor Algar. *La Intimidad como derecho fundamental*. Editorial: Editorial Colex (Editorial Constitución y Leyes, S.A.) Madrid, 1998.

9 H. L. A Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1963. subrayando que los derechos solo adquieren eficacia práctica en la medida en que existen mecanismos jurídicos y procesales que los garanticen.

En la doctrina española, la frase se ha difundido sobre todo a través del Profesor Gregorio Peces-Barba (Los derechos fundamentales, 1980, y ediciones posteriores), quien la cita expresamente de Hart para enfatizar el vínculo entre derecho sustantivo y garantías procesales.

Nuestra Constitución y la propia Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar¹⁰ recogen la protección del derecho a la intimidad respecto de intromisiones ilegítimas de terceros. Es incuestionable, pues, que existe un derecho a la intimidad, señalado en la normativa citada y respetado en la práctica clínica diaria en términos generales. Pero ¿existe, también, un derecho a la confidencialidad?

Está claro que la intimidad es un presupuesto (o mejor los datos o situación íntima) preceden a la obligación de preservarlos. Hay un destacado sector de autores que entiende que el derecho a la confidencialidad existe solamente en función de determinadas circunstancias y mientras no haya un interés superior que demande su levantamiento¹¹. Se trataría, así, la intimidad de algo axiológico y principialista y la confidencialidad de un concepto utilitarista.

La relación asistencial se desarrolla entre dos sujetos con roles perfectamente diferenciados. El paciente es la parte necesitada de proteger su salud y acude al profesional sanitario para que le ayude con su conocimiento y experiencia.

Ambos tienen una serie de derechos y obligaciones en esa relación bilateral. Vamos a ocuparnos, ahora, de su derecho a la intimidad en el curso de la mencionada relación asistencial, en el concreto caso de la consulta médica. En este episodio cada parte expone su situación y juega su papel, conservando en su memoria el curso de lo sucedido. Pero, por diversos motivos, puede suceder que quieran conservar el contenido de dicho encuentro en forma de grabación.

III. CUALES PUEDEN SER LOS MOTIVOS DE GRABAR LAS CONSULTAS MÉDICAS

En el curso de la relación asistencial, materializada en la consulta médica se produce un intercambio de información entre las dos partes integradoras de la misma, que constituye, precisamente, su razón de ser. Puede ocurrir que además de haber recibido esa información alguna de las partes quiera conservarla ¿Para qué?

10 Ley Orgánica 1/1982, en su artículo 7.4. *Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:... 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*

11 La 'piedra angular' está en el principio de vinculación.

POR PARTE DEL PACIENTE, desde un planteamiento correcto el motivo puede ser no perder información recibida y “repasar” con tranquilidad las instrucciones emitidas por su médico. El paciente puede visualizar el contenido para recordarlo desde su casa, y en conjunción con otros familiares o cuidadores. Pero puede haber motivos, además, subrepticios, como perseguir una baja médica u obtener determinada prueba o medicación. O, simplemente, para poder contar con la grabación como instrumento de presión contra el médico, disponible en determinado momento y ocasión.

POR PARTE DEL MÉDICO. Recoger información recibida en la consulta con su paciente, en un caso clínicamente complicado, por ejemplo, para su estudio posterior a la visita clínica e incluso para su exposición docente o congresual.

Los motores de esta práctica, desde una visión indebida de la misma, son distintos para cada una de estas dos partes. El paciente lo vive desde la cultura de la reclamación, mientras que el médico puede sentirse tentado de utilizar la grabación en refuerzo de la Medicina defensiva¹².

La situación relacional actual, entre el Médico y sus pacientes, puede contener, a veces, una desconfianza mutua, por los motivos expuestos para cada una de las partes: reclamaciones o Medicina defensiva.

En este contexto el uso de dispositivos de grabación, asequibles¹³ y eficaces, está al alcance de cualquiera y su usabilidad 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.¹⁴

12 R. De Lorenzo Y Montero. <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/> “*Medicina defensiva vs. seguridad clínica*” <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/search?q=medicina+defensiva> Redacción Médica, 27 de septiembre de 2011

13 El parque de líneas móviles, en España, es mayor que el número de habitantes del país. Alcanzó los 61,1 millones, Comisión Nacional de los Mercados y la competencia. Estadística de octubre 2024.

