

Memorándum # 1

Acceso a la Historia Clínica

Asunto: Orientaciones legales para el acceso y uso de la historia o datos clínicos de los trabajadores, padres de familia, estudiantes y visitantes ocasionales, en el contexto de la pandemia por el Covid-19.

De: José Guillermo Martínez Rojas – Abogado especialista y experto en legislación educativa¹.

Para: Rectores, representantes legales, equipos directivos, directores de recursos humanos y demás personal con autoridad en las instituciones educativas.

Problema Jurídico: Con ocasión de la pandemia por el Covid-19, muchas entidades estatales y privadas, presurosas en atender las disposiciones de las autoridades para la prestación de sus servicios educativos, están solicitando a los padres de familia, profesores, personal administrativo y estudiantes, datos de su historia clínica, más bien de manera indiscriminada, o por solicitud y orden de alguna entidad estatal. Frente a esta realidad, se pueden hacer las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Efectivamente la historia clínica de cualquier persona es un dato sensible, en los términos que lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Ley 1581 de 2012, el Decreto 1377 de 2013 y las demás normas concordantes. Sobre el particular, la Ley 1581 afirma:

Artículo 5. Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.

Artículo 6. Tratamiento de datos sensibles. Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando:

- a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización.*
- b) El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y éste se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización.*
- c) El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular.*
- d) El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.*

¹ Educador y Abogado, experto en legislación para instituciones educativas. Consultor, asesor y capacitador para colegios y asociaciones de colegios del país. Puede ser contactado en los siguientes correos electrónicos: jose.martinez@mbeducacion.com ó en mbeducacion@hotmail.com. Documento que sólo puede ser usado por los colegios a quienes el autor lo suministre.

e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares.

SEGUNDO. La Resolución # 1995 de 1999, sobre el manejo de la historia clínica, en su Artículo 14, ha establecido:

Artículo 14.- Acceso a la Historia Clínica. Podrán acceder a la información contenida en la historia clínica, en los términos previstos en la Ley:

- 1) El usuario.
- 2) El Equipo de Salud.
- 3) Las autoridades judiciales y de Salud en los casos previstos en la Ley.
- 4) Las demás personas determinadas en la ley.

Parágrafo. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo con la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal.

De lo anterior se deduce, que cualquier persona o entidad no puede solicitar, de manera indiscriminada, la historia clínica de una persona, por motivos que no sean claros o que no se ajusten a las normas.

TERCERO. La ley de hábeas data ha establecido claramente las siguientes condiciones para el acceso y tratamiento de datos sensibles:

- Siempre debe solicitarse al titular, su autorización, de manera previa, expresa e informada.
- En la autorización que se solicite, debe decir o ser muy claro para el titular de la información, que él puede rechazar suministrar o dar la mencionada autorización, sin que ello le acarree sanción o consecuencia alguna.
- La solicitud de autorización de acceso a la historia clínica, en este caso debe tener una finalidad superior y que no exista otra manera diferente para alcanzar el fin que se pretende.
- El tratamiento de esos datos sensibles (historia clínica), debe obedecer a un beneficio superior o mayor, para el titular de los datos.

Si estas condiciones no se dan, no se puede acceder, solicitar o tratar dichos datos, puesto que se vulneraría un derecho fundamental de los titulares.

CUARTO. Ahora bien, en la Ley 1581 de 2012, en su Artículo 10, se establece en el numeral “c”, que no se requiere la autorización para el tratamiento de datos de un titular, si se trata de “un caso de urgencia médica o sanitaria” lo que ha sido invocado por algunas personas o entidades, para tratar (acceder a los datos y usarlos) que son de naturaleza semiprivada, privada y sensibles, sin una autorización de su parte, puesto que el país se encuentra en un estado de “emergencia sanitaria”. Sin embargo, mi punto de vista, como experto en tratamiento de datos, es que dado que no es lo mismo “urgencia” que “emergencia”, sí se debe solicitar y contar con la autorización para el tratamiento de los datos sensibles, como el de historia clínica, puesto que el titular o sus representantes legales, pueden consentir y expresar su punto de vista sobre el particular, dado que no es una urgencia de vida o muerte, en donde al tramitar la autorización del titular, corra riesgo la vida de dicho titular.

QUINTO. No olvidar que todos los datos de los estudiantes, que sean menores de edad y que no sean datos públicos, son evidentemente datos sensibles, razón por la cual, se debe aplicar para su tratamiento, siempre lo dispuesto y recomendado en los puntos primero y tercero de este

concepto. Pero además, tampoco se debe olvidar que los derechos de los menores de edad, entre los que se encuentra el de intimidad, son prevalentes, interdependientes y siempre se los debe garantizar.

SEXTO. A continuación se hacen otras precisiones que pueden orientar de manera especial, alguna inquietudes relacionadas con el tratamiento de datos de salud, en el contexto laboral y de la emergencia sanitaria:

¿Pueden los propietarios de una institución educativa o su representante legal tratar la información de si las personas trabajadoras están infectadas del coronavirus? Sí. También se podrán hacer preguntas al personal. Pero éstas deben limitarse a indagar sobre la existencia de síntomas, o si la persona trabajadora ha sido diagnosticada como contagiada, o sujeta a cuarentena. Resultaría contrario al principio de minimización de datos la circulación de cuestionarios de salud extensos y detallados, o que incluyan preguntas no relacionadas con la enfermedad.

En aplicación de lo establecido en la normativa sanitaria, laboral y, en particular, de prevención de riesgos laborales, los empleadores podrán tratar, de acuerdo con dicha normativa y con las garantías que establecen, los datos del personal necesarios para garantizar su salud y adoptar las medidas necesarias por las autoridades competentes, lo que incluye igualmente asegurar el derecho a la protección de la salud del resto del personal y evitar los contagios en el seno de la institución educativa o centros de trabajo, que puedan propagar la enfermedad al conjunto de la población. La Institución podrá conocer si la persona trabajadora está infectada o no, para diseñar a través de su servicio de prevención los planes de contingencia que sean necesarios, o que hayan sido previstos por las autoridades sanitarias.

Esa información también puede ser obtenida mediante preguntas al personal. Sin embargo, las preguntas deberían limitarse exclusivamente a indagar sobre la existencia de síntomas, o si la persona trabajadora ha sido diagnosticada como contagiada, o sujeta a cuarentena. Resultaría contrario al principio de minimización de datos la circulación de cuestionarios de salud extensos y detallados, o que incluyan preguntas no relacionadas con la enfermedad.

¿Pueden transmitir esa información al personal de la institución educativa? Sí, pero sin identificar a la persona afectada. Si no es posible transmitir la información sin identificar a la persona afectada, no podría proporcionarse esta información.

La información debe proporcionarse respetando los principios de finalidad y proporcionalidad y siempre dentro de lo establecido en las recomendaciones o instrucciones emitidas por las autoridades competentes, en particular las sanitarias. Por ejemplo, si es posible alcanzar la finalidad de protección de la salud del personal divulgando, la existencia de un contagio, pero sin especificar la identidad de la persona contagiada, debería procederse de ese modo. Si, por el contrario, ese objetivo no puede conseguirse con información parcial, o la práctica es desaconsejada por las autoridades competentes, en particular las sanitarias, podría proporcionarse la información identificativa.

¿Se puede pedir a las personas trabajadoras y visitantes ajenos a la institución educativa, datos sobre países que hayan visitado anteriormente, o si presentan sintomatología relacionada con el coronavirus? Sí. La información a solicitar debería responder al principio de proporcionalidad y limitarse exclusivamente a preguntar por visitas a países de alta prevalencia del virus y en el marco temporal de incubación de la enfermedad, las últimas 2 semanas, o si se tiene alguno de los síntomas de la enfermedad. Resultaría contrario al principio de minimización de

datos, la utilización de cuestionarios de salud extensos y detallados, o que incluyan preguntas no relacionadas con la enfermedad.

En caso de cuarentena preventiva o estar afectado por el coronavirus, ¿el trabajador tiene obligación de informar a su empleador de esta circunstancia? Sí. El trabajador en situación de incapacidad por enfermedad, no tiene obligación de informar sobre la razón de la mencionada incapacidad a la institución educativa, sin embargo, este derecho individual puede ceder frente a la defensa de otros derechos, como el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia y, más en general, la defensa de la salud de toda la población. Por ello, en el caso concreto de estar infectado con el Covid-19, el trabajador sí debe o tiene la obligación de reportar a su empleador, esta circunstancia, toda vez que efectivamente la misma se enmarca dentro de una pandemia, con unas características muy especiales.

¿El personal de seguridad puede tomar la temperatura a los trabajadores o visitantes con el fin de detectar casos coronavirus? Sí, pero el tratamiento de los datos obtenidos a partir de las tomas de temperatura, debe respetar la normativa de protección de datos y, por ello debe obedecer a la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus, limitarse a esa finalidad y no extenderse a otras distintas.

Verificar si el estado de salud de las personas trabajadoras puede constituir un peligro para ellas mismas, para el resto del personal, o para otras personas relacionadas con la institución constituyen una medida relacionada con la vigilancia de la salud de los trabajadores que, conforme a las normas sobre la prevención de riesgos laborales, resulta obligatoria para el empleador y debería ser realizada por personal sanitario. En todo caso, el tratamiento de los datos obtenidos a partir de las tomas de temperatura debe respetar la normativa de protección de datos y, por ello y entre otras obligaciones, debe obedecer a la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus, limitarse a esa finalidad y no extenderse a otras distintas, y mantenidos no más del tiempo necesario, para la finalidad para la que se recaban.

Conclusión: Si bien en este momento el país se halla en una pandemia por el Covid-19 y por ello, en una emergencia sanitaria, ello no se traduce o no significa que los derechos fundamentales y constitucionales de los trabajadores, padres de familia, visitantes y estudiantes, hayan cesado o se los pueda vulnerar. La institución educativa debe observar cuidadosamente todos los aspectos que son propios del tratamiento de datos. Nada de lo relacionado con la garantía de los derechos fundamentales de las personas, se puede obviar o dejar de lado.

Noviembre 5 de 2020