



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO A LA INTIMIDAD FRENTE A LA INVESTIGACIÓN
GENÉTICA.**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

BÁRBARA LORETO RAMOS ARRUÉ.

Profesor Guía: GONZALO FIGUEROA YÁÑEZ.

INDICE.

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA INTIMIDAD.	
1. Generalidades.	4
2. Concepto.	7
3. Fundamento.	10
4. Contenido del derecho a la intimidad.	12
5. Límites al derecho a la intimidad.	16
6. Violación del derecho a la intimidad.	18
7. Titulares del derecho a la intimidad.	21
8. Consagración del derecho a la intimidad a nivel internacional.	22
9. Consagración del derecho a la intimidad en el derecho chileno.	23
Consagración Constitucional.	23
Consagración legal.	25
a.-Código Penal.	25
b.-Código de Procedimiento Penal.	27
c.-Código Civil.	28
d.-Ley 16.643 sobre abusos de publicidad.	28
e.-Ley 19.628 sobre protección de datos personales.	29
f.-Reglamento del Libro IX del Código Sanitario.	30

g.-Jurisprudencia.	30
--------------------	----

CAPITULO II: DERECHO A LA INTIMIDAD E INVESTIGACIÓN GENÉTICA.

1. Importancia de la investigación genética.	34
2. Información genética y derecho a la vida privada.	38
3. Derechos en conflicto en materia de investigación genética	46
4. Limitaciones del derecho a la intimidad.	54
a.- Protección de la Salud.	55
b.- Investigación de la paternidad.	58
c.- Investigación de ciertos delitos.	59

CAPÍTULO III : EL SECRETO PROFESIONAL

1. Secreto profesional y derecho a la intimidad.	62
2. Antecedentes históricos de la obligación de reserva.	67
3. Regulación del secreto profesional en Chile.	70
4. Extensión del secreto profesional.	72
5. Limitaciones al secreto profesional.	77
6. El consentimiento informado.	86

CONCLUSIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	96

INTRODUCCIÓN

La persona, en cuanto sujeto de derechos, es titular de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Dentro de estos últimos se encuentran los llamados derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad protegen diversos aspectos o facetas de la persona; se trata de derechos esenciales e inviolables que derivan de la dignidad humana y son inherentes a ella. Como una forma de sistematizar su estudio, la doctrina los ha dividido atendiendo al aspecto de la persona que ellos protegen, así se ha distinguido entre aquellos derechos que protegen la integridad física de la persona; su integridad espiritual; la libertad; el desarrollo personal y espiritual y los derechos de familia propiamente tal¹. Dentro del segundo grupo, esto es, derechos que protegen la integridad espiritual de la persona se comprenden el derecho a la igualdad ante la ley y a la inviolabilidad del hogar; el derecho al honor, a la propia imagen, y a la intimidad. El presente trabajo se avoca al estudio de este último y, principalmente, al análisis de cómo puede el derecho a la intimidad verse afectado por las investigaciones científicas que se realicen sobre el genoma de las personas.

¹ FUEYO LANERI, FERNANDO: “Instituciones del Derecho Civil Moderno”. 1ª ed. 1990. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Págs. 28 y 29.

El derecho a la vida privada ha adquirido especial importancia en los últimos años, debido a que el desarrollo alcanzado por la tecnología, ha abierto nuevas posibilidades de intromisión en la intimidad de las personas; los avances tecnológicos han irrumpido en diversos ámbitos de la sociedad, fenómeno al que no han permanecido ajenas la biología, la biotecnología y la ciencia médica. Sin duda, este hecho ha traído aparejados grandes beneficios para la humanidad, como por ejemplo, mayor grado de certeza en los diagnósticos de enfermedades y nuevas posibilidades de tratamiento, pero a la vez ha planteado nuevos conflictos que no pueden ser ignorados. Algunos de ellos serán materia de nuestro estudio.

En el primer capítulo trataremos acerca del derecho a la intimidad; abordaremos los diversos conceptos dados por la doctrina, analizaremos su fundamento e intentaremos esbozar su contenido. De igual manera, daremos una visión general, desde el punto de vista doctrinario, acerca de las limitaciones que lo afectan y de los casos en que se configura una violación a la vida privada. Revisaremos las normas que lo consagran tanto a nivel internacional como nacional, para concluir con un breve análisis jurisprudencial. Todo ello tiene por objeto dar una visión general del derecho a la vida privada.

En el segundo capítulo analizaremos, principalmente, cómo la investigación genética puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad. Nos referiremos a la importancia de la investigación genética, e intentaremos determinar si la información genética del individuo está o no protegida por el derecho a la intimidad; a continuación abordaremos los conflictos de derechos a que da lugar la investigación genética y los casos en que se justifican intromisiones en el genoma de las personas.

Finalmente, el tercer capítulo tiene por objeto el estudio del secreto profesional como elemento de protección de la intimidad. Nos ocuparemos de la relación que existe entre el secreto profesional y el derecho a la intimidad; revisaremos los orígenes de la obligación de reserva, la extensión del secreto profesional y su regulación en Chile. Analizaremos, también, sus limitaciones y trataremos en forma especial acerca del consentimiento informado.

CAPÍTULO I:

EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

1. Generalidades.

El derecho a la intimidad, también denominado derecho a la vida privada², es un derecho de la personalidad, es decir, un derecho cuyo objeto está constituido por atributos físicos o morales de la persona y que se caracteriza por ser inalienable, imprescriptible, inembargable e irrenunciable. Esta idea, en la actualidad, es aceptada prácticamente en forma unánime por la doctrina, sin embargo no siempre fue así. El primer paso en este sentido lo dieron Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes en su obra titulada “El derecho a la intimidad”, criticaron el hecho de que los tribunales de justicia norteamericanos al pronunciarse en causas sobre violación de correspondencia, captación de imágenes u otras intromisiones en la vida privada, fundaran el amparo dado al ofendido en la violación de su derecho de

² Se ha sostenido que ambos términos no son sinónimos: la intimidad sería la parte más reservada de la vida privada, quedando por lo tanto comprendida en ésta. El concepto vida privada sería, por lo tanto, más amplio que el de intimidad. No obstante lo anterior, la mayoría de la doctrina se refiere indistintamente al derecho a la intimidad o derecho a la vida privada, restándole importancia a la diferencia antes señalada, ya que ella carece de efectos jurídicos. En tal sentido se manifiestan Novoa Monreal, Delia Ferreira y Renato Jijena, autores que serán citados específicamente más adelante. La opinión contraria, según la cual no resulta posible ni apropiado homologar ambos términos, es defendida por ANGELI G., GONZALO en “El Derecho a la Vida Privada y las Bases Automatizadas de Datos Personales”, Seminario de Título. Universidad Diego Portales. Pág. 36, 37 y 38.

propiedad sobre manuscritos y su contenido, o en la violación de una cláusula de buena fe, cuando existía un contrato entre agresor y ofendido. Los autores sostienen que ello obedece a un criterio errado, ya que lo que verdaderamente existe en todas estas situaciones es la violación del derecho a la intimidad del individuo.³

Hoy además de ser concebido como un derecho de la personalidad, el derecho a la intimidad es entendido por muchos autores como un aspecto de la libertad, tomada ésta en un sentido amplio. Esta idea es explicada y desarrollada de manera muy clara por Murillo de la Cueva⁴, quien luego de analizar las diferencias entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, a la luz de lo expuesto por Constant, señala que la libertad de estos últimos reside precisamente en su vida privada y en el disfrute apacible de su independencia. El mismo autor, siguiendo a Isaiah Berlin, reconoce dos nociones de libertad: una positiva y una negativa. La primera de ellas “se refiere a la capacidad del individuo para desarrollar sus potencialidades; la segunda alude a la autonomía, a la exclusión de vinculaciones heterónomas, a

³ WARREN, SAMUEL y BRANDEIS, LOUIS: “El Derecho a la Intimidad”, traducción al español de Pilar Baselga. 1ª ed. 1995. Edit. Civitas S.A. Madrid.

⁴ MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”. 1ª ed. 1990. Edit. Tecnos. Madrid. Págs. 45, 46 y 47.

la garantía de un ámbito exento de injerencias ajenas, reservado para la persona. Éste es el ámbito de la vida privada.”⁵

El derecho a la intimidad es un derecho autónomo. En un principio apareció mezclado con el derecho al honor y el derecho a la imagen, puesto que en numerosos casos la violación de la vida privada importa, al mismo tiempo, una ofensa al honor o un ataque contra la imagen. Gracias a la labor de la doctrina y la jurisprudencia, que han ido precisando cada vez más el concepto de intimidad, hoy es perfectamente posible diferenciar el derecho a la vida privada del derecho al honor y a la propia imagen.

La intimidad puede ser atacada sin atacar el honor, como sucede cada vez que se difunden hechos de carácter privado, pero que constituyen actitudes loables que hacen digna de admiración a la persona que los realiza. El atentado contra el honor puede en muchos casos sanearse acreditando que los hechos imputados no son verdaderos. En cambio tratándose de atentados contra la intimidad, la veracidad de la información conocida y/o difundida resulta irrelevante.

⁵ MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: Op. Cit. Pág. 49

El derecho a la propia imagen, implica que la “apariencia física, la voz y otras características de la fisonomía no pueden ser lícitamente utilizadas sin el consentimiento del afectado, aun cuando mediante ello no se consume ni un atentado al honor ni a la vida privada”.⁶ A este respecto cabe mencionar una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 1º de Agosto de 1989, que determinó que no constituye un atentado contra la vida privada el hecho de fotografiar a una persona en un lugar público y publicar luego la fotografía en un periódico⁷. Este hecho que, a juicio de la Corte, no afecta el derecho a la intimidad por haber sido tomada la fotografía en un lugar público, sí sería sancionable desde el punto de vista del derecho a la imagen.

2. Concepto.

En el presente siglo el tema del derecho a la intimidad ha sido abordado por diversos autores, los que han ensayado numerosas definiciones. La autora Delia Ferreira clasifica las diversas definiciones de intimidad en dos tipos: definiciones negativas y definiciones afirmativas.⁸

⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN: “Derechos al Honor, Vida Privada e Imagen y Responsabilidad Civil por los daños provocados por las empresas periodísticas”, artículo publicado en Revista de Derecho, Univ. Católica de la Sma. Concepción, Vol. 5º, 1996.

⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 86, Sección 5ª., pág. 126.

⁸ FERREIRA RUBIO, DELIA: “El Derecho a la intimidad”, 1ª edic. 1982. Edit. Universidad. Buenos Aires. Página 46.

Son definiciones negativas de intimidad aquellas que consideran que la vida privada está constituida por todo aquello que no forma parte de la vida pública. A este grupo pertenecen también las definiciones que identifican la intimidad con ciertos aspectos de la vida de un sujeto, que éste desea sustraer del conocimiento de terceros, esto es, mantener en reserva. Los que entienden por intimidad todo aquello que no forma parte de la vida pública son criticados, porque con esa posición se concluye preguntándose qué es vida pública, creándose un nuevo problema. Los que entienden por intimidad aquellos aspectos que el interesado desea mantener en reserva son criticados por su subjetivismo, al quedar entregada a cada individuo la determinación de los aspectos de su vida que desea sean amparados como íntimos.

Las definiciones positivas en cambio, optan por señalar directamente los aspectos de la vida de una persona que quedan comprendidos dentro de su vida privada o intimidad, corriendo el riesgo de olvidar o excluir algunos de ellos.

La autora Ferreira se manifiesta partidaria de emplear fórmulas generales que permitan la adaptabilidad del concepto y que reduzcan su grado de subjetividad. Propone definir la vida privada como “todos aquellos datos,

hechos o situaciones desconocidos para la comunidad, que son verídicos y que están reservados al conocimiento bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño patrimonial o moral.”⁹

El profesor José Luis Cea ha definido la vida privada como todos aquellos “asuntos, datos, comunicaciones o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo.”¹⁰

Jaime González Sepúlveda define el derecho a la intimidad como “el derecho que permite al individuo desarrollar su propia vida privada con el grado mínimo de interferencia, libre de perturbaciones que le ocasionen las autoridades públicas y otros individuos estén o no investidos de autoridad.”¹¹

Por su parte, el profesor Manuel Albadalejo lo ha definido como el “poder que detenta el sujeto sobre el conjunto de actividades que realiza y

⁹ FERREIRA RUBIO, DELIA: Op. Cit. Página 52.

¹⁰ CEA EGAÑA, JOSE LUIS: Apuntes de clases, Cap. V, página 78. 1995.

¹¹ GONZALEZ SEPÚLVEDA, JAIME: “El derecho a la Intimidad Privada”. 1ª ed. 1972. Edit. Andrés Bello. Santiago. Página. 25.

circunstancias que lo rodean y que le permite excluir a extraños de todo aquello en que él no desea que tengan intervención.”¹²

En nuestro país, la Comisión Constituyente, en la sesión del día 12 de Junio de 1975, al discutir la norma constitucional que consagra el derecho a la intimidad, entendió por vida privada “aquella zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa.” A partir de esta definición se podría sostener que el derecho a la intimidad es el derecho de toda persona a excluir de la noticia o invasión externa ciertas zonas de su vida.

3. Fundamento.

El fundamento del derecho a la intimidad como derecho de la personalidad no parece ser otro que la dignidad de la persona. En virtud de ella, cada uno de nosotros está obligado a respetar la decisión del otro de sustraer del conocimiento público ciertos aspectos de su vida, esto implica respetar lo que se ha llamado “el espacio propio de cada uno.”

El derecho a la intimidad está tan arraigado en nosotros que es casi imposible imaginar una sociedad en la que cualquier persona pudiera

¹² ALVADALEJO, MANUEL: Conferencia: “Orientaciones Generales del Derecho a la Intimidad en España y Europa.” Seminario Universidad de Los Andes. Santiago de Chile, Septiembre de 1999.

inmiscuirse impunemente en nuestros asuntos, aun en aquellos que consideramos más privados. En este punto concordamos plenamente con lo que sostiene una sentencia norteamericana citada por Novoa Monreal, en el sentido de que el fundamento del derecho a la intimidad estaría en los instintos naturales; todos y cada uno de nosotros reconocemos intuitivamente que para cada persona existen asuntos que son privados y otros que son públicos, y no podemos dejar de sentir repugnancia cuando alguien invade nuestro sentimiento privado.¹³

En opinión de dicho autor, el derecho a la intimidad es consecuencia lógica de la individualidad, autonomía y de la libertad propia de todo ser humano.¹⁴

La Comisión Constituyente dejó constancia en las actas de la sesión del 12 de Junio de 1975, de la importancia de consagrar el derecho a la intimidad a nivel constitucional, ya que dado el alto grado de socialización del mundo actual, la intimidad pasa a constituir un límite a la penetración de la sociedad, en que la masificación amenaza con formar “series de individuo sin ninguna posibilidad de aportar algo al progreso.”

