

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**NECESIDAD DE INCORPORAR CRITERIOS PARA SANCIONAR LA
CONDUCTA ILÍCITA ANTE LA DIVULGACIÓN DE UNA HISTORIA
CLÍNICA QUE AFECTE EL DERECHO A LA INTIMIDAD**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE

ABOGADO

AUTOR

MARIA ALEJANDRA CHIMOY PLACENCIA

ASESOR

GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CACERES

<https://orcid.org/0000-0001-7594-2092>

Chiclayo, 2022

**NECESIDAD DE INCORPORAR CRITERIOS PARA
SANCIONAR LA CONDUCTA ILÍCITA ANTE LA
DIVULGACIÓN DE UNA HISTORIA CLÍNICA QUE AFECTE
EL DERECHO A LA INTIMIDAD**

PRESENTADA POR:

MARIA ALEJANDRA CHIMOY PLACENCIA

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
Para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Fatima del Carmen Perez Burga

PRESIDENTE

Freddy Ronald Centurion Gonzales

SECRETARIO

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres

VOCAL

Dedicatoria

Esta presente investigación está dedicado a mis padres María Isabel Placencia Alza y Miguel Ángel Chimoy Calero pues ellos son mi motivación, guía e inspiración para mi vida personal y profesional, gracias por enseñarme a luchar por mis sueños y por ser los mejores padres.

A mis hermanos Melissa Vera Placencia y Miguel Chimoy Placencia por su apoyo incondicional, su cariño y por estar conmigo en todo momento.

A mis amigos y a Sergio Leonel Morán Stechmann por sus palabras de aliento y por siempre acompañare en cada sueño y meta.

Agradecimiento

A la Dr. Ramos Soto Cáceres Yolanda Patricia por la dedicación y transmisión de sus conocimientos, gracias por su integro apoyo durante la elaboración de la presente investigación.

A la Dr. Vilchez Guivar de Rojas, Leyla Ivon por su apoyo metodológico, por siempre ayudarme en cada paso en la elaboración de esta investigación.

Índice

Resumen	5
Abstract	6
Introducción	7
1. REVISIÓN DE LITERATURA	9
1.1. Antecedentes	9
1.2. Bases Teóricas Conceptuales	10
1.2.1. Derecho a la Intimidad.....	10
1.2.2. Historias clínicas	13
1.2.3. Conducta Ilícita.	20
2. Materiales y Métodos.	22
2.1. Diseño de la investigación.	22
2.2. Procedimiento de recolección de datos.	23
2.2.1. Técnica de recolección de datos.	23
3. Resultados y discusión.	23
3.1. Análisis de las omisiones en la tipificación de la conducta ilícita ante la divulgación de una historia clínica, inexistente en el artículo 7 de Ley N°30024 y el artículo 154 del Código Penal Peruano.	23
3.1.1. La divulgación de la historia clínica en las normas complementarias.....	25
3.1.2. La modernidad y la conducta ilícita aplicable en el caso de divulgación de una historia clínica.	27
3.1.3. La Conducta exigible para la sanción penal.	28
3.2. Criterios normativos sobre el derecho a la intimidad en relación con las historias clínicas, en aplicación del artículo 7 de la ley N°30024.	29
3.2.1. Del derecho a la reserva de la información médica del paciente.	29
3.2.2. La Divulgación indebida y el daño ocasionado como elementos de la tipicidad penal.....	31
3.3. Propuesta de modificación del artículo 7 de la ley N°30024, cual agrava la sanción por una divulgación indebida en las historias clínicas.	32
Conclusiones	35
Recomendación	36
Referencias.	37

Resumen

La presente investigación tuvo por objetivo proponer criterios de aplicación de la sanción penal en el artículo 7 de la ley N° 30024 ante la divulgación de una historia clínica a fin de proteger el derecho a la intimidad de las personas. Para ello fue necesario realizar un análisis de las omisiones en la tipificación de la conducta ilícita ante la divulgación de una historia clínica, inexistente en la normativa; además de conocer cuáles son criterios normativos sobre el derecho a la intimidad en relación con las historias clínicas, y establecer una modificación de normativa en mención, la cual agrava la sanción por una divulgación indebida en las historias clínicas. La metodología desarrollada es cualitativa, de tipo documental, como resultados de la investigación nos percatamos que aún la norma se encuentra insuficiente con respecto a los mecanismos de protección sobre la divulgación de la historia clínica del usuario clínico, porque desde la dación de la norma hasta la actualidad se han generado enfermedades que son necesario cautelar su reserva con la finalidad de no afectar su derecho a la intimidad de las personas que lo padecen, pues el ser víctima de estos podría llevar afectar la vida del usuario clínico. Como conclusión es urgente necesidad de tipificar la conducta penal por la divulgación de una historia clínica; la conducta establecida en la normativa actual aún se encuentra incompleta, de ahí la necesidad de establecer los factores necesarios para evitar la violación de la esfera íntima del paciente.

.

Palabras claves: Conducta ilícita, Historia clínica, Derecho a la intimidad, Divulgación, Vulneración

Abstract

The purpose of this research was to propose criteria for the application of the criminal sanction in Article 7 of Law No. 30024 for the disclosure of medical records in order to protect the right to privacy of individuals. For this purpose, it was necessary to analyze the omissions in the typification of the unlawful conduct for the disclosure of a medical record, which does not exist in the law; in addition to knowing what are the normative criteria on the right to privacy in relation to medical records, and to establish a modification of the law in question, which aggravates the penalty for improper disclosure of medical records. The methodology developed is qualitative, of documentary type, as results of the research we realized that even the norm is insufficient with respect to the mechanisms of protection on the disclosure of the clinical history of the clinical user, because since the norm was given until nowadays diseases have been generated that are necessary to protect their reserve with the purpose of not affecting their right to the intimacy of the people who suffer from them, because being a victim of these could affect the life of the clinical user. In conclusion, there is an urgent need to typify the criminal conduct for the disclosure of a clinical history; the conduct established in the current regulations is still incomplete, hence the need to establish the necessary factors to prevent the violation of the patient's intimate sphere.

Keywords: Illicit conduct, Case History, Right to the intimacy, Publication, Violation

Introducción

Dentro de la ampliación de derechos constitucionales del ciudadano peruano se encuentra el derecho a la intimidad, el cual también en el Perú, a lo largo de su vida republicana se ha ido ampliando en características y tutela estatal a través del derecho constitucional. Sin embargo, el estado de emergencia sanitaria determinada por la OMS a través de una declaración de pandemia mundial como consecuencia de una enfermedad infectocontagiosa (covid-19) nos ha mostrado que, ante sucesos que originan decisiones gubernamentales nuevas, este derecho en mención se ve afectado por intereses de otras.

Siguiendo esta idea que, como consecuencia de este estado extraordinario, y, de la existencia de enfermedades infectocontagiosas y las que pudieran venir a futuro, por ello es obligatorio salvaguardar la intimidad de las personas que padecen, cuya finalidad es de no afectar su derecho inherente de los usuarios clínicos para evitar la segregación y su intolerancia sobre su estado médico, y otros problemas afines.

El "Derecho a proteger los derechos de salud" de la Administración Nacional de Supervisión de la Salud IPROT establece: "El número de quejas presentadas debido a la pérdida de registros médicos se ha transferido a la Oficina de Inspección y Sanciones (IFIS) (...) fueron en el año 2016: 08, 2017: 4, y 2018: 10" (SUSALUD, 2019). Si analizamos dichas cifras nos podemos dar cuenta que son realmente preocupantes porque vemos el incremento de la afectación de la esfera íntima que tiene el paciente, por ello se debe resguardar la intimidad de los individuos.

Los procedimientos largos y a veces infructuoso actual ejercido cuando se vulnera la intimidad al revelarse el contenido de una historia clínica, origina que el usuario se vea agobiado por el impacto de ese hecho en su vida, por lo que, no puede verse afectado tanto por la sustracción indebida como su divulgación, siendo evidente la necesidad de una norma directa que ante dicho daño, exista la obligación a repararlo o ser sancionado por ello.

En nuestro ordenamiento normativo, en su artículo 7 (Ley 30024), establece la existencia de confidencialidad para las historias clínicas y de no cumplirse de acuerdo con la Ley 29733 (Ley de Protección de datos personales). El Estado a través del ordenamiento jurídico decreto la ley N° 30024 con la finalidad de dar un marco legal de existencia, validación y custodia a las historias clínicas, enfocándose en establecer diversos aspectos que provienen de la misma. Sin embargo, la norma no determina el ámbito antijurídico de transgresión respecto a la divulgación de la historia clínica sin autorización el titular.

Dentro de esta idea, se debe considerar también la existencia de algunas notas periodísticas, como en el Diario Gestión, página electrónica Tilda UNMSM, página conexión vida y en el Diario Rpp en donde nos informan sobre las consecuencias de una vulneración de la esfera íntima del paciente y como este hecho lo afecta en su salud emocional y física.

Es por eso, que en lo establecido en la norma y su aplicación en nuestra realidad actual, se ha demostrado que no existen criterios de aplicación ante la divulgación de una historia clínica a fin de resguardar la intimidad de los individuos y por ende considerando nuestra realidad problemática antes descrita se ha concluido en formular el siguiente problema que versa esta investigación: ¿Cómo deberá determinar la norma, el resguardo de una historia clínica para evitar la vulneración del derecho a la intimidad?.

Por consiguiente, se plantea la siguiente hipótesis: Si la divulgación de una historia clínica vulnera el derecho a la intimidad de una persona, entonces la forma que debería adoptar la norma es estableciendo criterios de sanción ante la divulgación de las historias clínicas, además de determinar la conducta dolosa y la modificatoria del artículo 7 de la ley N°30024.

Es por ello, que el trabajo se justifica en el sentido de proteger la intimidad de la persona afectada ante la vulneración de una historia clínica, así también de establecer la problemática actual contenida en la norma con relación a la realidad en su aplicación en aquellos hechos relacionados por la divulgación indebida de las historias clínicas, y desde de la perspectiva actual adecuarla a las circunstancias normativas, sobre aquellas enfermedades infectocontagiosas. Así mismo es importante el desarrollo de este trabajo porque se necesita establecer un precedente en donde se demuestre que la normativa actual no es adecuada con respecto al derecho a la intimidad de un paciente clínico afectado por una enfermedad infectocontagiosa, además el aporte que se dará con este trabajo es de establecer los criterios de aplicación ante la divulgación de las historias clínicas y la conducta dolosa realizando para ello la modificatoria de la normativa actual contenida en la ley N°30024 que se encuentre en correlación a la realidad actual en el país.

El objetivo general que presidirá la presente investigación será: “Proponer criterios de aplicación de la sanción penal en el art. 7 de la ley N° 30024 ante la divulgación de una historia clínica a fin de proteger el derecho a la intimidad de las personas”. Y como objetivos específicos o secundarios tenemos: primer objetivo específico el análisis de las omisiones en la tipificación de la conducta ilícita ante la divulgación de una historia clínica, inexistente en el artículo 7 de la Ley N°30024 y el artículo 154 del Código Penal Peruano; como segundo objetivo Criterios normativos sobre el derecho a la intimidad en relación con las historias clínicas, en aplicación del artículo 7 de la ley N°30024; y por último como tercer objetivo Propuesta de modificación del artículo 7 de la ley N°30024, cual agrava la sanción por una divulgación indebida en las historias clínicas.

Resumiendo, esta investigación está dirigida a amparar el derecho de un paciente clínico que toma los servicios del estado y/o particulares como consecuencia de una enfermedad infectocontagiosa, y por esta esencia se debe proteger su derecho a la intimidad y a no ser discriminado o afectado por una vulneración de su esfera íntima (historias clínicas).

