

El problema del tratamiento abusivo  
de los datos personales en salud

Lorena Donoso Abarca

## I. Introducción

El tratamiento de datos personales es uno de los motores de la sociedad actual. Las decisiones en todos los ámbitos requieren de información para ser tomadas y el sector de la salud no es una excepción. En efecto, las instituciones públicas y organismos privados de atención como de aseguramiento de la salud precisan información veraz y oportuna tanto para la adopción de políticas públicas como para la toma de decisiones económicas, asociadas, por ejemplo, al otorgamiento de beneficios, prestaciones pecuniarias, definición de primas, etcétera. Además de la natural necesidad de contar con esta información para efectos de diagnóstico o tratamiento.

Asimismo, la industria farmacéutica necesita información relativa a la efectividad de los fármacos que produce, para lo que busca datos sobre los efectos de su aplicación en pacientes concretos. Adicionalmente, los laboratorios capturan información en los puestos de venta (principalmente farmacias) para analizar los comportamientos de mercado de sus productos respecto de sus equivalentes de otros laboratorios. En nuestro trabajo nos referiremos a estas dos situaciones. Ahora bien, no obstante hemos sido testigos de conductas reprochables de parte de los laboratorios, relativas a la captura de información de prescripciones de remedios por los facultativos, no nos referiremos aquí a este aspecto del tratamiento de datos personales.

Un tercer tema que nos interesa dice relación con la implementación de la licencia médica electrónica.<sup>(1)</sup> Entendemos que esta experiencia es un avance hacia la ficha médica electrónica y la receta médica electrónica, pero es necesario reflexionar sobre la protección de los datos personales contenidos en estos documentos y los sistemas asociados a su administración por parte del sistema de salud.

*(...) la industria farmacéutica necesita información relativa a la efectividad de los fármacos que produce, para lo que busca datos sobre los efectos de su aplicación en pacientes concretos. Adicionalmente, los laboratorios capturan información en los puestos de venta (principalmente farmacias) para analizar los comportamientos de mercado.*

---

(1) Al respecto véase el D.S. N°3, de 1984, del Ministerio de Salud, Resolución Exenta N° 608, de 2006, del Ministerio de Salud.

En cuarto lugar, queremos llamar la atención respecto del tratamiento de datos personales obtenidos a partir de la toma de muestras médicas, ya sea para la realización de análisis clínicos dentro de un procedimiento de diagnóstico o tratamiento, o en el marco de una investigación *in vivo* o *in vitro*, asociado a una investigación científica o farmacéutica.

En sede de Salud se han realizado algunos ajustes normativos, a través del artículo 127 del Código Sanitario, modificado por la Ley 19.628, del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud,<sup>(2)</sup> que fija el texto refundido de la Ley 18.933 sobre instituciones de salud previsional, que señalan expresamente las atribuciones del Ministerio de Salud<sup>(3)</sup> y del Fondo Nacional de Salud<sup>(4)</sup> en materia de tratamiento de datos personales, y las normas relativas a la licencia médica electrónica; sin embargo, la aplicación práctica de estas normas requiere de una reflexión desde la óptica de los principios del tratamiento de datos personales, que es lo que realizaremos en estas páginas.

## II. El problema del tratamiento abusivo de los datos de salud

Los medios de comunicación han difundido una serie de hechos noticiosos que levantan alarma respecto de las condiciones de legitimidad con que se están desarrollando las operaciones de tratamiento de datos personales por parte de los operadores del sistema de salud, entendiendo por tales los establecimientos de salud, las farmacias y en general expendios de medicamentos, las instituciones de salud previsional, los laboratorios farmacéuticos, los laboratorios de análisis clínico, por mencionar los más representativos.

Un caso emblemático fue conocido gracias a que la afectada es una abogada, quien advirtió que una farmacia podía acceder a través del computador

---

(2) Este DFL, fija el texto refundido, sistematizado y concordado del decreto Ley 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, de acuerdo al mandato del artículo 4 transitorio de la Ley 20.015.

(3) En su artículo 4 dispone que serán atribuciones del Ministerio: “5.- Tratar datos con fines estadísticos y mantener registros o bancos de datos respecto de las materias de su competencia. Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud. Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuere necesaria. Todo ello conforme a las normas de la Ley 19.628 y sobre secreto profesional.”

(4) El artículo 50 del DFL 1 dispone que serán funciones del Fondo: “f) Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud. Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuera necesaria. Todo ello conforme a las normas de la Ley 19.628”.

