

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Quintana, señora Goic y señores Girardi, Ossandón y Sandoval, que modifica la ley N° 20.584, sobre derechos y deberes del paciente, para autorizar el tratamiento de datos para el control de pandemia derivada del Covid-19.

Argumentos:

A partir del brote del virus SARS-CoV-2 que produce la enfermedad COVID-19, la cual se ha propagado en el mundo con una violencia y rapidez inusitada, la Organización Mundial de la Salud declaró estar en presencia de una emergencia de salud pública de importancia internacional, estableciendo más adelante propiamente su condición de pandemia.

Como consecuencia de lo anterior, tanto Chile como el mundo entero se encuentran viviendo una de las crisis sanitarias más graves de los últimos años, debiendo enfrentar una nueva y agresiva patología, de fácil propagación, que a medida pasan los días eleva las cifras de muertos y contagiados, dificultando con ello no solo su combate sino también la posibilidad de que las personas puedan llevar a cabo una vida normal, produciendo esto último efectos devastadores en la economía.

Según datos del Ministerio de Salud¹, en nuestro país, hasta el 19 de abril, 10.088 personas han sido diagnosticadas con COVID-19, existiendo 4.338 casos recuperados a nivel nacional, pero con un alza en la tasa de contagios aproximadamente de 350 nuevos casos al día y con 133 fallecidos a raíz de esta enfermedad.

Se han adoptado una serie de medidas orientadas fundamentalmente a evitar el número de contagios o como se ha denominado "aplanar la curva", buscando no saturar la red de salud y asegurar de esta forma una adecuada atención tanto para pacientes con otras patologías como para aquellos que padecen COVID-19. Sin embargo, se espera que el panorama sea más duro en las próximas semanas debido a la proximidad del invierno y al hecho de que los contagios siguen aumentando, requiriendo muchos de ellos hospitalización.

A pesar de lo anterior y considerando que todavía no llegamos al peak de contagios, que según el mismo ministro Mañalich² serán dos: uno en el mes de mayo y que correspondería a un alza excesiva en el número de contagiados; mientras que otro en junio, pero en relación a los pacientes que requieran hospitalización de gravedad.

En atención a la magnitud de la crisis y tomando en consideración sus responsabilidades en materia sanitaria, los alcaldes han desarrollado una serie de

¹ <https://www.minsal.cl/nuevo-coronavirus-2019-ncov/casos-confirmados-en-chile-covid-19/>

² <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/04/03/ministro-manalich-asegura-que-se-espera-un-segundo-peak-para-junio-por-contagios-de-coronavirus.shtml>

actuaciones en sus respectivas comunas, enfrentando públicamente, en varias oportunidades, las decisiones del gobierno, particularmente del ministro de salud. Si bien los municipios administran prácticamente la totalidad de la atención primaria, hoy no cuentan con las atribuciones específicas para poder coordinar tanto las acciones preventivas, curativas como de seguimiento y control sanitario de los vecinos afectados en sus comunas. En múltiples ocasiones se ha solicitado decretar cuarentena total en ciertas zonas, incluso interponiendo recursos de protección ante la justicia para ello, como es el caso de la región de la Araucanía donde cinco alcaldes pretendían que se decretara cuarentena total en la zona costera de la Región³.

El alcalde de Valparaíso Jorge Sharp fue un paso más allá, puesto que utilizó el mismo mecanismo del recurso de protección, pero solicitando que las autoridades del ministerio de salud le den a conocer las identidades de quienes están contagiados por COVID-19⁴, a fin de poder tomar medidas sanitarias e ir en ayuda de los afectados. En ambos casos, las acciones fueron rechazadas por las respectivas Cortes de Apelaciones.

Sin embargo, las discrepancias continúan y por lo mismo más de 50 jefes comunales firmaron una declaración el pasado jueves 16 de abril exigiendo al gobierno poner fin al secretismo del Ministerio de Salud. En el escrito se acusa al ministro de no tener disposición a recibir apoyo de los municipios en la lucha contra la enfermedad. En efecto: "Lamentamos la actitud confrontacional, la nula disposición al diálogo y a recibir colaboración, que muestra el Ministro de Salud, respecto de los Alcaldes y Alcaldesas de la gran mayoría del territorio Nacional. No somos enemigas ni enemigos, sino socias y socios estratégicos en la relación colaborativa directa hacia las comunidades que representamos. Esta pandemia la debe abordar el Estado en su conjunto y todos los municipios somos parte de éste".⁵

Al encontrarse prácticamente encargados de la atención primaria, los municipios son partícipes del sistema de salud y por ende se encuentran obligados a cumplir los mandatos constitucionales y legales existentes al respecto la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 9 consagra la garantía de protección a la salud. De conformidad al mencionado texto: "La Constitución asegura a todas las personas (...)

