

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE SALUD EN PERÚ EN EL CONTEXTO COVID-19

Raúl Vásquez Rodríguez¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 28 de diciembre de 2020

Resumen

Este artículo estudia el aparente conflicto que existe entre el derecho fundamental relacionado con la salud y la integridad de la persona, y el vinculado con la privacidad y la protección de datos personales, enmarcado en el contexto de la emergencia sanitaria del Covid-19 en el Perú, a fin de descartar tal situación de conflicto y esclarecer la interacción positiva entre ambos derechos, a partir del análisis de la normativa constitucional y legal peruana vinculada.

Palabras clave: Derecho a la salud - Protección de datos personales - datos personales de salud

Title: Personal health data protection in Peru in the context of Covid-19 pandemic.

Abstract

This paper studies the alleged struggle between right to health and bodily integrity and the right to privacy and personal data protection, in the framework of Covid-19 public health emergency in Peru, in order to reject that struggle, and show facts that demonstrate the beneficial interaction between such human rights, based on analysis of Peruvian Constitution and laws related.

Keywords: Right to health - Personal data protection - Personal health data

¹ Abogado y Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia (Pontificia Universidad Católica del Perú). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca, España). Miembro del Colegio de Abogados de Lima, Perú.

I. Introducción

La pandemia del Covid-19 ha alterado las actividades humanas y de la sociedad en todo el mundo, especialmente en países como Perú que, por sus particularidades, presentan cierto grado de vulnerabilidad.

Para mitigar los riesgos relacionados con dicha pandemia, el Poder Ejecutivo peruano emitió el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, mediante el cual se declaró el estado de Emergencia Nacional y se adoptó una serie de medidas para la prevención del contagio, como el aislamiento social o las restricciones de ciertos derechos fundamentales (libertad de reunión y movimiento); medidas que fueron complementadas a través de otras normas, lineamientos sectoriales, el uso de tecnologías de la información, así como con el tratamiento de datos personales.

En una circunstancia como la actual, de riesgo para la salud pública y consecuente necesidad de acciones de prevención, son imprescindibles los actos de recopilación y procesamiento de la información relativa a la salud de las personas, efectuados desde el diagnóstico hasta el seguimiento de posibles focos de contagio, pasando por la preservación de condiciones de seguridad y salud mínimas para trabajadores. Asimismo, se requiere el manejo de datos personales de posibles infectados y personas de su entorno por parte de entidades públicas e incluso privadas, lo cual puede implicar una invasión a la privacidad de tales personas, así como el riesgo de difusión no deseada de sus datos personales.

Lo mencionado pone en manifiesto la interacción que existe entre el derecho a la salud, entendido ampliamente como derecho fundamental de la persona, constitucionalmente reconocido en Perú, y el derecho fundamental a la protección de datos personales; interacción que, inicialmente, parecería tender al conflicto. No obstante, como se irá esclareciendo, existen en el sistema jurídico peruano soluciones que hacen funcional dicha interacción, surgidas de la Ley N°

29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP) y su reglamento.

Para demostrar tal interacción, se estudiarán preliminarmente los componentes normativos de cada uno de los derechos mencionados, comenzando por el derecho a la salud, para luego pasar al análisis del derecho fundamental a la protección de datos personales y su normativa (LPDP y su reglamento), incidiendo en lo relativo al consentimiento para el tratamiento de los datos personales relativos a la salud, entendido como la manifestación de voluntad consciente de la persona respecto del tratamiento de sus datos personales. Con ello, se irá trazando la forma en que se puede resguardar ambos derechos, obteniendo una respuesta aplicable a la actual situación de emergencia sanitaria o cualquier otro escenario donde tenga lugar el mencionado encuentro de derechos.

II. El derecho a la protección de la salud en el derecho peruano

Es necesario comenzar con la mención general del derecho, entendiéndolo como derivado del derecho fundamental a la integridad, contemplado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución), siendo irrenunciable e inalienable, por corresponder a la dignidad de la persona; y por otro lado, como relacionado al derecho constitucionalmente protegido a la salud, previsto en el capítulo II del título I de la mencionada carta magna, el cual se compone de otras disposiciones referidas a la salud individual, familiar y a su preservación en la comunidad (RUBIO, 2017: pp. 58-59), así como a las garantías que debe prestar el Estado para el ejercicio de tales derechos.