---

a la información sobre las patologías AUGE que padecía. Si bien este hecho copó las pantallas e involucró un pronunciamiento de la autoridad sanitaria, hay otras situaciones menos evidentes como el intercambio de datos entre las instituciones financieras y las compañías de seguro, respecto de los datos de salud que la persona declara o a la que tienen acceso con ocasión de los préstamos de largo plazo que requieren seguro de desgravamen, las que no por ello son menos graves.

Otro ejemplo se da en el ámbito laboral, en el que los empleadores acceden a la información sobre el estado de salud de una persona. Aun cuando las normas legales se han encargado de limitarles el acceso al diagnóstico, al menos hacen tratamiento de datos respecto de la condición de enfermo o sano de una persona, a través de los registros de asistencia al trabajo. Lo mismo sucede con los establecimientos de educación en relación con sus estudiantes.

Por ser muy variadas las hipótesis en que los datos personales de salud pueden ser objeto de tráfico en el mercado de los datos, en este artículo trataremos acerca de los lineamientos y principios que rigen y/o deben regir en materia de tratamiento de datos personales relativos a la salud, con sus principales consecuencias en el ámbito de procesos de tratamiento de datos. Esperamos con ello contribuir a los operadores y a quienes deben elaborar políticas públicas y/o elaboración normativa.

***P**or ser muy variadas las hipótesis en que los datos personales de salud pueden ser objeto de tráfico en el mercado de los datos, en este artículo trataremos acerca de los lineamientos y principios que rigen y/o deben regir en materia de tratamiento de datos personales relativos a la salud.*

### III. Concepto de datos de salud

Los datos personales han sido definidos en Chile en el artículo 2 letra f) de la Ley 19.628 de 1999<sup>(5)</sup> a partir de los siguientes elementos, los cuales procuraremos adaptar al tema que nos ocupa:

- a. **Toda información:** Se trata de un concepto amplio, que abarca imágenes, sonidos o muestras físicas que proporcionen antecedentes de una persona.

---

(5) “Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.

En el ámbito de la salud, la información puede referirse a resultados de exámenes, imágenes radiográficas, información genética y/o de identidad soportada en muestras médicas, etcétera. Registro de citas médicas, remedios prescritos, diagnósticos médicos, información de licencias, registros de ausencia por enfermedad en el ámbito laboral o estudiantil, entre otros.

- b. Sobre una persona natural:** Por tratarse de un atributo de la personalidad, derivado directamente de la dignidad humana, sólo la persona física es sujeto de protección de datos personales, excluyéndose en Chile a las personas jurídicas.<sup>(6)</sup> Tratándose de los datos de salud la información no sólo afecta a la persona sujeto de tratamiento o diagnóstico sino que también a su grupo familiar, con el cual comparte su patrimonio genómico. Asimismo, puede involucrar a un tercero que aún no es reconocido por el derecho como sujeto de derechos, es decir, la vida embrionaria. Incluso puede afectar a los donantes de órganos que pudieren haber sido implantados en un sujeto.
- c. Identificada o identificable:** Será dato personal aquel susceptible de ser vinculado a una persona determinada o determinable a través de procedimientos de identificación (los que pueden revestir diversos grados de complejidad). En el caso de los datos que revelan información de salud, sólo hablaremos de datos personales cuando esa información sea atribuible a una persona y no serán datos personales si han sido absoluta e irreversiblemente disociados.<sup>(7)</sup>

#### IV. Naturaleza jurídica de los datos de salud

En cuanto a la naturaleza jurídica específica de los datos de salud, la Ley 19.628 los considera en el artículo 2, letra g), en tanto define datos sensibles como “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas

---

(6) Aun cuando en algunos proyectos de ley que se han presentado en el Parlamento se abre la posibilidad a que los datos de personas jurídicas, lo cual estimamos va contra la naturaleza de la normativa de protección de datos personales. Este es el caso de los boletines: 2422-07, de 1999, desde esa fecha en primer trámite constitucional, 2477-07, de 2000, archivado, entre otros.

(7) De acuerdo a la Ley 19.628, el procedimiento de disociación de datos consiste en “todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o indeterminada” (art. 2 letra l).

