

ASISTENCIA SANITARIA Y GRABACIONES SUBREPTICIAS: BENEFICIOS Y RIESGOS DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICO-JURÍDICA

**Jimena Beatriz
Manjón Rodríguez**

*Directora de Gestión y Servicios Generales del Hospital de Laredo.
Servicio Cántabro de Salud*

SUMARIO

1. Las nuevas tecnologías como realidad transformadora de la relación médico-paciente. 1.1 Planteamiento. 1.2 Tipología. **2. Beneficios de las grabaciones.** 2.1 Beneficios para el paciente. 2.2. Beneficios para los profesionales. **3. Riesgos de las grabaciones.** 3.1 Riesgos éticos. 3.2 Riesgos jurídicos. 3.2.1 Privacidad, confidencialidad y seguridad de la información. 3.2.2 Usos no sanitarios. **4. Reacción de los profesionales sanitarios.** **5. Tratamiento normativo.** 5.1 Alcance en el Derecho estadounidense. 5.2 Alcance en el Derecho español. 5.2.1 Impacto en el derecho al secreto de las comunicaciones. 5.2.2 Impacto en el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 5.2.3 Impacto en la normativa protección de datos. 5.4 A modo de conclusión. **6. Referencias bibliográficas.**

RESUMEN

Las grabaciones subrepticias en el ámbito asistencial constituyen un comportamiento en expansión e inevitable, fruto de la era digital que tiene implicaciones éticas y jurídicas. Junto a la necesaria reflexión sobre sus riesgos y beneficios, se hace preciso promover la regulación de este tipo de comportamientos con objeto de aportar seguridad jurídica y aclarar las dudas que generan tanto a los profesionales como a los pacientes.

ABSTRACT

Surreptitious recordings in the healthcare are a growing and unavoidable behavior; the result of the digital era that has ethical and legal implications. Along with the necessary reflection on its risks and benefits, it is necessary to regulate this type of behavior in order to provide legal certainty and clarify the doubts that it generates for both healthcare practitioners and patients.

1. LAS NUEVAS TECNOLOGIAS COMO REALIDAD TRANSFORMADORA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

1.1. Planteamiento

La irrupción masiva de las nuevas tecnologías y las redes sociales han modificado nuestros hábitos de vida, propiciando un cambio de paradigma hacia una realidad en la que cada vez es más habitual visibilizar cualquier acto de nuestra vida cotidiana, por intrascendente que sea. En este contexto, dispositivos móviles cada vez más sofisticados y accesibles han alumbrado un nuevo comportamiento social cada vez más extendido: grabar. En efecto, hoy en día grabamos cualquier cosa: una exposición, una llamada, un concierto, o una declaración.

Esta realidad tiene necesariamente su correlativo impacto en la práctica médica. Ahora nos

comunicamos con el profesional sanitario través del teléfono o por Internet. Sin embargo, los beneficios de la era digital tienen para los profesionales sanitarios su particular “reverso oscuro”. Así, en este nuevo escenario donde el registro de las consultas médicas aun no forma parte de la atención sanitaria, la disponibilidad y ubicuidad de los teléfonos inteligentes, han auspiciado el surgimiento de prácticas como el registro subrepticio de conversaciones con los profesionales sanitarios en las consultas médicas por parte de pacientes o sus familiares, o imágenes de estos u otros pacientes en los centros sanitarios.

1.2. Tipología

A los efectos de nuestro estudio, las denominadas grabaciones subrepticias llevadas a cabo en el ámbito sanitario serían susceptibles de clasificarse en dos grandes categorías:

- a) *Grabaciones ajenas*: cuando se produce un registro o grabación de la imagen o la voz de terceras personas ajenas al paciente/ usuario o familiar que realiza la grabación (grabaciones de otro).
- b) *Grabaciones propias*: cuando la grabación es realizada por uno de los interlocutores, en este caso, el paciente/usuario o su familiar (grabaciones con otro). Asimismo, dentro de este tipo de grabaciones, diferenciaremos entre grabaciones con el profesional sanitario en la consulta médica (*grabaciones internas*) y grabaciones con el profesional sanitario en otro tipo de estancias de los centros sanitarios, tales como salas de espera o pasillos (*grabaciones externas*). En este último caso, las grabaciones afectarían a zonas del centro sanitario donde pueden aparecer terceras personas, como otros pacientes, familiares o profesionales sanitarios.