Cabe preguntarse cómo se podría hablar de un derecho fundamental a la salud, más allá de que se omita su mención expresa entre los numerales el artículo 2 de la Constitución. Para responder a tal inquietud, se debe descartar la negativa a dicha posibilidad, comenzando por observar lo establecido en el artículo 3 de dicha norma constitucional, que se cita a continuación:

“Artículo 3°. *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”* (Constitución Política del Perú, 1993)

De acuerdo con tal precepto constitucional, no existe óbice para el reconocimiento de derechos que deriven de la dignidad de la persona, que por ello, requieran de garantía constitucional, la cual corresponde a un factor inherente y esencial del desarrollo de la personalidad, como es la salud.

Debido a dicho carácter esencial, no es adecuado hablar de derechos “establecidos”, término que se utiliza en el artículo constitucional citado, sino del reconocimiento e individualización de los mismos (RUBIO, EGUIGUREN, BERNALES, 2010: pp. 797-800), que deben considerarse como necesariamente existentes, producto de la evolución de los conceptos en los que se originan. Esta especial idea de apertura de los derechos fundamentales es desarrollada en sentencias del Tribunal Constitucional como la recaída en el expediente N° 0008-2003/AI-TC, en cuyo considerando 32 se establece el siguiente razonamiento:

“32. (...) en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de ‘nuevos’ derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada.”²

² Tribunal Constitucional, 11/11/2003, “Nesta Brero en representación de 5728 ciudadanos c/ artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001”, Expediente N° 0008-2003/AI-TC.

i. La composición del derecho fundamental a la salud

Inicialmente, puede concebirse el derecho a la integridad personal como aquel que incorpora a la salud como derecho fundamental de la persona, previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución, conjuntamente al derecho a la vida, a la identidad, así como al libre desarrollo. Tal ubicación sistémica, junto a otros valores esenciales, se debe a su importancia para la dignidad humana, al ser necesarios para la afirmación y desarrollo de la persona.

De acuerdo con Landa, la integridad personal se compone tanto de la protección de la indemnidad somática o corporal de la persona frente a cualquier posible agresión o intervención no deseada, así como de la indemnidad psíquica y moral, refiriéndose a la protección frente a injurias o maltratos en general, y en el caso de la indemnidad moral, a la protección de sus convicciones y creencias racionalmente determinadas (LANDA 2017: pp. 41-43), con lo cual se añade al conjunto de hechos prohibidos el trato inhumano o degradante y la tortura. Dichas facetas de la integridad son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, que requieren la protección reforzada de parte del Estado mediante disposiciones de rango constitucional y legal que conformen el ordenamiento jurídico nacional.

Como derecho subjetivo, surge el derecho y deber de la persona de preservar su propia integridad en las tres facetas vistas anteriormente, lo cual la posibilita a repeler cualquier intervención no deseada por ella o no necesaria, mientras que le impide atentar contra su propia anatomía o *psiquis*, estableciéndose como regla la imposibilidad de disponer de su integridad (RUBIO *et al*, 2010: pp. 117-119). Sin embargo, debe resaltarse el carácter no absoluto de este derecho-deber, lo cual se evidencia en casos en los que tales intervenciones sobre las personas se deben a una necesidad de salud, como el caso de los actos médicos, u obedezcan a su voluntad, como en casos humanitarios de donaciones voluntarias de órganos, evidente acto de disposición de la integridad física.

Por su parte, del mismo derecho fundamental emanan deberes para el Estado en su calidad de garante de las libertades y derechos fundamentales que

sustentan el estado de Derecho (ESTEVE, 2015: p. 13) y se dirigen a la protección de los particulares. El más elemental de estos deberes es evitar cualquier intervención que lesione la integridad de la persona, principalmente cuando esta no obedezca a su voluntad o cuando sea necesaria para evitarle un perjuicio mayor. Derivado de él, surge otro deber del Estado, en su papel de garante de los derechos y de la dignidad humana, el cual puede subdividirse en dos: investigar y sancionar los mencionados perjuicios a la integridad de la persona, y adoptar las acciones pertinentes para prevenir o evitar dicha clase de afectaciones.

Con ello, queda clara la existencia del derecho fundamental a la conservación del bienestar corporal y psíquico de las personas, así como del deber de garante del Estado sobre tal derecho, desde lo cual evoluciona uno de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos: El derecho a la salud, desarrollado en diversos artículos del capítulo II del título I de la Constitución.