¹³ NOVOA MONREAL, EDUARDO: “El Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos”, 2ª. Ed. 1981. Edit. Siglo XXI Editores S.A. México. Pág. 36

¹⁴ NOVOA MONREAL, EDUARDO: Op. Cit. Página 35.

4.Contenido del Derecho a la Intimidad.

Resulta claro que lo amparado por el derecho a la intimidad es la vida privada de la persona. Para explicar el concepto de vida privada tradicionalmente se acude a la distinción entre vida pública y vida privada.

Se ha dicho que constituye parte de la vida pública de un sujeto aquello que realiza inmerso en la sociedad, en interacción con los demás miembros de ella y que puede ser y es generalmente conocido por terceros. De acuerdo con lo anterior quedaría comprendido dentro de la vida pública de la persona su trabajo, las actividades que realiza en lugares a los que el público tenga libre acceso y todo aquello que el propio interesado hubiere consentido en ventilar a la luz pública. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia dictada con fecha 31 de Mayo de 1993, señaló que “por vida pública se comprende aquella que llevan los hombres públicos y de la que conocen los terceros, aún sin su consentimiento, siempre que sean de real trascendencia.”¹⁵ Nos parece que esta definición jurisprudencial es totalmente inadecuada: induce a error, ya que de ella se desprende que sólo los hombres públicos tienen vida pública, lo cual no es correcto.

¹⁵ Revista Fallos del Mes, n° 415, página 354.

La vida privada de un individuo estaría constituida, en términos generales, por aquella parte de su vida que queda excluida del conocimiento de terceros. La misma sentencia antes mencionada señala que “por vida privada se entiende aquella zona que el titular del derecho no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento.” En un intento por precisar el concepto, la doctrina alemana ha distinguido tres grados de intimidad:

- esfera privada: compuesta por todas aquellas actividades, palabras o pensamientos que una persona no desea poner en conocimiento público.
- esfera confidencial: compuesta por todo aquello que el sujeto pone en conocimiento de personas de su confianza.
- esfera del secreto: corresponde a aquello que el sujeto guarda para sí y que resulta inaccesible a cualquier otra persona.

Concordamos con la mayoría de la doctrina, en cuanto a la relatividad del concepto de vida privada. Para poder enmarcarlo adecuadamente se debe atender a una serie de factores, como son los patrones culturales, el medio en el que se desenvuelve el sujeto y otros. Se ha sostenido que no es lo mismo hablar de la intimidad de una persona “normal”, de un sujeto “común y corriente” que de la de una persona pública o con proyección pública. En relación con estas últimas, se ha dicho que estarían justificadas las

intromisiones en su intimidad cuando se trata de hechos que puedan afectar el ejercicio de sus funciones o “dar una pauta de cual es la calidad moral de la persona en un rubro que interese a la comunidad nacional”, según consta en actas de la Comisión Constituyente.

No obstante lo anterior, resulta forzoso reconocer que existen ciertos aspectos básicos que son generalmente considerados en un determinado momento histórico como constitutivos de la vida privada de una persona. Resulta ilustrativo para formarse una idea de los diversos aspectos que pueden quedar amparados por el derecho a la intimidad la declaración de la “Conferencia de Juristas Nórdicos”, que tuvo lugar en Estocolmo en 1967. En ella se estableció que el individuo debía ser protegido de:

- a.- el registro de la persona;
- b.- la entrada a recintos y otras propiedades y su registro;
- c.- exámenes médicos y psicológicos;
- d.- declaraciones penosas, falsas o fuera de propósito;
- e.- violación de correspondencia;
- f.- interceptación de instalaciones telegráficas o telefónicas;
- g.- uso de vigilancia electrónica u otros dispositivos de espionaje;
- h.- grabaciones de sonido y tomas fotográficas y cinematográficas;

- i.- importunidades de la prensa y otros medios de comunicación de masas;
- j.- revelación de información, ya sea dada a asesores privados o autoridades públicas obligadas al secreto profesional o recibida de ellos;
- k.- revelación pública de asuntos privados;
- l.- hostigamiento de la persona.

De todos los puntos enunciados, los designados bajo las letras c, j y k serán materia de nuestro estudio en capítulos posteriores, enfocados desde el punto de vista de los exámenes y del secreto a que estarían obligados el médico y el investigador, en cuanto conocedores de los caracteres genéticos del individuo. Por ello es que estimamos pertinente destacar también la opinión de Novoa Monreal, según la cual, quedan comprendidos dentro de la vida privada los “defectos o anomalías físicas no ostensibles” y las “afecciones de la salud, cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del individuo”.¹⁶

Renato Jijena Leiva, por su parte, distingue entre aquellos datos que son de propiedad pública, y por ende de uso común, y aquellos que tienen carácter privado. Los primeros son todos aquellos “inherentes a una persona que lo

¹⁶ NOVOA MONREAL, EDUARDO: Op. Cit. Página 46.

individualizan frente a la sociedad”¹⁷ (por ejemplo, el nombre, el domicilio, el teléfono, etc.); los datos de carácter privado, en cambio, son aquellos no vinculatorios con la sociedad, tales como enfermedades, religión, monto de bienes y deudas, etc.

Todos estos conceptos constituyen criterios orientadores, pero en ningún caso reglas categóricas que determinen indubitablemente cuando estamos frente a un hecho de la vida privada de un sujeto. Eso debe ser analizado caso a caso, de acuerdo a las circunstancias concretas, por lo que la jurisprudencia entra a jugar un papel muy importante.

5. Límites al derecho a la intimidad.

El individuo no vive aislado, sino inmerso en la sociedad donde interactúa con otros individuos y diversos grupos. Por ello el derecho a la intimidad no es ni puede ser un derecho ilimitado; reconoce una serie de límites inspirados en diversos principios e intereses que justifican determinadas intromisiones en la vida privada de los sujetos. Delia Ferreira distingue dos clases de limitaciones, las de carácter general, que son aquellas que se aplican a todas las personas por igual, y las de orden personal, que son aquellas que se

¹⁷ JIJENA LEIVA, RENATO JAVIER: “Chile. La Protección Penal de la Intimidad y el Delito Informático”. 1ª ed. 1992. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Págs. 37 y 38.

fundan en condiciones personales del sujeto.¹⁸ Dentro del primer grupo se cuentan la seguridad del Estado, el bienestar general y el ejercicio de derechos por parte de terceros. Las del segundo grupo varían según la categoría de la persona de que se trata. Renato Jijena reconoce como limitaciones al derecho a la intimidad la seguridad del estado, el bienestar de la comunidad, la salud pública, el ejercicio legítimo de derechos por parte de terceros y la libertad de información, en la medida en que se cumplan los requisitos que garanticen una adecuada información respetuosa de la intimidad ajena. Enrique Evans de la Cuadra¹⁹ estima que la intromisión en la vida privada está permitida en los procesos judiciales en que se investiga delitos vinculados directamente a situaciones de la vida privada o situaciones que digan relación con la vida familiar y sus características socioeconómicas. En opinión de Jaime González Sepúlveda los principios o intereses que justifican intromisiones en la intimidad son principalmente: la seguridad pública, la seguridad nacional, el orden público, la administración de justicia, la libertad de expresión, la protección de la salud.²⁰ Todos ellos son discutibles y no se encuentran amparados por todos los ordenamientos jurídicos. Así, nuestra jurisprudencia ha señalado que el derecho a la intimidad tiene una mayor jerarquía que la

¹⁸ FERREIRA RUBIO, DELIA: Op. Cit. Págs. 178 y 179.

¹⁹ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE: “Los Derechos Constitucionales”. Tomo I. 1986. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pág. 172.

²⁰ GONZÁLEZ SEPÚLVEDA, JAIME: Op. Cit. Página 34.

libertad de expresión, no pudiendo, en consecuencia, invocarse el ejercicio de la libertad de expresión para limitar el derecho a la vida privada.²¹

En términos más generales se ha señalado que sería lícito difundir datos de la vida privada en dos casos:

- cuando la ley lo autoriza.
- cuando el afectado consiente en ello.

6. Violación del derecho a la intimidad.

A juicio de Novoa Monreal “la violación de la vida privada empieza cuando un extraño se procura información acerca de ella”²², y precisa que no es necesaria la divulgación de dicha información; el ataque se consuma con el sólo acto de indiscreción. La esencia del ataque a la intimidad está en que un extraño toma conocimiento de ella sin consentimiento del titular. La divulgación constituye una agravante de la conducta, sin perjuicio de que las legislaciones castiguen la sola divulgación cuando ella no se efectúa por el mismo sujeto que tomó conocimiento de los hechos. La divulgación adquiere importancia, porque al ser un elemento más fácil de comprobar, en muchos casos el legislador castiga el ataque a la intimidad sólo cuando va seguido de

²¹ Revista Fallos del Mes, N° 415, página 356.

²² NOVOA MONREAL, EDUARDO: Op. Cit. Página 59.

un acto de divulgación o da mayor importancia a este hecho. El autor agrega que para estar en presencia de un atentado contra la vida privada es necesario que el extraño haya tomado conocimiento de los hechos a través de “una actividad especialmente dirigida a penetrar dentro de la intimidad ajena”, de manera que no se configuraría una violación de la intimidad cuando el tercero toma conocimiento de ella en forma fortuita.

La doctrina mayoritaria estima que la violación de la intimidad puede verificarse de dos formas:

- Por el hecho de tomar conocimiento un tercero de antecedentes de la vida privada de una persona (naturalmente sin su consentimiento).
- Por divulgarse información privada sin el consentimiento del titular del derecho (en este caso dicho titular puede haber consentido en que el tercero tomara conocimiento de la información, pero no en su divulgación).

De manera que atenta contra la vida privada no sólo aquel que averigua o conoce información íntima de otro sin su consentimiento, sino también aquel que habiendo tomado conocimiento de tal información por medios legítimos o ilegítimos, la divulga sin consentimiento del afectado. Estas figuras pueden

darse conjunta o separadamente; se ha sostenido que cuando ambas son realizadas por el mismo sujeto la divulgación actuaría como agravante del conocimiento.

El aceptar la posición mayoritaria lleva a rechazar la exigencia de una “actividad especialmente dirigida a penetrar dentro de la intimidad ajena” para configurar un ataque a la vida privada. En efecto, se podría tomar conocimiento fortuito de información privada y atentar contra la intimidad divulgando dicha información.

Existen autores que consideran que los actos de divulgación no violan propiamente el derecho a la intimidad, sino más bien el derecho a la reserva o al secreto, que importa el derecho de toda persona a que no se divulgue información sobre su vida privada.

7. Titulares del derecho a la intimidad.

Tradicionalmente se sostuvo que sólo las personas naturales (capaces e incapaces) podían ser titulares del derecho a la intimidad. Las personas jurídicas no tendrían una intimidad propia; la intimidad de la persona jurídica

no sería otra que la intimidad de las personas naturales que la componen. Novoa Monreal sostiene que los derechos de la personalidad sólo admiten como titulares a las personas naturales, de manera que en principio una persona jurídica no podría atribuirse su titularidad. Sin embargo, reconoce que dada la gran variedad de aspectos que se comprenden dentro de la noción vida privada, algunos de ellos resultan aplicables a las personas jurídicas, lo que justificaría la protección respecto de ellas.²³

La tendencia más moderna admite que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho a la intimidad.

Se ha tratado en forma especial el tema de la intimidad en relación con el fallecido. Existen dos soluciones: para algunos el derecho a la intimidad se extingue con la muerte de la persona, porque tratándose de un derecho de la personalidad no puede concebirse sin ella; para otros la protección de la intimidad debe prolongarse aún después de la muerte de la persona²⁴, lo que ciertos autores justifican como una forma de proteger el patrimonio moral de los parientes del fallecido. Por ejemplo, la ley española de protección a la intimidad distingue si el atentado contra la intimidad se produjo en vida de la

²³ NOVOA MONREAL, EDUARDO: Op. Cit. Página 61.

²⁴ FERREIRA RUBIO, DELIA: Op. Cit. Pág. 152.

persona o después de su muerte, entregando el ejercicio de la correspondiente acción a distintas personas en uno u otro caso.

8. Consagración del Derecho a la intimidad a nivel internacional.²⁵

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales. De ellos los más importantes en el marco de Naciones Unidas son la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, que en su artículo 12 dispone: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias...” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” que se refiere al derecho a la intimidad en su artículo 17 en términos casi idénticos.

Dentro del sistema europeo, la “Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales” luego de consagrar el respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia de la persona, en el apartado 2º del artículo 8º menciona casos en que se justifican intromisiones a la intimidad: “No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta

²⁵ El texto completo de los instrumentos internacionales citados en el presente apartado se encuentra en PACHECO GÓMEZ, MÁXIMO: “Los Derechos Humanos: documentos básicos”. 2ª ed. 1993. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la derechos y libertades de los demás”.

En el contexto americano el derecho a la intimidad es reconocido tanto por la “Convención Americana de Derechos Humanos” (artículo 11) como por la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (artículo V).

9. Consagración del Derecho a la Intimidad en el Derecho Positivo Chileno.

9.1 Consagración Constitucional.

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 4 de la C.P.R., el que dispone: “La Constitución asegura a todas las personas: N° 4. El respeto y la protección a la vida pública y privada y a la honra de la persona y de su familia”.

Al discutirse la norma, la Comisión Constituyente destacó la importancia de establecer un precepto que consagrara el derecho a la intimidad y a la honra, ya que a juicio de los comisionados, nuestra legislación ha dado mucha

importancia al patrimonio material de la persona, pero no ha difundido de igual modo su patrimonio moral. Se hizo notar la imposibilidad de establecer de manera precisa el ámbito de la privacidad, ya que dicho ámbito depende de muchos factores, tales como la actividad que la persona desempeña, su voluntad y muchas otras circunstancias que deben ser analizadas caso a caso. Por ello, pareció inevitable admitir que debe ser la jurisprudencia la que fije los límites de la intimidad.

