

y procedimientos de ejecución institucional. Si el Derecho administrativo ha de aportar su contribución al desarrollo constitucional de la Comunidad, el artículo 226 CE tiene que ocupar una posición más central.

Otros ensayos abordan el concepto de representación en la teoría constitucional (Martin LOUGHLIN), el tema de la legitimidad/legitimación de la Unión Europea (Rodney BARKER), los fundamentos constitucionales de la Unión Europea (Trevor C. HARTLEY), los desafíos y oportunidades en Europa (Richard RAWLINGS) y la compleja y candente relación entre las exigencias de seguridad *nacional* y el carácter *universal* de los derechos humanos (Elspeth GUILD).

En suma, se trata de un conjunto de reflexiones muy sugerentes, de voces de una innegable personalidad, en ocasiones discrepantes pero nunca disonantes, animadas por una concepción crítica del Derecho administrativo y, al mismo tiempo, aferrada a ciertos valores iuspublicistas, ante transformaciones profundas de los modelos administrativos tradicionales. A diferencia de los usos existentes en otras latitudes, el carácter de *Festschrift* del volumen no es óbice para incluir —en la buena tradición anglosajona— el imprescindible índice de voces y los índices de la jurisprudencia y de la legislación nacional e internacional mencionadas en las diversas contribuciones, además de una relación de las publicaciones de la profesora HARLOW.

Xabier ARZOZ SANTISTEBAN

DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia: *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad «versus» interés público (Especial referencia al sida, técnicas de reproducción asistida e información genética)* (Prólogo de José Luis PIÑAR MANAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 243 págs.

La protección de los derechos fundamentales ha sido siempre objeto de intensa atención por parte de los juristas. Pero

no cabe duda de que existen algunos que presentan una relevancia reduplicada en la moderna sociedad de la información y del conocimiento en que nos vemos inmersos. Característicamente, uno de ellos es el derecho a la tutela de la información personal. No obstante, incluso en el marco de este ámbito existen líneas de investigación preferentes y, desde luego, la protección de los datos personales de carácter sanitario puede considerarse con plenitud una de ellas. En efecto, en los últimos años estamos asistiendo a una eclosión normativa y doctrinal —esta última de calidad, en verdad, muy desigual— enderezada a una mejor regulación de la información médica desde todos los puntos de vista (*).

El trabajo de Noelia DE MIGUEL —galardonado con el accésit *Protección de Datos Personales 2002*, otorgado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)— tiene el primer e inusual mérito

(*) La profusión de trabajos no se limita al panorama nacional y, desde luego, en otros países el interés doctrinal por esta materia ha sido mucho más precoz. Así, quiero pensar ahora en tres investigaciones italianas en la materia: J. MONDUCI, *Diritti della persona e trattamento dei dati particolari*, Milano, 2003, págs. 83 a 138; G. P. ZANETTA y C. CASALEGNO, *La tutela della privacy nella sanità (il trattamento dei dati personali e sensibili)*, Milano, 1998, así como C. CASONATO, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Trento, 1995, en cuyas págs. 125 y ss. se abordaba ya esta problemática en el ordenamiento español entonces vigente. Para España, remitimos ahora a los trabajos de M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a 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*, Civitas, Madrid, 2003; R. DE LORENZO y MONTERO, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003, así como P. GONZÁLEZ SALINAS y E. LIZÁRRAGA BONELLI (coords.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 2004.

to de estar dotado de una sistemática clara y ordenada, yo diría que transparente. Junto a ello, debe destacarse que la investigación indaga, en su mayor parte, en aspectos muy específicos dentro de un ámbito de estudio de por sí ciertamente especializado, como es el de los datos personales relativos a la salud, y, en este sentido, la autora ha tenido la honestidad —tampoco del todo frecuente en una época en la que, bajo el disfraz de títulos rutilantes o de aparente sistematicidad, se ofrecen a la comunidad científica incursiones más bien sectoriales— de traslucir dicha opción metodológica desde el propio subtítulo del trabajo. Como se comprenderá, ello en nada empece el valor de esta obra, antes al contrario, en la medida en que resulta indudable que los sectores estudiados (SIDA, reproducción asistida e información genética) constituyen, al menos desde el punto de vista cualitativo, una parte muy destacable de los tratamientos de datos sanitarios.

