

INTIMIDAD PERSONAL, PROTECCIÓN DE DATOS SANITARIOS E INTROMISIONES LEGÍTIMAS: UNA PROYECCIÓN HIPOTÉTICA DE LA DOCTRINA TARASOFF SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL*

MARÍA MAGNOLIA PARDO LÓPEZ
Profesora Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Murcia
magnolia@um.es

SUMARIO. I. Relevancia de la cuestión: la colisión de la intimidad personal con otros derechos fundamentales. II. La doctrina *Tarasoff*. 1. El caso *Tarasoff*. 2. Contenido y alcance de la doctrina *Tarasoff*. III. ¿Existe un «deber de proteger» en el Ordenamiento Jurídico español? Algunas consideraciones de *lege ferenda*. 1. Presupuestos e implicaciones de la existencia de un deber de proteger: el caso Osman. 2. El ordenamiento jurídico español: especial consideración de LOPD y de LIB. IV. A modo de reflexión. V. Bibliografía.

RESUMEN: En el caso *Tarasoff* contra las Autoridades de la Universidad de California, el Tribunal Supremo de California estableció que en determinadas situaciones los psiquiatras tienen la obligación positiva de proteger a la víctima potencial del daño intencionado de uno de sus pacientes. El Tribunal afirmó que el derecho a la intimidad termina donde el peligro público comienza, de modo que los psiquiatras deben incluso advertir a las víctimas potenciales de que un paciente podría representar un serio peligro de violencia contra ellos. Partiendo del caso *Tarasoff*, este trabajo aborda los siempre difíciles de resolver conflictos entre derechos fundamentales – en el caso concreto estudiado, vida e intimidad personal – y se pregunta si existe o no un deber de proteger en el ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVE: intimidad personal – datos sanitarios – deber de proteger – derecho a la vida – integridad personal – colisión entre derechos fundamentales – caso *Tarasoff*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación «Información sanitaria y autonomía del paciente (tratamiento de datos relativos a la salud y consentimiento informado)», referencia SEJ2006-04975 – investigador principal, Pedro Grimalt Servera (Universidad de las Islas Baleares) – durante una estancia investigadora en el Center for Bioethics, Loma Linda University, California, EE.UU.

ABSTRACT: In the case of *Tarasoff vs. Regents of the University of California*, the California Supreme Court held that in certain situations therapists must take affirmative action to protect a potential victim of intended harm by one of their patients. The Court stated that the right to confidentiality ends where the public peril begins, so therapists should warn potential victims that a patient presents a serious danger of violence to them. Taking as a starting point the *Tarasoff* case this paper deals with the always difficult to resolve conflicts between fundamental rights – in this concrete case, life and privacy – and tries to explore whether or not there exists a duty to protect in the Spanish legal system.

KEY WORDS: privacy – health data – duty to protect – right to life – personal integrity – collision between fundamental rights – *Tarasoff* case

I. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN: LA COLISIÓN DE LA INTIMIDAD PERSONAL CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

A estas alturas es, o debiera ser, imposible ignorar las amplias e importantes implicaciones que los avances de la Ciencia y la Tecnología representan para el Derecho y, muy especialmente, para el Derecho constitucional.

Las investigaciones en Genética y en Biomedicina sugieren posibilidades para la salud inconcebibles hasta hace apenas unas décadas... Internet y las nuevas tecnologías facilitan las comunicaciones en un planeta cada vez más pequeño... Los adelantos en Informática permiten almacenar el máximo de datos en el mínimo espacio... Los juristas contemplamos la aparición de leyes novedosas por su objeto que pretenden regular, entre otras materias, la reproducción asistida, la investigación biomédica, la extracción y trasplante de órganos, el uso de los ficheros informáticos, el tratamiento de los datos de carácter personal o las plataformas digitales. Para una correcta elaboración de esta normativa concreta y para una adecuada solución de los aún más concretos casos que se presentan en la práctica no se puede prescindir de planteamientos generales, pues, de lo contrario, la respuesta dada por el ordenamiento jurídico podría parecer incoherente o, en el peor de los casos, arbitraria. Aquí es, precisamente, donde el Derecho constitucional puede y debe realizar su aportación.

Un constitucionalista atento – por deformación profesional, sin duda – no puede evitar una interpretación de estas nuevas realidades en clave de derechos fundamentales al más puro estilo del Derecho constitucional tradicional: Genética y Biomedicina plantean nuevas incógnitas sobre el contenido y los límites de la vida y la integridad personal; Internet representa un campo de ensayo para la libertad de expresión; los datos de carácter personal almacenados en soporte informático pueden significar un peligro potencial para la intimidad personal. Podríamos continuar enumerando una serie de problemas completamente novedosos, al menos en apariencia, a los que el Derecho constitucional se ve instado a dar respuesta recurrien-

do a planteamientos no tan nuevos, pues la proporción de auténtica innovación es siempre mucho más reducida de lo que cabría pensar. Parafraseando a los estudiosos del Constitucionalismo americano, lo que realmente tenemos ante nosotros es «vino viejo en botellas nuevas»¹. A lo sumo es requerida una modulación de las doctrinas previamente elaboradas, es infrecuente tener que recurrir a una construcción íntegramente *ex novo*.

Como ejemplo para ilustrar esta proyección de patrones tradicionales sobre problemas pretendidamente «originales» hemos elegido la doctrina *Tarasoff*, que muestra palmariamente como, en un buen número de casos, las preguntas a las que los juristas debemos dar respuesta se reconducen, en última instancia, a temas jurídicos eternos. Y es que, pese a resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional sobradamente conocidas² – pero quizás no unánimemente compartidas desde un punto de vista técnico – en las que se reconoce identidad y autonomía a la protección de datos personales, de lo que en realidad hablamos es de intimidad, de esa vieja conocida de los anglosajones que es la *privacy*. Aunque contemos con la ordenación específica³ realizada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LO 15/1999), muchas cuestiones permanecen todavía en el aire, sin respuesta específica prevista expresamente en la norma, y nos vemos necesariamente obligados a acudir a la interpretación, a la integración y a los principios generales del Derecho para resolver dichas cuestiones de modo satisfactorio. Por encima de recientes posturas doctrinales en las que parece querer alentar la inexistencia de verdadera colisión entre derechos fundamentales⁴, pues

1 HOWARD, Dick, *The Road from Runnymede. Magna Carta and Constitutionalism in America*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1968, pág. 203.

2 Por todas, STC 292/2000, de 30 de noviembre.

3 Por no sobrecargar el texto principal con la enumeración de normas relativas a la materia, se menciona únicamente la ley que, sin duda, resulta emblemática, pero sin olvidar las numerosas normas de ámbito internacional que han incidido o inciden en la protección de datos personales, tales como el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de datos de carácter personal, o la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de datos personales y libre circulación de estos datos.

4 Abiertamente y en estos precisos términos, esta postura no es sostenida por autor alguno, pero desde que Ignacio DE OTTO Y PARDO la insinuase, bien que matizada, en «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 95-170, pág. 137, muchos han seguido sus pasos («Hay buenas razones para suponer que la doctrina que se ha examinado tiene su origen en la necesidad de hacer frente a dificultades nacidas de un insuficiente análisis del concepto mismo de límites de los derechos fundamentales, que ha conducido a presentar como limitaciones subsumidas en el art. 53, y equiparables a las que son objeto de expresa reserva de ley, problemas que no son en realidad de tal limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de *delimitación* conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque

éstos, antes que tener límites, sólo precisarían una correcta delimitación⁵, se impone una realidad jurídica que nos atreveríamos a calificar de perenne y de difícil solución apriorística: el conflicto entre derechos subjetivos y la consiguiente ponderación de los mismos.

Los datos de carácter personal relativos a la salud son, sin lugar a dudas, datos marcadamente sensibles desde el punto de vista de la intimidad personal. La LO 15/1999 también ha debido entenderlo así cuando ha optado por calificarlos como «datos especialmente protegidos» en su artículo 7.3.

Por otro lado, con independencia de la legislación sobre protección de datos personales, aunque de modo paralelo, los datos referentes a la salud y, en general, cualquier otra información obtenida con ocasión de una relación médico-paciente ya eran objeto de una especial protección en su tratamiento y difusión como consecuencia del deber de secreto profesional que obliga a los médicos desde antiguo⁶, no sólo desde un punto de vista ético, sino también jurídico.

Pesa, pues, sobre los profesionales de la Medicina, un deber de reserva y confidencialidad, impuesto por la doble vía que representa la protección de datos de carácter personal, de un lado, y el secreto médico, de otro. Deber de reserva y confidencialidad que está orientado a salvaguardar la intimidad del paciente y que, al igual que sucede con los derechos fundamentales, no es absoluto, pues el legislador ha previsto casos en los que la protección cede y esa información referida a la salud y vida privada de un paciente puede –o incluso debe– ser comunicada a terceros, aun prescindiendo del consentimiento del interesado.

Pudiera resultar interesante analizar estos supuestos previstos en la ley en los que está permitida la comunicación a terceros de datos de carácter personal, incluidos los referentes a la salud, sin consentimiento del interesado, pero lo verdaderamente atractivo para la curiosidad de un jurista es plantearse si esa lista de casos excepcionales es cerrada y taxativa o si, por el contrario, es una lista abierta y pue-

las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas»). Por todos, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 133; DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, págs. 321-369.

5 Sobre límites y delimitación de derechos fundamentales, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 35-45.

6 Juramento hipocrático, párrafo octavo: «Y si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, vieses u oyeres, con respecto a la vida de otros hombres, algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo». En la Ayurveda, Medicina tradicional hindú, se impone un deber equivalente, no hacer públicas las costumbres hogareñas del paciente (Charaka Samhita).

den, por tanto, presentarse casos no previstos expresamente en la norma en los que, no obstante, resulta legítima –o no es antijurídica, como se prefiera– la comunicación de datos a terceras personas.

Un ejemplo servirá para ilustrar la cuestión suscitada. Imaginemos un psiquiatra quien, con ocasión de su profesión, adquiere constancia de que uno de sus pacientes representa un peligro grave para una tercera persona, *¿puede* advertir a la víctima potencial de su paciente del riesgo por ella corrido, sin incurrir en violación del secreto profesional y sin vulnerar la legislación sobre protección de datos?, *¿debe*, incluso, hacerlo?, *¿debe*, por el contrario, mantener el secreto profesional? La respuesta ha de ser meditada cuidadosamente, ya que del sentido de la misma dependerá la existencia o no de una muy remotamente posible responsabilidad penal y de una más probable responsabilidad civil.

Cualquiera que fuese la solución propuesta, para llegar a ella habrá sido necesario despajar el supuesto de elementos «accesorios» y afrontar la cuestión central que verdaderamente subyace: la colisión entre la intimidad personal del paciente y la vida o integridad de la víctima potencial, esto es, un conflicto entre derechos fundamentales lisa y llanamente. Conflicto que, para ser resuelto, exige una ponderación entre derechos y, en ocasiones, el posterior sacrificio de uno de ellos para la salvaguarda del otro.

Este conflicto concreto entre la vida (o integridad) de un tercero y la intimidad de un paciente ya ha sido afrontado y resuelto por la denominada doctrina *Tarasoff*. El lector no está obligado a compartir dicha doctrina, pero merece la pena volver sobre ella, tanto para conocer la respuesta dada, como por su posible aplicación analógica a supuestos similares que tampoco encuentran respuesta explícita en nuestro ordenamiento y que han comenzado a plantearse entre la doctrina.