La Constitución protege también la “inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada” (artículo 19 N° 5), la norma debe complementarse con las figuras establecidas en el Código Penal y que dicen relación con la violación de morada, de correspondencia y de secreto. Estos preceptos, según la opinión de la Comisión Constituyente, protegen un aspecto material de la intimidad.

Los derechos reconocidos en los N° 4 y 5 del artículo 19 son de aquellos protegidos por el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, y por consiguiente, cualquier acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace su legítimo ejercicio puede ser impugnado a través de este recurso.

9.2 Consagración legal.

En nuestra legislación existen diversas normas que establecen la obligación de respetar la intimidad de la persona, sea directamente o de manera indirecta, al establecer el deber de guardar secreto respecto de determinados antecedentes.

a.-Código Penal:

El título III del libro II de este cuerpo legal se denomina “Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”. En él, la doctrina agrupa los diversos delitos atendiendo al bien jurídico protegido; así se establece una serie de figuras que atentan contra la esfera de intimidad de las personas, las que revisaremos a continuación:

- Violación de morada, artículo 144: esta norma castiga al que “entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador”, estableciendo una agravación de la pena cuando el hecho se ejecuta con violencia o intimidación.
- Allanamiento irregular, artículo 155: en este caso se sanciona al “empleado público que abusando de su oficio, allanare un templo o la casa de cualquier persona o hiciere registro de sus papeles, a no ser en los casos y formas que prescriben las leyes.”

- Violación de correspondencia, artículo 146: mediante esta figura se castiga al que “abriere o registrare la correspondencia o papeles de otro sin su voluntad”. Se establece una pena agravada para el caso que el sujeto activo divulgue o se aproveche de los secretos contenidos en la correspondencia o papeles. Esta norma recoge la distinción hecha por la doctrina en cuanto a que el atentado contra la intimidad puede verificarse a través de actos de indiscreción (tomar conocimiento indebido de hechos concernientes a la vida privada), o a través de actos de divulgación.
- Violación de secretos: el párrafo 8º del título V del Libro II regula la violación de secretos, siendo la disposición más importante para nuestro estudio la contenida en el artículo 247 inciso 2º que consagra como delito la violación del secreto profesional señalando que “las mismas penas se aplicarán a los que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubiere confiado.”

Los delitos precedentes han sido los que tradicionalmente han sancionado atentados contra la intimidad, pero los adelantos técnicos han hecho surgir nuevas formas de ataque que han demandado la dictación de nuevas normas.

La ley N° 19.423 publicada en el Diario Oficial el 20 de Noviembre de 1995 agregó al Título III del Libro II del Código Penal un párrafo denominado “De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y de su familia”. El artículo 161-A castiga al que “en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, interprete, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado, o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.” También se sanciona al que “difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior.”

b.-Código de Procedimiento Penal:

En su artículo 106 inciso 2° establece que en el auto cabeza de proceso el juez no enunciará los hechos o circunstancias cuya divulgación pueda perjudicar el éxito de la investigación “ni el nombre del denunciante, si éste exigiere su reserva”. En este caso podríamos sostener que el nombre del denunciante sería un elemento que quedaría comprendido dentro de su

privacidad, ya que se desea excluirlo del conocimiento de terceros por razones de seguridad. El artículo 164, relativo a las inspecciones, dispone que quien las practique deberá respetar los secretos del interesado en cuanto esta reserva no dañe la investigación.

c.-Código Civil.

Este cuerpo legal contiene ciertas normas que en último término contribuyen a proteger la intimidad. Podemos señalar, por ejemplo, la contenida en el artículo 846 relativa a las servidumbres, que otorga al dueño de un predio el derecho a cerrarlo o cercarlo por todas partes. También podemos señalar el artículo 878 que prohíbe tener “ventanas, balcones, miradores o azoteas, que den vista a las habitaciones, patios o corrales de un predio vecino, cerrado o no, a menos que intervenga una distancia de tres metros.”

d.-Ley 16.643 sobre abusos de publicidad.

El artículo 22 de este cuerpo legal sanciona la imputación de hechos determinados relativos a la vida privada o familiar de una persona, difundida a través de ciertos medios de comunicación social. Se sanciona asimismo al que grabare palabras o captare imágenes de otra persona sin su consentimiento. El

inciso tercero es de gran importancia, pues señala hechos que no se consideran de la vida privada o familiar de la persona para efectos de este artículo. Estos hechos son:

- los referentes al desempeño de una función pública.
- Los realizados en el desempeño de una profesión u oficio y cuyo conocimiento poseyere un interés público real.
- Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso.
- Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por alguno de los medios del artículo 16.
- Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos.
- Los consistentes en la ejecución de delitos de acción pública o participación culpable en los mismos.

e.-Ley 19.628 sobre protección de datos personales.

La idea original de esta ley era crear un cuerpo que regulara la protección de la vida privada en términos amplios. Sin embargo durante su tramitación fue restringiéndose cada vez más, quedando su ámbito de aplicación reducido al manejo, recolección, utilización, difusión, etc. de datos personales por

mecanismos manuales o computacionales. Para efectos de la ley son datos de carácter personal o datos personales “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.” (art. 1º letra f). En relación con la fuente de estos datos se distingue entre datos accesibles al público, para cuya recolección no se requiere autorización del titular, y datos privados, respecto de los cuales se exige la autorización del titular como requisito de su recolección. La ley define lo que debe entenderse por “datos sensibles”, los que en principio están excluidos de la recolección y tratamiento informático, sin perjuicio de que se establezcan ciertas excepciones en que se autoriza su divulgación. Estos datos sensibles son “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual” (artículo 1º letra g). La ley establece que sólo las personas naturales pueden ser “titulares de los datos”, éstos son las personas a que se refieren los datos de carácter personal. Regula cuando puede realizarse el tratamiento de datos personales y especialmente los requisitos que debe tener la autorización del particular. Se preocupa de reglamentar la utilización de los datos personales, su tratamiento por organismos públicos y privadas, los derechos de

los titulares de los datos y los derechos de los responsables del registro.

f.-Reglamento del Libro IX del Código Sanitario.

El artículo 8 establece la obligación de los servicios hospitalarios de mantener información disponible para el público en general destinada a darles a conocer la legislación y reglamentación existente en materia de donación de órganos, “orientada en los principios de solidaridad humana y respeto irrestricto de la libertad, intimidad, voluntad y toda clase de creencias personales.”

8.Jurisprudencia.

Nuestros tribunales, conociendo del recurso de protección fundado en la conculcación de la garantía del artículo 19 N° 4, se han pronunciado sobre el alcance del derecho a la intimidad.

- Se ha sostenido que no vulnera la garantía del artículo 19 N° 4 el hecho de que una empresa haya ordenado publicar un aviso en el que comunica que una persona ha dejado de ser empleado suyo y que en consecuencia no se responsabiliza por los actos que pudiere realizar a su nombre. (Corte de Apelaciones de Santiago. 21 de Enero de 1985.

Revista Fallos del Mes N° 317, páginas 117 y siguientes).

- No infringe la garantía del N° 4 del artículo 19 el hecho de que un periódico haya informado un hecho de carácter policial, del cual tomó conocimiento a través de Carabineros de Chile, resguardando debidamente la identidad de las personas involucradas, aún cuando la información haya sido acompañada de una fotografía. (Corte de Apelaciones de Iquique. 5 de Diciembre de 1984. Revista Fallos del Mes N° 313, páginas 687 y siguientes).

- No se viola la garantía del artículo 19 N° 4 cuando se difunde el hecho de que un dirigente deportivo ha sido sancionado, a través de un medio de comunicación social. “Está dentro de las normas de la sociedad en que vivimos, que cualquiera sanción o castigo aplicados a un individuo pueda ser dado a conocer a través de los medios de comunicación, sin que ello implique una falta de respeto para el mismo, sino sólo el ejercicio de la libertad de información.” (Corte de Apelaciones de Santiago. 12 de Noviembre de 1984. Revista Fallos del Mes N° 313, páginas 693 y siguientes).

- La circunstancia de que organismos policiales procedan a registrar archivos a quienes han pasado a disposición de ellos no infringe el respeto y protección de la vida privada, “sino que son medidas que tienden a llevar un control de las personas a quienes se les ha imputado una infracción ya sea de orden policial o de seguridad del Estado.” (Corte de Apelaciones de Santiago. 19 de Junio de 1985. Revista Fallos del Mes N° 320, página 437).

- No es lícito al autor de una obra literaria divulgar a terceros, hechos que caen en el ámbito de la vida privada e íntima de las personas “por encontrarse el ejercicio de su libertad de expresión restringido por un derecho de mayor jerarquía como es el consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental”. Se agrega que “no puede hablarse en este caso de una libertad de informar y a ser informado, toda vez que lo íntimo no es susceptible de ser expuesto a la sociedad sin el consentimiento del afectado.” (Corte de Apelaciones de Santiago. 31 de Mayo de 1993. Revista Fallos del Mes N° 415, página 356).

- La aplicación de una sanción disciplinaria por parte de un colegio profesional no ajustada a derecho y que ha sido publicada antes de

haber terminado el procedimiento de reclamación, vulnera el derecho al respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia. (Corte de Apelaciones de Santiago. 18 de Noviembre de 1986. Revista de Derecho y Jurisprudencia, 2ª parte, sección V, página 168).

- El hecho de que el abogado que recibió mandato de una persona para que la defienda en juicio dirija una carta al recurrente haciéndole presente que si no reconoce como hija natural a una menor se verá en la obligación de iniciar en su contra un juicio de reconocimiento de paternidad, no importa la violación de la garantía del artículo 19 N° 4. (Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de Abril de 1993. Revista Fallos del Mes N° 413, página 140).

- La circunstancia de editar un álbum que contenga espacios en blanco destinados a ser llenados con fotografías de jugadores de fútbol y en el que, además, se señalan algunos datos personales de ellos y características que obran en su lo no atenta en forma alguna en contra de su vida privada. Se trata de personas que practican un deporte público y , por lo tanto, “necesariamente deben aceptar que todo lo que

se haga publicitaria e informativamente no importa una falta al respeto debido .” (Corte Suprema. 18 de Agosto de 1982. Revista Fallos del Mes N° 285, página 322).

CAPÍTULO II

DERECHO A LA INTIMIDAD E INVESTIGACIÓN GENÉTICA.

1. Importancia de la investigación genética.

En los últimos años hemos sido testigos de grandes avances científicos en materia genética. Ello se debe en gran medida a que en 1990 el Departamento de Energía y el Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos emprendieron un programa público denominado “Proyecto Genoma Humano”, cuyo objetivo era lograr establecer la secuencia completa del genoma humano. Después de diez años, en Abril de 2000, los científicos de un proyecto de similares características, pero de carácter privado, denominado “Celera Genomics” anunciaron al mundo que habían terminado la secuencia del genoma humano en un 99%; por su parte el Proyecto Genoma ha logrado establecer la secuencia del genoma humano en un 90 %. La investigación sobre el material genético humano ha arrojado como resultado la conformación de una cartografía genética humana que se encuentra prácticamente concluida. Sin embargo ese hecho constituye sólo el punto de partida para el estudio del genoma.

El ADN es el depositario de la especificidad e individualidad biológica de los seres vivos y se encuentra en el núcleo de los cromosomas; la identificación de secuencias de ADN, su localización y el descubrimiento de sus funciones han abierto a la medicina actual un sinnúmero de posibilidades, impensables en otros tiempos. Estas posibilidades van desde el diagnóstico predictivo de enfermedades hasta el desarrollo de la ingeniería genética, compuesta por un conjunto de técnicas que permiten intervenir en la información genética a nivel de las estructuras y los mecanismos moleculares que actúan en la transmisión de la herencia genética. Algunos ejemplos de estas técnicas son la microinyección, la fusión celular, la recombinación de ADN y la terapia génica, que consiste en la alteración de un gen anómalo mediante la introducción de un gen normal en la célula afectada²⁶. Algunas de estas técnicas están todavía lejos de ser aplicadas en la especie humana, pero teniendo en cuenta la rapidez con que avanza la ciencia en este campo, no podemos descartar la posibilidad de que en un futuro no muy lejano ellas sean aplicadas en seres humanos. Tratándose de ingeniería genética aplicada directamente a seres humanos, es necesario distinguir la “terapia genética” orientada a la corrección de una enfermedad, de la “mejora genética” o “ingeniería genética perfectiva”, orientada a provocar una cualidad física o

²⁶ BLÁZQUEZ, NICETO: “Bioética Fundamental”. 1996. 1ª ed. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. Págs. 107 y siguientes.

mental determinada en un sujeto normal. Esta distinción resulta relevante desde el punto de vista del conflicto de derechos que puede generar la investigación o invasión en el genoma de un sujeto.

La investigación genética resulta indispensable en el estudio de las numerosas enfermedades hereditarias que afectan a los seres humanos, ya que ella proporciona datos de gran importancia para lograr su cura y evitar su transmisión, permitiendo por ejemplo la elección del sexo del hijo cuando se trata de enfermedades relacionadas con el cromosoma sexual. De igual forma las investigaciones sobre el genoma humano son determinantes para el descubrimiento de mutaciones genéticas o alteraciones cromosómicas, posibilitando su temprana detección, la que puede tener lugar aún dentro del vientre materno. Ello resulta de capital importancia cuando la anomalía detectada puede ser corregida si es descubierta a tiempo. En la actualidad los estudios genéticos han permitido a los científicos identificar específicamente ciertos genes cuya anomalía o disfunción es la causante o está íntimamente ligada a la predisposición a padecer de ciertas enfermedades como el cáncer, el mal de Alzheimer, el mal de Parkinson o el síndrome de Werner, que se manifiesta en el envejecimiento prematuro y acelerado de los niños.