1. REVISIÓN DE LITERATURA

1.1. Antecedentes

Con relación a los antecedentes tenemos diversas investigaciones que se refieren al argumento en que se concibió y se desenvolverá el trabajo.

Almoncid Flores, C.A. (2018). “La reserva y confidencialidad en la relación médica como manifestación del derecho constitucional a la intimidad”.

Esta investigación sirve como antecedente, porque ayuda a entender como es la relación que debe tener entre el paciente y el sector salud, es importante conocer y entender cómo es que se ve afectado la esfera íntima de un paciente clínico. Además, permite identificar el contenido de una historia clínica y que datos no deben ser vulnerados.

Grandez Aguilar, J. C. (2017), en su tesis de grado: **“Sistema Informático Web para el Control de Historias Clínicas Electrónicas de la Red de Salud Túpac Amaru”** presentada en la Universidad de César Vallejo en Trujillo.

Resulta de interés esta investigación porque, establece que la historia clínica, consiste en la finalidad el contenido de dicho documento, además de aquellas personas que son aptas para el manejo de la confidencialidad de dicho documento como lo es la historia clínica.

Gutarra Mejía, C.R., y Quiroga Rosas, C. (2014), en su tesis de grado: **“Implementación de un sistema de historias clínicas electrónicas para el centro de salud Perú 3ra zona”** presentada en la Universidad San Martín de Porres en Lima.

Por lo tanto, esta investigación sirve como antecedente para fundamentar qué es lo que se debe almacenar en una historia clínica electrónica, con la finalidad de tener un panorama acerca de que datos estarían vulnerándose en caso de una divulgación o afectación de este documento. Además, determinar la estructura de la seguridad electrónica que contiene la historia clínica y la información que debe estar contenida.

Sabartés Fortuny, R. (2013), en su tesis de doctorado: **“Historia clínica electrónica en un departamento de obstetricia, ginecología y reproducción: desarrollo e implementación. Factores claves”** presentada ante la Universidad Autónoma de Barcelona en España

Esta investigación sirve como antecedente fundamental porque nos ayuda a analizar y entender bien cuáles son los aspectos que se debe tener en consideración para impedir que se atente el derecho a la intimidad del paciente, así mismo también nos muestra algunas similitudes con respecto a proteger el documento clínico electrónica y manuscrita, los beneficios que se obtiene por la elaboración y custodia de una historia clínica electrónica.

Fernández Ruiz, G. (2013), “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”.

Esta investigación es un prerequisite básico porque explica los tres aspectos conexos a la privacidad y documento clínico, y también establece una definición del derecho al amparo de la información, nos ayuda a determinar aspectos básicos en relación con la privacidad. Del mismo modo, en el ámbito privado de los usuarios clínicos, los derechos de privacidad deben considerarse para restricciones. Además, también menciona la esencia de los derechos básicos de protección de datos.

Seoane Rodríguez, J.A. (2002). “A quién pertenece la historia clínica”.

Esta investigación sirve como antecedente fundamental, porque brinda un mejor entendimiento entre las tres bases fundamentales que se debe tener en consideración al momento de analizar el argumento de la divulgación de una historia clínica, ver cuando se está vulnerando la esfera íntima (derecho a la intimidad) de un paciente y cuando informarse sobre la historia clínica del usuario clínico.

1.2. Bases Teóricas Conceptuales

1.2.1. Derecho a la Intimidad

A. Derecho a la intimidad y su normativa en el Perú

Nuestra Carta Magna, establece el derecho a la intimidad como: “Inciso 6. Toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. Inciso 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la propia imagen propias”. (Artículo 2, Constitución Política del Perú, 1993, p.2)

Según artículo 2, párrafos 6 y 7, la intimidad es un derecho inherente donde toda persona, además obtiene una buena notoriedad y honrar la esfera íntima, no puede ser violado por ningún motivo. Es necesario incrementar los mecanismos para evitar afectar este derecho.

El derecho a la intimidad es la potestad que la ley le reconoce a una persona para que su historia íntima sea respetada y que sus actos no sean centro de observación a efectos de que nadie logre interponer en la vida ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo, mortificando a otro en sus prácticas y trastornando de cualquier otro modo su intimidad. (Grandez, 2017, p.23).

El Estado, a través de la identificación de la intimidad, busca dar protección al individuo, evita la vulneración de su esfera íntima y sanciona la transgresión de dicho derecho. Además, nadie puede vulnera la esfera íntima de otra persona publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo, etc.

Para el autor Muñoz (2018), nos explica:

El derecho a la intimidad es inherente al estado y que es indesligable del criterio nuevo de persona, su incremento se encontraría en el producido de que la llamada vida íntima es cada vez más vulnerable y por consiguiente su protección necesita más y nuevas medidas (p.17)

El derecho a la intimidad es hecho o actos realizados por la persona dentro de su propio ambiente; teniendo protección constitucional y que están relacionados a su forma de vida, familia y a sus actos diarios de vida. En consecuencia, estos actos que realiza la persona son protegidos constitucionalmente.

En la situación actual (pandemia originada por la enfermedad COVID-19), en donde nos hemos dado cuenta que el derecho a la intimidad se ha vulnerado en gran magnitud, a pesar que existe una norma para sancionar tal conducta indebida, aún esta no se adapta a la realidad que nos encontramos viviendo, siendo esto una situación penosa que acarrea serias consecuencias como lo es una afectación psicológica y moral de una persona, causando de esta forma un retroceso significativo para la protección del derecho en mención, trayendo

consigo que esta norma en vez de servir para la protección de la intimidad, se convierta en una amenaza para el paciente que padece la enfermedad (o cualquier enfermedad de la misma magnitud), por tanto debe ser evaluada.

Según Rojas (2015), sostiene respecto al avance de la intimidad dentro de un aspecto tecnológico:

El derecho a la intimidad registrado legalmente ha determinado una contravención de abastecer datos que sobresalte la intimidad familiar y personal por parte de los productos informáticos, plasma la impaciencia del especialista del derecho respecto a los avances tecnológicos de los procedimientos informáticos y su potencial mal uso, contrario al derecho de intimidad. (p.33)

El avance de la ciencia y tecnología afecta a la intimidad, donde la legislación de nuestro País se ve en la necesidad de buscar nuevos mecanismos de protección de este derecho; sin embargo, las normas no son suficientes para enfrentar la nueva era tecnológica.

Dentro de la jurisprudencia existen también criterios, amplios con respecto de la divulgación al derecho a la intimidad, y se instaura en dos parámetros el primero dentro del contexto de la necesidad de información por necesidad pública (honor) y el derecho a reservar los datos sensibles de una persona. (libertad de la expresión).

Honor y libertades de expresión – manifestación de informes o juicios de valor – y de averiguación – imputación o narración de hechos concretos – gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene absoluta relación del otro [ambos tienen naturaleza de derecho – principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo exige determinar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la multitud de las suposiciones formales de la limitación. (Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116,2006, p,3)

En nuestra legislación, La norma a través del A.P (Acuerdo Plenario) N° 3-2006/CJ-116, se tipifica el derecho del honor y libertad de expresión, estos son referentes al derecho a la intimidad para poder establecer un límite correcto para impedir la vulneración de dicho derecho.

Sin embargo, el mismo acuerdo antes mencionado también nos dice: Por tanto, quienes han ocultado el derecho a recibir información veraz, quienes desprecian la veracidad de los hechos o el falso comportamiento de los contenidos transmitidos, no son responsables al trasladar los hechos como hechos. Son solo rumores verdaderos sin rumores. La verificación sólo puede ser una invención o sugerencia insidiosa; para obtener amparo constitucional, la noticia debe ser verificada y sustentada en acontecimientos justos, y debe probar la maldad por parte del denunciante. (2016, Fundamento 12).

Por lo tanto, no van a tener protección aquellas personas que utilicen los datos obtenidos por la vulneración del documento clínico, aquellas que pasen el límite de lo establecido y además la información que se divulgue no sea verídica ni auténtica a la que se accedió, por lo que se debe constatar si la información es verídica.

El autor Almonacid (2008), nos menciona:

Entonces es viable asegurar dentro campo sanitario examina la intimidad y puede existir diversas expresiones. Un acercamiento a la intimidad se basa en la protección definitiva dentro del ambiente íntimo del individuo ante ajenas intromisiones,

cuando: i) físicas intrusiones, ii) comprensión intrusiva o ii) ilegítima divulgación. Allí una excepción entre intimidad de información y física que integran las declaraciones individuales. Se añade como particularidad la entrada a la intimidad, el campo sanitario da un objetivo frecuente el beneficio del individuo, aun cuando ello presente varias (p. 4).

Siendo así, la consecuencia de la violación a la intimidad como se menciona en nuestra normativa penal, será una sanción penal privativa; por ende, no solo trata de proteger el documento clínico del usuario, el cual contiene información que pertenece a su intimidad (los actos médicos, diagnóstico, tratamiento, etc.), también de establecer los criterios de sanción cuando exista una divulgación determinando la conducta dolosa, solo así podrá crearse procedimientos debidamente regulados para el ejercicio del derecho respecto de aquellas personas que se verían afectadas por su divulgación proveniente de sus historias clínicas.

B. Derecho a la intimidad en el sector salud

El ciudadano cuando asiste a un establecimiento de salud (hospital, clínica, posta, etc.), reconoce que su intimidad puede salir de su esfera (cuando soliciten datos esenciales para su atención; La información que sea consigne en su historia clínica entre ellos diagnóstico, tratamiento, etc., cuya finalidad es brindarle una atención adecuada al paciente), en estas circunstancias la intimidad del paciente puede verse vulnerada si no se respeta el derecho a la confidencialidad y reserva de información.

Respecto a la intimidad relacionado al sector salud, si bien en nuestra constitución se establecen derechos genéricos como a la intimidad, debe complementarse con relación a la salud, expidiéndose normas complementarias según el requerimiento de la población, la cual debe agregarse a las casuísticas de diferentes jurisprudencias y normativas.

El primer complemento es la Ley General de Salud (Ley N°. 26842), lugar donde se indican las obligaciones y derechos de los pacientes clínicos; finalmente, la atención de los servicios de salud estipulados en el artículo 25, que estipulan la responsabilidad de la retención y divulgación de las conductas médicas, otorgando así los derechos de privacidad de la salud. sector asistencial Mejores parámetros.

Artículo 25.- Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado. El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimientos, incide en responsabilidad civil o penal, según sea el caso, sin perjuicio de las ordenanzas que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional. Se exceptúan de la reserva de la información relativa al acto médico en los casos siguientes: a) Cuando hubiere consentimiento por escrito del paciente; b) Cuando sea requerida por la autoridad judicial competente; c) Cuando fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que información obtenida de la historia clínica se consigne en escritura anónima; d) Cuando fuere proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de favorecer, siempre que este no lo impida expresamente; e) Cuando versare sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, perpetuamente que sea proporcionada a la Autoridad de salud; f) Cuando fuere proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente siempre

que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoria; y g) Cuando fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención medica al paciente. (Artículo 25, Ley N° 26842, 1997)

La Asociación Médica Peruana considera en su "Código de Ética" los galenos y afines deben salvaguardar la información médica del paciente. Nuestra norma (artículo 63) establece: "Los médicos tienen la responsabilidad de mantener en secreto los actos médicos realizados por él o los actos médicos que conozca como médico consultor, auditor o médico, hasta el límite que prescriba la ley. Forense".