II. LA DOCTRINA *TARASOFF*

1. El caso *Tarasoff*

Es casi obligado comenzar por un breve relato de los hechos que están en el origen de la doctrina *Tarasoff* antes de abordar el contenido y alcance de la misma. Para realizar esta tarea descriptiva habrá que ceñirse a los hechos declarados probados en las distintas sentencias relacionadas con el caso⁷, poniendo el acento en aquellos que resultan de especial relevancia para la cuestión que aquí se analiza.

⁷ Casos penales: Poddar I, *People vs. Poddar*, 103 Cal. Rptr. 84 (Cal. App. 1972); Poddar II, *People vs. Poddar*, 518 P.2d 342 (Cal. 1974). Casos civiles: *Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 108 Cal. Rptr. 878 (Cal. App. 1973); *Tarasoff I, Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 118 Cal. Rptr. 129 (Cal. 1974); *Tarasoff II, Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 551 P.2d 334 (Cal. 1976). Es justo destacar que el relato de los hechos contenido en las

Prosenjit Poddar era un estudiante nacido en Bengala y perteneciente a la casta Harijan – los intocables – que realizaba estudios universitarios en Berkeley, California. Allí entabló una relación personal con una estudiante norteamericana, Tanya Tarasoff, durante el otoño de 1968. Poddar atribuyó a esa relación una importancia y profundidad de la que, a los ojos de Tanya, carecía. Cuando ella tuvo conocimiento de los sentimientos del joven, puso fin a la misma y le hizo saber su desinterés en intimar con él, dado que ella mantenía relaciones con otros hombres. A resultas de este desengaño, Poddar sufrió una crisis emocional severa: deprimido, descuidó su apariencia, sus estudios y su salud. Su conversación llegó incluso a tornarse incoherente. Confesó a un amigo que estaba profundamente enamorado de Tanya y que pensaba en asesinarla haciendo volar por los aires su habitación. Abiertamente le reconoció, también, que no era capaz de controlarse a sí mismo.

Durante el verano de 1969 Tanya viajó a Brasil. En su ausencia, Poddar pareció experimentar una mejoría y decidió, siguiendo los consejos de un amigo, buscar ayuda psiquiátrica. Existe constancia de que en agosto de 1969 era un paciente externo del Cowell Memorial Hospital, integrado en la Universidad de Berkeley. Durante una sesión de psicoterapia, Poddar afirmó ante el Dr. Moore, personal del hospital, que iba a matar a una joven cuyo nombre no mencionó, pero que para el psiquiatra resultó fácilmente identificable como Tanya dado que Poddar expresamente aludió a «su retorno de Brasil».

Dos días más tarde, el Dr. Moore comunicó verbalmente a dos oficiales de la policía del *campus* universitario que Poddar representaba una amenaza para sí mismo y para terceros. Ese mismo día, el Dr. Moore también escribió una carta al jefe de policía del *campus* en términos similares, afirmando que Prosenjit Poddar sufría una «reacción esquizofrénica paranoide aguda y severa» y constituía un peligro para él y para otras personas. Sugería que, si la policía detenía a dicho estudiante y lo trasladaba al Herrick Hospital, él mismo firmaría el internamiento de emergencia de setenta y dos horas. Asimismo, advertía que el comportamiento de Poddar podía resultar en ciertas ocasiones tremendamente racional⁸. Otros dos psiquiatras, los Drs.

sentencias es, en ocasiones, insuficiente, vago y, sobre todo, desordenado. Los autores que se han ocupado del tema lo han apuntado acertadamente. Por ello, resulta clarificador ceñirse fundamentalmente a los hechos tal como aparecen descritos en BUCKNER, Fillmore and FIRESTONE, Marvin, «Where the Public Peril Begins: 25 Years After *Tarasoff*», *The Journal of Legal Medicine* 21,2 (2000), págs. 187-222, págs. 191-193. Son pocos los datos fiables proporcionados por otros autores que no encuentran constatación o reflejo en las sentencias citadas. También puede consultarse BLUM, Deborah, *Bad Karma: a true story of obsession and murder*, Atheneum, New York, 1986, que contiene un estudio del caso desde la perspectiva penal.

8 No en vano estamos hablando de un estudiante de ingeniería. En la descripción de su perfil psicológico pesa tanto su nivel intelectual como su formación cultural y su peculiar extracción social. STONE, Alan, «The *Tarasoff* Decisions: Suing Psychotherapists to Safeguard Society», *Harvard Law Review* 90 (1976), págs. 358-378, pág. 358.

Gold y Yandell, supervisor de Moore y jefe-adjunto del servicio de Psiquiatría, respectivamente, respaldaban el diagnóstico y la necesidad del internamiento.

Ante la carta recibida, la policía del *campus* tomó a Poddar bajo custodia. Después de una conversación satisfactoria en la que el joven pareció cambiar de actitud, quedó en libertad bajo la firme promesa por su parte de mantenerse alejado de Tanya. No es posible saber si esta decisión fue tomada espontáneamente por los agentes o como consecuencia de la orden dada simultáneamente por el director del servicio de Psiquiatría, Dr. Powelson, para que no se procediese al internamiento, fuese devuelta la misiva del Dr. Moore y fuesen, a su vez, destruidas todas las copias existentes de dicho documento y todas las notas sobre Poddar. A resultas de la detención, Poddar interrumpió la terapia y dejó de entrevistarse con el Dr. Moore.

Tanya regresó de Brasil en octubre. Poddar la seguía y procuraba obtener información sobre ella. Así tuvo conocimiento de las nuevas relaciones que ella había mantenido con otros hombres. El 27 de octubre se presentó en su casa para hablar con ella. La madre de la joven le informó de que su hija no estaba y le invitó a marcharse. Poddar regresó algo más tarde, armado con un cuchillo de cocina y una pistola. Encontró a Tanya sola. Contra el parecer de ésta, insistió en hablar. Ella gritó. Él realizó un disparo fallido. Ella, desfavorida, intentó huir de la casa, pero fue alcanzada por Poddar en el jardín. Allí, le asestó diecisiete puñaladas. Poddar regresó entonces a la vivienda, llamó a la policía, confesó lo sucedido y les pidió que acudiesen al lugar para esposarle.

Dentro de las veinticuatro horas siguientes al crimen, Poddar fue examinado por el Dr. Gruberg, psiquiatra del Departamento de Policía de Berkeley, quien confirmó el diagnóstico de esquizofrenia paranoide⁹.

Tras el relato de los hechos, el lector no puede evitar una cierta sensación de que la de Tanya fue una muerte absurda que podría haberse evitado si ella hubiese sido plenamente consciente de la realidad que la rodeaba. Durante un lapso de tiempo lo suficientemente prolongado, Poddar había dado señales claras y manifiestas del peligro que representaba para ella, aunque la víctima y su familia lo ignoraban. Cier-

9 No se prestará ya atención al «devenir penal» del caso, centrado en el debate psiquiátrico sobre el estado mental del acusado y su capacidad para comprender el alcance de los deberes que el Derecho le imponía. De cualquier modo, al igual que el proceso civil, el penal fue un proceso tortuoso, plagado de reconsideraciones. Una primera condena por *murder in second degree* fue modificada en apelación y reducida a *manslaughter*. Dos años más tarde, el Tribunal Supremo de California, apoyándose en que las instrucciones dadas al jurado eran insuficientes para permitirle cumplir adecuadamente su cometido, anuló la sentencia de apelación y ordenó que el caso fuese visto nuevamente, algo que nunca ocurrió. Poddar fue excarcelado bajo la condición de que abandonase los Estados Unidos inmediatamente y no intentase una reentrada. MERTON, Vanessa, «Confidentiality and the 'Dangerous' Patient: Implications of *Tarasoff* for Psychiatrists and Lawyers», *Emory Law Journal* 31, 2 (1982), págs. 263-343.

to que Poddar lo había manifestado, principalmente, ante profesionales de la Medicina obligados por el secreto profesional a respetar la privacidad de su paciente y, por tanto, impedidos –a primera vista– para advertir a la joven o a sus familiares cercanos, aunque ese respeto debido a la confidencialidad de la información sanitaria no había sido obstáculo para que uno de los doctores que atendía a Poddar solicitase ayuda a la policía del campus, previa información sobre el estado mental de dicho paciente.

Cuando los padres de Tanya Tarasoff tuvieron conocimiento, al oír testificar al Dr. Moore en sesión pública durante la celebración del juicio, del modo preciso en que se habían desarrollado los acontecimientos, decidieron interponer demanda por responsabilidad civil contra las autoridades de la Universidad de Berkeley, California. Cuatro fueron las causas por ellos alegadas: 1ª) se dirigieron contra los terapeutas, por no haber procedido al internamiento de Poddar (*failure to detain a dangerous patient*); 2ª) contra los terapeutas, por no advertir a los Tarasoffs del peligro que Poddar representaba para Tanya (*failure to warn on a dangerous patient*); 3ª) contra el Dr. Powelson, individualizadamente, por impedir el internamiento de emergencia de setenta y dos horas (*punitive damages for abandonment of a dangerous patient*); 4ª) contra los terapeutas, por incumplimiento de deber hacia el paciente y el público (*breach of primary duty to patient and the public*), fundado en alegaciones muy similares a las ofrecidas en la primera causa y prácticamente imposible de distinguir desde un punto de vista legal¹⁰.

Comenzó así un proceso prolongado en el que la Corte Suprema de California se pronunciaría en dos ocasiones diferentes. Las resoluciones no son totalmente coincidentes, pero tampoco contradictorias. Son más bien complementarias¹¹ y merecen una lectura atenta, para evitar equívocos o malentendidos. La jurisprudencia en ellas contenida es conocida como doctrina *Tarasoff* y será expuesta a continuación.

2. Contenido y alcance de la doctrina *Tarasoff*

No es extraño encontrar referencias bibliográficas que identifican la doctrina *Tarasoff* con el deber, impuesto a un psiquiatra, de advertir (*duty to warn*) a la posible víctima de uno de sus pacientes si le consta que éste representa un peligro claro e inminente para ella. Técnicamente, lo que en dicha doctrina se afirma es un deber de proteger (*duty to protect*), que puede incluir como posible pero no único

10 *Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 108 Cal. Rptr. 878 (Cal. App. 1973), 881. BROOKS, Alexander D., *Law, Psychiatry and Mental Health System, 1980 Supplement*, 3rd printing, Little, Brown and Company, Boston, 1980, págs. 311-312.

11 WISE, Toni, «Where the Public Peril Begins: A Survey of Psychotherapists to Determine the Effects of *Tarasoff*», *Stanford Law Review* 31 (1978), págs. 165-190, pág. 165: «... a second opinion which broadened, while substantially affirming, the earlier holding as to the duty of psychotherapists».

comportamiento del psiquiatra, precisamente, la advertencia a la víctima potencial.

Pudiera parecer, no sin motivo, que sobre el contenido preciso de la doctrina *Tarasoff* existe cierta confusión, pese haber sido éste un caso ampliamente conocido y haber tenido las sentencias en él recaídas profunda repercusión, tanto en la legislación como en la jurisprudencia¹² ulterior. Ello es debido, casi con total certeza, a la dualidad de sentencias, algo infrecuente en el panorama judicial norteamericano. En efecto, existe una primera sentencia de la Corte Suprema de California del año 1974 –*Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 118 Cal. Rptr. 129 (Cal. 1974)– y una segunda del año 1976 –*Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 551 P.2d 334 (Cal. 1976)– a la que suelen ir referidos los comentarios y citas vertidos sobre el caso¹³.