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 o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

Siendo así, nos surge la duda respecto de si aquella información relativa a la salud, pero que no es susceptible de ser calificada como *estados de salud físicos o psíquicos*, ¿debe ser considerada dato sensible o queda sujeta al régimen general de tratamiento de los datos personales que no son de este carácter? De nuestra parte, entendemos que la enumeración de datos sensibles no es taxativa y, por tanto, esta información podría ser calificada como tal por el juez, en la medida que se cumplan las condiciones tenidas en vistas por el legislador, esto es, que su tratamiento pueda afectar garantías fundamentales y traer aparejadas decisiones arbitrarias respecto de la persona.

Así por ejemplo, la información sobre el ADN, que no revela estados de salud sino predisposiciones de una persona a ciertas afecciones, podrá ser calificada como sensible por parte de la jurisprudencia, no obstante, no responder exactamente al calificativo “estado de salud” al que alude la norma que comentamos, salvándose por esta vía las zonas no cubiertas por el texto legal.

Si bien la ley vigente permite entonces salvar estas situaciones, consideramos que no es adecuado que la calificación de los datos de salud como datos sensibles quede sujeta a los avatares de las decisiones jurisprudenciales. Creemos que lo más adecuado es corregir la norma con el fin de calificar en general esta información como sensible, dando aplicación del principio de precaución que rige en materia de derechos fundamentales.

De hecho, si analizamos el texto legal de la Ley 19.628, nos queda claro que los datos contenidos en una receta médica, en un examen médico y en la ficha médica son claramente datos sensibles, y por esto la ley modifica el artículo 127 del Código Sanitario. Lo mismo sucederá con las solicitudes de reserva de horas y licencias médicas emitidas respecto de cada persona. Estas evidencias son las que nos llevan a pensar que estamos frente a un caso de oscuridad legal, que debe ser enmendado por la vía de una modificación a la Ley 19.628.

*(...) surge la duda respecto de aquella información relativa a la salud pero que no es susceptible de ser calificada como estados de salud físicos o psíquicos, ¿debe ser considerada dato sensible o queda sujeta al régimen general de tratamiento de los datos personales que no son de este carácter?*

Ahora bien, respecto de los datos relativos al “plan de salud”, entendemos que cuando el legislador dispone que “la Institución de Salud Previsional deberá mantener la información recibida en reserva, de acuerdo a lo dispuesto en la ley N°19.628” (art.33), alude a lo dispuesto en el artículo 7 de la ley, cuando regula el deber de secreto. De su parte, debe ser considerada dato sensible la información sobre enfermedades preexistentes, entregada por el afiliado en el contrato de salud. Lo mismo sucede con la información sobre los planes y seguros de salud que ha contratado y/o mantiene una persona, ya sea como suscriptor o beneficiario y las prestaciones a que éste tenga derecho con ocasión de dichos contratos, tal y como se establece en la Ley 18.933.

Como se adelantó en la introducción, otro aspecto importante en esta materia dice relación con el tratamiento de datos de la información contenida en muestras biológicas obtenidas a partir del diagnóstico médico o de la donación

*(...) debemos considerar que no sólo la información de obtenida a partir de la muestra es sensible, sino que además debe aplicarse el tratamiento de “dato sensible” a la muestra biológica en que esta información se soporta.*

de tejidos, por mencionar algunas hipótesis. Al respecto, rige la Ley 20.120, sobre investigación científica en seres humanos, su genoma, y prohíbe la clonación humana de 22 de septiembre de 2006 y su normativa complementaria, además de los múltiples decretos que ri-

gen la actividad de los profesionales de la salud en general y de los laboratorios en particular. Al respecto, y contemplando además la normativa internacional que rige esta materia, debemos considerar que no sólo la información de obtenida a partir de la muestra es sensible, sino que además debe aplicarse el tratamiento de “dato sensible” a la muestra biológica en que esta información se soporta. <sup>(8)</sup>

## V. Condiciones de legitimidad del tratamiento de datos de salud

Continuando con nuestro análisis, aquellos datos personales de salud que son calificados como datos sensibles quedan sujetos a las normas previstas en el artículo 10 de esta ley, el cual dispone que: “No pueden ser objeto de

---

(8) Uno de los temas más apasionantes en el área de tratamiento de datos personales en el ámbito de la investigación científica dice relación con las posibilidades de disociación de los datos personales respecto de la demás información proveniente de las muestras humanas.

tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

De esta manera corresponderá en cada caso buscar la autorización legal, o contar con el consentimiento (informado) del titular de los datos personales, o bien acreditar que las mismas son necesarias para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que les corresponden a estas personas. Por ejemplo, serían finalidades legítimas aquellas que dicen relación con la posibilidad del individuo de acceder a los medicamentos prescritos por un médico tratante, o los contenidos en los resultados de exámenes que permitirán diagnosticar y los que se refieran a la historia clínica del paciente cuando sea necesario para los efectos de aplicar procedimientos destinados al restablecimiento de su salud. Ello además del tratamiento de datos necesario para el otorgamiento de prestaciones pecuniarias, asociadas, por ejemplo, a los planes de salud de la persona.