En primer término, el artículo 7 de la Constitución, citado a continuación:

“Artículo 7°. *Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...)*” (Constitución Política del Perú, 1993)

El citado artículo concibe a la salud como un bien de interés tanto para el individuo, en su entorno más íntimo y en su entorno exterior, el cual se compone de los grupos a los que pertenece dentro de la sociedad en general. En su favor, existe la obligación de protección, promoción y defensa de la salud a cargo del Estado de forma directa e indirecta, vale decir, a través de la prestación de los servicios asistenciales y de la dirección en la forma de dicha prestación, cuando esta es realizada por entidades públicas o privadas.

Lo concerniente a dicha obligación halla su sustento en el artículo 9 de la Constitución, en los siguientes términos:

“Artículo 9°. *El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el*

acceso equitativo a los servicios de salud.” (Constitución Política del Perú, 1993)

En este artículo constitucional se señala al Estado como responsable de la política nacional de salud y al Poder Ejecutivo como supervisor de su diseño y cumplimiento, garantizando el acceso equitativo a los servicios de salud. Ello implica una labor continua en diversos aspectos de dichos servicios, como la planificación, ejecución y supervisión de programas relativos a la salud pública.

El mencionado rol de garante de la prestación los servicios de salud, es establecido en el artículo 11 de la Constitución, como se cita a continuación:

“Artículo 11°. *El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.” (Constitución Política del Perú, 1993)*

Dicho artículo que muestra al Estado en dos facetas: como principal diseñador de los programas generales a nivel nacional y prestador directo de dichos servicios, por un lado, y el de regulador y fiscalizador de su prestación por parte de entidades privadas; a fin de mejorar el nivel de vida de las personas, garantizando el acceso equitativo y disponibilidad de servicios de salud adecuados (LANDA, 2017: p. 161).

Lo descrito confirma la existencia de un derecho fundamental a la protección de la salud, en virtud del cual se demanda diversas acciones a cargo del Estado, dirigidas proteger a la persona en su integridad, las cuales pueden implicar hasta la limitación de otros derechos constitucionales, debido a su trascendencia. Estas acciones son desarrolladas en normativa infraconstitucional, con la Ley N° 26842, Ley General de Salud (en adelante, LGS), en la forma que se verá a continuación.

ii. Desarrollo legal del derecho a la protección de la salud

La protección de constitucional que recibe la salud, como condición indispensable para el desarrollo humano, hace que esta adquiera la condición de interés público y por ello, sea necesario el desarrollo legal de su protección.

Es a través de la LGS que se establecen los derechos, deberes, restricciones y responsabilidades que se deben asumir para una adecuada prestación de servicios de salud, así como las disposiciones generales concernientes al derecho a la protección de la salud, previstas estas en su Título Preliminar.

El artículo II de dicho título de la LGS, se reafirma la calidad de interés público que tiene la protección a la salud, como se puede leer a continuación:

“II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.” (Ley N° 26842, Ley General de Salud)

De la calidad de interés público que tiene la protección de la salud, deriva el deber del Estado consistente en su vigilancia, regulación y promoción. Ello implica realizar labores de fiscalización, planificación, el diseño de programas generales y para situaciones particulares, y su continua supervisión, correspondiéndole el mando en dichas acciones, así como el dictado de normas de orden público.

Ahora bien, es conveniente tener en cuenta, dentro de los artículos del Título Preliminar, uno específico al manejo de la información en salud por parte de la autoridad nacional de salud, el artículo XIV, que establece la obligación de las personas la información concerniente a la salud que sea exigible, según ley:

“XIV. La información en salud es de interés público. Toda persona está obligada a proporcionar a la Autoridad de Salud la información que le sea exigible de acuerdo a ley. La que el Estado tiene en su poder es de dominio público, con las excepciones que establece la ley.” (Ley N° 26842, Ley General de Salud)

Esta disposición, junto al carácter de orden público de las normas referidas a salud, demuestran la efectiva fuerza normativa que la recopilación de información de salud tiene para limitar ciertos derechos fundamentales en determinadas circunstancias, como los derechos relacionados a la intimidad, la privacidad y la protección de datos personales, los cuales se estudiarán en el siguiente apartado.