Al comparar ambas sentencias, se observa que las diferencias entre ellas son, básicamente, la exoneración de responsabilidad civil de los agentes de policía del campus contenida en la segunda sentencia; el mayor énfasis de esta segunda sentencia en la argumentación relativa a las dificultades para determinar, conforme a la *lex artis*, una posible conducta peligrosa en el paciente; la inexplicable menor justificación de las causas sobre las que reposa la responsabilidad civil de los terapeutas, dándola casi «por sentada» la sentencia de 1976 una vez que aquéllos, razonablemente, hayan podido predecir la conducta peligrosa; y, fundamentalmente, la mayor amplitud del deber impuesto a los terapeutas, consistente ahora en «proteger» y no en «avisar o advertir» a la víctima como única alternativa. Se apuntaba claramente a la medida de internamiento. La cuestión de la confidencialidad, fundamental, recibía un tratamiento un tanto superficial, limitándose el tribunal a señalar que el interés público debía prevalecer en caso de conflicto¹⁴.

No es éste el lugar adecuado para realizar un completo estudio del *Tort Law* anglosajón –o más exactamente, norteamericano– pero sí resulta conveniente des-

12 Cuando la Corte Suprema de California resolvió el caso *Tarasoff* por primera vez, los estudiosos en general la consideraron una decisión aberrante, con pocas probabilidades de ser seguida en algún otro tribunal de Estados Unidos y con muchas posibilidades de ser objeto de modificaciones profundas por parte de los propios tribunales californianos. Dejando al margen las opiniones jurídicas, desde el mundo de la Psiquiatría también se censuró duramente la solución dada al caso, por considerar que minaba la práctica de la psicoterapia al destruir la confidencialidad sobre la que se sustenta. La experiencia ha demostrado que estaban equivocados. La *ratio decidendi* del caso *Tarasoff* fue adoptada en *McIntosh vs. Milano* 403 A.2d 500 (N. J. 1979) y desde entonces ha sido seguida en otras muchas jurisdicciones y se ha extendido a un amplio elenco de profesionales de la Medicina, no sólo a los psiquiatras.

13 Puede también consultarse en VUKADINOVICH, David, and KRINSKY, Susan, *Ethics and law in modern medicine: hypothetical case studies*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2001, págs. 177-182.

14 «The protective privilege ends where the public peril begins». *Tarasoff vs. Regents of the University of California*, 551 P.2d 334 (Cal. 1976) 347.

tacar que ese deber de los médicos frente a terceros distintos de sus pacientes encontraba, para la Corte Suprema de California, su razón de ser jurídica en el mismo principio que impone a los padres el deber de controlar y supervisar la actuación de sus hijos para evitar «riesgos no razonables» a terceros y la subsecuente responsabilidad para el caso de incumplimiento (recordando a nuestra *culpa in vigilando*)¹⁵. No faltan autores que señalan que, aunque en un primer momento la lectura de la sentencia *Tarasoff* pueda resultar impactante o novedosa, por imponer al médico un deber respecto a un tercero con quien no tiene relación jurídica alguna, en realidad no lo es tanto. Con anterioridad ya existían claros precedentes de deberes frente a terceros en los que el potencial *good samaritan* tenía un deber extensivo de controlar el comportamiento de otro sujeto¹⁶.

15 Las sentencias del caso *Tarasoff* extienden dicho principio e imponen un deber similar a quienes tengan control –o a su cuidado– sobre personas peligrosas como consecuencia de padecer un desorden o inadaptación social o mental. La Corte Suprema de California parece haber tomado muy en consideración la postura doctrinal mantenida por FLEMING, John and MAXIMOV, Bruce, «The Patient or His Victim: The Therapists Dilemma», *California Law Review* 62 (1974), págs. 1025-1068. En dicho trabajo, sus autores parten de casos resueltos anteriormente relativos a negligencia en el control de pacientes internados que presentaban tendencias suicidas u homicidas. Considerando que, en esos supuestos, el control sobre personas peligrosas para sí mismas o para terceros es suficiente para imponer un deber de protección, argumentaban estos autores que no existían razones para diferenciar entre pacientes internos y pacientes externos. No ignoraban, por supuesto, que el grado de control es menor en el caso de estos últimos, hecho que habría de ser tenido en cuenta a la hora de determinar las medidas protectoras, pero el deber subsistía en todo caso. Es oportuno señalar que también nuestro Tribunal Supremo, en jurisprudencia consolidada, ha reconocido responsabilidad por negligencia en la custodia de pacientes con tendencias suicidas internados en centros hospitalarios o psiquiátricos (entre otras, STS 237/1998; STS 708/1997; y STS 198/1995).

16 Explicar a un jurista continental el conocido entre la doctrina norteamericana como *Samaritan Law* puede resultar complicado o, cuando menos, extraño, porque lo es incluso para un jurista anglosajón. Un principio básico y profundamente arraigado en el *Common Law* es que el Derecho no exige a un sujeto que voluntariamente ayude a otro, no existe deber jurídico alguno en este sentido y no se puede exigir responsabilidad por conductas omisivas (*bad-samaritan principle*). Sólo en circunstancias muy especiales se reconocen excepciones a este principio por el propio *Common Law* (cuando media un contrato) y en algunas ocasiones por *Statute*. Algunos autores hablan, sin embargo, de excepciones sólo aparentes. Este conjunto de «deberes de ayudar a un tercero» es conocido como *Good Samaritan Law* y es percibido por algunos juristas como ajeno a su tradición jurídica. Aunque es muy difícil encontrar un patrón de analogía entre los distintos supuestos de *good samaritan*, sí puede afirmarse que, en general, se imponen deberes «triviales», con pocos inconvenientes o de fácil cumplimiento, que no implican carga excesiva o riesgo para el samaritano. Para muchos autores, en su día, el caso *Tarasoff* constituyó un claro ejemplo de la lenta erosión del *bad-samaritan principle*. No obstante, aunque «advertir» no requiera grandes esfuerzos, sí plantea, sin embargo, graves problemas éticos y jurídicos, pues implica el quebranto del secreto profesional y, debe añadirse, la «intromisión» en un derecho fundamental, la intimidad personal. REGAN, Donald, «Rewriting Roe v. Wade», *The Law and Politics of Abortion* (ed. C. E. SCHNEIDER and M. A. VINOVSIS), 2nd printing, Lexington Books, Lexington, Massachusetts, 1982, págs. 3-80, especialmente págs. 37-38. BROOKS, Alexander D., *Law, Psychiatry and Mental Health System...* ob. cit., 1980, pág. 330.

Este «deber de proteger» a terceros frente al riesgo representado por pacientes psiquiátricos peligrosos ha sido posteriormente¹⁷ interpretado y aplicado de forma unas veces extensiva, otras restrictiva, en la jurisprudencia norteamericana¹⁸, de modo que no resulta posible hablar de una auténtica doctrina *Tarasoff* uniforme: pudiera no ser necesario que la víctima potencial esté perfectamente identificada; el deber de proteger puede surgir incluso en supuestos en los que la relación médico paciente es puntual, accidental o de emergencia; la responsabilidad se ha extendido a daños materiales, no sólo personales; el deber desaparece si la víctima conoce o tiene motivos para conocer el peligro potencial; se exige la amenaza previa a una víctima identificable para establecer la existencia de dicho deber de protección; tal deber no existe cuando el facultativo no tiene posibilidad de ordenar un internamiento; existen discrepancias jurisprudenciales sobre el lapso temporal en el que la concreción del daño puede resultar imputable a la negligencia del profesional médico; en los supuestos de internamiento voluntario por el paciente pudiera no apreciarse la existencia de deber alguno; los estándares para determinar la peligrosidad son muy distintos.... demasiadas ambivalencias y divergencias respecto a la sentencia originaria, si bien es cierto que ninguna de las sentencias posteriores niega la existencia de un *duty to protect* como categoría abstracta en la relación psiquiatra-paciente, simplemente modulan las circunstancias en las que el mismo se concreta.

Más allá de la Psiquiatría, el precedente *Tarasoff* –en lo que a quebranto legítimo de la relación de confidencialidad médico-paciente, así como a la eventual protección de terceros se refiere– ha sido traído a colación por distintos tribunales norteamericanos en casos referentes a enfermedades contagiosas con resultados mor-

17 VAN DE CREEK, Leon and KNAPP, Samuel, *Tarasoff and beyond: legal and clinical considerations in the treatment of life-endangering patients*, 3rd edition, Professional Resource Press, Sarasota, Florida, 2001, págs. 1-55.

18 *Lipari vs. Sears, Roebuck & Co.* 497 F. Supp. 185 (D. Neb. 1980); *Hedlund vs. Superior Court of Orange County*, 699 P. 2d 41 (Cal. 1983); *Joblonski vs. United States* 712 F. 2d 391 (9th Cir. 1983); *Peck vs. Counseling Service of Addison County* 499 A. 2d 422 (Vt. 1985); *Brady vs. Hopper* 570 F. Supp. 1333 (D. Colo. 1983); *Votteler vs. Heltsley* 327 N. W. 2d 759 (Iowa 1982); *Hosenei vs. United States* 541 F. Supp. 999 (D. Md. 1982); *Naidu vs. Laird* 539 A. 2d 1064 (Del. 1988); *Davis vs. Lhim* 335 N. W. 2d 481 (Mich. App. 1983); *Nasser vs. Parker* 455 S. E. 2d 502 (Va. 1995); *Hokenson vs. United States* 868 F. 2d 372 (10th Cir. 1989); *Matt vs. Burrell* 892 S. W. 2d 796 (Mo. App. 1995); *Burchfield vs. United States* 750 F. Supp. 1312 (S. D. Miss. 1990); *King vs. Durham County Mental Health and Developmental Disabilities and Substance Abuse Authorities* 439 S. E. 2d 771 (N. C. App. 1994); *Leonard vs. Iowa* 491 N. W. 2d 508 (Iowa 1992); *Leonard vs. Latrobe Area Hospital* 625 A. 2d 1228 (Pa. Super. Ct. 1993); *Bragg vs. Valdez*, 111 Cal. App. 4th 421, 3 Cal Rptr. 3rd 804 (Cal. App. Dist. 2, California 2003).

tales¹⁹ y de transmisión genética²⁰. En todos ellos, información confidencial relativa a la salud de un paciente debió ser comunicada a terceros, necesariamente con el conocimiento de dicho paciente, aunque pudiendo prescindir de su consentimiento. En todos ellos, los tribunales que resolvieron apreciaron que los médicos (o las instituciones a las que pertenecían) habían incurrido en responsabilidad civil por incumplimiento de dicho deber.

El secreto profesional²¹ cedía cuando el peligro público –individualizado o genérico, según los casos– comenzaba. Observado desde esquemas propios de constitucionalista, la colisión entre el derecho a la intimidad, de un lado, y el derecho a la vida o la integridad personal, de otro, se saldaba a favor de estos últimos en las distintas jurisdicciones norteamericanas, aunque ninguna de las demandas había sido planteada en «términos constitucionales» de conflicto entre derechos fundamentales.

III. ¿EXISTE UN «DEBER DE PROTEGER» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL? ALGUNAS CONSIDERACIONES DE *LEGE FERENDA*

La respuesta dada al caso *Tarasoff* podría, a primera vista, parecer un tanto lejana para los juristas continentales por un variado número de razones. Cabría pensar que ante todo suscita cuestiones interesantes para la profesión médica²², tanto desde un

19 Jurisprudencia sobre SIDA, *Reisner vs. Regents of the University of California* 37 Cal. Rptr. 2d 518 (Cal. App. 1995); sobre hepatitis B, *DiMarco vs. Lynch Homes-Chester County* 583 A. 2d 422 (Pa. 1990); sobre sarampión negro o hemorrágico, *Bradshaw vs. Daniel* 854 S. W. 2d 865 (Tenn. 1993). LABOWITZ, Kenneth, «Beyond *Tarasoff*: AIDS and the Obligation to Breach Confidentiality», *St. Louis University Public Law Review* 9 (1990), págs. 497-517; GREENE, Kathryn et al., *Privacy and disclosure of HIV in interpersonal relationships: a sourcebook for researchers and practitioners*, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, New Jersey, 2003 (sobre las implicaciones éticas y los posibles beneficios y perjuicios de la revelación de dichos datos); GOSTIN, Larry, *The AIDS pandemic: complacency, injustice, and unfulfilled expectations*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, North Carolina, 2004 (de contenido amplio y multidisciplinar, resulta interesante el cap. 9, Parte III, «Piercing the veil of secrecy: partner notification, the right to know and the duty to warn»).