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

³ <https://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/salud/coronavirus/corte-de-temuco-rechazo-recurso-de-cinco-alcaldes-contr-ministro/2020-04-08/092902.html>

⁴ <https://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/salud/coronavirus/corte-rechazo-recurso-de-sharp-contr-manalich-me-alegro-dice-el/2020-04-18/143552.html>

⁵ <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/04/16/983320/Alcaldes-exigen-medidas-hermetismo-Manalich.html>

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."

De esta disposición se derivan las siguientes garantías: derecho de protección a la salud; deberes del Estado para la protección de la salud; garantías de ejecución de los deberes del Estado y el derecho a elegir el sistema de salud. Por ende, a partir de lo señalado anteriormente, el rol del Estado se encuentra orientado particularmente a la ejecución de las acciones de salud, promoción, protección y recuperación de la misma, y al adecuado control del sistema, permitiendo que esta tarea también pueda ser desarrollada por privados, materializándose de esta forma el denominado "carácter subsidiario estatal".

El sistema de salud en Chile se encuentra principalmente regulado por el Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Salud N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469 cuerpo normativo que regula, entre otros aspectos, al Fondo Nacional de Salud (FONASA), la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, el otorgamiento de prestaciones por las mismas y el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud.

Es de carácter mixto, puesto que incluye aseguramiento público (a través de FONASA), privado (por medio de las ISAPRES) y otros seguros específicos (Fuerzas Armadas), que se financian con la contribución de 7% mínimo del salario en caso de los trabajadores formales, y trabajadores independientes que emitan boletas de honorarios. Se estima que el sector público cubre aproximadamente a un 80% de la población. Para las Fuerzas Armadas y Carabineros hay regímenes autónomos a cargo de instituciones descentralizadas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y que se relacionan con el presidente de la República a través del Ministerio de Defensa Nacional⁶.

En cuanto a las prestaciones, en el sector público son coordinadas por el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) compuesto de 29 servicios descentralizados, distribuidos en las 15 regiones del país, y el sistema de atención primaria de salud (APS), que es mayoritariamente de administración municipal.

⁶ OPS/OMS. Salud en las Américas. Chile. Disponible en: <https://www.paho.org/salud-en-las-americas-2017/wp-content/uploads/2017/09/Print-Version-Spanish.pdf>

La atención primaria de salud cuenta con distintos mecanismos, dependencias administrativas y fuentes de financiamiento, distinguiéndose:

- a. Atención primaria de salud municipal, administradas por las entidades administradoras de salud municipal y su red de establecimientos;
- b. Atención primaria dependiente de los propios Servicios de Salud, administrados por el respectivo Servicio de Salud, con sus establecimientos, consultorios generales rurales y urbanos, adosados o no, postas de salud rural, estaciones, y
- c. Organizaciones no gubernamentales que por la vía de convenios DFL 36/80 suscritos con los Servicios de Salud correspondientes, realizan acciones de nivel primario de atención.

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud: "La atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial accesible a todos los individuos y familias de la comunidad a través de medios aceptables para ellos, con su plena participación y a un costo asequible para la comunidad y el país. Es el núcleo del sistema de salud del país y forma parte integral del desarrollo socioeconómico general de la comunidad"⁷. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el Sistema Nacional de Salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen las personas, constituyendo la primera etapa de un proceso de asistencia sanitaria.

Centros de Salud (CES); Centros de Salud Familiar (CESFAM); Centros Comunitarios de Salud Familiar (CECOSF); Postas Salud Rurales (PSR); Servicio de Atención Primaria de Urgencia (SAPU); Servicio Alta Resolutividad (SAR); Centros de Rehabilitación Comunal; Consultorio de Salud Mental (COSAM); Unidad de Atención Primaria Oftalmológica (UAPO) y el Hospital Comunitario de Til Til son centros de salud administrados en su totalidad por las municipalidades.⁸ Como es posible apreciar, la atención primaria es mayoritariamente responsabilidad de los municipios, estando a cargo estos últimos de aproximadamente 15 millones de personas a lo largo del país.