Además de las "Normas Técnicas de Salud para el Manejo de Historial Clínico" admitida en la Resolución Ministerial N° 597-2006 / MINSA, cada usuario clínico tiene derecho a solicitar la custodia de la información, además estipula la agencia de salud debe proporcionar recursos para resguardar la reserva de la información personal estipulada en el documento clínico. Y solo el personal autorizado legalmente puede acceder.

El Tribunal Constitucional manifestó en la sentencia N° 03041 – 2012 – PHD / TC, la relación entre el derecho a la intimidad, derecho a la reserva y confidencialidad es el inicio de la relación médica. En este proceso se considera “acceder a la intimidad de la persona que aparece en la imagen de advertencia sanitaria afectaría seriamente su derecho a la intimidad y permitiría que se conozca su estado de salud” (N° 03041 – 2012- PHD/TC, 2012, fundamento 8)

La sentencia anterior reconoció el derecho a obtener información pública no es absoluto, pues se establece claramente, si bien el individuo tiene derecho a “solicitar sin motivo, obtener los datos requeridos y percibir la información de cualquier entidad pública” (salvo que afecte la privacidad).

Además, en la sentencia del expediente N° 1480-2003-HD/TC Lima, el análisis en controversia fue acerca del acceso a la información clínica del demandado, pues dicha información sería útil para su defensa. Sin embargo, fue declarado improcedente por la siguiente razón: “El derecho de acceso a la información registrada en cualquier ente estatal no comprende aquella información que forma parte de la vida de terceros. Y la información relativa a la salud de una persona, se encuentra comprendida dentro del derecho a la intimidad personal”. (Sentencia N° 1480-2002-HD/TC, 2003, fundamento 4)

Luego del análisis anterior, nos hemos dado cuenta de que, si bien no existe una correlación entre el derecho a la privacidad y el derecho a la salud en la Constitución, nuestra legislación considera que es necesario instaurar un nuevo mecanismo a través de la doctrina o la jurisprudencia para establecer un nuevo mecanismo entre el derecho a la privacidad y el derecho a la salud.

1.2.2. Historias clínicas

A. Definición

La historia clínica es un documento íntimo con características esenciales para la salud, se considera principal instrumento para cuidado de los pacientes con signos y síntomas idénticos y puede servir como guía para la experiencia profesional. Ahora no se considera solo como una base de información, sino también una base de información que registra datos médicos sobre diagnósticos, tratamientos y evaluaciones personales, porque todavía hoy presenta conflictos evidentes como el deterioro de la información y su pérdida. Esto se debe

a que solo debe existir en un lugar, y en ocasiones habrá problemas en la interpretación del mensaje, dependiendo de la situación, el mensaje debe ser reenviado a otro profesional. (Gonzales, 2012, p.1).

La historia clínica va a ser el inicio de la relación que se da entre el usuario clínico y el profesional de salud, este documento contiene la información íntima, cuya información es brindar una adecuada atención, este documento puede ser físico o electrónico, si en caso sucediera la divulgación del documento (historia clínica), se estaría afectando a la intimidad del usuario clínico.

El inicio del documento clínico (electrónica o manuscrita) del paciente clínico, es necesario que se cumpla con algunos requisitos establecidos, cuya finalidad es de consignar los procedimientos médicos, diagnósticos, tratamiento, etc.; de un paciente clínico. Con la finalidad de mejorar el cuidado médico.

Los autores Gutarra, C. & Quiroga, R (2014) nos mencionan que:

Teniendo en cuenta los elementos de seguridad necesarios, todos los profesionales pueden avalar el acceso a la información. Con el fin de promover el montaje de la red de salud, y crear una red para perfeccionar los aspectos económicos, asistenciales y organizativos, modo que la asistencia sanitaria pueda ser gestionada y mejorada de forma sistemática. La combinación del concepto sistemático de historia clínica electrónica durante el proceso médico y el cuidado aporta beneficios obvios a los financiadores, proveedores y los propios pacientes. (p. 23).

La información de una historia clínica debe estar custodiado bajo parámetros amplios de seguridad, con la finalidad que el dicho documento no se vulnere, aumentar la organización, el incremento de una buena atención al usurario clínico y un beneficio al prestador de salud.

El Decreto Legislativo N°1306 – Norma que Optimiza Procesos Vinculados al Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas (2016), nos menciona: “El Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas contiene un repositorio o banco de datos de historias clínicas a modo de respaldo, la cual será gestionada por el Ministerio de Salud, quien es titular de dicha base de datos.” (p.1). Toda historia clínica electrónica que se elabore será tratada por el Ministerio de Salud y estas mismas estarán resguardadas y contenidas en el banco de datos de historias clínicas electrónicas.

Consiguiente, el documento clínico, es un instrumento (elaborado de manera electrónica o manuscrita) que contiene los datos íntimos (diagnóstico, tratamiento, medicamentos, etc.) del paciente; además, establece una relación entre especialista de la salud y el paciente clínico. Asimismo, dicho documento debe ser custodiado para dar seguridad al paciente clínico que sus datos no serán utilizados de una forma indebida; además, que cualquier persona dentro del ámbito de salud que tenga contacto con la historia clínica del paciente debe guardar la confidencialidad del contenido del documento.

B. Tipos de Historias clínicas.

“Se trata de un instrumento médico legal en el que se reconocen los datos de identificación y los procesos relacionados con la atención al usuario clínico de forma ordenada, integrada, secuencial e inmediata para asegurar a los médicos u otros encargados de la salud brinden atención a los pacientes o usuarios sanos y tengan caligrafía o autenticidad. de la firma digital. Los registros médicos son administrados por IPRESS”. (Ministerio de Salud, 2018, p. 21)

El documento clínico es un registro sobre los datos del paciente. Su propósito es establecer una relación con el usuario clínico y el prestador de salud y comprender los temas y aspectos que requieren atención, y determinar la prioridad de este aspecto, dicho documento puede ser manuscrito o digital. Este documento es de dos tipos: físicas y electrónicas. La física es aquel documento en donde la apertura de esta será de manera manual e igual que su custodia, para Guzmán (2012) afirma:

La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico, cuyas cuatro características principales se encuentran involucradas en su elaboración y son: profesionalidad, ejecución típica, objetivo y licitud. La profesionalidad se refiere a que solamente el competente de la medicina puede efectuar un acto médico, pues en esencia son los médicos quienes están en capacidad de elaborar una buena historia clínica. La realización es típica, debido a que la medicina siempre se ejerce cuando con las normas de excelencia de ese momento, a pesar de las condiciones de tiempo, lugar y entorno. El objetivo de ayuda al enfermo se traduce en aquello que se transcribe en la historia. La licitud se debe a que la misma norma jurídica respalda a la historia clínica como documento indispensable. (p.1)

La preparación de la historia clínica tiene como objetivo que la atención al paciente mejore. Asimismo, en el caso de datos secuenciales, la HCE también contendrá datos sobre el historial físico, pero los datos solo se pueden activar antes de que se complete el servicio de atención médica.

La historia clínica electrónica, es la historia clínica registrada en forma unificada, personal, multimedia, auténtica con la firma digital del doctor y otros expertos de la salud, cuyo método (registro, almacenamiento, actualización, ingreso y uso) se en precisas condiciones estabilidad, integralidad, veracidad, confidencialidad, precisión, inteligibilidad, conservación y disponibilidad por medio de un sistema de información de historias clínicas electrónicas, de conformidad con las reglas aprobadas por el Ministerio de Salud, como órgano rector. (Ministerio de Salud, 2018, p.21)

La creación de historias clínicas electrónicas requiere una infraestructura técnica de alta calidad para evitar cualquier robo sin el consentimiento del paciente o representante legal. Estos registros contendrán toda la información del paciente.

Créase el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas como la infraestructura tecnológica especializada en salud que preserva la información de la historia clínica electrónica de respaldo y posibilita al paciente, o a su representante legal y a los expertos de la salud que son antes autorizados por esos, la entrada a la información clínica contenida en las historias clínicas electrónicas, así como a la información clínica elemental y a la información clínica contenida en el mismo, en los términos ajustadamente servicios doctores de apoyo público, privados o mixtos, dentro de la ley. (Decreto Legislativo N° 1306, 2016)

El Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas se crea con la finalidad de brindar mecanismos seguros para evitar la vulneración del procedimiento de protección a la H.C.E. Además, establece que persona puede acceder a dicho documento y las consecuencias de una violación al sistema.

Para el autor Grandez (2017), la historia clínica evolucionó a la historia clínica electrónica con el propósito en donde mejora los mecanismos de seguridad.

Por ende, toda búsqueda recolectada de una historia clínica que integra el componente tecnológico en sus procesos es exitosa como historia clínica electrónica, debido a que le posibilidad al personal administrativo y asistencial entrar a la información continuamente y una vez que se encuentre autorizado para lograr brindar una correcta atención al paciente a partir de su ingreso a la organización de salud hasta el cuerpo de prestación de servicios. (p.12)

La historia clínica electrónica es aquel documento electrónico del estado de salud de un paciente. No solo eso, es un hecho para almacenar y establecer la información del paciente. La historia clínica manuscrita, esta se divide en varias secciones, donde los profesionales pueden ingresar información para brindar atención al paciente o realizar tareas administrativas

Nace la historia clínica electrónica (HCE), que da muchas ventajas ante la historia clínica escrita (HCP) – (Tabla 1). Conforme con la International Organization for Standardization (ISO), una HCE es un repositorio de datos de un paciente en un formato digital, acaudalados de una forma indudable y disponibles a usuarios autorizados, sin embargo más que aquellos, es una totalmente nueva forma de guardar y acomodar la información del paciente, que junto con la interconectividad de las redes computaciones, posibilita que sea accesible a partir de cualquier espacio y en cualquier instante por los actores autorizados (pacientes, expertos de la salud y técnicos vinculados al sector salud), con observancia de las leyes de reserva, custodia de dato particulares y estabilidad de ingreso. En Perú, ya hay vivencias de uso de HCE con diferentes grados de desarrollo y se prevé en el corto plazo, disponer de HCE en los nuevos establecimientos del Ministerio de Salud. (Rojas, L; Cedamos, C; y Vergas, J, 2015, p.30)

Por lo expuesto, es necesario determinar en forma sucinta la diferenciación entre uno y otro tipo de historia clínica, por lo cual resulta para efectos metodológicos exponer de forma resumida la diferencia entre los dos tipos

Cuadro 1: Comparación entre tipos de historias clínicas en relación a sus variables.

Variable	Historia clínica electrónica (virtual)	Historia clínica manuscrita (papel)
Disponibilidad	Disponible en todo momento y en varios lugares para diferentes personas, de manera simultánea.	Disponible en un solo lugar físico y para una persona.
Información	Contiene información completa, pues tiene campos obligatorios que exigen el ingreso de la información.	La información a veces es parcial, debido a que por diversas razones se omite el ingreso de información.
Redacción	La información consignada siempre es legible.	La información consignada no siempre es legible.
Médico tratante	Siempre se identifica al médico tratante.	A veces no se consigna el nombre y la firma del médico tratante.
Fecha y hora	Siempre se consigna la fecha y hora.	A veces no se consigna la fecha y hora.
Continuidad de los actos registrados	Los hechos y actos son registrados cronológicamente	Es posible modificar la continuación temporal de los sucesos.
Calidad de la información	Ayuda a evitar tratamientos redundantes.	No contribuye a evitar la duplicidad de información y de tratamientos.
Ingreso de datos	Es estandarizado.	Varía según el estilo de cada profesional.
Almacenamiento	Es más económico que el soporte físico y su reproducción también. Además ocupa un espacio virtual reducido.	Es más costoso y ocupa un mayor espacio físico.
Seguridad de la información	Es mínimo el riesgo de la información archivada (<i>back up</i>).	Constantemente la información está expuesta a potenciales riesgos: incendio, inundación, robo, etc.
Transferencia de la información	No es necesario enviarla físicamente por encontrarse siempre a disposición de los usuarios autorizados (virtualmente)	Es necesario enviarla físicamente al interesado.
Identificación del que consulta la información	Siempre se podrá identificar al usuario que accedió a la información.	Es muy difícil llevar un registro de las personas que acceden a la información.
Durabilidad	Permanece inalterable en el tiempo para que su información pueda ser consultada.	Sufre deterioro en el tiempo por su uso, degradación y otros factores externos.
Reserva de la información	Garantizada por mecanismos de seguridad informática.	Garantizada por mecanismos de control del archivo, no eficientes.