2. BENEFICIOS DE LAS GRABACIONES

2.1. Beneficios para el paciente

Pese a la existencia de motivaciones muy diversas y en muchos casos “espurias”, no cabe duda que grabar una consulta médica puede conllevar innegables beneficios para los pacientes. Entre ellos cabe mencionar los siguientes:

- a) *Mejora del recuerdo y comprensión de la información sanitaria*: En primer lugar, no debe olvidarse la existencia de pacientes de edad avanzada, la sobrecarga y complejidad de la

información sanitaria¹. En este sentido, se ha puesto de relieve que los bajos conocimientos sanitarios se asocian a una reducción de la capacidad de los pacientes para autogestionar e interpretar los mensajes sanitarios y las etiquetas de los medicamentos². De otra parte, cuando los pacientes tienen dificultades para comprender la información sanitaria durante la visita, son a su vez menos capaces de recordar la información después de la visita³. También el estrés de la propia consulta médica propicia que el paciente no absorba bien toda la información proporcionada por el profesional sanitario y olvide gran parte de lo ocurrido en la consulta. En este sentido, se ha llegado a concluir que los pacientes olvidan hasta el 80 por ciento de la información de atención médica después de su visita a la clínica⁴.

1 BARR Paul J., et. al.: “Sharing Annotated Audio Recordings of Clinic Visits With Patients—Development of the Open Recording Automated Logging System (ORALS): Study Protocol”, *Journal of Medical Internet Research*, Vol. 6. N° 7, 2017, pp. 1-14. Disponible en: <https://www.researchprotocols.org/2017/7/e121/>

2 Cabe citar los siguientes diversos trabajos sobre *health literacy*:

WILLIAMS Mark V., et. al.: “Relationship of functional health literacy to patients’ knowledge of their chronic disease. A study of patients with hypertension and diabetes”. *Arch Intern Med*, Vol. 158, N° 2, 1998, pp.166-172. Disponible en: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/191123>.

WILLIAMS Mark V., et. al.: “A Inadequate literacy is a barrier to asthma knowledge and self-care”. *Chest*, Vol. 114, N° 4, 1998, pp. 1008-1015. Disponible en: [https://journal.chestnet.org/article/S0012-3692\(16\)32998-1/fulltext](https://journal.chestnet.org/article/S0012-3692(16)32998-1/fulltext).

GAZMARARIAN Julie A., et. al.: “Health literacy and knowledge of chronic disease”. *Patient Educ Couns*; Vol. 51, N° 3, 2002, pp. 267-275. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14630383>.

DEWALT Darren A., et. al. “Literacy and health outcomes: a systematic review of the literatura”. *J Gen Intern Med*, Vol. 19, N° 12, 2004, pp. 228-1239. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1492599/>.

BERKMAN Nancy D, et. al.: “Low health literacy and health outcomes: an updated systematic review”. *Ann Intern Med*, Vol.155, N° 2, 2011, pp. 97-107. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21768583/>

3 En este sentido, se pronuncian los estudios de: SCHILLINGER D., et. al.: “Closing the loop: physician communication with diabetic patients who have low health literacy”. *Arch Intern Med*; Vol.163, N°1, 2003, pp. 83-90. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12523921/>

NAIR Erika L., et al.: “The impact of health literacy on patient understanding of counseling and education materials”. *Int J Audiol*, Vol. 49, N° 2, pp. 2010, pp. 71-75. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20151879/>

ALI Huda, et. al.: “A systematic review of interventions to improve medication information for low health literate populations”. *Res Social Adm Pharm*, Vol.12, N° 6, 2016, pp. 830-864. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26926671/>

4 BARR Paul J., et. al.: “Audio-/Videorecording Clinic Visits for Patient’s Personal Use in the United States: Cross-Sectional Survey”, *Journal of Medical Internet Research*, Vol. 20, N° 9, 2018, pp. 188-200. Disponible en: <https://www.jmir.org/2018/9/e11308/>

Por ello, grabar el contenido de la atención recibida puede contribuir a mejorar el recuerdo y la comprensión del paciente sobre su estado de salud, permitiéndole tanto a él como a su familia la oportunidad de revisar posteriormente lo transmitido, en un momento en que se tiene mejor disposición para entender y atender la información transferida. Como ha declarado Glyn Elwyn, investigadora del Dartmouth Institute for Health Policy & Clinical Practice, “una simple grabación con el móvil habilita a un paciente a recordar mejor información importante o a compartirla con los miembros de su familia”⁵. Todo ello, sin duda, repercutiría en una mejor atención al paciente.