14 R. De Lorenzo Y Montero. . <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/> «*Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa*” <https://derechosanitario-rdl.blogspot.com/search?q=Grabaci%C3%B3n+de+conversaciones+en+consulta+del+pacient+al+m%C3%A9dico+y+viceversa>. En Redaccion Médica febrero de 2020.

IV. SOPORTE LEGAL DE ESTAS SITUACIONES

Tenemos que partir de nuestra Carta Magna y en concreto del Artículo 18.1¹⁵., que contempla el derecho a la intimidad personal, y el Artículo 18.3¹⁶., 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, ya, que la regla general es, que no está permitido grabar conversaciones ajenas, sin autorización judicial previa, dado que podría producirse una 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 Artículo 197¹⁷ del Código Penal. Es preciso destacar que se considera conducta agravada el citado descubrimiento y revelación de datos de índole sanitaria (*cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*).

La excepción de las grabaciones sin autorización está en las conversaciones en las que participa quien las graba como interlocutor, en cuyo caso puede predicarse su licitud.

15 *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

16 *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

17 1. *El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

Su contenido puede aportarse, incluso, a juicio como prueba (Sentencia Tribunal Supremo 3585/2016). Podemos decir que la jurisprudencia es pacífica al menos en este extremo, como vamos a corroborar más adelante. Se pueden aportar al proceso grabaciones de conversaciones particulares realizadas por uno de sus protagonistas.

El Tribunal Supremo determine, en su sentencia número 145/2023, de 2 de marzo, que la grabación por un tercero de una conversación ajena puede considerarse una prueba lícita, siempre y cuando haya contado con la autorización de uno de los intervinientes para realizar la grabación.

En consecuencia, grabar una conversación propia no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones. El derecho al secreto de las comunicaciones del Artículo 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.

Existe una confusión social generalizada, no obstante, entendiendo que no se puede grabar ninguna conversación sin aceptación de los interlocutores, aunque se haya sido partícipe en la misma, Esto no es así y es lícito hacerlo en aquella en la que se haya sido interlocutor, como acabamos de apuntar. Así fue dictaminado por nuestro Tribunal Constitucional, hace más de cuarenta años, en concreto en su sentencia, de 29 de noviembre de 1984 (STC 11/1984)¹⁸, 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, como hemos visto.

18 *“Respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica, este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan solo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional solo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”.*

V. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

El objeto de la grabación, 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 privada¹⁹. 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 social²⁰.

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 pública²¹.

La grabación obtenida por una de las partes en la conversación, como hemos apuntado con anterioridad, es válida como prueba y así se declara con rotundidad en la Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2024 (rec. 2984/2020), con ocasión de examinar la validez de las conversaciones entre un empresario y un concejal responsable de la adjudicación de los contratos, al haber

19 (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).

20 (SSTEDH de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69)

21 (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).

grabado aquél lo hablado sin que éste lo supiese. La extensa y minuciosa sentencia, desemboca en la perspectiva que ahora nos interesa, en las siguientes conclusiones²², desde las cuales podemos ver perfectamente expuesto y resumido este asunto. Se recogen aquellas que atañen al objeto que estamos tratando.

- 1º) La utilización en el proceso de grabaciones de conversaciones derivadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.
- 2º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
- 5º) Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

Hay, sin embargo, determinados requisitos para que la grabación sea admitida en el ámbito probatorio judicial.

Quien realiza la grabación debe haber sido participante active en la conversación.

La conversación no debe tartar sobre la vida íntima y privada de ninguno de los interlocutores.

El interlocutor que graba no debe provocar la intervención del otro, ni utilizar la coacción o el engaño para hacerle hablar.

Deberá ser nítida y comprensible, es decir, no debe generar dudas en el Tribunal, pues, si la grabación es inaudible o indescifrable, no será admitida. Sí podrán solicitar medios de ayuda si solamente algunos pasajes no son totalmente claros.

La grabación se aportará en su format original, respetando los requisitos de autenticidad e integridad establecidos por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Para ello, es conveniente que se presente un informe pericial que certifique que la grabación no ha sido manipulada, alterada o cortada.

22 Apoyándose en la anterior sentencia de la misma sala penal de 14 de octubre de 2020 (rec. 10475/2018).

Es conveniente también aportar transcripciones escritas de la conversación para que puedan unirse al sumario en soporte documental.

