

Personalidad y protección de datos: El supuesto de las personas fallecidas (*)

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
2. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LAS PERSONAS FALLECIDAS:
 - 2.1. LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LOPD.
 - 2.2. EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DE LAS PERSONAS FALLECIDAS.
3. LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS CONTENIDOS EN EL REGISTRO CIVIL.
4. TRATAMIENTO DE DATOS CON FINES HISTÓRICOS DE PERSONAS FALLECIDAS.

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La protección de datos de carácter personal constituye una de las materias más novedosas entre todas las que, en mayor o menor medida, inciden en la conformación del estatuto jurídico de la persona. Por esta razón, tanto el

(*) Con este artículo deseo rendir homenaje a don Manuel CUADRADO IGLESIAS, Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid. En un primer momento me enriqueció con su docencia, posteriormente me honró con su amistad. Sirva, por tanto, este trabajo de reconocimiento a su quehacer científico y profesional y a su persona.

legislador como los jueces y la doctrina han realizado un esfuerzo de conceptualización y de desarrollo de un esquema jurídico en los últimos tiempos. La exigua e indirecta mención que realizaba el artículo 18.4 de la Constitución al respecto ha sido compensada, con posterioridad, con una labor profusa de producción normativa en los últimos quince años —dos leyes orgánicas, cinco normas reglamentarias, tres legislaciones autonómicas, sin mencionar los preceptos específicos en cada regulación sectorial—, seguida de numerosas resoluciones judiciales y obras científicas. Lógicamente, la aparición reciente de la informática no permitía planteamientos sobre el tratamiento de la información personal muy alejados en la Historia.

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación, análisis y desarrollo de esta normativa generaba problemas diversos y variados, cuya existencia y resolución, en ocasiones, no se había planteado. Por ello, en un rápido examen de la regulación de protección de datos en nuestro país se aprecia, antes que nada, un aumento de los preceptos relativos a casos concretos no previstos anteriormente. Esta circunstancia se observa de forma clara en el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante, RPD) (1). La aprobación de un nuevo Reglamento era necesaria, puesto que las regulaciones anteriores se habían promulgado para desarrollar la LORTAD de 1992 y, por ello, se requería la adaptación a la Ley Orgánica de Protección de Datos vigente (Ley 15/1999, de 13 de diciembre). Además, se mejora el régimen de algunos aspectos dotados de una regulación parcial como, por ejemplo, los preceptos relativos a las medidas de seguridad de los ficheros. También se aprovecha la ocasión para fusionar y ordenar la dispersa regulación sobre la materia existente hasta la fecha.

Sin embargo, lo que más nos interesa destacar en este trabajo es la inclusión de nuevos artículos relativos a supuestos que se habían planteado en la práctica y que habían sido resueltos por las Agencias de Protección de Datos sin apoyo normativo específico. En numerosos casos, se plantearon problemas derivados de la determinación del ámbito de aplicación de la regulación de protección de datos: el tratamiento de datos incluidos en los ficheros con fines domésticos o personales, el tratamiento de datos de empresarios individuales y de personas jurídicas o el régimen aplicable al tratamiento de datos de personas fallecidas. Pues bien, la mayor parte de los supuestos mencionados se incluyen en los preceptos relativos al ámbito de aplicación del RPD (art. 2). En este artículo vamos a analizar el supuesto de los datos de personas fallecidas. Por otra parte, la concepción de la personalidad como presupuesto de la consideración de una información como dato de carácter personal y, con ello, de activación del régimen de protección de datos, plantea ciertos inte-

(1) El Reglamento ha sido aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *BOE* de 19 de enero de 2008.

rogantes relativos a algún supuesto de determinación del comienzo de la personalidad. Concretamente, nos referimos al supuesto del *nasciturus*, ¿se puede hablar de datos de carácter personal del concebido y no nacido? ¿Es éste titular del derecho a la protección de datos? Aunque la regulación de protección de datos no contiene ningún precepto relativo a este caso, sí podemos apuntar que la doctrina se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre esta cuestión (2). En cualquier caso, no es este el tema principal que nos ocupa en estas líneas.

La protección de los datos de personas fallecidas plantea múltiples problemas. Con anterioridad a la promulgación del nuevo RPD, la protección de los datos de personas fallecidas no había sido contemplada en ninguna regulación, quizás por la consideración simple de la no existencia de datos personales, ante la ausencia del presupuesto de la personalidad, según establece el artículo 32 del Código Civil. El artículo 2 del RPD no altera en ningún caso el régimen de la norma civil, sin embargo sí introduce ciertas especificaciones relativas a la legitimación de ciertas personas para solicitar la cancelación de los datos de los fallecidos. Más bien, podría decirse que este precepto supone, en cierta medida, la cristalización de la doctrina generada al respecto por la Agencia Española de Protección de Datos, ante el silencio normativo anteriormente reseñado y la necesidad de proporcionar cumplida respuesta a las consultas y reclamaciones formuladas ante aquella instancia (3).

Es necesario, por tanto, analizar cuál es la naturaleza de dicha legitimación, puesto que, sin prejuzgar ahora la solución, podría suponer una novedad conceptual sin precedentes en la anterior normativa de protección de datos. Sin embargo, existe un problema cuyo planteamiento debe formularse con

(2) El Tribunal Constitucional ha afirmado que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, el cual, como presupuesto básico, impediría el reconocimiento de otros derechos, como los reconocidos en el artículo 18 de la Constitución (STC 53/1985, de 11 de abril). Sin embargo, diversos autores admiten la titularidad de estos derechos por analogía con el régimen reconocido a las personas jurídicas, ante el silencio de la normativa de protección de datos al respecto. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, 1999, pág. 309; también ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 105; también se ha sostenido que estos datos pueden considerarse como datos de la madre o propios de aquél. HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Comentarios y textos*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 77-78. Por su parte, SÁNCHEZ CARAZO estima que la información sobre el *nasciturus* son datos de salud equiparables a los del menor. SÁNCHEZ CARAZO, C., y SÁNCHEZ CARAZO, J., *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999, pág. 175.

(3) Sobre el valor de la doctrina de la Agencia Española de Protección de Datos en la elaboración del RPD, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Consideraciones generales», en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 2, enero-junio de 2007, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 73-74.

carácter previo: es el relativo a la legalidad de regular esta materia por medio de una norma de rango reglamentario. La determinación de la naturaleza de la facultad concedida en el artículo 2.4 del RPD a las personas en él mencionadas incide en esta cuestión, puesto que el derecho de cancelación constituye parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Si éste fuera el supuesto contemplado en el artículo 2.4, su regulación podría verse afectada por el principio de reserva de ley. Sin embargo, el supuesto aludido no constituye un caso de transmisión de los derechos del fallecido a los familiares o similares, pues, como vamos a ver a continuación, no nos encontramos ante un derecho de cancelación que forme parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, sometido, por tanto, al principio de reserva de ley.

No obstante lo anterior, existe algún antecedente en la regulación sobre los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que es conveniente tener en cuenta. En la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se contemplan diversos supuestos de ejercicio de las acciones respecto de personas fallecidas que pueden servir como instrumentos de utilidad para el esclarecimiento de los interrogantes que nos planteamos. En concreto, nos puede ayudar a determinar quiénes son las personas legitimadas. Además, tampoco podemos olvidar que existen otras regulaciones sectoriales que contienen preceptos que inciden de forma directa en el tratamiento de los datos de personas fallecidas. En este sentido, debemos tener en cuenta la regulación contenida 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, sobre el acceso a la historia clínica de los fallecidos, así como lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sobre la consulta de documentos que contengan datos personales de aquéllos.

En definitiva, la publicación del RPD ha incluido algunas soluciones sobre cuestiones de ámbito de aplicación que ya se habían planteado en la práctica, las cuales afectan de forma directa al régimen de la personalidad (también incluye preceptos relativos a personas jurídicas). Si la persona es presupuesto necesario del concepto de dato de carácter personal, es obligado resolver aquellos problemas derivados de la determinación de los momentos de comienzo y extinción de la personalidad. Además, este estudio requiere tener presente en todo momento la consideración del derecho a la protección de datos como derecho fundamental y de la personalidad, puesto que el reconocimiento de éstos a las personas fallecidas no es pacífico.

2. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

El tratamiento de los datos relativos a las personas fallecidas es una cuestión que no ha recibido hasta la fecha especial atención por parte del legislador ni de la doctrina. El silencio de la normativa de protección de datos —roto por el art. 2.4 del RPD— resultaba muy elocuente y ofrecía una pista clara de la posición adoptada por aquélla respecto de este tipo de información. En realidad, la LOPD no hace referencia alguna a este supuesto de tratamiento porque no considera datos de carácter personal los relativos a los fallecidos.