20 *Safer vs. Estate of Pack*, 291 N.J. Super. 619, 677 A.2d 1188 (App. Div. 1996).

21 O'ROURKE, Kevin and BOYLE, Philip, *Medical Ethics*, 2nd edition, Georgetown University Press, Washington, D.C., 1993, pág. 79: «... professional secret (...) must serve and serves the good of individual and even more of society. In this sector too, there can arise conflicts between the public and private interests, or between different elements pertaining to the common good. In these conflicts it will often be very difficult indeed to measure and weigh justly the pros and cons for speaking out or keeping silent (...) These norms, in fact, while they clearly affirm the obligation of a physician to preserve the professional secret, above all in the interest of common good, do not concede to this an absolute value. For that very common good would suffer were the professional secret placed at the service of crime or injustice».

22 De hecho, la bibliografía consultada sobre la materia y que ha servido de fuerte apoyo en la redacción del apartado anterior, aunque indudablemente contenía múltiples referencias y consideracio-

punto de vista ético o deontológico como legal, pero sólo relevantes de un modo muy tangencial para los juristas²³. Podría replicarse que la doctrina en él sentada responde a un *Tort Law* no plenamente coincidente con el nuestro, una demanda por responsabilidad civil muy difícil de concebir en nuestro sistema y que ni siquiera se trata de un caso planteado y resuelto en términos de colisión entre derechos fundamentales, perspectiva interesante para el Derecho constitucional.

Sin embargo, cuando en tiempos de globalización, parece que también jurídica, muy especialmente a raíz de lo sucedido en el Reino Unido con el caso Osman²⁴, la doctrina *Tarasoff* es traída a colación y los autores comienzan a preguntarse si existe en los Ordenamientos jurídicos europeos un deber de advertir o proteger²⁵ (algo distinto a la mera posibilidad de quebrantar en ciertos casos el deber de secreto profesional) de alcance semejante al *duty to warn or protect* en ella establecido, el enfoque de la cuestión cambia radicalmente y merece un estudio más detenido.

nes jurídicas, prestaba una atención más que destacada a los aspectos clínicos del caso, a las dificultades médicas para prever una conducta peligrosa, a los problemas para fijar estándares de diligencia y a las repercusiones que el mismo pudiera tener en la práctica de la Psiquiatría y el psicoanálisis. WISE, «Where the Public Peril Begins: A Survey of Psychotherapists to Determine the Effects of *Tarasoff*», ob. cit., págs. 165-190; MERTON, «Confidentiality and the 'Dangerous' Patient: Implications of *Tarasoff* for Psychiatrists and Lawyers», ob. cit., págs. 263-343; ROSENHAN, David and others «Warning Third Parties: The Ripple Effects of *Tarasoff*», *Pacific Law Journal* 24 (1993), págs. 1165-1232; BUCKNER and FIRESTONE, «Where the Public Peril Begins: 25 Years After *Tarasoff*», ob. cit., págs. 187-222; VAN DE CREEK and KNAPP, *Tarasoff and beyond: legal and clinical considerations in the treatment of life-endangering patients*, ob. cit., págs. 1-55. MEYER, Robert and WEAVER, Christopher, *Law and mental health: a case-based approach*, Guilford Press, New York, 2006 (cap. 5 «Duty to warn and protect»). El caso *Tarasoff* es un ineludible de la Psiquiatría forense anglosajona (por todos, EWING, Charles and McCANN, Joseph, *Minds on trial: great cases in law and psychology*, Oxford University Press, Oxford, 2006, cap. 5 «Prosenjit Poddar and Tatiana Tarasoff: where the public perils begins»).

23 Los límites del secreto profesional pueden resultar también de interés para los abogados. Al respecto, puede consultarse *Hawkins vs. King County* (1979) 24 Wash. App. 338.

24 *Osman v. Reino Unido*, STEDH 28 Oct. 1998. En el caso *Osman*, un profesor obsesionado con uno de sus alumnos, Ahmet Osman, tras realizar una serie de actos vandálicos contra la propiedad de la familia (no suficientemente probados), escribir *graffiti* amenazantes contra sus amigos e incluso provocar una colisión con el vehículo de uno de dichos amigos, terminó por disparar a Ahmet y a su padre, causando la muerte de éste último. El TEDH se pronunció a favor de la existencia de un deber de proteger, aunque estimó que en este caso concreto, dadas las circunstancias, no se había producido infracción alguna de dicho deber. Para un relato más detallado de los hechos, McKENDRICK, Ewan, «Negligence and Human Rights: Reconsidering *Osman*», *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001, págs. 331-356, especialmente págs. 332-337.

25 WRIGHT, Jane, *Tort law and human rights*, Hart Publishing, Oxford, 2001, chap. 5 «Positive Obligations, Omissions and the Convention: Should English Law Recognise a Duty to Rescue/Warn?» a modo de ejemplo sobre este planteamiento al que el TEDH parece haber dado respuesta positiva.

La doctrina esbozada en el caso *Tarasoff* resulta más interesante de lo que una primera lectura pudiera sugerir. No es simplemente un conflicto entre derechos fundamentales –intimidación *versus* vida o integridad personal– sin solución expresa en la norma, al que se debe responder desde los principios generales del Derecho, desde la vertiente objetiva que todo derecho fundamental encierra y que la Constitución pone en manos del intérprete. Nos recuerda, una vez más, que los derechos fundamentales y las libertades públicas han dejado de ser una materia restringida a las relaciones entre particulares y poderes públicos. Tanto en el plano internacional como en el estrictamente interno o nacional, los Ordenamientos jurídicos llevan ya tiempo expandiendo estos conceptos, aumentando con ello el impacto que los derechos fundamentales puedan tener en las relaciones entre particulares²⁶, cuestión nunca sencilla y menos aún pacífica. Esta circunstancia –el creciente reconocimiento de su eficacia horizontal (*horizontal effect*)– sumada a otras tantas, hace de la colisión entre derechos fundamentales un tema actual y candente: el número de demandas referidas a colisiones entre derechos fundamentales no cesa de aumentar.

Las autoridades públicas no sólo tienen el deber de abstenerse de cualquier violación de dichos derechos (obligación negativa de respetarlos o no interferir, *respect*), sino que deben, además, intentar satisfacer o garantizarlos (obligación positiva, *fulfill*) y ahora, también, deben proteger (obligación positiva, *protect*) los derechos fundamentales de sus ciudadanos de ataques o violaciones procedentes de terceras partes, incluidos otros particulares.

Sin profundizar en ese tema general, demasiado ambicioso para estas páginas, sí resulta conveniente volver sobre el caso *Osman*, para ni exagerar ni infravalorar su alcance²⁷ y para intentar comprender sus repercusiones, así como reflexionar sobre los problemas todavía sin solución que dicho caso hace evidentes²⁸.

26 Si bien es cierto que allí donde la Sanidad es ofertada mayoritariamente por los poderes públicos (Sanidad Pública), este aspecto queda bastante diluido y termina por reconducirse a la responsabilidad de la Administración.

27 McKENDRICK, «Negligence and Human Rights: Reconsidering Osman», ob. cit., pág. 338, como jurista anglosajón, insiste en la reticencia del *Common Law* a reconocer deberes generales hacia terceros con los que no se tiene relación jurídica alguna y lo que de novedoso y «ajeno a su tradición» tiene el caso *Osman*, que, por otro lado, no puede ser ignorado tras la Human Rights Act de 1998.

28 En general, GAVAGHAN, Colin, «A *Tarasoff* for Europe? A European human rights perspective on the duty to protect», *16th World Congress on Medical Law Proceedings*, Les Études Hospitalières, Toulouse, 2006, págs. 1799-1804; GAVAGHAN, Colin, «Dangerous patients and duties to warn: a European Human Rights perspective», *European Journal of Health Law*, vol. 14, núm. 2, July 2007, págs. 113-130.

1. Presupuestos e implicaciones de la existencia de un deber de proteger: el caso Osman

¿Existe un deber de advertir o proteger en el Derecho español? Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta no sólo la Constitución española y la legislación de desarrollo, sino también los Tratados Internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por el Reino de España, así como posibles pronunciamientos de Tribunales Internacionales²⁹.

La STEDH de 28 Oct. 1998 en el caso Osman v. Reino Unido (UK) parece haber dado una respuesta afirmativa a esa pregunta. Conforme al artículo 2 de la *European Convention on Human Rights* (ECHR o CEDH)³⁰, los Estados signatarios se comprometen no sólo a respetar la vida de sus ciudadanos, sino también a adoptar cuantas medidas resulten necesarias para prevenir riesgos y proteger la vida de éstos frente amenazas de terceros. Que los Estados tienen obligaciones negativas y positivas respecto a la vida de sus ciudadanos no era una cuestión problemática cuando se planteó el caso Osman ante el Tribunal de Estrasburgo, lo difícil era delimitar el alcance de dicha obligación positiva o «deber de proteger», su naturaleza y las circunstancias que deben concurrir para poder hablar de una infracción o quebrantamiento del mismo³¹. El caso Osman no prosperó, pero dejó claro que otros casos en circunstancias diferentes podrían hacerlo al amparo del art. 2 ECHR.

La afirmación de dicho deber de proteger, lejos de solucionar definitivamente la cuestión, suscita varias incógnitas a los juristas: a) naturaleza del peligro que el «pa-

29 Especialmente, *European Convention on Human Rights* (ECHR o CEDH)

30 *ECHR, Art. 2. 1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law. 2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defense of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.*

31 STEDH 28 Oct. 1998, Osman v. UK, par. 115: «The Court notes that the first sentence of Article 2.1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). It is common ground that the State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties».

ciente»³² debe representar para un tercero, esto es, derecho fundamental amenazado; b) previsibilidad del peligro; c) necesidad de identificación de una víctima concreta frente a la posible indeterminación de la misma; d) dificultades específicas del «deber de advertir» y e) conflictos entre distintos deberes.

a) Naturaleza del peligro. El caso *Tarasoff* configuró el peligro potencial que el paciente debía representar para un tercero de forma bastante amplia. No quedaba limitado a una amenaza para la vida, sino que en general se hablaba de «peligro público» y se incluían todo tipo de actos violentos que pudiesen amenazar seriamente la «realidad física» de otro sujeto. La jurisprudencia subsecuente al caso *Tarasoff* llegó, en ocasiones, a reconocer un deber de proteger o advertir cuando el paciente representase una amenaza severa incluso para la propiedad de un tercero³³, incluyendo de ese modo tanto daños personales como materiales.

La STEDH de 28 Oct. 1998, caso *Osman v. UK*, parece haber sido infinitamente más restrictiva, pues en los párrafos 115 y 116 habla de existencia de un riesgo real e inmediato para la «vida»³⁴. No debe sorprender, si se tiene en cuenta que la

32 Tanto en el caso *Tarasoff* como en el caso *Osman*, el problema se planteaba con pacientes o sujetos que presentaban trastornos o alteraciones psiquiátricas, pero como ya ha sido comentado al hilo de la doctrina *Tarasoff* y como se comprobará en el apartado siguiente, los supuestos en los que la protección de los datos sanitarios pudiera ceder exceden de ese restringido círculo actualmente.