Desde 1980, las municipalidades han cumplido un rol complementario al gobierno en la administración de la atención primaria, asegurando el funcionamiento de diversos centros, otorgando prestaciones a la población y cumpliendo los programas de la administración central, estando sujetas, por cierto, a supervisión en el desarrollo de estas tareas. Con la municipalización se logró mejorar la equidad, eficacia y calidad de los servicios, así como también fortalecer la participación ciudadana y capacidades de los gobiernos locales.

En términos generales, es posible señalar que han sido eficientes en el cumplimiento de esta labor, existiendo importantes ventajas al respecto, como por ejemplo la flexibilidad en la toma de decisiones, considerando las necesidades de

⁷ Disponible en: https://www.who.int/topics/primary_health_care/es/

⁸ https://www.ssmn.cl/atencion_primaria.ajax.php

salud de la población local, las que responden a particularidades demográficas, sociales, culturales, entre otras de variada índole. Así como también la estructura organizacional de la comuna que facilita una serie de procesos de gestión.

Ahora bien, los resultados entre comunas pueden ser variables evidenciando en muchos casos diferencias tanto en cobertura como en la posibilidad de cumplir las metas de atención. Lo anterior ha sido constatado hace ya bastante tiempo por parte de la academia, donde en lo relativo a la gestión de la atención primaria, Montero, Téllez y Herrera (Escuela de Medicina de la UC) dan cuenta de lo siguiente:

"Hoy la salud municipal posee una gran responsabilidad sin los recursos suficientes. Además, debe responder a las necesidades de su población a cargo sin la necesaria complementación con los otros servicios de la red de salud, los que muchas veces son incapaces de resolver oportuna y adecuadamente la demanda referida desde la APS. Por otra parte, los municipios pequeños tienen un problema mayor por su incapacidad para contar con los equipos profesionales que permitan gestionar la salud local".⁹

Sabemos que muchos se oponen a la municipalización y creemos que más adelante podrá discutirse la conveniencia de mantener o no la administración de la atención primaria a cargo de los municipios, pero lo cierto es que actualmente detentan esta función y en la lucha de una pandemia de la magnitud del COVID-19, su participación es absolutamente fundamental para la coordinación del trabajo con las autoridades que necesariamente deban conocer de las personas afectadas por una epidemia o pandemia a fin de prevenir el contagio de la población de su comuna.

Al efecto, estimamos que, sin duda, los datos relativos a la salud son catalogados como información sensible y, por lo mismo, son abordados de manera especial por parte de las distintas legislaciones, no siendo la nuestra, la excepción, de hecho, el derecho a la protección de datos personales se encumbra en lo más alto de nuestro ordenamiento, toda que vez que por la ley 21.096 de 2018, se incorporó en el catálogo de garantías constitucionales.

Así las cosas, conforme lo dispone el artículo 2 letra g) de la ley 19.628, los estado de salud físicos y psíquicos constituyen "datos sensibles". Asimismo y en este mismo sentido, con la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud, se buscó garantizar el resguardo de la privacidad y confidencialidad de los datos, así como

⁹ Joaquín Montero, Álvaro Téllez y Cristian Herrera. Reforma sanitaria chilena y la atención primaria de salud. Algunos aspectos críticos, en Revista Temas de la Agenda Pública, N° 38, año 5, septiembre 2010.
Disponible en: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/reforma-sanitaria-chilena-y-la-atencion-primaria-de-salud.pdf>

de las muestras de los pacientes y el reconocimiento de su autonomía, queriendo promover la participación activa en su proceso de atención en salud.

En estrecha relación con lo anterior, es posible señalar que la ficha clínica o historial clínico es aquel documento en el que se registran los antecedentes relacionados con la salud de las personas. La ley N° 20.584, en su artículo 12, la define como el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial a cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella.

Se trata de un documento de gran importancia ya que produce efectos en diversos ámbitos:

- Como registro de información, tiene valor para la investigación, utilizando su contenido con el propósito de resolver problemas de salud con metodología científica;
- Judicialmente es utilizada por abogados como "documento médico" de prueba ante la justicia;
- Institucionalmente es relevante ya que se registran las acciones en el paciente dando cuenta el grado de avance del tratamiento asignado;
- Al paciente le permite conocer la historia de sus enfermedades.

Ante la eventualidad de una epidemia o pandemia surge inevitablemente la necesidad de realizar tratamiento de datos, especialmente con las características que presenta el Coronavirus. Esta problemática ha afectado a otros países en el mundo. En el viejo continente, el Comité Europeo de protección de datos declaró, a propósito del contexto actual por COVID-19, que la regulación vigente no impide tomar medidas en la lucha contra esta pandemia, siempre y cuando quienes traten datos personales aseguren su protección, aún en circunstancias de excepción como ésta. Italia aprobó recientemente una ley que obliga a toda persona que haya estado en una zona considerada de riesgo, informar de ello a las autoridades sanitarias. China y otros países asiáticos han tomado medidas radicales, implementándose una serie de aplicaciones tecnológicas a fin de obtener información respecto de los lugares en que han estado las personas ciertos días.

En el contexto sudamericano, Argentina tiene el tema resuelto permitiendo su ley de datos personales simplemente no contar con el consentimiento del titular de los datos cuando la información sea recabada para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado, lo cual implica que el ministerio de salud y demás autoridades competentes pueden requerir, recolectar, cederse entre sí o procesar información de salud sin el consentimiento de los pacientes en el marco de sus respectivas competencias. Y tratándose de datos personales relativos a la salud, cuando sea necesario por razones de salubridad pública, de emergencia o para la

realización de estudios epidemiológicos, la ley exime del requisito del consentimiento.¹⁰

Durante la discusión de la ley N° 20.584, se debatió y rechazó una disposición que incorporaba dentro de las personas y organismos capaces de solicitar expresamente la información contenida en la ficha: Al Ministerio de Salud, a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, a la Superintendencia de Salud, a la Superintendencia de Seguridad Social, a los Servicios de Salud, al Instituto de Salud Pública y al Fondo Nacional de Salud, de acuerdo a sus respectivas atribuciones legales, en los casos en que los datos sean necesarios para estudios estadísticos, de seguimiento, de salud pública, de fiscalización o para resolver acerca de la procedencia de determinados beneficios de salud o seguridad social. Para dichos efectos podrán solicitar informes sobre el contenido de la ficha, así como copia de toda o parte de ella.

Agregándose más adelante: Los demás organismos públicos y privados que se encuentren facultados por ley para fiscalizar o para resolver acerca de la procedencia de determinados beneficios de salud o seguridad social, podrán solicitar un informe sobre aspectos específicos de la ficha clínica, los que deberán constar en la solicitud. No obstante, el paciente o su representante podrán oponerse a la entrega de esta información, debiendo asumir las consecuencias que de ello se sigan.

Las personas y los organismos a que se refieren los incisos tercero y cuarto serán responsables de mantener la confidencialidad del contenido de la ficha y de la identidad de su titular, así como también de utilizar la información que de ella emana exclusivamente para los fines requeridos.¹¹

El tenor de la norma recién citada y rechazada durante la tramitación de la mencionada ley, da cuenta de lo complejo de esta temática al existir dos importantes valores en conflicto: privacidad vs salud pública. Claramente el legislador de la época privilegió resguardar la privacidad de la información, sin embargo en esa oportunidad evidentemente no se consideró la magnitud y efectos que puede provocar una epidemia o pandemia, y el esfuerzo concertado que precisa de parte de todos los intervinientes del sistema nacional de salud, especialmente de aquellos encargados de la administración de la atención primaria, que son los alcaldes.

Lo anterior adquiere mayor importancia considerando las funciones desarrolladas en el nivel primario de atención y que en el contexto de pandemia actual podría ser de gran ayuda:

- Tiene cobertura directa y universal de la población objetivo;
- Cubre núcleos relativamente pequeños de población asignada;

¹⁰ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25326-64790/texto> (artículo 10)

¹¹ <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4579/>

- Otorga atención continua, como puerta permanente de acceso para la población;
- Como consecuencia de lo anterior, tiene una responsabilidad también continua sobre la salud de las personas y familias;
- Coordina el acceso de la persona a la batería de servicios que ofrece el sistema;
- Constituye un verdadero filtro del sistema, en base a capacidad resolutoria;
- Realiza programas de salud de las personas;
- Realiza acciones de promoción y prevención individual y colectiva;
- Realiza actividades de coordinación y trabajo intersectorial, y
- Promueve la organización comunitaria de la salud.