- b) *Mayor sentido del compromiso*: Por otro lado, la grabación de una consulta médica favorece la adherencia del paciente y su compromiso personal en seguir y cumplir el tratamiento, mejorando así los resultados sanitarios y en consecuencia, la calidad y eficiencia de la atención sanitaria recibida⁶.
- c) *Empoderamiento del paciente*: Finalmente, todos estos beneficios son asimismo percibidos como una forma de empoderamiento del paciente, propiciando un mayor control de éste sobre su cuidado y las decisiones que afectan su salud.

2.2. Beneficios para los profesionales

Sin duda, también para los profesionales las grabaciones de las consultas médicas con los pacientes pueden representar ventajas.

- a) *Disminución del cansancio profesionales*. Por un lado, se evitan nuevas consultas de pacientes que olvidaron, o no entendieron bien el contenido de la información facilitada, reduciendo así la necesidad de repetir la información tanto a estos pacientes como a los familiares que acuden a solicitar información.
- b) *Enfoque proactivo*. En otro orden de cosas, ofertar la posibilidad de grabación de las consultas clínicas podría convertirse en un incentivo, fundamentalmente en el ámbito de la sanidad privada. Cabe señalar en este sentido, que en EEUU

ya existen varios centros médicos que ofrecen a las pacientes grabaciones de video de sus visitas como parte de sus servicios. Ejemplos de ello son el Ryan Family Practice, (Ludington); el University of Texas Medical Branch Cancer Center (Victory Lakes), el League City (Texas), o el Barrow Neurosurgical Institute (Phoenix), entre otros⁷.

3. RIESGOS DE LAS GRABACIONES DE LAS CONSULTAS MÉDICAS

Junto a los potenciales beneficios de este tipo de grabaciones, existen ciertos riesgos derivados de este tipo de comportamientos fundamentalmente cuando se realizan sin el consentimiento de la otra parte implicada. Dichos riesgos tienen tanto naturaleza ética como jurídica.

3.1. Riesgos éticos

- a) *Impacto de estos comportamientos en la relación médico-paciente*: Por un lado, se ha defendido que el vínculo médico-paciente constituye uno de los pilares de la atención sanitaria. En este sentido, la doctrina especializada aduce que grabar de forma subrepticia a un profesional médico en la consulta engendra una cultura de desconfianza y sospecha, que puede deteriorar la relación de confianza entre profesional de la salud-paciente⁸. Como señala el Código de Deontología Médica de 2011⁹, en su artículo 8.2, la asistencia médica exige una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente¹⁰.

7 BARR, Paul J., et. al.: “Sharing Annotated ...”, ob. cit. p. 3.

8 DE LORENZO MONTERO Ricardo: “Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa”. *Redacción Médica*. 3 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/grabacion-de-conversaciones-en-consulta-del-paciente-al-medico-y-viceversa-5280>

9 Citamos con arreglo al vigente Código de Deontología Médica de 2011. Actualmente se encuentra en proceso de aprobación un nuevo texto que previsiblemente culminará en 2022. La cuestión de las grabaciones a los profesionales sanitarios no aparece contemplada en el borrador que se hizo público en 2018, aunque, a la inversa, el nuevo artículo 105 sí indicaba que “el médico que utiliza internet u otros sistemas telemáticos, especialmente redes sociales y aplicaciones de mensajería telefónica, con fines asistenciales o docentes, debe extremar las medidas destinadas a proteger la seguridad y la confidencialidad del paciente, poniendo especial atención en la configuración de privacidad de dichos medios”.

10 El artículo 8.2 del Código de Deontología Médica de 2011 dispone que “la asistencia médica exige una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente. Ello presupone el respeto del derecho de éste a elegir o cambiar

5 “Grabar las consultas del médico es el futuro de la salud”. *El Médico Interactivo*, 17 de mayo de 2018. Disponible en: <https://elmedicointeractivo.com/grabar-las-consultas-del-medico-es-el-futuro-de-la-salud/>.

6 RYAN Laura, et. al.: “Smartphone standoff: a qualitative study exploring clinician responses when a patient uses a smartphone to record a hospital clinical encounter”, *British Medical Journal Open*, Vol. 12. N° 4, 2022, pp. 1-10. Disponible en: <https://bmjopen.bmj.com/content/12/4/e056214>

Estas grabaciones, según DE LORENZO MONTERO, podrían incluso producir el quebranto de la buena fe contractual, y llegar a originar la suspensión de la asistencia prestada al paciente¹¹, en atención a lo dispuesto en el artículo 11 del propio Código de Deontología Médica, conforme al cual:

“El médico sólo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llegara al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. Lo comunicará al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación, y facilitará que otro Médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento”

En este sentido, se ha sostenido que la relación médico-paciente es ante todo un encuentro interpersonal, en el que ambas partes deliberan conjuntamente para tomar las decisiones más correctas, siempre en el marco de los principios de la bioética y los derechos fundamentales de la persona humana, y el temor a posibles repercusiones legales, impedirían que el facultativo actúe con mayor libertad y juicio¹².