A tal efecto, ya nos habíamos manifestado con anterioridad en el mismo sentido. En concreto, consideramos en su momento —y mantenemos ahora— que, de acuerdo con el artículo 32 del Código Civil, según el cual, «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», tras el fallecimiento ya no existe persona alguna. Por otra parte, el artículo 3.a) de la LOPD define los datos de carácter personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables», y la letra e) del mismo precepto dice que son interesados —o afectados, término éste que no es del agrado de cierto sector doctrinal, por el pretendido matiz de consideración negativa que introduce respecto de estas personas— «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo». Pues bien, podemos concluir que si el fallecido no es considerado persona, la información relativa al mismo tampoco puede ser considerada dato de carácter personal (4). En tales casos, no es posible reconocer el ejercicio de los derechos reconocidos en la LOPD ante la inexistencia de sujeto de derecho alguno (5). En correspondencia con la Ley civil, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en repetidas ocasiones respecto

(4) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 288-289; también GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, julio-diciembre de 1996; asimismo han sostenido esta postura algunas autoridades de control españolas: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 365/2006, sobre tratamiento y cesión de datos de personas fallecidas*, pág. 1; también, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre tratamiento de datos de personas fallecidas*, de 23 de mayo de 2003, pág. 2; todos estos documentos y los reseñados en las siguientes notas de la Agencia Española se pueden encontrar en www.agpd.es; AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Informe sobre el acceso a los datos de una persona fallecida obrantes en un determinado expediente de servicio de ayuda a domicilio*. Datospersonales.org, núm. 29-28 de septiembre de 2007, pág. 1, www.madrid.org.

(5) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Resolución de 12 de junio de 2007*, Expediente núm. E/344/2005.

de la negativa al reconocimiento de diversos derechos fundamentales a las personas fallecidas, por ejemplo, el derecho a la intimidad, por cuanto se considera de carácter personalísimo y su existencia se vincula a la dignidad de la persona. Circunstancias que han permitido a algún autor aplicar esta doctrina al derecho a la protección de datos (6).

Es obvio que la legislación de protección de datos establece dos presupuestos fácticos, cuales son el dato de carácter personal y su tratamiento, cuya concurrencia determina la aplicación de aquélla al supuesto de hecho de que se trate (7). En correspondencia con lo anterior, podemos observar que el artículo 2 del RPD, al referirse a los fallecidos, alude expresamente en su párrafo 4.º a los «datos», sin añadir a tal expresión la apostilla «de carácter personal». No obstante, este precepto es claro a este respecto, pues establece en su parte inicial que «este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas». En este sentido, la nueva referencia introducida por el RPD no altera la concepción que se deducía de la LOPD, puesto que su silencio no puede interpretarse como un olvido o vacío que es necesario llenar, sino como una omisión voluntaria que quiere poner de manifiesto la exclusión de los tratamientos de estos datos del ámbito de aplicación de la Ley, por la falta del presupuesto básico de la persona.

Ahora bien, también parece claro que tal conclusión es aplicable solamente respecto de aquella información relativa a las personas una vez que han fallecido. En este sentido, hasta que no se posee la certeza del fallecimiento de la persona, no es posible sostener la exclusión de sus datos del ámbito de aplicación de la LOPD: los ficheros y los datos que contienen estarán sometidos a dicho régimen, pues, en pura lógica, la incertidumbre respecto de la vida del interesado, se resuelve en la imposibilidad de sostener su fallecimiento (8). Por supuesto, también serán de aplicación los principios y deberes como, por ejemplo, el de cancelación, cuando la persona cuya muerte no se podía afirmar por estar desaparecida, apareciese muerta (9). En nuestra opinión, parece claro que la misma solución debe aplicarse en los casos de declaración de fallecimiento, dada su asimilación a la muerte, según se dedu-

(6) SERRANO PÉREZ, M. M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, pág. 276.

(7) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», en *IDP: Revista Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, Universidad Abierta de Cataluña, págs. 51-52, www.idp.uoc.edu.

(8) Es obvio que las situaciones de indeterminación de la vida de las personas como, por ejemplo, el caso de los desaparecidos, no implica la exclusión de los datos de aquéllas del ámbito de aplicación de la LOPD. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre el tratamiento de los datos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal*, año 2000, pág. 1.

(9) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Informe sobre el tratamiento de los datos para la localización...*, pág. 2.

ce de los artículos 193 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, no se puede predicar la misma solución para aquellos datos generados todavía en vida de tales individuos.

Hasta la fecha del fallecimiento sí existía una persona y sus datos eran de carácter personal. Por ello, existen ciertos aspectos relativos a esos datos que sí requieren la atención y protección que brinda la Ley. Con el fallecimiento se produce un hecho que, como consecuencia de la desaparición de la persona, es constitutivo de una nueva situación que condiciona de forma decisiva el tratamiento de numerosa información personal. De ahí que el RPD otorgue la facultad, a personas cercanas al fallecido, de reclamar la actualización de la información, previa notificación del fallecimiento. Establece el artículo 2.4, tras afirmar la no aplicación del Reglamento a los datos de los fallecidos, que «No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos».

2.1. LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LOPD

Como se deduce de la lectura del precepto mencionado, los familiares y personas análogas pueden hacer dos cosas: en primer lugar, notificar el fallecimiento del interesado al responsable y, en segundo lugar, solicitar la cancelación de sus datos con el fin de actualizar la información relativa al mismo que se alberga en el fichero, en su caso. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de las facultades de actuación reseñadas: son verdaderos derechos asimilables a los reconocidos por la legislación de protección de datos a los interesados sobre sus propios datos?

La Agencia Española de Protección de Datos se ha manifestado en fechas recientes respecto de esta cuestión, en nuestra opinión de forma muy acertada (10). Este informe se emitió en virtud de una consulta formulada a la Agencia, en la que se le solicitaba que informase sobre la aplicación de la normativa de protección de datos a las personas fallecidas y el modo de ejercicio de los derechos de la LOPD por parte de los herederos del fallecido. Tras recordar la no aplicación de esta normativa a los datos de los fallecidos, conforme establece el artículo 2.4 del RPD, afirma que las facultades conce-

(10) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Informe 61/2008, sobre aplicación de las normas de protección de datos a personas fallecidas.*

didadas a las personas mencionadas en el mismo no constituyen reconocimiento de los derechos establecidos en la LOPD. Más bien se trata de una comunicación que actúa como presupuesto necesario de cumplimiento del deber de actualización del responsable establecido en el artículo 4.4 de la LOPD. En efecto, debemos tener en cuenta que el fallecimiento es, precisamente, la situación fáctica que genera la inexactitud del fichero, por lo que el deber de actualizarlo del responsable depende de su conocimiento (11). Si bien sobre los familiares no recae un deber de notificación —el RPD dice que «podrán»—, sin embargo si no se realiza aquélla, no se puede alegar incumplimiento por el responsable del fichero de sus deberes.

Por otra parte, tampoco la solicitud de cancelación, cuando proceda, de los datos del fallecido, constituye ejercicio alguno del derecho de cancelación de la LOPD. Se trata de una reclamación tendente a permitir el cumplimiento del deber de actualización, al que ya nos hemos referido. Ahora bien, dicho deber recae sobre el responsable con independencia de la posibilidad de instar la cancelación por las personas mencionadas en el artículo 2.4. Por tanto, entendemos que si el responsable tuviere conocimiento del fallecimiento por otros medios distintos a la notificación, debería entonces proceder a dicha cancelación de oficio. Lógicamente, la cancelación de los datos no es consecuencia necesaria de la notificación del fallecimiento (12), pues en muchas ocasiones es preciso el mantenimiento de la información y de su tratamiento, con el fin de satisfacer sus fines. Así se deduce del artículo 16.5 de la LOPD (13).

La notificación está limitada al fallecimiento del interesado, el cual deberá ser acreditado de forma suficiente. La expresión goza de gran amplitud, lo cual parece admitir medios de acreditación o prueba que no sean fehacientes. Por ello, podría admitirse toda documentación que genere la apariencia de la muerte, aunque no sea emitida por una entidad o funcionario públicos que proporcionen fe pública del hecho: por ejemplo, la documentación del tanatorio o del cementerio, entre otros. La notificación y la solicitud de cancelación podrán efectuarse por los familiares y personas de relación análoga. Se trata de personas que mantenían con el fallecido relaciones de afectividad

(11) El Consejo de Estado manifiesta que la inexactitud «puede» derivar del fallecimiento. Aunque podría derivar aquélla de otra causa, sin embargo el artículo 2.4 del RPD parece pensar en el supuesto del óbito, como se deduce de la facultad concedida de notificar el mismo y solicitar después la cancelación, si procede. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Proyecto de Reglamento de desarrollo de la LOPD*, 15 de noviembre de 2006, reseñado en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 61/2008...*, pág. 3.

(12) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 61/2008...*, pág. 4.

(13) «Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado».

fácticas análogas a las de los diversos miembros de la familia. Sobre este punto, volveremos después cuando analicemos las personas legitimadas para acceder a la historia clínica de una persona fallecida.