VI. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

La relación asistencial debe entenderse, 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, según se recoge en el código de Deontología Médica²³, en su artículo 7.1: *“La asistencia medica requiere una relación medico paciente basada en el respeto y la confianza”*, por lo que proceder a la grabación no informada, como consecuencia del quebranto de la buena fe contractual, podría dar lugar a la consecuencia recogida en el artículo 7.5 del citado Código, en el que se recoge que: *“El médico puede suspender la asistencia al paciente si llega al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. En ese caso, lo debe reflejar en la historia clínica, ponerlo en conocimiento de la entidad responsable de la asistencia, comunicárselo al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación y facilitar que otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad asistencial”*.

En el mismo sentido el artículo 8.4 del Código de Deontología Médica: *“Si el médico entiende que por su situación puede haber conflicto de intereses, deberá inhibirse de la asistencia. En este caso, facilitará que otro profesional se haga cargo del proceso asistencial”*.

Las grabaciones realizadas de forma oculta 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

23 El Código Deontológico médico para el 2024 es el mismo aprobado por el Consejo General de Médicos (CGCOM) en diciembre de 2022, con el objetivo de actualizar las normas éticas y el «contrato social» de la profesión con la sociedad española, buscando mejorar la asistencia sanitaria y la seguridad del paciente. Este documento, sustituye al anterior de 2011,

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.

Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto).

Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana.

El conflicto surge, evidentemente, cuando una parte quiere grabar y la otra no acepta este hecho, pues si hay acuerdo no hay problema. Estamos analizando el supuesto de que el paciente, por ejemplo, que inicia una grabación ocultando este hecho al profesional. Este es el caso en el que el Médico se siente vigilado, acechado y se rompe esa confianza que debe sustentar la relación asistencial.

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.

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 podría apropiarse 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 medico-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 Procedimiento Nº: 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 artículo 13 RGPD²⁴, 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

24 *Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación... Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente... Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.*

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.

VII.- A MODO DE CONCLUSIONES SOBRE LA GRABACIÓN EN CONSULTAS MÉDICAS

Regla general: Si se mantiene una conversación, en la que ambos interlocutores participan de manera espontánea y con buena fe, cualquiera de los contertulios puede grabarla sin que ello entrañe violación de “secreto alguno de comunicaciones” ni de “intimidad”.

Excepción: Que en dicha conversación se contengan aspectos familiares o personalísimos, ajenos a la relación asistencial mantenida entre el paciente y el profesional sanitario.

Cosa distinta a la regla general expresada es que lo así grabado se utilice para una difusión ilícita y la grabación sea sólo un presupuesto necesario para la difusión. La contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (artículo 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.

El hecho de la grabación de conversaciones ajenas, en el sentido cabal de ajeneidad, que hemos expresado con anterioridad y su posterior difusión entra de lleno en la tipificación penal del artículo 197, ya expuesto en su momento, con la importante connotación de que se trata de conducta agravada por la índole de los datos a los que se refiere.

Posible quiebra del principio de confianza. Con independencia de la posibilidad legal para que el paciente lleve a cabo las grabaciones en la consulta que comparte con el médico, este último podría invocar una ruptura del principio de confianza en la relación asistencial y suspender ésta en aplicación de su derecho deontológico en este sentido.

Conviene apuntar que si se pretende aportar la grabación en juicio, hay aspectos a considerar. Bueno es saber lo útil que resulta anunciar en dicha aportación de la grabación como prueba en la demanda contenciosa y poder disponer de los dispositivos precisos para reproducirla (o traerlos a la vista), así como adjuntar una transcripción por escrito de lo grabado (que facilita la consulta por las partes y jueces), y por un principio de precaución, tener siempre en la recámara una pericia que demuestre que la grabación no ha sido recortada o manipulada, por si acaso el perjudicado protesta e impugna tal prueba.

VIII.- LOS LÍMITES DE LA INTIMIDAD EN EL USO DE WATHSAPP²⁵

Voy a concluir estas páginas de exposición, en el trascendental asunto de la intimidad en el curso de la relación asistencial, con unas menciones sobre el uso de moderna tecnología de uso cotidiano no sólo en el espacio privado personal, sino también en el profesional.

Imaginemos que determinado grupo de profesionales tiene un grupo de whatsapp en el que insertan y cruzan mensajes con imágenes, Pueden ser unos traumatólogos que examinan radiografías o unos obstetras respecto de ecografías, imágenes de las que extraen criterio clínico y conclusiones que se intercambian.

¿Es lícita esta conducta de los profesionales? ¿Conculca, en algún modo, la intimidad de los pacientes a quienes pertenecen las imágenes que circulan en el grupo a través de la mensajería electrónica?