Los aportes de la investigación genética exceden el ámbito de la medicina; la información contenida en los genes es susceptible de ser utilizada para otros fines ajenos a la ciencia médica, así por ejemplo podemos saber de quién proviene una gota de sangre o un cabello analizando su ADN, lo que ha constituido un aporte de gran utilidad para la investigación de ciertos delitos. Pero la información que se puede obtener mediante las pruebas genéticas puede ser utilizada también para fines perjudiciales al individuo. Diversos autores²⁷ han manifestado su preocupación por las repercusiones que la investigación genética pueda tener en materia laboral y en el campo de los seguros médicos. Se ha señalado, por ejemplo, que así como en el pasado se han exigido tests de embarazo o exámenes de VIH como requisito previo a la suscripción de un contrato de trabajo, en la actualidad nos podríamos ver enfrentados a la exigencia de exámenes genéticos de cuyos resultados se haga depender en gran medida la contratación o no contratación del trabajador. En el caso de los seguros médicos, los resultados que arroje un estudio genético pueden ser determinantes para incrementar las primas o no aceptar un contrato.

²⁷ Entre ellos GAFO, JAVIER: “Problemas Éticos del Proyecto Genoma Humano”. En: “Ética y Biotecnología”. 1ª ed. 1993. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores. Madrid. Págs. 204 y siguientes, y ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “El Proyecto Genoma Humano: Implicancias Jurídicas”. En : “Ética y Biotecnología”. 1ª ed. 1993. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores. Madrid. Págs. 173 y siguientes.

Debido a la importancia que tiene la información contenida en los genes del individuo y que puede llegar a tener en el futuro es que se hace necesario precisar qué derechos la amparan y las condiciones bajo las cuales puede ser divulgada, en caso de que pueda llegar a serlo.

2. Información genética y derecho a la vida privada.

En este apartado nos proponemos responder la siguiente pregunta: ¿está la información genética del individuo protegida por el derecho a la intimidad?

Como sostuvimos en el capítulo anterior, lo protegido por el derecho a la intimidad es la vida privada del sujeto. Por lo tanto para determinar si la información contenida en los genes de un individuo está protegida por el derecho a la intimidad, debemos analizar si dicha información forma parte de la llamada “vida privada”.

Novoa Monreal²⁸ señala tres características comunes a aquellos hechos que evidentemente forman parte de la vida privada y que pasan a constituir verdaderos requisitos de ella, a saber:

²⁸ NOVOA MONREAL, EDUARDO: Op. Cit. Pág. 49.

- en primer lugar, debe tratarse de “manifestaciones o fenómenos que normalmente quedan sustraídos al conocimiento de personas extrañas o cuando menos ajenas al círculo familiar del sujeto, o de sucesos que no se desarrollan a la vista de dichas personas”. Resulta claro que esta característica se da plenamente respecto de la información genética del individuo, tanto así que en la mayoría de los casos queda sustraída del conocimiento del propio sujeto, siendo necesario realizar pruebas altamente especializadas para conocerla.

- en segundo lugar, debe tratarse de hechos “cuyo conocimiento por otros provoca normalmente al sujeto una turbación moral en razón de verse afectado su sentido del pudor o del recato”. Esta exigencia es criticada por la doctrina, en razón de que ella sería altamente subjetiva al depender de las características psicológicas del sujeto. Sin embargo, en el caso que nos ocupa suele darse con frecuencia, ya que la información genética nos permite conocer enfermedades que afectan al sujeto o su predisposición a padecerlas. Esto efectivamente puede causar turbación moral a la persona cuando se trata de enfermedades que puedan menoscabar la apreciación que los demás tengan de ella (como sucede con aquellas que llevan asociadas una estigmatización social del sujeto que la padece).

- en último término es necesario “ que el sujeto no quiera que otros tomen conocimiento de esos hechos”. Este elemento resulta indispensable para plantearnos conflictos relativos a la intimidad, ya que cuando el sujeto consiente en poner antecedentes relativos a su persona en conocimiento del público, éstos dejan de formar parte de su vida privada y en consecuencia dejan pertenecer a su intimidad. Corresponde al propio individuo determinar qué aspectos de su vida desea mantener en reserva y si su código genético será uno de ellos.

Otros autores han distinguido tres aspectos fundamentales de la vida privada, cuales son: “la tranquilidad”, “la autonomía” y el “control de la información personal”.²⁹ La tranquilidad no es otra cosa que el “derecho a ser dejado solo” o a “ser dejado en paz”; la autonomía es la libertad que tiene el hombre para elegir y tomar decisiones en los diversos ámbitos de su existencia. El último elemento, esto es el control de la información personal, implica la posibilidad del sujeto de mantener en reserva información acerca de su vida y, en caso de que ésta haya sido confiada a terceros, la de controlar el manejo y circulación de dicha información. Al respecto Renato Jijena Leiva señala: “No cabe duda de que contemporáneamente todo ciudadano tiene

²⁹ FERREIRA RUBIO, DELIA: “El derecho a la intimidad”, 1ª edición. 1982. Editorial Universidad. Buenos Aires. Pág.41 y 44.

derecho a controlar la información que se tiene respecto de él, diciendo cuándo y dentro de qué límites será procedente revelar las informaciones relativas a su vida privada”³⁰. Pensamos que hoy resulta forzoso incluir dentro del concepto de “información personal” aquella que se refiere a las características genéticas del individuo y que constituye la más privada de las informaciones que alguien puede tener.

Pero no es sólo la concordancia con estos criterios generales lo que nos lleva a concluir que la información genética forma parte de la vida privada de una persona. La doctrina ha propuesto una serie de hechos concretos que quedarían comprendidos en la vida privada. El análisis de estos hechos nos lleva a la misma conclusión:

Lyon – Caen³¹ establece como una de las circunstancias constitutivas de la intimidad las enfermedades. Como sabemos la información genética está directamente relacionada con ellas, específicamente con aquellas de las llamadas congénitas, sean hereditarias o producto de alteraciones o mutaciones cromosómicas.

³⁰ JIJENA LEIVA, RENATO: Op. Cit. Pág. 39.

³¹ Citado en NOVOA MONREAL, op.cit, pág. 39.

F. Mantovani³² propone entre otros componentes de la vida privada, el aspecto físico- corporal que incluiría la constitución de la persona y sus defectos físicos, características que como ya señalamos, son determinadas en muchos casos por su genotipo. Es en el genoma de la persona donde se encuentra, en gran medida, la clave que determina su constitución y defectos físicos, de manera que hoy día mediante una investigación científica dirigida al análisis de los genes de la persona podemos conocer gran parte de los defectos físicos y enfermedades que la aquejan o que podrían hacerlo en el futuro.

Otros autores, entre ellos Luis María Fariñas³³, establecen que el registrar o indagar el cuerpo de una persona constituye un atentado contra su intimidad. Ello nos lleva a pensar que posiblemente las indagaciones en los genes de un individuo constituirían de igual manera, e incluso con mayor razón, ataques a su intimidad.

De acuerdo con los criterios establecidos por la Conferencia de Juristas Nórdicos, deben entenderse comprendidos dentro de la vida privada de la persona “los exámenes médicos y psicológicos y las pruebas de aptitud

³² Citado en NOVOA MONREAL, op.cit, pág. 41

³³ FARIÑAS MATONI, LUIS MARÍA: “El Derecho a la intimidad”. 1ª ed. 1983. Editorial Trivium, Madrid. Pág 98.

física”³⁴. Pensamos que, sin duda, los exámenes de tipo genético se encuentran incluidos en la expresión “exámenes médicos”. En dicha conferencia se reconoció también el derecho de todo individuo a vivir su propia vida protegido de “injerencias en su integridad mental o física o su libertad moral o intelectual”³⁵. Una investigación sobre el genoma de un sujeto implica indagar en aquello que está contenido en el núcleo de sus células, por ello creemos que constituye una intromisión o injerencia en su integridad física y, por consiguiente, un ataque a su intimidad.

El tema que nos ocupa es tratado expresamente por Víctor Martínez Bullé Goyri, quien define la vida privada como aquella “actividad realizada por cada individuo en su esfera personal y familiar, que no está destinada a trascender o a impactar a la sociedad de manera directa”³⁶. El autor distingue diversos niveles de información personal:

- Información personal de público acceso. Es la referida a todos aquellos datos necesarios para identificar a un individuo de manera precisa, como por ejemplo, el nombre, la fecha y lugar de nacimiento, el domicilio, el estado

³⁴ GONZÁLEZ SEPÚLVEDA, JAIME: Op. Cit Pág. 25.

³⁵ NOVOA MONREAL, EDUARDO. Op. Cit. Pág. 38.

³⁶ MARTINEZ BULLÉ GOYRI, VICTOR M.: “Genética humana y derecho a la vida privada” . En: “Genética Humana y derecho a la Intimidad”. 1ª ed. 1995. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Página 32.

civil. Se trata de información básica y general que permite a los sujetos interactuar en la sociedad y, al Estado llevar registros públicos de control de la población.

- Información necesaria para controles y trabajos estadísticos más especializados. A este nivel de información pertenece toda aquella que es suministrada por su titular con el fin de ser sumada a otras, de manera que el público pueda tener acceso a dicha información solamente como parte integrante de un universo, de una generalidad, pero nunca a nivel individual. Ejemplo de este tipo de información sería la relativa al nivel de ingreso y condiciones de salud.

- Información individualizada y específica para determinadas actividades. Este tipo de información está conformada por aquella que se encuentra en archivos personales individualizados, que está destinada a un fin determinado y a ser utilizada únicamente en función de ese fin. El acceso a este tipo de información debe ser restringido.

Finalmente el autor se refiere a la necesidad de reconocer un ámbito de información, privada e intocable, que debe mantenerse libre de injerencias

externas y que constituye el “ámbito de la intimidad”. En este tipo de información se incluye, a juicio del autor, toda aquella referida al código genético personal.

No obstante lo anterior, el autor se muestra partidario de permitir la existencia de bancos de información genética con fines de investigación y estudio genético de las poblaciones, siempre y cuando los datos almacenados en dichos bancos no puedan ser vinculados a individuos determinados. Ello nos lleva a incluir la información genética, de acuerdo con las categorías que él mismo propone, dentro del segundo nivel de información y no dentro del ámbito de la intimidad. Esta idea se ve reforzada al señalar expresamente Martínez Bullé Goyri, que los datos relativos al código genético almacenados en bancos deben ser tratados siempre como un universo en forma generalizada, como una manera de resguardar la intimidad de los sujetos investigados. En este punto coincide con lo establecido por la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, que en su artículo 7º dispone que “se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad”.

En nuestro derecho, la ley 19.628 sobre protección de la vida privada, a la que nos referimos brevemente en el capítulo anterior, define en su artículo 2º letra g) lo que debe entenderse por “datos sensibles”. Quedan comprendidos dentro de este tipo de datos “las características físicas de las personas”, “el origen racial” y los “estados de salud”, entre otros. Como sabemos, en la información genética de un individuo puede encontrarse la clave que nos permita determinar en gran medida sus características físicas, su origen racial o su estado de salud.

Por las razones anteriormente expuestas podemos afirmar que la información genética pertenece a la esfera de la vida privada de la persona, quedando, en consecuencia, amparada por el derecho a la intimidad; ella no debe, en principio, trascender a terceros, salvo que exista una causa racional que lo justifique.

3. Derechos en conflicto en materia de investigación genética.

La investigación genética ha traído grandes beneficios a la humanidad principalmente, como señalamos anteriormente, en lo que dice relación con el diagnóstico y tratamiento de enfermedades congénitas; sin embargo, al mismo tiempo ella nos ha planteado nuevas problemáticas, respecto a las cuales el

derecho no puede permanecer ajeno. Nos referiremos a continuación al conflicto que puede darse entre el derecho a la libre investigación científica o libertad de investigar y el derecho a la intimidad del individuo.

La libertad de investigar ha sido consagrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos como un derecho que debe entenderse incluido dentro del derecho fundamental a la libertad de opinión y de expresión, según se desprende de su artículo 19, cuyo texto es el siguiente: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 19 que el derecho a la libertad de expresión comprende la “libertad de buscar, recibir y difundir información”. En consecuencia podemos concluir que la libertad de investigar es un derecho humano fundamental y que como tal goza de la inviolabilidad, característica propia de esta clase de derechos³⁷.

³⁷ En igual sentido, GRACIA GUILLÉN, DIEGO: “Libertad de investigación y biotecnología”. En: “Ética y biotecnología”. 1ª ed. 1993. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores. Madrid. Págs. 15 y siguientes.

El problema surge cuando al ejercer este derecho se vulnera otro derecho de igual naturaleza y, en consecuencia, también inviolable como es el derecho a la intimidad. Considerando el objeto de la investigación genética, la colisión entre ambos derechos puede resultar más frecuente de lo esperado, debido a que ella nos permite tener acceso al código genético del individuo, que es donde se almacena toda la información relativa a su estructura y características genéticas. El conflicto puede ser reducido a la siguiente interrogante: ¿Puede un científico realizar una investigación sobre el genoma de una persona sin el consentimiento de ésta, argumentando que está ejerciendo su derecho fundamental a la libertad de investigación?. Creemos que es importante recordar que sólo estaremos en presencia de un conflicto de derechos cuando la persona, cuyos genes son investigados, no ha dado su consentimiento para que se investigue su genoma, ya que en caso contrario, es decir, cuando el sujeto consiente en que terceros tomen conocimiento de su código genético, éste deja de formar parte de su llamada “vida privada” por su propia voluntad.

Frente al conflicto planteado se pueden asumir diversas posiciones, unas más radicales que otras; a continuación pasaremos a analizar las que creemos más importantes.

En primer término, habrá quienes estimen que el derecho a la intimidad debe ser respetado siempre, no debiendo permitirse ningún tipo de intromisión en la vida privada de las personas. De acuerdo con esta doctrina, el ejercicio de la libertad de investigación no puede nunca servir de pretexto para vulnerar la intimidad de la persona; en consecuencia, no le es lícito al científico tomar conocimiento del genoma de una persona sin el consentimiento de ésta ni aún cuando ello resulte indispensable para encontrar el tratamiento adecuado o para lograr la cura de una enfermedad.

En segundo término, habrá quienes sostengan que el derecho a la intimidad de la persona debe ser respetado en forma absoluta tratándose de la investigación no terapéutica, reconociendo al científico la posibilidad de prescindir del consentimiento del sujeto cuando la investigación que realiza puede ser catalogada como investigación terapéutica. En efecto, la investigación puede en términos generales perseguir dos objetivos:

- Obtener el bien inmediato del sujeto investigado, de manera que de los resultados de la investigación se pueda obtener un beneficio directo para dicho sujeto. En este caso se habla de investigación terapéutica.
- Obtener únicamente resultados generalizables sin que ello implique algún beneficio para el sujeto de la investigación; en este caso sólo se

persigue realizar un aporte a la ciencia en general. En este caso hablamos de investigación no terapéutica.