- b) *Manipulación del contenido*: Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el contenido de la grabación pudiera ser alterado con objeto de crear escenarios muy diferentes a lo acontecido en la consulta, generando inquietud en los profesionales ante una posible utilización de sus comentarios fuera de contexto.

3.2. Riesgos jurídicos

3.2.1. Privacidad, confidencialidad y seguridad de la información.

Desde una perspectiva jurídica habría que tener en cuenta, por un lado, que en las grabaciones realizadas en zonas comunes de centros sanitarios (salas de espera, pasillos) pueden aparecer imágenes de terceras personas ajenas a la atención médica que esté recibiendo el paciente que realiza la grabación (por ejemplo, otros profesionales sanitarios, pacientes o familiares).

de médico o de centro sanitario. Individualmente los médicos han de facilitar el ejercicio de este derecho e institucionalmente procurarán armonizarlo con las previsiones y necesidades derivadas de la ordenación sanitaria”.

11 DE LORENZO MONTERO Ricardo, ob. cit.

12 Ibid.

Se ha aludido igualmente al riesgo de pérdida o extravío del contenido de la grabación, así como a la ausencia de seguridad de la información registrada. Una solución a este problema podría venir de la mano de la implantación por los centros sanitarios de sistemas seguros que permitan a los pacientes navegar por las grabaciones etiquetando los elementos de la visita clínica más importantes para ellos como el diagnóstico, el plan de tratamiento etc. A modo de ejemplo, el Barrow Neurological Institute en Phoenix, Arizona, utiliza el servicio de grabación de vídeo “*Medical Memory*”, para grabar la visita y compartirla con los pacientes a través de un portal web seguro¹³.

Llegados a este punto, cabría preguntarse si el contenido de la grabación de una consulta médica debería formar parte de la historia clínica del paciente, en cuyo caso, deberían adoptarse las correspondientes medidas de seguridad y custodia previstas en el artículo 17.4 en relación con el artículo 17.6 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 (en adelante, LAP).

No debe olvidarse que la LAP, proporciona un concepto amplio de historia clínica, que conduciría a una respuesta afirmativa a dicha inclusión. Así, según su artículo 14 la historia clínica “*comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente*”. Igualmente, según el artículo 15 LAP, la historia clínica deberá incorporar toda la información “*que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente*”, añadiendo que: “*todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales*”.

3.2.2. Usos no sanitarios

Especialmente en los casos de insatisfacción con la asistencia sanitaria recibida, existen riesgos relacionados con una posible divulgación del contenido de la grabación en redes sociales con la finalidad de denunciar una concreta situación o atención recibida, de desprestigiar al profesional sanitario o incluso al servicio de salud. Otras veces, las grabaciones podrían llevarse a cabo con la finalidad de obtener un medio de prueba de una atención sanitaria potencialmente deficiente a los efectos de su aportación posterior en un procedimiento judicial (de responsabilidad patrimonial o, incluso, de carácter penal).

13 BARR, Paul J., et. al.: “Sharing Annotated ...”, ob. cit. p. 4.

Asimismo, el objetivo último de estas grabaciones puede ser la interposición de una queja o incluso utilizarse como un instrumento de presión al profesional sanitario para conseguir objetivos personales, como la obtención de una baja médica, la receta de un fármaco, o la realización de pruebas no indicadas clínicamente.

4. REACCIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Si bien las grabaciones pueden percibirse por los pacientes y sus familiares como una innovación bienvenida y útil, no ocurre igual con los profesionales sanitarios. Si bien algunos profesionales se centran en los beneficios que pueden generar en los pacientes y sus familiares, en su mayor parte son percibidas como una potencial amenaza que provocan diferentes reacciones, como las siguientes:

- a) *Desconocimiento*: Existen dudas sobre su legalidad o sobre cómo deben afrontar este tipo de situaciones.
- b) *Vulnerabilidad*: estos comportamientos generan sentimientos de vulnerabilidad, desconfianza o temor de los profesionales ante una posible manipulación de su contenido y su posible utilización indebida o su difusión por parte de pacientes con intenciones dañinas.
- c) *Violación de la privacidad profesional*: las grabaciones subrepticias son percibidas como una invasión de un espacio donde el profesional sanitario considera que esta bajo su autoridad, impidiendo la conversación abierta con el paciente.
- d) *Incremento de la medicina defensiva*: Finalmente, hay que tener en cuenta que si el profesional sanitario sospecha que está siendo grabado sin consentimiento, es probable que se cuestione acerca de los motivos de dicha grabación, lo que desembocará en la adopción de enfoques defensivos en la práctica médica (medicina defensiva), con las consecuencias económicas que de ello se derivarían para el sistema de salud. Asimismo, se generaría un estado de sospecha generalizada que tendría su incidencia en el tipo de atención dispensada al paciente, que pasaría a limitarse a lo indispensable.