33 *Peck vs. Counseling Service of Addison County* 499 A. 2d 422 (Vt. 1985).

34 STEDH 28 Oct. 1998, *Osman v. UK*, par. 116: «For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. Another relevant consideration is the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention. In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their *positive obligation to protect the right to life* in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the *existence of a real and immediate risk to the life* of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk. The Court does not accept the Government's view that the failure to perceive the risk to life in the circumstances known at the time or to take preventive measures to avoid that risk must be tantamount to gross negligence or wilful disregard of the duty to protect life (see paragraph 107 above). Such a rigid standard must be considered to be incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2 (...). For the Court, and having regard to the nature

demanda se apoyaba en una supuesta vulneración del art. 2 ECHR y el Tribunal quedaba, de ese modo, vinculado por el principio de congruencia. No obstante, como bien apuntan algunos autores³⁵, nada impide que análogo deber de proteger para evitar cualquier otro tipo de ataque contra la «sustantividad física» de una persona que no implique su muerte pueda surgir al amparo de art. 3 ECHR³⁶. Que queden incluidos también ciertos daños materiales resulta más dudoso.

b) Previsibilidad del peligro. La posibilidad (o probabilidad) de prever el peligro que un paciente psiquiátrico pueda representar para terceros fue, precisamente, uno de los aspectos más problemáticos en el caso *Tarasoff* y al que se dedicó buena parte de la argumentación jurídica de la sentencia.

Es ésta una cuestión totalmente ajena a los juristas y perteneciente al mundo de la Medicina y, en concreto, de la Psiquiatría³⁷, incierto por naturaleza.

El caso *Osman* es, en este punto concreto, un tanto ambiguo, pues utiliza una fórmula demasiado amplia: «(...) that the authorities *knew or ought to have known* at the time of the existence of a real and immediate risk to the life (...)»³⁸.

En primer lugar, averiguar si el peligro era verdaderamente previsible o si no fue previsto por negligencia imputable a los profesionales médicos puede llegar a resultar de muy difícil prueba, cuando no imposible en muchos casos. Debe tenerse en cuenta, además, que en la mayoría (por no decir la totalidad) de los supuestos que lleguen a conocimiento de un tribunal, el juicio de probabilidad en la previsión del peligro se verá inmensamente distorsionado por el hecho de que dicho peligro no será ya futuro o hipotético, sino que se habrá materializado.

of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case. On the above understanding the Court will examine the particular circumstances of this case».

35 GAVAGHAN, «A *Tarasoff* for Europe? A European human rights perspective on the duty to protect», ob. cit., págs. 1800-1801 se pregunta específicamente si existe también un deber de proteger frente a pacientes con incontrolables tendencias pedófilas no homicidas. Su respuesta es afirmativa.

36 Art. 3: «*No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment*». También este artículo incluye una dimensión negativa y otra positiva.

37 Esta cuestión, nunca sencilla, no era nueva para la Jurisprudencia norteamericana. La doctrina afirmada en *Tarasoff* vino a abrir la puerta a la extensión de conceptos tales como «deber» y «previsibilidad» mucho más allá de lo que en su día estableciese *Palsgraff vs. Long Island Railroad Co.* 162 N. E. 99 (N. Y. 1928), incluso en el voto particular de Justice Andrews. También había sido considerada en *People vs. Burnick*, 535 P. 2d 352 (Cal. 1975). En este caso, Justice Mosk advertía que las previsiones psiquiátricas sobre la peligrosidad de un sujeto nunca son precisas, llegando poco menos que a afirmar que es imposible predecir una conducta futura peligrosa.

38 STEDH 28 Oct. 1998, par. 116.

En segundo lugar, la sentencia del caso Osman habla de «autoridades», incluyendo (dadas las circunstancias del caso) tanto a profesionales médicos, como a policía y personal de la escuela en la que Paget-Lewis, el homicida, trabajaba. Cabe preguntarse hasta qué punto, en el supuesto de un sujeto peligroso que no reciba ayuda o tratamiento psiquiátrico, pueden esas otras «autoridades» legas en Psiquiatría ser capaces de realizar un juicio o predicción razonable y fiable sobre la peligrosidad de dicho sujeto. Ni siquiera la mera existencia de un historial de desórdenes psiquiátricos permite, sin más, a los no expertos, deducir el grado de peligrosidad con un rigor mínimo.

c) Identificación de una víctima concreta. Para la Corte Suprema de California en el caso *Tarasoff*, el hecho de que Tanya fuese perfectamente conocida e identificable como víctima potencial resultó decisivo en el establecimiento de un deber de advertir, en el primero de los procesos civiles, y un deber de proteger, en la segunda sentencia recaída tras la revisión del caso. No obstante, es sabido que jurisprudencia posterior amplió el ámbito de ese «deber de proteger» a supuestos en los que la identidad de la víctima no era conocida, pues el paciente representaba, por así decir, un riesgo general e indeterminado en cuanto a la persona, aunque altamente probable en cuanto al resultado, esto es, un «riesgo para la sociedad»³⁹.

En este aspecto concreto, el caso Osman ha sido tajante al afirmar la necesidad de que la víctima o víctimas resulten identificables.

El conocimiento de la identidad de la víctima es imprescindible, sin duda, cuando de advertir se trata, pero exigir la existencia de víctimas identificables en todos los casos puede conducir a resultados no deseables. Además, para proteger, no tiene por qué ser necesario conocer tal identidad. ¿Qué hacer cuando un paciente manifiesta claras tendencias homicidas pero indiscriminadas en lo que a la víctima se refiere? Advertir no es la solución, indiscutiblemente, pero el internamiento forzoso de estos pacientes pudiera representar una solución preventiva adecuada. No obstante, las legislaciones europeas sobre internamiento involuntario de pacientes en centros psiquiátricos presentan numerosas lagunas necesitadas de respuesta meditada⁴⁰.

39 *Lipari vs. Sears, Roebuck & Co.* 497 F. Supp. 185 (D. Neb. 1980): «duty to protect society from dangerous patients». En el mismo sentido, *Petersen vs. State* 671 P.2d 230 (Wash. 1983) y *Petersen vs. Washington* 100 Wa. 2d. 421 (1983); *Metlow vs. Spokane Alcoholic Rehabilitation Center* 781 P. 2d 498 (Wash. App. 1989); *Cox vs. Malcom* 808 P. 2d 758 (Wash. App. 1991); *Johnson vs. State* 841 P. 2d 1254 (Wash. App. 1992); *Reisner vs. Regents of the University of California* 37 Cal. Rptr. 2d 518 (Cal. App. 1995).

40 El tema – la necesidad de modificar y perfeccionar la legislación sobre internamiento involuntario y tratamiento involuntario en centros psiquiátricos – se planteó en el Reino Unido tanto ante la opinión pública como ante los juristas a raíz del caso de Rosie Palmer (*Palmer v. Tees Health Authority* (1998) All ER 180). Armstrong, un paciente con un largo historial psiquiátrico y de drogadicción ma-

d) Dificultades específicas del «deber de advertir» y e) conflictos entre distintos deberes. Ambas cuestiones merecen ser tratadas de forma conjunta, pues entre ellas existe una muy estrecha relación.

Dejando al margen la ya mencionada imposibilidad de advertir en aquellos casos en los que la víctima sea desconocida, el «deber de advertir» plantea ciertos problemas para los juristas.

En primer lugar, el grado de quebranto o perjuicio que sufre la intimidad del paciente. ¿Quién debiera ser advertido del peligro que dicho paciente representa? ¿La policía o la posible víctima? ¿Qué cantidad de información se debe proporcionar? Existen diferencias sustanciales, pues, mientras que informando a la policía la intimidad continúa «relativamente protegida», informando a la víctima (un particular) la intimidad pudiera quedar totalmente destruida. La policía, en calidad de autoridad pública, puede considerarse vinculada, de modo similar al médico, por un deber de confidencialidad, deber de confidencialidad que, en principio, no pesa sobre el particular.

En segundo lugar, desde un punto de vista meramente pragmático, cabe preguntarse por la eficacia y los costes de medida tan radical como la de advertir. Tanto en el caso de puesta en conocimiento de la policía como en el de puesta en conocimiento de la víctima, pudiera darse el caso de que esto resulte totalmente ineficaz en la prevención de la agresión. A nadie pasa desapercibido que la policía parece contar, *prima facie*, con más posibilidades de protección eficaz, pero entonces se plantea el problema de los costes que pudieran ocasionarse y la falta de medios materiales y personales para hacer frente a dicha protección. Por no mencionar un problema añadido: la saturación de «advertencias» por parte de los médicos, que podrían proliferar en exceso en un intento de prevenir la responsabilidad derivada de un hipotético incumplimiento de dicho deber.

En tercer lugar, problemas éticos y jurídicos ya comentados aparte, se plantea una alternativa tampoco fácil de resolver: ¿merece la pena salvaguardar en todo caso la intimidad del paciente pero, en ese caso, para prevenir el riesgo manifiesto para una víctima concreta, proceder a su internamiento en un centro psiquiátrico? Dicho de otro modo, surge un conflicto –que exige ponderación– entre derechos fundamentales de un mismo titular, intimidad *versus* libertad personal.

nifestó durante una estancia en un hospital mental que «sentía deseos sexuales hacia niños de corta edad y que cuando fuese puesto en libertad, un niño sería asesinado». Una vez dado de alta, en efecto, procedió a raptar, violar y asesinar a Rosie Palmer, una niña de cuatro años de edad. Los tribunales absolviéron de toda responsabilidad a los psiquiatras, pues ni podían haber advertido a víctima potencial alguna (desconocida), ni podían retener a Armstrong internado para ser tratado de acuerdo con la sec. 3 de la *Mental Health Act*. A raíz del caso Palmer se inició una reforma legislativa en el Reino Unido. En general, GAVAGHAN, «Dangerous patients and duties to warn: a European Human Rights perspective», ob. cit. págs. 113-130.

En cuarto lugar, el médico tiene el deber de proteger a terceros, pero no por ello queda liberado de su deber primario, proteger y velar por la vida, salud y bienestar de su paciente, incluso en el caso de que éste sea un sujeto altamente peligroso. El deber de proteger no existe en el vacío, como bien señaló el TEDH, sino que encuentra un contrapeso en otros deberes profesionales. Cierta forma de publicidad sobre sujetos cuya identidad es conocida por la comunidad podría desencadenar el conocido como «fenómeno vigilante»⁴¹, en el que la violencia parece dar un giro de ciento ochenta grados y termina por proyectarse contra el sujeto inicialmente peligroso para la sociedad. Surge así un nuevo dilema ético para el médico y nuevos problemas jurídicos.

2. El ordenamiento jurídico español: especial consideración de la LOPD y la LIB

El legislador español no parece haber previsto expresamente un caso tan específico como el planteado en *Tarasoff*, aunque tras el caso Osman, no debiera discutirse la existencia de dicho deber de proteger, incluido el deber de advertir en ciertos supuestos⁴².

Precisamente por este motivo resulta interesante, de un lado, analizar el planteamiento de la privacidad de los datos sanitarios tal como la viene contemplando nuestro Ordenamiento jurídico y, de otro lado, realizar algunas sugerencias sobre la posi-

41 Vid. GAVAGHAN, «A *Tarasoff* for Europe? A European human rights perspective on the duty to protect», ob. cit., págs. 1802-1804, noticias de prensa en él citadas sobre el fenómeno vigilante.