III. Derecho fundamental a la protección de los datos personales

Para estudiar este derecho fundamental, debe entenderse como su “semilla” lo que, en su origen anglosajón, se concibe como *right to be alone*, el concepto de soberanía de todo hombre sobre su propio espacio, desarrollado primero por el juez de la Suprema Corte del Estado de Michigan Cooley en 1879 y posteriormente por Louis Brandeis y Samuel Warren en su artículo “*The Right of Privacy*” de 1890 (SALDAÑA, 2012: pp. 196-197)

El entendimiento unidimensional del mencionado derecho de la persona se mantuvo en el ordenamiento jurídico peruano con la Constitución Política del Perú de 1979, en cuyo artículo 2 se incluyó una redacción que aglutinaba a la intimidad personal y familiar como referente general al resguardo de dos niveles de espacio personal, junto al honor y a la reputación, como se puede apreciar a continuación:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

5.- *Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)*” (Constitución Política del Perú, 1993)

De ello, se desprende un derecho a la protección de la información vinculada a tales niveles de intimidad, consistente en poder de repeler intromisiones de terceros, sin desarrollar otras prerrogativas sobre la información personal.

La disgregación de los derechos fundamentales de la persona sobre su espacio se verá en la siguiente Constitución peruana, de 1993, en cuyo artículo 2 se tienen dos numerales: Uno referido al honor, reputación, voz, imagen e intimidad, y uno novedoso, respecto de la información concerniente a la persona en sus ámbitos personal y familiar, fortaleciendo el control que esta tiene sobre tal información, siendo su titular. Los textos de tales derechos son los siguientes:

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

(...)

6. *A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.*

7. *Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.*” (Constitución Política del Perú, 1993)

i. Derecho fundamental a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales

En la Constitución, se aprecia que los numerales 6 y 7 de su artículo 2 incluyen como objeto de protección a la intimidad personal y familiar, pudiendo parecer vana su distinción. Sin embargo, es funcional distinguir las garantías que cada una confiere, lo cual es decisivo para demarcar el camino de la presente investigación; para ello, resulta conveniente comenzar por el numeral 7 señalado.

Dicho numeral ofrece como garantía para la intimidad personal y familiar, la prohibición del escudriñamiento y/o divulgación no deseada en la esfera totalmente individual como en las más íntimas en las que se desenvuelve la persona (familiar, amical, laboral); teniendo como objetivo inmediato la inviolabilidad de tales actos y como objetivo mediato, el equilibrio necesario para su desarrollo individual y en sociedad (FERNÁNDEZ, 2004: p. 59). De ello, surge una prohibición general de intromisión no deseada de terceros en la información del sujeto, a través de su acceso a esta o su extracción.

Por su parte, en el texto del numeral 6 de dicho artículo constitucional se aprecia la protección contra el suministro de información correspondiente a una determinada persona que pueda afectar su intimidad personal y familiar, y en general, contra acciones ejercidas por terceros respecto de tal información, lo que hace que la integridad del derecho dependa del comportamiento de tales terceros, que puede ser controlado según la voluntad o criterio del titular de la información.

Por ende, existe una importante diferencia conceptual respecto del numeral 7, pues al comprender el control de comportamientos ajenos, premune a la persona de la facultad de ejercer señorío sobre su información y de determinar qué se hace con ella (LETE, 1996: pp. 176-177). Así, no solo da a la persona la facultad de repeler intromisiones, sino también de prevenir, evitar y/o revertir los efectos de actividades de terceros que expongan sus datos personales, se tenga o no su consentimiento, o exista otro supuesto que legitime tales actividades.

Es así que el derecho fundamental a la protección de datos personales, denominado también “autodeterminación informativa” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, confirma su distinción, al permitir controlar cualquier acto de tratamiento de su información personal mediante las facultades que le otorga a la persona (CASTRO, 2008: pp. 261-262), con lo cual se satisface la necesidad de equilibrio a favor del individuo en el actual contexto de circulación veloz de información (PÉREZ, 1996: pp. 23-24), de acelerada evolución de las tecnologías de la comunicación y del uso predominante de estas por parte de entidades públicas y privadas que ejercen poderes fácticos, en el gobierno, en el mercado, o inclusive de particulares cuyo poder reside en el manejo de considerable cantidad de información, lo que traslada parte del conflicto a la esfera de los privados (SAGÜÉS, 1998: pp. 859-862).