La intromisión en la intimidad en el caso de la investigación terapéutica estaría justificada por el objetivo de ésta: salvaguardar la salud y, en algunos casos, la vida del sujeto autorizaría al investigador para entrometerse en la vida privada del individuo. Sin embargo, en la práctica esta distinción no resulta tan clara, debido a que en la mayoría de los casos sólo una vez finalizada la investigación se podrá saber con certeza si es posible realizar algún tratamiento médico o lograr un bien para el sujeto investigado. De esta manera, la investigación sólo podrá ser catalogada como terapéutica o no terapéutica una vez que se haya realizado.

Una tercera alternativa es considerar que la libertad de investigar del científico no puede ser nunca objeto de restricciones. De acuerdo con esta posición, se debe prescindir de la diferenciación entre investigación terapéutica y no terapéutica, debido a que el objetivo último de las investigaciones sobre el genoma es siempre ampliar el conocimiento científico a fin de lograr descifrar completamente las funciones y características de cada gen, hecho que constituye el supuesto de cualquier intento por lograr la

prevención, tratamiento o cura de enfermedades asociadas a la existencia o funcionamiento de un gen. El fin inmediato perseguido por la investigación genética no resulta relevante; el investigador o científico podría lícitamente tomar conocimiento de la intimidad genética del sujeto investigado. Dicha intromisión estaría justificada por un fin superior, cual es en último término, contribuir a mejorar la salud, la calidad de vida, y en muchos casos salvar la vida de un sinnúmero de personas a nivel mundial e incluso de generaciones venideras.

Una cuarta posición reconoce al científico la facultad de investigar libremente sin requerir el consentimiento de la persona que será objeto de la investigación, permitiéndose incluso la divulgación de sus resultados, pero exigiendo siempre la reserva de la identidad del sujeto investigado como una forma de resguardar su intimidad. En este caso se justificaría la intromisión de los sujetos que participan de la investigación en la vida privada del sujeto investigado, no sólo por razones de protección de la salud y derecho a la vida de la humanidad y del propio sujeto, sino porque se sostiene que la intimidad de la persona estaría suficientemente protegida por la prohibición absoluta de dar a conocer la individualización del sujeto y por la obligación de guardar el

secreto profesional que pesa sobre los investigadores y demás personas que tienen acceso a la información genética del individuo.

El artículo 10 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece que “ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto a los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o , si procede, de grupos de individuos”. De la norma antes transcrita se desprende que cualquier investigación debe realizarse siempre con estricto respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, uno de los cuales es sin duda el derecho a la intimidad. El artículo 15 agrega que “los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública.”

En nuestro derecho el conflicto planteado estaría aparentemente resuelto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que la enumeración de

los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República obedece a un orden jerárquico. Siendo así, y teniendo en consideración que la libertad de investigar debe entenderse comprendida dentro de la libertad de expresión tomada ésta en un sentido amplio, debemos concluir que a juicio del constituyente el derecho a la intimidad es un derecho de superior jerarquía y, en consecuencia, no le es lícito al investigador atentar contra la intimidad de la persona amparándose en el ejercicio de la libertad de investigación.

En nuestra opinión, no le es lícito al investigador estudiar el código genético de una persona sin su consentimiento; pensamos que es indispensable proteger la intimidad genética de las personas debido a la gran cantidad de información que es posible obtener a través de un análisis de sus genes. Como hemos señalado anteriormente, muchos de los datos que arroja un examen de este tipo pueden causar turbación en el sujeto, no sólo en el que resulta directamente afectado, sino también en su descendencia y demás personas ligadas a él genéticamente. El investigador no está en condiciones de medir el impacto que los resultados de su estudio causarán en la vida de esa persona. Por lo demás, no debemos olvidar que las aplicaciones de la investigación genética, exceden el campo de la medicina, siendo algunas de ellas bastante

cuestionadas, como sucede en materia laboral y seguros médicos. Creemos que en aquellos casos en que la libertad de investigar se ve coartada por el derecho a la intimidad, y el hombre de ciencia estima que dicha investigación puede significar un gran aporte para el sujeto o para la ciencia en general, debe procurar obtener el consentimiento de la persona, proporcionándole la más completa información sobre el caso. Reconocemos, sin embargo que en ciertas ocasiones puede resultar prácticamente imposible conciliar ambos intereses, por lo que se hace necesario el establecimiento por parte del legislador de excepciones al principio general de que no es lícito investigar el genoma de una persona sin su consentimiento; dichas excepciones deben ser establecidas para casos muy calificados y en términos restrictivos.

4. Limitaciones al derecho a la intimidad.

Si bien el derecho a la intimidad constituye un límite a la libertad de investigar, tal derecho no es en ningún caso absoluto. La doctrina ha señalado ciertos casos en que exigencias de interés general justificarían intromisiones en la vida privada. En el capítulo anterior tratamos de manera general las limitaciones que pueden afectar al derecho a la intimidad. En este caso nos referiremos únicamente a aquellas limitaciones que de ser aceptadas, podrían justificar intromisiones en el código genético de la persona, es decir, se trataría

de situaciones en las que estaría permitido tomar conocimiento del genoma de una persona sin el consentimiento de ésta. En este sentido nos interesa destacar tres situaciones en que se admitiría la realización de pruebas genéticas, aún cuando ello pudiera implicar injerencias en la vida privada de la persona que es sometida a ellas. De acuerdo con la clasificación propuesta por Delia Ferreira las situaciones a las que hacemos referencia constituyen “limitaciones generales” a la intimidad, ya que “se aplican sin consideración a los sujetos concretos”³⁸, ellas dicen relación con: la protección de la salud, la investigación de la paternidad y la investigación de ciertos delitos.

a.- Protección de la salud.

Tradicionalmente se ha sostenido que la protección de la salud constituye una causa que justifica intromisiones en la intimidad del individuo, debido a que en muchos casos tal objetivo exige que el sujeto entregue datos pertenecientes a su vida privada. Investigación genética y protección de la salud están íntimamente ligadas; el fin inmediato que persigue la investigación genética, esto es el estudio del genoma, constituye sólo un punto de partida para llegar a elaborar tratamientos adecuados que permitan enfrentar las diversas enfermedades genéticas existentes, logrando así salud para el mayor

³⁸ FERREIRA RUBIO, DELIA. Op. Cit. Pág 179.

número de personas. Por consiguiente sería lícito, por ejemplo, ordenar a una persona que proporcione información acerca de sus características genéticas, exigirle la práctica de exámenes genéticos con carácter obligatorio o exigir a los profesionales de la salud que declaren ciertas enfermedades de que tuvieren conocimiento.

La realización de exámenes genéticos obligatorios puede resultar de gran importancia en aquellos casos en que las políticas sanitarias están orientadas a combatir enfermedades asociadas a la presencia de un gen determinado. Mediante un estudio genético de la población se podría, por ejemplo, prevenir a los portadores de dicho gen para que eviten exponerse a los factores medioambientales que contribuyen al desarrollo de la enfermedad en cuestión. Una medida de ese tipo podría impedir o al menos retardar la aparición de la enfermedad que se pretende combatir.

De acuerdo con lo expuesto por Delia Ferreira, los requerimientos de salud pública justifican la injerencia de la autoridad en la intimidad de la persona, pudiendo ésta exigir a la población someterse a estudios y chequeos

obligatorios. Esta injerencia estaría legitimada “por el interés general en mantener un nivel sanitario digno entre la población”³⁹.

Luis María Fariñas consigna la misma idea, en los siguientes términos: “las necesidades y los imperativos sanitarios de un país pueden imponer importantes restricciones a la intimidad personal”⁴⁰, citando como ejemplo los casos en que la ley impone la obligación de declarar ciertas enfermedades o someterse a exámenes médicos, dentro de los que quedan comprendidos los de carácter genético.

Miguel Kottow señala que la implementación de medidas sanitarias preventivas por parte del Estado muchas veces restringe la libertad de las personas obligándolas a declarar ciertas enfermedades transmisibles o a someterse a determinados tratamientos (como por ejemplo campañas de vacunación), debido a que tales políticas podrían resultar ineficaces en caso de ser optativas. Sostiene el autor que en este caso “la autonomía individual debe ser acotada, porque su libre ejercicio dañaría a la comunidad haciéndola vulnerable a la enfermedad que está siendo combatida”⁴¹. Con este tipo de

³⁹ FERREIRA RUBIO, DELIA. Op. Cit. Pág 181.

⁴⁰ FARIÑAS MATONI, LUIS MARÍA. Op. Cit. Pág 65.

⁴¹ KOTTOW, MIGUEL: “Introducción a la Bioética”, Edit. Universitaria, 1ª ed. 1995. Pág.129.

políticas sanitarias preventivas se pretende combatir principalmente enfermedades de tipo contagioso que pueden llegar a constituir verdaderas epidemias, sin embargo no podemos excluir la posibilidad de requerir exámenes genéticos obligatorios como parte de una política sanitaria.

En relación con lo anterior la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece en su artículo 17 que los Estados “deberían fomentar, entre otras cosas, las investigaciones encaminadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades genéticas o aquéllas en las que interviene la genética, sobre todo las enfermedades raras y enfermedades endémicas que afectan a una parte considerable de la población mundial.”

b.- Investigación de la paternidad.

Se ha sostenido que es lícito realizar exámenes genéticos y en consecuencia, inmiscuirse en la intimidad del individuo, cuando dichos exámenes están dirigidos a investigar la paternidad, maternidad o filiación de una persona. Si bien la legitimidad de realizar exámenes e investigaciones genéticas con este fin es más discutida que en el caso anterior, muchas legislaciones lo aceptan. Se entiende que en este caso, detrás de la intromisión en la vida privada, existe un interés que debe ser protegido y que es el derecho

de toda persona a conocer su filiación. La limitación a la vida privada estaría justificada por el legítimo ejercicio de un derecho por parte de un tercero, que en este caso sería el hijo, padre o madre que pretende que su filiación, paternidad o maternidad sea determinada.

Nuestro Código Civil señala expresamente en su artículo 195 que “la ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad”; contemplando la posibilidad de realizar pruebas biológicas para determinar la filiación, paternidad o maternidad; una de estas pruebas biológicas a las que se refiere la ley es el examen de ADN. De acuerdo con la normativa existente en nuestro país, no es posible realizar el examen de ADN sin el consentimiento del sujeto que será sometido a él. La ley no contempla el examen genético con carácter obligatorio; sin embargo establece en su artículo 199 inciso 2° que “la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra”. Esta disposición trae como consecuencia que en la práctica el sujeto se vea forzado a aceptar someterse a la prueba genética requerida, ya que en caso negarse se derivan consecuencias perjudiciales para él. En este caso la ley no obliga en forma directa a someterse a exámenes genéticos, pero sanciona la negativa, por lo que en definitiva el consentimiento del sujeto no es totalmente libre.

c.-Investigación de ciertos delitos.

La realización de una prueba genética puede ser determinante para esclarecer la comisión de un delito. En este caso lo que justificaría la investigación sobre el genoma de una persona sería que en muchas ocasiones ello puede aportar pruebas de gran importancia para dar con los autores o partícipes de un delito. La necesidad de hacer justicia y castigar a aquellos que han tenido participación en un hecho delictuoso serían intereses superiores que justificarían intromisiones en la intimidad.

En opinión de Novoa Monreal las indagaciones biológicas para determinar la paternidad o para establecer si un individuo ha consumido psicotrópicos no constituyen intromisiones en la vida privada; el autor señala que en estos casos “no existe atentado de ninguna especie (contra la intimidad), sino el legítimo derecho de la sociedad de averiguar ciertos hechos por medios científicos, para beneficio de la justicia y en resguardo de un mayor bien colectivo”⁴².

A nuestro juicio, la investigación de la paternidad y de delitos constituyen causas que justifican plenamente la realización de investigaciones genéticas sin el consentimiento del sujeto sometido a ella, y aun contra la

⁴² NOVOA MONREAL, EDUARDO. Op. Cit. Pág 84.

voluntad expresa de éste, sobre todo considerando que el aporte de las pruebas genéticas en estos casos resulta muchas veces determinante para la investigación. Pensamos que el derecho de toda persona a conocer su filiación, paternidad o maternidad y la represión de los hechos delictuales tienen una importancia fundamental tanto para la sociedad como para el individuo, constituyendo intereses que deben prevalecer por sobre el derecho a la intimidad del individuo cuya filiación, paternidad o maternidad se discute o que es sospechoso de haber participado en un hecho delictuoso. Más discutible nos parece el caso en que se esgrime la protección de la salud, en forma genérica, para justificar la práctica de exámenes genéticos contra la voluntad del sujeto, ya que dado el actual desarrollo de medicina genética ésta tiene escasas capacidades terapéuticas, limitándose más bien al diagnóstico de enfermedades. En este caso creemos que es necesario establecer con precisión de qué manera el sometimiento a un test genético específico puede contribuir la protección de la salud.

CAPÍTULO III:

EL SECRETO PROFESIONAL.

Como hemos afirmado a lo largo de este estudio, el tomar conocimiento sobre el genoma de una persona nos proporciona importante información acerca de sus características biológicas y de las enfermedades que la afectan o podrían hacerlo en el futuro, aspectos que, de acuerdo con la gran mayoría de la doctrina, hemos considerado pertenecientes a la vida privada de la persona. Debido a lo anterior pensamos que resulta relevante analizar la actitud que debe observar el profesional que tiene acceso a la información genética de una persona. En el presente capítulo trataremos acerca del secreto profesional del médico y demás profesionales del área de la salud y de la biología en cuanto ellos pueden tomar conocimiento del genoma de las personas.

1.- Secreto Profesional y Derecho a la Intimidad.

Al examinar la relación entre el secreto profesional y el derecho a la intimidad nos encontramos con dos posiciones doctrinarias frente al tema.

La primera de ellas establece una relación directa entre el respeto a la vida privada y el secreto profesional en términos tales que la violación de este último constituye al mismo tiempo una violación de la vida privada. El autor Francisco Javier Elizari Basterra, puede ser considerado dentro de esta corriente, ya que a su juicio uno de los significados del término intimidad se identifica precisamente con la “no difusión de una información confidencial”.⁴³ En el mismo sentido se manifiestan Josep- Antoni Martí Mercadal y Lydia Buisán Espeleta, quienes sostienen que “la existencia del secreto profesional, y concretamente del secreto médico, deriva de la existencia de la intimidad y del hecho de que el hombre es un ser social”⁴⁴. En opinión de dichos autores la existencia del secreto profesional beneficia al individuo en la medida que asegura el respeto a su intimidad y, a la sociedad, por cuanto asegura la confianza de las personas en los profesionales, de esta manera “el secreto no es sólo el respeto de un derecho, el derecho del hombre-paciente a la intimidad, sino también un beneficio social.”⁴⁵

⁴³ ELIZARI BASTERRA, FRANCISCO JAVIER: “Bioética”, 1ª ed. 1991. Ediciones Paulinas. Madrid, España. Pág 230.

⁴⁴ MARTÍ MERCADAL, JOSEP-ANTONI Y BUISÁN ESPELETA, LYDIA: “El secreto profesional en medicina”. En: “Ética y medicina”, obra coordinada por Francisco Vilardell. 1ª ed. 1988. Editorial Espasa Calpe. Madrid. Pág. 87.

⁴⁵ MARTÍ MERCADAL, JOSEP-ANTONI y BUISÁN ESPELETA, LIDIA: Op. Cit. Pág 88 y 89.

En contra de la tendencia descrita se manifiesta Novoa Monreal⁴⁶, quien sostiene que existen varios aspectos que diferencian el respeto por la vida privada del secreto profesional. Estos aspectos son principalmente los que siguen:

- el interés que subyace en la consagración del secreto profesional es radicalmente opuesto a aquel que demanda el respeto por la vida privada: el secreto profesional es establecido por razones de interés social con el fin de que la comunidad tenga confianza en los profesionales. En cambio el respeto a la vida privada apunta a la protección de la personalidad del sujeto cuyo derecho individual podría ser desconocido.
- El objeto del secreto profesional es más restringido que el de la vida privada, ya que sólo puede ser aquello que la persona desea mantener en secreto, pero que no obstante ello debe revelar al profesional para un mejor cumplimiento de su función.
- El sujeto del ilícito en las intromisiones en la vida privada puede ser cualquier persona, mientras que en la violación del secreto profesional estamos en presencia de un sujeto calificado.

A continuación este autor señala tres características que están presentes en la violación del secreto profesional, pero que no se dan respecto de la violación

⁴⁶ NOVOA MONREAL, EDUARDO. Op. Cit. Pág.80

de la vida privada: en la violación del secreto profesional es la propia víctima quien comunica su secreto al profesional.; para que exista violación, el secreto debe ser puesto en conocimiento de terceros (a diferencia del atentado contra la intimidad en el que basta que el agresor tome conocimiento de algún hecho de la vida privada de la víctima, sin el consentimiento de ésta, para que se configure la violación de la intimidad) y finalmente el bien jurídico protegido es en el caso del secreto profesional “el deber de fidelidad de ciertos profesionales respecto de los secretos que les confían sus clientes”, en cambio en la vida privada lo es el “decoro” o “recato” de la víctima. Pese a las diferencias señaladas, Novoa reconoce que la violación del secreto profesional es en primer término un atentado contra la confianza, pero que también implica secundariamente una violación a la intimidad.

En el mismo sentido se pronuncia Fariñas Matoni, quien sostiene que la consagración del secreto profesional obedece a razones de interés social; su materia está constituida por aquello que la persona se ve en la necesidad de revelar al profesional, a pesar de su deseo de mantenerlo en secreto, siendo en este sentido más restringido que el respeto a la vida privada. Añade el autor que “el contenido del secreto profesional no tiene por qué ser necesariamente algo íntimo, sino que puede consistir en una comunicación de algo con valor

puramente patrimonial o referente a terceros.”⁴⁷ En cuanto a la violación del secreto profesional, Fariñas Matoni señala que si bien ésta constituye primariamente una ofensa a la confianza depositada por la víctima en el profesional, “también se produce, secundariamente, un ataque a la intimidad.”⁴⁸

Para nosotros, esta última idea resulta fundamental. Atendidas las características de la información contenida en los genes, la violación del secreto profesional importa revelar hechos que quedan dentro del ámbito de la intimidad del sujeto. Siendo así, pensamos que el deber de reserva a que están sujetos los profesionales que trabajan en el área de las investigaciones sobre el genoma actúa como un mecanismo eficaz para proteger la confidencialidad de la información que se obtiene como producto de tales investigaciones, resguardándose de esta manera la intimidad del sujeto sometido a una investigación genética. Resulta incuestionable que la divulgación de los datos genéticos de un individuo importa un atentado a su intimidad, sin perjuicio de la precisión hecha por Novoa y compartida por Fariñas Matoni, en el sentido de que dicho ataque sería “secundario”. Por otra parte, cabe señalar que tratándose de la investigación genética, a menudo el profesional puede

⁴⁷ FARIÑAS MATONI, LUIS MARÍA. Op. Cit. Pág. 335

⁴⁸ FARIÑAS MATONI, LUIS MARIA. Op. Cit. Pág.335.

encontrarse con resultados no esperados y que no estaban considerados dentro de los fines de la investigación. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que consiente en que se investigue si posee el gen responsable de una determinada enfermedad y durante la investigación se descubre que padece otras anomalías genéticas. En el caso descrito no podríamos afirmar que hubo comunicación por parte de la víctima de su secreto (característica propia del secreto profesional, según Novoa), pues al consentir en la investigación, ella estaba dispuesta a dar a conocer la información relativa a una determinada enfermedad distinta de la identificada por el investigador. Se trata de antecedentes no revelados voluntariamente por la persona al profesional, pero de los cuales este último toma conocimiento como consecuencia de su profesión y que por pertenecer a la vida privada de la persona igualmente deben quedar protegidos por el secreto profesional. Con este elemento la violación del secreto profesional se acerca aún más al atentado contra la intimidad.

2.- Antecedentes históricos de la obligación de reserva.

Si bien en este estudio analizamos un tema relativamente nuevo, esto es, el secreto profesional del investigador como elemento de protección de la

intimidad genética de la persona, la obligación de secreto de ciertos profesionales aparece desde muy antiguo.

Ya en el juramento hipocrático se pone fuerte énfasis en la obligación de guardar secreto, obligación que se extendía no sólo a lo que el paciente confiara al médico, sino también a todo cuanto el médico pudiese llegar a conocer en relación con la vida familiar o conyugal de su paciente. Con posterioridad, diversas escuelas de medicina fueron creando sus propios juramentos en los que igualmente se destaca dicha obligación.

Hacia el siglo XIX se empieza a desarrollar la Ética Médica a partir de la obra de Thomas Percival y en el siglo XX los países empiezan a dictar Códigos Éticos para regular el ejercicio de la profesión médica. En todos ellos se pone especial relieve en la obligación del médico de guardar los secretos que le hayan sido confiados por sus pacientes. En 1949 la 2ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, llevada a cabo en Londres, adoptó un Código Internacional de Ética Médica. Característica común a todos estos códigos es, en opinión de Javier Gafo⁴⁹, que ellos insisten en los deberes del médico, pero no hacen referencia alguna a los derechos de la persona que se

⁴⁹ GAFO, JAVIER: “Los Códigos Médicos”. En: “Dilemas Éticos de la Medicina Actual”. 1ª ed. 1986. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo, editores. Pág. 28.

encuentra enferma. No se rescata la idea de que aún en caso de enfermedad, la persona tiene derechos que deben ser respetados, entre los cuales se encuentra el derecho a la intimidad. Sí existe indirectamente una protección a la intimidad al consagrarse el deber de confidencialidad del médico. Cabe destacar a este respecto que la Declaración de Ginebra establece que el médico debe guardar secreto absoluto respecto de lo que le sea confiado, añadiéndose, mediante una modificación posterior, que dicha obligación sigue vigente incluso después de la muerte del paciente.

En los años 70 empiezan a entenderse de manera diferente las relaciones médico- paciente; se comienza a hablar de “derechos de los enfermos”. Este movimiento aparece como una manifestación de la reivindicación de los derechos de la persona. Así es como en 1972 la American Hospital Association adoptó la carta denominada “A Patient’s Bill of Rights”, que en su numerando 5º consagra el derecho del paciente a que su intimidad sea respetada y en el 6º la confidencialidad de la información que el médico conozca como consecuencia de su relación con el paciente, aceptándose de esta manera la idea de que el secreto médico se extiende más allá de lo que el propio paciente le haya confiado al profesional. Se reconoce explícitamente que la persona sometida a un tratamiento o investigación médica como

persona humana sigue siendo titular de derechos fundamentales que deben ser respetados.

La “Carta del Enfermo Usuario del Hospital” adoptada por la Comisión de Hospitales de la Comunidad Económica Europea en Mayo de 1979 dispone en su numerando 6º que “el enfermo usuario del hospital tiene derecho, en la medida en que lo permitan las condiciones materiales de su entorno, a la protección de su vida privada. El carácter confidencial de la información y del contenido, sobre todo médico de los informes relativos a él, debe ser garantizado.”⁵⁰

En España, el Instituto Nacional de Salud promulgó en 1984 la “Carta de Derechos y Deberes del Paciente”, que en su artículo 2º dispone: “ El paciente tiene derecho al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de tipo social económico, moral e ideológico”. A su vez el artículo 3º establece que “el paciente tiene derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso”.⁵¹

⁵⁰ El texto íntegro de este documento puede encontrarse en: VIDAL, MARCIANO: “Bioética: estudios sobre bioética racional”. 1ª ed. 1989. Editorial Tecnos S.A. Madrid. Pág. 152.

⁵¹ Texto completo en VIDAL, MARCIANO: Op. Cit. Págs. 152 y 153.

3.- Regulación del secreto profesional en Chile.

La regulación del secreto profesional en nuestro país se encuentra en dos textos, uno de los cuales tiene carácter legal.

El artículo 247 del Código Penal castiga a los que “ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado”, asignándoles la misma pena establecida en el inciso primero para la violación de secreto por parte de un funcionario público. Esta norma regula genéricamente el secreto de los profesionales que ejercen cualquier profesión que requiera título, y en consecuencia sería aplicable, en la materia que nos interesa, no solamente al médico, sino a todo el personal que participa de una investigación genética o tiene acceso a sus resultados y que requiere de un título profesional para desempeñar sus funciones. Juan Giudice Braccesi sostiene que el secreto profesional comprende de manera indubitable el secreto médico, precisando que dentro del término “secreto médico” se comprenden “todas aquellas profesiones, que en una u otra forma, tengan atingencia –directa o indirecta- con las enfermedades del hombre y su curación”⁵². De esta manera el autor extiende la obligación de guardar secreto

⁵² GIUDICE BRACCESI, JUAN: “El Secreto Médico”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1963. Editorial Universitaria. Pág. 19.

profesional a matronas, enfermeras, dentistas, etc. y en general a todos los hombres que “practican el arte o ciencia de curar”⁵³.

El segundo texto que nos interesa destacar se refiere específicamente al secreto médico y no tiene valor legal. Se trata del Código de Ética del Colegio Médico de Chile A.G., que en su artículo 10 dispone: “Guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del profesional”. Por su parte el artículo 14 señala que “los médicos no podrán, en caso alguno, revelar directa ni indirectamente los hechos, datos, o informaciones que hayan conocido o les hayan sido revelados en el ejercicio de su profesión, salvo orden judicial o autorización libre y espontánea del paciente mayor de edad y que esté en su sano juicio”. Como podemos apreciar, el artículo antes transcrito recoge la misma idea presente en la declaración de derechos del paciente y que ya aparecía en el juramento hipocrático, en el sentido de que el secreto profesional, en este caso del médico, se extiende a todo cuanto el profesional haya conocido en el ejercicio de su profesión y no solamente a aquello que le fue revelado a consecuencia de su ejercicio. El artículo 11 señala dos casos en que se faculta al profesional para revelar el secreto y el artículo 21 establece la

⁵³ GUIDICE BRACCESI, JUAN: Op. Cit. Pág. 123.

prohibición de consignar diagnósticos, pronósticos, tratamientos y peritajes en documentos, cuya reserva no esté asegurada.

3.Extensión del secreto profesional.

Este punto puede ser abordado desde dos puntos de vista: en cuanto al contenido y en cuanto a la extensión temporal.

En cuanto al contenido, tradicionalmente se ha establecido que el profesional debe guardar secreto respecto de aquellos hechos que su cliente le confía para los fines de su mejor expedición profesional. De acuerdo con esto, el contenido del secreto no tiene que tener, necesariamente, relación con la intimidad de la persona, aunque es frecuente que así suceda. En el caso que nos ocupa, dicha relación se da: el médico o profesional que realiza una investigación genética toma conocimiento de datos que, de acuerdo a lo que señalamos en el capítulo anterior, pertenecen a la vida privada de la persona. En este caso podemos entender que lo que el sujeto “confía” al profesional es la información contenida en sus genes. Aborda este tema Carlos Romeo Casabona, quien sostiene que la protección jurídica de los datos y del secreto profesional se extienden “también a la información genética de cada

individuo”⁵⁴. Hay quienes extienden el alcance del secreto profesional no sólo a aquello que la persona confía expresamente, sino también a aquellos asuntos de los cuales se entera casualmente el profesional con motivo de su profesión y que pertenecen a la intimidad de la persona⁵⁵. Comparten esta última idea los doctores Alejandro Serani y Manuel Lavados, quienes sostienen que la obligación de reserva del médico comprende también “lo que en la vida corriente el médico descubre de otros en virtud de su ciencia médica y, lo que el galeno llega a saber o a sorprender con ocasión del ejercicio de sus funciones”⁵⁶. Este planteamiento cobra especial importancia tratándose de la investigación genética: la persona sabiendo que corre el riesgo de padecer una determinada enfermedad, consiente en poner en conocimiento del médico su código genético y autoriza su estudio a fin tomar las medidas necesarias para retardar o impedir el desarrollo de la enfermedad en caso que se confirme la presencia del gen asociado a ella; sin embargo, a través de dicho estudio el investigador puede tener acceso otras características genéticas del sujeto y que no le fueron “confiadas” por éste para su análisis. Para Josep-Antoni Martí y Lydia Buisán “el objeto del secreto es todo aquello que llega a conocimiento

⁵⁴ ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA: “El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana”. 1994. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid. Pág 206.