Sea como fuere, la grabación a profesionales de la salud en las consultas es un comportamiento imparables, cuya frecuencia real se desconoce precisamente debido a su carácter oculto. En este sentido, en 2015 se llevó a cabo un estudio en el Reino

Unido por el *Dartmouth Institute for Health Policy & Clinical Practice* con el objetivo de examinar las motivaciones de los pacientes que registran encuentros clínicos de forma encubierta. El 15% de los encuestados indicaron haber grabado en secreto un encuentro clínico, el 11% conocían a alguien que había grabado en secreto un encuentro clínico, el 35% dijeron que considerarían la posibilidad realizar una grabación en secreto y el 34% dijeron que grabarían después de pedir permiso. En total, el 69% de los participantes indicó su deseo de grabar los encuentros clínicos, dividido a partes iguales entre los que deseaban hacerlo de forma encubierta y aquéllos que preferían contar con permiso del profesional¹⁴.

Así las cosas, la duda está servida: ¿es legal que el paciente grabe sin consentimiento la conversación que mantiene con el profesional sanitario?

5. TRATAMIENTO NORMATIVO

5.1. Alcance en el Derecho estadounidense

En el ordenamiento estadounidense, la legalidad de las grabaciones se encuentra disciplinada en cada estado, conviviendo dos sistemas:

- a) jurisdicciones con el modelo de “*consentimiento de dos partes*” que exigen el consentimiento de todas las partes incluidas en conversación que se pretende grabar.
- b) jurisdicciones con el modelo de “*consentimiento una parte*”, donde basta el consentimiento de uno de los interlocutores de la conversación, en cuyo caso, la grabación de la conversación sería legal.

Actualmente, 38 de los 50 estados -así como Washington DC- adoptan este último criterio frente a los 11 restantes que requieren consentimiento de todas las partes implicadas, y que incluyen estados como California, Florida, Michigan, o Washington entre otros¹⁵.

5.2. Alcance en el Derecho español

En nuestro país, el fenómeno de las grabaciones de los pacientes carece de un marco normativo

14 ELWYN Glyn, et. al.: “Patients recording clinical encounters: a path to empowerment? Assessment by mixed methods”, *British Medical Journal Open*, Vol. 5, Nº 8, 2015, pp. 1-7. Disponible en: <https://bmjopen.bmj.com/content/5/8/e008566>

15 Véase la web de Louroe Electronics. Disponible en: <https://www.louroe.com/es/support/audio-the-law-in-your-area/>

específico, si bien podemos sistematizar la materia atendiendo al impacto que dicha conducta podría tener en relación con derechos fundamentales como el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o el derecho a la protección de datos de carácter personal, tanto en su configuración constitucional como legal.

5.2.1. Impacto en el derecho al secreto de las comunicaciones

A priori, pudiera pensarse que, debido al secreto profesional y la confidencialidad de las comunicaciones entre particular-profesional de la salud, la grabación subrepticia de lo conversado con el profesional sanitario no podría realizarse. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la STC 11/1984, de 29 de septiembre, entendió que no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución Española¹⁶ por el hecho de grabar y almacenar una conversación en la que somos interlocutores o intervenimos, argumentando a tal efecto lo siguiente:

“Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado (...) acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado”.

Por lo tanto, la grabación de una conversación propia tampoco constituiría un delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 197 del Código Penal¹⁷, pues, como señaló el Tribunal Constitucional en la referida Sentencia, *“no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige”*¹⁸.

16 Artículo 18.3 CE: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.*

17 Artículo 197.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, dispone lo siguiente: *“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.*

18 La STC 11/1984, de 29 de septiembre, señala en este sentido que: *“(…) No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser en muchos casos, el*

5.2.2. Impacto en el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En segundo lugar, podría entenderse asimismo que este tipo de grabaciones vulnera el art. 18.1 CE¹⁹, que garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que desarrolla el anterior derecho considerando como intromisión ilegítima captar, reproducir o publicar por fotografía, video o cualquier otro procedimiento, la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o incluso fuera de ella sin su permiso (artículo 7.5)²⁰.