42 Con anterioridad al caso Osman, un jurista pudiera haberse preguntado cuál habría sido la respuesta del Ordenamiento español a un caso semejante al *Tarasoff*. De forma tremendamente simplificada y superficial, caben dos opciones: a) que el médico no hubiese advertido al paciente, produciéndose de ese modo el ataque fatal o b) que el médico hubiese quebrantado el secreto profesional evitando el riesgo para la vida de la víctima a costa de la intimidad de su paciente. No parece muy viable que ni de a) ni de b) se pudiera derivar responsabilidad penal para el médico. En caso de no advertir, el responsable penal, si fuese imputable, sería el paciente. En caso de quebrantar el secreto profesional, la defensa del médico siempre podría alegar estado de necesidad (si objetivo o subjetivo es cuestión que debe discutir y resolver la doctrina penal). La respuesta dada a una hipotética existencia de responsabilidad civil es ya más complicada y un tanto «aleatoria», porque dependerá tanto de la concreta visión del juez como del derecho alegado como vulnerado en la demanda, que ocupará, inevitablemente, un primer plano. Partiendo de que nos hallamos en un momento anterior al caso Osman y no ha quedado establecida la existencia de un deber de advertir o proteger, dos soluciones serían igualmente defendibles, con la correlativa inseguridad para la profesión médica: 1ª) que por haber quebrantado el secreto profesional, el paciente reclame responsabilidad civil (posible en el caso de que en el proceso penal se estime la concurrencia de estado de necesidad subjetivo) o 2ª) que por no haber advertido a la víctima, ésta o su familia sean quienes reclamen la responsabilidad civil, tal como ocurrió en el caso *Tarasoff*.

ble instrumentalización legislativa del deber de proteger o advertir para intentar disipar ciertas dudas o problemas que puedan plantearse al aplicador del Derecho.

a) La protección de datos sanitarios en el Ordenamiento jurídico español: la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y la Ley de Investigación Biomédica (LIB)

Tanto la LOPD como LIB intentan prevenir las amenazas que, sin duda, los adelantos técnicos representan para la intimidad⁴³: Medicina en equipo, difusión de la información, informatización de las historias clínicas, profusión de archivos, análisis genéticos... No obstante, la intimidad –en este caso la del paciente– es una cuestión primariamente valorativa⁴⁴ (ética si se quiere) y no puramente técnica.

El grado de protección de que el secreto médico es objeto no es igual en todos los ordenamientos jurídicos. Mientras que en algunos países puede y debe ser mantenido incluso ante los tribunales (*medical privilege*), en otros el secreto médico no es absoluto, sino relativo, y puede ser revelado siempre que exista justa causa, siendo posible considerar como tal, en general, todos aquellos supuestos en los que de la no revelación pueda seguirse daño severo, irreversible y permanente para terceros⁴⁵.

Una lectura de la LOPD y la LIB permite deducir que la información relativa a la salud es considerada como información altamente sensible, aunque no por ello disfruta de protección absoluta. El art. 6 LOPD ha previsto ciertos supuestos en los que se puede proceder al tratamiento de datos personales aun sin consentimiento del interesado y el art. 7.6 de dicha ley⁴⁶ contiene una mención específica en el mismo sentido para los datos personales de carácter sanitario. Por otro lado, el art. 11 LOPD permite la comunicación a terceros de datos personales sin consentimiento del titular.

43 Sobre los riesgos que los adelantos técnicos representan para la intimidad, ROTHFEDER, Jeffrey, *Privacy for Sale: How Computerization Has Made Everyone's Private Life an Open Secret*, Simon & Schuster, New York, 1992 (chap. 8).

44 En general, sobre intimidad en el ámbito médico y sus tres dimensiones (en sentido físico, como reserva en la información y como toma de decisiones propias), vid. BEAUCHAMP, Tom L. and CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition, Oxford University Press, New York, 2001 (chap. 7).

45 En general, una interesante reflexión filosófica y jurídica, desde variados puntos de vista, sobre el fundamento y correlativo alcance del secreto profesional del médico: McHALE, Jean V., *Medical Confidentiality and Legal Privilege*, Routledge, London-New York, 1993, págs. 38-70.

46 Art. 7.6. «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento».

Si se presta atención a los supuestos a los que la doctrina *Tarasoff* se ha extendido progresivamente en la jurisprudencia norteamericana, en materia estrictamente sanitaria se pueden distinguir tres grandes categorías: 1ª) información sanitaria relativa a pacientes psiquiátricos potencialmente peligrosos (ámbito original del caso *Tarasoff*); 2ª) información médica referida a enfermedades contagiosas; 3ª) información sanitaria relativa a enfermedades genéticas. Aunque entre estas tres grandes categorías encontramos ciertas analogías (datos sanitarios protegidos, en principio, por el secreto profesional), existen también profundas diferencias.

- 1ª) Respecto al primer supuesto –comunicación a terceros, incluida la víctima potencial, de información sanitaria relativa a enfermos mentales– nada expreso dice la legislación española. La interpretación puede llegar a resultar tremendamente compleja para el intérprete/aplicador del Derecho y distintas posiciones pudieran resultar igualmente defendibles. El último inciso del art. 7.6 LOPD expresamente alude a la posibilidad de proceder al tratamiento de datos sanitarios prescindiendo del consentimiento del interesado cuando esto resulte necesario para «*salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona*», pero es una referencia demasiado vaga e imprecisa como para deducir, sin más, las consecuencias que implica la doctrina *Tarasoff*. Aun suponiendo que dicha revelación fuese lícita, muchas dudas se plantean⁴⁷.
- 2ª) En el caso de enfermedades contagiosas, razones de salud pública suelen ser sopesadas. El art. 26 LGS prevé que en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las *medidas preventivas que estimen pertinentes*, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, *intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas*.

47 Debe añadirse que sobre la posibilidad de recurrir al internamiento para evitar el peligro que el paciente mental pueda suponer para una víctima concreta o la sociedad en general, el Ordenamiento jurídico español, como tantos otros de su entorno, no es lo suficientemente preciso, pero dicha medida se considera en general el último recurso y se tiende a una utilización restrictiva. Ley General de Sanidad, art. 20: «Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones Sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios: 1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, *que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización*. Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría».

Debe señalarse, además que, para la prevención de epidemias y transmisión de enfermedades, en el caso de enfermedades contagiosas, no siempre es necesario revelar «toda» la información sanitaria relativa al paciente afectado y puede muy bien omitirse su identidad. También es permisible, por razones de salud pública, informar a quienes puedan haber tenido un contacto inmediato con el enfermo del riesgo que corren, tanto para proteger su salud como para evitar una mayor diseminación de la enfermedad⁴⁸. Con todo, según el caso concreto, la colaboración del paciente será requerida y necesaria, pues en numerosas ocasiones sólo él podrá proporcionar la identidad y facilitar la localización de las personas expuestas a riesgo de contagio.

3ª) Para las enfermedades genéticas, la LIB ha sido «considerablemente» progresista y ha procurado incorporar buena parte de las reflexiones que la doctrina había realizado con anterioridad, en un intento de encontrar un equilibrio adecuado entre respeto a la intimidad y la necesaria comunicación a terceros, qué puede y no puede ser revelado, a quién y en qué circunstancias.

En el caso de «información sanitaria genética», la pregunta clave es si verdaderamente se trata de información relativa a la intimidad personal del paciente o si, por el contrario, se trata más bien una parcela peculiar de «intimidad familiar» y, por tanto, compartida entre parientes biológicos. La Jurisprudencia norteamericana⁴⁹ y la doctrina⁵⁰ ya habían apuntado que la información relativa a enfermedades de transmisión genética debiera ser puesta en conocimiento de aquellos parientes que eventualmente puedan padecerlas siempre con ello se pueda mejorar su estado de salud. En ese sentido parece orientarse la LIB, cuando en su art. 47.5º incluye como información previa a los análisis genéticos la «advertencia de la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos», en su art.

48 En este sentido resulta muy ilustrativa *DiMarco vs. Lynch Homes-Chester County* 583 A. 2d 422 (Pa. 1990): «Physicians are the first line of defense against the spread of communicable diseases, because physicians know what measures must be taken to prevent the infection of others (...). Such precautions are taken not to protect the health of the patient whose well-being is already compromised, rather such precautions are taken to safeguard the health of others. Thus, the duty of a physician, in such circumstances extends to those within foreseeable orbit of harm. (...) If a third person is in that class of persons whose health is likely to be threatened by the patient, and if erroneous advice is given to that patient to the ultimate of the third person, the third person has a cause of action against a physician, because the physician should recognize that the services rendered to the patient are necessary for the protection of the third person».

49 *Safer vs. Estate of Pack*, 291 N.J. Super. 619, 677 A.2d 1188 (App. Div. 1996).

50 VAN LEEUWEN, Evert and HERTOOGH, Cees, «The Right to Genetic Information: Some Reflections on Dutch Developments», *Journal of Medicine and Philosophy* 17, 4 (Aug. 1992), págs. 382-391.

48.2 permite el acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético de una persona fallecida, aunque dicha información se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos y en el inciso final del art. 49.2 establece que «cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se *podrá*⁵¹ informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades».

Por otro lado, la revelación o exigencia de cierta información genética pudiera, sin embargo, resultar tremendamente peligrosa y aumentar o propiciar cierto tipo de discriminaciones entre los colectivos más desfavorecidos, atendiendo a consideraciones sociales o económicas⁵². Para prevenir estas situaciones, el art. 9.3 LIB claramente establece que «sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, *con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético*, cuando esté indicado, o en el caso del estudio de las *diferencias inter-individuales en la respuesta a los fármacos y las interacciones genético-ambientales o para el estudio de las bases moleculares de las enfermedades*». También, en el art. 45.a) se insiste en que «deberá garantizarse la igualdad en el acceso a los análisis genéticos sin consideraciones económicas y sin requisitos previos relativos a posibles opciones personales».

b) Consideraciones de *lege ferenda*. Ciñéndose al supuesto de pacientes psiquiátricos, el más problemático, resulta inconveniente pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un posible deber de advertir o proteger al modo *Tarasoff a priori*, porque esto dependerá en gran parte de la forma en que dicha medida se instrumentalice. En cualquier caso, tras Osman y la declaración por parte del TEDH, parece que el legislador debiera incorporar ciertas previsiones, garantías y procedimiento a seguir para dar cumplimiento a dicho deber, con la finalidad de aclarar algunas dudas a la profesión médica, a la policía y al aplicador del Derecho.

51 En todo caso, obsérvese que dice «podrá» y no «deberá». Esto es, del el punto de vista jurídico, una diferencia relevante.

52 Vid. HOOK, C. Christopher, «Genetic testing and confidentiality», *Genetic Ethics. Do the Ends Justify the Genes?* (ed. J. F. KILNER, R. D. PENTZ and F. E. YOUNG), William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 1997, págs. 124-135; LEBACQZ, Karen, «Genetic Privacy: No Deal for the Poor», *Genetics. Issues of Social Justice* (ed. T. PETERS), The Pilgrim Press, Cleveland, Ohio, 1998, págs. 239-254.

Lo primero que debe ser aclarado por el legislador es sobre quién pesa el deber de advertir, pues no parece que el mismo deba reducirse a autoridades públicas (médicos integrados en el sistema de salud público), sino que debe también hacerse extensible a médicos que ejerzan la Psiquiatría como profesionales liberales al margen de la sanidad pública. Normalmente serán los profesionales de la Psiquiatría quienes estén en posición de poder realizar una previsión razonable sobre la peligrosidad de un enfermo mental o persona temporalmente desequilibrada.