Fuente: Registro nacional de historias clínicas electrónicas en Perú (2015)
<http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v32n2/a29v32n2.pdf>

Analizando más detalladamente existe una comparación entre las historias clínicas electrónicas (HCE) y las historias clínicas manuscritas – papel (HCP), ambas historias tienen la finalidad de resguardar los datos del paciente para mejorar la atención de este y tener una mejor relación con el personal de salud. La custodia de estos documentos no debe vulnerarse pues sea física o electrónica, el derecho a la intimidad prevalece sobre cualquier otro ámbito.

C. Características esenciales de la historia clínica.

Para los autores Guzmán & Arias (2012), la historia clínica debe tener las estas características:

Su práctica es forzosa. Ningún acto doctor hospitalario o de consultorio debería efectuarse sin que correspondiera a un registro en la historia clínica. En las instituciones de salud se pide la historia clínica como componente imprescindible para ejercer una medicina de calidad. Es irremplazable. La escritura de la historia no podría ser reemplazada por la memoria del doctor. Es lógico que no se logren conocer detalles de cada paciente, ni por el número ni por la dificultad personal de cada ser humano. Es privada y pertenece al paciente. Aquí se unen los conceptos de confidencialidad, secreto profesional e información. (p.4)

Toda historia clínica (manuscrita o electrónica) debe tener como características esenciales la confidencialidad ente usuario clínico y paciente, como elemento esencial. Este documento no puede ser adulterado, modificado o reemplazado; esto con la finalidad de evitar alguna vulneración a la intimidad del usuario clínico.

Para Minsa (2018), en la Resolución ministerial N° 214-2018/MINSA – Norma Técnica de salud para la Gestión de la Historia Clínica, toda historia clínica debe contener la siguiente información:

- Documentación relativa a la hoja clínico-estadística
- Autorización del ingreso
- Informe de urgencia
- Anamnesis y exploración física
- Evolución
- Órdenes médicas
- Hoja de interconsulta
- Informes de exploraciones complementarias
- Consentimiento informado
- Informe de anestesia
- Informe de quirófano o registro del parto
- Informe de anatomía patológica
- Evolución y planificación de cuidados de enfermería
- Aplicación terapéutica de enfermería
- Gráfico de constantes
- Informe clínico de alta

Además, otros elementos fundamentales que debe tener la historia clínica son: la confidencialidad y firma electrónica.

Confidencialidad: Cualidad que indica que la averiguación no está disponible y no es revelada a individuos, entidades o procesos sin autorización. Firma electrónica que utiliza una técnica que criptografía asimétrica, basada en el uso de un par único de claves asociadas, una clave privada y una clave pública, relacionadas exactamente entre sí, de tal forma que los entes que conocen la clave pública no pueden derivar de ella la clave privada. La forma digital se utiliza en el marco de la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, su estatuto, así como la norma relacionada. (Ley N°30024, 2013, p.2)

Para toda historia clínica ya sea electrónica o manuscrita se debe tener en cuenta dos aspectos esenciales para poder analizar si existe una divulgación que son la confidencialidad y la firma digital pues si en caso una de ellas se vulneraría o simplemente no está dentro del proceso, sería mucho más fácil el robo o sustracción de una historia clínica electrónica porque no se establecería un límite entre lo que se debería decir (confidencialidad), y entre un requisito indispensable para la adquisición de una historia clínica electrónica (firma digital).

D. Las historias clínicas y la legislación comparada.

En Ecuador, en su estatuto de confidencialidad de información en el Sistema Nacional de Salud, capítulo IV - estabilidad donde la protección del documento clínico, a partir del capítulo 14 hasta el 20 se observa existente una más grande estabilidad con en relación con las historias clínicas ya sean manuscritas o electrónicas (Reglamento de Información Confidencial en Sistema Nacional de Salud, 2015). Es decir, en la legislación ecuatoriana existe un mayor cuidado y seguridad con respecto al resguardo de las historias clínicas, pues incluso las historias clínicas solo pueden ser utilizadas por un lapso de 5 años asimismo pasado ese tiempo, la historia clínica debe ser destruida para evitar su reutilización.

Del mismo modo, debemos tener en cuenta que si bien la regulación ecuatoriana presenta mayor protección de historias clínicas, no debe interpretarse como mecanismos de actuación frente a una divulgación, para llegar a esto se tendría que contar con una norma paralela que proteja los datos personales, a fin de dar cumplimiento con formalidades establecidos por ley, como sanción por robo de una historia clínica; y sanción para las personas encargadas de elaborarlas, custodiarlas, almacenarlas y de divulgarlas.

En cuanto a Chile interpretando el artículo 23 de su ley 19.628, establece que se debe remediar el daño patrimonial y moral originado por un procedimiento ilícito de datos (incluido las historias clínicas electrónicas u manuscritas), si en caso no se llega a realizar una modificación, bloqueo o eliminación, de la información (si ha sido ordenado por el titular o por el tribunal).

El individuo o el organismo público responsable del Banco de datos particulares tendrá que remediar el daño patrimonial y moral que cause por el procedimiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a borrar, modificar o bloquear los datos según lo solicitado por el titular o, en su caso, lo ordenado por el Tribunal. La acción consiguiente va a poder interponerse juntamente con la reclamación referida a implantar la infección, sin perjuicio de lo determinado en el artículo 173 del código de método civil. En todo caso las infecciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la compensación de daños, se juntarán al método sumario. El juez tomará cada una de las providencias que estime convenientes pueda ser positiva la custodia de los derechos que esta ley instituye. La prueba se aprecia en conciencia por el juez. El costo de la compensación va a ser definido prudencialmente por el juez, tomando en cuenta las situaciones del caso y la gravedad de los hechos. (Ley N°19.628, 2012, p.9)

Asimismo, en Colombia interpretando el artículo 16 de su Reglamento 1995 de 1999 establece una de las medidas de seguridad debe tener la historia clínica, esta debe ubicarse en un área restringida, solo podrán acceder el personal de salud autorizado; además, las entidades de salud deben custodiar las historias clínicas y ellas serán los responsables de su cuidado.

El prestador de servicios de salud debe y archivar la historia clínica en un área concreta, con ingresos reducidos al personal de salud autorizado, conservando las historias clínicas en condiciones que responde a la totalidad física y técnica, sin falsificación o variación de la información. Las instituciones prestadoras de servicio de salud y en ordinario los que a estado es delegados a la defensa de la historia clínica, tienen que velar por la conservación de esta y contestar por su correcto cuidado. (Artículo 10, Reglamento 1995 de 199 – República de Colombia, 199)

Nótese en estas referencias; además, de la prescripción normativa expresada en su ley orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de España, título VII “Infracciones y Sanciones”, en la cual establece a los responsables en caso se realice una divulgación, tipos de infracciones que van desde lo más leve hasta muy graves, así mismo se menciona la cantidad de pago de una multa por dichas fracciones (el precio varía según la fracción), y la prescripción de las infracciones. Lo cual establece los mecanismos de actuación inmediata que no se establece en nuestro ordenamiento jurídico.

1.2.3. Conducta Ilícita.

A. Definiciones.

El autor Salmerón (s/f), establece que:

Conducta ilícita, con base a las posiciones legales, puede personificar en la mente de otros de manera distinta, como consecuencia de su relación social, de su proceso de aprendizaje, u otros. No existe conducta ilícita imputable a un sujeto, sino más bien sociedad culpable de que tal persona incurra en conductas calificadas como ilícitas por la misma sociedad que le empuja a ellas. De esta forma debemos reclamar al Derecho penal que una vez que aplique su "ingeniería" acepte que ésta solamente va a ser plenamente válida si anteriormente ha existido un cambio social hacia el equilibrio. (p.65).

Si analizamos lo mencionado por el autor, entendemos que la conducta ilícita no sería aplicable a una determinada persona, sino más bien a la sociedad porque ella impulsa al individuo a cometer determinados actos que son contrarios al derecho, con la finalidad de tener la aceptación por parte de la sociedad.

Así mismo, para los autores Jiménez & García. (2002)

La conducta ilícita radica sobre revelar los secretos del individuo, analizada como la acción de transmitir de cualquier forma, sin ser necesarios la ejecución de pluralidad del individuo, Asimismo una trasgresión del bien jurídico de la intimidad se origina con autonomía del número de personas que tenga comprensión sobre datos esto origina un motivo de delito. Por íntimo se conocen lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es solo acreditado por su titular o por quien él determine. Para diferenciar de la mera indiscreción, es necesario que lo comunicado afecta a la esfera íntima del titular, por lo que el caso de tratado alcanza relevancia jurídica, pues lesiona la presencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana. (p.407)

La conducta ilícita con respecto a las historias clínicas consiste en divulgar los datos contenidos en la esfera intimidad del paciente clínico, no solo referente a brindar la información a un grupo de personas, sino de una violación a sus datos íntimos contenidos en una historia clínica. Además, la divulgación de estos datos íntimos, no se puede tomar como una "indiscreción", porque dicho acto anteriormente mencionado, afectaría la calidad de vida del paciente clínico y por ende tendría consecuencias en su esfera psicológica, moral y económica; derivado de ello, el paciente clínico podría atentar contra su vida.

En tanto, el Tribunal Supremo de España, mediante Sentencia N°: 574/2001, fundamento 1°, manifestó lo siguiente:

Para distinguir el comportamiento ilícito de la mera imprudencia se necesita que lo informado perjudique a la esfera de la intimidad que el titular desea proteger. Por esto se ha tratado de dominar el contenido del secreto a esos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin lugar a duda, alcanza el producido reportado puesto que lesiona la realidad de un entorno propio y reservado ante la acción y juicio de los otros, primordial -según las pautas de nuestra cultura- para conservar una calidad mínima de vida humana. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es únicamente conocido por su titular o por quien él determine (p.3)

Su finalidad es establecer una línea entre lo que corresponde una divulgación y una indiscreción, es para entender qué aspecto de la intimidad del clínico se estaría vulnerando, siguiendo la misma línea, estaría violentando aquellos derechos que contenga una relevancia jurídica, afectando no solo al paciente clínico sino también al entorno que lo rodea, evitando que el paciente y su entorno gocen de una buena calidad de vida.

Al respecto Maglio (s/f), menciona que:

La confidencialidad es una forma a la intimidad, aun de esta forma, ciertos aspectos tienen derechos particularísimos que deben establecer un carácter perpetuo, además debería reformularse en el respeto por la regla de confidencialidad, debido a los argumentos para que subsista la amparo todavía luego del deceso individuo. La divulgación de datos confidenciales o la intrusión a la intimidad a partir del fallecimiento tienen la posibilidad de ocasionar una lesión del campo familiar o en los herederos del culpable, quienes se encontrarían legitimados para comenzar una acción de compostura por el agravio moral. (p. 96)

La conducta ilícita con respecto a la divulgación de una historia clínica no solo afecta al paciente clínico, como se viene analizando; si no también afecta a su entorno en este caso a los herederos del paciente, si en caso los familiares del causante creen que la divulgación de la historia clínica de esta causa perjuicio a su ámbito familiar, los herederos podrán tomar medidas para iniciar un proceso de reparación por el daño que se les causo.