Sin embargo, como señaló el Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Civil) 678/2014, de 20 de noviembre de 2014²¹:

presupuesto táctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones (...)”.

19 Artículo 18.1 CE: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.*

20 Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: *“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:*

1. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*

2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*

3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*

4. *La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*

5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.*

6. *La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.*

7. *La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

8. *La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”.*

21 En relación con dicha sentencia pueden verse los trabajos de PUIG HERNÁNDEZ, Marc-Abraham, *“La tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa”*, *Derechos y libertades*, Nº 42, Época II, 2020, pp. 303-335, y de LÓPEZ BAELO, Raúl, *“El impacto de las nuevas tecnologías en las*

“la grabación de una conversación que uno de los intervinientes desea conservar (...) tampoco supone una intromisión ilegítima en el derecho a intimidad,” pues, aunque “existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (...) lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal (...). En definitiva (...) en la conversación grabada por la demandada “no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su «vida íntima»”.

Trasladando esta doctrina jurisprudencial al ámbito de las grabaciones a los profesionales sanitarios cabría realizar la siguiente distinción. De un lado, la grabación subrepticia de la conversación (audio/voz) de un profesional sanitario con un tercero (grabación ajena) sería ilegal al vulnerar el derecho fundamental a la intimidad (18.1 CE). Este tipo de grabaciones únicamente serían legales si se obtienen previa autorización judicial. Sin embargo, la grabación subrepticia realizada por un paciente de su conversación con el profesional sanitario en la consulta (grabación propia), es legal y no vulnera el derecho fundamental a la intimidad pues en palabras de la anteriormente citada STC 11/1984, de 29 de septiembre *“(...) acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado (...) la contravención constitucional solo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución)”*.

Por lo tanto, grabar una conversación con el profesional de la salud y almacenarla (por ejemplo, para escucharla de nuevo en casa o con un familiar) es legal. Ahora bien, la ilegalidad de tal comportamiento derivaría de la finalidad o uso que posteriormente se haga de dicha conversación. Como indica la mencionada STS 678/2014, de 20 de noviembre *“la ilegitimidad podrá tener lugar en un momento posterior, en la utilización que se haga de esa información almacenada de forma privada”*. Es decir, es la posterior existencia bien de un deber jurídico de secreto o la naturaleza íntima de la información objeto divulgación, lo que podrá convertir un acceso y conservación lícitos en un comportamiento ilícito²².

relaciones laborales. Hacia una reconfiguración de derechos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 39, 2019-I, pp. 253-268.

22 En palabras de la propia STS 678/2014, de 20 de noviembre: *“la existencia de un concreto deber jurídico de secreto o confidencialidad, o la naturaleza íntima de la información objeto de desvelo o divulgación, podrán convertir lo que fueran un acceso y conservación lícitos en un comportamiento o acción constitutivos de una intromisión ilegítima, no amparada por el derecho; permitiendo entrar en funcionamiento los mecanismos*

Así, si la grabación es posteriormente difundida en las redes sociales, tal comportamiento sí podría suponer una vulneración del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), cuando el contenido de lo difundido afecte a la esfera *“intima”* del profesional sanitario, pues como ha indicado la STS (Sala de lo Penal) 421/2014, de 16 mayo de 2014 (caso Mercasevilla) *“si bien la divulgación a terceros del contenido de la grabación podría vulnerar el derecho a la intimidad, para ello sería preciso que la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad, ya sea en su ámbito personal o en el familiar”*. No obstante, no es menos cierto que parece poco probable que el contenido de la conversación con el profesional sanitario en la consulta verse sobre un aspecto relacionado con la vida personal o familiar de este.

En cuanto a la eventual aportación de la grabación subrepticia en un eventual procedimiento judicial contra el profesional sanitario, la jurisprudencia viene señalando que tal aportación será ilícita cuando ha sido ilegal su obtención o del medio probatorio, exigiendo los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto que graba sea participe en la misma (grabación propia).
- b) Que no exista provocación, engaño o coacción por parte del sujeto que graba.
- c) Que se grabe en un lugar público (consulta médica).
- d) Si se graba en un lugar privado que tenga autorización o consentimiento del titular.
- e) En la grabación por razón de su contenido, que no se trate de aspectos que se refieran a la vida íntima **de la persona a quien se graba**.