En relación con lo anterior, es ya tradicional la discusión relativa a la naturaleza de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones en defensa de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen de las personas fallecidas. La Ley 1/1982, de 5 de mayo, ha adoptado diversas soluciones: en primer lugar, la persona designada en testamento, en segundo lugar, determinados familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos); y en tercer lugar, el Ministerio Fiscal (art. 4). La defensa de los derechos de la personalidad del fallecido se ha justificado desde diversos puntos de vista: la supuesta prolongación de la personalidad que propugnaba un sector de la doctrina alemana (14), la consideración de los herederos como fiduciarios que reciben el encargo de defender al fallecido en sus derechos (15), encargo en interés ajeno que les convierte en custodios de su buen nombre o reputación (16); o la inclusión en la herencia del derecho a exigir respeto a la memoria del fallecido (17). En principio, se han sostenido tres posibles causas de legitimación: la transmisión sucesoria, el otorgamiento *ex novo* de un derecho por la Ley, y el reconocimiento legal del ejercicio de la acción en defensa de la memoria del fallecido (18). Como dispone el Preámbulo de la Ley 1/1982, el objeto de protección de estas acciones es la memoria del fallecido, de donde se deduce la posibilidad de que pueda defenderse por otras personas (19). En la sentencia 190/1996, de 25 de noviembre, el Tribunal Constitucional afirma que la memoria, aunque no constituye objeto de un derecho fundamental, sin embargo sí es interés digno de protección. Como afirma GRIMALT SERVERA, cuan-

(14) LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 163.

(15) O'CALLAGHAN, X., *La Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen*, EDESA, Madrid, 1991, pág. 73; también, CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Alcobendas (Madrid), 1995, pág. 55.

(16) ALONSO PÉREZ, M., «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 117-137.

(17) SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Comentario al artículo 659 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1990, pág. 21; también SÁNCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 659 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pág. 1662.

(18) GARCÍA PÉREZ, C., *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 106-10.

(19) BODAS DAGA, M. E., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 152.

do se lesiona la memoria se perturba el recuerdo que tienen las personas, pero no se vulnera derecho de la personalidad alguno (20).

Ahora bien, la mayoría de la doctrina, así como el Tribunal Constitucional, sostienen que el ejercicio de las acciones a que se refieren los artículos 4 a 6 de la Ley 1/1982 no constituyen un supuesto de derecho propio. En el caso de los familiares a que se refiere el artículo 4.2, se trata de un supuesto de legitimación basado en la existencia de un interés propio que se ve perjudicado por el ataque a la memoria del fallecido. También en el supuesto de las personas designadas en el testamento, se puede considerar que se trata de personas afectadas por dichas vulneraciones (21). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha avalado la posibilidad de solicitar el amparo por quien no es titular directo del derecho vulnerado. En la sentencia 214/1999, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), se afirmó que el amparo se puede plantear, no sólo por los titulares de un derecho subjetivo, sino también por quienes invocan un interés legítimo: Violeta Friedman estaba legitimada, pues la ofensa se dirige contra un colectivo al que pertenece, por lo que ostenta dicho interés.

La doctrina ya se había planteado las posibilidades de actuación de los familiares del fallecido respecto de sus datos personales generados en vida. Algunos autores admiten la aplicación analógica de la Ley 1/1982 para cubrir lo que, a su juicio, constituye un vacío de la LOPD, mediante la admisión de los supuestos de transmisión de derechos y acciones que se recogen en la misma y en otras leyes (22). Sobre la base de la cercanía existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, también se ha admitido el ejercicio de derechos propios por parte de los familiares, con el fin de evitar la quiebra de régimen de protección de datos (23). En nuestra opinión, la facultad de notificación y la solicitud de cancelación del artículo 2.4 del RPD pueden constituir un supuesto de interés legítimo de los mencionados en dicho precepto. Como vamos a ver a continuación, existen supuestos concretos en los que los familiares pueden tener derechos sobre los datos del fallecido, sin embargo parece que las facultades antes mencionadas presuponen la existencia de un interés legítimo: respetar la memoria y el nombre del fallecido, por ejemplo. Por lo demás, la legitimación del artículo 2.4 es similar a la establecida en el artículo 4.2 de la Ley 1/1982. Aunque en

(20) GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 75.

(21) CABEZUELO ARENAS, A. L., «Breves notas sobre la protección *post mortem* de honor, intimidad e imagen», en *Diario La Ley*, núm. 4708, de 8 de enero de 1999, págs. 1577-1579; también, GARCÍA PÉREZ, C., *ob. cit.*, pág. 120.

(22) ORTÍ VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de los ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Comares, Granada, 1994, pág. 111 y sigs.

(23) SERRANO PÉREZ, M. M., *ob. cit.*, pág. 277.

este precepto solamente se alude a familiares, sin embargo parece obvio, como ya se ha sostenido (24), que el mismo debe ser interpretado de forma extensiva. Incluso, también se ha afirmado que debería ampliarse la legitimación a aquellas personas que mantenían vínculos de amistad con el fallecido (25). En nuestra opinión, esta solución estaría más justificada, si cabe, en el caso del artículo 2.4 del RPD, puesto que el fin que se persigue es facilitar la adecuación de los datos a la realidad generada por el fallecimiento, por lo que cualquiera que fuera conocedor de tal hecho debería estar facultado, al menos, para notificarlo.

En este sentido, la Ley reguladora del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, adopta una posición de extensión de la legitimación para notificar el fallecimiento al Registro Civil: según el artículo 84, «deberán promover la inscripción por la declaración correspondiente los parientes del difunto o habitantes de la misma casa, o, en su defecto, los vecinos. Si el fallecimiento ocurre fuera de casa, están obligados los parientes, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa en que hubiera ocurrido o la autoridad gubernativa». Si todas estas personas están legitimadas para notificar el fallecimiento con el fin de incluir esta información en el Registro, que constituye prueba plena de los hechos inscritos, mayor razón debería haber para posibilitar la notificación del fallecimiento a otros ficheros que no proporcionan un efecto jurídico de tal naturaleza. La solución adoptada por la Ley del Registro Civil se justifica por el interés en mantener actualizada la información contenida en el mismo, para lo cual puede servir la declaración de cualquier persona que tenga noticia directa del fallecimiento: se trata de personas que han podido presenciarlo. Parece, por ello, razonable pensar que idéntico objetivo se puede conseguir en la actualización de los datos de cualquier fichero, sobre todo cuando la legislación de protección de datos impone al responsable un deber en tal sentido.

De todas formas, existe un factor que podría generar ciertas dificultades de asimilación, o siquiera de acercamiento, de las regulaciones de la Ley 1/1982 y del RPD. En el primer caso, la legitimación otorgada en los diferentes casos persigue la defensa ante una vulneración de la memoria del fallecido (de ahí que se amplíe aquella, por ejemplo, al Ministerio Fiscal). En el segundo caso, se trata de unas facultades que no tienen por objeto la reacción ante un ataque, sino más bien lo contrario: se pretende informar del fallecimiento al responsable del tratamiento, con el fin de poder evitar posteriores reclamaciones y, en su caso, de solicitarle la cancelación, sin que la misma lleve aparejada, en un primer momento, sanción alguna.

Por otra parte, en muchas ocasiones el tratamiento de los datos de personas que han fallecido puede constituir una vulneración, no sólo del derecho

(24) GRIMALT SERVERA, P., *ob. cit.*, págs. 77-78.

(25) CABEZUELO ARENAS, A. L., *ob. cit.*, pág. 1579.

a la protección de datos de aquéllas, sino también de otros bienes jurídicos y derechos reconocidos en la Constitución. En particular, nos referimos a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen. En relación estos derechos, los artículos 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen permiten que las personas designadas por el fallecido en el testamento, determinados familiares y el Ministerio Fiscal puedan ejercitar la acciones correspondientes en defensa de estos derechos. Puede ocurrir que el tratamiento de los datos afecte a tales derechos y no se establezca la protección adecuada de los mismos. Por esta razón, afirma la Agencia Española de Protección de Datos que, aunque la LOPD no sea aplicable a la información de personas fallecidas, es necesario que el responsable del tratamiento adopte las medidas necesarias y cumpla los deberes que correspondan para evitar el conocimiento de tales datos en defensa de los derechos y bienes mencionados (26).

Aunque el RPD no alude a otros supuestos, también se ha planteado la posibilidad de reconocer a terceros el derecho de acceso a los datos de la persona fallecida. La Agencia Española ha reconocido tal derecho a los herederos del fallecido, siempre que el acceso sea un medio de preservación de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, derechos para cuya defensa están facultados, en virtud de la Ley 1/1982 (27). Sin embargo, no se les reconoce derecho de acceso alguno fuera de tales supuestos (28). De esta forma, no son titulares del derecho de acceso reconocido en la LOPD, sino de una facultad de defensa de otros bienes jurídicos reconocida por la Ley 1/1982. En este sentido, los herederos tienen derecho a conocer los datos del causante que sean de interés por su posición como tales herederos: por ejemplo, el derecho a conocer la composición del caudal hereditario. Pero, en estos casos el derecho a conocer esta información no es manifestación del derecho de acceso de la LOPD, sino una facultad derivada del fenómeno sucesorio. Como comprobaremos más adelante, se trata de una solución idéntica a la establecida en la legislación sobre información y documentación clínica, en la que el acceso a la historia por parte de terceros se basa en su propio derecho a la salud, no el reconocimiento de los derechos consagrados en la LOPD.

En cualquier caso, la legitimación en estos casos solamente alcanza al acceso a los datos del fallecido, sin que se justifique el conocimiento de los datos relativos a otras personas vivas conectados con los anteriores, por cuanto los

(26) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 365/2006...*, pág. 2; también, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Resoluciones de 28 de abril de 2005 y 28 de octubre de 2005*.

(27) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre el ejercicio del derecho de acceso por los herederos del afectado*, año 2002, pág. 1.