No obstante lo anterior, entendiendo el valor que en términos de salud pública puede representar el conocimiento de la identidad de los afectados en orden a poder desplegar las acciones pertinentes, del mismo modo, tenemos presente que ello puede significar un arma de doble filo, en la medida que existan terceros, particularmente otros vecinos capaces de ejercer tratos discriminatorios e incluso violencia contra los afectados. En ese sentido, queremos ser enfáticos en señalar que los alcaldes deberán ser extremadamente rigurosos en el tratamiento de los datos, estableciendo al efecto la responsabilidad que corresponda.

A mayor abundamiento, el tratamiento de datos sensibles de salud, tiene fuente básica de licitud, el consentimiento del titular, sin embargo, se admiten ciertas excepciones, por ejemplo cuando su tratamiento es necesario por razones de salud pública. Así se señala en el artículo 9 apartado 2 literal i) del RGPD, teniendo eso sí, un estricto apego a la finalidad del tratamiento (combate a la pandemia), adoptando todas las medidas de seguridad que la tecnología permita y desde luego, estableciendo la responsabilidad del responsable del tratamiento por los daños y perjuicios que se provoquen al titular del dato frente a pérdida, cesión ilícita, o mal uso de los datos sensibles de salud.

En definitiva, por medio de la presente iniciativa, se pretende autorizar expresa y específicamente la transferencia de información entre autoridades del Ministerio de Salud que, por la naturaleza de su cargo y funciones, detente la misma, al respectivo alcalde, a fin de generar las condiciones que permitan la adopción de medidas más efectivas, tanto para la protección de la salud de las personas afectadas como para prevenir la propagación del virus a otras.

Es sobre la base de estos antecedentes que vengo en proponer el siguiente:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO

Para incorporar una nueva disposición transitoria segunda a Ley N° 20.584 de 2012, en el siguiente sentido:

En el evento de que exista un acto o declaración de la autoridad competente que establezca medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la pandemia denominada COVID-19, la información contenida en la ficha clínica a que hace mención el artículo 12 de esta ley, podrá ser entregada total o parcialmente, a los alcaldes conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la misma, única y exclusivamente durante esta emergencia sanitaria, cuando éstos tengan conocimiento, debidamente comprobado, que una persona de su comuna padece la mencionada enfermedad, a fin de coordinar en conjunto con las autoridades del ministerio de salud, las atenciones específicas de carácter asistencial a proporcionar para tratar la enfermedad, así como su seguimiento, incluyendo la supervisión, a través de funcionarios municipales, del cumplimiento por parte de aquella persona de las respectivas medidas de control sanitario que se hayan dispuesto, como cuarentenas o cordones. Para el conocimiento de la ficha y la adopción de medidas, el alcalde deberá contar con el consentimiento explícito de quien padece la referida enfermedad.

Tanto el alcalde como los funcionarios municipales que traten datos personales de aquellos que se encuentren en la situación descrita precedentemente, deben guardar secreto o confidencialidad a su respecto y abstenerse de usar dicha información con una finalidad distinta de las funciones que les corresponda desempeñar o utilizarla en beneficio propio o de tercero.

La persona deberá ser debidamente informada sobre la finalidad y condiciones de tratamiento de los datos contenidos en su ficha clínica, pudiendo ejercer en todo momento los derechos de acceso y rectificación, y permitiendo la cancelación del tratamiento de sus datos una vez finalizada la emergencia sanitaria.

El tratamiento de los datos personales por parte del Municipio, quedará sujeto a lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre Protección a la Vida Privada, considerándose al Alcalde como el responsable del tratamiento de los datos, debiendo además tomarse todas las medidas de seguridad durante el tratamiento.

El alcalde será responsable por los daños y perjuicios provocados a un titular por la pérdida, mal uso y cesión ilícita de los datos de salud contenidos en la ficha clínica.