De lo analizado anteriormente podemos concluir que una conducta ilícita con relación a una historia clínica consiste en el acto de la divulgación del documento en mención, sin embargo no todo contenido de la historia clínica podría afectar al paciente, si no cuyo contenido tenga una relevancia en su esfera íntima causada por una enfermedad infecto-contagiosa, y con consecuencia de dicho acto (divulgación) se origine una afectación psicológica o económica del paciente; y estas situaciones originen que se atente contra su vida.

B. Conducta Ilícita prevista en las normas del Código Penal.

Se considera a la intimidad como derecho fundamental de todos los individuos, así dispone nuestra constitución en el artículo 2, inciso 6, menciona literalmente toda persona tiene derecho a: “A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no provean informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”. Además, las personas tenemos el derecho de que no se atente contra nuestro honor y buena reputación, así lo establece el inciso 7 del artículo en mención, que nos señala: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”.

Nuestra legislación Penal establece sanciones ante la violación a la intimidad, así mismo el artículo en mención nos señala lo siguiente:

El que viola la intimidad de la vida personal o familiar así sea observando, oyendo o registrando un producido, palabra, escrito o imagen, valiéndose de artefactos, procesos técnicos u otros medios, va a ser reprimido con pena privativa de independencia no más grande de 2 años. La pena va a ser no menor de uno ni más grande de 3 años y de treinta a ciento veinte días multa, una vez que el representante expone la intimidad exitosa de la forma anteriormente prevista. (Código Penal Peruano, 2016, art.154).

Entonces, analizamos que a pesar de existir una regulación en donde se establece una confidencialidad con respecto a las historias clínicas, nos damos cuenta de que dicho artículo

aún se encuentra lejos de nuestra realidad actual originado por la pandemia, siendo así, no solo se trata de proteger la historia clínica del usuario, el cual contiene información que pertenece a su intimidad (los actos médicos, diagnóstico, tratamientos) y como consecuencia de ello se protege el estado del paciente frente al sistema estatal.

De lo expuesto determinamos, que la protección en la norma no solo debe estar dirigido a evitar la lesión a la esfera íntima del usuario clínicos en general (incluidos los que tienen una enfermedad infectocontagiosa, y/o de naturaleza grave) si no también evitar la consumación de actos de lesión y de haberlo, obligarlo a ser reparado, protección en la que se debe incluir la familia y la sociedad. En función a ello y lo sustentado llegamos a determinar que no es estable la conducta ilícita, existiendo un desfase ocasionado por el tiempo en el que fue expedita con los hechos nuevos ocurridos posterior a su vigencia.

2. Materiales y Métodos.

La presente investigación es cualitativa, de tipo documental. Como parte de su desarrollo se ha seguido un diseño de investigación bibliográfica. Se ha utilizado el método analítico para hacer una descomposición del objeto de estudio en sus elementos constitutivos, o dimensiones, tomándose en cuenta el análisis de la información obtenida de las diversas fuentes bibliográficas o documentales, tratando de identificar las relaciones y diferencias entre unas teorías y otras; por consiguiente, concluir con propuestas teóricas argumentadas y la técnica del fichaje (fichas textuales, de resumen y bibliográficas) para sistematizar el fundamento teórico de la investigación. El procedimiento utilizado involucra la observación, descripción y redacción de la realidad problemática, planteamiento del problema, y objetivos (general y específicos), propuesta de hipótesis, recopilación y selección de documentos afines al trabajo de investigación sobre el que se ha realizado una exhaustiva, sistemática y rigurosa revisión. Finalmente, se ha realizado una lectura analítica aplicando la técnica del fichaje para la redacción del informe final con las conclusiones.

2.1. Diseño de la investigación.

La presente Investigación se desarrolló en base a un objetivo general y tres objetivos específicos, los mismos que detallamos a continuación:

- Primer objetivo específico: Análisis de las omisiones en la tipificación de la conducta ilícita ante la divulgación de una historia clínica, inexistente en el artículo 7 de Ley N°30024 y el artículo 154 del Código Penal Peruano.
- Segundo objetivo específico: Criterios normativos sobre el derecho a la intimidad en relación con las historias clínicas, en aplicación del artículo 7 de la ley N°30024.
- Tercer objetivo específico: La Divulgación indebida y el daño ocasionado como elementos de la tipicidad penal

Finalmente, una vez realizado el análisis de cada uno de los objetivos específicos, desarrollamos el objetivo general de nuestra investigación consistente en la propuesta de modificación del artículo 7 de la ley N°30024, cual agrava la sanción por una divulgación indebida en las historias clínicas.

2.2. Procedimiento de recolección de datos.

2.2.1. Técnica de recolección de datos.

La principal técnica empleada para el desarrollo de nuestra investigación fue el uso de fichas; por lo que recurrimos a los siguientes tipos:

- Fichas bibliográficas: Nos permitieron registrar los principales datos de las fuentes bibliográficas que fueron de interés para nuestra investigación.
- Fichas de resumen: En ellas recogimos las principales ideas de cada material bibliográfico.
- Fichas de normas legales: Nos sirvieron para recopilar el conjunto de leyes de nuestro ordenamiento legal, relacionadas con la investigación.
- Fichas de análisis y comentarios de documentos: En ellas registramos las opiniones, críticas y conclusiones vertidas por los especialistas, relativas a temas de interés para nuestra investigación.

3. Resultados y discusión.

3.1. Análisis de las omisiones en la tipificación de la conducta ilícita ante la divulgación de una historia clínica, inexistente en el artículo 7 de Ley N°30024 y el artículo 154 del Código Penal Peruano.

Para determinar si existe omisión y una probable conducta ilícita sujeta a una sanción penal respecto ante la divulgación de una historia clínica, es necesario realizar un análisis del artículo 154 del Código Penal y el artículo 7 de la ley N° 30024.

Durante los últimos años y con mayor fuerza durante el 2020 y 2021, nuestro país se ha visto afectado por la vulneración de los datos personales médicos y es por lo que se vio frente a la necesidad de promulgar la ley N°30024, esta herramienta tiene como objetivo principal proteger los datos personales médicos que están contenidos en una historia clínica que pertenece al usuario clínico.

Sin embargo, a pesar de la existencia de la norma anteriormente mencionada y de una sanción ambigua establecida en el artículo 154 del Código Penal; nos percatamos aún de la existencia de la vulneración y afectación de los datos personales de un paciente, esto se debe a que dichas normas no se encuentran adaptadas a la actual época que vivimos.

En un primer análisis podríamos inferir que dichas omisiones se deben a un avance del tiempo como mencionamos anteriormente, sin embargo, frente a una actual pandemia (originada por la enfermedad del COVID – 19), nos damos cuenta de que la norma conforme está redactada no sanciona la divulgación de la historia clínica del paciente, y trae como consecuencia un claro peligro a la salud psicológica y física del paciente clínico, debido al resultado de la vulneración y divulgación de su historia clínica.

De lo anteriormente mencionado es claro que las medidas de protección deben ser modificados frente a la nueva era que estamos atravesando, si se aumenta las medidas de protección también deben ser aumentadas, y más severas las sanciones por vulnerar y divulgar la historia clínica.

Otro aspecto importante es lo establecido en el artículo 154 del Código Penal, en donde el principal objetivo es dar una sanción por la divulgación de los datos personales, sin embargo, nos podemos dar cuenta que dicha norma es ambigua a nuestra época pues la sanción es instaurada y no brinda una solución plena a la afectación de la vulneración y divulgación de una historia clínica, así como tampoco establece las consecuencias generadas en caso la divulgación tenga como consecuencia el daño a la salud psicológica, salud física o ambas.

En cuanto al artículo 154 del Código Penal y el artículo 7 de la ley N° 30024 ambos apartados se basan en la consecuencia por realizar actos ilícitos con respecto a la historia clínica de un paciente, esto significa que para sancionar las conductas deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Los que afecten la confidencialidad, serán sancionados bajo normas penales, civil o administrativas. (artículo 7 de la ley N° 30024)
2. El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. (artículo 124, Código Penal Peruano)

Como podemos apreciar de los textos contenidos en las normas, la tipicidad del hecho delictivo y sanción incluyen las situaciones aquellas situaciones objetivas que se aprecia la consecuencia de la declaración del estado de emergencia dispuesto por el gobierno central, es por ello que es necesario de modificar la ley con la finalidad de considerar la conducta ilícita contenida en divulgación de la historia clínica.

Los mecanismos mencionados deben tener un total cumplimiento para poder evitar el daño psicológico, físico o ambos de las personas, esto no solo afecta a la persona a la cual se le vulnera su derecho a la intimidad, si no también afecta al entorno que los rodea (amigos, trabajo, familia, etc.). En cuanto los objetivos de las normas establecidas, el principal es el proteger el derecho a la intimidad de la persona, debido que durante los últimos años se ha visto un incremento significativamente en un 10%, en total desde el año 2016 hasta la actualidad.

Pese a contar con una norma de protección de historias clínicas, la importancia de la custodia de los datos personales sigue disminuyendo. Estos factores dependen por el avance de la tecnología, época o por intereses personales asociados por diferentes motivos. Algunos factores adicionales que deben tomarse en consideración también es la falta de un sistema adecuado para proteger la base de almacenamiento de las historias clínicas, ya sean manuscritas o electrónicas.

El proceso de seguridad para la custodia de las historias clínicas en sus diferentes modalidades (manuscritas y electrónicas) es un proceso que se encuentra organizado, planificado y supervisado con la finalidad de proteger los datos del paciente clínico. Sin embargo, podemos analizar que, aun teniendo un sistema físico o electrónico para proteger los datos del paciente, estos procesos pueden ser vulnerados, adulterados o sustraídos; con una finalidad maliciosa. En cuanto a la severidad de la sanción por realizar esos actos no establecen de forma clara y precisa aquellos actos en específico que merecen ser sancionados o las consecuencias que se pueden originar dichos actos.

En este orden de ideas, se observa que hay un elemento cíclico constante; puesto se ha visto que se ha creado un sistema de custodia de las historias clínicas, la seguridad en esta nueva era queda desfasada, al mismo tiempo al no existir una buena custodia, será mucho más sencillo que el documento ya mencionado pueda ser vulnerado, adulterado o sustraído; además las

sanciones establecidas para estos tipos de actos aún no se encuentran acorde al avance de la época. Así mismo, esto se ve reflejado durante los años 2020 – 2021 (pandemia por la enfermedad del COVID – 19), en donde la divulgación por tener una enfermedad infecto - contagiosa se ha vuelto muy constante en nuestro país.

En cuanto a la vulneración y divulgación de una historia clínica, es necesario señalar y enfatizar; que dichos actos son justificados porque mencionan que se “debe conocer los datos íntimos del usuario clínico”, “es necesario para conocer sus antecedentes”, entre otros; ninguna de esas justificaciones es permitidas, nadie debe vulnerar la esfera íntima de una persona menos divulgar esa información, afectándolo de forma psicología, física o ambas. Es preciso señalar que, en Perú, casi la totalidad de la vulneración o divulgación de la historia clínica se ha realizado para un beneficio propio.