(28) En el mismo sentido, GUERRERO PICÓ, M. C., *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, págs. 229-232.

mismos sí son objeto de protección por parte de la normativa de protección de datos y se someten, por tanto, a su régimen jurídico —por ejemplo, a la necesidad de que concurra el consentimiento del interesado— (29). A este respecto, el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es más claro, según vamos a comprobar, al prohibir el acceso a los datos de la historia clínica que puedan perjudicar a terceras personas y a las anotaciones subjetivas incluidas por los profesionales médicos.

Sin embargo, la solución anterior no ha sido la única adoptada en los países de nuestro entorno. En algunos casos, se ha otorgado el acceso a los datos del fallecido a determinados terceros. Así, el artículo 14.4 de la Ley argentina de Habeas Data establece que «el ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo —derecho de acceso— en el caso de los datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales». En refuerzo de dicha facultad, el artículo 34 de la misma Ley otorga a los sucesores en general la legitimación activa para el ejercicio de la acción de protección de datos personales o de *habeas data*, por la que, entre otros fines, se «podrá tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos...». Es decir, se trata de una acción o mecanismo procesal que sirve de cauce para el ejercicio del derecho de acceso. En este caso, no consideramos que se reconozca un verdadero derecho de acceso a tales sucesores, por cuanto en este precepto solamente se habla de ejercicio. Sin embargo, tampoco alcanzamos a entender cuál puede ser la causa que justifique esta declaración general, sin que el mero fallecimiento pueda legitimar tal solución. Es decir, el ejercicio del acceso por parte de los sucesores debe justificarse en cada caso por algún motivo: necesidad de conocer los bienes del causante, preservación de la salud, posibles beneficiarios de un seguro, etc. Sin embargo, no puede existir una justificación de carácter general que autorice al ejercicio en cualquier circunstancia de dicho derecho. Por lo demás, no se trata del ejercicio de un derecho perteneciente al fallecido, por razones obvias ya señaladas. Por todo lo anterior, consideramos que no es adecuado a la naturaleza de este derecho el reconocimiento de una facultad de ejercicio general a los sucesores del fallecido.

2.2. EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Una manifestación clara de lo anterior es el supuesto del tratamiento de los datos sanitarios de personas fallecidas. Es innegable que, en multitud de supuestos, está plenamente justificado el tratamiento de datos de perso-

(29) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Resolución de 8 de septiembre de 2006*. Procedimiento sancionador PS/00043/2006.

nas fallecidas, con lo que quiebra así, el principio de calidad de los datos, concretamente su manifestación del deber de actualización. Antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, debemos poner de manifiesto que en estas líneas vamos a referirnos al acceso por parte de los familiares y allegados, ya que es éste el supuesto al que se refiere el artículo 2.4 del RPD, con el que pretendemos contrastar la regulación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Por supuesto, existen otras personas que por motivos profesionales acceden a las historias clínicas: los profesionales médicos, el personal de administración y los terceros externos y ajenos a la organización sanitaria (30). Todos ellos poseen diversas posibilidades de acceso a la historia clínica, conforme se deduce de la Ley 41/2002 y ha puesto de manifiesto la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (31). Sin embargo, debemos centrar nuestro análisis en los sujetos y grupos aludidos: familiares y allegados o asimilados.

Existen otros casos de acceso, justificados por razón de un proceso judicial, epidemiológicos, de investigación o docencia. En relación con el acceso a los datos para la satisfacción de estos fines, el artículo 16.3 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 (32), establece que «el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso». Como podemos comprobar, este precepto no establece distinción alguna entre pacientes vivos o fallecidos y remite a la LOPD para regular el acceso con dichos fines. Pues bien, si tenemos en cuenta la exclusión del ámbito de aplicación de esta normativa a los datos de los fallecidos, unido a la

(30) Sobre el acceso a la historia clínica por parte de estas personas, FERNÁNDEZ-GALIANO, B., *Los límites al acceso a las historias clínicas*. Datospersonales.org, núm. 21, mayo de 2006. Esta publicación se puede encontrar en www.madrid.org

(31) AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, «Recomendación 2/2004, de 30 de julio, sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas», en *BOCM* núm. 191, de 12 de agosto de 2004.

(32) *BOE* núm. 274, de 15-11-2002.

reducción de exigencias que la LOPD establece respecto del tratamiento de estos datos, podríamos afirmar que este supuesto de acceso no se somete a las prescripciones establecidas en el artículo 18 de la Ley 41/2002, que analizaremos a continuación. Eso sí, siempre que concurra el consentimiento del paciente si sus datos no se han anonimizado.

El artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que «los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica, motivado por un riesgo para su salud, se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros» (33). Se trata de información cuyo tratamiento responde a una variedad amplia de objetivos —sanitarios, de afirmaciones personales, entre otros—, por lo que era necesaria la promulgación de una regulación que contemplase el acceso a estos datos desde distintas ópticas y con diversos propósitos, ante los cambios que la ciudadanía ha sufrido en sus derechos y la necesidad de establecer garantías de ejercicio de los mismos (34). En consonancia con la amplitud de fines a los que se puede destinar la información de salud, el concepto de dato médico —como tipo de dato de salud, pues este último se considera, en pura lógica, más amplio (35)— también debe entenderse en un sentido extensivo, con el fin de incluir en el mismo informaciones como las de carácter genético, las cuales son consideradas como datos de salud de las personas (36),

(33) Este artículo y los demás de la Ley 41/2002, relativos al acceso a la historia clínica, tenían como precedente, siquiera incompleto, el artículo 61 de la Ley 17/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, según el cual: «En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes».

(34) RIPOL CARULLA, S., «El tratamiento de los datos médicos y genéticos en la Administración sanitaria», en *El derecho a la intimidad y a la privacidad y las Administraciones Públicas* (Dir.: BELLO JANEIRO, D.; Coord.: HEREDERO HIGUERAS, M.), Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pág. 144 y sigs.

(35) 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 y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, pág. 586 y sigs.

(36) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre el tratamiento de los datos para la localización de personas desaparecidas...*, pág. 2.

o la derivada de la documentación administrativa incluida en las historias clínicas relativa a los pacientes (37).

Es obvio que los datos incluidos en la historia clínica hacen referencia a patologías y otros aspectos de épocas pasadas, en las que la persona estaba viva. Este precepto admite el acceso a determinados datos contenidos en la historia limitado, según el mismo, a aquellas personas que mantenían relaciones familiares con el fallecido o de afectividad similar y se requiere la voluntad expresa del fallecido para impedir el acceso. Como se puede comprobar, se trata de una solución diferente a la establecida cuando el paciente está todavía vivo, pues en tal caso el artículo 18.2 de la Ley establece que «el derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada». Es decir, el derecho corresponde en este caso al interesado, con independencia de que el mismo se ejerza a través de terceras personas. De forma similar, el artículo 5.1 de la Ley establece que las personas con relación familiar o de hecho pueden acceder a la historia clínica del paciente vivo cuando éste consienta de forma expresa o tácita (38). Como se puede comprobar, en este caso se admite la declaración tácita de voluntad, a diferencia de la prohibición establecida en el artículo 18.3 respecto del acceso a la historia de las personas fallecidas, que debe ser expresa. De todas formas, la diferencia principal entre ambos supuestos radica, en nuestra opinión, en los mecanismos jurídicos de acceso reconocidos a los terceros, pues parece que en el caso de los datos de personas vivas no se reconoce a aquéllos derecho alguno en tal sentido ni se puede afirmar que nos encontramos ante un supuesto de cotitularidad del derecho a la información sanitaria (39). En el supuesto de las personas fallecidas, la Ley 41/

(37) En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Europa en la Recomendación número 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, que considera dato médico: «los datos de carácter personal relativos a la salud de la persona. Afecta igualmente a datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas». Se puede consultar el texto de esta resolución en http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/

(38) Este requerimiento no se incluyó en las regulaciones anteriores. Concretamente, el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establecía, en su apartado 5.º, que: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:... 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». No obstante, se sostenía por la doctrina que el acceso de los familiares y asimilados a la historia clínica debía permitirse sólo en aquellos casos en los que el paciente no podía recibir la información, estableciendo así un criterio de supletoriedad respecto del paciente. ROMEO CASABONA, C. M., «Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles», en *Información y Documentación Clínica*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, pág. 317.

(39) OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», en *Cuadernos de Bioética*, XVII, 2006/1.ª, pág. 31.

2002 no es tan clara, pues admite el acceso si no se prohíbe por el interesado y elimina, por ello, la autorización, a la vez que va más allá del ejercicio del acceso por representación, como es lógico.

Sin embargo, cuando estas personas soliciten el acceso por motivos de riesgo para su propia salud, se admite el acceso a los datos cuyo conocimiento se justifique por dicha causa. Aunque la redacción de este precepto no es muy clara, es lógico afirmar que la voluntad del fallecido no puede evitar el acceso a la historia en estos supuestos. Es obvio que la protección de los datos de aquél encuentra un límite legítimo en la protección de la salud de los familiares y personas que mantuvieron relaciones de diversa índole con el primero. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 41/2002 pone de manifiesto la necesidad de conjugar los derechos individuales con la protección de la salud pública (40). Ahora bien, el objetivo del acceso de familiares y similares puede satisfacerse con el conocimiento, exclusivamente, de información médica. De ahí la prohibición de acceder a los datos del fallecido pertenecientes al ámbito de su vida íntima —que no añaden más valor a los datos de las patologías ya detectadas— y a las apreciaciones subjetivas de los profesionales que asistieron al difunto. En este último caso, se pretende proteger la intimidad de estos profesionales, pues en caso contrario se mermaría en gran medida el desarrollo adecuado de su profesión. Esta fue la tesis que sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Gaskin* (41).

Gaskin era un ciudadano británico que solicitó el acceso a los ficheros de una institución en las que había pasado parte de su vida infantil y juvenil, con el fin de conocer determinada información referente a su formación. El Tribunal resolvió negativamente su pretensión, pues entendía que dicho acceso podía poner en peligro la integridad de los archivos públicos, así como los derechos de los educadores y trabajadores de la institución que participaron en la educación del reclamante, ya que se alegaba que en tales ficheros se incluían apreciaciones subjetivas, psicológicas y demás, cuyo conocimiento por el interesado no estaba justificado. En fin, idénticas soluciones han sido propuestas por otros organismos y grupos de trabajo en esta materia (42).

Existen determinadas categorías de datos de salud que poseen ciertas especialidades respecto de su acceso por terceros. Pensemos, por ejemplo, en

(40) «...Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada».

(41) *Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Published+case+law/Citation/>

(42) RED IBEROAMERICANA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El tratamiento de datos de salud en relación con la historia clínica*, documento elaborado por el Grupo de Trabajo reunido en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 3-5 de mayo de 2006, pág. 14.

los datos genéticos (43). Se trata de una información que puede afectar, no sólo a las personas a quienes pertenece la misma, sino también, por su naturaleza, a los familiares consanguíneos. En el caso de que exista riesgo de padecer una enfermedad derivada de la configuración genética del sujeto, parece obvio que el facultativo puede informar a los familiares potencialmente afectados si el paciente no desea hacerlo, siempre que exista proporcionalidad entre el conocimiento de los datos y la posibilidad de prevenir la enfermedad (44). Como se puede comprobar, se trataría de una solución cercana a la del artículo 18.3 de la Ley 41/2002. Quizá, la especial naturaleza de los datos genéticos, a la que antes hemos aludido, pudiera hacer pensar que, en realidad, los familiares acceden a información propia, de tal forma que no tendrían que sufrir limitación alguna al respecto. Así, se ha afirmado que los datos genéticos pueden ser relevantes para la salud de un grupo familiar, puesto que sujetos y grupo comparten determinada información genética (45), lo cual les convierte en miembros de un mismo grupo (46).

(43) La concepción de los datos genéticos como un tipo de dato de salud es aceptada de forma unánime. No obstante, de tal afirmación no se puede obtener la conclusión de que los mismos reciben una protección reforzada, puesto que determinados fines de su tratamiento (policiales, de seguridad pública) pueden ocasionar el efecto contrario. En este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Protección de datos genéticos: nuevos derechos para nuevas biotecnologías», en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, Madrid, 2007, pág. 73.

La consideración de los datos genéticos como datos de salud había sido puesta en tela de juicio por APARICIO SALOM, quien entendía que había que distinguir entre la información obtenida y su interpretación, de tal forma que sólo consideraba dato personal la segunda. APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 205. Sin embargo, no es esta la posición mayoritaria, puesto que la información lo es con independencia de la necesidad o no de realizar posteriores estudios para su comprensión. En este sentido, DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., «Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica», en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, Madrid, 2007, págs. 147-148. En nuestra opinión, siempre que la identificación del sujeto no requiera esfuerzos desproporcionados, no se puede excluir esta información del concepto de dato de carácter personal.

(44) La Recomendación del Consejo de Europa número R (92) 3, sobre pruebas genéticas y cribado con fines sanitarios, admite tal información en caso de riesgo genético grave para los familiares y sus hijos.

(45) SÁNCHEZ-CARO, J. y SÁNCHEZ-CARO, J., *El médico y la intimidad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001, pág. 167. ROMEO CASABONA recuerda, como supuesto que justifica tal concepción, la existencia de un gen patológico heredado. ROMEO CASABONA, C. M., *ob. cit.*, pág. 321.

(46) GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Documento de trabajo sobre datos genéticos*, de 17 de marzo de 2004, págs. 5 y 8. Se puede obtener en http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_es.pdf

Sin embargo, la doctrina está de acuerdo en considerar que los datos genéticos son datos de carácter personal, respecto de los cuales se reconocen a cada uno derechos de contenido personal y de ejercicio individual (47). El artículo 18 de la Ley considera que los datos de la historia clínica —entre los que se pueden incluir los genéticos— son titularidad del paciente exclusivamente. No obstante, como sostiene NICOLÁS JIMÉNEZ, la familia, si bien no es sujeto jurídico, se puede considerar sujeto biológico respecto de estos datos, por lo que es admisible el acceso y conocimiento de los datos propios de su genotipo (48). En esa misma línea, el Grupo de trabajo del artículo 29 afirma que los datos genéticos son «información compartida», circunstancia que justifica el derecho de los familiares a acceder a los mismos cuando puedan tener repercusiones para su salud y su vida futura (49). Sin embargo, no se puede negar, como sostiene la doctrina mayoritaria, que solamente se debe considerar interesado a la persona a quien pertenecen los datos genéticos, sin admitir la atribución de tal consideración al colectivo familiar, pues ello supondría desnaturalizar el derecho a la protección de datos, al erosionar el control que el individuo debe tener sobre sus datos (50). En tal caso, se estaría otorgando un derecho de acceso a los familiares, de tal forma que el paciente solamente podría actuar de modo reactivo —excepción—, con lo que el límite al derecho fundamental se convertiría en regla general (51).

En el supuesto de los datos genéticos de personas adoptadas o que han sido engendradas mediante reproducción asistida con donante (RAD), el derecho a la salud también legitima el acceso a los datos de los padres biológicos, siempre que concurra situación de peligro. Sostienen algunos que, por motivos prácticos y de facilidad de acceso a la información, el dato de los padres biológicos debería figurar en la historia clínica del paciente, cuando concurra dicha circunstancia de paternidad (52). En cualquier caso, la información de interés en tales casos son los datos genéticos en sí, no su pertenencia, aunque no debemos olvidar que la legislación de adopción otorga a los hijos el derecho a conocer a sus padres biológicos (53). Otro supuesto parti-

(47) DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interés público*, Tirant lo Blanch, colección administrativa núm. 14, Valencia, 2004, págs. 191-192.

(48) NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya de Derecho y Genoma Humano y Comares, Bilbao-Granada, 2006, págs. 240-241.

(49) GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, *ob. cit.*, pág. 9.

(50) DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *ob. cit.*, págs. 191-192.

(51) DE SOLA, C., «Privacidad y datos genéticos: situaciones de conflicto (I)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, pág. 183 y sigs.

(52) NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *ob. cit.*, págs. 263-264.

(53) Establece el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que «las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su

cular es el relativo al dato de la enfermedad del VIH (SIDA). En este caso, el derecho a la salud posibilita el acceso a dicha información por parte de la pareja, ante el alto índice de contraer la enfermedad de aquélla. De la misma forma, los familiares que se encuentren en situaciones que puedan considerarse de riesgo también deberían ser informados (54).

En general, se puede comprobar que la solución adoptada en todos estos supuestos es idéntica a la que la Ley 41/2002 establece en el artículo 18.3. El acceso por parte de terceros a la historia clínica de personas fallecidas se limita a familiares y personas con relación análoga, sin que la prohibición del fallecido pueda evitar dicho acceso cuando exista un riesgo grave para la salud de aquéllos (55), en atención al principio de proporcionalidad, lo que implica la necesidad de resolver caso por caso (56). En estos supuestos, así como en los de enfermedades hereditarias, SÁNCHEZ-CARO sostiene que no se trata tanto de un problema de reconocimiento de un derecho de acceso a la historia clínica, sino más bien de la existencia de un deber por parte del facultativo de proporcionar la información a las personas afectadas, motivado por la existencia de una situación de estado de necesidad que requiere, para su apreciación, la ponderación de diversas circunstancias, en particular el nivel de gravedad de la enfermedad (57). Se trata de una posición que posee cierto interés, por cuanto comporta el establecimiento de un mecanismo de tutela de la posición de las personas afectadas por parte de la Administración sanitaria, que debe velar por el cumplimiento de dicho deber, pero sin llegar al otorgamiento de derechos subjetivos que proporcionen a aquéllas facultades de protección derivadas de su vulneración. Como dispone el artículo 18 de la Ley 41/2002, el derecho de acceso a la historia clínica solamente se reconoce al paciente, como manifestación del derecho general a la informa-

minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin».

(54) En el caso de que sea el médico quien sufre la enfermedad, numerosas entidades han manifestado que no es necesaria la información, salvo que el mismo desarrolle actuaciones invasivas. No obstante, debe evitar los riesgos, apoyarse en el consejo de expertos y se debe promocionar el desarrollo de actividades profesionales alternativas. DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *ob. cit.*, pág. 93 y sigs.

(55) AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Informe sobre el acceso a los datos de una persona fallecida obrantes en un determinado expediente de servicio de ayuda a domicilio*, Datospersonales.org, núm. 29, 28 de septiembre de 2007, pág. 1, www.madrid.org

(56) GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, *ob. cit.*, pág. 9.

(57) SÁNCHEZ-CARO, J., y ABELLÁN, F., *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Comares, Granada, 2004, págs. 45-46.

ción que el artículo 5 de esta Ley le otorga. Sin embargo, no se trata de una posición unánime, pues otros autores consideran que los familiares y similares poseen un verdadero derecho a la información (58), a pesar del silencio de la Ley al respecto, que no emplea en ningún caso tal expresión, *a contrario* de los términos utilizados respecto del paciente (arts. 5 y 18).

En relación con lo anterior, es necesario determinar si el acceso a la historia clínica reconocido a los familiares y allegados por la Ley 41/2002 es o no asimilable al derecho de acceso reconocido por el artículo 15 de la LOPD a los interesados. En principio, la contestación afirmativa a esta interrogante no parece plantear mayores problemas: se trata de un derecho de los interesados respecto de cualquier fichero en general y de los pacientes en el caso de la historia clínica. Sin embargo, en el supuesto del ejercicio de acceso a los datos de fallecidos, con independencia de la naturaleza del fichero, la asimilación no es posible, por cuanto no se trata de verdaderos derechos subjetivos como manifestaciones del derecho a la protección de datos. Según se deduce del artículo 2.4 del RPD, en el caso de la cancelación de los datos de personas fallecidas los familiares y allegados gozan de una facultad de notificación del fallecimiento, con el fin de facilitar al responsable del tratamiento el cumplimiento del deber de actualización de los datos del artículo 4 de la LOPD. No se reconoce por este precepto el derecho de cancelación que la LOPD otorga al interesado y cuyo Reglamento califica de personalísimo (art. 23 del RPD), calificación ésta que implica la extinción del derecho a la muerte de su titular (59). En el caso del acceso a la historia clínica del fallecido, los familiares y asimilados están facultados para el acceso, el cual es una manifestación y facultad propia, según hemos señalado anteriormente, de un derecho a su salud, no como reconocimiento de un derecho general de acceso. Sin embargo, no siempre se ha establecido esta distinción entre acceso del interesado y de los allegados de forma nítida.

En relación con lo anterior, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha reconocido a los familiares de una persona fallecida el derecho a acceder a los datos incluidos en su historial médico, aplicando, para ello, el régimen del derecho de acceso reconocido por la LOPD y sus normas reglamentarias (60). Estima la Agencia que, aunque el hospital facilitó el acce-

(58) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Derechos Fundamentales y protección de datos genéticos*, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2007, pág. 307; también, GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, *ob. cit.*, págs. 8-9.

(59) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 365/2006...*, pág. 1.

(60) AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Resolución sobre el derecho de acceso a los datos personales contenidos en la historia clínica de un paciente fallecido en un hospital, ejercitado por la hija del mismo*,

so a la historia a un familiar del fallecido, lo hizo fuera del plazo establecido para ello en el artículo 12 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, de desarrollo de la LORTAD —vigente en esas fechas, según establecía la Disposición Transitoria 3.^a de la LOPD—, que era de un mes. A continuación, la Agencia aludía al artículo 18.2 de la Ley 41/2002, que admite, como sabemos, el ejercicio del derecho de acceso del paciente por medio de representante. Sin embargo, no alcanzamos a entender qué argumento justifica la aplicación de un precepto como el mencionado a un supuesto de acceso a la historia clínica de un fallecido, ya que la representación está pensada para los casos de acceso por parte de pacientes vivos: es el paciente el que accede mediante sus representantes, no se trata del acceso de éstos por sí mismos. En el caso de fallecimiento, no hay paciente a quien representar, por lo que el reconocimiento de un derecho de acceso debe hacerse necesariamente y de forma directa a las personas distintas de aquél. En virtud de un criterio básico de interpretación sistemática, el artículo 18.2 tiene como objetivo completar lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo precepto, sin que deba aplicarse al supuesto de los pacientes fallecidos, recogido en un párrafo posterior. Es decir, si se accede a la historia en representación del paciente, éste está vivo. En caso contrario, el acceso de terceras personas no se realiza en virtud del derecho de acceso, por lo que no se entiende la aplicación del régimen del derecho de acceso de la normativa de protección de datos.

Por otra parte, no se especifica en la resolución la causa legitimadora del reconocimiento del acceso a la hija del fallecido, concretamente la concurrencia de un riesgo grave para la salud de aquélla o la ausencia de prohibición de acceso por el fallecido (art. 18.3). ¿Por qué alude la resolución de forma expresa a este precepto si no lo aplica de forma adecuada? Quizás, se parte del presupuesto de que no se trata de un supuesto de acceso a una historia de una persona fallecida, por lo que aquél no es aplicable. Sin embargo, como se deduce de los hechos relatados en la propia resolución, se trata de un supuesto de paciente fallecido. Por todas estas razones, no alcanzamos a entender la argumentación sostenida por la Agencia. En nuestra opinión, se debía facilitar el acceso a la historia porque no constaba negativa expresa por parte de su padre en vida, sin que ello suponga en ningún caso el reconocimiento del derecho de acceso de la LOPD. Tal vez pueda admitirse la aplicación del régimen de ejercicio de este derecho establecido por dicha normativa, ante la ausencia de una regulación específica. Pero de dicha solución no se puede colegir la existencia de un derecho de acceso de terceras personas en los términos señalados.

Por lo demás, cuando concurren los presupuestos anteriormente mencionados, los familiares y similares podrían acceder a la historia clínica de di-

Datospersonales.org, núm. 26, 31 de marzo de 2007, págs. 1-3; también *Resolución sobre plazo del derecho de acceso a los datos de los fallecidos*, Datospersonales.org, núm. 32, 31 de marzo de 2008, págs. 1-2, www.madrid.org

versas formas, incluso mediante la copia de la historia, limitada, eso sí, a aquella información relativa a la enfermedad: se excluirán las apreciaciones subjetivas de los médicos, los datos pertenecientes a la intimidad del paciente y los de terceras personas reseñados. El acceso a que se refiere el artículo 18 hace referencia a la posibilidad de conocer el contenido de la historia, objetivo este que puede satisfacerse mediante su mera visualización y, por supuesto, facilitando una copia.

Una cuestión que requiere algún detenimiento es la relativa al significado de la expresión «personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho», empleada por el artículo 18.3 de la LOPD. La solución no puede ser la misma, según cual sea la razón que justifique el acceso. En el caso de que el acceso sea posible por ausencia de prohibición del fallecido, estimamos que la expresión «relaciones de hecho» viene referida a personas que mantenían con el fallecido una relación de afectividad análoga a las existentes entre los miembros de una familia. Estamos pensando en aquellos supuestos en los que existía una relación de convivencia de hecho mantenida en el tiempo, o en aquellos casos en los que existían lazos que, sin constituir un supuesto de relación paterno-filial, generan relaciones de afectividad similar (por ejemplo, el acogimiento). Por supuesto, hay que entender incluidas todas aquellas situaciones fácticas cercanas a las nuevas formas de familia consagradas por la legislación del Código Civil en materia de matrimonio. Sin embargo, la interpretación extensiva tiene algunos límites, de forma que no es admisible una amplitud desmesurada del significado de los términos que permita acoger supuestos de amistad o compañerismo. La exigencia de que no concurra prohibición del paciente significa que la Ley establece ciertas reservas que se materializan con aquella manifestación de voluntad y que, de no establecerse, no podrían deducirse. Las relaciones mencionadas son de difícil prueba y valoración, por lo que no son admisibles como causa que legitime el acceso. En cualquier caso, si el acceso se justifica por la existencia de riesgo grave para la salud de un tercero, es obvio que no se puede establecer la limitación en la legitimación subjetiva del acceso antes mencionada. De esta forma, en tales casos podrá acceder a la historia cualquier persona que se encuentre en dicha situación, sin que su derecho a la salud pueda verse condicionado por su mayor o menor cercanía al fallecido.

3. LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS CONTENIDOS EN EL REGISTRO CIVIL

El artículo 2.3.d) de la LOPD establece que: «Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: ...los derivados del

Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes». Es decir, el precepto establece la aplicación de la normativa de protección de datos (61), lo cual requiere una adecuación de los criterios de una y otra (62). Como ya sabemos, el RPD otorga a los familiares y similares la facultad de comunicar el dato del fallecimiento y solicitar, en su caso, la cancelación del dato. Es necesario, por tanto, analizar el régimen de la Ley del Registro Civil para comprobar su adaptación a la normativa de protección de datos.

Como hemos señalado en páginas anteriores, no parece existir mayor problema en la facultad de notificación del fallecimiento al Registro Civil. El artículo 84 de la Ley del Registro Civil permite promover la inscripción, lo cual conlleva la notificación de los familiares o habitantes de la misma casa y vecinos. Se trata de una solución que amplía el elenco de facultados por el artículo 2.4 del RPD. No obstante, la aplicación conjunta, o en su caso subsidiaria —según se adopte una u otra opción—, de ambas regulaciones no plantea, en este caso, mayor problema y admite la intervención de los mencionados en la LRC. Ahora bien, ¿qué solución es aplicable respecto de la solicitud de cancelación a que se refiere el RPD? No existe mayor problema al respecto, por cuanto no es admisible la cancelación de los asientos relativos al fallecido. No obstante, sí debemos tener en cuenta que se practican notas de referencia al margen de las inscripciones, en las que se deja constancia de ciertos hechos relativos a la persona. El artículo 39 establece que «al margen de la inscripción de nacimiento, se pondrá nota de referencia a las de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido. En estas inscripciones se hará constar, a su vez, referencia a la de nacimiento». Como se puede comprobar, no se practica la cancelación en virtud del fallecimiento, puesto que el Registro Civil cumple una función de publicidad de las situaciones y hechos relativos al estado civil de las personas, lo cual requiere dejar constancia de aquéllos. Por otra parte, las notas de referencia deben practicarse de oficio en virtud de la notificación del hecho del fallecimiento, como parece deducirse del artículo 39, precepto dirigido al funcionario del Registro. Por lo tanto, no se recoge regla similar a la establecida en el RPD sobre solicitud de cancelación.

Por lo demás, el acceso a los datos de personas fallecidas del Registro Civil tampoco genera mayores problemas, puesto que: «El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que prevean ésta u otras leyes» (art. 6.1), lo cual conlleva la posibilidad de

(61) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 2/2004 sobre competencias de la Agencia en relación con el Registro Civil*.

(62) La Agencia ha manifestado en alguna ocasión que el artículo 2.3.d) establece la aplicación supletoria de la LOPD a los tratamientos de datos en el Registro Civil. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Resolución número R/00438/2005*, de 24 de mayo de 2005, pág. 2.

que cualquiera con dicho interés pueda acceder a aquellos datos. Por tanto, podemos concluir que la aplicación de la regulación de protección de datos a los tratamientos efectuados por el Registro Civil no plantea dificultades respecto de aquella información contenida en el mismo relativa a las personas fallecidas. De esta forma, las personas mencionadas en la LRC pueden notificar el fallecimiento y la nota de referencia —que no cancelación— se practicará de oficio. Por otra parte, cualquier interesado puede acceder a los datos de los fallecidos.

4. TRATAMIENTO DE DATOS DE PERSONAS FALLECIDAS CON FINES HISTÓRICOS

Obviamente, los datos relativos a personas fallecidas pueden revestir carácter histórico, dado el plazo que haya transcurrido de su existencia. Debemos, antes que nada, puntualizar el sentido de la expresión «tratamiento de datos con fines históricos» repetida en diversas ocasiones en la legislación de protección de datos. En la LOPD, el artículo 4.2 establece que, en relación con la finalidad del tratamiento: «No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos», es decir, que siempre se admitirán estos fines en relación con los que se hubiesen manifestado al recoger los datos (63). El artículo 5.5 exonera del deber de información al interesado cuando los datos se hayan recabado de persona distinta a aquél, siempre que, entre otros supuestos, «...el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos,...». En fin, el artículo 11.2.e) establece que no será necesario el consentimiento del interesado para la cesión de sus datos «cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos» (64). Como se puede comprobar, la Ley rebaja los requerimientos genera-

(63) Idéntica fórmula contiene el artículo 9.1 del RPD.

(64) Por su parte, se afirma en el Considerando 29 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: «Considerando que el tratamiento ulterior de datos personales, con fines históricos, estadísticos o científicos no debe, por lo general, considerarse incompatible con los objetivos para los que se recogieron los datos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías adecuadas; que dichas garantías deberán impedir que dichos datos sean utilizados para tomar medidas o decisiones contra cualquier persona». El artículo 6.1 de la Directiva dispone que: «Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas... Conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron

les exigidos cuando los tratamientos, el acceso y las cesiones tienen, entre otros, fines históricos (65). Aunque con esta solución se pretende facilitar la investigación y realización de estudios históricos, sin embargo existe en la LOPD alguna contradicción con dicho objetivo, puesto que, como manifiesta APARICIO SALOM, la exoneración del consentimiento únicamente cuando la cesión se realiza entre Administraciones públicas, dificulta la labor de los investigadores e historiadores que no trabajen para una institución de tal carácter o no exista una habilitación legal en tal sentido (66).

Es necesario determinar, por tanto, qué son fines históricos. Según el artículo 9.2 del RPD, «para la determinación de los fines a los que se refiere el párrafo anterior se estará a la legislación que en cada caso resulte aplicable y, en particular, a lo dispuesto en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, reguladora de la función estadística pública; la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica, y sus respectivas disposiciones de desarrollo, así como a la normativa autonómica en estas materias». Por lo tanto, parece obvio que el carácter histórico del tratamiento, de sus fines, debe determinarse con arreglo a lo establecido en la regulación sobre la materia. Pues bien, el artículo 48 de la Ley de Patrimonio Histórico establece que: «A los efectos de la presente Ley, forma parte del Patrimonio Histórico Español el patrimonio documental y bibliográ-

recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

(65) En este sentido, el RPD establece la facultad de las autoridades de control de permitir el mantenimiento de los datos cuyo tratamiento persiga dichos fines. Artículo 9.2: «Por vía de excepción a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades de control de las comunidades autónomas podrán, previa solicitud del responsable del tratamiento y conforme al procedimiento establecido en la sección segunda del capítulo VII del título IX del presente reglamento, acordar el mantenimiento íntegro de determinados datos, atendidos sus valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con las normas a las que se refiere el apartado anterior».

Por su parte, dispone el artículo 157 lo siguiente: «1. El procedimiento para obtener de la Agencia Española de Protección de Datos la declaración de la concurrencia en un determinado tratamiento de datos de valores históricos, científicos o estadísticos, a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento se iniciará siempre a petición del responsable que pretenda obtener la declaración. 2. En el escrito de solicitud, el responsable deberá: a) Identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la excepción; b) Motivar expresamente las causas que justificarían la declaración; c) Exponer detalladamente las medidas que el responsable del fichero se propone implantar para garantizar el derecho de los ciudadanos. 3. La solicitud deberá acompañarse de cuantos documentos o pruebas sean necesarios para justificar la existencia de los valores históricos, científicos o estadísticos que fundamentarían la declaración de la Agencia».

(66) APARICIO SALOM, J., *ob. cit.*, págs. 178-179.

fico, constituido por cuantos bienes, reunidos o no en archivos y bibliotecas, se declaren integrantes del mismo en este capítulo. El patrimonio documental y bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título. En lo no previsto en ellas le será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en su régimen de bienes muebles». Podemos considerar, por tanto, tratamiento con fines históricos el de los documentos antes reseñados y que se especifican en el artículo 49, que vamos a analizar a continuación.

Con plena seguridad, el principal problema que plantean los datos contenidos en ficheros históricos es el relativo a su acceso y consulta. El tratamiento con fines históricos hace referencia a todas aquellas operaciones referidas a información que cuenta con un tiempo de existencia más o menos largo. Así parece deducirse de la legislación de Patrimonio Histórico, que considera con valor histórico los documentos con un determinado plazo de antigüedad, según su procedencia: en palabras de la propia Ley, es lo que se denomina Patrimonio Documental. Según el artículo 57.1.c) de la Ley de Patrimonio Histórico, «la consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas: los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

Por su parte, dispone el artículo 49.2, 3 y 4 de la Ley que «forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios. Forman igualmente parte del patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado. Integran asimismo el patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas».

Como ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos, cuando los datos hacen referencia a personas fallecidas será necesario que hayan transcurrido veinticinco años desde la fecha de su muerte, o cincuenta de

antigüedad del documento, si la fecha de aquella no es conocida (67). En el mismo sentido se pronunció la Agencia sobre el acceso a datos personales de las sentencias judiciales con fines científicos (68). En algunas ocasiones, esta autoridad ha realizado algunas afirmaciones que plantean ciertos problemas de encaje con la letra y el sentido de la norma. Así, por ejemplo, afirmó que cuando no sea posible determinar si la persona a la que se refieren los datos ha fallecido o no, se aplicará el plazo de los cincuenta años de existencia del documento (69). En realidad, el artículo 57.1.c) establece dicho plazo cuando no se pueda determinar la fecha de la muerte, no la muerte en sí misma. En tales casos, el sentido literal de la norma y la imposibilidad de determinar el fallecimiento impondrían como solución la prestación del consentimiento del interesado. Sin embargo, su desaparición condiciona el cumplimiento de este requisito. En tales casos, consideramos que podrían aplicarse los dos plazos establecidos por la norma: en los supuestos en los que, por aplicación del Código Civil se pueda obtener declaración de fallecimiento, la misma servirá de fecha inicial para calcular los veinticinco años a que se refiere el artículo 57.1.c). Cuando no se haya obtenido dicha declaración, por cualquier motivo, podrá aplicarse el plazo de cincuenta años de vida del documento.

De todas formas, el supuesto de hecho del artículo 57.1.c) de la Ley de Patrimonio Histórico requiere cierto detenimiento, pues parece acotar su aplicación a una determinada categoría de datos personales, no a todos en general. En efecto, este precepto hace referencia a los datos de cualquier naturaleza «que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen». En los diversos informes de la Agencia, antes mencionados, parece adoptarse una interpretación general, que tiene en cuenta todos los datos personales. Sin embargo, el tenor literal del precepto se refiere expresamente a la información que afecte a bienes jurídicos concretos, como son la intimidad, el honor, la imagen o la seguridad personal. En nuestra opinión, debe abogarse por una interpretación restrictiva que limite la protección de la Ley de Patrimonio Histórico a la defensa de bienes jurídicos de la importancia de los mencionados. Fuera de estos casos y respecto de los fallecidos, deberíamos continuar sosteniendo que los datos de éstos no son personales, por lo que la cobertura normativa debe relajarse, sin perjuicio de la aplicación del deber de actualización y la facultad reconocida en el artículo 2.4 del RPD.

(67) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe del año 2002 sobre publicación en Internet de datos históricos*, pág. 1. www.agpd.es

(68) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe del año 2000 sobre el alcance del concepto de datos históricos con fines científicos o de investigación*, pág. 1. www.agpd.es

(69) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe jurídico 78/2008 sobre el acceso a los archivos históricos universitarios*, pág. 2. www.agpd.es

No obstante, hemos de observar que los plazos establecidos para limitar el acceso a los documentos históricos vienen únicamente referidos a los documentos incluidos en el artículo 49.2 de la LPH. Es decir, a los documentos de los organismos o entidades de carácter público, de las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y los empleados y tratados, en la gestión de un servicio público, por personas privadas, físicas o jurídicas. Las resoluciones e informes de la Agencia Española de Protección de Datos, a las que nos hemos referido, tienen por objeto el análisis de documentos de carácter público, exclusivamente: archivos históricos universitarios públicos, base de datos sobre personal de los Cuerpos de Seguridad de la Guerra Civil y archivos de sentencias judiciales. Por lo tanto, no se aplicarán aquellas reglas al acceso de los documentos generados y gestionados por entidades privadas y personas físicas en los términos establecidos en los párrafos 3.º y 4.º del artículo 49. Ante la ausencia de una *lex specialis* al respecto, debemos acudir a lo dispuesto en la LOPD y su Reglamento, como regulación general sobre el acceso a los datos personales contenidos en tales documentos.

En relación con lo anterior, tanto el artículo 6 de la LOPD, relativo al régimen de tratamiento de datos, como el artículo 11, sobre cesiones de datos, no exoneran de la necesidad del consentimiento cuando se persiguen fines históricos. Únicamente en el segundo precepto se exceptúa dicho consentimiento cuando la cesión se produzca entre Administraciones. Por lo tanto, cuando los datos contenidos en documentos de personas físicas o entidades privadas pertenezcan a una persona viva, se requerirá su consentimiento. En el supuesto de que haya fallecido, es aplicable el régimen general de exclusión del ámbito de aplicación de la regulación de protección de datos a aquéllos relativos a los fallecidos. Si analizamos bien esta solución, en realidad no difiere de la contenida con carácter especial en la LPH para los documentos de Administraciones y entidades públicas (art. 49.2). En estos casos, se requiere el consentimiento del interesado, si no ha fallecido, lo cual coincide con lo dispuesto en la LOPD. En el caso de que haya fallecido no se somete al régimen de la LOPD y Reglamento, solución esta que también se aplica para los datos de documentos públicos, puesto que los plazos de veinticinco y cincuenta años se aplican a aquella información que afecta a bienes jurídicos determinados, como la intimidad, honor, imagen, seguridad personal, no a la que es objeto del derecho fundamental a la protección de datos.

Si bien el derecho a la intimidad hace referencia a toda la información que se incluye dentro de lo que podemos denominar «vida privada» y que, por tanto, no es de acceso público, el derecho a la protección de datos ofrece cobertura tanto a la información privada como aquella pública o de conocimiento general (70). Ello es así porque en el primer caso se pretende preser-

(70) Según el TC «(el derecho a la protección de datos) también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de

var de los demás un reducto en la vida del individuo con el fin de mantener un nivel mínimo de calidad de vida (71), para lo cual otorga a su titular la facultad para exigir que se eviten las intromisiones en dicho ámbito (72); mientras que el derecho a la protección de datos tiene por objeto impedir la creación y gestión de perfiles de personalidad del sujeto (teoría del mosaico) (73), evitando con ello que se conozca y gestione esta información y se puedan condicionar las decisiones de aquél y el libre desarrollo de su personalidad (74). Algunos autores han sostenido que el concepto de dato de carácter personal acuñado por la norma y consagrado por la jurisprudencia es un tanto desmesurado, sin que tal interpretación se justifique en defensa de la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad (75). Disentimos de tal opinión, por cuanto la elaboración y tratamiento de los mencionados perfiles requieren de la más variada información, ya sea de ámbito público o privado. La potencialidad que ofrece la informática en tales operaciones es muy elevada, de tal forma que debe mantenerse el control sobre todas esas informaciones para lograr una adecuada protección.

cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado...» STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º

Por su parte, la Audiencia Nacional afirma que «la protección de datos que se reconoce en el artículo 18.4 de la CE, extiende su protección no a los datos íntimos de la persona —que se protegen en el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE— sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000)... De lo dicho se infiere que no es preciso, en modo alguno, que se haya vulnerado el derecho a la intimidad, ni que el dato afecte a esa esfera íntima de la persona, para que pueda ser sancionada una conducta material de protección de datos, pues ese derecho fundamental —art. 18.4— tiene un objetivo distinto y una dimensión que excede de la del derecho a la intimidad». SAN de 11 de febrero de 2004, FJ 5.º

(71) Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional han consagrado esta doctrina: SSTC 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 18 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 98/2000, de 10 de abril; 127/2003, de 30 de junio, por citar algunas.

(72) SSTC 10/1984, de 26 de noviembre; 89/1987, de 3 de junio; 197/1991, de 17 de octubre, o 144/1999, de 22 de julio.

(73) El Tribunal Constitucional alemán proclamó esta doctrina en la famosa sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre constitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Censo; en España, MADRID CONESA, F., *Derecho a la intimidad, informática y estado de Derecho*, Universidad de Valencia, 1984.

(74) No vamos a detenernos ahora en la discusión relativa a la necesidad de crear o no un nuevo derecho para proteger el bien jurídico mencionado. Sea como fuere, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la primera opción. En cualquier caso, la dualidad de posiciones ha tenido reflejo, a su vez, en las diversas soluciones adoptadas por los textos constitucionales europeos, que van desde la mención expresa, pasando por una alusión indirecta, hasta el silencio. Sobre esta cuestión, ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa* (prólogo de José Luis PIÑAR MAÑAS), Tirant lo Blanch y Agencia Española de Protección de Datos, Valencia, 2006, págs. 378-381.

(75) GUICHOT, E., *Datos personales y Administración Pública*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2005, págs. 152-153.

RESUMEN

PROTECCIÓN DE DATOS

Este artículo tiene por objeto el análisis de la aplicación de la regulación de protección de datos a las personas fallecidas. Se trata de una cuestión que, no obstante, el silencio de la Ley Orgánica de Protección de Datos, tanto la Agencia Española de Protección de Datos como un gran sector de la doctrina, apoyados en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habían resuelto sin mayores problemas. La ausencia de personalidad conlleva la imposibilidad de reconocer la existencia de datos personales y, por ende, de la aplicación del mencionado régimen. No obstante la exclusión del ámbito de aplicación de la LOPD, su nuevo Reglamento de desarrollo ha incluido un precepto relativo a la notificación y, en su caso, cancelación de los datos de los fallecidos. Pues bien, esta solución requiere un análisis respecto de la naturaleza jurídica de dichos actos, cuestión similar a la que se planteó respecto de la defensa de la intimidad, el honor y la propia imagen de los fallecidos en la Ley 1/1982, de 5 de mayo (derechos de las personas mencionadas en el Reglamento, ejercicio de derechos propios o transmisión de los mismos; facultades jurídicas).

Por otra parte, el tratamiento de los datos de fallecidos puede realizarse en distintos ámbitos y con diversos fines, lo cual requiere analizar también otras normativas referentes a sectores temáticos específicos. Así, vamos a estudiar las cuestiones relacionadas con dicha información en el ámbito sanitario, en el Registro Civil y los tratamientos realizados con fines históricos.

ABSTRACT

DATA PROTECTION

The object of this article is to analyse the application of data protection regulations to deceased persons. This is a matter that, despite the silence of the Organic Act on Data Protection, both the Spanish Data Protection Agency and a large sector of doctrine have settled without too many problems, leaning on the Civil Code and Constitutional Court case law. Because there is no personality involved, it is impossible to acknowledge the existence of personal data and therefore impossible to apply data protection rules. Notwithstanding this exclusion from the sphere of application of the Organic Act on Data Protection, the new regulation implementing the act has included a rule on the notification and, where appropriate, cancellation of the data of the deceased. This solution requires analysis with respect to the legal nature of said acts, a question similar to the one raised with respect to the defence of the privacy, honour and image of the deceased in Act 1/1982 of 5 May (right of the persons mentioned in the regulation, exercise of one's own rights or transfer thereof; legal faculties).

Furthermore, the data of deceased persons can be processed in different fields and for different purposes, which means analysis is also required of other rules referring to specific theme sectors. This paper studies the question related with said information in the health field, in the Civil Registry and in processing for historical reasons.

(Trabajo recibido el 05-06-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)