⁵⁵ LAVADOS, MANUEL- SERANI, ALEJANDRO: Ética clínica: fundamentos y aplicaciones”, 1ª ed. 1993. Edit. Universitaria S.A. Santiago de Chile. Pág 122 y 124.

⁵⁶ LAVADOS, MANUEL- SERANI, ALEJANDRO: Op. Cit. Pág. 124.

del médico en el ejercicio de su arte”⁵⁷, y por lo tanto se extiende a lo que le dicen, a lo que ve, lo que conoce, lo que deduce y todas las circunstancias.

En cuanto a su extensión en el tiempo, en general se entiende que la obligación de secreto perdura aún después de que el profesional haya dejado de prestar servicios, prolongándose su vigencia incluso después de la muerte del paciente. Recordemos que, como señalamos al tratar del derecho a la intimidad en general, parte de la doctrina considera que el derecho a la intimidad debe ser respetado aún después del fallecimiento de la persona. Por lo tanto, si se admite que el secreto profesional constituye un elemento de protección de la intimidad de la persona, el hecho de que el profesional deba guardar secreto aún después de la muerte del paciente, resulta ser una consecuencia lógica de lo anterior. (Se debe tener presente, en todo caso, que la idea de prolongar la protección de la intimidad hasta después de la muerte ha sido cuestionada por no tener fundamento lógico, ya que siendo el derecho a la intimidad un derecho de la personalidad debe extinguirse necesariamente con ésta al momento de la muerte de la persona)

⁵⁷ MARTÍ MERCADAL, JOSEP- ANTONI y BUISAN EZPELETA, LIDIA: Op. Cit. Pág 89.

Tanto Martí Mercadal y Buisán Espeleta como Juan Guidice sostienen que la obligación de reserva se prolonga hasta después de la muerte, aunque por diferentes razones. Para los primeros la extensión del secreto profesional hasta después de la muerte del sujeto se fundamenta en que el paciente tiene derecho a la intimidad, “intimidad que persiste después de su muerte (la extensión del secreto sobrevive al paciente), intimidad que el médico debe preservar, ya que para éste la primera lealtad debe ser para quien a él se confió”⁵⁸. Para el segundo, en cambio, el secreto médico debe perdurar después de la muerte del paciente, debido a que el secreto profesional es una institución de orden público, lo que no se ve alterado con el mero accidente de la muerte del individuo⁵⁹.

Nosotros consideramos que tratándose del secreto profesional referido a las investigaciones sobre el genoma, éste debe extenderse necesariamente a toda la información susceptible de ser conocida por el investigador producto de una investigación genética y no sólo a lo que el sujeto puso consciente y deliberadamente en conocimiento del profesional. Creemos que al quedar amparada por el secreto profesional toda la información genética del individuo sin distinciones, se logra una protección más eficaz y completa de la intimidad

⁵⁸ MARTÍ MERCADAL, JOSEP-ANTONI y BUISÁN ESPELETA, LYDIA: Op. Cit. Pág. 90.

⁵⁹ GUIDICE BRACCESI, JUAN: Op. Cit. Pág. 35.

genética de los sujetos. En cuanto a su extensión en el tiempo, pensamos que cobra especial interés en el tema que nos ocupa la doctrina que postula la vigencia de la obligación de guardar secreto profesional aún después de la muerte del paciente. Dicho interés radica en el hecho de que la información genética se transmite de generación en generación de manera que al revelar la presencia de un gen anómalo u otras características genéticas de una persona, probablemente se esté revelando antecedentes genéticos de sus hijos, padres u otros parientes consanguíneos. Debido a lo anterior, por razones prácticas y a pesar de que a nuestro juicio el derecho a la intimidad por ser un derecho de la personalidad se extingue junto con ésta, estimamos que es necesario establecer la obligación de preservar el secreto del investigador después de la muerte del sujeto investigado, toda vez que de esta manera se contribuye a proteger la intimidad de todos aquellos sujetos que pueden compartir sus características genéticas y que, en consecuencia, corren el riesgo de ser portadores del mismo gen anómalo detectado.

4.-Limitaciones al secreto profesional.

Hemos señalado que el secreto profesional contribuye en gran medida a resguardar la intimidad genética de las personas. A continuación analizaremos si el deber de confidencialidad es absoluto o si, por el contrario, admite

excepciones. Al parecer, la mayoría de la doctrina está de acuerdo en sostener que el secreto profesional no tiene carácter absoluto, admitiéndose ciertos casos de excepción, en los cuales el profesional está excusado de la obligación de callar.

Fariñas Matoni sostiene que el límite del secreto profesional a que están obligados los médicos y demás profesionales de la salud está en el bien común, el perjuicio de terceros, el perjuicio o daño profesional, el consentimiento del paciente, la obligación de denunciar enfermedades contagiosas o mentales que puedan constituir un peligro para la comunidad y la denuncia de delitos⁶⁰.

Por su parte Miguel Kottow, al tratar el tema de la confidencialidad en las relaciones médico-paciente, identifica dos corrientes: para la primera de ellas, minoritaria en opinión del autor, el deber de secreto es absoluto, afirmación que encuentra su fundamento en el hecho de que “sólo la confianza ilimitada de los pacientes garantiza que acudirán oportunamente al médico y le informarán cándidamente de todo lo necesario para el buen resultado del

⁶⁰ FARIÑAS MATÓN, LUIS MARÍA. Op. Cit. Pág. 336 y 337

acto médico.”⁶¹ Para la segunda corriente, en cambio, el deber de confidencialidad no reviste carácter absoluto; sus partidarios estiman que la revelación del secreto profesional es posible cuando obedece al acatamiento de normas legales establecidas en beneficio de la comunidad o en resguardo de terceros, aún cuando ello sea en perjuicio del paciente y de la confiabilidad de los médicos. Kottow plantea que el surgimiento de la medicina preventiva ha provocado nuevos conflictos entre el deber de confidencialidad y la necesidad de divulgar información privada con fines de bien público. En efecto, la prevención muchas veces pasa por dar cuenta de la detección precoz de una enfermedad o identificar a las personas que se encuentran dentro del grupo de riesgo de padecerla, lo que puede hacer necesaria la divulgación de los resultados obtenidos de diversos exámenes o estudios realizados a la población, incluidos los genéticos. El mismo autor señala también como motivo de conflicto aquellos casos en que la reserva de la información pueda involucrar riesgo para un tercero, precisando que “las restricciones a la confidencialidad deben ser públicamente conocidas y su eventual beneficio social debe sopesarse con la desconfianza que introducen en el acto médico”⁶².

⁶¹ KOTTOW, MIGUEL: “Introducción a la bioética”. 1ª ed. 1995. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. Pág. 143.

⁶² KOTTOW, MIGUEL: Op. Cit. Pág 145

La problemática que plantea el riesgo para terceros es abordada por Carlos Romeo Casabona⁶³, quien al tratar acerca del diagnóstico prenatal se refiere al conflicto que debe enfrentar el médico cuando como consecuencia de una investigación genética descubre la presencia de genes patológicos: el investigador debe, en este caso, decidir si comunicar los resultados sólo a los consultantes, confiando en que éstos lo comunicarán a los familiares que se encuentran dentro del grupo de riesgo o si debe ser él quien revele directamente el riesgo a los familiares de los consultantes. El tomar la decisión correcta puede ser muy importante si consideramos que en muchos casos el éxito del tratamiento o la prevención de la enfermedad depende de la precocidad con que se haga el diagnóstico. A juicio del autor, la solución al problema se encuentra en el Derecho español en la Ley General de Sanidad, que consagra la obligación de confidencialidad en forma amplia, haciéndola extensiva a todo lo relativo a la enfermedad y alcanzando también a los familiares, en caso de ser solicitado por el paciente. La misma ley garantiza al enfermo el derecho a la intimidad y el deber de secreto de todos aquellos que tengan acceso a su historia clínica. El autor señala, a modo de conclusión, que el deber de confidencialidad sólo cede “cuando así lo dispone expresamente la ley o lo autoriza el juez por atender a un interés superior derivado del

⁶³ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: Op. Cit Pág 205

ordenamiento jurídico..., pero no en los demás supuestos si no autoriza previamente el interesado al médico”⁶⁴ .En consecuencia, extendiéndose la protección jurídica de los datos y del secreto profesional a la información genética de cada individuo, corresponde exclusivamente a éste decidir a quién se revela dicha información, en qué momento y la extensión con que se haga, “por lo que debe quedar vedada la transmisión a terceros de la información obtenida mediante el análisis genómico sin el expreso consentimiento del interesado o de sus representantes legales, incluso cuando ese tercero es un familiar del afectado, que solicita la información como referencia de la posible presencia en el que requiere la información de un gen patológico de las mismas características que el descubierto en el familiar heredado igualmente de los padres”⁶⁵ .

Refiriéndose específicamente al secreto médico, Juan Giudice Braccesi⁶⁶ identifica dos teorías:

- teoría del secreto médico absoluto, que establece la imposibilidad de revelar a ningún título y por más justificable que sea la causa, todo secreto que le haya confiado el paciente al médico, y

⁶⁴ ROMEO CASABONA, CARLOS MARIA: Op. Cit. Pág. 206

⁶⁵ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: Op. Cit. Pág 206.

⁶⁶ GIUDICE BRACCESI, JUAN: Op. Cit. Págs. 137 y ss.

- teoría del secreto médico relativo, que reconoce la existencia de circunstancias o situaciones en que el facultativo puede y aun debe revelar el secreto.

El autor se muestra partidario de revelar el secreto cuando él puede traer “perjuicio para otros”, dentro de los que se cuentan la sociedad, un tercero inocente del hecho cuya reserva se pretende mantener, al paciente mismo o al depositario del secreto. Asimismo, sostiene que el secreto puede ser revelado con fines científicos, pero en este caso deben revelarse sólo las características del mal y no el nombre del paciente ni tampoco datos que hagan posible su identificación.

Francisco Javier Elizari⁶⁷ se refiere al valor no absoluto del secreto precisando que la revelación de información confidencial está justificada por la autorización del interesado, el bien común, la protección de terceros (sólo en caso que su entidad supere al valor del secreto) y el bien mismo del paciente.

Comparte algunos de los criterios esbozados por Elizari Basterra, el doctor Alejandro Serani, quien sostiene que la obligación de callar cede

⁶⁷ ELIZARI BASTERRA, FRANCISCO JAVIER: Op. Cit. Pág. 232.

cuando la razón de callar ya no existe, o “cuando surge una razón superior que obliga a revelar el secreto”⁶⁸, identificando cinco casos que a su juicio constituyen las limitaciones clásicas del secreto profesional. Dichas limitaciones son: consentimiento del enfermo, bien común y autoridad de la ley, bien de terceras personas, bien del propio paciente y derecho del médico a protegerse. Agrega el autor que aún en el caso de que el profesional revele el secreto con motivo de estas circunstancias, deberá ceñirse a ciertos criterios, que son básicamente los que siguen: a) la revelación nunca puede referirse a hechos pasados, salvo que ello resulte indispensable para evitar un mal y b) se debe revelar únicamente lo indispensable y jamás se podrá dar a conocer un hecho que perjudique al paciente para evitar un mal del cual no es responsable.

La Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos dispone que “sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”, sin entrar a señalar qué razones pueden ser consideradas “imperiosas” para limitar la confidencialidad. En su artículo 19

⁶⁸ LAVADOS, MANUEL- SERANI, ALEJANDRO: Op. Cit Pág. 125.

dispone que los estados deberán esforzarse por “fomentar el libre intercambio de conocimientos e información científicos en los campos de la biología, la genética y la medicina.” (iv), dejando abierta de esta manera la posibilidad de divulgar dentro del ámbito científico los resultados de las investigaciones que se realicen en relación con el genoma.

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile establece en su artículo 11 dos casos en que el médico está autorizado para dar a conocer el secreto que le fue revelado. La disposición señala que el médico acusado ante tribunal competente puede revelar el secreto que el acusador le hubiere confiado, si dice relación directa con su defensa. Luego agrega que la comunicación de la intención de cometer un delito no está amparada por el secreto profesional. Por su parte el artículo 14 del citado código, establece la prohibición de revelar directa o indirectamente lo que hayan conocido o les haya sido revelado en el ejercicio de su profesión “salvo orden judicial o autorización libre y espontánea del paciente mayor de edad y que esté en su sano juicio”.

De todas las situaciones antes mencionadas, nos parece que tres de ellas adquieren especial importancia cuando nos referimos al deber de reserva aplicado a la investigación genética. Ellas son el bien común, el perjuicio o

riesgo para terceros y el bien propio del paciente. Del consentimiento del sujeto investigado trataremos en el siguiente apartado.

El bien común o bien público como justa causa de revelación tiene importancia fundamental, debido a que los fines perseguidos por la investigaciones sobre el genoma son el diagnóstico, cura o tratamiento de diversas patologías que afectan al ser humano. Todo ello apunta a mejorar las expectativas y la calidad de vida de las personas. El cumplimiento de estos objetivos y el avance de la biología y de la ciencia médica, dependen en gran medida de que los resultados de dichas investigaciones se den a conocer, principalmente en el ámbito médico y científico; otorgar un valor absoluto al secreto profesional podría conducir a un estancamiento del saber. Por ello consideramos que el bien común o bien público constituyen causas que justifican la revelación del secreto en la medida que asegure la protección de la intimidad del sujeto; creemos, que en estos casos resulta fundamental tomar medidas para resguardar la intimidad de las personas que consintieron en que su genoma fuera estudiado, objetivo que a nuestro juicio puede lograrse de manera eficaz mediante la reserva de la identidad del sujeto investigado. En definitiva, el profesional podría dar a conocer el resultado de una investigación genética cuando así lo exige el bien común o bien público,

debiendo mantener siempre el secreto respecto de la identidad del sujeto investigado.

