



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 5 1 / 1 9 9 9

La Laguna, a 25 de mayo de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *el Proyecto de Decreto por el que se establece el procedimiento de identificación del recién nacido hospitalario para garantizar su identidad (EXP. 30/99 PD)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno interesa Dictamen preceptivo [art. 12.a) Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC)], al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.6 LCC y 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado (LO-CE), por el procedimiento ordinario [art. 15.1 LCC], en relación con el Proyecto de Decreto (PD) referenciado en el encabezado.

En el expediente incoado figuran los preceptivos certificados del Acuerdo gubernativo de solicitud de dictamen (art. 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo) e informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias art. 20.f) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de ese Servicio (Decreto 19/1992, de 7 de febrero, modificado por Decreto 232/1998, de 18 de diciembre; ROFC). El procedimiento de elaboración de la disposición general ha sido tramitado con cumplimiento de las previsiones que respecto de la misma se contemplan en nuestro Ordenamiento, según resulta del art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno de la Comunidad [Informe de legalidad, acierto y oportunidad de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Consumo]. Obra, asimismo, certificado acreditativo del trámite de audiencia otorgado a los Colegios Oficia-

---

\* **PONENTES:** Sres. Yanes Herreros, Cabrera Ramírez, Trujillo Fernández, Reyes Reyes y Millán Hernández.

les de Médicos de ambas provincias canarias, que sin embargo no evacuaron, así como una Memoria económica de la propia Consejería.

## II

Con carácter inicial, el expediente incoado plantea las siguientes observaciones de índole formal:

1. Según consta en el certificado del Acuerdo gubernativo de solicitud de Dictamen, éste se debía interesar con carácter "facultativo" (Acuerdo 1), no preceptivo, que es como lo ha interesado el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno (cfr. escrito de solicitud de dictamen). Si la solicitud es, en efecto, facultativa, deberían circunscribirse los términos de la consulta concreta que se formula al Consejo, de conformidad con lo previsto en el art. 48 ROFC.

2. En la Memoria económica citada en el apartado anterior consta que el costo anual de la aplicación del sistema de identificación que se pretende instaurar se eleva a 510.000 ptas., estimándose sin embargo que ello "no implica incremento de gasto público". Una cuestión es que el aumento no tenga trascendencia presupuestaria y otra distinta es que no haya incremento, que lo hay.

## III

Los arts. 7 y 8 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, reconocen el derecho del niño a ser inscrito después de su nacimiento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a preservar los Estados partes su identidad.

El art. 3 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral de Menores, establece que éstos gozarán de los derechos que les reconocen la Constitución, los Tratados, Convenios y Pactos Internacionales ratificados por España, especialmente la Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 y la Carta Europea de Derechos del Niño, así como las restantes normas de ordenamiento jurídico.

El art. 30.14 del EAC y la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, singularmente el art. 6, respeto a la dignidad, intimidad y confidencialidad, habilitan la actuación que se somete a la consideración de este Consejo.

## IV

1. Respecto a la relación-afección de derechos fundamentales, la materia sobre la que recae el PD afecta al ámbito de la intimidad corporal constitucional y legalmente protegido (arts. 18.1 de la CE y 4.f) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, respectivamente). La trascendencia del sistema adoptado por el PD -análisis de la sangre del cordón umbilical, en la que se muestra todo el genoma del recién nacido- exige establecer medidas concretas para garantizar una voluntariedad libre y consciente. La toma de una gota de sangre del cordón umbilical del neonato sin el consentimiento consciente y responsable de la madre o representante legal atenta a la intimidad personal que garantiza el citado art. 18.1 de la CE.

El consentimiento ha de practicarse, en consecuencia, con anterioridad al parto. El consentimiento posterior no subsana la infracción del derecho básico a la intimidad. Ni puede transformarse la toma de sangre del cordón umbilical en una práctica rutinaria. Ni existe voluntad libre de la gestante una vez que se inicia el proceso del alumbramiento. La voluntad ha de emitirse libremente sin condicionamiento previo.