Cabe señalar que la jurisprudencia viene estableciendo con carácter general la prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de uso de los medios de prueba a su alcance (art. 24.2 CE)²³, admitiendo la aportación de las grabaciones realizadas por sus protagonistas (grabaciones propias), siempre y cuando su contenido no verse sobre aspectos que se refieran a la vida íntima de la

reaccionales que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a favor de la persona afectada por el acto de intromisión”.

23 Artículo 24.2 CE: *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.

persona a quien se graba, en cuyo caso su aportación sería ilícita. Así, la STS 678/2014, de 20 de noviembre, señalaba:

“(...) En definitiva, como sostiene la STC 114/1984, de 29 de noviembre, para decidir el caso que resuelve, en la conversación grabada por la demandada “no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su «vida íntima» (art. 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982) o a su «intimidad personal» (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera” (FJ 8).”

5.2.3. Impacto en la normativa protección de datos

Finalmente, cabría preguntarse si las grabaciones subrepticias vulneran la normativa en materia de protección de datos, fundamentalmente constituida por el Reglamento General de Protección de Datos de 27 de abril de 2016 (RGPD) y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD). En este sentido, tanto la voz como la imagen constituyen datos de carácter personal (artículos 4.1 REPD y art 5.1.f RLOPD) y su grabación, un tratamiento definido en el artículo 4.2 REPD. Así lo viene señalando la AEPD desde su Memoria de 1999 en la que señalaba que:

“Siempre que quien haya de realizar el tratamiento tenga conocimiento directo o indirecto de (...) la persona cuya voz está siendo objeto de grabación (...) la grabación efectuada tendrá la naturaleza de dato de carácter personal y el tratamiento estará sometido a la normativa de protección de datos”.

Por tanto, dicha grabación estaría sometida a consentimiento del profesional sanitario, sin el cual, se podría producir una vulneración de la normativa sobre protección de datos de carácter personal.

No obstante, en relación con el ámbito de aplicación de esta normativa hay que referirse a la denominada “excepción doméstica” prevista en el artículo 2.2.c) REPD, conforme a la cual, el citado Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales “efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”²⁴. Como ha señalado la Sentencia

3077/2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de junio de 2006, lo relevante para determinar la sujeción de un tratamiento al régimen de protección de datos personales, es que éste se haya “desarrollado en un ámbito o finalidad que no sea exclusivamente personal o doméstico”.

Así las cosas, la posible aplicación de la “excepción doméstica” a las grabaciones propias no consentidas dependerá de la finalidad de las mismas. Si la grabación subrepticia se utiliza para su almacenamiento y posterior escucha de la información sanitaria en el hogar, se podría aplicar la excepción puesto que la finalidad de la grabación es exclusivamente personal o doméstica, no existiendo en consecuencia vulneración de la normativa de protección de datos personales. Por el contrario, si la grabación fuese posteriormente difundida o publicada por ejemplo en las redes sociales, entrarían en juego terceras personas y no resultaría aplicable la excepción doméstica al exceder dicho tratamiento del ámbito personal. En este caso, estaríamos ante una cesión de datos personales no consentida que infringiría la normativa en materia de protección de datos.

Resta señalar que la aplicabilidad de la excepción doméstica a las grabaciones ajenas no consentidas realizadas por pacientes/familiares en los centros sanitarios no estaría permitida. Como señaló la AEPD en su informe 0077/2013²⁵, emitido en relación con la captación por particulares de la imagen de los empleados públicos del servicio público de empleo estatal, bien por fotografías o grabación a través de teléfonos móviles:

“parece difícil entender que la captación de imágenes o videos por particulares de los empleados públicos sea realizada en el ámbito de la esfera íntima de aquellos (...) o en las relaciones familiares (...) lo que parece llevarnos a la conclusión de que (...) no es de aplicación la excepción doméstica”.

En consecuencia, grabar la voz o imagen del personal sanitario o en general de terceras personas en el interior de los centros sanitarios sin consentimiento de estos supondría una infracción muy grave tipificada en el artículo 72.1.b) LOPD.

datos personales propios y ajenos realizado por una persona física no estará sujeto a las exigencias del RGPD cuando se trate de actividades exclusivamente personales o domésticas –aunque se hayan desarrollado en espacio público– con una finalidad privada”.

