

**La normatividad en el tratamiento de los datos sensibles de la historia clínica, en el ejercicio del derecho del Habeas Data en Colombia**



**AUTOR**

**María Paula Oviedo Rubiano**

**Jaime Enrique Peñarete González**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de:

**ABOGADO**

**Director**

**José Olmedo López Oliva**

**Universidad Militar Nueva Granada**

**Facultad de derecho**

**Bogotá, 2020**

## **Dedicatoria**

A nuestras familias,  
Edgar Oviedo, Yasnith Rubiano, Nicolás Oviedo,  
Emmanuel Oviedo, Mariana Oviedo y Bruno  
Jaime Peñarete Villamil, Candelaria González,  
Omaira Gongorá, Magda Peñarete y Nala

## **Agradecimientos**

Docente: Leonardo Cristancho Hoyos

## Tabla de contenido

Introducción	6
Motivación	8
Objetivos	10
Diseño metodológico	11
Marco teórico	12
Marco conceptual	18
1. Capítulo 1. El <i>habeas data</i> y sus antecedentes	22
1.1. Evolución en Colombia de la protección de datos	22
1.2. La protección de datos y la Ley 96 de 1985	22
1.3. Antecedentes	24
1.4. Definición de <i>habeas data</i>	25
1.5. La noción del <i>hábeas data</i> desde la doctrina	25
1.6. La protección de datos personales y el <i>habeas data</i>	26
1.7. El <i>habeas data</i> en derecho comparado en Latinoamérica	26
1.8. El derecho a la “privacidad”	28
1.9. El <i>habeas data</i> desde lo comercial y financiero	29
1.10. Marco jurídico del <i>habeas data</i> de la historia clínica en Colombia	29
1.11. La Constitución Política de Colombia y la protección de los derechos a la intimidad y el buen nombre	30
1.12. El titular de los datos personales	31
1.13. El <i>habeas data</i> en el sector real: clínicas y hospitales	31
1.14. Principios del <i>habeas data</i>	32
1.15. Los derechos del titular de los datos	33
1.16. Autorización para uso de los datos personales	34
1.17. El consentimiento informado para el uso de los datos personales	34
1.18. El consentimiento informado y la autonomía de la voluntad del paciente	35
1.19. Mecanismos de protección de los datos del paciente	35
1.20. La acción de tutela como medio de protección	36
1.21. Custodia y acceso de la historia clínica	37
1.22. El principio de acceso y circulación restringida	37
1.23. El acceso de la información del trabajador	38
1.24. El manejo de la historia clínica en menores de edad	39

2. Capítulo 2. La historia clínica y el <i>habeas data</i>	41
2.1. Antecedentes de la historia clínica hipocrática	41
2.2. Estructura de la historia clínica hipocrática	41
2.3. La actividad médica como actividad riesgosa	42
2.4. Actividad paternalista en la actividad médica	42
2.5. La dignidad humana en la actividad médica	43
2.6. La Constitución Política de Colombia y la dignidad humana del paciente	43
2.7. La importancia de la organización y clasificación de los datos	44
2.8. La <i>anamnesis</i> en la actividad médica	44
2.9. El banco de datos y la historia clínica	45
2.10. Características de la historia clínica	46
2.11. Contenido de la historia clínica	46
2.12. Organización de la historia clínica	47
2.13. La importancia de la historia clínica	49
2.14. Marco jurídico de la historia clínica en Colombia	49
2.15. Los vacíos normativos atinentes a la historia clínica	50
2.16. La historia clínica como medio de prueba	51
2.17. El secreto profesional y la historia clínica	51
2.18. El encargado y responsable de los datos en el acto médico	52
2.19. El secreto profesional y el derecho a la intimidad	52
2.20. Principios de la protección de datos en salud	53
2.21. Dificultades de la salvaguarda y los protocolos de la historia clínica tradicional	54
2.22. La historia clínica en la era digital	55
2.23. Impacto de la evolución de la tecnología y la historia clínica	56
2.24. El paciente como titular de los datos de la historia clínica	57
3. Capítulo 3. El principio de ponderación en los derechos de la intimidad y el derecho a la información	58
3.1. El derecho a la intimidad en Colombia	58
3.2. El derecho a la intimidad y la Declaración Universal de los Derechos Humanos	58
3.3. La constitución política colombiana y el derecho a la intimidad	59
3.4. El derecho a la intimidad y el <i>habeas data</i> clínico	60
3.5. Diferencia entre la intimidad y la privacidad	61
3.6. El derecho a la información en la prestación del servicio médico	62

3.7. La historia clínica y el derecho a la vida	62
3.8. El derecho a la información en el marco de los Derechos Humanos	63
4. Propuesta	65
5. Conclusiones	69
6. Referencias	71

## **La normatividad en el tratamiento de los datos sensibles de la historia clínica, en el ejercicio del derecho del Habeas Data en Colombia**

### **Introducción**

El derecho a la protección de datos ha trascendido en el amparo de las garantías y libertades consagradas en la Constitución Política de Colombia y, en concreto, los derechos a la intimidad y a la información, aspectos que requieren un análisis especial y una ponderación adecuada, en este orden de ideas y en concordancia con tendencias modernas del siglo XX, Colombia comenzó a establecer parámetros en el tratamiento de los datos personales; actualmente, este es regulado por la normatividad interna, parametrizando conductas que garantizan la protección de la intimidad a través de una legislación actualizada, la cual es propia de las democracias modernas. Estas democracias interponen límites al uso de los datos personales adquiriendo en la actualidad un carácter de reserva y estableciendo una división entre lo privado y lo público.

A finales del siglo XIX, con el naciente amparo del derecho a la intimidad, se da comienzo a una tendencia que se desarrolla con más profundidad en el siglo siguiente;

En Alemania en el año de 1970, se creó por primera vez una Ley dedicada exclusivamente a la protección de los datos personales, si bien estaba precedida por unas series de costumbres, esta pasó de ser una norma consuetudinaria a una norma convencional. Posteriormente para el año de 1974 fue expedida la *Ley contra la utilización abusiva de datos*, más conocida como la Ley de Renania-Palatinado. En ese desarrollo legislativo el 27 de enero de 1977 expidió la llamada primera ley federal alemana, también conocida como la *Ley para la protección del mal uso de los datos personales a través de su tratamiento* (Huerta, 2017).

Por otro lado, en Francia en 1978, en la Ley No. 78-17 conocida como “*Loi relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*”, por primera vez se incluyó el deber de informar al titular al momento de la recolección de los datos. Situación esta, que marca un precedente para lo que actualmente se denomina como consentimiento informado. Para la misma anualidad, en Dinamarca y en Noruega los gobiernos se encontraban legislando sobre la protección de datos personales, destacándose de las leyes danesas el tratamiento de los datos del sector privado y el sector público y de la legislación de Noruega la consideración de las *situaciones familiares* como un dato sensible. En el año siguiente, al igual que las dos anteriores leyes, la Ley Luxemburguesa protege tanto a las personas naturales como a las jurídicas (Huerta, 2017).

Así las cosas y gracias al avance de la tecnología y la sistematización de los datos son acogidos por el ordenamiento jurídico la protección y la guarda de estos derechos, esta situación se ve reflejada con posterioridad en el desarrollo legislativo colombiano, el cual marca como hito importante para el tema investigado la incidencia del *habeas data* en la histórica clínica, toda vez que esta garantía está dotada de datos sensibles.

En Colombia, la historia clínica es un documento obligatorio, de carácter privado y sometido a reserva, como lo dispone la resolución 1995 de 1999 del Ministerio de Salud. Puede realizarse de forma digital incluyendo datos sensibles de una persona determinada que deben registrarse en cualquiera de las fases de la atención en salud: promoción y prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad. También en los componentes que hacen parte integral de esta como lo son sus anexos (autorizaciones e incapacidades, datos que son recogidos, almacenados, dotados de un control sistemático especial).

Entre las problemáticas a plantear está el cumplimiento de la circulación restringida de la información registrada en la historia clínica. Dicho documento puede ser conocido por personas previamente autorizadas por la ley como lo dicta la resolución 1995 de 1999 y, actualmente, por la Ley Estatutaria 1581 del 2012. En relación con la protección y el tratamiento de los datos personales, como lo son los datos sensibles de la historia clínica, no siempre se cumple bajo los parámetros establecidos por la ley. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe mencionar como ejemplo la solicitud de historia clínica por parte de terceros (el empleador al trabajador) o incapacidades (donde se encuentra el diagnóstico anotado) por parte de una entidad pública o privada; asimismo, por personas que no tienen una implicación directa con el personal de salud, es decir, aquellas entidades prestadoras de salud como lo pueden ser el personal de archivo, personal de contabilidad, entre otras.

Las normas jurídicas y su interpretación deben tener un carácter evolutivo con respecto a las generaciones, circunstancias sociales y evolución tecnológica. En Colombia, a pesar de tener una normatividad vigente respecto al derecho de *habeas data*, no se cumple con uno de los principios rectores de la Ley Estatutaria 1581 de 2012; *el acceso y circulación restringida*, un ejemplo de ello, es cuando un tercero sin autorización (el empleador o una entidad) conoce los datos sensibles del titular que reposan en la historia clínica, como puede ser el diagnóstico. Al no estar sometida a reserva toda la información sensible de la historia clínica, bien sea de manera parcial o total, la información es vulnerada, a pesar de estar dotada de una disposición y control especial (Caro, 2015).

## **Motivación**

La motivación para desarrollar esta temática en la monografía es la necesidad de conocer el tratamiento y el cumplimiento de la protección de los datos sensibles de la historia clínica en



Colombia, ello en razón de tener calidad de trabajadores y estudiantes, habiendo ejercido la profesión de medicina por aproximadamente nueve años; asimismo, esta situación se ha podido corroborar en el rol de ciudadanos e incluso como pacientes, pues se ha evidenciado que en la actualidad no hay un efectivo cumplimiento de la ley de *habeas data*, y su desarrollo jurisprudencial como se evidencia en las sentencias T-729 de 2002 y C-1011 de 2008, donde se reconoce como un derecho fundamental.

Dicha vulneración de la información registrada en la historia clínica sucede en diferentes situaciones, por citar las más comunes: la solicitud de historia clínica por parte de terceros como lo son el empleador, la entidad académica respecto al requerimiento de las incapacidades con diagnóstico anotado a sus alumnos, entre otros más. Por ende, un tercero conoce datos personales propios de la esfera de la intimidad, un dato sensible como lo es el diagnóstico médico; además, sin ser suficiente dicha solicitud, es exigida una copia de la historia clínica cuando solamente en ese contexto requiere conocer el número de días de incapacidad.

Entonces, ¿acaso el criterio médico para determinar cierta cantidad de días de incapacidad, puede ser cuestionado por no escribir el diagnóstico? Como caso concreto, si un colegio o el empleador solicita la historia clínica para justificar la ausencia, se puede ver vulnerado el derecho a la intimidad al conocer los datos sensibles del paciente, los cuales pueden llegar a ser, en algunos casos, de un menor de edad (como lo es en los colegios). Independientemente del grado de complejidad de su patología, enfermedad diarreica aguda, infección viral de vías respiratorias, dolor lumbar, cefalea migrañosa, entre otras, esta no debe ser conocida por el tercero y mucho menos poner en duda el contenido de dicho documento. La situación también acontece con las entidades prestadoras de salud, pues es bien conocido que a un sin número

de pacientes se les requiere la historia clínica para autorizar la entrega de medicamentos, los cuales previamente ya han sido ordenados por el galeno tratante.

En virtud de lo anterior, es motivante desarrollar y demostrar en el presente trabajo que aquellas personas, bien sean naturales o jurídicas, no son las autorizadas por la ley para solicitar dichos documentos. En otras palabras, ese documento no debe ser visto sin el debido procedimiento o autorización de los padres en el caso de un menor de edad o del mismo paciente dependiendo el caso. El incumplimiento de la reserva y circulación restringida de la información registrada en la historia clínica es llevado a cabo diariamente en el país; el conocimiento de este tipo de datos por parte del personal que no tiene impacto directo en la salud del paciente es motivo de investigación y aprendizaje, ello en relación con la privacidad del acto médico, sus documentos, la protección de la información privada de cada persona y la normatividad colombiana.

## **Objetivos**

El objetivo general de esta investigación es analizar la eficacia de la normatividad colombiana referente al tratamiento de los datos sensibles de la historia clínica en relación con el principio del acceso y circulación restringida, en el ejercicio del derecho del *habeas data* en Colombia de las últimas tres décadas. Por su parte, los específicos, son estudiar los antecedentes legales que desarrollaron este derecho y que fundamentaron la normatividad de la historia clínica; asimismo, interpretar la aplicación del *habeas data* y principios rectores en dicho documento, y, por último, determinar y aclarar mediante el estudio de dicha normatividad, doctrina y jurisprudencia quiénes son los únicos autorizados para el acceso a la información de índole sensible y restrictiva.