El riesgo para terceros es otra de las situaciones que cobra especial interés tratándose del deber de confidencialidad referido a la investigación genética. Como sabemos, la investigación genética permite detectar la presencia de genes anómalos que pueden determinar el desencadenamiento de enfermedades hereditarias. La detección de genes patológicos en un miembro de la familia muchas veces hace aconsejable comunicar tal información a las personas que corren el riesgo de sufrir del mismo mal, a fin de que tomen las medidas que sean necesarias para recibir un tratamiento adecuado y aminorar los riesgos. Creemos que este caso es más complejo que el anterior, toda vez que se hace imposible proteger la intimidad del individuo investigado manteniendo en reserva su identidad. Si el investigador decide dar a conocer a los terceros que se encuentran dentro del grupo de riesgo los resultados de su investigación, se verá obligado a vincular dichos resultados a un sujeto determinado. Por ello pensamos que el riesgo para terceros no excusa al profesional del deber de confidencialidad; la revelación del secreto en este caso importaría a nuestro juicio un grave atentado contra la intimidad del individuo que se sometió voluntariamente a un examen genético.

En nuestra opinión, el bien propio del paciente no constituye una causa que justifique la revelación del secreto: el investigador no puede divulgar los resultados de la investigación genética realizada ni aún cuando ello implique evitar un perjuicio para el sujeto investigado. Recordemos lo que señalamos al tratar acerca de los derechos de los enfermos: la persona aún en caso de enfermedad es titular de derechos y un ser autónomo que, en la medida que no esté afectado por una enfermedad mental, puede tomar libremente decisiones que afecten a su persona. En consecuencia, el médico o investigador no puede tomar decisiones por su paciente, pasando por sobre la voluntad de éste.

6. El consentimiento informado.

El concepto de “consentimiento informado” no sólo aparece en forma recurrente al tratar de las situaciones que están exceptuadas del deber de reserva por parte de los profesionales, sino también al tratar acerca de las intromisiones en el código genético. Cuando nos referimos al derecho a la intimidad, sostuvimos que para que un investigador tome conocimiento del genoma de una persona en forma lícita resulta indispensable que ésta preste su consentimiento (salvo los casos de excepción que fueron analizados en su oportunidad); con posterioridad, al referirnos a las limitaciones al secreto profesional, pudimos comprobar que la mayoría de la doctrina está conteste en

señalar que el deber de confidencialidad desaparece cuando el propio paciente o sujeto sometido a la investigación, consiente en que los resultados de ella sean divulgados. En opinión de Juan Giudice tal posición es perfectamente defendible desde un punto de vista teórico, pero inadmisible desde el punto de vista de la legislación vigente. En efecto el autor señala que el deber de guardar secreto es una obligación impuesta por la ley imperativamente en el Código Penal; el secreto profesional es una institución de orden público, establecida no sólo en interés del sujeto, sino de toda la sociedad⁶⁹. En el campo de la bioética, algunos autores españoles han señalado que “la autorización del paciente no justifica por sí sola la revelación”⁷⁰., ya que lo que se comunica al médico pasa a pertenecerle, de manera que sólo él puede determinar si desea o no revelarlo.

A juicio de Elizari Basterra⁷¹, la idea de consentimiento informado comprende dos elementos: informar y obtener la adhesión de la persona. El deber de informar no se satisface con la simple transferencia de información, sino que debe estar orientado a que la persona comprenda la información que se le entrega; se debe poner en conocimiento del sujeto los objetivos que persigue y las ventajas, desventajas o eventuales riesgos que trae aparejada la

⁶⁹ GIUDICE BRACCESI, JUAN : Op. Cit. Pág. 34.

⁷⁰ MARTÍ MERCADAL, JOSEP-ANTONI y BUISAN ESPELETA, LYDIA: Op. Cit Pág. 96

⁷¹ ELIZARI BASTERRA, FRANCISCO JAVIER: Op. Cit. Pág. 235 y siguientes.

práctica del examen genético o la revelación de sus resultados, dándole la posibilidad de plantear las preguntas que estime necesarias para aclarar todas las dudas que le surjan. El segundo elemento es el consentimiento del sujeto, consentimiento que debe ser prestado en forma libre por la persona cuyo genoma será investigado o cuya información genética será dada a conocer por el profesional a terceros y que puede manifestarse en forma verbal o por escrito. Al respecto, la Carta de los Derechos y Deberes del Paciente adoptada por el Instituto Nacional de Salud de España en 1984, señala en su numerando 9º que “el paciente tiene derecho a que no se realicen en su persona, investigaciones, experimentos o ensayos clínicos sin una información sobre métodos, riesgos y fines. Será imprescindible la autorización por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico de los principios básicos y normas que establece la Declaración de Helsinki. Como una forma de asegurar la libertad con que debe prestarse el consentimiento se afirma que resulta inadecuado que los sujetos investigados estén de alguna manera cautivos, se encuentren hospitalizados o sean dependientes del investigador, ya que en tales casos se ve coartada, en mayor o menor medida, la libertad del sujeto para negar su consentimiento. En aquellos casos en que la persona no está en condiciones de prestar dicho consentimiento éste puede ser otorgado por su representante legal, tratándose de incapaces, o por su cónyuge o pariente más

cercano. Algunos autores señalan que en tal caso, el consentimiento sólo puede prestarse cuando la realización de la investigación genética o la divulgación de sus resultados trae consigo un beneficio directo para el sujeto investigado, de manera que la voluntad del sujeto investigado no puede ser suplida cuando se trata de investigaciones no terapéuticas o que sólo benefician a terceros.

La “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos” establece como requisito para la realización una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo la realización de una evaluación de los riesgos y ventajas que ella entrañe, añadiendo que “en todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado”(artículo 5º letra b). Tratándose de personas que no están en condiciones de expresar su consentimiento, la Declaración condiciona la realización de una investigación sobre su genoma al hecho de que dicha investigación represente un beneficio directo para su salud, y a las autorizaciones y medidas que establezca la ley. La posibilidad de efectuar

investigaciones que no representen un beneficio directo para la salud del sujeto investigado sólo se contempla de manera excepcional, en la medida que ellas se realicen “con la mayor prudencia y procurando no exponer al interesado sino a un riesgo y a una coerción mínimos” y siempre que la investigación esté dirigida a beneficiar a “otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas”.

A nuestro juicio el consentimiento del sujeto autoriza al profesional para dar a conocer información amparada por el secreto profesional, recayendo evidentemente la decisión final de revelar o no dicha información en el profesional. Pensamos que si el sujeto, como principal controlador de la información que existe y circula acerca de su persona, ha consentido de manera libre e informada en que el profesional de a conocer a terceros antecedentes relativos a sus características genéticas, no hay razón para estimar que el profesional deba seguir obligado a guardar silencio.

CONCLUSIONES

Toda persona tiene derecho a un ámbito reservado, que debe ser resguardado de injerencias externas y que los demás están obligados a respetar. Dicho ámbito se encuentra protegido por el derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad es un derecho fundamental e inviolable, pero en ningún caso absoluto. Admite limitaciones inspiradas en intereses de mayor jerarquía, correspondiendo al constituyente y al legislador el establecimiento de criterios orientadores, que faciliten, en la práctica, la determinación de aquellas situaciones en que se justifica una intromisión en la vida privada.

La información contenida en los genes del individuo forma parte de ese ámbito privado y reservado al que tiene derecho toda persona, quedando, en consecuencia, protegida por el derecho a la intimidad.

Es un hecho incuestionable que las investigaciones realizadas sobre el genoma humano han traído innumerables beneficios para la humanidad. Gracias a los aportes de la investigación genética se ha logrado obtener valiosa información acerca de algunas enfermedades, haciéndose más fácil su detección y la elaboración de tratamientos adecuados. Sin embargo, creemos que tales investigaciones deben ser tomadas con cautela, toda vez que ellas proporcionan datos y antecedentes que pertenecen a la intimidad del sujeto y

que, en ciertos casos pueden ser utilizados con fines perjudiciales para él. Nos encontramos en presencia de una nueva forma de intromisión en la vida privada de las personas, que exige regulación. Prohibir la realización de investigaciones genéticas para proteger la intimidad de las personas no parece ser la medida adecuada, ya que ello nos privaría de múltiples beneficios e importaría frenar el desarrollo científico, cerrando puertas que aún desconocemos.

En nuestra opinión, la solución está en fomentar el desarrollo de la investigación genética adoptando, al mismo tiempo, medidas conducentes a asegurar una adecuada protección de la intimidad de los sujetos que serán objeto de la investigación. La más importante de estas medidas consiste, a nuestro juicio, en exigir el consentimiento de la persona cuyos genes se investigarán, como requisito previo e indispensable para la realización de una investigación. Nos referimos a un “consentimiento libre e informado”, en los términos en que explicamos en el capítulo tercero.

En nuestra opinión, el secreto profesional juega, en esta materia, un papel muy importante como elemento de resguardo de la intimidad genética del individuo. En efecto, pensamos que la protección del derecho a la intimidad

demanda la consagración del secreto profesional en términos tales, que todos aquellos que participen en una investigación genética o tengan acceso a sus resultados, queden sujetos a la obligación de reserva. Ello como una forma de garantizar que los datos y antecedentes que se obtengan no trasciendan a terceros.

Reconocemos la existencia de casos en los que el profesional está excusado de la obligación de callar; a nuestro juicio ellos se limitan a aquellas situaciones en las que la divulgación sólo se refiere a los resultados de la investigación sin que se haga necesaria la revelación de la identidad del sujeto ni de antecedentes que permitan determinarla. Éste es, según nuestra opinión, el elemento determinante y el parámetro que debemos utilizar para determinar cuando es posible revelar el secreto, ya que creemos que mientras la identidad del sujeto permanezca en reserva, su intimidad estará suficientemente resguardada. De los casos que analizamos en su oportunidad, constatamos que sólo es posible satisfacer esta exigencia cuando la revelación del secreto se hace con fines de bien común.

Nos interesa destacar la importancia que tiene el consentimiento informado tanto para la realización de una investigación genética como para justificar la

revelación del secreto. Obtener el consentimiento libre e informado debe ser una prioridad para el investigador; la persona que da su consentimiento libremente no sentirá lesionado su derecho a la intimidad en caso de que se realice una investigación genética a su respecto y , a su vez, el investigador podrá desarrollar de mejor manera su labor investigadora.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.-ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE. Sesión 129ª, celebrada en Jueves 12 de Junio de 1975.
- 2.-ALBADALEJO, MANUEL: “Orientaciones generales del derecho a la intimidad en España y Europa”. Conferencia, Seminario Universidad de Los Andes, Santiago de Chile. Septiembre de 1999.
- 3.- ANGELI G., GONZALO: “El Derecho a la vida privada y las bases automatizadas de datos personales”. Seminario. Universidad Diego Portales.
- 4.-BLÁZQUEZ, NICETO: “Bioética Fundamental”. 1ª edición. 1996. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid.
- 5.-CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS: Apuntes de clase, Capítulo V. 1995.
- 6.-CORRAL TALCIANI, HERNAN: “Derechos al Honor, Vida Privada e Imagen y Responsabilidad Civil por los daños provocados por las empresas periodísticas”, artículo publicado en Revista de Derecho, Universidad católica de la Ssma. Concepción, Vol. 5º, 1996.
- 7.-ELIZARI BASTERRA, FRANCISCO JAVIER: “Bioética”. 1ª edición. 1991. Ediciones Paulinas. Madrid.
- 8.- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE: “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I. 1986. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- 9.-FARIÑAS MATONI, LUIS MARÍA: “El Derecho a la Intimidad”. 1ª edición. 1983. Editorial Trivium, Madrid.

10.-FERREIRA RUBIO, DELIA: “El Derecho a la Intimidad”, 1ª edición. 1982. Editorial Universidad. Buenos Aires.

11.-FUEYO LANERI, FERNANDO: “Instituciones del Derecho Civil Moderno”. XX edición. 1990. Editorial Jurídica Santiago de Chile.

12.-GAFO, JAVIER: “Los Códigos Médicos”, en: “Dilemas Éticos de la Medicina Actual”. 1ª edición 1986. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores. Madrid.

13.-GAFO, JAVIER: “ Problemas Éticos del Proyecto Genoma Humano”, en: “Ética y biotecnología”. 1ª edición. 1993. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores.

14.- GIUDICE BRACCESI, JUAN A.: “El Secreto Médico”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1963. Editorial Universitaria.

15.-GONZÁLEZ SEPÚLVEDA, JAIME: “El Derecho a la Intimidad Privada”. 1ª edición. 1972. Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile.

16.-GRACIA, DIEGO: “Libertad de investigación y biotecnología”, en: “Ética y biotecnología”. 1ª edición. 1993. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores.

17.- JIJENA LEIVA, RENATO JAVIER: “Chile, La Protección Penal de la Intimidad y el Delito Informático.” 1ª edición. 1992. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile.

18.-KOTTOW, MIGUEL: “Introducción a la Bioética”. 1ª edición. 1995. Editorial Universitaria. Santiago de Chile.

- 19.-LAVADOS, MANUEL- SERANI, ALEJANDRO: “Ética clínica: fundamentos y aplicaciones”. 1ª edición. 1993. Editorial Universitaria S.A. Santiago de Chile.
- 20.- MARTÍ MERCADAL, JOSEP- ANTONI y BUISÁN ESPELETA, LYDIA: “El secreto profesional en medicina”. En: “Ética y Medicina”, obra coordinada por Francisco Vilardell. 1ª edición. 1988. Editorial Espasa Calpe. Madrid.
- 21.-MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, VICTOR M.: “Genética humana y derecho a la vida privada”, en: “Genética humana y derecho a la intimidad”. 1ª edición. 1995. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.
- 22.-MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: “El Derecho a la Autodeterminación Informativa”. 1ª edición. 1990. Editorial Tecnos. Madrid.
- 23.-NOVOA MONREAL, EDUARDO: “El Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos”. 2ª edición. 1981. Editorial Siglo XXI Editores S.A. México.
- 24.-PACHECO G., MÁXIMO: “Los Derechos Humanos: documentos básicos”. Editorial Jurídica de Chile. 2ª edición. Santiago de Chile. 1993.
- 25.-ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, España. 1994
- 26.-ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA: “El Proyecto Genoma Humano: Implicancias Jurídicas”, en: “Ética y biotecnología”. 1ª edición. 1993. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Javier Gafo Editores. Madrid.
- 27.-VIDAL, MARCIANO: “Bioética: Estudios sobre bioética racional”. 1ª edición. 1989. Editorial Tecnos, S.A. Madrid.

28.-WARREN, SAMUEL- BRANDEIS, LOUIS: “El Derecho a la Intimidad”, traducción al español de Pilar Bacelga. 1ª edición. 1995. Editorial Civitas S.A. Madrid.