*(...) corresponderá en cada caso buscar la autorización legal, o contar con el consentimiento (informado) del titular de los datos personales, o bien, acreditar que las mismas son necesarias para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud (...)*

De nuestra parte, estimamos que la frase “beneficios de salud que correspondan a sus titulares”, además de las prestaciones pecuniarias, comprende los beneficios propios del sistema de salud, asociados a la concreción de la garantía fundamental consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República, en tanto garantiza a todas las personas el derecho a la protección de la salud, en los siguientes términos:

“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.



Siendo así, habremos de analizar de qué manera se aplican los principios de la Ley 19.628 al tratamiento de datos de salud. A estos efectos, hemos considerado que los aspectos más relevantes a considerar son los siguientes:

**a. Calidad de los datos personales y calidad del tratamiento de datos**

**i. Sujeción a la finalidad del tratamiento de datos personales:** La información relativa a la salud no puede ser considerada como proveniente de una fuente accesible al público. Siendo así, los datos personales deben utilizarse sólo para los fines a partir de los cuales fueron recolectados, los que en todo caso deben estar asociados a la salud, entendida como acciones de promoción, protección y recuperación de ésta por parte de las personas.

**ii. Veracidad de la información (artículos 6, incisos 2, 3 y 4 y 9 de la Ley 19.628):**

La información relativa a la salud, contenida en las bases de datos de los prestadores y terceros que tienen injerencia en el sector debe ser exacta,

*La información relativa a la salud, contenida en las bases de datos de los prestadores y terceros que tienen injerencia en el sector, debe ser exacta, actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos.*

actualizada y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos. Asimismo, los datos deben ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

En tercer lugar se deben bloquear los datos personales cuya exactitud no pueda ser establecida o cuya vigencia sea dudo-

sa y respecto de los cuales no corresponda la cancelación.

El responsable del banco de datos personales debe proceder a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos, en su caso, sin necesidad de requerimiento del titular.

Es así como debiera eliminarse la información sobre diagnósticos erróneos que han sido modificados por diagnósticos posteriores. Asimismo, debiera impedirse la elaboración de datos apreciativos a partir de los contenidos en los sistemas de salud. Este es el caso de los sistemas que elaboran pronósticos de infertilidad a partir de, por ejemplo, información sobre abortos espontáneos. Lo mismo ocurre con los sistemas de alerta de automedicación cuando una persona compra un remedio sin receta, los que actúan sin

cuestionarse si ésta los compra para sí o para un tercero. Estas situaciones, por sólo mencionar algunas, son fuente de abuso permanente por parte de los actores del mercado de datos personales.

- iii. **Deber de custodia de los datos personales (artículo 11 de la Ley 19.628):** La autorización de los organismos ligados a la salud, tanto a nivel de prestaciones como los administradores, de efectuar operaciones de tratamiento de datos personales para los efectos de dar cumplimiento a la finalidad específica de protección y administración de la salud de los titulares de estos datos. Adicionalmente, hay finalidades que autorizan el tratamiento de datos personales que dicen relación con las necesidades públicas asociadas al deber de garantizar la salud pública, además de aquellas derivadas del cumplimiento de las normas de control de ciertas sustancias calificadas especialmente por el regulador y demás finalidades previstas en el ordenamiento jurídico.

Esto ocurre con las recetas médicas, las cuales son una fuente importante de datos personales a las que luego se refiere la norma. Los tipos de receta médica reguladas en los decretos supremos 404 y 405, de 2 de noviembre de 1983, del Ministerio de Salud, se distinguen entre:

a) **Receta magistral:** “Aquella en que un profesional legalmente habilitado para ello prescribe una fórmula especial para un enfermo determinado, la que debe elaborarse en el momento de su presentación”; b) **Receta Médica Retenida:** “Aquella en la que se prescriba productos sujetos a esta condición de venta, y ella deberá archivar en el establecimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 21° del presente reglamento”. Cuando se trate de la prescripción de estupefacientes y productos psicotrópicos cuya condición de venta es receta retenida ésta deberá ser impresa con los datos que señalan los respectivos reglamentos; c) **Receta Cheque:** “Los formularios oficiales que formen parte de talonarios que los Servicios de Salud proporcionan a los médicos cirujanos y a las farmacias para la prescripción de estupefacientes y productos psicotrópicos”.

*(...) hay finalidades que autorizan el tratamiento de datos personales que dicen relación con las necesidades públicas asociadas al deber de garantizar la salud pública, además de aquellas derivadas del cumplimiento de las normas de control de ciertas sustancias calificadas especialmente por el regulador y demás finalidades previstas en el ordenamiento jurídico.*

Es de público conocimiento que las recetas médicas han sido una fuente de abusos en materia de tratamiento de datos personales, por lo que no ahondaremos en ese tema sino que llamaremos la atención respecto de la necesidad de que los actores sociales que entran en contacto con estos documentos resguarden el debido secreto y/o reserva de la información que en ellas se refleja tanto respecto de los datos que conciernen al médico tratante como a los pacientes. Evidentemente esto es sin perjuicio de la obligación de informar y remitir a la autoridad en el caso de las recetas retenidas y recetas cheque.

***Es de público conocimiento que las recetas médicas han sido una fuente de abusos en materia de tratamiento de datos personales (...)***

En el marco de este deber se deben establecer sistemas de control de sesión y gestión de operaciones y comunicaciones. Esto queda claro tratándose de los organismos públicos, conforme lo establecido en el art. 31, art. 32 dto. 83 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2004, y en el capítulo 8 Norma Chilena 2777 de seguridad informática.

**iv. Seguridad en el tratamiento de datos personales (artículo 5 Ley 19.628):**

Los requerimientos de seguridad en el ámbito sanitario son muy elevados y precisan una infraestructura de manejo de privilegios para la gestión de roles, además de una infraestructura de clave pública que permita una política de reconocimiento transfronteriza, a la vez de garantizar la confidencialidad de la información.

En nuestra opinión, los sistemas de apoyo a la gestión del sector de la salud en Chile deben implementarse medidas de seguridad del más alto nivel, en lo que respecta al resguardo de los datos personales, sobre todo en lo que se refiere a la transferencia electrónica de datos. Esto impacta, por ejemplo, en la necesidad de resguardar la privacidad del paciente a través de sistemas de acceso personalizado a los datos personales, sin que sean adecuados aquellos sistemas en los cuales los miembros de un grupo familiar pueden revisar recíprocamente la información de salud que consta en dichos sistemas.

Asimismo, tratándose de información crítica para las acciones de salud, tales como reacciones alérgicas a ciertos principios activos o afecciones

crónicas que puedan sufrir las personas, los sistemas de tratamiento de datos personales relativos a la salud deben tener medidas de aseguramiento de continuidad del servicio, que en el caso de los organismos públicos han sido establecidas en los artículos 35 y 37 dto. 83 antes citado y en el capítulo 11 Norma Chilena 2777.

Además, en materia de seguridad, respecto de los organismos públicos ligados a la salud, debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el decreto 77, de 2004, del Ministerio de Economía, relativo a la eficiencia de las comunicaciones electrónicas

entre órganos de la administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos. Estas normas son relevantes para el caso de los datos personales que constan en los servicios públicos, pero también en las entidades privadas, en tanto que pueden ser requeridos, por ejemplo, para atenciones de urgencia en centros públicos.

Este Decreto contiene las siguientes exigencias: art. 3 dto. 77: a) Autenticación; b) Disponibilidad y acceso para uso posterior, en los términos del art. 6, debiendo conservar los registros por un período que no podrá ser inferior a 6 años; c) Compatibilidad técnica de los sistemas, que permita la visualización correcta de los documentos; d) Medidas de seguridad que impidan la interceptación, alteración, obtención y otras formas no autorizadas de acceso a las comunicaciones electrónicas. A dichos efectos, este mismo decreto determina las siguientes medidas de seguridad:

- i. El registro deberá ser cerrado diariamente por medio de un mecanismo manual o automatizado que garantice el no repudio e integridad, bajo la responsabilidad del encargado del repositorio.
- ii. El Ministro de Fe del respectivo servicio deberá concurrir con su firma electrónica avanzada al menos una vez al mes al cierre de todos los registros diarios acumulados documentalmente durante el período comprendido entre el último cierre y el que se realiza.

*(...) tratándose de información crítica para las acciones de salud, tales como reacciones alérgicas a ciertos principios activos o afecciones crónicas que puedan sufrir las personas, los sistemas de tratamiento de datos personales relativos a la salud deben tener medidas de aseguramiento de continuidad del servicio (...)*

iii. Publicidad de las direcciones electrónicas en las cuales pueden hacerse las consultas y solicitar comunicaciones.

v. **Temporalidad del tratamiento de datos personales (artículos 2 letra d) y 6 inciso 1 Ley 19.628):** En el caso de los datos de salud, entendemos que si bien la ficha médica es de autoría del médico tratante, la información es de titularidad del “paciente”. Siendo así, la persona debiera controlar la información de salud que le concierne, de hecho esta es una de las medidas

*En el caso de los datos de salud, entendemos que si bien la ficha médica es de autoría del médico tratante, la información es de titularidad del “paciente”. Siendo así, la persona debiera controlar la información de salud que le concierne (...)*

que se han adoptado en otros países, en los cuales la persona es la que porta un dispositivo o controla los mecanismos de acceso al sistema en el cual se almacenan sus datos de salud, otorgando accesos temporales a los facultativos que le asisten. Es el caso de las llamadas Laser-Cards® que en tarjetas de aspecto similar

a las tarjetas bancarias, almacenan altos volúmenes de información con altos niveles de seguridad.

De su parte, las instituciones de salud previsional debieran tener esta información durante la época en que la persona está afiliada y/o mientras sea necesario para el otorgamiento de los beneficios de salud que emanan del contrato.

En tercer lugar, tratándose del Ministerio de Salud y sus organismos dependientes, deberían mantener esta información mientras se necesite para la realización de las actividades que emanan de sus respectivas competencias.

vi. **Deber de secreto /reserva de los datos personales (artículo 7, Ley 19.628 y 127 incisos 2 y 3 del Código Sanitario):** Cuando la ley dispone que las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos cuando hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público (que es el caso que nos ocupa), la obligación no sólo alcanza a los datos personales sino que también a los demás antecedentes relativos al banco de datos, actividad que no cesa por dejar de trabajar en ese ámbito.

Ello sin perjuicio de las condiciones especiales previstas en el artículo 127 del Código Sanitario, modificado por la misma Ley 19.628, del siguiente tenor: “Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados. Sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente, otorgado por escrito. Quien divulgare su contenido indebidamente, o infringiere las disposiciones del inciso siguiente, será castigado en la forma y con las sanciones establecidas en el Libro Décimo.

Lo dispuesto en este artículo no obsta para que las farmacias puedan dar a conocer, para fines estadísticos, las ventas de productos farma-

céuticos de cualquier naturaleza, incluyendo la denominación y cantidad de ellos. En ningún caso la información que proporcionen las farmacias consignará el nombre de los pacientes destinatarios de las recetas, ni el de los médicos que las expidieron, ni datos que sirvan para identificarlos”.

Conforme esta norma estimamos que las recetas médicas deben considerarse como reservadas, por cuanto la mención “servicios relacionados con la salud” es suficientemente genérica para estimarlo así. Esto más aún si consideramos que las recetas médicas han sido objeto de malos usos por parte de las empresas del sector, conforme se ha revelado en diversas denuncias y estudios.

**En ningún caso la información que proporcionen las farmacias consignará el nombre de los pacientes destinatarios de las recetas, ni el de los médicos que las expidieron, ni datos que sirvan para identificarlos.**

**b. Control del tratamiento de datos personales por parte del titular de los datos**

**i. Consentimiento del afectado y en su caso deber de información (artículos 10 y 20 Ley 19.628):** Tratándose de los datos de salud, para su tratamiento las instituciones privadas requieren del consentimiento del afectado y/o de sus representantes legales, tratándose de menores, incapaces o personas incapacitadas temporalmente.

En este punto surge una duda razonable respecto de los adolescentes, y/o jóvenes adultos que son carga familiar de sus padres, en cuanto si deben consentir ellos respecto del tratamiento de sus datos personales y si se debe

dar acceso a los mismos a sus padres. Al respecto, si bien los padres tienen la patria potestad, la convención de los niños y adolescentes protege la privacidad de éstos.

Así por ejemplo, si un menor adulto consulta a un médico respecto de sistemas anticonceptivos o de contracepción, debiera ser consultado respecto de si desea que sus padres puedan acceder a esta información y en la negativa no debiera permitirse el acceso a estos datos personales, en la medida que la salud de los menores no se encuentre en riesgo.