25 Disponible en: https://www.eprivacidad.es/wp-content/uploads/2013/06/2013-0077_grabacion-empleados-publicos.pdf

24 Como señala MEGÍAS QUIRÓS Jorge Justo: “RGPD y actividades personales en materia de protección de datos”, *Persona y Derecho*, Vol. 80, 2019, p. 150. “el tratamiento de

5.4. A modo de conclusión

Como se ha visto, las grabaciones en el ámbito asistencial constituyen un fenómeno en expansión que presenta luces y sobras tanto desde la perspectiva ética como jurídica. Hasta la fecha, la licitud de las grabaciones se ha venido estudiando sobre la base de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, aunque apreciables, proporcionan parámetros que se insertan en contexto diferentes del asistencial. Las singularidades de la relación jurídica entre profesionales y pacientes exigen una regulación específica de la materia con la finalidad de proporcionar plena seguridad jurídica al acto asistencial. Se trata por ello de una tarea pendiente para el legislador.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALI Huda, et al.:** “A systematic review of interventions to improve medication information for low health literate populations”. *Res Social Adm Pharm*, Vol.12, N° 6, 2016, pp. 830-864. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26926671/>
- BARR Paul J., et. al.:** “Sharing Annotated Audio Recordings of Clinic Visits With Patients—Development of the Open Recording Automated Logging System (ORALS): Study Protocol”, *Journal of Medical Internet Research*, Vol. 6. N° 7, 2017, pp. 1-14. Disponible en: <https://www.researchprotocols.org/2017/7/e121/>
- BARR Paul J., et. al.:** “Audio-/Videorecording Clinic Visits for Patient’s Personal Use in the United States: Cross-Sectional Survey”, *Journal of Medical Internet Research*, Vol. 20, N° 9, 2018, pp. 188-200. Disponible en: <https://www.jmir.org/2018/9/e11308/>
- BERKMAN Nancy D., et. al.:** “Low health literacy and health outcomes: an updated systematic review”. *Ann Intern Med*, Vol.155, N° 2, 2011, pp. 97-107. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21768583/>
- DE LORENZO MONTERO Ricardo:** “Grabación de conversaciones en consulta del paciente al médico y viceversa”. *Redacción Médica*. 3 de febrero de 20220. Disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/grabacion-de-conversaciones-en-consulta-del-paciente-al-medico-y-viceversa-5280>
- DEWALT Darren A., et. al.:** “Literacy and health outcomes: a systematic review of the literatura”, *J Gen Intern Med*, Vol. 19, N° 12, 2004, pp. 228-239. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1492599/>.
- ELWYN Glyn, et. al.:** “Patients recording clinical encounters: a path to empowerment? Assessment by mixed methods”, *British Medical Journal Open*, Vol. 5, N° 8, 2015, pp. 1-7. Disponible en: <https://bmjopen.bmj.com/content/5/8/e008566>
- GAZMARARIAN Julie A., et. al.:** “Health literacy and knowledge of chronic disease”. *Patient Educ Couns*; Vol. 51, N° 3, 2002, pp. 267-275. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14630383>.
- LÓPEZ BAELO Raúl:** “El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Hacia una reconfiguración de derechos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 39, 2019-I, pp. 253-268
- MEGÍAS QUIRÓS Jorge Justo:** “RGPD y actividades personales en materia de protección de datos”, *Persona y Derecho*, Vol. 80, 2019, pp. 147-178.
- NAIR Erika L., et al.:** “The impact of health literacy on patient understanding of counseling and education materials”. *Int J Audiol*, Vol. 49, N° 2, pp. 2010, pp. 71-75. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/20151879/>
- PUIG HERNÁNDEZ Marc-Abraham:** “La tensión entre la libertad ideológica y la libertad de empresa”, *Derechos y libertades*, N° 42, Época II, 2020, pp. 303-335
- RYAN Laura, et. al.:** “Smartphone standoff: a qualitative study exploring clinician responses when a patient uses a smartphone to record a hospital clinical encounter”, *British Medical Journal Open*, Vol. 12. N° 4, 2022, pp. 1-10. Disponible en: <https://bmjopen.bmj.com/content/12/4/e056214>
- SCHILLINGER D., et al.:** “Closing the loop: physician communication with diabetic patients who have low health literacy”. *Arch Intern Med*; Vol.163, N°1, 2003, pp. 83-90. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12523921/>

- **WILLIAMS Mark V., et. al.:** “Relationship of functional health literacy to patients’ knowledge of their chronic disease. A study of patients with hypertension and diabetes”. *Arch Intern Med*, Vol. 158, N° 2, 1998, pp.166-172. Disponible en: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/191123>.
- **WILLIAMS Mark V., et. al.:** “A Inadequate literacy is a barrier to asthma knowledge and self-care”. *Chest*, Vol. 114, N° 4, 1998, pp. 1008-1015. Disponible en: [https://journal.chestnet.org/article/S0012-3692\(16\)32998-1/fulltext](https://journal.chestnet.org/article/S0012-3692(16)32998-1/fulltext).