2. La vulnerabilidad de los datos que constan en archivos o figuran informatizados sobre los aspectos más íntimos y personales del ser humano, a través de la prueba del ADN, como resultado del análisis de la sangre del cordón umbilical, exige una especial cautela a la hora de trasladar tales datos personales a ficheros especiales o automatizados.

Por excesivas que sean las garantías con que quiera rodearse la confidencialidad de estos datos, así como el deber de guardar secreto del funcionario, lo cierto es que una información privilegiada íntima personal, tal como se contempla en la regulación que se analiza, sale de la esfera de la relación personal entre el Centro médico-gestante, para reflejarse en unos registros, susceptibles además de transmisión.

Por otro lado, el archivo de cualquier información que exceda de la mera identificación -madre/hijo-, altera el objeto concreto del PD e incidiría en una inadmisibles intromisión.

De ahí que la tendencia actual más acorde con el respeto a la intimidad personal (art. 18.1 de la CE) es la de realizar la identificación del recién nacido a través de las

huellas dactilares de los dedos índice y medio de la mano derecha, junto con las huellas del dedo índice y medio de la mano derecha de la madre.

## V

Se formulan las siguientes observaciones al articulado.

### **Art. 1.**

El Decreto extiende su ámbito de aplicación a todos los Centros Sanitarios públicos o privados de Canarias, "en donde se lleven a cabo procesos médicos de parto y alumbramiento". Quedan fuera de su ámbito de aplicación, en consecuencia, los partos o alumbramientos que se produzcan en lugares distintos, como en instituciones o asociaciones públicas o privadas de acogida, residencia, domicilios particulares, consultas de médicos, servicios de ambulancia, transporte sanitario, etc. Por ello, el ámbito de aplicación del PD debería extenderse no sólo a "centros" sino también a "servicios" y "establecimientos" sanitarios, cuando sea posible la identificación por el procedimiento previsto en el art. 5 del PD -la extensión del PD, a centros, servicios o establecimientos sanitarios radicados en Canarias, cualquiera que sea su nivel, categoría o titular (público o privado), está permitida por los arts. 26 y 27 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias-.

### **Art. 2.**

La identidad del recién nacido se establece en el PD desde el momento del alumbramiento, esto es, desde la salida del concebido del claustro materno. Sin embargo, el art. 30 del Código Civil sólo otorga efectos civiles al nacido que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. El PD atiende, en orden a la identificación del nacido, al momento del desprendimiento de éste del seno materno, sin necesidad de esperar a plazo alguno. No se contempla, sin embargo, en el PD la situación de los nacidos que conforme con la ley no adquieran, sin embargo, personalidad jurídica.

### **Art. 3.**

No debe ser objeto de regulación en el PD la tutela o preservación del derecho de 'identidad', sino la 'identificación' del nacido. Exceden, asimismo, su ám-

bito las medidas de prevención y/o evitación de intercambio o tráfico ilícito de recién nacidos, reservada a norma con fuerza o rango de Ley.

#### Art. 4.

La regulación del consentimiento expreso de la madre o del representante legal, en su caso, para proceder a la identificación del recién nacido es técnicamente insatisfactoria. El aspecto nuclear del PD descansa en el consentimiento que, sin embargo, no se regula de manera adecuada, como tampoco el momento de su emisión, con plena capacidad y discernimiento, que no puede tener lugar en la fase inmediata anterior al parto o en los casos en los que no exista *apriori*, dado el carácter dispositivo de la norma, la naturaleza del derecho afectado y la identificación del recién nacido por el procedimiento que se establece. Toda intervención corporal requiere el consentimiento previo del supuesto afectado, es decir, que se preste voluntariamente (STC 114/84, de 29 de noviembre), con capacidad de discernimiento y con control de voluntad.

#### Art. 5.

La toma de sangre del cordón umbilical del neonato requerirá siempre la autorización previa, expresa y adecuada de la madre, esto es, se ha de estar en plenas condiciones físicas y anímicas para emitir el consentimiento, por cuanto la práctica de un análisis sanguíneo incide en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona. No es factible en nuestro derecho la imposición coactiva de pruebas biológicas de identificación de maternidad.