La siguiente duda a despejar es quién debe ser informado: la policía, el particular en riesgo o ambos. Tal vez lo más apropiado fuese encontrar una fórmula flexible que permita elegir en función de las circunstancias del caso. La policía, *a priori*, parece más preparada y capacitada para ofrecer protección, pero el hecho de poner sobre aviso a la víctima potencial pudiera resultar útil.

Esto plantea, a su vez, nuevas cuestiones. En el caso de que sólo la policía haya sido informada por el médico de la peligrosidad del paciente, cabe preguntarse si es ahora sobre las fuerzas de seguridad sobre las que pesa el deber de advertir. También se plantea el espinoso problema del deber de confidencialidad. Mientras que en el caso de la policía no se cuestiona que dicho deber existe, no puede decirse lo mismo del particular con semejante contundencia, pese a lo establecido en el art. 11.5 LOPD. La división doctrinal aquí pudiera ser profunda, como reflejo general de la división doctrinal existente en la forma de entender los límites de la intimidad cuando de «información pública» se trata (v. gr. procesos y sentencias), así como en las consideraciones sobre hasta qué punto puede imponerse un deber de confidencialidad sobre la «propia intimidad», que es en lo que queda convertido el hecho de correr un determinado peligro, en intimidad o vida privada de la víctima potencial.

La información a comunicar a la policía o al particular debiera, en todo caso, ser lo más restringida posible, sin necesidad de entrar en detalles médicos, a menos que resultasen plenamente relevantes para prevenir la agresión. Advertir del peligro, comunicar la identidad y, caso de no ser el potencial agresor conocido por la víctima, ofrecer imágenes que permitan identificarle con finalidad de protección parece suficiente para intentar salvaguardar la intimidad en lo posible o, si se prefiere, no sacrificarla más de lo necesario.

También parece fuera de toda discusión que, aunque no se cuente con el consentimiento del paciente para proceder a dar cumplimiento al deber de advertir o proteger, éste debiera en todo caso ser informado de que se ha comunicado a la policía y/o al particular en peligro potencial la situación. Incluso pudiera resultar conveniente optar por la posibilidad de advertir con carácter previo a toda comunicación entre médico y paciente, en el ámbito de la Psiquiatría, del deber de advertir o proteger que pesa sobre el psiquiatra y que éste procederá a darle cumplimiento si considera que puede existir un peligro real e inminente para la vida o integridad de un tercero. Se argumenta en contra de esta medida alegando que pudiera restar

eficacia al tratamiento y destruir la relación de confianza. No obstante, la publicidad está presente en métodos de terapia psiquiátrica colectiva de eficacia probada. Nuevamente, en este punto, el legislador debiera consultar con expertos médicos.

Para el final hemos dejado la consideración que nos parece de más compleja resolución: la decisión de advertir debe ser una decisión tomada en solitario por el médico o debe ir precedida de ciertas consultas.

Para comenzar, en el ámbito de la sanidad pública, claramente «sanidad en equipo», pudiera resultar conveniente la consulta con otros colegas (el servicio), acaso más experimentados en algunas ocasiones. Ciertamente, no pasa desapercibido que para el profesional liberal, dicha posibilidad de consulta con otros colegas resulta más complicada, aunque no imposible.

También debe sopesarse la posibilidad de que en la toma de este tipo de decisiones se dé cabida al comité de ética del hospital en que el equipo médico se integra o, caso de no existir en dicho hospital comité de ética propio, acudir al de un hospital próximo y predeterminado por la Administración para este tipo de asistencia o apoyo.

Por último, una posición garantista y rigurosa pudiera sugerir como solución más apropiada la necesidad de obtener autorización judicial (tal como sucede con los registros domiciliarios o la intervención de comunicaciones) antes de proceder a cualquier tipo de comunicación de los datos sanitarios que afectan a la intimidad del paciente.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN

De todo lo expuesto anteriormente, nada –o prácticamente nada– nuevo puede concluirse. Casos difíciles de relevancia constitucional (*constitutional cases*)⁵³ ha habido y habrá siempre. Una parte destacada de esos casos difíciles es la referida a derechos fundamentales, muy especialmente aquéllos en los que distintos derechos fundamentales colisionan entre sí y debe procederse a su delimitación, ponderación y, en algunas ocasiones, sacrificio de uno de ellos en beneficio del otro. Raras veces existe una respuesta contundente e indiscutida predeterminada por la ley⁵⁴.

53 DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, págs. 81-130 sobre *hard cases* en general y págs. 131-149 sobre la proyección de esta problemática en la jurisprudencia constitucional, lo que el autor denomina *constitutional cases*; DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986, págs. 355-399.

54 Recuérdese lo dicho en la nota a pie de página número 4 del presente trabajo. Para la concepción subsuntiva, de forma muy simplificada, todos los supuestos que reúnen idénticas propiedades relevantes, seleccionadas por el legislador en la norma general, tienen idéntica consecuencia normativa. La dificultad principal a superar por la concepción subsuntiva es, precisamente, conseguir que los

Se pregunta DWORKIN cuál es la respuesta del Derecho en aquellos casos en los que la ley permanece en silencio, confusa o incluso ambigua. La argumentación jurídica es un ejercicio de «interpretación constructiva». Debe rechazarse, siempre según este autor, la idea de que no existe una respuesta correcta, sino simplemente muchas respuestas diferentes. En la inmensa mayoría de los casos difíciles existen respuestas correctas que la razón debe aspirar a alcanzar. Con esto no quiere decirse, en absoluto, que se pueda *demonstrar* que una respuesta concreta es la correcta y que la misma ha de satisfacer a todos⁵⁵.

Es un deber de los jueces (deben entenderse también incluidos los jueces constitucionales), incluso en los casos difíciles, descubrir qué derechos reconoce el Ordenamiento jurídico a las partes – y no inventar nuevos derechos retrospectivamente – o qué derecho debe prevalecer en caso de conflicto. Naturalmente, no existe procedimiento alguno que de forma mecánica pueda demostrar cuáles son los derechos de las partes en los *hard cases*. Antes bien, sucede todo lo contrario: la mayoría de las veces existirá un profundo desacuerdo y diversidad de argumentos a favor y en contra⁵⁶. En la resolución de un caso difícil debe evitarse adoptar una decisión que, aisladamente, parezca justa o correcta, pero que considerada en el conjunto del Ordenamiento y sus principios generales resulte inconsistente con otras decisiones también correctas⁵⁷. Es conveniente recordar a los jueces que los casos difíciles llevan en muchas ocasiones aparejado el peligro de ser resueltos erróneamente, de modo que se impone la «humildad» ante ellos⁵⁸.

El caso *Tarasoff* en su día y otros muchos similares son casos difíciles, porque la ley no contempla su resolución de modo expreso y debe acudir a los principios generales del Derecho. Son casos especialmente difíciles porque encierran un con-

distintos supuestos encajen perfectamente en las normas reguladoras de derechos fundamentales. Para la concepción particularista, el acento recae en las circunstancias de cada supuesto concreto y no necesariamente de ellas se puede siempre obtener respuesta para casos futuros. En general, sobre los dos modelos contrapuestos de racionalidad práctica, el modelo subsuntivo y el modelo particularista, DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, Cambridge, Massachusetts, 1993, ofrece una defensa correctamente articulada de la concepción particularista de las razones morales. También, ALEXY, Robert, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris* 16, 2003, págs. 131-140, especialmente pág. 134, se pregunta cuál de las dos construcciones permite obtener una mayor racionalidad en la aplicación de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. Es también posible una vía intermedia, sugerida, entre otros, por: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «Rules and Principles Revisited», *Associations* 4 (2000), pág. 147-156; BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 24, 2001, págs. 35-62.

55 DWORKIN, *Law's Empire*, ob. cit., pág. viii-ix.

56 DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, ob. cit., pág. 81.

57 DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, ob. cit., pág. 87.

58 DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, ob. cit., pág. 130.

flicto entre derechos fundamentales, uno de los temas más espinosos a los que la Justicia Constitucional debe enfrentarse en la actualidad y para el que resulta siempre complicado encontrar respuesta⁵⁹.

El día a día de la práctica constitucional no cesa de enfrentarse a conflictos entre derechos fundamentales: los actuales planteamientos sobre la libertad de expresión y la prohibición del *hate speech* parecen evidenciar que se ha preferido dar prioridad a la igualdad y la prohibición de discriminación⁶⁰; el incidente internacional de las caricaturas de Mahoma sirvió de excusa para que la doctrina se plantease los límites de la libertad religiosa y de la libertad de expresión, así como cuál de ellas debía prevalecer o qué lugar les correspondía a ambas en una sociedad multicultural⁶¹; algo similar ocurrió con la conocida como «ley del velo» en Francia⁶²; la nueva legislación de «emergencia antiterrorista» del Reino Unido y de Estados Unidos suscita un debate interesante sobre hasta dónde están dispuestas a llegar algunas democracias consolidadas en la restricción de los derechos fundamentales para proteger la vida de la población civil⁶³. Y se podría continuar con más ejemplos, aunque no es eso lo pretendido.

59 Sobre conflictos entre derechos fundamentales: BREMS, Eva, «Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», *Human Rights Quarterly*, 2005, págs. 294-326.

60 Art. 4 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Resolution 1904 (XVIII) 20 Nov. 1963. Art. 4(a) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Resolution 2106 (XX) 21 Dec. 1965. MCKINNON, Catharine A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993; AAVV. *Discrimination and human rights: the case of racism* (ed. Sandra FREDMAN), Oxford University Press, Oxford, New York, 2001.

61 ATIENZA, Manuel, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», *El Notario del Siglo XXI* núm. 6, marzo-abril 2006, Revista *on line* del Colegio Notarial de Madrid, <http://www.elnotario.com>

62 En general, sobre la problemática que ha suscitado el velo islámico en distintos países: ALÁEZ CORRAL, Benito, «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 67, 2003, págs. 89-128; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán: nota a la STC federal alemán de 24 de septiembre de 2003», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 69 (1), 2004, págs. 235-250; LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 70, 2004, págs. 383-394; MÜLLER-GRUNE, Sven y MARTÍN VIDA, María Ángeles, «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso Ludin», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 70, 2004, págs. 313-338.

63 En Estados Unidos, *Patriot Act* (2002). Sobre el Derecho antiterrorista en tiempos de emergencia, en general: AAVV., *The Torture Debate in America* (ed. Karen J. GREENBERG), Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006.

Los derechos fundamentales gozan de prioridad o protección preferente por parte del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, no son absolutos. La prioridad de la que disfrutaban en otro tipo de conflictos no puede alegarse cuando son precisamente dichos derechos fundamentales los que colisionan entre sí.

El legislador intenta establecer ciertas previsiones siempre insuficientes, pues el verdadero conflicto suele aflorar en el nivel interpretativo de la norma jurídica o de la propia Constitución. Por mucho que el legislador introduzca matices, nunca evitará completamente los problemas al aplicador del Derecho, porque la realidad supera las previsiones normativas. La tarea del legislador restringe, pero no excluye, las dificultades del intérprete. Siempre se producirán casos no previstos expresa y claramente en la norma o casos en los que el juez constitucional estará llamado, precisamente, a enjuiciar lo establecido por el legislador. Cualquiera que sea la solución dada a estos casos, como bien advierte DWORKIN, corre siempre el riesgo de parecer arbitraria.

La resolución de conflictos entre derechos fundamentales no resulta sencilla por multitud de razones. Ni el legislador ni los jueces suelen acudir a planteamientos generales en la resolución de este tipo de conflictos, sino que prefieren, por regla general, fórmulas *ad hoc*, válidas para un derecho específico cuestionado en un caso concreto.