La estructura, decíamos, es diáfana. De un total de tres capítulos, el primero de ellos se encierra —como viene siendo ya habitual en los trabajos que abordan la problemática de la protección de datos— a un tratamiento doctrinal intenso acerca de la sustantividad del derecho de autodeterminación informativa. Al respecto, la autora concluye que la individualización de un derecho fundamental autónomo a partir de los mimbres del artículo 18.4 CE no está del todo justificada. En este punto estamos, al igual que el prologoista Prof. PIÑAR MAÑAS, en desacuerdo con DE MIGUEL, aunque finalmente los puntos de encuentro sean inevitables. No obstante, es hasta cierto punto razonable que DE MIGUEL sostenga esta postura negadora en la medida en que, como veremos, su estudio se centra primordialmente en la garantía esencial del derecho a la intimidad, la *confidencialidad*, que viene a ser, sin embargo, una más en el ámbito de la protección de datos.

La segunda parte de este capítulo, cuya finalidad primordial es introductoria y de delimitación de conceptos, aborda la proyección de la disciplina relativa a la protección de datos personales en el particular contexto de la sanidad. De ahí el esfuerzo por definir el concepto de *dato de salud*, las operaciones de trata-

miento y las medidas de seguridad a aplicar. La autora sitúa al lector en el complejo entramado normativo que constituye el sistema de fuentes en la materia. Pero, sin duda, es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) la que viene a disciplinar, en esencia, los elementos o facultades integrantes del derecho a la protección de los datos personales en su especial proyección sobre el ámbito sanitario, al análisis de cuyos preceptos más importantes se aplica la autora eficazmente. En relación precisamente con la disciplina jurídica que se deriva de esta norma, son diversas las cuestiones que se suscitan y analizan satisfactoriamente por Noelia DE MIGUEL. De ellas apuntaré ahora sólo algunas.

En primer lugar, conviene reparar en el que me gusta llamar el «mito del consentimiento». Contrariamente a lo que puede escucharse —e incluso leerse— de ciertos especialistas (incluyendo a la propia AEPD, según destaca la autora en pág. 72), no está de más recordar ahora que el tratamiento de datos de salud en el ámbito sanitario *no está condicionado por el consentimiento del afectado*, según se desprende con claridad de lo dispuesto en el artículo 7.6 LOPD, y es razonable, por diversas razones, que así sea. No obstante, es lógico entender que el hecho mismo de solicitar la asistencia sanitaria implique un *consentimiento implícito* para el tratamiento instrumental de los datos personales, porque, en los servicios sanitarios, el uso —no en otra cosa consiste cabalmente el denominado, con cierta grandilocuencia, «tratamiento»— de los datos personales relativos a la salud del paciente es tal vez mucho más esencial que en otros ámbitos. De modo que la ecuación es mucho menos compleja de lo que postulan los «mitificadores» del consentimiento.

Se entiende que el usuario del servicio sanitario consiente implícitamente el uso de sus datos de salud cuando solicita el servicio médico correspondiente, de modo que consentir supone para él ni más ni menos que una *carga*: si expresamente negara su consentimiento para el tratamiento, sencillamente podría no recibir el servicio médico correspondiente. Es así de simple y resulta descorazonador

que ni el legislador comunitario que redactó la Directiva 95/46/CE ni el español hayan advertido a estas alturas la sencillez de este elemental mecanismo sinalagmático, que, evidentemente, resulta trasladable a cualesquiera otros ámbitos materiales en los que se haga uso de datos personales. Ello no quiere decir, ni mucho menos, que a esos tratamientos no deban serles aplicados los preceptos de la LOPDP, y concretamente los principios cardinales enunciados en su artículo 4. Todo lo demás parece que conduce, con escaso realismo, a hacer descansar sobre una institución concreta —el consentimiento— una tutela íntegra y supuestamente taumatúrgica que dicha institución no está, ni mucho menos, en condiciones de garantizar.