Es indudable que el descubrimiento de nuevos métodos tecnológicas y la creación de herramientas han permitido una nueva forma de afectación del derecho a la intimidad, usando los diferentes medios de comunicación para vulnerar y divulgar la historia clínica del paciente, dichos actos no se encuentran contemplados en el artículo 7 de la norma N° 30024 tampoco en el Código Penal Peruano vigente. Como consecuencia las personas que se ven afectadas por estos actos, al no existir una norma clara y precisa, deciden no actuar y dejar que sea vulnerado su derecho.

Por ello, podemos inferir que la norma no contiene en forma literal, conductas que son necesarias sancionar y que se han reflejado más acentuadamente con la declaración del estado de emergencia originado por el COVID – 19.

3.1.1. La divulgación de la historia clínica en las normas complementarias.

Es necesario para la sustentación del presente estudio efectuar un análisis de las normas complementarias que sustentan la protección de la divulgación de una historia clínica del paciente:

- a) Con Respecto a la Ley General De Salud. - Ley promulgada el día 9 del mes de Julio de 1997, en los artículos 25 y 119, menciona textualmente lo siguiente:
 - Artículo 25.- Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado. El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional.

Se exceptúan de la reserva de la información relativa al acto médico en los casos siguientes:

- a) Cuando hubiere consentimiento por escrito del paciente;
- b) Cuando sea requerida por la autoridad judicial competente;
- c) Cuando fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información obtenida de la historia clínica se consigne en forma anónima;
- d) Cuando fuere proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiarlo, siempre que éste no lo prohíba expresamente;

- e) Cuando versare sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la Autoridad de Salud;
- f) Cuando fuere proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente siempre que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoría; y,
- g) Cuando fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente. (Artículo 25, Ley General de Salud, 1997)

- Artículo 119.- La información, la propaganda y la publicidad que se refiere a la salud, al tratamiento de enfermedades, a la rehabilitación, al ejercicio de las profesiones de la salud y servicios que impliquen riesgo para la salud física o mental, ni desvirtuar o contravenir las disposiciones que en materia de prevención, tratamiento o rehabilitación de enfermedades establece la autoridad de salud. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas generales de publicidad en defensa del consumidor, la publicidad sobre prestación de servicios de salud no podrá ofrecer tratamientos preventivos, curativos o de rehabilitación cuya eficacia no haya sido comprobada científicamente. (Artículo 119, Ley General de Salud, 1997)

Del análisis literal de los artículos, de la norma debemos considerar que desde su promulgación (9 - Julio – 1997) hasta la actualidad han transcurrido 23 años, en cuya época no existía un registro de una declaración de emergencia sanitaria del país, ello nos lleva a concluir que en la época actual que nos encontramos, la norma no se encuentra adecuada al tiempo, en donde nuevas conductas han surgido y por ello las sanciones deben ser acorde a la conducta realizada.

Como consecuencia de la idea anterior estas nuevas conductas se encuentran enlazado con los efectos negativos de la pandemia y su fácil acceso a la información ha logrado que exista una vulneración de los datos del usuario clínico, consecuencia de ello se ha logrado ver de forma clara la existencia de una omisión acerca de las sanciones que se podrían dar por la divulgación de la historia clínica del paciente, solo se puede observar que establecen algunas situaciones en donde es permitido divulgar la información del documento, así mismo, este pequeño vacío de la norma se debe al tiempo.

Además, si bien en su artículo 119 mencionan, que queda prohibido todo tipo de divulgación, difusión, etc; del documento que guarda la intimidad del paciente, no llega establecer en ninguna forma, las consecuencias si llega a suceder las conductas anteriormente mencionadas, tampoco que sucedería en este paso a las personas que realicen la divulgación.

De lo antes mencionado, consideramos que si bien existen normas que tratan de proteger a la intimidad del usuario clínico, aún no es suficiente, todo dependerá de las nuevas conductas que surgen, sin embargo, también va a depender del resguardo y custodia a las historias clínicas de los pacientes.

En algunos casos, se debería adoptar no solo un buen sistema para proteger las historias clínicas, sino también de una buena orientación sobre las consecuencias que se tendría por la divulgación de la intimidad del paciente, en consecuencia, se debe tener un balance entre tres aspectos fundamentales para poder evitar la vulneración de la historia clínica:

1. Sanciones al mismo nivel de la conducta realizada.

2. Sistema adecuado para el resguardo y protección de la historia clínica.
3. Charlas informativas acerca de las consecuencias de vulnerar la historia clínica.

b) CON RESPECTO A LEY DE PROTECCION DE DATOS. - Esta ley fue promulgada 22 de junio del 2011

Son datos protegidos por esta ley, los que están relacionados con la salud (como está establecido en su artículo 5, “Datos sensibles”), estos datos solo pueden ser violentados cuando se necesiten salvar la vida del paciente, pero solo pueden ser obtenidos por la persona encargada a su cuidado médico, o por profesionales de salud si así lo requiere necesario su tratamiento, pero guardando el secreto profesional, esto se encuentra determinado en el Artículo 14, inciso 6).

A pesar de que existe un proceso sancionador, para las custodias de las historias clínicas (dispuesto desde el Título VI, capítulo I hasta capítulo III, Ley Protección de datos) y niveles de infracciones (capítulo IV, Ley de protección de datos), vemos que no se estableció de forma exacta ninguna sanción para las personas que divulgan la historia clínica de algún paciente.

Después de lo analizado en las dos normas complementarias, vemos claramente que no existe un mecanismo claro y preciso que ayude a conocer que sanciones correspondería, por la afectación al derecho de la intimidad del usuario clínico.

3.1.2. La modernidad y la conducta ilícita aplicable en el caso de divulgación de una historia clínica.

La norma contenida en la ley N°30024 fue promulgada en el año 2013, donde claramente estaba adecuada a la realidad de ese tiempo, ¿pero realmente es viable esta norma para nuestra época actual?

Desde la promulgación de la norma (2013) hasta la actualidad (2021), las enfermedades han venido evolucionando en espacio y tiempo en el Perú, se ha destacado a 5 importantes infecciones que, por su gravedad, forma de contagios y consecuencias, se vuelven la causa para que el estado tome medidas frente a la divulgación.

- Primera enfermedad infecto – contagiosa: “EL CÓLERA”

Esta enfermedad ocasiono en nuestro país un desequilibrio (económico y psicológico), sumándole a esto el desequilibrio político, estos factores origino que la enfermedad en mención ocasione una epidemia.

- Segunda enfermedad infecto - contagiosa: “EL H1N1”

Esta enfermedad muto por un virus originado por la porcina, En el comienzo de esta enfermedad se debió utilizar mascarillas para la atención del público, se puso en cuarentena todo aquel pasajero proveniente de América, a pesar de las medidas tomadas también ligo hacer una pandemia.

- Tercera enfermedad infecto – contagiosa: “ENFERMEDAD DE CARRIÓN”

Esta enfermedad se dio por la mutación de un mosquito debido a las condiciones climáticas y llegó a ser una de las enfermedades más agresivas en nuestro país a pesar de que solo se dio en un sector determinado (sierra de Lima, Cusco, Cajamarca, Áncash)

- Cuarta enfermedad infecto – contagiosa: “EL DENGUE”

El dengue fue una enfermedad originada por un mosquito *aedes aegypti*, se desarrolló en el norte del Perú (Piura y Iquitos) y es un claro ejemplo de cómo puede darse una pandemia tan rápida.

- Quinta enfermedad infecto – contagiosa: “COVID - 19”

Actual pandemia que se vive en el mundo, esta enfermedad también conocida como Coronavirus, se originó en Wuhan (China), no solo afecta al aspecto psicológico del paciente si no también su aspecto económico.

Durante todo el tiempo que se ha desarrollado las diferentes enfermedades infecto – contagiosas nos damos cuenta, que las magnitudes que se han desarrollado han ido aumentando conforme el tiempo, la actual pandemia que vivimos hoy en día (originada por el COVID – 19), nos muestra una realidad antes desconocida, el simple hecho de tener conocimiento de esta enfermedad, se da una discriminación a la persona que lo padece o a su entorno, debido a que ninguna persona busca ser infectada por esta enfermedad.

A pesar de que la labor del estado es compasiva a tratar de defender el derecho a la intimidad del paciente, una norma que fue promulgada en el 2013 se ha vuelto desfasada para la actualidad que estamos viviendo, durante estos 8 años, nuevas formas para poder divulgar una historia clínica han originado, entre ellas tenemos las publicaciones o difusiones a través de redes sociales o medios alternativos que pueden ser publicada por cualquier persona que tenga acceso a estos datos. La mencionada norma no ha establecido nuevas modificaciones acerca de las nuevas situaciones surgidas.

La divulgación de una historia clínica se da a partir de la ruptura de dos aspectos importantes: la confidencialidad y la vulnerabilidad al derecho de la intimidad del paciente, ambos criterios fueron establecidos desde la promulgación de la norma hasta la actualidad como límites para evitar esta acción. Un documento tan privado como la historia clínica, pertenece a la esfera íntima del paciente, y esto se vuelve parte fundamental para evitar perjuicio en la salud emocional y psicológica del paciente o del entorno que lo rodea.

Por lo expuesto y llegando a resolver la interrogante planteada al inicio de este apartado, nos percatamos que la ley promulgada no se encuentra adecuada a nuestra actual realidad, debe realizarse modificaciones la cual establezcan de forma clara y precisa las conductas acerca de la divulgación de una historia clínica y las sanciones que se tendría por estas acciones.

3.1.3. La Conducta exigible para la sanción penal.

Considerando la conducta exigible para la sanción penal del artículo 7 de la ley N° 30024, conforme lo expuesto se ha llegado a determinar que la norma por su temporalidad no ha previsto enfermedades cuyas situaciones son gravosas y por lo tanto son transformadas en pandemia, así como sus consecuencias en la persona que la padece por lo que, uniendo la norma desfasada con estas nuevas realidades, la modificación de la norma debe estar orientada a

sancionar penalmente a aquellas conductas intencionales que realicen el personal directo (los que asisten y se encuentran en relación de dependencia del paciente), los cuales pueden ser identificados en su función de la relación directa con el paciente (hospital, clínicas, centro de salud, consultorio, policlínicos, etc.) y el personal indirecto (aquellos a que se le confía la información de la enfermedad), pueden ser allegados del paciente.

La finalidad en el establecimiento de la conducta no puede estar orientada a una divulgación general de la enfermedad, si no a aquellas que causen perjuicio económico, moral y psicológico debidamente comprobado al paciente (víctima o quien padece la enfermedad), para ello debe existir una intención dolosa en la divulgación está, se daría cuando existe entrega de dinero (vender la información), dadiva (entrega de obsequio) y/o beneficio de la divulgación u otro que ocasione algún bien por parte de quien lo divulga y entregando documento oficial de los centros médicos en general.

A esta conducta también debe añadirse al personal directo y personal indirecto (anteriormente descritos) que puedan asistir a la víctima en su domicilio personal, sin que este tenga alguna relación médica con el centro, solo con la persona que los asiste. Debiéndose incluir en este concepto a los indirectos que pueden hacer amigos o familia a quien se les confíe la información, también deberá incluirse dentro de las especificaciones penales el grado de afectación de la víctima y esto se encuentra relacionados en la publicación privada de una grave afectación psicológica de la víctima que padece de una enfermedad infecto (en caso en concreto el COVID – 19), contagiosa que la ha llevado a atentar contra su propia vida con la finalidad de que no se divulgue de la enfermedad que la padece. Comprobado con el hecho que muchas personas prefieren ser atendidas en su casa y no en centro médicos,

Es necesario agregar que el propio estado ha establecido como políticas de defensa (originado por el COVID-19), decisiones de discriminación de las personas que padecen esta enfermedad con las que no la contraen, ejemplo la creación de centros especializados para las personas que sufren de cualquier enfermedad infecto contagiosa, además estas personas no pueden tener visitas en general y tienen un protocolo estricto ante las visitas, cuidado o fallecimiento, por lo que en general estamos ante una enfermedad discriminatoria hecho que acredita la validez e inferencia del presente trabajo, que es la injerencia de sancionar una conducta de divulgación a la intimidad con cualquier tipo de enfermedades.