Como ha dicho el TC "la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1) de la que forma parte la identidad corporal, en principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas (...) frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona" (STC 37/89, de 15 de febrero).

La comprobación de la identidad de la madre gestante a través de la huella dactilar supone también una medida de intervención corporal y, aun cuando de escasa entidad, afecta también al derecho de la intimidad, por lo que es preciso que exista, con pleno discernimiento y libertad, el consentimiento expreso de la gestante.

La regulación de la figura del testigo se hace en el PD, sin determinar la forma de elección de éste, que debe ser designado, salvo circunstancias excepcionales, directamente por la madre o representante legal con anterioridad al alumbramiento.

#### **Art. 6.**

Se refiere al resultado del procedimiento de identificación, a su soporte documental y al archivo.

La prueba de identificación mediante sangre del cordón umbilical, por los actuales avances técnicos y científicos aporta, sin embargo, datos que exceden del ámbito de una mera identificación. La información que exceda a la de la relación entre madre-hijo (identificación) no puede quedar plasmada en una ficha especial, puesto que afectaría al derecho de la intimidad personal (art. 18.1 de la CE) y alteraría el objeto de la materia del PD, así como el ámbito del consentimiento expresamente prestado (identificación del nacido).

Toda información que exceda de la necesaria para la identificación del nacido no puede ser objeto de archivo alguno, salvo que así expresamente lo autorice una ley adecuada al supuesto.

#### **Art. 7.**

La generalidad de los términos del precepto del proyecto normativo hace prácticamente imposible extraer consecuencias concretas por la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

El PD establece que el responsable de la custodia de la documentación específica debe adoptar medidas organizativas y técnicas, pero no se regulan cuáles son tales medidas, ni las consecuencias o sanciones del incumplimiento de las mismas.

#### **Arts. 8 y 9.**

Los datos obtenidos de las pruebas sanguíneas o de la toma de huellas no pueden ser objeto sin más de tratamiento automatizado. Ni tal información puede ser cedida, salvo que los afectados consientan expresamente.

La transmisión de datos por autorización legal supondrá la existencia de una habilitación legislativa, con el carácter de orgánica, al resultar limitados derechos fundamentales (art. 18.1 CE).

El marco de la LO 5/1992, de 29 de octubre, incide más en lo que se denomina el derecho a la "privacidad", que en el de la "intimidad", por lo que el derecho a la intimidad personal alcanza especial protección, singularmente en el campo de la informatización.

No se contempla en el PD el procedimiento de acceso, rectificación o cancelación de los datos informatizados, ni el procedimiento para la revocación del consentimiento del interesado.

#### **Disposición Adicional segunda.**

El incumplimiento de llevar a cabo la identificación del recién nacido y de la comprobación de la identidad de la madre gestante, no puede ser objeto, en todo caso, de sanción por cuanto la identificación por el procedimiento que se establece en el PD, depende de la voluntariedad y del consentimiento de los sujetos afectados. La ausencia del consentimiento expreso de la gestante o del representante legal impide, en consecuencia, la identificación a través del procedimiento que se regula en el PD.

#### **Disposición final.**

El objeto limitado de la materia regulada por el PD y su incidencia en materia de derechos fundamentales de la persona, intimidad personal, puede verse afectado negativamente con la facultad genérica que se atribuye a un órgano de la Administración Autónoma (Consejero de Sanidad y Consumo) para emitir disposiciones de desarrollo y ejecución del presente PD.

## **C O N C L U S I Ó N**

La amplitud de información que suministra el procedimiento regulado mediante el análisis de la sangre del cordón umbilical y su archivo, excede de la finalidad que persigue el PD y del bien jurídico objeto de protección, identificación del recién nacido, lo que determina que la conformidad a derecho del Proyecto de Decreto que se analiza se adecúe a las observaciones que se formulan en los Fundamentos IV y V de este Dictamen.