En segundo lugar, la aplicación de medidas de seguridad a los ficheros que contengan datos de salud ha resultado ser un fracaso rotundo en nuestro ordenamiento. Las reiteradas noticias de prensa denunciando el abandono de historiales médicos en cubos de basura o contenedores, ¡sobre todo por parte de hospitales públicos!, o el esperpéntico caso del informático sevillano detenido por la Guardia Civil tras apropiarse de 12.000 expedientes clínicos de un centro médico y volcarlos en Internet como venganza por haber sido despedido de este centro por «falta de rendimiento laboral», constituyen algunos ejemplos expresivos de una estrepitosa falta de control en la custodia de la información sanitaria. Una responsabilidad esencial en este ámbito la tiene, claro está, el Ejecutivo, que, al tiempo que ha respondido en sede parlamentaria que el Reglamento de Medidas de Seguridad de 1999 no resulta aplicable a los ficheros manuales (cuando es elemental que algunos de sus preceptos lo serían perfectamente), ha omitido cualquier iniciativa que colme esta artificial laguna. Ello ha conducido finalmente a que no puedan reprimirse muchas de estas conductas, salvo que se aplique, en mi opinión un tanto forzosamente, la sanción por incumplimiento del deber de secreto del artículo 10 LOPDP —art. 44.4.g) LOPDP—.

Finalmente, querría destacar dos cuestiones planteadas por la autora. Por un lado, al hilo del supuesto comentado por Noelia DE MIGUEL relativo a la difusión

en Internet de sentencias condenatorias por delitos relacionados con negligencias médicas, es necesario alzar de nuevo una voz de alarma. En efecto, una vez más resulta preciso recordar que *las sentencias no son fuentes de acceso público*, más allá de la publicidad limitada a que están sometidos los procesos como manifestación de la transparencia exigida en la administración de Justicia por el artículo 120 CE. El Consejo General del Poder Judicial ha limitado, asimismo, la identificación de las partes en las resoluciones judiciales que se remitan para su publicación a través del Reglamento 5/1995, de 7 de junio (art. 5 bis.3). Las únicas sentencias que se erigen en fuentes de acceso público, debido a la exigencia legal de su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado», y respecto de las cuales no se ha dispuesto esta limitación en la identificación de las partes, son las dictadas por el Tribunal Constitucional. Tal vez no estuviera de más una homologación en este sentido con la Justicia Ordinaria. Pero este fenómeno de la difusión pública de sentencias, con finalidades diversas, resulta todavía más preocupante por cuanto parece extenderse como peligrosa moda entre ciertos poderes públicos, ante el fracaso o la simple imprevisión de otro tipo de medidas (recuerdo ahora el caso de la Ley castellano-manchega 5/2001, de 17 de mayo, sobre Normas reguladoras de prevención de malos tratos y de protección a las maltratadas, o su émula, más reciente, la Ley cántabra 1/2004, de 1 de abril), y, lo que es peor, no parece que sus resultados vayan a ser los esperados.

Por otro lado, es patente que la doctrina de los tribunales no está siendo, en muchos casos, acertada. La sentada por el TSJ de Madrid en su Sentencia de 12 de julio de 2000, al considerar que los tratamientos de datos de salud llevados a cabo por médicos en su actividad privada no entraban dentro del ámbito aplicativo de la LOPDP, al poder ser reconducidos a los denominados «ficheros domésticos» a que se refiere su artículo 2.2.a), resultó especialmente desafortunada, como se encarga de destacar la propia autora. Sostener que un médico mantiene un fichero con las historias clínicas de sus pacientes para fines «exclusivamente personales o domésticos» era insostenible y

permitía excluir injustificadamente de la LOPDP un considerable número de actividades profesionales.