Debe también tenerse en cuenta que, dependiendo del planteamiento de la demanda y del derecho presuntamente vulnerado que en ella se esgrima, los tribunales casi inevitablemente tenderán a considerar ese derecho «en primer plano», de forma destacada, recibiendo de ese modo más atención⁶⁴, con el consiguiente riesgo de «deformación» de la cuestión jurídica. No es infrecuente encontrar casos en los que ni siquiera se ha detectado el conflicto como tal, limitándose los tribunales a pronunciarse sobre si ha habido o no violación del concreto derecho fundamental alegado por el demandante sin tan siquiera mencionar o analizar en profundidad el derecho esgrimido por el demandado e implicado también en el conflicto.

En ocasiones sucede justamente lo contrario: se plantea como aparente colisión entre derechos fundamentales lo que no es verdaderamente tal⁶⁵.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) viene intentando una aproximación prometedora a los conflictos entre derechos fundamentales, la conocida como *praktische Konkordanz*⁶⁶. Dado que, al menos en teoría, todos los derechos fun-

64 Esta problemática es también abordada en PARDO LÓPEZ, María Magnolia, «Un caso difícil, una solución aceptable, un argumento inacabado: sobre la libertad religiosa y la objeción de conciencia en la Jurisprudencia constitucional», *Las Respuestas del Derecho a los Retos del Siglo XXI*, Edit.um, Universidad de Murcia, Murcia (en prensa).

65 STEDH, Wynen v. Belgica, 5 Nov. 2002.

66 HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, págs. 317 y ss.

damentales son igualmente valiosos y no existe *a priori* una jerarquía entre ellos, gozando por tanto de igual protección, el TCFA pretende evitar, siempre que sea posible, dar prioridad a un derecho en detrimento de otro. Es un «compromiso» guiado por la intención de imponer las menores restricciones posibles a los derechos fundamentales.

No obstante, esa «solución de compromiso» no siempre resulta viable y en ciertos casos se hace necesario dar preferencia a un derecho sobre otro para resolver el conflicto planteado. La colisión se traduce en sacrificio de un derecho fundamental para salvaguarda de otro igualmente fundamental. En la doctrina *Tarasoff*, la intimidad personal es sacrificada a fin de evitar un riesgo para la vida o la integridad personal. Se trata de una verdadera colisión entre derechos y no de la mera delimitación de su contenido.

¿Qué criterios generales pueden utilizarse para procurar ofrecer respuestas coherentes? No existe contestación sencilla ni unívoca a esta pregunta.

La distinción entre el núcleo o contenido esencial y los contenidos periféricos de cada derecho puede ser una alternativa adecuada para resolver ciertos casos. Siempre será preferible sacrificar el contenido periférico de un derecho fundamental cuando colisione con el contenido esencial de otro. No obstante, al optar por esta postura surge una nueva dificultad: el deslinde entre lo esencial y lo periférico.

También puede ser tenido en cuenta el efecto reflejo que algunos derechos fundamentales tienen en la protección de otros derechos o en la protección de derechos de terceras partes no implicadas directamente en el conflicto. Si un derecho fundamental actúa como *lever* o protección indirecta de otros derechos (fundamentales o no), debe ser restringido o sacrificado con extremo cuidado, sólo en circunstancias excepcionales y plenamente justificadas.

No existe jerarquía preestablecida entre derechos fundamentales, pero vida e integridad personal parecen disfrutar de una mayor «reverencia». La doctrina *Tarasoff* así viene a ponerlo de manifiesto. Se trata, sin embargo, de una sentencia con más de treinta años y dictada por un tribunal norteamericano. La tradición jurídica de los países de nuestro entorno cultural ha venido manteniendo esa línea de «prioridad de la vida» en caso de conflicto⁶⁷.

67 En el caso español, recuérdense las SSTC de los casos GRAPO: STC 120/1990 (Pleno), de 27 junio (Caso GRAPO I); STC 137/1990 (Pleno), de 19 julio (Caso GRAPO II); STC 11/1991 (Pleno), de 17 enero (Caso GRAPO III). En cualquier caso, en estos supuestos el conflicto se planteaba entre derechos de un mismo titular, vida vs. libertad, considerada en distintas facetas, lo que introduce connotaciones diferentes. La doctrina ha criticado dichas decisiones en algunos aspectos concretos de su argumentación jurídica y cabe preguntarse si, hoy día, casos semejantes encontrarían la misma respuesta procedente del TC, dada la STC 154/2002, de 18 de julio. PARDO LÓPEZ, «Un caso difícil, una solución aceptable, un argumento inacabado: sobre la libertad religiosa y la objeción de conciencia en la Jurisprudencia constitucional», ob. cit. (en prensa).

Nuestra legislación reciente (LOPD y LIB), sin embargo, no contiene una solución expresa para el supuesto concreto analizado u otros similares ya mencionados, en los que la intimidad personal de un sujeto colisiona con la vida, la integridad o la salud de terceros. Queda abierta la pregunta de en qué sentido resolvería el TC caso de tener que pronunciarse algún día sobre un supuesto análogo a los comentados, opiniones doctrinales al margen.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV., *Discrimination and human rights: the case of racism* (ed. Sandra FREDMAN), Oxford University Press, Oxford, New York, 2001.
- AAVV., *The Torture Debate in America* (ed. Karen J. GREENBERG), Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2006.
- ALÁEZ CORRAL, Benito, «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 67, 2003, págs. 89-128.
- ALEXY, Robert, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Iuris* 16, 2003.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, «Rules and Principles Revisited», *Associations* 4 (2000), pág. 147-156.
- ATIENZA, Manuel, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», *El Notario del Siglo XXI* núm. 6, marzo-abril 2006, Revista *on line* del Colegio Notarial de Madrid, <http://www.elnotario.com>
- BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001), págs. 35-62.
- BEAUCHAMP, Tom L. and CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition, Oxford University Press, New York, 2001.
- BLUM, Deborah, *Bad Karma: a true story of obsession and murder*, Atheneum, New York, 1986.
- BREMS, Eva, «Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», *Human Rights Quarterly*, 2005, págs. 294-326.
- BROOKS, Alexander D., *Law, Psychiatry and the Mental Health System, 1980 Supplement*, 3rd printing, Little, Brown and Company, Boston, 1980.
- BUCKNER, Fillmore and FIRESTONE, Marvin, «Where the Public Peril Begins: 25 Years After *Tarasoff*», *The Journal of Legal Medicine* 21,2 (2000), págs. 187-222.
- DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, Cambridge, Massachusetts, 1993.

- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986.
- EWING, Charles and McCANN, Joseph, *Minds on trial: great cases in law and psychology*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- FLEMING, John and MAXIMOV, Bruce, «The Patient or His Victim: The Therapists Dilemma», *California Law Review* 62 (1974), págs. 1025-1068.
- GAVAGHAN, Colin, «A *Tarasoff* for Europe? A European human rights perspective on the duty to protect», *16th World Congress on Medical Law Proceedings*, Les Études Hospitalières, Toulouse, 2006, págs. 1799-1804.
- GAVAGHAN, Colin, «Dangerous patients and duties to warn: a European Human Rights perspective», *European Journal of Health Law*, vol. 14, núm. 2, July 2007, págs. 113-130.
- GOSTIN, Larry, *The AIDS pandemic: complacency, injustice, and unfulfilled expectations*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, North Carolina, 2004.
- GREENE, Kathryn et al., *Privacy and disclosure of HIV in interpersonal relationships: a sourcebook for researchers and practitioners*, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah, New Jersey, 2003.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990
- HOOK, C. Christopher, «Genetic testing and confidentiality», *Genetic Ethics. Do the Ends Justify the Genes?* (ed. J. F. KILNER, R. D. PENTZ and F. E. YOUNG), William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 1997, págs. 124-135.
- HOWARD, Dick, *The Road from Runnymede. Magna Carta and Constitutionalism in America*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1968.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- LABOWITZ, Kenneth, «Beyond *Tarasoff*: AIDS and the Obligation to Breach Confidentiality», *St. Louis University Public Law Review* 9 (1990), págs. 497-517.

- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán: nota a la STC federal alemán de 24 de septiembre de 2003», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 69 (1), 2004, págs. 235-250.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «El velo islámico en la Universidad Turca: nota a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2004, Sahin c. Turquía», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 70, 2004, págs. 383-394.
- LEBACQZ, Karen, «Genetic Privacy: No Deal for the Poor», *Genetics. Issues of Social Justice* (ed. T. PETERS), The Pilgrim Press, Cleveland, Ohio, 1998, págs. 239-254.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- McHALE, Jean V., *Medical Confidentiality and Legal Privilege*, Routledge, London-New York, 1993.
- McKENDRICK, Ewan, «Negligence and Human Rights: Reconsidering Osman», *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001, págs. 331-356.
- McKINNON, Catharine A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.
- MERTON, Vanessa, «Confidentiality and the 'Dangerous' Patient: Implications of *Tarasoff* for Psychiatrists and Lawyers», *Emory Law Journal* 31,2 (1982), págs. 263-343.
- MEYER, Robert and WEAVER, Christopher, *Law and mental health: a case-based approach*, Guilford Press, New York, 2006.
- MÜLLER-GRUNE, Sven y MARTÍN VIDA, María Ángeles, «¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso Ludin», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 70, 2004, págs. 313-338.
- O'ROURKE, Kevin and BOYLE, Philip, *Medical Ethics*, 2nd edition, Georgetown University Press, Washington, D.C., 1993.
- PARDO LÓPEZ, María Magnolia, «Un caso difícil, una solución aceptable, un argumento inacabado: sobre la libertad religiosa y la objeción de conciencia en la Jurisprudencia constitucional», *Las Respuestas del Derecho a los Retos del Siglo XXI*, Edit.um, Universidad de Murcia, Murcia (en prensa).
- REGAN, Donald, «Rewriting *Roe v. Wade*», *The Law and Politics of Abortion* (ed. C. E. SCHNEIDER and M. A. VINOVSIS), 2nd printing, Lexington Books, Lexington, Massachusetts, 1982, págs. 3-80.

- ROSENHAN, David and others «Warning Third Parties: The Ripple Effects of *Tarasoff*», *Pacific Law Journal* 24 (1993), págs. 1165-1232.
- ROTHFEDER, Jeffrey, *Privacy for Sale: How Computerization Has Made Everyone's Private Life an Open Secret*, Simon & Schuster, New York, 1992.
- STONE, Alan, «The *Tarasoff* Decisions: Suing Psychotherapists to Safeguard Society», *Harvard Law Review* 90 (1976), págs. 358-378.
- VAN DE CREEK, Leon and KNAPP, Samuel, *Tarasoff and beyond: legal and clinical considerations in the treatment of life-endangering patients*, 3rd edition, Professional Resource Press, Sarasota, Florida, 2001.
- VAN LEEUWEN, Evert and HERTOOGH, Cees, «The Right to Genetic Information: Some Reflections on Dutch Developments», *Journal of Medicine and Philosophy* 17, 4 (Aug. 1992), págs. 382-391.
- VUKADINOVICH, David, and KRINSKY, Susan, *Ethics and law in modern medicine: hypothetical case studies*, Kluwer Academic Publishers, Boston, 2001.
- WISE, Toni, «Where the Public Peril Begins: A Survey of Psychotherapists to Determine the Effects of *Tarasoff*», *Stanford Law Review* 31 (1978), págs. 165-190.
- WRIGHT, Jane, *Tort law and human rights*, Hart Publishing, Oxford, 2001.