*(...) si un menor adulto consulta a un médico respecto de sistemas anticonceptivos o de contracepción, debiera ser consultado respecto de si desea que sus padres puedan acceder a esta información y en la negativa no debiera permitirse el acceso a estos datos personales, en la medida que la salud de los menores no se encuentre en riesgo.*

De su parte, los organismos públicos no requieren este consentimiento cuando realicen actividades de tratamiento de datos que queden comprendidas dentro de la órbita de su competencia. Es el caso, por ejemplo, del Fondo Nacional de Salud, con los datos de sus afiliados y beneficiarios, de la Superintendencia de Salud, respecto de los datos a que accede

con ocasión de la fiscalización de las empresas del sector, de la Superintendencia de Seguridad Social, en el caso de las licencias médicas, etcétera.

Lo que queda claro es que no es posible a estos organismos tratar datos más allá de sus competencias, pues éstas determinan y modelan la finalidad del tratamiento de datos personales.

- ii. Protección a los derechos del afectado por el tratamiento de datos personales (Artículos 12 y 16 Ley 19.628):** Los prestadores de salud y sectores asociados, que realicen tratamiento de datos de esta naturaleza deben cumplir con los llamados derechos ARCO, esto es, acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de datos personales.

Entendemos que los derechos de acceso y rectificación podrán exigirse en todo caso. Sin embargo, los derechos de oposición y cancelación requieren un análisis en cada caso concreto, a los efectos de determinar si se configura alguna de las causales de excepción legal, ya sea que estos derechos afecten las facultades fiscalizadoras del Estado, el interés de la nación o la seguridad nacional.

Estas excepciones se vislumbran claramente respecto de los organismos públicos ligados a la salud, pero también pueden decir relación con los tratamientos de datos en caso de enfermedades consideradas infecto contagiosas, que podrían derivar por ejemplo en una pandemia.

Ahora bien, queda claro que esta es otra fuente de abusos de las empresas del sector, en el sentido de que no se establecen los mecanismos ni facilidades adecuadas para que la persona vea satisfechos estos derechos.

Además de lo anterior cobra relevancia lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 19.628, en cuanto dispone que el responsable del registro o banco de datos donde se almacenen los datos personales con posterioridad a su recolección debe cuidar de ellos con la debida diligencia, haciéndose responsable por los daños. De esto deriva que además de los derechos del titular de datos personales, contemplados en la Ley 19.628 y la normativa sectorial, tendrá derecho a accionar por los daños producidos por el tratamiento de datos personales con infracción a los principios y normas analizados.

## **VI. Conclusiones: Principales desafíos del tratamiento de datos personales adecuado en el área de la salud**

Los problemas que se han vivido en Chile en materia de tratamiento de datos personales de salud son simplemente un reflejo de la situación nacional en esta materia. Es así como la falta de regulación adecuada, sumada a la incapacidad del mercado de autorregularse, ha llevado a que en definitiva exista un tráfico de datos personales de salud que está afectando a sus titulares por distintas vías.

Entendemos que los principales problemas en esta materia dicen relación con los siguientes aspectos:

*(...) la falta de regulación adecuada, sumada a la incapacidad del mercado de autorregularse, ha llevado a que en definitiva exista un tráfico de datos personales de salud que está afectando a sus titulares por distintas vías.*

### **a. Falta de seguridad en el tratamiento de datos personales**

Las fugas de datos personales que se han advertido en el medio nacional no dicen relación necesariamente con la falta de regulación sino con la inexistencia de mecanismos eficientes de control a los agentes del mercado.



Esta es una manifestación de la inexistencia de una Agencia de Protección de Datos Personales, que vele por el tratamiento adecuado de datos personales en nuestro entorno.

Asimismo, es un síntoma de la falta de preocupación de las mismas personas, quienes prefieren adherir a los sistemas de descuentos o de fidelización por la vía de tarjetas de puntos que existen en el mercado en vez de proteger su

*(...) es un síntoma de la falta de preocupación de las mismas personas, quienes prefieren adherir a los sistemas de descuentos o de fidelización por la vía de tarjetas de puntos que existen en el mercado en vez de proteger su información personal. Esto puede deberse a su ignorancia respecto de los efectos que tiene la entrega de los datos a estos agentes.*

información personal. Esto puede deberse a su ignorancia respecto de los efectos que tiene la entrega de los datos a estos agentes.

el número de RUT y una clave secreta, la información médica y administrativa desde el año 2005. Se señala además que gracias a este servicio los padres podrán acceder a la información de sus hijos, sin necesidad de recordar el RUT ni conocer la clave de ellos. El sistema tampoco excluye la información sobre el otro cónyuge que también es mayor de edad.

A ello se suma el desarrollo de sistemas de salud en línea por prácticamente todas las clínicas privadas. En concreto, la Clínica Alemana de Santiago, en abril de 2009, anunció la creación del servicio en línea “Mi página de salud”, que permite consultar a los pacientes, mediante

Estimamos que por razones de seguridad, estos sistemas debieran considerar la posibilidad de que todos los sujetos, en la medida que sean mayores de edad, sólo puedan visualizar la información que les concierne, sin que sea posible que terceros (aunque se trate de familiares) los revisen.

## **b. Requisitos de autenticidad**

A los efectos de garantizar la autenticidad de las personas que acceden a los sistemas de tratamiento de datos de salud parece razonable que se implementen sistemas de firma electrónica que sean capaces de satisfacer los siguientes requisitos, que debieran ser solventados por la autoridad de salud correspondiente:

- a) Enrolamiento previo de los profesionales de la salud habilitados para la operación de los sistemas de salud que contengan datos personales de salud, tales como la ficha médica, las recetas médicas, licencias médicas, exámenes de salud, etcétera, con definición de atributos y sistemas de firma electrónica que se active a través de mecanismos que el médico mantenga bajo su exclusivo control.
- a. Verificación fehaciente de la identidad del médico que prescribe los medicamentos y emite la receta.
  - b. Verificación de la titulación que le habilita para prescribir medicamentos y/o intervenir en procedimientos de salud.
  - c. Generación de certificado de firma electrónica con atributos tales como tipos de medicamentos que la titulación respectiva habilita para prescribir al correspondiente facultativo.
- b) Para los efectos de la extracción y/o agregación de datos al sistema deben establecerse mecanismos de establecimiento de sesiones que permitan vincular la información que se ingresa, consulta y/o extrae del sistema. El sistema debiera ser capaz de detectar todas las operaciones que se realicen sobre los datos personales, mas no debiera eliminarse la información que se genera en cada una de las sesiones, para los efectos de garantizar su trazabilidad, en el sentido que veremos en el punto siguiente.

*El sistema debiera ser capaz de detectar todas las operaciones que se realicen sobre los datos personales.*

### **c. Requisitos de registro y trazabilidad**

Los documentos de salud debieran tener un código único, con sistemas de marcado que permitan conocer su estado en cada momento. Las transferencias electrónicas de información deben quedar registradas a los efectos de que exista la posibilidad cierta de trazar los datos personales que han sido objeto de consulta por terceros.

**d. Perfeccionamiento de la legislación vigente**

La regulación del tratamiento de datos de salud debiera referirse a este tipo de datos en términos generales, no así a los datos relativos a los “estados de salud”. Ello permitiría dar mayor certeza jurídica a los agentes del mercado de datos personales, los prestadores de salud, la autoridad y los titulares de datos personales de esta naturaleza.

A estos efectos debiera modificarse la Ley 19.628, en el catálogo de datos sensibles y asimismo agregar las normas pertinentes en el código sanitario.

Adicionalmente, la Superintendencia de Salud al tener las competencias para los efectos de resolver reclamos por tratamiento inadecuado de los datos personales e incluso sancionar a los agentes del mercado por infracciones en esta materia, tal y como se evidenció en abril de 2010, frente al reclamo de la abogada Verónica Sánchez, debiera dictar un reglamento de tratamiento de datos personales por parte de los organismos de salud, que entregue los lineamientos básicos en esta materia.

## Autora

---



### Lorena Donoso Abarca

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Magíster en Informática y Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora Asistente del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Chile.

© 2011 Expansiva

La serie **en foco** recoge las investigaciones de la **Corporación Expansiva**, las que tienen por objeto promover un análisis interdisciplinario y riguroso sobre los temas fundamentales de la sociedad actual, con el fin de hacer propuestas que contribuyan a mejorar las políticas públicas del país.

Se agradece la participación de Raúl Arrieta como coordinador del proyecto que dio origen a este documento, así como el apoyo otorgado por el Comité de Retail Financiero. La presente versión fue editada por Daniela Crovetto y tanto ésta como todo el quehacer de Expansiva se encuentran disponibles en [www.expansiva.cl](http://www.expansiva.cl)

Se autoriza su reproducción total o parcial siempre que su fuente sea citada.