El Capítulo II se centra en la confidencialidad en la atención a los enfermos del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). El SIDA es, como señala la autora, «el gran mal que nos ha dejado el siglo XX», y los padecimientos de los afectados —sobre todo una vez que los avances médicos permiten, al menos en los países occidentales, una mayor cantidad y calidad de vida al paciente— pueden ir mucho más allá del plano físico. Existen peligros evidentes de control, estigmatización y discriminación para los enfermos derivados de la utilización perversa de la información personal relativa a esta patología que la autora, con una alta dosis de sensibilidad social, se encarga de analizar. En puridad —como anunciamos en precedencia—, la mayor parte de los desarrollos de este Capítulo —y del siguiente— tiene como objeto fundamental la intimidad, no tanto la protección de datos (la autora llega a hablar de un «derecho a la confidencialidad» como el objeto de análisis y tutela). No obstante, se aborda con gran acierto, junto a asuntos tan importantes como la confidencialidad de los datos sobre enfermos, los peligros de su discriminación social o laboral o la proyección de estos problemas en los médicos afectados por la enfermedad, lo que podría muy bien considerarse un tratamiento jurídico completo de esta devastadora pandemia.

El análisis jurídico de la protección de los datos personales relativos al SIDA, así como de las garantías adecuadas para minimizar los riesgos de control y discriminación social que su uso desviado puede implicar, es todavía más pertinente cuando se ha constatado recientemente en vía judicial la inadecuación de las medidas técnicas implementadas en relación con el fichero *Sistema de Información sobre Nuevas Infecciones por Virus de Inmunodeficiencia Humana* (SINIVIH), creado, en desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 2210/1995, por la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo de 18 de diciembre de 2000, la cual ha sido, en lógica consecuencia, anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 4.ª, de 24 de marzo de 2004 (recurso

núm. 189/2001). A ello debe unirse la decisiva trascendencia de cuestiones tan relevantes como las tensiones entre secreto médico, seguridad de terceros e intimidad de los enfermos o la proyección de este *corpus* de principios en la realización de pruebas de detección de la enfermedad. Todas ellas son abordadas con brillantez y sentido común por Noelia DE MIGUEL.

El libro concluye con un revelador capítulo sobre la confidencialidad en dos ámbitos decisivos de las sociedades avanzadas: las técnicas de reproducción asistida y la información genética. De nuevo, la perspectiva aquí vuelve a ser más la de la intimidad y la confidencialidad que la del tratamiento de los datos personales y, aunque aparentemente vinculados, pienso, sin embargo, que ambos temas deberían haber sido sistemáticamente objeto de capítulos distintos. No obstante, el enfoque y las reflexiones vuelven a ser luminosas y la elección de los problemas el fruto de una aguda capacidad de observación. La autora encara cuestiones tan relevantes como el anonimato del donante en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida —problemática vinculada al concepto clásico de intimidad— o el alcance subjetivo de la confidencialidad de los datos genéticos. En relación con este último fenómeno, resulta especialmente consistente la exposición relativa al carácter «familiar» de la información genética y el derecho de los restantes miembros de la familia (fundamentalmente de los descendientes) a acceder a los datos de esta naturaleza.