Los caracteres del derecho fundamental mencionado son reconocidos en Perú a través de sentencias de su Tribunal Constitucional, como la dictada en el expediente N° 1797-2002-HD/TC, que distingue sus alcances de los del derecho a la intimidad, en los siguientes términos:

“3. (...) el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder

*preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.*³

Este aspecto es reforzado en la sentencia del expediente N° 4739-2007-PHD/TC, que desarrolla el imperio de la persona sobre su información:

“2. (...) el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.”⁴

El derecho subjetivo otorgado a la persona no sería funcional si no emanaran del derecho fundamental obligaciones para los terceros que realizan el tratamiento de los datos personales, así como deberes del Estado, como implementar un sistema de protección. Dichos deberes y obligaciones, así como los principios rectores del tratamiento señalado, se desarrollan en la LPDP y su reglamento.

ii. Desarrollo legal y reglamentario del derecho fundamental a la protección de datos personales

La LPDP y su reglamento son las normas mediante las cuales se desarrollan las prerrogativas de las personas derivadas del derecho fundamental a la protección de datos personales, tales como los derechos denominados “ARCO” que se ejercen sobre los registros de su información en poder de terceros y las obligaciones respecto de las acciones de tratamiento de datos ejercidas por terceros. Así también, se establecen las condiciones de licitud de

³ Tribunal Constitucional, 29/1/2003, “Wilo Rodríguez Gutiérrez c/ Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima”, Expediente N° 1797-2002-HD/TC.

⁴ Tribunal Constitucional, 15/10/2007, “Pesquera Virgen del Carmen S.A.C. c/ Megatrack S.A.C.”, Expediente N° 4739-2007-PHD/TC.

tratamiento, a través de sus principios rectores, de las cuales emanan las obligaciones a cumplir por quienes efectúen dicho tratamiento.

Es preciso tomar en cuenta que la tutela de tales derechos, así como la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de los responsables del tratamiento, se desarrolla por medio de procedimientos que dichas normas establecen, encomendando a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales funciones para efectivizar dicha tutela, en instancia administrativa.

En este punto del trabajo, conociendo la generalidad de lo dispuesto por la norma encaminada a garantizar el derecho a la protección de la salud así como la que desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos personales, corresponde analizar cómo es que a través de las disposiciones de esta última (más precisamente las concernientes al consentimiento por la persona para que se realice el tratamiento de sus datos personales), se consigue el equilibrio entre ambos derechos, en circunstancias que favorecen su conflicto como la presente emergencia sanitaria, pudiendo ser una interacción positiva para las personas.

IV. Tratamiento de los datos personales en el ámbito de la salud, de acuerdo con la normativa de protección de datos personales

Al regular el tratamiento de datos personales, la LPDP determina no solamente su ámbito subjetivo u objetivo; también define los elementos involucrados con dicha acción, permitiendo su mejor conocimiento y distinción respecto de otras figuras o acciones, y el entendimiento de las disposiciones sobre ellos; propósito esclarecedor que se aprecia en las definiciones más relevantes.

El artículo 2 de la LPDP contiene una lista de tales definiciones, entre las cuales está la de “tratamiento de datos personales” en su numeral 19, que consiste en una lista de actividades, aisladas o incorporadas a procedimientos, que se realizan con datos personales, tales como la recopilación, almacenamiento, organización, bloqueo, supresión, así como diversas formas de traslado de dominio sobre los datos, como la transferencia por comunicación a destinatarios específicos o por difusión. Dicha lista es enunciativa, permitiendo

entender como tratamiento a cualquier otra acción ejercida con los datos, conocida o por conocer.

Asimismo, se aprecia que en el numeral 4 de dicho artículo, se define de forma general los datos personales como *“información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”*, debiendo entenderse una doble dimensión del concepto: Por un lado, como un dato vinculado únicamente con una persona (su titular) que permite identificarla plenamente, como sucede con el número de DNI, el cual es asignado a un solo individuo; y, de otra parte, como datos que, sin ser tan propio o exclusivo de la persona, informan sobre ella, como la imagen, datos de contacto, información laboral, crediticia, hábitos, preferencias, entre otros.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la precitada definición es un género, dentro del cual se encuentra una especie de datos personales, los denominados “datos sensibles”. El numeral 5 del artículo 2 de la LPDP los define como una clase de datos de la esfera más íntima de las personas, tales como la salud o la vida sexual, entre otros; datos cuyo tratamiento ilícito o inadecuado implica un mayor riesgo para los derechos y libertades de la persona, por posibles actos de estigmatización o hechos discriminatorios (REMOLINA, 2013: p. 152).