## **Diseño metodológico**

Dentro del diseño metodológico se tendrá un enfoque cualitativo de investigación con apoyo en las técnicas de revisión documental y conversación con expertos. Así, el método hermenéutico, jurídico, holístico (considerando el todo, como el fenómeno de interés a estudiar), deductivo y analítico se realizará bajo la exploración, selección, análisis y síntesis de diferentes fuentes de información tales como doctrina, normatividad, (leyes, resoluciones, jurisprudencia, entre otros) y artículos científicos, los cuales tengan relación con el derecho de la protección de datos, especialmente de los datos sensibles y la historia clínica como documento privado sometido a reserva. Asimismo, con el ánimo de reconstruir la realidad que se pretende demostrar, teniendo en cuenta lo manifestado y lo experimentado por aquellos actores pertenecientes al sector social-salud, se procederá a analizar, comprender e interpretar los fenómenos producidos de la experiencia de cada uno de los participantes de la investigación (Fernández y Baptista, 2014).

Por último, con las técnicas de revisión documental se posibilita el análisis de la aplicabilidad de la normatividad, el estudio, interpretación y racionalidad de la información siguiendo la manera más óptima; en principio, se analizan las problemáticas de la sociedad en un contexto propio de la modernización de la misma y del derecho, ello con el objeto de la búsqueda del conocimiento, un conocimiento con bases científicas, coherente, lógico, que permita dar un paso más en la constante evolución del derecho en relación con la intimidad y la información.

## Marco teórico<sup>1</sup>

En el siglo XXI, se ha intentado hacer una aproximación a la naturaleza del derecho identificando diferentes visiones de este, perspectivas que pueden enmarcarse a partir de tres teorías expuestas a continuación.

La primera teoría es el positivismo, donde uno de sus mayores exponentes es Hans Kelsen, esta teoría hace referencia a la desconexión que hay entre el derecho y la moral, toda vez que cualquier contenido puede ser derecho aun cuando se aparte de la moral, teniendo una relevancia superior el hecho mismo de la regla. En segundo lugar, remiten el problema del derecho a los diferentes poderes que existen —el poder económico, el poder político, poder psicológico, entre otros— y así el derecho queda remitido a otras disciplinas. En tercer lugar, las posturas no positivistas, donde hay una total desconexión entre la moral y el derecho; en otras palabras, no cualquier contenido es derecho, es decir, hay un límite al derecho que está dado por la moral. En dado caso de existir contradicción grave y evidente entre el derecho y la moral no hay creación de derecho, sino que hay una especie de juridicidad que es fijada por la moral. No cualquier contenido es derecho.

El doctor Rodolfo Luis Vigo se inclina por una posición no positivista, donde se imponen límites a la moral racional que, en conclusión, son los derechos humanos. En el caso del *habeas data*, debe garantizarse que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (Unesco, 1968), derecho contenido en la declaración universal de los derechos humanos, el cual al ser vulnerado o no ser garantizado trunca la construcción misma del

---

<sup>1</sup> La construcción del presente Marco teórico se desarrolla siguiendo la entrevista “Positivismo y derecho natural” al doctor Rodolfo Luis Vico.

derecho. Por otro lado, quien ha creado ese derecho o quien lo cumple está generando un riesgo a una eventualidad responsabilidad jurídica que no merece ser reconocido por su injusticia extrema.

Ahora bien, el neoconstitucionalismo es un movimiento con rasgos filosóficos y jurídicos, que, además, es una corriente cuya característica es ocuparse de explicar al Estado de derecho constitucional, promoverlo y aprobarlo, garantizando derechos constitucionalmente protegidos como es la intimidad.

Dentro de sus autores es posible reconocer tres versiones sobre las cuales se realiza un comentario a continuación. La neoconstitucionalista positivista, que refiere que el Estado de derecho constitucional es un reforzamiento, la culminación del positivismo jurídico; en segundo lugar están los neoconstitucionalistas no positivistas kantianos, constructivistas, por citar algunos autores como Nino, Dworking, Atienza; y el tercer grupo son neoconstitucionalistas iusnaturalistas, no remiten a Kant, sino a Aristóteles, priman aquellos derechos inherentes al ser humano que ni siquiera él puede enajenar y mucho menos la sociedad o la autoridad. En definitiva, el ser humano en el rol de ciudadano tiene un papel determinante al ser un ser autónomo y permitir o no el conocimiento de sus datos sensibles.

El derecho positivo debe evaluarse dentro de un sistema superior de principios, conocidos como lo es el derecho natural, dicha valoración es tarea del jurista, doctrinas iusnaturalistas que no deben al estudio de la ley, tienen punto de vista más allá de un problema de conciencia. El derecho natural es algo social, una realidad de percibir la naturaleza humana, principios que deben adaptarse a la diversidad de las circunstancias propias de todo ser humano. El derecho que tiene toda persona a conocer el tratamiento de su información está directamente

relacionado con su dignidad humana su entorno familiar y privado, tiene un contenido social para poder desarrollar su proyecto de vida (Zuleta, 2012).

Los iusnaturalistas se remiten a la moral, los principios, los valores y la ética que, en el caso del neoconstitucionalismo aristotélico, teoría de la presente investigación, distante al neoconstitucionalismo kantiano, remite a que esos principios superiores tienen validez en todas partes y están por encima de la diversidad de opiniones. Aristóteles, como neoconstitucionalista iusnaturalista, encaja en la prudencia para no dar los datos y dotarlos de una reserva especial (Zuleta, 2012).

Entre el neoconstitucionalismo kantiano y el aristotélico existen diferencias básicamente en la fundamentación y en la noción antropológica. Además, algunos neoconstitucionalistas kantianos no utilizan la retórica, mientras que los aristotélicos, sin confían en la retórica, toda vez que los juristas apelan no solamente a razones verdaderas, sino también persuasivas, porque las verdades y las razones salen de la retórica. Las tesis de los neoconstitucionalistas kantianos en su origen se ubicaban entre los positivistas, es decir, Kelsen; ahora está cambiando, han evolucionado en sus conceptos, siendo el caso de la fórmula de la ley injusta, una injusticia grave que es injusticia extrema y eso nunca va ser derecho.

La argumentación es una segunda tesis, los juristas al enseñar el derecho deben basarse en ideas desde la razón, no desde la autoridad. Dichas razones emanan desde de las ideas, diferente si la autoridad quiere que se impongan los deberes; no obstante, al imponerlos se le pide a la autoridad que dé razones, que argumente y dé una justificación externa que no permita la vulneración de la intimidad, que justifique las políticas de protección del tratamiento de los datos sensibles. La razón práctica necesita del derecho, así puede adquirir

la realidad, pero el derecho necesita de la razón práctica o moral para ganar legitimidad, esta razón tiene su divergencia en la razón práctica kantiana y aristotélica.

La superación de la pirámide<sup>2</sup> que ocupa el tercer lugar, la crisis del sistema jurídico fuerte, el sistema donde están solamente las normas y donde no hay principios, este es el sistema jurídico de Kelsen. Diferente al anterior se encuentra el iusnaturalismo donde sí hay principios, hay normas, pero estas no están aisladas, sino que se protegen los derechos humanos, derechos fundamentales, el ser humano como persona dentro de una sociedad que tiene derecho a proteger sus datos sensibles, donde hay infinitas respuestas jurídicas en potencia que salen de esos propios principios, un sistema con jerarquía móvil que varía dependiendo de los casos jurídicos y del desarrollo tecnológico como la creación de las bases de datos.

En cuarto lugar, la crisis de la soberanía. Los Estados están en crisis. El planteamiento de Kelsen donde el Estado era el ordenamiento jurídico ha dado un vuelco con el paso del tiempo, cambiando el paradigma de un solo ordenamiento jurídico. Hay normas superiores internacionales, tribunales y cortes internacionales que son el último eslabón en muchos casos en el derecho, ya no son los mismos estados. En concordancia con esta tendencia y cambios de paradigmas, Colombia está en el deber de velar por la protección de los derechos fundamentales y garantizar la protección a la no injerencia arbitraria dentro de la vida de sus ciudadanos.

Las virtudes judiciales, según Manuel Atienza, toman relevancia en la ética para la creación de derecho. Ahora hay presupuestos éticos, siendo estos racionales, como la sinceridad así,

---

<sup>2</sup> El creador de la ordenación sobre la serie de las formas jurídicas, *teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento*, fue el filósofo Adolf Merkl (Osorio, 2004).

quien quiere ser racional tiene que respetarlos. Ahora el derecho tiene principios que gozan de universalidad, *Pacta sunt servanda* o “Los pactos, tratados, deben respetarse”, (Zuleta, 2012), son contenidos morales y de formas jurídicas, una forma de exigencia de justicia, de equidad u otra dimensión de la moralidad como los refiere Dworkin. Dentro del derecho hay mejores y peores respuestas, dichos principios, que son mandatos de optimización, exigen las mejores respuestas jurídicas, una respuesta al desarrollo del *habeas data*.

Un ejemplo de lo anterior es el límite a la pena de muerte impuesto por la moral, pena que es una injusticia extrema. Los principios piden la mejor respuesta posible, por consiguiente, la objeción moral interpone una barrera a ese derecho constitucional que encuentra un límite en la moral racional del obligado; otro ejemplo de ello es aquel que no acepta una transfusión de sangre ordenada por un médico porque su religión no se lo permite. Con base en esto último resulta claro que eso que es obligación para otros para esa persona no es algo válido, su moral está avalada por el iusnaturalismo. En definitiva, hay formas de interponer límites a injusticias extremas, hay mecanismos para proteger la intimidad y garantizar la información.

- ¿La moral es universal?

En los diferentes tipos de sociedades puede haber diferentes interpretaciones del bien, pero el problema no radica en si hay una moral social en cada sociedad, el problema radica en si se pueden juzgar comportamientos con base en esa justificación moral. Aristóteles, como iusnaturalista, aceptó la esclavitud con una noción de bien moral social.

- ¿Hay una moral racional?



En términos morales se pueden reconocer cinco teorías centrales, las cuales son comentadas a continuación.

La primera teoría abarca posturas estrictamente subjetivistas, línea escéptica, y entre sus autores están Kelsen y Alf Rose. La moral, en otras palabras, es establecida por cada persona y cada uno predica lo que es bueno o malo; además, la opinión del otro no se tiene en cuenta, y en el caso de que otro quiera convencer a una persona con una idea distinta haría que se encontraran frente a un paternalismo ético; el inconveniente es que es difícil razonar entre uno y otro, es probable una solución irracional o al simple azar.

En segundo lugar, están las éticas intersubjetivistas, las cuales al final son un problema de minorías y mayorías, son un intento para construir una sola razón procedimental para todos, intentando que los intereses de todos sean universales.

En tercer lugar, se encuentra la ética consecuencialista. No hay actos buenos o malos en la razón, en cambio se observa y se analiza la consecuencia que pueda generar al mayor número de personas la mayor felicidad o el mayor beneficio; en conclusión, la importancia radica en que sea útil. Por citar un ejemplo, después de lo sucedido el 11 de septiembre de 2001 con el ataque a las torres gemelas en Nueva York, Alemania permitió a las Fuerzas Militares derribar los aviones que fueran tomados por terroristas, acudiendo a la lógica o ética consecuencialista utilitarista, pero la constitución declaró inválida esta ley siguiendo la noción de dignidad kantiana.

En cuarto lugar, hay una versión teologista: el voluntarismo teológico. Un dios determina el bien o el mal, se conoce mediante la fe y no necesitan la razón; es confianza en la voluntad de dios, no en la razón, como se observa en el fundamentalismo religioso.

Por último, está el objetivismo cognitivismo, donde cada persona tiene un proyecto de vida y este se adapta a una moral. Las sociedades tienen a su vez un modo de proyectar la moral y hay un cierto objetivismo, todo esto permite dejar un espacio para las adaptaciones personales; así, hay diferentes maneras de ser una buena persona, de ser una buena sociedad, pero no cualquier sociedad ni cualquier persona es buena.

Así mismo, para Norberto Bobbio existe una distinción dentro del positivismo jurídico, la primera es un modelo para el estudio del derecho, en el cual se hace diferencia entre el derecho que es y el derecho que debe ser, la segunda es el positivismo como teoría del derecho, es la supremacía de la ley, y la tercera, ilustra la ideología del positivismo en el derecho, en el cual el derecho por ser positivo es justo y se le debe obediencia (Ruiz, 2015).

### **Marco conceptual**

La Ley 1581 de 2012, define los siguientes conceptos así (Congreso de la República de Colombia, 2012):

- Autorización: se entiende por autorización el consentimiento previo, expreso e informado que el paciente otorga a la entidad prestadora de salud para que lleve a cabo el tratamiento de los datos personales concernientes a la historia clínica.
- Base de datos: compendio organizado de historias clínicas objeto de tratamiento por terceros autorizados.
- Dato personal: información que pueda estar relacionada con el estado de salud del paciente, pero que está ligada a una persona determinable o a varias determinables.

- Encargado del tratamiento: Entidades Prestadoras de Salud junto con el personal que las componen, bien sea del sector público o privado, que por su cuenta o con ocasión a la sociedad con otro, realice el manejo de historias clínicas por cuenta del responsable del tratamiento.
- Responsable del tratamiento: Entidades Prestadoras de Salud, profesionales de la salud y personal administrativo que tenga contacto directo con los datos personales del paciente, pertenecientes al sector público o privado, que por sí misma o en asocio con otros ejerzan poder de decisión sobre el manejo de los datos o el tratamiento de los mismos.
- Titular: paciente cuya historia clínica es objeto de tratamiento.
- Tratamiento: toda operación sobre las historias clínicas tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.
- Dato personal semiprivado: son aquellos datos en los que debe mediar la autorización expresa del titular para que determinado grupo de personas o un público en general pueda acceder a la consulta de estos, lo anterior en razón de que los datos clasificados como semiprivados no son de índole propiamente íntimo.

A su vez, el Decreto 1377 del 2013 define los siguientes conceptos (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2013).

- Aviso de privacidad: comunicación verbal o escrita generada que debe ser generada por el responsable de la información al titular, ello previo al tratamiento de sus datos personales.

- **Transferencia:** consiste en el envío de los datos relativos a la historia clínica por cuenta del encargado o responsable del tratamiento ubicado en Colombia a personas naturales o jurídicas, también responsables del tratamiento de dicha información.
- **Transmisión:** tratamiento de la historia clínica que realiza el encargado, por cuenta del responsable, dentro o fuera del territorio colombiano.
- **Síntomas:** son sensaciones subjetivas referidas por el paciente al médico, por ejemplo: “me duele la rodilla”, “tengo mareo” (Cediel, 2002).
- **Signos:** durante el examen físico del paciente se pueden detectar alteraciones en la anatomía o en el funcionamiento del cuerpo humano, por ejemplo: presencia de una masa en el cuello, deformidad de una extremidad (Cediel, 2002).

Dato público	Dato personal privado	Dato sensible
Es aquel dato que no está sometido a reserva, es decir, la historia clínica no se encuentra en esta clasificación, toda vez que el dato público está relacionado con aquellos datos que pueden ser consultables sin	Es un dato personal que por su naturaleza íntima o reservada solo interesa a su titular y para su tratamiento requiere de su autorización expresa.	Es un dato que tienen injerencia directamente con la intimidad del titular, de los cuales, a causa de un mal uso, la persona puede verse inmersa en una situación de discriminación. La historia clínica se encuentra clasificada como dato

<p>autorización del titular. A modo de ejemplo pueden considerarse las consultas en Superintendencia de Notariado y Registro, antecedentes en la página de la Procuraduría General de la Nación, antecedentes judiciales en la página de la Policía Nacional, entre otros</p>		<p>sensible en virtud de que el contenido que reposa en dicho documento está relacionado intrínsecamente al estado de salud del paciente.</p>
---	--	---

## **1. Capítulo 1. El *habeas data* y sus antecedentes**

### **1.1. Evolución en Colombia de la protección de datos**

Colombia está en un proceso constante de evolución para garantizar un nivel adecuado de protección. Frente a ello, resulta importante tener en cuenta tres puntos claves: primero, aumentar la protección jurídica de la información, de manera más garantista, rigurosa y efectiva; segundo, generar escenarios más competitivos para que pueda realizarse transferencia segura de información desde Europa o cualquier país hacia Colombia, como en el caso de los *call centers* internacionales; por último, la efectiva protección de dichos datos personales, lo cual es considerada propio de sociedades democráticas y modernas (Angarita, 2010).

En ese orden de ideas, Colombia ha intentado generar una legislación moderna que regule de forma amplia y general el derecho al *habeas data*, garantizando la protección de la información personal y, a su vez, los datos sensibles registrados en la historia clínica; lo anterior toda vez que al ser utilizada la información tenga una transferencia segura y goce de trazabilidad para su verificación y con propósitos legítimos. En efecto, todas las entidades, tanto públicas como privadas, están en la obligación de proteger y respetar los derechos de los titulares de su uso indebido con fundamento en derechos constitucionales y con estándares internacionales (Rojas, 2014).

### **1.2. La protección de datos y la Ley 96 de 1985**

Fueron varios los intentos por parte del Congreso de la República para regular la protección de datos, lo cual tiene lugar desde la Ley 96 de 1985. En esta, el artículo 51 da un carácter de reserva a algunos datos que están en la Registraduría Nacional como son datos biográficos,

de filiación y de dactiloscopia; ello tiene lugar hasta el 2008, año en el cual se sanciona la Ley Estatutaria 1266 del 31 de diciembre de 2008, consagrando disposiciones generales sobre el *habeas data* y el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial, la financiera, la crediticia, la comercial, la relacionada con servicios y la proveniente de terceros países (Angarita, 2010).

El Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, mediante la directiva 46, que trata sobre la protección de las personas físicas, en lo que se respecta al tratamiento de los datos personales y la libre circulación de estos, el 24 de octubre de 1995, indicó que la transferencia de información a otro país, solo puede realizarse cuando el tercero tenga un “nivel de protección adecuado”, ahora bien, esta expresión es adoptada por la Comisión Europea entre 1997 y 1998, que sería un parámetro que Colombia adoptaría posteriormente (Angarita, 2010).

La Expresión nivel adecuado enmarca a grandes rasgos dos temas, el primero, los derechos del titular y las obligaciones del responsable o encargado, y en segundo lugar los mecanismos de protección de los datos y una autoridad competente que los garantice, adicionalmente ilustra los principios básicos de la protección de datos, que posteriormente serían los principios rectores de la ley Estatutaria 1581 del 2012 en Colombia, como son: limitar la finalidad de su uso, transparencia, acceso, rectificación y oposición, seguridad y adicionalmente el manejo de datos sensibles. (Angarita, 2010).

Para Colombia tener una protección adecuada, no es una tarea fácil, no es solamente la regulación apropiada, sino también cambios institucionales en el ámbito organizacional y financiero, inversión en los sistemas de protección, capacitación del personal. De hecho, las

autoridades europeas son conscientes de las dificultades de los países que no permiten una protección adecuada a corto o mediano plazo (Angarita, 2010).

### **1.3. Antecedentes**

En el desarrollo económico de un país, es importante un escenario adecuado y una política estatal integral; además, dentro de esas políticas estatales se hace necesario un escenario jurídico adecuado que permita a todas las instituciones públicas y privadas un buen grado seguridad y protección normativa de los datos personales. Estas políticas deben ser implementadas por todos los actores económicos y sociales, fomentando un ambiente más conveniente para la realización de negocios cuando se necesite transferencia de información; asimismo, la protección adecuada de esos datos son rasgos propios de sociedades modernas y democráticas (Cano, 2012).

El rol propio de los datos personales cada vez se involucra más en el día a día de los ciudadanos, lo que ha generado que los modelos de negocio cambien sus estructuras organizacionales, lo cual genera prácticas adecuadas en el manejo de la información muy diferentes a las de hace unos años. Al mismo tiempo, ha creado cambios en los lineamientos estatales, nuevas discusiones legislativas y modificaciones en la propia conducta de los ciudadanos, los cuales procuran proteger cada vez más la información personal (Salvador, 2017).

Este proceso de legislar y regular a nivel mundial se ha denominado, “protección de datos personales”, lo cual no ha sido más que el resultado del desarrollo histórico y rápido de la tecnología, el inicio de una economía que necesita estar interconectada. Adicionalmente, el uso y crecimiento exponencial a gran velocidad del uso de las redes sociales, bases de datos



y aplicaciones, ha permitido que surjan derechos que pueden denominarse de “última generación”, o propios de “sociedades de la información”, que tienen un impacto directo en todas las líneas económicas de un país, incluyendo la salud (Cano, 2012).

#### **1.4. Definición de *habeas data***

Para caracterizar el *habeas data* vale la pena considerar que es:

“El derecho de toda persona a interponer la acción de amparo para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad; sea que ellos reposen en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos” (Cano, 2012).

Según la constitución boliviana, el Habeas Data es una acción que pretende proteger los datos personales, como lo son la edad, sexo, preferencias políticas edad, entre otros, los cuales se encuentran compilados en bases de datos, como pueden ser en sistemas bancarios, registros médicos, registros electorales (Ordóñez, 2017).

Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la información recopilada y registrada en cualquier dispositivo electrónico no sea utilizada por personas no autorizadas por la ley, de ello se sigue que debe haber protección a la vida privada con el fin de que esta sea lo más eficaz posible. Asimismo, es importante que las personas que autorizan su manejo puedan rectificar y verificar su información en cualquier momento, y en caso de duda respecto a su uso, o que no estén siendo tratados de la manera más adecuada, puedan conocer y acudir ante la entidad o dependencia encargada de realizar todos los trámites necesarios con el fin de rectificar o eliminar sus datos (López, 2010).

#### **1.5. La noción del *hábeas data* desde la doctrina**

Zambrano (2004) refiere que el fin esencial del *habeas data* es el almacenamiento de la información que no debe ser conocida en bases de datos, y con más razón cuando esta se encuentra vinculada con la personalidad, es decir, cuando está ligada con la intimidad y privacidad, los cuales deben estar a libre disposición de las personas o del estado, aun así, se crea tener derecho alguno sobre su uso (Quiroz, 2016).

Por otro lado, Pérez (1990) refiere que inicialmente puede haber una coincidencia entre el *habeas corpus* y el *habeas data*, no se toman los dos estrictamente en garantizar derechos fundamentales, *stricto sensu*, por el contrario, son garantías procesales para defender derechos que son diferentes con alguna similitud tratándose de libertades. Así, se tiene en el caso del *habeas corpus* la libertad de locomoción de la persona, mientras que en el caso del *habeas data* la libertad de la información (Quiroz, 2016).

### **1.6. La protección de datos personales y el *habeas data***

La protección de los datos personales no es solamente la reserva o el límite al acceso de la información, es en realidad un conjunto de normas y principios que propenden regular el uso de los datos en todas sus etapas: recolección, almacenamiento, circulación, publicación, además de la transferencia nacional e internacional. En otras palabras, se procura crear los lineamientos para la rectificación y eliminación de la información, es el tratamiento integral de toda la ruta de la información, un punto de equilibrio entre la libertad informática y el derecho a la información, y, adicionalmente, la creación de los requisitos legales para poder acceder a la información y las consecuencias de su vulneración (Cano, 2012).

### **1.7. El *habeas data* en derecho comparado en Latinoamérica**

Según Danilo Doneda, específicamente en el caso de Brasil, su constitución reglamenta el *habeas data* como una garantía para la protección de toda la información privada de cada persona, dicha información es un reflejo ligado a la privacidad que es inversamente proporcional al acceso a la información, es decir, entre mayor grado de privacidad, menos acceso debe tener y viceversa. La anterior es una relación que brinda seguridad jurídica con respecto al manejo de la información personal como una parte del derecho a la privacidad, derechos regulados a nivel constitucional en su artículo 5, así mismo dicha reglamentación es complementada por las Leyes No. 9296 y 9507, las cuales aprueban el procedimiento del Habeas Data (Ordóñez, 2017).

No existe un tratado internacional, pero lo que sí es evidente es que algunos países en Latinoamérica se han empeñado en garantizar el derecho de *habeas data* y elevar a rango constitucional sus normas internas. Es un tema en desarrollo que ha requerido un despliegue legislativo por parte de los Estados, con un compromiso importante de las instituciones privadas para el cumplimiento de dichas normas estatales (Rojas, 2014).

En Paraguay, la Constitución Política protege el derecho a la intimidad en su artículo 33 y el *habeas data* en el artículo 135; adicionalmente, ha hecho un desarrollo doctrinal importante, el cual está orientado a garantizar el acceso a la información de cada persona y de los datos que se tengan sobre sí misma o de su patrimonio que se encuentren en los registros oficiales. Así, cada persona pueda verificar cómo o con qué fin se emplea su información, regulando el procedimiento a seguir y la solicitud ante el juez competente en caso de error o violación de sus derechos, como son la actualización, corrección o destrucción de sus datos (Ordóñez, 2017).

No obstante, la normatividad colombiana tiene ciertas similitudes con los parámetros europeos, un avance muy importante ha sido la regulación progresiva del derecho del *habeas data* en concordancia con un desarrollo jurisprudencial importante, definiendo el alcance y las condiciones del tratamiento de los datos personales en un intento por legislar y ejercer lineamientos internacionales emitidos por la ONU y la Unión Europea (Cano, 2012).

### **1.8. El derecho a la “privacidad”**

Si bien es cierto que en el derecho romano no está escrita la palabra intimidad, sí existe una protección clara al honor de la persona, el cual es un aspecto relevante de su personalidad en una dimensión espiritual o moral. Es una esencia en cada persona que tiene unos intereses diferentes, una esfera interna propia con intereses distintos como los patrimoniales o económicos, los cuales van íntimamente relacionados con el honor y la dignidad humana (Rodríguez, 2010).

La protección de datos personales está íntimamente relacionada con la palabra “privacidad”, de la cual se tiene registro desde 1890 en Estados Unidos en un artículo llamado “The right to privacy”, de los autores Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis; dicho escrito hace referencia a los notables cambios de todas las sociedades en los contextos sociales, económicos y políticos, los cuales implican el reconocimiento y la necesidad de regular acerca del derecho a la privacidad y la protección de la información personal (López, 2010).

En dicho artículo, se resalta la necesidad de garantizar la protección de la vida privada de las personas en contra de los medios de comunicación, haciendo una similitud con la regulación francesa en materia del periodismo a *the right to be let alone*, infiriendo el concepto de privacidad o derecho a “ser dejado solo”. Ese derecho francés tuvo consecuencias e

implicaciones en las Cortes de los Estados Unidos toda vez que lo reconocieron al punto de llevarlo a rango constitucional, aunque controversialmente es país que más indaga sobre la información de las personas (López, 2010).

A nivel internacional, se destaca el Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, (APEC, por sus siglas en inglés) del año 2004, que resalta la responsabilidad sobre el tratamiento de los datos y sus principios; así, en dado caso de ser transmitidos a terceros (puede ser a nivel nacional o internacional), previamente se debe obtener el consentimiento del titular adoptando todas las medidas necesarias para que en el camino al destinatario se garantice su reserva (Recio, 2017).

### **1.9. El *habeas data* desde lo comercial y financiero**

La Ley Estatutaria 1266 de 2008 fue un gran avance en materia legislativa, regula el derecho del *habeas data* con una aplicación de carácter comercial y financiero. Posteriormente, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 fue un adelanto relevante en torno a la protección de cualquier dato personal de las entidades públicas o privadas acorde con principios constitucionales; así, surgen dos categorías de datos que gozan de un tratamiento especial: en primer lugar los datos sensibles, los cuales se enmarcan en la esfera de intimidad y cuyo uso puede generar discriminación (raza, ideología, orientación política, datos de salud y orientación sexual, entre otros); en segundo lugar, los datos personales de los niños y adolescentes (Cano, 2012).

### **1.10. Marco jurídico del *habeas data* de la historia clínica en Colombia**

Desde la década de los ochenta, se ha intentado regular la protección de diferentes datos. En el caso preciso de la salud, la *Ley de Ética Médica* (Ley 23 de 1981) establece en su artículo 34 que la historia clínica “es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede

ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley” (Congreso de la República de Colombia, 1981); por lo tanto, la historia clínica está protegida legalmente y así debe ser tratada por todas las instituciones (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Inicialmente, su interpretación fue ilustrada como parte de la esfera individual de cada persona dentro de su proyecto de vida, de tal manera que era una garantía al derecho a la intimidad, derecho que ningún tercero puede intervenir, es decir, ni el Estado, ni privados. Posteriormente, se llevó su interpretación a una visión diferente relacionada con la autodeterminación y libertad informática, importante condición para el libre desarrollo de la personalidad y el cuidado de la dignidad humana (Cano, 2012).

### **1.11. La Constitución Política de Colombia y la protección de los derechos a la intimidad y el buen nombre**

La Constitución Política de 1991 garantiza de manera clara la reserva de la esfera personal mediante el derecho a la intimidad en conexidad con el derecho al buen nombre, el cual se encuentra consagrado en el artículo 15, ello en concordancia con el derecho de conocer, actualizar y rectificar la información. Lo anterior permite al constituyente proteger la intimidad de sus ciudadanos, información que es llamada “personalísima”, la cual está en bancos de datos públicos o privados, pero que debe estar bajo condiciones especiales, soportada en garantías y libertades reconocidas constitucionalmente (Ordóñez, 2017).

En materia de salud, específicamente con la historia clínica y el actuar médico, se encuentra legislado principalmente en la *Ley de Ética Médica* (Ley 23 de 1981), como se mencionó líneas atrás.

## **1.12. El titular de los datos personales**

En la sentencia T-729 de 2002, la Corte definió el *habeas data* de la siguiente forma:

El derecho fundamental al hábeas data, es aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales. (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

En esa dirección, la sentencia C-1011 de 2008 la Corte reconoce la autonomía del derecho al *habeas data* de esta manera:

El hábeas data confiere [...] un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático. (Corte Constitucional de Colombia, 2008)

La anteriormente referida Ley 1266 de 2008 consagra asuntos relativos al manejo de información, pero especialmente de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países; no obstante, el alcance de su contenido deja vacíos jurídicos, lagunas normativas en el manejo de otros tipos de datos. Esta ley cuenta con dos decretos reglamentarios, el Decreto 1727 de mayo de 2009 que regula la forma de presentar dicha información a terceros, y el Decreto 2952 de agosto de 2010, el cual regula los reportes de información negativa y tiempo permanencia de esos reportes (Rojas, 2014).

## **1.13. El *habeas data* en el sector real: clínicas y hospitales**

La Ley 1581 de 2012 fue reglamentada parcialmente por el Decreto 1377 de 2013, en el cual específicamente se establecen los mecanismos para obtener la autorización de los titulares o

de quien se encuentre legitimado. También lo fue por el Decreto 1081 de 2015, el cual crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional, en otras palabras, Colombia ha estado constantemente regulando mecanismos para la reserva y el acceso a la información, además de los lineamientos para su uso (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Al ser el *habeas data* un derecho autónomo, la Ley 1581 de 2012 regula la autoridad administrativa competente en términos de protección de datos, cuya competencia está en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio; esta última debe garantizar el cumplimiento de los procedimientos de la ley, incluyendo la creación por parte de esta entidad del Registro nacional de bases de datos. Asimismo, prohibió la transferencia de datos a países que no tengan un nivel adecuado de protección y las especifica las sanciones que corresponden a su vulneración, las cuales pueden afectar la operación de las entidades y su pecunio, es decir, el conocer los datos sensibles de la historia clínica puede acarrear sanciones económicas (Cano, 2012).

En ese orden de ideas, gracias a esta ley Colombia intenta tener una regulación integral y general en la protección y tratamiento de los datos personales; asimismo, procura sustentarlos constitucionalmente, protección ligada con el derecho a la información que tiene el titular a conocer, actualizar y rectificar su información. Así, las clínicas, hospitales y cualquier institución prestadora de servicios de salud, sin importar el nivel de complejidad, no puede ser ajena a la implementación de la protección de los datos de la historia clínica.

#### **1.14. Principios del *habeas data***



En el desarrollo histórico de este derecho, su interpretación y aplicación deben garantizarse de forma integral principios consagrados en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 (Congreso de la República de Colombia, 2012) los cuales son:

- Principio de veracidad o calidad: no se permite el tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan al error.
- Principio de finalidad: su finalidad debe ser legítima
- Principio de acceso y circulación restringida: deben respetar los límites impuestos dependiendo de la naturaleza de cada dato.
- Principio de libertad: necesidad del consentimiento o, en caso contrario, que dicho consentimiento sea levantado por la autoridad competente.
- Principio de transparencia: poder verificar en cualquier momento la información de los datos.
- Principio de seguridad: se deben implementar todas las medidas técnicas, humanas y administrativas necesarias para evitar adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso ilegal.
- Principio de confidencialidad: durante la transferencia o manejo de datos, todas las personas involucradas en dichos procesos están obligados a guardar reserva de dicha información (Congreso de la República de Colombia, 2012).

### **1.15. Los derechos del titular de los datos**

La autodeterminación del titular está garantizada legalmente, se encuentra en el derecho de conocer la información que tenga el responsable y, dependiendo del caso, podrá rectificar la información que no sea veraz. Va de la mano con un deber y responsabilidad por parte del

responsable de los datos de permitir su conocimiento, actualización o rectificación y, si es el caso, la eliminación de la información.

Respecto a la historia clínica los datos propios de la enfermedad no deben ser actualizados ni eliminados por el paciente, toda vez que no es permitida su modificación y son reflejados como antecedentes para futuras intervenciones en su salud; sin embargo, este sí puede conocerla y rectificar los datos que sean susceptibles de hacerlos, como son la dirección, número de identificación, fecha de nacimiento, entre otros (Congreso de la República de Colombia, 1981).

#### **1.16. Autorización para uso de los datos personales**

La normatividad del *habeas data* vincula directamente a todas las entidades tanto públicas como privadas y les ha generado obligaciones con los datos recolectados, los cuales deben tener unos fines específicos y explícitos. Así, estos deben ser informados previamente y cumpliendo los objetivos de dicha recolección, no dándoles solo esa finalidad, sino también garantizando su seguridad y controlando su acceso. En este sentido, como ejemplo, cuando el colegio solicita información de sus alumnos debe estar previamente autorizado por el titular de la información, pero también garantizar la protección de esa información en su institución (Salvador, 2017).

#### **1.17. El consentimiento informado para el uso de los datos personales**

El consentimiento informado es un documento que debe ser exigido previo a la recolección de los datos para que estos mismos sean lícitos, situación que no sucede al verificar el diagnóstico en una incapacidad médica que conoce el empleador. Dicho consentimiento es el blindaje jurídico de los datos, una medida de prevención, y es deber de la entidad informar

ampliamente a cada persona respecto a los derechos y el tratamiento que se le va a realizar a la información; en ese orden de ideas, con el simple hecho de conocer el diagnóstico anotado se conocen datos sensibles que previamente debieron ser autorizados por el titular (Salvador, 2017).

### **1.18. El consentimiento informado y la autonomía de la voluntad del paciente**

La sola firma del consentimiento informado no cumple con los requisitos exigidos por la ley, ya que cumplir no es simplemente obtener la autorización mediante la aplicación de un documento técnico y obtener la firma, sino que requiere el cumplimiento de una serie de requisitos especiales: primero, que sea previo a la recolección de los datos; segundo, que sea ampliamente informado; por último, que ese medio de recolección pueda garantizar una consulta posterior —frente a ello debe cumplirse el tratamiento adecuado posterior a su conocimiento— (Gómez, 2016).

Teniendo en cuenta lo anterior, cada persona tiene el derecho bajo su principio de autonomía de la voluntad y bajo su autodeterminación cuando ha sido informado en dar sus datos personales y estar dispuesto a acordar previamente su difusión y utilización por parte de terceros, además de controlar el flujo de la información. En relación con el ejemplo del párrafo anterior, la información que necesita el empleador son los días de incapacidad, mas no el diagnóstico, toda vez que los días de ausencia están respaldados por un profesional de la salud, profesional que goza de autonomía y de buena fe para dar su dictamen (Salvador, 2017).

### **1.19. Mecanismos de protección de los datos del paciente**

En el desarrollo jurisprudencial y en la sentencia T-176 de 1995, la Corte refiere que el derecho al *habeas data* es vulnerado, cuando se desconocen lineamientos legales tales como: “recogida de manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato”, o cuando recae “sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente” (Corte Constitucional de Colombia, 1995). Así, cuando el empleador o el colegio solicita una incapacidad donde está el diagnóstico, vulnera su recolección sin el consentimiento y conoce datos sensibles del titular que, en el caso de un colegio, pueden ser de un menor de edad.

Toda persona tiene el derecho a conocer el modo y la forma en la que se recolectaron sus datos, ello en razón de que, si no cumple con la autorización, estos son recolectados de forma ilegal y la consecuencia de esto es que se puede solicitar ante las autoridades la sanción al responsable de los datos. Lo anterior se encuentra ligado a la transparencia en el acceso a la información, así como de los terceros que acceden o son cesionarios de la información (Salvador, 2017).

### **1.20. La acción de tutela como medio de protección**

Es importante precisar que en la sentencia T-729 de 2002, la Corte expone que es necesario diferenciar y delimitar el *habeas data* respecto de otros derechos, basándose principalmente en tres razones que se articulan con el hecho de que su protección es susceptible de garantizarse por medio de la acción de tutela:

- (i) por la posibilidad de obtener su protección judicial por vía de tutela de manera independiente; (ii) por la delimitación de los contextos materiales que comprenden sus ámbitos jurídicos de protección; y (iii) por las particularidades del régimen jurídico aplicable y las diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información. (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

La protección de los datos sensibles y personales está relacionada directamente con la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, es importante precisar que es un derecho autónomo, se relaciona con los otros derechos, es un derecho inmerso en sus propias garantías y es reclamable por medio de la tutela, sin perjuicio de la subsidiariedad de dicha acción. En conclusión, su protección se basa en que es un derecho fundamental autónomo en respuesta a un mundo globalizado de un gran poder informático (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Es de importancia en este trabajo que los datos relacionados con salud son los que deben gozar de reserva y protección especial, datos que en algunas bibliografías se encuentra como “el dato médico”. Un intento por una definición que puede ser adecuado es la Pilar Nicolás en referencia a la de Manuel Herrero Higuera: “en general, cualquier información que permita formarse una idea de la situación médica de una persona: su comportamiento, su vida sexual, consumo de drogas, abuso de alcohol, de trabajo, etc.”, lo que la Ley 1581 de 2012, refiere como dato sensible (Correa, 2015).

### **1.21. Custodia y acceso de la historia clínica**

La custodia de la historia clínica está a cargo del prestador de servicios en salud que le ha generado la atención al paciente, y en dado caso de cambio de prestador de salud debe haber registros de entrega y devolución del documento. Como sucede en varias ocasiones, pueden haber historias clínicas distintas en distintos prestadores de salud, estas pueden solicitar copia de la historia previa autorización del titular o su representante legal, como bien lo establece el artículo 13 de la Resolución 1995 de 1999 (Ministerio de Salud, 1999).

### **1.22. El principio de acceso y circulación restringida**

Ahora bien, un principio rector de la Ley 1581 de 2012 es el acceso y circulación restringida, este da límites para el acceso a ciertos datos como los datos sensibles, tratamiento que solo podrá hacerse por personas autorizadas por el titular y las permitidas por la ley. En concordancia con la normatividad de la historia clínica, el acceso está permitido a: el usuario, es decir, el paciente, en este caso el titular; el equipo de salud, es decir, personas que tengan intervención directa en la salud del paciente, no solamente el médico, también personal de enfermería, fisioterapeutas, entre otros; las autoridades judiciales y de salud en los casos previstos en la Ley; por último, las demás personas determinadas en la ley (Congreso de la República de Colombia, 2012; Ministerio de Salud, 1999).

### **1.23. El acceso de la información del trabajador**

En ese orden de ideas, el empleador, al solicitar la historia clínica al trabajador, no es una persona autorizada por la ley para pedirla y mucho menos para conocer los datos sensibles que se incluyen en ella, no hace parte del personal de salud que tiene un impacto directo en la evolución de la enfermedad; si bien es cierto debe solicitar la incapacidad médica, es más que suficiente los días que a juicio del médico deben darse. Ahora bien, el hecho de conocer el diagnóstico que se anota en la incapacidad vulnera la reserva de los datos sensibles, su derecho a la intimidad y la normatividad vigente.

El empleador no es la persona idónea para juzgar o dudar del diagnóstico del trabajador, como tampoco de los días que necesita el trabajador para poder retomar sus actividades laborales, es decir, del criterio médico; además, no es la persona legalmente autorizada para conocer los datos sensibles del trabajador. En Colombia, es una práctica común pedir la historia clínica junto con la incapacidad médica, la cual es irrefutablemente errónea toda vez

que el contenido de la incapacidad médica es parte integral de la historia clínica, goza de toda validez, veracidad y autenticidad dada por un profesional a cargo.

#### **1.24. El manejo de la historia clínica en menores de edad**

La historia clínica puede contener datos sensibles de cualquier persona, es decir, cubre todos los rangos de edad. En el caso de la historia clínica de un menor de edad, sus datos sensibles están dotados de una protección especial, un tratamiento que asegura el respeto de los derechos prevalentes de los niños contemplado en el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, y es un deber de las entidades educativas salvaguardar todos los derechos de los niños, inclusive de los derechos modernos como lo es el derecho al *habeas data*, el cual se vulnera con los datos de tipo médico.

Cuando un menor de edad lleva la incapacidad médica al colegio, el diagnóstico anotado en esta es un dato sensible de un menor de edad, su derecho a la privacidad y a la protección de la información personal está siendo vulnerado; no obstante, en ocasiones le solicitan copia de la historia clínica. La institución educativa no tiene impacto directo en la salud del menor al conocer esos datos sensibles, lo que hace es vulnerar la normatividad colombiana y los derechos prevalentes de los menores de edad, no tiene justificación alguna conocer más allá de los días de incapacidad del menor de edad.

Cuando la entidad prestadora de salud solicita la historia clínica para entregar los medicamentos que están prescritos en la fórmula, está conociendo información más allá de la necesaria para la entrega de los medicamentos. La fórmula médica, que es el documento más idóneo para la entrega de sus medicamentos, está respaldada por un profesional, es decir, está realizada a su criterio profesional. Así, la copia historia clínica contiene datos más allá

de los necesarios para la dispensación de los medicamentos, lo cual se encuentra estrictamente en la fórmula médica.



## **2. Capítulo 2. La historia clínica y el *habeas data***

### **2.1. Antecedentes de la historia clínica hipocrática**

*Katástasis*, palabra griega utilizada en el libro de las Epidemias I y III, hacía referencia a las generalidades de la sintomatología de un paciente; en tal virtud, al hablar de las enfermedades acatastáticas se referían a aquellas dolencias poco comunes y de difícil percepción para el galeno. Acto seguido, el médico hacía una caracterización numeral para mayor entendimiento —“enfermo primero”, “enfermo segundo”, etc.—, y posteriormente una mención nominal, es decir, la anotación del nombre. Lo anterior era complementado con el seguimiento cronológico que les hacían a los pacientes en pro de que quedara el registro diario de la sintomatología del enfermo hasta la curación o hasta la muerte (Laín, 1998).

Es importante resaltar que la historia clínica estaba conformada por *nousus*, este, a su vez, se componía del *semion*, que era aquel signo percibido por el médico, es decir, todo aquello que él podía observar, olfatear, sentir y degustar; por otro lado, se encontraba el *páthema*, que refería a aquella sintomatología que el paciente describe al galeno. La historia clínica, tal como se mencionó anteriormente, estaba organizada de tal forma que las características sociales y culturales podían ser importantes para la detección y entendimiento de un tipo de enfermedad (Posada y Quintero, 2012).

### **2.2. Estructura de la historia clínica hipocrática**

Estructuralmente la historia clínica estaba organizada, en primer lugar, por una mención numeral; como segunda medida, se escribía el nombre del paciente, seguido del lugar donde habitaba y su entorno social; posteriormente, se encontraban los antecedentes que pudiese tener ese paciente y la descripción cronológica, diaria y detallada a que se hacía referencia

en el acápite anterior. Así, se daba fin con la sanación del enfermo, lo que se le denominaba *Katarsis* o con la muerte no violenta conocida como el *Thánatos*. Con este cúmulo de información, Hipócrates pretendía enseñar a futuras generaciones la importancia de saber cómo actuar de acuerdo con las descripciones contenidas en el documento clínico, de manera que la actividad a desarrollar por el galeno debía ser lógica y concordante con la sintomatología del enfermo (Posada y Quintero, 2012).

### **2.3. La actividad médica como actividad riesgosa**

La actividad médica genera dentro de las distintas profesiones un alto grado de compromiso y sensibilidad social, ello en razón de que los miembros de las comunidades requieren en algún momento la asistencia médica; además, es una actividad riesgosa porque sus errores o imprecisiones pueden poner en riesgo la vida de un ser humano, ya que la salud es un completo bienestar y no solamente la ausencia de enfermedad. Es importante considerar que se habla de bienestar proporcionado en distintos escenarios como a nivel social, psicológico, emocional, físico, y cuya alteración o ausencia altera su órbita y su contexto (Fortich, 2013).

### **2.4. Actividad paternalista en la actividad médica**

La medicina antes del segundo milenio se enfoca en una actividad paternalista, la decisión sobre la salud del paciente era solamente tomada por el médico, con base en su conocimiento y en su experiencia adquirida durante su vida. Se podría decir que en esa época el paciente era ignorante de su propia enfermedad y, por consiguiente, no se le permitía decidir sobre su bienestar. Antes del siglo XIX, gran cantidad de la información sobre los pacientes y las enfermedades se comenzó a registrar por una necesidad práctica y educativa de la medicina, notas de evolución clínica, tratamientos, diagnósticos, ello con el fin de conocer cada vez

más la enfermedad, su evolución y su pronóstico, dejando constancia de datos científicos o de salud registrados con el transcurso del tiempo (Martínez, 2013).

## **2.5. La dignidad humana en la actividad médica**

El ser humano es complejo y aún más la realidad humana, la persona como ser individual es diferente a los demás en muchos aspectos, fisonomía, temperamento, figura, religión, etc. El ser humano es superior, es digno, pero no precisamente radica en el orden biológico hay una realidad diferente, y es su espiritualidad, el ser humano tiene derechos inherentes a él, la dignidad humana radica en que el hombre es capaz de trascender su entorno, sus propios impulsos instintivos, alcanza esa realidad elevada un campo de visión más amplia, sueña con ese hombre evolucionado, tiene una base a la estructuración, una escala de valores (Zuleta, 2012).

## **2.6. La Constitución Política de Colombia y la dignidad humana del paciente**

La Constitución Política en Colombia, conocida y consagrada como norma de normas, contempla la dignidad humana como uno de los principios que le da fundamento al Estado, es un valor jurídico fundamental, el centro de la sociedad, es el comienzo de un sin número de derechos individuales y colectivos. Radica entonces la importancia de la actividad médica, como ciencia en torno al ser humano, en tener como fundamento la dignidad humana, valor absoluto de todos los seres humanos; por tanto, implica el respeto a la vida, en otras palabras, a ninguna persona se le puede menospreciar su humanidad, su dignidad está en relación con su información y con su derecho a conocer (Bautista, 2018).

## **2.7. La importancia de la organización y clasificación de los datos**

Cuando se manejan datos de manera aislada, ya sea que su origen sea de entrevistas o de observaciones, no son más que informaciones puntuales, poco dicen por sí mismos. Para dar respuesta a una pregunta científica es necesario que estén ordenados y cubran todos los aspectos del problema inicialmente planteado, deben ser organizados de manera sistemática y en función de los conocimientos que se buscan, con mayor relevancia cuando es una observación o entrevista con muchos datos que se da de manera dispendiosa y prolongada, siendo este el caso de la historia médica de un paciente, datos de identificación, antecedentes, cuadro clínico actual, exámenes previos, procedimientos desde su nacimiento y antecedentes de su embarazo, entre otros (Sabino, 1999).

El punto de partida inevitablemente es organizar todo el conocimiento e información que puede estar dispersa, integrándola en un sistema que permita una evolución y comprensión global de los datos recolectados. Un ejemplo histórico de la complejidad que representa el organizar información es el estudio de los animales que tienen múltiples diferencias y similitudes, frente al cual Aristóteles consideró indispensable abordar el tema con metodología y por separado; con el transcurso del tiempo, en la actividad médica se hizo necesario ordenar de manera cuidadosa, creando un método para organizar la información disponible con el fin de que esté al alcance del personal necesario en todo momento (Sabino, 1999).

## **2.8. La *anamnesis* en la actividad médica**

Cuando un paciente o sus familiares se acercan al personal de salud, inicialmente se lleva a cabo una entrevista con el objetivo de obtener la mayor información posible sobre los

cambios que hayan observado, sensaciones anormales, antecedentes personales y familiares, relato que incluye no solamente la enfermedad actual, sino también enfermedades anteriores a esa entrevista o interrogatorio se le conoce como *anamnesis* (Cediel, 2002).

La historia clínica se va configurando con el registro de la anamnesis, la revisión de exámenes médicos y la exploración del cuerpo humano por parte del médico que se conoce como “examen físico”. Durante toda su vida el médico hará esos dos métodos de exploración, con base en estos dos pasos y posterior a un razonamiento se hace un procesamiento de la información recolectada y un planteamiento de sus posibilidades diagnósticas, con lo cual se toman unas decisiones, se hace un plan de tratamiento o de estudio y siempre se registra la firma de quien elabora la historia clínica (Cediel, 2002).

## **2.9. El banco de datos y la historia clínica**

Todos esos pasos anteriormente referidos se registran y se organizan (como en el caso de los exámenes médicos). Los resultados e interpretaciones quedan plasmados en documentos escritos, gráficos, sonoros y dispositivos de almacenamiento como CD, además, con el advenimiento de las nuevas tecnologías, en una base de datos en la que no solamente médicos, sino personal de salud en general pueden realizar registros o consultas (Bautista, 2018).

En resumen, la historia clínica es la narración escrita de la historia del paciente en un orden cronológico de su estado salud, la cual puede estar soportada en papel o de manera digital, de tal forma que debe ser clara, precisa, detallada y ordenada, registrando todos los datos del paciente, conocimiento y análisis científico por parte del personal de salud; también de datos tanto personales como familiares que se refieren a un paciente y que sirven como hoja de ruta

para el análisis definitivo de su enfermedad actual y evolución (Santa Cruz, 2016).

## **2.10. Características de la historia clínica**

La doctrina ha intentado en resaltar una serie de características propias de la historia clínica (Paredes, 2017), como lo son:

- Única. Es una por cada paciente y contiene toda su información, al menos debe ser una por cada centro médico.
- Segura. Debe contener todos los anexos de la historia clínica, documentos de los procedimientos, consultas, consentimientos, paraclínicos, registro de atenciones en urgencias, identificación y datos de los profesionales intervinientes.
- Auténtica. Se debe garantizar que su contenido es veraz y no ha sufrido modificaciones, además de que es posible obtener copias de esta.
- Confidencial. Garantizando su reserva y limitando su acceso.
- Disponible. Permitiendo el acceso a quien pueda obtener la información.
- Legible y ordenada. Permitir su análisis e interpretación de la manera más óptima

## **2.11. Contenido de la historia clínica**

El contenido de la historia clínica es el registro de toda la información recibida en la atención del paciente, información que es relevante para el conocimiento verídico y actualizado del estado de salud. Es el principal documento de información del paciente, aunque puede no ser el único, hay otros documentos con connotaciones legales diferentes como son documentos con información de las condiciones de las viviendas, riesgos en salud pública de una o varias

personas, campañas de prevención y promoción que pueden incidir directa o indirectamente en la conclusión de un diagnóstico y no se registran en la historia clínica (Correa, 2015).

El registro, además, incluye una identificación del paciente, de sus responsables o de su acompañante al momento de su atención; permite visualizar una serie de hechos, valoraciones y diagnósticos necesarios que han dado lugar a la atención en salud. En otras palabras, el registro contiene su identificación, sus antecedentes y su evolución histórica del estado de salud física, social y psíquica del paciente.

La salud ha sido conocida históricamente como la ausencia de enfermedad; sin embargo, la OMS (Organización Mundial de la Salud) adoptó la definición de salud como “la situación que se refiere al bienestar físico, mental y social, y no es solamente la ausencia de enfermedades y dolencias” (Correa, 2015).

## **2.12. Organización de la historia clínica**

Vale la pena considerar que “La anamnesis implica mucho más que una simple serie de preguntas; entraña en escuchar al paciente e intentar comprender su modo de vida, sus esperanzas y sus temores” (Cediel, 2002); además, se incluyen dentro del acto médico y la historia clínica los datos mencionados a continuación.

- **Motivo de consulta:** es la queja principal referida por el paciente en el momento de la atención o la expresión de un fenómeno que se registra en la historia clínica con sus propias palabras, sin tecnicismos, se usan las palabras del paciente entre comillas, por ejemplo: “me duelen las coyunturas”, haciendo referencia a dolor en las articulaciones.

- Enfermedad actual: se registran todos los detalles relacionados con la enfermedad actual, desde el momento de su inicio y su evolución en el tiempo de forma cronológica.
- Revisión por sistemas: el personal de salud interroga sobre el funcionamiento de otros órganos y sistemas, sistema urinario, respiratorio, cardiopulmonar, entre otros, y cuya información no necesariamente fueron referidos en la enfermedad actual.
- Antecedentes personales: enfermedades o antecedentes relevantes en la infancia, enfermedades en la familia, enfermedades actuales y sus tratamientos, cirugías, hábitos sexuales, consumo de sustancias tóxicas, dieta, alergias, uso de medicamentos, estilo de vida, entre otros.
- Examen físico: es la exploración cuidadosa y detallada que se hace sobre el cuerpo humano, se incluyen signos vitales (tensión arterial, temperatura, frecuencia cardiaca, frecuencia respiratoria, saturación de oxígeno) y apariencia general, registrando las técnicas del examen —inspección, palpación, percusión y auscultación—.
- Discusión diagnóstica: con base en la información obtenida anteriormente se hace una tentativa de diagnóstico por parte del médico.
- Plan de estudio y tratamiento: conducta médica a seguir, incluyendo exámenes a solicitar, recomendaciones generales y el tratamiento.
- Identificación de la persona que labora el documento: firma o nombre con identificación y profesión de la persona que realiza la historia clínica (Cediel, 2002)

En conclusión, el contenido de la historia clínica es la información que se recibe en las consultas y atenciones del paciente, no solamente sobre su estado de salud, también incluyen datos de identificación como lugar de residencia, lugar de procedencia, datos de contacto,



entre otros, y se encuentran diferentes documentos como: descripciones quirúrgicas, notas de enfermería, procedimientos ambulatorios, exámenes paraclínicos, consentimientos informados, etc. (Correa, 2015).

### **2.13. La importancia de la historia clínica**

Su mayor importancia se da desde el punto de vista de la atención al paciente, pues sus registros permiten un adecuado seguimiento a su estado de salud; aunque no se encuentre el médico que registró esa nota, esta se debe interpretar de manera clara y cronológica para su acceso y disponibilidad posterior. La responsabilidad de registro del motivo de consulta, la enfermedad actual, antecedentes, examen físico, análisis médico, plan de manejo, justificación de los procedimientos y exámenes paraclínicos, radica en el personal de salud; pero también el uso y tratamiento de los datos y, en general, de todo su contenido radica en todas las instituciones prestadoras de salud (Guzmán *et al.*, 1994).

### **2.14. Marco jurídico de la historia clínica en Colombia**

Es necesario remitirse al derecho médico cuando se habla de información de los pacientes, la asistencia en salud y a todas las obligaciones y deberes que giran en torno a la relación médico-paciente; los anteriores son asuntos de una complejidad especial para quien pretenda conocer o transmitir esos datos dotados de confidencialidad, íntimos, dotados de una reserva especial y en el marco jurídico de la relación de la protección de datos y el derecho médico (Correa, 2015).

El artículo 1 de la resolución 1995 de 1999 trata sobre las disposiciones en el manejo de la historia clínica del Ministerio de Salud, la define como:

La Historia Clínica es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley (Ministerio de Salud, 1999).

Como también está reglamentada, según el artículo 34 de la ley de ética médica, “la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley” (Congreso de la República de Colombia, 1981).

### **2.15. Los vacíos normativos atinentes a la historia clínica**

Por otra parte, existen vacíos en la regulación concreta sobre la historia clínica en el derecho colombiano. La doctrina puede haber dejado a un lado análisis complejos y más exhaustivos en aspectos relacionados directamente con la información de la historia clínica, estos adquieren mayor importancia cuando son datos dotados de una reserva especial, clasificados como datos sensibles, y se hace un intento por acudir al derecho español o europeo para trazar un camino a cumplir los estándares de protección de dichas zonas (Correa, 2015).

Además, debe regirse a un contenido de la más alta calidad científica, ya que la reserva dota de una connotación legal especial que se le reconoce en Colombia; frente a ello, vale la pena citar como ejemplo un hecho del 29 de septiembre de 1993, en el cual el magistrado Carlos Gaviria de la Corte Constitucional hizo referencia a las fuerzas armadas, afirmando “que los miembros de estas no pueden vulnerar la reserva de la historia clínica de quien pertenece a la institución castrense” (Guzmán, 1994).

En todos los procesos que se cuente con la información de la historia clínica debe haber un responsable del tratamiento de la información, también se debe contar con toda la capacidad humana, técnica, administrativa y de infraestructura para garantizar su seguridad, ello con el propósito de no permitir adulteración, pérdida, acceso a la información o acceso fraudulento a la información, término que no había sido empleado en la Ley 1266 de 2008 (Rojas,2014).

### **2.16. La historia clínica como medio de prueba**

La historia clínica es un documento científico de gran importancia, pero también es valioso porque se puede constituir dentro de un proceso judicial en una prueba documental; tiene la carga de la prueba y su autor es susceptible de ser interrogado ante la incertidumbre de la actividad médica, riesgos que ante la vulnerabilidad del ser humano no siempre corresponden al final esperado por las ciencias de la salud. No obstante, el profesional en su día a día está expuesto a errores por su misma condición humana, también a procesos legales donde su principal prueba de defensa será la historia clínica (Hurtado, 2016).

### **2.17. El secreto profesional y la historia clínica**

Se hace referencia al secreto profesional en el ejercicio de la medicina, ya que le da más importancia el hecho de mantener la reserva de la información que se revela en el acto médico. Este secreto ha sido un tema de interés a lo largo de la historia, ya en el siglo IV a.C. se consagra el “Juramento Hipocrático”, atribuido al médico griego Hipócrates, una de sus obligaciones es: “Guardaré silencio sobre todo aquello que, en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas” (Antomás y Huarte, 2011).

De su origen latino *Secretum*, “lo que debe ser guardado en reserva”, el secreto médico en la práctica médica es una obligación no solamente moral, sino también legal de todos los profesionales de la salud. Es un deber guardar silencio no solamente de lo que se registra, sino también lo que se ve, lo que se oye o se descubre en el acto médico, además de lo que realizaron durante su ejercicio profesional (Fiorentino, 2011).

### **2.18. El encargado y responsable de los datos en el acto médico**

Los documentos pueden ser originados en diferentes escenarios, consulta externa, salas de cirugía, servicios de urgencias, la casa u oficina del paciente —como lo es el caso de la atención domiciliaria—, la calle —en el caso de atención prehospitalaria, la hoja de traslado en ambulancia de la casa al centro de salud o entre instituciones asistenciales—; adicionalmente, con el advenimiento de la telemedicina, en cualquier parte del país, pero ello no implica que su información no sea de carácter reservado y de obligatorio registro (Correa, 2015).

### **2.19. El secreto profesional y el derecho a la intimidad**

La corte constitucional en Colombia considera que tiene un alcance distinto en cada profesión, dependiendo de la cercanía a la intimidad personal, familiar y del control del Estado sobre las mismas, es decir, en el caso específico de la medicina tiene un alcance de mayor rigurosidad en su reserva, toda vez que está íntimamente relacionado con la intimidad, derecho garantizado en el artículo 15 de la constitución política, tocando temas de la esfera personal o familiar (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

El secreto profesional en materia médica está regulado en la *Ley de Ética Médica*, la cual lo define de la siguiente manera:

Entiéndase por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales (Congreso de la República de Colombia, 1981).

Asimismo, el derecho al *habeas data* consagra indirectamente esa protección del secreto profesional, en otras palabras, de los datos sensibles (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Se debe considerar la información privada del paciente un don, es la expresión de una parte de su interior a otra persona, bajo una relación de confianza o de lealtad y compromiso, la cual no debe ser compartida con otras personas sin autorización del propio interesado, según sus propios criterios. En esa dirección, hay que proporcionar todas las políticas estatales y judiciales para garantizar el derecho a proteger su información privada y garantizando todas las posibilidades para dentro de su proyecto de vida salvaguardar la información sensible, es decir, respetar su dignidad humana (Antomás y Huarte, 2011).

## **2.20. Principios de la protección de datos en salud**

El paciente, cuando acude ante un centro asistencial, establece una relación de confianza con el personal de salud relación cuyo fin es la optimizar su atención médica, para esto deberá ceder información personal y familiar; no obstante, atiende siempre a su propio principio de la autonomía, ello en relación con que es libre de revelar la información que considere necesaria, pero la cual debe ser veraz y suficiente (Antomás y Huarte, 2011).

Los principios deontológicos en relación con la protección de los datos en salud son:

- Sobriedad. Registrar la información realmente necesaria para la atención en salud.
- Transparencia en todos los procesos que involucren el uso de la historia clínica.

- Responsabilidad, interrelacionada con la no maleficencia, porque los errores o la difusión de datos privados pueden generar consecuencias deletéreas para el paciente.
- Protección universal, deben ser protegidos en todos los centros de salud (Antomás y Huarte, 2011).

Asimismo, es posible hacer referencia a otros principios que están regulados en la Ley 1581 de 2012 como el principio de acceso y circulación restringida, es decir, que el acceso a la información se restringe a ser conocido por parte de terceros, los cuales no tienen autorización legal o por parte del directamente implicado que sería el paciente. Así, en tanto que no es información pública, sino de carácter privado, no debe estar disponible en medios que permitan la divulgación de la información, cuyo acceso ha de ser técnicamente controlado a los titulares o terceros autorizados y que, a diferencia de la Ley 1266 de 2008, no había sido contemplado (Rojas, 2014).

### **2.21. Dificultades de la salvaguarda y los protocolos de la historia clínica tradicional**

La historia clínica es un documento en el cual los profesionales de la salud registran la evolución y análisis clínico de cada paciente, esto exige que las instituciones de salud ejerzan custodia de la atención médica y aumenten los esfuerzos para contar con el espacio físico o virtual para guardar de la mejor manera posible las historias clínicas, contratar a personal calificado, capacitaciones en el manejo y búsqueda de la información. En el caso de la historia clínica en papel o en el caso de los consentimientos informados que requieren la firma del paciente, y no es posible digitalizarlos, al menos hay que custodiar su original en papel, toda vez que las instituciones prestadoras de servicios de salud son los responsables ante daños como la humedad, el deterioro, incendios, hurtos, entre otros (Parra y Palacio, 2016).

La historia clínica convencional presenta una serie de dificultades que se evidencian mucho más con las grandes cantidades de pacientes manejadas por las entidades prestadoras de salud, una dificultad radica en la imposibilidad de acceder de manera ágil o inmediata a la historia; la difícil lectura de las historias clínica por el adagio de “letra de médico”, el papel se deteriora con el tiempo, el espacio físico necesario para el almacenamiento en calidades óptimas es cada vez más grande, lo cual dificulta su búsqueda y cuidado. Con ello hay más riesgo para que la información sea susceptible de hurtos o pérdida por eventos ajenos a la institución, como incendios, además del mismo consumo de papel en contravía a un desarrollo sostenible (Solarte, 2015).

Estas dificultades pueden ser superadas con la historia clínica digital, la durabilidad de la información es mayor, se pueden realizar copias en menor tiempo, salvaguardando dichos datos, el acceso para el paciente puede estar con el acceso a la red desde cualquier sitio y se pueden disminuir la cantidad de documentos en físico para un mismo paciente, ayudando a centralizar toda la información de las entidades. Permite la historia digital la integridad de la información, toda vez que queda registro de su trazabilidad, la legibilidad del documento es posible sin modificaciones y, en últimas, se reducen costos económicos, evitando el consumo de papel, superando el riesgo de incendios en bodegas de almacenamiento y optimizando el uso del espacio (Solarte, 2015).

## **2.22. La historia clínica en la era digital**

Los cambios tecnológicos se manifiestan con rapidez, involucrándose en todos los procesos personales y empresariales, cambios rápidos, ágiles y funcionales que pueden ser controlados y tienen una trazabilidad, todo con el fin de generar mayor eficiencia y competitividad; no obstante, el sector salud no puede estar ajeno a estos cambios, su impacto se evidencia en

todos los sectores de la economía, cambios que deben permitir adaptabilidad a los nuevos sistemas, nuevas medidas de protección ante ataques informáticos o simplemente a su acceso (Parra y Palacio, 2016).

La constante transformación y evolución de la tecnología a nivel mundial, avances que van más rápido que la generación de las leyes, ha creado la necesidad para que en varios países establezcan parámetros jurídicos respecto al tratamiento de los datos personales en distintos escenarios como en el ámbito bancario, mercadeo, tributario, telecomunicaciones o, en el caso de esta investigación, en la atención en salud, lo anterior en conexión con derechos fundamentales de rango constitucional, como pueden ser dignidad humana, derecho a la intimidad, derecho a la información y derecho a la salud (Rodríguez, 2010).

### **2.23. Impacto de la evolución de la tecnología y la historia clínica**

El cambio de la historia clínica en papel a la historia clínica digital genera indiscutiblemente cambios en las estructuras organizacionales de las entidades prestadoras de servicios en salud, cambios que inicialmente generan una serie de adaptaciones para todo el personal de la entidad, incluyendo el médico y hasta para el mismo paciente, ya que antes era posible entregar una copia en físico de la historia clínica y ahora es posible, mediante un correo electrónico, hacer llegar dicha información. Estos procesos de adaptación deben ser de la manera más ágil y efectiva, además, deben con las mejores herramientas para poder ejecutarlo garantizando su seguridad (Parra y Palacio, 2016).

En el ámbito de salud, la innovación, el desarrollo de nuevas tecnologías y la norma en constante cambio, impulsa a las instituciones prestadoras de salud a mejorar sus procesos internos, dejando a un lado el trabajo tradicional que se ve en todos los sectores de la



economía. En Colombia, un país con muchas raíces del pasado y pensamientos tradicionales, diferentes al mundo en la actualidad, es de vital importancia generar procesos integrales en todas las fases de la atención en salud, promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación, desarrollos tecnológicos que aumentan el valor de la información personal gracias a esos avances que impactan directamente a instituciones públicas y privadas a nivel nacional e internacional (Parra y Palacio, 2016; Echavarría y León, 2014).

#### **2.24. El paciente como titular de los datos de la historia clínica**

Múltiples doctrinas existen referentes a la propiedad de la historia clínica, es de precisar que no existe unanimidad al respecto, pues, como bien se mencionó, diversas corrientes preceden el tema. Por una parte, se dice que la historia clínica es propiedad del autor del documento, es decir, del médico; otra corriente es aquella que dice que la historia es clínica es propiedad del paciente, teniendo en cuenta que es el titular, sin desconocer que esta última se integra con la autorización que debe mediar entre el titular y un tercero con el ánimo de seguir los lineamientos que rige la ley en materia de protección de dato.

Por último, hay quienes acogen la idea de que las instituciones prestadoras de salud, son aquellas que ostentan la propiedad de la historia clínica, ello basado en que las instituciones gozan del derecho de propiedad intelectual, almacenamiento, custodia, acceso y conservación. Por lo anterior, es posible concluir que alrededor de la historia clínica convergen una serie de derechos e intereses del paciente, del médico e instituciones prestadoras de salud (Pinzón, 2006).

### **3. Capítulo 3. El principio de ponderación en los derechos de la intimidad y el derecho a la información**

#### **3.1. El derecho a la intimidad en Colombia**

En el desarrollo de la construcción de la identidad personal, la protección a la intimidad como derecho fundamental busca salvaguardar la tutela de aquellos aspectos intrínsecos y característicos de la persona (Losada y Hermosilla, 2010). Gracias a la jurisprudencia colombiana proferida por las altas cortes se consagró el derecho a la intimidad como derecho fundamental autónomo, estos acontecimientos se dieron con ocasión a las circunstancias de violación a la intimidad por la que estaba pasando el país; respecto a lo anterior, se tiene como ejemplo la intromisión al domicilio ajeno e interceptación en las comunicaciones. Con ocasión a la necesidad de proteger este derecho hubo un avance en materia de derechos fundamentales (Calle, 2009).

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por motivo de riesgos que se estaban presentando en el manejo de las bases de datos donde el contenido de las mismas era de índole crediticio, se consagró como derecho autónomo la intimidad, el cual desembocó posteriormente en la legislación en materia de *habeas data* (Calle, 2009).

#### **3.2. El derecho a la intimidad y la Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La democracia guarda una relación directa con el derecho a la intimidad; así las cosas, la privacidad de la persona está protegida en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en diversos tratados internacionales. Frosini (1989) consideró que la vulneración a la vida privada es posible cuando se recolectan, comparan y se adicionan datos que sean analizados por medios tecnológicos (Cano, 2012).

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, consagra el derecho a la intimidad, artículo que protege a las personas de intervenciones arbitrarias en su vida privada, familia, domicilio e inclusive en su honra y reputación; es el comienzo de la garantía de la protección de datos. En este orden de ideas, posteriormente fue ratificado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y por la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Rojas, 2014).

En 1988, el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de su Observación General Número 1621, hace referencia al “derecho a la intimidad”, el cual se vulnera con esas injerencias ilegales y arbitrarias a la esfera de la vida privada de toda persona como lo es su familia, su domicilio o datos muy íntimos, como lo son los de su salud, es decir, los datos sensibles (López, 2010).

### **3.3. La constitución política colombiana y el derecho a la intimidad**

El derecho a la intimidad constitucionalmente se encuentra dentro del mismo rango que los fundamentales, es por ello que este no puede ser violentado arbitrariamente en razón de que pertenece a la esfera de lo sagrado y de lo secreto de la personalidad de cada individuo. Solamente con la autorización del titular se puede hacer uso y manejo del dato puesto a disposición de terceros. En ese entendido, una vez la información sale a la esfera de lo público por disposición del mismo, la persona puede verse expuesta a críticas de cualquier índole; no obstante, esto no significa que las personas que pertenecen a la opinión pública no gocen de este derecho, todo lo contrario, es cuando más se debe salvaguardar en tanto se convierte en la población más vulnerable (Cano, 2012).

La Constitución Política de Colombia, en su artículo 15, consagra conceptos como intimidad, buen nombre, conocer, actualizar y ratificar la información, conceptos que se mantienen en derechos jurídicamente tutelables, frente a los que el estado ha venido garantizado su protección a través de la creación de nuevas políticas y legislación, ello en aras de salvaguardar aquellos datos de índole personal manejados o tratados por personas, bien sea jurídicas o naturales del sector público o privado (Rojas, 2014).

De conformidad con lo plasmado en el ordenamiento jurídico, el derecho a la intimidad se puede ver afectado por diversas circunstancias tales como la divulgación de aspectos netamente íntimos o secretos de la persona, la impertinencia, imprudencia o mal interpretación de los mismos y, por último, la intromisión indiscriminadamente a tales aspectos. Sin embargo, en la ponderación del derecho a la intimidad y el derecho a la información, prima el uno del otro dependiendo la situación que acontece en el momento. Lo anterior se debe a que existen motivos en los cuales, en ocasiones, prima el derecho a la información, como puede ser el caso en temas de seguridad nacional, investigaciones adelantadas por la jurisdicción penal y civil, entre otros. De ello se sigue que el derecho a la intimidad no es absoluto, ya que puede verse ponderado en distintas ocasiones (Cano, 2012).

#### **3.4. El derecho a la intimidad y el *habeas data* clínico**

El derecho al *habeas data* ha estado ligado con el derecho a la intimidad, tanto así que en el desarrollo jurisprudencial constitucional inicialmente fue interpretado como una garantía a la intimidad, toda vez que los datos pertenecen a la vida privada y familiar, una esfera individual, blindada jurídicamente, en la que cada persona realiza su proyecto de vida. Posteriormente, fue interpretado como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, en el cual se le brindan a las personas todas las condiciones para el desarrollo

de su proyecto de vida; sin embargo, a partir de 1995, es un derecho autónomo y se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como lo es la intimidad.

### **3.5. Diferencia entre la intimidad y la privacidad**

La palabra íntimo proviene del latín *intimus*, que significa “aquello que está más adentro, lo más interior, el fondo”; en un contexto más específico es “el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades no deseadas” (Fiallos, 2017).

Téngase como privacidad aquel conglomerado de actividades que la persona pretende reservarse para sí, ya que, si bien dichas actividades podrían tener una connotación sin relevancia ante los ojos de terceros, posiblemente el titular de la información sí lo considera de guarda para su propio conocimiento, ello en razón de que ante el descubrimiento de determinada situación puede existir una violación al derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Adicionalmente, la privacidad está directamente relacionada con el derecho que poseen las personas para desenvolverse libremente en los ámbitos familiares, culturales y sociales donde el individuo determina qué tanto expresa o exterioriza sus pensamientos, sentimientos y demás, sin que nadie tenga el derecho a entrometerse e inmiscuirse en la vida personal de aquel titular y más con el avance de la tecnología. Así, los Estados se han visto obligados a reforzar sus políticas públicas para la salvaguarda de dicho derecho (Quiroz, 2016).

En suma, las diferencias que existen entre la intimidad y la privacidad o que distinguen una de la otra es que todo aquello que se considera íntimo es privado, pero no todo lo que se

considera privado es íntimo, pues la intimidad está ligada a la esfera de lo secreto, de lo singularizado, donde inclusive la única persona que conoce tal situación es el titular del derecho, en este se encuentran datos de un aspecto más general. En cambio, la privacidad tiene a exteriorizarse, no está tan restringida como lo secreto. Sin embargo, semánticamente son más las similitudes que se evidencia, entre uno y otro, tanto así que generalmente se entienden como sinónimos (Fiallos, 2017).

Así las cosas, el derecho a la intimidad está diseñado para proteger contra terceros interesados, bien sea personas naturales o jurídicas del sector público o privado, cualquier tipo de intromisión, toda vez que el titular del derecho cuenta con la facultad para guardar aquel dato que él considere íntimo, pudiendo constitucionalmente imponer ante estos terceros la publicación o difusión sin su consentimiento (López, 2011).

### **3.6. El derecho a la información en la prestación del servicio médico**

Según la Corte Constitucional, el derecho a la información no es un derecho del todo absoluto en tanto que está directamente relacionado con la verdad, no es permitido difundir información que no es cierta y objetiva; no obstante, no debe ser utilizado para vulnerar la reserva de datos sensibles ni afectar el honor y el buen nombre de las personas. La información que reposa en las bases de datos debe ser veraz, actualizada, completa, imparcial y suficiente, es decir, debe abarcar todos los aspectos del objeto de dicha información (Cano, 2012).

### **3.7. La historia clínica y el derecho a la vida**

Los datos de la historia clínica tienen importancia porque están ligados con el derecho a la vida, información necesaria para la atención sanitaria; estos datos resultan necesarios para el

seguimiento clínico de los pacientes, la supresión de datos relevantes en dicho documento puede afectar gravemente su tratamiento y su pronóstico de vida, es decir, la atención sanitaria, el derecho a la salud, el derecho a la protección de los datos personales, en últimas acude al derecho a la vida, bien jurídico bajo protección especial del Estado de derecho colombiano (Cerezo, 2016).

En el ámbito europeo, la protección de datos sensibles está regulada en la Ley de Protección de Datos, la cual se encarga de la información de los datos sanitarios y la autonomía del paciente; así, como punto de inicio se relaciona con el Convenio de Oviedo sobre derechos humanos y biomedicina de 1997, el cual en su artículo 10 liga la vida privada con el derecho a la información (Cerezo, 2016). Vale la pena considerar respecto a lo anterior que:

1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.
2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.
3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2. (Cerezo, 2016)

### **3.8. El derecho a la información en el marco de los Derechos Humanos**

El convenio del párrafo anterior refiere que la vulneración de la reserva de datos privados puede estar justificada en tanto que sea permitida por la ley y sea necesaria, dependiendo del contexto, seguridad nacional, seguridad pública, protección de la salud o protección de derechos o libertades de un tercero, ello respetando la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la cual “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas

en su vida privada , en la de su familia , en su domicilio o en su correspondencia”, pero sí pueden haber legítimas invasiones a sus datos personales (Cuevas, 2015).

Ahora bien, la Convención Interamericana de Derechos Humanos no es exacta en sus causales legítimas de invasión a la privacidad, al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que como generalidad refieren “el derecho de los otros, la protección de la salud, el orden, la seguridad y la moral públicas”. Así las cosas, no existe un reconocimiento al derecho a la protección de datos como derecho absoluto al igual que el de la información, las personas están sujetas a una vida privada, pero no es absoluta (Cuevas, 2015).



#### **4. Propuesta**

Una propuesta de este trabajo de investigación radica en que el cumplimiento de la Ley 1581 de 2012, al tener impacto en todos los grupos económicos y de servicios en un país, también debe garantizar el derecho a la salud como derecho fundamental, consagrado en la Ley Estatutaria 1751 del 2015. Lo anterior implica también un adecuado uso de la información del paciente, entendiéndose su derecho a rectificar, conocer y actualizar sus datos, una adecuada protección a ellos y el respeto por su intimidad, es decir, el desarrollo de su proyecto de vida y su dignidad humana.

De este modo, también es importante desarrollar políticas empresariales para el adecuado tratamiento de los datos personales de los empleados de la empresa, entendiéndose la necesidad de garantizar la dignidad humana como valor fundamental de la sociedad en conexión con el derecho a la intimidad, privacidad y salud de sus empleados. Adicionalmente, presumiendo la buena fe del trabajador y del médico al momento de la prescripción de una incapacidad.

Se advierte la necesidad en situaciones puntuales de la verificación de la información por parte del empleador, pero que esta sea dada por los procedimientos legales adecuados; aun así, conociendo la información, darle el uso necesario y en caso de duda en su veracidad, acudir ante las instancias judiciales para desvirtuar el contenido de los documentos y de la información registrada en la historia clínica o en una incapacidad.

De este modo, se procura informar a las instituciones educativas de la protección de la intimidad, principalmente de los menores de edad, en relación con su dignidad humana y la protección de sus datos sensibles, toda vez que el conocimiento de algún dato sensible por parte de las instituciones educativas va en contra de la protección especial de los menores,

máxime cuando en ocasiones un menor de edad puede no tener el adecuado cuidado con un documento de la importancia de la historia clínica y cuya información en poder de terceros puede ocasionar problemas de convivencia en una comunidad.