3.2. Criterios normativos sobre el derecho a la intimidad en relación con las historias clínicas, en aplicación del artículo 7 de la ley N°30024.

3.2.1. Del derecho a la reserva de la información médica del paciente.

En el ámbito de salud, debemos tener en claro que para la existencia del derecho a la reserva de la información médica del paciente debe existir dos factores que no pueden vulnerados: la reserva y la confidencialidad. En este aspecto el derecho a la intimidad debe tener una mayor custodia en el aspecto sanitario, pues esta esfera íntima da una cierta flexibilidad con la finalidad de buscar que el paciente mejore en su salud.

El hecho de llegar a solicitar un servicio de salud y brindar datos pertenecientes a la esfera íntima el paciente, se establece una relación de confianza entre el personal de salud y el usuario clínico, en donde no puede ser vulnerada por ninguna de las dos partes o un tercero. Dentro de esta relación se llega a conocer algunos aspectos del paciente como: su diagnóstico, tratamiento, enfermedad, etc.; y esto origina la confidencialidad y reserva a la información.

Actualmente vemos que en nuestra constitución si bien no se establece de forma clara y precisa el derecho a la intimidad de un paciente, existen normas (Ley General de Salud, D.S. 027-2015-S. A), que han tratado de complementar sobre el derecho a la reserva de la información del paciente, exactamente en el artículo 25 de la Ley General de Salud menciona:

Artículo 25.- Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado. El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional. Se exceptúan de la reserva de la información relativa al acto médico en los casos siguientes: a) Cuando hubiere consentimiento por escrito del paciente; b) Cuando sea requerida por la autoridad judicial competente; c) Cuando fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información obtenida de la historia clínica se consigne en forma anónima; d) Cuando fuere proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiarlo, siempre que éste no lo prohíba expresamente; e) Cuando versare sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la Autoridad de Salud; f) Cuando fuere proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al paciente siempre que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoria; y, g) Cuando fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente.

En el artículo anteriormente mencionado apreciamos el reconocimiento al derecho a la intimidad dentro del ambiente sanitario, pues la existencia de la relación entre paciente y especialista de salud confirma la reserva de los datos del usuario clínico. Los datos protegidos y que no pueden ser vulneradas en la historia clínica son:

- Documentación relativa a la hoja clínico-estadística
- Autorización del ingreso
- Informe de urgencia
- Anamnesis y exploración física
- Evolución
- Órdenes médicas
- Hoja de interconsulta
- Informes de exploraciones complementarias
- Consentimiento informado
- Informe de anestesia
- Informe de quirófano o registro del parto
- Informe de anatomía patológica
- Evolución y planificación de cuidados de enfermería
- Aplicación terapéutica de enfermería
- Gráfico de constantes
- Informe clínico de alta

Por lo tanto, de lo analizado, nos percatamos que el derecho a la reserva de la información del paciente nace a partir de la relación entre el paciente y el clínico, los datos contenidos en la historia clínica son protegidos por la esfera del derecho a la intimidad, lo que resulta sancionadora la vulnerabilidad de estos datos.

3.2.2. La Divulgación indebida y el daño ocasionado como elementos de la tipicidad penal.

Dentro de la acepción genérica podemos concebir el concepto de divulgación, según la RAE como: “Descubrir o manifestar indiscriminadamente algo ignorado o secreto, difundir” (2020). Este concepto debemos complementarlo desde el punto jurídico.

El término “divulgación” para el Derecho consiste en:

Siempre tiene que ver con la noción de publicar o propagar algo ya que no puede haber divulgación si determinado conjunto de datos o de informaciones permanece en poder de una sola persona. La divulgación, por tanto, es lo que permite a una sociedad recibir diferente tipo de datos de manera más o menos organizada. Estos datos por lo general pueden ser divulgados con fines útiles, aunque en muchos casos la divulgación de información personal o privada tiene que ver con la curiosidad y con factor económico. (Definición Jurídica, 2010)

De la unión de los dos conceptos podemos resumir que la divulgación es: La acción de manifestar algún hecho situación, con una finalidad maliciosa o para poder perjudicar a la persona. La “divulgación” se da de datos que pertenecen a la esfera íntima de la persona, estos datos pueden ocasionarle daños (psicológicos, moral o económicos).

Habiendo sintetizado el concepto de divulgación, esta es indebida cuando existen factores externos que motiva la infidencia del conocimiento de los hechos en perjuicio de la víctima, para que exista un acto indebido debe ser contrario a ley, es decir debe mediar algún tipo de compensación por la información en cualquiera de sus modos (dinero, regalos, interés, u otro beneficio), o puede existir envidia, colera, etc.; contra dicha persona y a esto hay que agregarle que tales hechos se probarían con la entrega de la información oficial (historia clínica u otro que se compruebe que la información sea verás y que la persona que divulga actúa con conocimiento de causa.

Con respecto al daño, tenemos como definición jurídica lo siguiente:

Perjuicio causado a una persona como consecuencia de un evento determinado. Se clasifica generalmente en daño material, cuando se causa en el patrimonio o bienes de una persona, incluidos los daños físicos a la misma, o daño moral, como sufrimiento o perjuicio de difícil valoración económica causado en el ánimo de una persona. (enciclopedia jurídica, 2020, p.1)

El daño dentro de una connotación penal tiene prescripta la misma similitud que el daño civil, respecto a aquellos elementos subjetivos de reparar considerando que la pretensión reparatoria se rige por los conceptos de los preceptos civiles.

Sin embargo, hay daños más profundos, como, por ejemplo, el daño a la integridad psicológica de la persona y que como consecuencia de ello lo hace vulnerable a un trastorno que por sí solo, podría atentar contra su propia vida. Y es precisamente este tipo de daño que tiene que ser preservado como bien jurídico protegido, pues, en la actualidad los efectos de la actual enfermedad infecto – contagiosa, donde lo trastorna de forma psicológica a quien la padece, dejando secuelas, incluso alguno paciente atenta contra su vida y peor cuando intencionalmente es evidenciado ante la comunidad, así se demuestra los estudios conforme se ha hecho mención en esta investigación.

En conclusión, para exista una connotación penal se debe establecer, tres aspectos importantes:

- 1) Primero debe existir un paciente que padece la enfermedad.
- 2) Segundo deben existir personas que atiendan y evalúen la salud de víctima
- 3) Tercero como consecuencia de esta relación se haga mal uso de esta información a cambio de cualquier tipo de beneficio y de ese hecho se entregan documentos, como historiales médicos, que aparezcan publicado ante cualquier medio de difusión y como consecuencia de ello el paciente le cause un perjuicio:
 - Económico
 - Moral
 - Psicológico

Es así como la divulgación indebida de la historia clínica llevaría como consecuencia una pena más gravosa y más aún si se ha evidenciado un trastorno psicológico desencadenando un atentado contra la propia vida del paciente.

3.3. Propuesta de modificación del artículo 7 de la ley N°30024, cual agrava la sanción por una divulgación indebida en las historias clínicas.

Conforme se ha establecido en la presente investigación, existe una necesidad de tipificar la conducta penal por la divulgación para ello tendremos presente, que dicha conducta actualmente es asumida en el artículo 7 de la ley N° 30024 que dice textualmente:

Artículo 7. Confidencialidad del Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas

Los que intervengan en la gestión de la información contenida en el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas están obligados a guardar confidencialidad respecto de este, de conformidad con el numeral 6) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y demás normas, bajo responsabilidad administrativa, civil o penal, según sea el caso. (Ley N° 30024, 2013, p. 3)

Se ha llegado a establecer también que en la época que se promulgo (2013) la norma, el legislador no consideró y en el transcurso del tiempo devienen en obsoletas; es por ello, la necesidad de su modificación; más aún con la declaración del estado de emergencia por salubridad impuesta por el Gobierno Central por el COVID – 19, que en el mundo nos perjudica razón por la cual la OMS (Organización Mundial de la Salud) la ha declarado pandemia.

Y es como consecuencia de ello, debido a su fácil contagio, a la gravedad de las enfermedades, al alto grado de posibilidad de muerte y las graves secuelas tanto físicas como psicológicas resulta necesaria no agravar su mal con la posibilidad de una vulneración a su derecho a la intimidad. Ante ello es necesario establecer parámetros para tipificar la conducta penal y determinar que sujetos deberían tener una sanción penal por aquellas conductas indebidas que se ha realizada.

Primero debemos establecer la tipicidad del delito que es la descripción conceptual de diferentes conductas humanas que son descritas por la ley. El tipo penal está compuesto por dos elementos objetivo (que abarca el elemento externo de la conducta, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico vulnerado) el elemento subjetivo (formado por la parte psíquica del sujeto activo o de un tercero y está conformado por dolo o culpa).

El sujeto activo es el que perpetua el hecho punible y se le da una responsabilidad penal por cometer dicho hecho. El sujeto pasivo es la víctima la persona sobre la que recae la acción dañosa y a quien se le ha dañado un bien jurídico y finalmente el nexo causal es la relación que existe entre el daño causado, es decir debe existir una relación entre el daño y la sanción. La acción cuando es realizada con dos aspectos Voluntad y consecuencia de lo que se quiere lograr es una acción dolosa.

Dentro de estos conceptos podríamos establecer como primera definición que el sujeto activo en el caso resultaría aquella persona que en forma consiente y pensada realiza la acción de divulgar una historia clínica, que se encuentren bajo su tutela y/o conocimiento por el hecho de conocer a la víctima, y de por medio exista cualquier tipo de beneficio contra la víctima. Dentro del concepto que se propone como modificación debe establecerse que el sujeto activo debe actuar con conocimiento de causa (acción dolosa), motivado por diferentes causas y como consecuencia de ello proceda divulgación del documento de la enfermedad que padezca la víctima (cualquier tipo de enfermedad), no importante si la divulgación se realice a través de medios de prensa, redes sociales u otro análogo.

Con respecto al sujeto pasivo consideramos a la víctima como a la persona que padece la enfermedad y cuya historia clínica es divulgada, la actualidad y la declaración de la actual pandemia ha llegado a demostrar con estudios científicos de base, una persona que padece de la enfermedad sufre de diferentes formas las consecuencias de dicho mal:

- A nivel económico: Porque no puede sostener los gastos originados por la enfermedad, considerando aún que no existe medicamentos de fácil acceso para su tratamiento, los que hay son escasos y caros)
- A nivel corporal: Existe un desgaste en el cuerpo humano que es originado por la enfermedad habiéndose determinado científicamente la posibilidad de reinfección y el resultado de secuelas.
- A nivel psicológico: Una persona descuida moralmente por haber sido marginado, lo que ha motivado en algunos casos que la víctima atente contra su propia vida.

Estas causas que origina cualquier tipo de enfermedad dejan indudablemente a la víctima en un estado de quebrantamiento, y sumado a la vulnerabilidad de su historia clínica llevaría a la víctima.

Dentro del contexto genérico las consecuencias de una enfermedad y su transcendencia en el ser humano que la padece, ante lo cual es necesario priorizar la solidaridad humana y el amparo del estado con la finalidad de que el paciente clínico no se vea perjudicado doblemente, siendo así su esencia al derecho a la dignidad humana. Es por este motivo que resulta necesario establecer conductas gravosas con el fin de perseverar el estado del derecho del paciente clínico, determinándose sanciones de naturaleza penal cuyas conductas prioricen el beneficio personal, económico de quien se le vulnera el derecho a la intimidad, añadiéndose también la motivación del rencor u odio. Siguiendo el orden de ideas, se presentará la modificatoria necesaria al artículo 7, de la Ley N°30024 para evitar la vulneración del derecho a la intimidad del paciente.

ARTICULO 1: Modificación el artículo 7 de la ley N° 30024**Artículo 7. Confidencialidad del Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas**

Los terceros y/o los que intervengan en la gestión de la información contenida en el Registro Nacional de Historias clínicas, están obligados a guardar la confidencialidad con respecto a esta, de conformidad con el numeral 6) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales; **La conducta tendrá una sanción penal cuando:**

- **Del vínculo que se origine por el cuidado o tratamiento de cualquier tipo de enfermedad, donde la atención médica se da en un centro médico de salud o en un ambiente personal que tenga acceso directo con el paciente (víctima), y de ello se divulgue en cualquier medio de comunicación, información sobre su enfermedad, tratamiento u otro relacionado será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de dos (2) y ni mayor de cuatro (4) años e inhabilitación si correspondiera.**
- **Si la divulgación bajo cualquier modalidad se realiza con obtención de cualquier tipo de beneficio a favor del divulgante; además, como consecuencia origina y/o causa un daño material irreversible a la víctima, será sancionado con una pena privativa de libertad mínima es no menor de cuatro (4) y ni mayor de seis (6) años.**

Conclusiones

- La conducta ilícita ante la divulgación de una historia clínica se establece en el artículo 7 de la ley N°30024 y en el artículo 154 del Código Penal Peruano, sin embargo, existe un severo problema de tipificación pues, la norma es imprecisa; no establece la conducta penal a sancionar pues, esta solo contempla en forma genérica la sanción civil, penal y administrativa. Desde la dación de la norma hasta la actualidad se han generado enfermedades que son necesario cautelar su reserva con la finalidad de no afectar su derecho a la intimidad de las personas que lo padecen, pues el ser víctima de estos podría llevar a afectar la vida del usuario clínico.
- Es claro y evidente que, respecto a los criterios normativos, existe primero la confidencialidad que se origina de la relación entre paciente y usuario clínico, dicho elemento no puede ser vulnerado por ningún elemento externo de la relación. Asimismo, la historia clínica contiene información perteneciente a la esfera íntima del usuario clínico que no puede ser ni vulnerada ni divulgada. Por ello, se plantea la propuesta de modificación del artículo 7 de la ley N°30024, a fin de evitar la vulneración de la intimidad del paciente clínico como derecho fundamental.
- Después de lo analizado durante la presente investigación, nos damos cuenta de la urgente necesidad de tipificar la conducta penal por la divulgación de una historia clínica; para ello tendremos presente, que dicha conducta actualmente asumida (en el artículo 7 de la ley N° 30024), aún se encuentra incompleta, de ahí la necesidad de establecer los factores necesarios para evitar la violación de la esfera íntima del paciente. Además, también se corroboró la deficiencia en el aspecto de la divulgación, y consecuencia de ello la falta de criterios al momento de sancionar la conducta ilícita ocasionada por la divulgación de una historia clínica, otro factor presente es la desinformación por parte de los ciudadanos al momento de hacer valer su derecho a la intimidad.
- La modificatoria del artículo 7 de la ley N° 30024 debe estar dirigida a amparar el derecho de un paciente clínico que toma los servicios del estado y/o particulares como consecuencia de una enfermedad infectocontagiosa, y por esta esencia se debe proteger su derecho a la intimidad, con la finalidad que el usuario clínico no sea discriminado o afectado por una vulneración de su esfera íntima (historias clínicas), y debido a esta conducta realizada se afecte su aspecto psicológico, físico y económico.

Recomendación

- Se recomienda la modificación de la Ley N° 30024 específicamente en su artículo 7, toda vez que debe contener los requisitos objetivos y subjetivos de la sanción penal por cuanto el derecho del paciente clínico debe ser prioritario ya que el derecho a la salud se encuentra regulado en la Constitución (artículo 7); es por ello necesario la incorporación de la presente propuesta a fin de proteger un derecho fundamental como es la intimidad del paciente clínico. En cuanto la esfera íntima del usuario clínico; debe determinarse las sanciones de naturaleza penal y los autores que realizan la conducta en mención, con la finalidad de proteger la intimidad del usuario clínico.

Referencias.

1. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116 (2006).
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/350040804bbfb3958c8add40a5645add/acuerdo_plenario_03-2006_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=350040804bbfb3958c8add40a5645add
2. Almoncid, C.A. (2019). La reserva y confidencialidad en la relación medica como manifestación del derecho constitucional a la intimidad. *Derecho y sociedad*, (51), 119-130.
3. Bernal, C. (2010). Metodología de la investigación. Administración, economía, humanidades y ciencias sociales. (3er ed.). Colombia: Pearson Ecuación.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20863>
4. Campos, M. (2009). *Métodos y técnicas de investigación académica fundamentos de investigación bibliográfica*.
5. Catro, A. (2016). “Planteamiento estratégico para el Sector salud privada en el Perú”. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7592>
6. Código Penal Peruano. (2016).
http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf
7. Código de ética Medico (s.f.). <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOG%C3%8DA.pdf>
8. Constitución Política Del Perú. (1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
9. Curioso, H.W; Saldías, J.A & Zambrano, R. (s/f). Historias clínicas electrónicas. Experiencias en un hospital nacional. Satisfacción por parte del personal del salud y pacientes. *Expertos en tecnologías para la salud*, (15),1-2002
<https://www.lolimsa.com.pe/wp-content/uploads/2018/07/historias-clinicas-electronicas.pdf>
10. Decreto Legislativo N° 1306. (2016).
<https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:PE/historias+clinicas+electronicas/WW/vid/656544065>
11. Delgado, N.K. (2019). “Las normas sobre protección de datos y los derechos a la intimidad, imagen y voz de los trabajadores en la implementación de la videovigilancia laboral” [tesis de grado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Institucional USAT.
http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2365/1/TL_DelgadoVasquezKristy.pdf
12. El economista América. (2019). “Tecnología en Salud: ¿qué se está haciendo en el Perú?”. <https://www.eleconomistaamerica.pe/empresas-eAmperu/noticias/9713976/02/19/Tecnologia-en-Salud-que-se-esta-haciendo-en-el-Peru.html>
13. Fernández, G. (2013), “Intimidad y confidencialidad en la relación clínica”. [Intimidad y confidencialidad en la relación clínica \(1library.co\)](http://Intimidad_y_confidencialidad_en_la_relacion_clinica_(1library.co))
14. Grandez, J. C. (2017). “Sistema Informático Web para el Control de Historias Clínicas Electrónicas de la Red de Salud Túpac Amaru” [tesis de pre-grado, Universidad Cesar Vallejo]. Repositorio Institucional CV.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/1495/Grandez_AJC.pdf?sequence=1&isAllowed=y

15. Gonzales, A.M. (2012). “La historia clínica documento indispensable para la salud”. <https://www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/602/1/La-Historia-Clinica-documento-indispensable-para-la-salud.html>
16. Gutarra, C.R. y Quiroga, C. (2014), “Implementación de un sistema de historias clínicas electrónicas para el centro de salud Perú 3ra zona” [tesis de grado, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio Institucional USMP. https://repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/1463/gutarra_mcr_completa.pdf?sequence=3&isAllowed=y
17. Landa, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*, 10 (21), 10-25. <https://doi.org/10.18800/ius.v10i21.15957>
18. Landa, C. (2017). *Los Derechos Fundamentales*. Fondo Editorial. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
19. LEGIS. (2019) “¿Qué hacer ante la pérdida de una historia clínica? (Acuerdo 6 – 2019 – SuSalud)”. <https://lpderecho.pe/que-hacer-perdida-historia-clinica-acuerdo-006-2019-susalud-precedente-obligatorio/>
20. Ley Orgánica 15/1999, De Protección De Datos De Carácter Personal. (14 de diciembre 1999). España. <https://www.mscls.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/transparencia/LOPD19992.pdf>
21. Ley General de Salud, Ley N° 26842 (15 de junio de 1997). Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República. <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
22. Ley Que Crea el Registro Nacional de Historias Clínicas electrónicas, Ley N°30024. (30 de abril 2013). Diario Oficial El Peruano. Lima: Congreso de la República. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/269432/240527_Ley30024.pdf20190110-18386-1pq5p0z.pdf
23. Ley N° 9628 (1999). Chile. file:///C:/Users/Alejandra/Documents/LEY-19628_28-AGO-1999.pdf
24. Maglio, I (s/f). Guía de buenas prácticas ético- legales en VIH/sida. http://www.msal.gob.ar/images/stories/ryc/graficos/0000000666cnt-2015-04_guia-de-buenas-practicas-etico-legales-en-VIH-sida.pdf
25. Malca, N. y Vidaurre, C. (2010). Guía de estudio de metodología del trabajo intelectual. (2da ed.) pp. 94. Chiclayo.
26. Olano, G. (2016). Hablemos del derecho a la vida. *Ius Humani Revista de Derecho*, 5, 209-216. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5771470>
27. Peralta, A. (2017). “El derecho a la intimidad en la vigilancia de la salud de los trabajadores”. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8159>
28. Resolución Ministerial 214 de 2018 [Ministerio de Salud]. Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica. 13 de marzo de 2018. [Resolución Ministerial N° 214-2018-MINSA | Gobierno del Perú \(www.gob.pe\)](https://www.gob.pe/gobierno/resolucion-ministerial-n-214-2018-minsa)
29. Resolución ministerial 597 de 2006 [Ministerio de Salud]. Norma Técnica de Salud para la Gestión de la Historia Clínica. 27 de julio 2006. [Resolución Ministerial N° 597-2006-MINSA | Gobierno del Perú \(www.gob.pe\)](https://www.gob.pe/gobierno/resolucion-ministerial-n-597-2006-minsa)
30. Rojas, L. y Cedamos, C.A. (2015). *Registro nacional de historias clínicas electrónicas en Perú*. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v32n2/a29v32n2.pdf>
31. Sabartés, R. (2013), “Historia clínica electrónica en un departamento de obstetricia, ginecología y reproducción: desarrollo e implementación. Factores claves”. <file:///C:/Users/Alejandra/tesis-precctico.pdf>

32. Sentencia del Tribunal Constitucional (2014, 28 de agosto). STC N° 03041-2012-PHD/TC [Ernesto Mendivil Mamani contra Úrsula Desilú León Chempén]. http://www.justiciaytransparencia.pe/sentencias/categoria_juridica/index1.php?SECTION_ID=402&ELEMENT_ID=1664
33. Sentencia del Tribunal Constitucional (2003, 15 de julio). STC N° 1480 – 2003-HD/TC [Alberto Antonio Franco Mora contra Jefe del Centro de Salud Miraflores de la DISA V del Ministerio de Salud]. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01480-2003-HD.html>
34. Seoane, J.A. (2002), “*A quién pertenece la historia clínica*”. https://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/spmi/v15n1/histo_clini.htm
35. Tarrillo, D. (2013), “*Publicad registral y derecho a la intimidad*”, http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5003/TARRILO_MONTEZA_DANIEL_PUBLICIDAD_REGISTRAL..pdf?sequence=1&isAllowed=y