La segregación de esta clase de datos tiene un efecto práctico en la normativa de protección de datos personales: Condiciona la licitud de su tratamiento a condiciones más estrictas, tales como obligaciones más estrictas y sanciones más graves en caso de su incumplimiento, obedeciendo al mayor riesgo para la persona que conlleva su tratamiento inadecuado o ilícito. En el siguiente apartado, se estudiará lo referido al principio de consentimiento de la LPDP, al ser uno de los supuestos de legitimidad más importantes del tratamiento de datos personales de salud (por su calidad de datos sensibles).

Acerca de los datos personales de salud, es importante entender tal concepto de forma amplia, considerando como tal cualquier información que pueda relacionarse a su salud física y psíquica. Con ello, se puede entender como un dato personal de salud no solo lo que subyace al acto médico, sino que

incluye exámenes, informaciones preliminares (síntomas, historias clínicas), y otros que permitan establecer antecedentes o pronósticos de la persona (DI PIZZO, 2018: pp. 249-250); proveniente de diversas fuentes, pudiendo ser entregados por la misma persona a través de medios electrónicos, como los dispositivos del internet de las cosas o aplicaciones móviles (ÁLVAREZ, 2016: p. 174).

i. Esencia de los principios de la LPDP

En la LPDP se tiene una lista abierta, de principios aplicables al tratamiento de los datos personales, a través de los cuales se establecen las pautas a las que debe ajustarse tal tratamiento (ZAMUDIO, 2012: p. 15), constituyendo bases de las disposiciones subsecuentes en dicha ley, al precisar sus finalidades generales.

En tal sentido, es válido pensar en los principios como supuestos cuyo cumplimiento legitima el tratamiento y que establecen las características fundamentales de su licitud, así como en su función integradora (PALMA, 2018: p. 40) respecto de otros artículos de la LPDP, aplicable cuando no exista una previsión normativa precisa para un supuesto de hecho específico.

En el título I de la LPDP, se tienen expresamente establecidos los siguientes principios rectores: Principio de legalidad, de consentimiento, de finalidad, de proporcionalidad, de calidad, de seguridad, de disposición de recurso y de nivel de protección adecuado. La disposición de tales principios no es arbitraria, puesto que el primero de todos ellos sirve como base para la exigibilidad de los siguientes, vale decir, que sirve como supuesto legitimador básico.

El principio de legalidad está redactado de la siguiente manera:

“Artículo 4. Principio de legalidad

El tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.” (Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales)

De acuerdo con lo citado, el tratamiento de datos personales debe ejecutarse en el marco de medios y relaciones jurídicas lícitas, respaldadas por el ordenamiento jurídico (PUYOL, 2016: p. 141), que no impliquen la comisión de un delito, infracción administrativa y/o incumplimiento civil, cumpliendo las normas legales y reglamentarias vigentes. Entonces, el cumplimiento de este principio rector se sustenta con el cumplimiento de los otros principios, como el principio de consentimiento, y de las disposiciones que emanen de estos.

ii. Contenido del principio de consentimiento de la LPDP

El principio de consentimiento de la LPDP constituye otro de los supuestos de legitimidad del tratamiento de datos personales, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 5. Principio de consentimiento

Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular.” (Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales)

Es clara la obligación establecida: obtener la manifestación de voluntad favorable del titular de los datos personales, producto de su autodeterminación informativa, mediante la cual decide si permite o no el tratamiento, siguiendo unas condiciones mínimas de conocimiento y libertad, que constituyen supuestos de su cumplimiento y se establecen en otros artículos de la LPDP y su reglamento, como el inciso 13.5 del artículo 13 de la ley y el artículo 12 de dicho reglamento:

- **Libre:** La manifestación de voluntad de otorgar el consentimiento no debe someterse a coacción, engaño, dolo o cualquier otra distorsión; ni a la extensión del consentimiento a tratamientos no reconocibles por la persona.
- **Previo:** El consentimiento debe otorgarse antes del inicio de la acción de tratamiento para la cual se solicita.
- **Expreso e inequívoco:** El consentimiento debe manifestarse de forma tangible, ya sea de forma escrita (virtual o física), verbal o a través de una conducta indiscutiblemente favorable a autorizar el tratamiento.