En primera medida, las instituciones prestadoras de salud deben realizar un ajuste de los formatos de incapacidades médicas en las instituciones de salud, es necesario que cuente con la información de los días de incapacidad y la información de identificación necesaria para el caso, esto en concordancia con un modelo de salud que tenga como fin una atención de calidad, lo cual implica accesibilidad legal de su información.

La idoneidad de la incapacidad médica como componente integral de la historia clínica no puede ponerse en duda al no estar el diagnóstico anotado en la incapacidad médica, es un documento frente al cual se presume autenticidad y debe gozar de reserva.

Asimismo, el respeto de la salud como derecho fundamental está relacionado directamente con el cumplimiento, la obligatoriedad y la disponibilidad de medicamentos, responsabilidad del Estado en garantizar la disponibilidad de los servicios de salud (incluye el despacho de medicamentos) sin interrupciones o dilaciones por razones administrativas, como es el caso de la presentación de la copia de la historia clínica para reclamar los medicamentos.

Colombia necesita un mejor desarrollo de tecnologías en los sistemas de salud, con mayor diversidad y más ágil de consultar; además, es necesaria la articulación de las instituciones prestadoras de salud en materia del uso datos personales, entendiéndose específicamente la historia clínica, ello con el fin de garantizar un acceso ágil y legal de la información en el momento de la atención médica, esto se verá reflejado en satisfacción del paciente, mayor rentabilidad, mejor acceso al sistema de salud, alta calidad y seguridad en la atención.

Lo anterior en aras de garantizar los derechos de los titulares de la información y de aquellos terceros que indeterminadamente desean confirmar aspectos relativos a las incapacidades y autorizaciones para la entrega de medicamentos, haciendo referencia a empleadores, instituciones educativas y entidades prestadoras de salud (droguerías). La presente investigación pretende dar a conocer un Plan de Desarrollo para la Confirmación de la Información Relativo a la Salud (PDCIRS).

Así las cosas, la propuesta de esta investigación radica en que el PDCIRS deberá manejar específicamente tres frentes: el primero de ellos estará destinado para aquellos empleadores que desean confirmar los días de incapacidad presentados por los trabajadores, los cuales fueron otorgados por las entidades prestadoras de salud; el segundo frente estará dedicado a las instituciones de educación que desean corroborar los días de incapacidad de sus estudiantes, sin embargo, este será desarrollado exclusivamente para aquellos pacientes que son estudiantes menores de edad, en el cual los padres de familia tendrán un papel fundamental; para finalizar, el tercer frente abarcará a las instituciones de salud (droguerías), mediante el cual se pretende garantizar el derecho a la salud de los pacientes a través de un sistema que agilizará el acceso a los medicamentos.

Por consiguiente, la propuesta radica en la creación de una institución que se encargue de una segunda revisión de las historias clínicas, a la cual podrán asistir los empleadores y las instituciones de educación que pretendan solicitar una segunda revisión de las incapacidades de los trabajadores o estudiantes. Esta institución solicitará la historia clínica a la entidad prestadora de salud con el ánimo de estudiar si efectivamente el paciente debía tener determinados días de incapacidad. Una vez estudiada la historia clínica por la institución de segunda revisión, emitirá respuesta al empleador o a la institución educativa. Sin embargo,

esta respuesta deberá ser un “sí” o un “no”, sin que necesariamente la entidad tenga que emitir detalle alguno frente a la historia clínica del paciente. Ahora bien, en caso de ser negativa la respuesta, el titular del dato podrá solicitar una segunda revisión a la misma institución de revisión y podrá aportar la documentación que resulte necesaria, ello con el fin de garantizar el derecho al debido proceso y a la defensa.

## 5. Conclusiones

En la investigación se comprobó que Colombia concede en su reglamentación la protección de los datos sensibles mediante la Ley 1581 de 2012 en conexión con derechos constitucionales como el derecho a la intimidad, a la información y a la dignidad humana. Se estableció que esta reglamentación ha permitido un avance en materia de protección del tratamiento de la información de los ciudadanos; asimismo, se percibió un constante esfuerzo del Estado y de las instituciones privadas en su implementación.

Se determinó que resoluciones como la 1995 de 1999 y la *Ley de Ética Médica*, son un reforzamiento jurídico para la atención en salud, optimizando sus procesos y su calidad. No obstante, se verificó que la atención en salud no es solamente garantizar el equilibrio físico y mental del paciente, es también garantizar los derechos derivados de esa atención médica; es en este escenario donde se encuentra la protección de sus datos y el acceso legal a ellos.

Se percibió que la protección de los datos de la historia clínica y sus anexos es una muestra clara de un desarrollo histórico legislativo y tecnológico que permite la protección de la dignidad humana en tanto valor fundamental de un Estado social de derecho, ello fue el resultado del avance de la tecnología y, por consiguiente, el uso de bases de datos en el sistema de salud. Dada la evidencia del impacto que la digitalización trae para una economía, la protección de datos debe ser un estímulo para la optimización de procesos institucionales y el conocimiento de su tratamiento por parte de todas las partes de la sociedad.

Uno de los hallazgos más relevantes consiste en que no hay justificación alguna para que sean conocidos datos sensibles de una persona por parte de terceros, como lo son empleadores o instituciones educativas; tampoco existe justificación frente a la solicitud de una copia de

la historia clínica para el despacho de medicamentos de las instituciones prestadoras de servicios de salud. En consecuencia, en el caso de las primeras es necesario conocer los días de incapacidad dados para una condición clínica, pero no es indispensable el conocer el diagnóstico, porque esta situación vulnera el *habeas data* del paciente; ahora bien, en el segundo caso solamente es necesaria la fórmula médica para acceder a los medicamentos.

## 6. Referencias

- Angarita, N. (2010). ¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 8(16).
- Antomás, J. y Huarte, S. (2011). Confidencialidad e historia clínica: Consideraciones ético-legales. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 34(1), 73-82.
- Bautista, G. (2018). Tensiones bioéticas y principios aplicables en misión médica: ¿existen límites en el cumplimiento del deber?. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 136-154.
- Calle, S. (2009). Apuntes jurídicos sobre la protección de datos personales a la luz de la actual norma de habeas data en Colombia. *Precedente. Revista Jurídica*, 119-136.
- Cano, L. (2012). Protección de datos en Colombia, avances y retos. *Revista Lebret*, 4(4), 195-214.
- Caro, M. (2015). *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: Editorial Reus.
- Cediel, R. (2002). *Semiología médica*. Bogotá: Editorial Médica Celsus.
- Cerezo, A. (2016). Protección de datos de carácter personal relativos a la salud del paciente: fundamentos, protección a la intimidad y comentarios al nuevo reglamento UE 2016/679. *Revista De Derecho UNED*, 19.

Congreso de la República de Colombia (1981). [Ley 23 de 1981]. Recuperado de [https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023\\_81.pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0023_81.pdf)

Congreso de la República de Colombia (2012). [Ley 1581 de 2012]. Recuperado de [http://www.Secretariasenado.Gov.Co/Senado/Basedoc/Ley\\_1581\\_2012.Html](http://www.Secretariasenado.Gov.Co/Senado/Basedoc/Ley_1581_2012.Html)

Correa, J. (2015). La historia clínica. Aspectos jurídicos y dilemas en el derecho español y colombiano. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 10(2), 125-144.

Corte Constitucional de Colombia (1995). [Sentencia T-176 de 1995]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-176-95.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2002). [Sentencia T-729 de 2002]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-729-02.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2008). [Sentencia C-1011 de 2008]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1011-08.htm>

Corte Constitucional de Colombia (2012). [Sentencia C-301 de 2012]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-301-12.htm>

Cuevas, I. (2015). El interés público como convergencia entre la libertad de expresión, el acceso a la información y el derecho a la vida privada. *Revista De Derecho*, 44, 267-306.

Echavarría, G. y León, J. (2014). Derecho a la salud y mercado. Casos Colombia y Latinoamérica. Recuperado de [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3115/1/Ga%C3%B1anJaime\\_De\\_rechosaludmercado.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/3115/1/Ga%C3%B1anJaime_De_rechosaludmercado.pdf)



- Fernández. C. y Baptista. P. (2014). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Editorial Nomos S.A.
- Fiallos, A. (2017). Reflexiones jurídicas sobre la protección de datos y el derecho a la intimidad en la autodeterminación informativa. *Foro. Revista de Derecho*, 27, 23-42.
- Florentino, J. A. (2011). Historia clínica. Nuevas consideraciones. *Revista de Pediatría del Hospital de Niños de Buenos Aires*, 53(240), 17.
- Fortich, A. (2013). La responsabilidad médica como actividad peligrosa: análisis de caso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Universitas*, 62(126).
- Frosini, V. (1988) *Informática y derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Gómez, A. (2016). Implicaciones de la Ley de Protección de Datos Personales en la gestión preventiva en seguridad y salud en el trabajo. *Iustitia*, 14, 211-221.
- Guzmán, F., Franco, E., Morales, M. y Mendoza, J. (1994). El acto médico: implicaciones éticas y legales. *Acta Médica Colombiana*, 19(3), 139-49.
- Hurtado, T. (2016). Diagnóstico médico. *Biociencias*, 11(1), 69-73.
- Huerta, P. (2017). *La génesis del derecho fundamental a la protección de datos personales*. Madrid. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid.
- Laín, P. (1998). *La historia clínica: historia y teoría del relato patográfico*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones científicas.
- López, J. (2010). Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales. *EAFIT Journal of International Law*, 5.

López, S. (2011). Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Revista de Derecho UNED*, 9, 43-59.

Losada, C. y Hermosilla, A. (2010). Secreto Profesional y Habeas Data. En *II Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVII Jornadas de Investigación Sexto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires.

Martínez, C. (2013). Límites al derecho de acceso a la información clínica en los casos de estado necesidad terapéutica y anotaciones subjetivas. Especial referencia al sistema español. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 8(2), 33-52.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (2013). [Decreto 1377 de 2013]. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/JUNIO/27/DECRETO%201377%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202013.pdf>

Ministerio de Salud (1999). [Resolución 1995 de 1999]. Recuperado de [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201995%20DE%201999.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/RESOLUCI%C3%93N%201995%20DE%201999.pdf)

Ordóñez, L. (2017). La protección de datos personales en los estados que conforman la comunidad andina: estudio comparado y precisiones para un modelo interamericano de integración. *Foro Revista De Derecho*, 27, 83-114.

- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [Unesco] (1968). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de [ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)
- Osorio, F. (2004). Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2, 235-259
- Paredes, P. (2017). La historia clínica: acceso, disponibilidad y seguridad. *Bioderecho. Revista internacional de investigación en Bioderecho*, 6(6).
- Parra, T. y Palacio, D. (2016). Evolución de la historia clínica electrónica en el sector salud en Colombia. *QUID: Investigación, Ciencia y Tecnología*, 27, 41-47
- Pérez, A. (1990). Del hábeas corpus al hábeas Data. Recuperado de [http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/6\\_16.pdf](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/6_16.pdf)
- Pinzón, C. (2006). La historia clínica informatizada. Evaluación de los casos colombiano y español. *MedUNAB*, 9(1), 63-71.
- Posada, M. y Quintero, M. (2012). Historia de la historia clínica. *Galicia Clínica*, 73(1), 21-26.
- Proyecto Grado Cero AEJ (2014). Positivismo y Derecho Natural, una Entrevista con el Dr Rodolfo Luis Vigo. Recuperado de <https://youtu.be/19z9SrVjfdQ>
- Quiroz, R. (2016). El *habeas data*, protección al derecho a la información y a la autodeterminación informativa. *Letras*, 87(126), 23-49.

- Recio, M. (2017). Big data: hacia la protección de datos personales basada en una transparencia y responsabilidad aumentadas. *Revista de Derecho. Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 17.
- Rodríguez, L. (2010). Honor y dignidad de la persona. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 20.
- Rojas, M. (2014). Evolución del derecho de protección de datos personales en Colombia respecto a estándares internacionales. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 8(1), 107-139.
- Ruiz, J. (2015). Bobbio in pravni pozitivizem. *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 26, 7-12.
- Sabino, C. (1999). *Los caminos de la ciencia*. Bogotá: Panamericana Editorial.
- Salvador, V. (2017). El futuro marco legal para la protección del acceso a los datos. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 26(47).
- Santa Cruz, K., Mejía, K. y Figueroa, C. (2016). Calidad de los registros. Recuperado de <http://repositorio.upch.edu.pe/bitstream/handle/upch/595/Calidad+de+los+registros+e+lectr%F3nicos+de+enfermer%EDA+y+los+factores+que+influyen+en+la+Unidad+de+Cuidado+Intensivo+del+Hospital+Guillermo+Kaelin+de+la+Fuente,+junio+2016.pdf;jsessionid=8E15572AD42E96CB2506CE5A1618F51A?sequence=1>
- Solarte, G. (2015). Historia clínica electrónica desde un dispositivo móvil. *Scientia et Technica*, 20(4).
- Zuleta, J. (2012). *Fundamentos para iniciarse en el derecho*. Bogotá: Jurista Humanista.