Hay varios aspectos a analizar para poder responder a estas preguntas.

Imaginemos que la persona a quien corresponden las imágenes radiográficas es alguien con el que todos tienen relación asistencial. No hay vulneración alguna de la intimidad, pues existe principio de vinculación profesional entre todos los médicos y esta persona. Otra cosa es que pudiera acceder a las imágenes alguna otra persona no “vinculada”, en cuyo caso sí que habría, por parte de esa persona invasión de la intimidad del o de la titular de las imágenes.

25 WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes que permite a los usuarios enviar mensajes de texto, fotos, vídeos, documentos, ubicaciones, contactos y realizar llamadas de voz y vídeo a través de Internet.

Conviene destacar que debe contarse con el conocimiento del paciente de esta situación, con independencia de que las imágenes, como radiográficas o ecográficas que son, no permitan la identificación de la persona a quien corresponden.

Una última pregunta conviene formular: ¿Son válidos esos whatsapp como medio de prueba en sede judicial?

Los mensajes a través del medio electrónico mencionado pueden ser capturados y utilizados como medio probatorio, ahora bien, una cosa es que sea un medio de prueba válido y otra su valoración, porque la jurisprudencia advierte de las necesarias cautelas ante tan frágil medio de prueba.

IX.- DEBEN CUMPLIR LOS SIGUIENTES REQUISITOS

Legalidad y licitud: La prueba debe ser obtenida sin vulnerar derechos protegidos, como el secreto de las comunicaciones o la intimidad.

Autenticidad: Se debe demostrar que los mensajes no han sido alterados, manipulados o falsificados.

Integridad: Se debe presentar la conversación completa y no solo fragmentos, para que se pueda verificar el contexto.

Claridad: La información debe presentarse de forma legible y clara para el tribunal.

X.- CÓMO SE PUEDE REFORZAR SU VALIDEZ

Aportación del dispositivo: Poner a disposición del tribunal el dispositivo móvil donde se originaron los mensajes es un método para asegurar su autenticidad y evitar su manipulación.

Informe pericial: Un perito informático puede emitir un informe que certifique la originalidad, autenticidad y la cadena de custodia de las pruebas digitales.

Testimonios de los interlocutores: El interrogatorio de las partes que participaron en la conversación puede ser utilizado para acreditar la autenticidad de los mensajes.

Otras pruebas: Es recomendable complementar la prueba con otros elementos como documentos, testimonios o la aportación del dispositivo móvil.

XI.- CONSIDERACIONES IMPORTANTES

No son prueba definitiva: Por sí solos, los pantallazos no son suficientes para ganar un proceso judicial; deben ser respaldados por otros elementos que otorguen credibilidad a la versión del litigante.

Riesgo de manipulación: Dada la facilidad con la que pueden ser alterados, los tribunales exigen que se refuerce su credibilidad.

Reconocimiento judicial: El Tribunal Supremo español ya reconoció la posibilidad de introducir mensajes de WhatsApp como prueba en procedimiento judicial en 2015

XII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez-Cienfuegos Álvarez, J. M. *La confidencialidad de los datos relativos a la salud*. En *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario* (Tomo I). Martínez - Calcerrada, Luis, De Lorenzo, Ricardo Madrid: Constitución y Leyes. Colex 2002
- Atela Bilbao, A., & Garay Isasi, J. (2004). Ley 41/2002 de Derechos del Paciente. Avances, Deficiencias y Problemática. En P. Pérez González & E. Lizárraga Bonelli (Coords.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica*. Thomson-Civitas.
- Battle Sales, G. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. Valencia (Alcoy): Marfil, 1972..
- Cayón de las Cuevas, J. (1993). La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. *Derecho y Salud*,
- Casado Blanco, M. (2024). Intimidad, confidencialidad y secreto en la relación médico-paciente. En P. Martínez Jiménez, J. M. Rodríguez Vicente, V. Expósito Duque, et al. (Coords.), *Manual de la relación médico-paciente* (pp. 277-288).
- De Cossío Rodríguez, P. (2009). *La confidencialidad de los datos médicos*. En VV. AA., *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- De Lorenzo Aparici, R. (2021). En Davara Fernández de Marcos, E., & Davara Fernández de Marcos, L. (Coords.), *Análisis práctico de sanciones en materia de protección de datos: divididas por conceptos y sectores*. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- De Lorenzo Aparici, O., & Montalvo, P. *Responsabilidad profesional sanitaria. Claves prácticas sanitarias*. Madrid: Lefebvre.

- De Lorenzo Montero, R. “*Los límites legales del derecho a la intimidad de los datos sanitarios*”. Redacción Médica, 25 mar. 2014.
- De Lorenzo, Montero, R. “*Historia clínica: violación de intimidad y acceso indebido a la confidencialidad*”. Redacción Médica, 29 nov. 2016.
- De Lorenzo Montero, R. *Protección de datos personales en el Derecho Sanitario*. Madrid: Colex, Editorial Constitución y Leyes, S.A. 2009
- De Lorenzo y Montero, R. (2020, 3 de febrero). *Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa*. Redacción Médica. Disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/grabacion-de-conversaciones-en-consulta-del-paciente-al-medico-y-viceversa-5280>.
- De Lorenzo y Montero R., (Año de edición original: 2003) *Derechos y obligaciones de los pacientes: Análisis 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*. Madrid, Colex (2.ª ed. 2019).
- De Lorenzo Montero, R. (2021). *Las categorías especiales de datos personales y los tratamientos de datos de salud (Comentario al artículo 9 RGPD y disposición adicional 17 LOPDGDD)*. En A. Troncoso Reigada (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales* (Vol. II, pp. 4623-4727). Valencia: Tirant lo Blanch.
- De Miguel I.; De Lorenzo Aparici R. *Datos Genéticos y relativos a la Salud*. En Colección Claves practicas Sanitarias Francis Lefebvre. 2021.
- Egusquiza Balmaseda, M. A., Luquín Bergareche, R., Jorqui Azofra, M., & Vidán Peña, J. (2025). *Régimen jurídico de protección de datos de salud en el Espacio Europeo de Datos de Salud (EEDS)*. Madrid: Colex.
- Hernández Herrero, M. (2023). *Medicina defensiva y judicialización: Radiografía del litigio en la sanidad pública*. Madrid: Dykinson
- Herrán Ortiz, A. I. *El derecho fundamental del paciente a la protección de los datos sanitarios en la legislación española*. En Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario (Tomo I). Martínez - Calcerrada, Luis, De Lorenzo, Constitución y Leyes. Colex 2002.
- Herrero-Tejedor Algar, F. (1998). *La intimidad como derecho fundamental*. Madrid: Colex (Editorial Constitución y Leyes, S.A.)
- Hubmann H., (1957). *Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*. *Juristenzeitung*, 12, 329–335.

- Manjón Rodríguez, J. B. (2022). *“Asistencia sanitaria y grabaciones subrepticias: beneficios y riesgos desde una perspectiva ético-jurídica”*. Derecho y Salud, 32 (Extraordinario), 161-170. Análisis directo sobre si un paciente puede grabar, límites de uso y doctrina (STC 11/1984; STS 678/2014).
- Mazeaud, P. (1984). *La protection de la vie privée*. París: Kayser
- Montalvo Jääskeläinen F. (2018). *“Una reflexión jurídica sobre el ojo clínico y la responsabilidad en tiempos del Big Data”*. Razón y Fe, 278(1436), 323-334.
- Montero Delgado, J. A. (2018). *WhatsApp y datos de salud: Una realidad incómoda*. Revista Española de Comunicación en Salud, 9(1), 104–106. <https://doi.org/10.20318/recs.2018.4246>
- Mazeaud, P. (1984). *La protection de la vie privée*. París: Kayser.
- Ortega, A. (2011). *Derecho Sanitario*. Madrid: Editorial CTO Medicina.
- Rodríguez Izquierdo, R. (2009). *La información sanitaria y la historia clínica*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sánchez González, M. Á. (2000). *Intimidación y confidencialidad: su concepto y su importancia*. p. 56). Madrid: Mapfre.
- Sancho López, M. *Responsabilidad sanitaria: Fundamentos y conflictos de competencia*. Navarra: Thomson Reuters Proview.
- Terribas Sala, N. (2008). *Confidencialidad de los datos sanitarios: de la norma a la práctica médica*. En S. Adroher Biosca (Dir.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (pp. 791–806). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Tomillo Urbina, J. L. *Derecho y salud como realidades interactivas*. Navarra: Aranzadi.
- Troncoso Reigada, A. (2019). *Protección de datos en el ámbito de la historia clínica*. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, (2), 1-36. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/07/1463.pdf>