- **Informado:** Para obtener el consentimiento, el responsable debe otorgar, de forma previa, la información detallada sobre factores básicos del tratamiento a realizar y las condiciones en las que se efectuará; permitiendo al titular de los datos personales su pleno entendimiento y con ello, su voluntad consciente.

En el caso del tratamiento de datos sensibles existen obligaciones mayores para el responsable, a fin de dar una mayor garantía de que el titular de tales datos manifestó válidamente su voluntad, conservando el documento de sustento. Por ello, el inciso 13.6 del artículo 13 de la LPDP establece lo siguiente:

“Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales

(...)

13.6 En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público.” (Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales)

Sin perjuicio de lo anterior, debe tomarse en cuenta otro factor importante previsto en el inciso citado, referente a la posibilidad de que el tratamiento se efectúe sin el consentimiento del titular de los datos personales cuando exista una autorización legal que atienda a razones de interés público; cuestión importante que obedece al carácter no absoluto del derecho fundamental, circunscribiendo su limitación a supuestos establecidos en leyes y a situaciones de interés público. Con ello, se debe iniciar el estudio de escenarios en los que no se requiere el consentimiento para el tratamiento de datos personales del artículo 14 de la LPDP.

iii. Excepciones a la obligatoriedad del consentimiento para el tratamiento de datos personales

El artículo 14 de la LPDP contiene un listado de supuestos que pueden aceptarse como legitimadores *per se* del tratamiento, al punto de permitirlo sin

el consentimiento del titular de los datos personales, hecho que implica la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales. Dicha prescindencia tiene su origen en causales que reemplazan a la voluntad consciente de la persona, por obedecer a intereses superiores, como en estas situaciones:

- Cuando la voluntad de consentir el tratamiento de datos se manifiesta a través de otro acto jurídico que, para su concreción, requiere de sus datos personales, como el establecimiento de una relación contractual (comercial o laboral) por parte del titular o un acto en beneficio de sus propios intereses.
- Cuando el tratamiento de datos es permitido para el cumplimiento de una norma con rango de ley, que representa los intereses o necesidades de la nación; o para satisfacer un interés público relevante, calificado como tal por el Poder Ejecutivo, donde el derecho individual cede ante el bien común, como sucede respecto de un derecho constitucional a la protección de la salud y la salud pública, con el menor impacto posible para los derechos de la persona.
- Cuando el tratamiento es necesario para ejercer las competencias y funciones de una entidad pública.

Es necesario tener en cuenta que pese a la especial protección que la normativa brinda a los datos sensibles, el tratamiento de estos no escapa a estas situaciones excepcionales de prescindencia del consentimiento, por una situación que surge de la redacción legal: El artículo mencionado no hace distinción entre las clases de datos personales objeto de tratamiento, porque en esos casos, se entenderá que hay un interés superior que justifica esta flexibilización.

Entendido ello, se debe anotar en primer lugar el numeral 1 del artículo 14 de la LPDP, referido a dos actividades específicas de tratamiento de datos personales, recopilación y transferencia, efectuadas por las entidades públicas en el ámbito de sus competencias. Al respecto, debe tenerse en cuenta que tales competencias no serían solamente las contempladas en las normas de organización y funciones o leyes de creación de las entidades; más bien, tales competencias pueden estar enmarcadas también en leyes sectoriales, como

sucede con la LGS, como rectora de la prestación de los servicios de salud, que sirve como base para permitir la recopilación de datos personales a las autoridades del sistema nacional de salud.

Corresponde hacer referencia, en segundo lugar, a la excepción más recurrente para las actividades de tratamiento, contenida en el numeral 5 del artículo 14 de la LPDP, la cual centra su justificación en la necesidad de los datos personales para los actos preparatorios, celebración, ejecución y cumplimiento de un contrato de índole comercial o laboral, si los datos personales sean relevantes para asegurar la continuidad de las prestaciones a cargo de los partes.

En los casos laborales, se necesita el tratamiento de datos personales en la fiscalización a cargo del empleador y para cumplir con sus obligaciones, como la adopción de condiciones mínimas para el desempeño del trabajador, como sucede con cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, las cuales se acentúan más en la actualidad, donde el empleador, a fin de prevenir el contagio del Covid-19 entre sus trabajadores, puede verse obligado a recopilar datos de salud de estos a fin de garantizar su seguridad, lo cual le exime de solicitar el consentimiento.