Recuerdo a propósito un célebre caso ocurrido en Italia y al que he hecho ya mención en un trabajo reciente: una señora afectada de un glaucoma bilateral, que le había sido transmitido por el padre, se había dirigido a un hospital público universitario con el fin de someterse a un análisis genético para obtener un pronóstico acerca del riesgo de transmisión de dicha patología al *nasciturus* en caso de embarazo. Con el fin de poder realizar la investigación, el hospital universitario había solicitado a otra estructura hospitalaria pública las historias clínicas del padre de la solicitante que se encontraban en su poder, petición que le fue denegada con fundamento en la negación del con-

sentimiento a dicha operación por parte del afectado en relación con sus propios datos genéticos. Solicitada la intervención del *Garante*, éste evacuó la Decisión de 24 de mayo de 1999 en la que señalaba que «un hospital universitario, en cuanto que autorizado previamente para tratar datos idóneos para revelar el estado de salud y la vida sexual, puede acceder a la historia clínica de un sujeto, a pesar de la negativa de éste, cuando dicho acceso se endereza a la tutela de la salud de un tercero y exclusivamente a los datos sanitarios esenciales para la formulación de un pronóstico médico».

Pero la utilización de este tipo de datos nos expone ahora a una nueva y perversa modalidad de control y a riesgos de estigmatización social que la autora acierta a poner en evidencia y a criticar con impecable argumentación jurídica: la discriminación laboral y la selección de riesgos por parte de las compañías aseguradoras con fundamento en informaciones genéticas... Sin embargo, tal vez sea llegado el momento de recomendar vivamente la lectura de este libro, que permitirá al lector comprobar con satisfacción que el mejor razonamiento jurídico, junto a un trasfondo de impecable rigor científico, debe suponer siempre una apuesta axiológica valiente al servicio de la dignidad humana.

Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN
Departamento de
Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

MARTÍN DELGADO, Isaac: *El procedimiento por inexecución en la Justicia Europea* (Prólogo de Luis ORTEGA), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, 190 págs.

La uniformidad, plenitud y simultánea aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros es un requisito fundamental para la existencia de una auténtica Comunidad de Derecho. Desde esta perspectiva, se revela la trascendencia de que el Ordenamiento comunitario prevea medios que permitan obligar a los Estados

miembros a ejecutar las sentencias del Tribunal de Justicia. En este contexto, el artículo 228. 2 CE, introducido por el Tratado de Maastricht, resulta de extraordinaria importancia, pues establece la posibilidad de que el Tribunal de Justicia imponga multas coercitivas o sanciones a tanto alzado a los Estados miembros cuando éstos no adopten las medidas necesarias para ejecutar una sentencia declarativa de incumplimiento del Derecho comunitario.

Pese al sustancial avance para la plena aplicación del Derecho comunitario que, por tanto, ha supuesto la introducción del artículo 228.2 CE por el Tratado de Maastricht y pese a que este escueto precepto presenta evidentes problemas interpretativos, la glosa de este artículo no había acarado una atención especialmente intensa por parte de nuestra doctrina. Y es que ésta se había ocupado del estudio del procedimiento previsto en el artículo 228 CE fundamentalmente a través de, por lo demás meritorios, comentarios a la primera sentencia por la que el Tribunal de Justicia impone una multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia. No obstante, era necesaria, además, una reflexión sistemática y profunda sobre el mecanismo que el Ordenamiento comunitario ha establecido como última garantía de su propio cumplimiento. Afortunadamente, esta laguna doctrinal ha sido colmada brillantemente por la monografía del Dr. MARTÍN DELGADO.

Antes de trazar el esbozo del contenido de la obra objeto de recensión, resulta pertinente destacar que su interés comienza ya en su propio título. Y es que el autor propone una denominación no utilizada hasta el momento por la doctrina y las instituciones comunitarias para hacer referencia al mecanismo establecido en el artículo 228.2 CE: «procedimiento por inexecución». El empleo de este término tiene un explícito fin: distinguir claramente este procedimiento del «procedimiento por incumplimiento» regulado en el artículo 226 CE, ya que, aunque guardan gran similitud procedimental, desde la perspectiva funcional son radicalmente distintos; el procedimiento previsto en el artículo 226 CE persigue un incumplimiento, mientras que el previsto en el artículo 228.2 la inexecución de una sentencia.

Desde el punto de vista de su estructura, el libro se compone de seis capítulos. No