Por su parte, corresponde revisar un escenario normativo específicamente dirigido al tratamiento de datos personales en el ámbito de la salud, contemplado en el numeral 6 del mismo artículo que cubre las siguientes situaciones:

- El tratamiento encaminado a la prevención, diagnóstico, tratamiento médico o quirúrgico del titular o en circunstancia de riesgo, realizándose en un establecimiento de salud o por un profesional de la salud; escenario donde prevalece la vida y la salud del individuo sobre su voluntad.
- Razones de interés público previstas en una ley y declaradas como tales por el Poder Ejecutivo en las que prevalece el bien público establecido por norma legal sobre la voluntad del individuo, como sucede con la salud pública.
- Análisis epidemiológicos o procedimientos análogos, con datos anonimizados.

Es pertinente señalar que solo el primero de dichos supuestos estaría exclusivamente circunscrito a los datos personales de salud, lo cual obedece a

su naturaleza asistencial y a los actos médicos a realizar. Los otros supuestos se refieren al establecimiento de medidas sanitarias de prevención, detección o erradicación de enfermedades, las cuales requieren de mayores elementos informativos que lo estrictamente médico, como la ubicación, información sobre servicios y vivienda, entre otros datos sobre condiciones sociales o económicas.

V. Conclusiones

El carácter no absoluto de los derechos fundamentales se hace tangible en el marco de la interacción (no “conflicto”) entre la protección de la salud y la de los datos personales, presenten en la emergencia sanitaria en Perú por el Covid-19, en la cual es necesario el manejo de datos personales sensibles de las personas.

En tal sentido, para atender las necesidades de salud ante tal situación, procede la relativización del derecho a la protección de datos personales. Dicha relativización se aprecia en el consentimiento, como manifestación de voluntad consciente de la persona en el control sobre el tratamiento que efectúen terceros sobre sus datos personales; pues en el escenario planteado, el consentimiento pierde la calidad de principal elemento de legitimación del tratamiento, por otros supuestos válidos que lo reemplazan en tal rol.

Dichos supuestos legitimadores actúan en el ordenamiento como excepciones y no como regla, y deben estar establecidos en normas de rango legal, de acuerdo con lo dispuesto en la LPDP. Por ello, dicha ley, en su artículo 14, establece tales excepciones, que representan situaciones más relevantes que la voluntad consciente de la persona para permitir el tratamiento de sus datos personales, por ser situaciones de interés público, como la salud pública.

En el caso de la situación de emergencia debida al Covid-19 en Perú, se han configurado diversas situaciones legitimadoras del tratamiento que exceptúan la obligación de obtener el consentimiento, que convergen en los escenarios explicados y que se encuentran previstos en el artículo 14 de la LPDP.

Por supuesto, en la LPDP existen otras obligaciones que los responsables del tratamiento, como las empresas empleadoras y la autoridad nacional de salud, deben acatar, evitando la recopilación invasiva de datos personales, por respeto a la privacidad de la persona. La no obligatoriedad del consentimiento no dispensa a los responsables del tratamiento de cumplir con sus otras obligaciones, durante el desarrollo del proceso de tratamiento.

En virtud de ello, es notorio que el ordenamiento jurídico peruano garantiza una interrelación equilibrada entre los derechos mencionados, para la protección de ambos; garantía que se aprecia en las normas de la LPDP y su flexibilización por necesidad ante emergencia sanitaria como la que se vive actualmente.

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ, C. (2016). *Tratamiento de datos de salud*. En J. Piñar (Dir.) Reglamento general de protección de datos (pp. 171-185). Madrid: Editorial Reus, S.A.

Castro, K. (2008). *El derecho fundamental a la protección de datos personales: Aportes para su desarrollo en el Perú*. *Ius et Veritas*, vol. 18 (N° 37), pp. 260-277

DÁVARA, I. (2011). *Hacia la estandarización de la protección de datos personales* (1° ed.). Madrid: Editorial La Ley

DÁVARA, M. (2015). *Manual de derecho informático* (11° ed.). Navarra: Editorial Aranzadi S.A.

Di Pizzo, A. (2018). *La expansión del derecho al olvido digital* (1° ed.). Barcelona: Editorial Atelier

ESTEVE, J. (2015). *La administración garante. Una aproximación*. *Revista de Administración Pública*, N° 197, pp. 11-39. Accesible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH