



**Recomendación general del Ararteko 4/2011, de 10 de octubre.
Cesión de datos de salud a requerimiento de las administraciones públicas responsables en materia de protección de menores.**

I. Introducción

I.1. Hemos observado que durante la tramitación de algunas quejas que podemos situar en el ámbito de la actividad que las diputaciones forales realizan en materia de protección familiar se producen cesiones de datos.

Uno de los supuestos que nos llevó a iniciar un expediente de oficio para analizar el modo en que se realizaba esa cesión tenía que ver con un asunto relacionado con un plan de reorientación familiar de una Diputación Foral. Dicho plan recogía una autorización de acceso a datos personales de salud, donde el progenitor se compromete a colaborar facilitando al Servicio de Infancia la posibilidad de mantener contactos y a requerir informes al psiquiatra o médico que le atiende. La previsión es así de genérica: *"Colaborar en todo momento con la técnico del Servicio de Infancia: facilitando la posibilidad de mantener contacto con el/la psiquiatra del Centro de Salud Mental que le atiende, pudiendo requerirle informes médicos y posibilitando el contacto con el/la psiquiatra o médico que le atiende."*

Un primer análisis nos llevó a pensar que el modo en que se facilitan datos de salud puede adolecer de falta de concreción respecto de la finalidad con la que los solicitan los servicios sociales.

Partiendo de esa consideración, pedimos información a la Diputación Foral, que en su respuesta nos explicó que siempre y cuando sean aspectos fundamentales que interfieran o impidan el cuidado de los menores y no exista colaboración por parte de los progenitores, es una práctica común por parte del Servicio de protección de menores.

A juicio del organismo foral esta actuación encuentra su fundamento en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, cuyo artículo 21 dispone lo siguiente: *"Los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario están obligados a poner en conocimiento de las administraciones públicas competentes en materia de protección de las personas menores de edad, o cuando sea necesario del ministerio fiscal o de la autoridad judicial, aquellos hechos que puedan suponer la existencia de malos tratos o una situación de desprotección o riesgo infantil, aportando los datos que resulten necesarios y suficientes para garantizar la calidad y eficacia de las intervenciones, así como colaborando con las citadas administraciones para evitar y resolver tales situaciones"*.





Junto a este motivo, la respuesta a nuestra petición recogía la previsión de consentimiento genérica del interesado que hemos transcrito al inicio (*"Colaborar en todo momento con la técnico del Servicio de Infancia..."*).

Al comienzo decíamos que un primer análisis de los datos de este caso nos llevo a pensar que las peticiones pueden adolecer de falta de concreción respecto de la finalidad con la que se solicitan. Por ello nos pareció conveniente iniciar este expediente y solicitar a Osakidetza información sobre el modo en que se viene actuando por parte de los servicios de salud cuando desde los servicios sociales se pide la cesión de datos con fundamento en la mencionada previsión legal.

De acuerdo con la información que hemos recabado, hemos podido comprobar que, coincidiendo con el criterio de la Diputación Foral, Osakidetza entiende que la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, justifica la cesión de datos sin consentimiento del interesado.

1.2. Efectivamente, en los casos en que no se cuente con el consentimiento del titular, el acceso a los datos personales por parte de quien en principio no está autorizado, necesita una habilitación legal: así lo establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, que regula la Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) artículo 11.2, según el cual el consentimiento no será preciso cuando la cesión está autorizada en una ley. *"2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley."*

Ahora bien, el hecho de que exista tal habilitación puede no ser suficiente. Es necesario que se tenga en cuenta el principio de calidad de los datos, según el cual estos deben ser los adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido (artículo 4 de la LOPD). *1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.*

Así pues, estas cesiones pueden estar justificadas desde el punto de vista de las funciones para cuyo desarrollo se solicitan, y tener fundamento legal.

Sin embargo, apreciamos datos que llevan a pensar que tales cesiones pudieran estar produciéndose sin las debidas garantías. Para que estas garantías existan no es suficiente con disponer de una previsión legal que ampare la cesión de datos, es necesario que cada supuesto esté debidamente justificado en todos aquellos aspectos que la protección de datos demanda.





Por ello, después de analizar los antecedentes a los que hemos hecho referencia al comienzo, resulta oportuno realizar las siguientes consideraciones con relación a las cesiones de datos de salud.

II. Consideraciones

II.1. *Habilitación legal*

Como es sabido, los datos de salud son especialmente protegidos (artículo 7 LOPD), y por tal motivo se viene entendiendo que para poder considerar que su cesión cuenta con habilitación legal suficiente, la norma ha de especificar que lo hace respecto de datos relacionados precisamente con la salud.

El artículo 7.3 de la LOPD establece un régimen específico para los datos de salud, de modo que su tratamiento o comunicación podrá llevarse a cabo sin consentimiento del afectado solo en caso de que una Ley así lo prevea, debiendo quedar esta habilitación fundada en la existencia de razones de interés general.

De manera mas rotunda, como dice el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 219/2008 puede decirse que *“la aplicación del artículo 7.3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos implica, por mor del principio de especialidad, la imposible aplicación a los datos referidos en el mismo de cualquiera de las causas legitimadoras del tratamiento previstas en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica, quedando limitados los supuestos habilitantes del tratamiento y cesión de estos datos a los establecidos en norma especial o a aquellos en los que la norma general se refiere expresamente a tales datos.”*

A tenor de la redacción de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, cuyo artículo 21 transcrito al inicio se refiere expresamente a datos de salud, podemos considerar que estamos ante una habilitación legal en los términos previstos por el mencionado artículo 11.2 de la LOPD.

II.2. *Calidad*

La habilitación legal es un punto de partida, pero no suficiente para justificar cualquier cesión sin consentimiento, que siempre requerirá una explicación sobre la finalidad para la que existe tal habilitación.

En ese sentido, aunque en este caso exista una habilitación específicamente referida a datos de salud, debemos tener en cuenta que se trata de una habilitación que demandará en cada supuesto una labor de determinación por parte de quien como cesionario pide el acceso a esos datos. También por parte del cedente, como responsable de la custodia los datos cuyo acceso es susceptible de ser considerado como necesario para cumplir el fin previsto en la Ley, la protección del menor.



En la respuesta de la Diputación Foral, junto con la explicación de su acceso basada en la Ley 3/2005, se reproducía el compromiso del titular de los datos, según el cual éste colaboraría facilitando la posibilidad de mantener contacto con el/la psiquiatra del Centro de Salud Mental que le atiende, pudiendo requerirle informes médicos y posibilitando el contacto con el/la psiquiatra o médico que le atiende.

En principio, si se considera que la habilitación legal de acceso sin consentimiento existe, ese compromiso del titular no sería un consentimiento propiamente dicho, pues aquella habilitación lo haría innecesario.

Sin embargo, el hecho de que ese compromiso se recoja formando parte de la justificación del acceso a los datos personales del interesado, y que su compromiso esté expresado de un modo tan genérico, nos lleva a preguntarnos si no estamos ante una práctica de acceso generalizado o indiscriminado a datos de salud del titular. Si fuera así se estaría produciendo una cesión irregular.

Partimos de que cuando el servicio de salud cede aquellos datos que ayudan a una intervención eficaz para la protección del menor (finalidad prevista por la Ley 3/2005, en su artículo 21), lo hace cumpliendo de acuerdo con el principio de calidad, según el cual estos deben ser los adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad para los que se hayan obtenido (artículo 4, LOPD 15/1999). Del mismo modo, en los casos en que la situación de desprotección sea conocida y ejerza la tutela la Diputación Foral, el acceso no puede ser indeterminado y debe serlo respecto de los datos pertinentes.

Debe haber por tanto una labor de determinación con relación al tipo de datos que se solicitan a los servicios de salud y, antes de facilitarlos, el responsable de su custodia debe realizar un juicio previo de ponderación, sin permitir el acceso abierto. Es decir, la selección de los datos pertinentes debe preceder a la cesión, y no que esa selección la realice el cesionario una vez que dispone de todos ellos, los pertinentes y no.

En ese sentido, si por ejemplo existe un compromiso de iniciar un proceso de desintoxicación y trabajar en la deshabituación y rehabilitación de tóxicos, el acceso se concretaría en los informes clínicos en los que se constata la evolución de un tratamiento y una deshabituación así como la situación de alta en relación a su toxicomanía.

Por tanto, si se concreta qué tipo de información es necesaria de acuerdo con la finalidad, el responsable a quien se pide la comunicación de datos podrá valorar qué información clínica puede facilitar.





En opinión del Ararteko, en lo que respecta a la cesión de datos, la colaboración en materia de protección de personas menores de edad, recogida en la normativa Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia se debe llevar a cabo teniendo en cuenta esas valoraciones previas a las que nos hemos referido.

Con estas reflexiones, la recogida de datos personales sanitarios por parte de los servicios sociales podría quedar justificada en cuanto a la finalidad con la que se recaban.

Desde la perspectiva de la protección especial que tienen los datos personales de salud, parece razonable que se demande a los servicios sociales que realicen en cada caso una determinación de los datos solicitados, justificando la finalidad de los mismos en relación con el objetivo para el que se recaban.

A modo de conclusión, podemos decir lo siguiente con relación a la cesión de datos de salud a los servicios sociales:

Aunque la regla general para permitir el acceso o la cesión de datos es la del consentimiento previo del interesado, la repetida previsión de la Ley 3/2005, en tanto que se refiere específicamente a datos de salud, permite considerar que la cesión esta justificada, a los efectos de la salvedad que establece el artículo 11.2) de la LOPD respecto del consentimiento.

Teniendo presente esa habilitación legal, no podemos olvidar que la misma no permite un acceso indiscriminado, y que tanto quien solicita la cesión como el cedente, deben restringir su actividad a los datos estrictamente necesarios.

Podemos decir que en esa tarea estamos ante una obligación compartida entre quien necesita los datos para desarrollar su función y quien es responsable inicial de su custodia. Así, del mismo modo que cuando no existe una previsión legal que autorice la cesión, se hubiera pedido al cedente y no al cesionario la obtención del consentimiento, en este caso el cedente debe exigir al cesionario la mayor determinación posible en cuanto a los datos que solicita.

Esa exigencia viene de la aplicación del principio de calidad de los datos, según el cual estos deben ser los adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

A la vista de estas consideraciones, esta institución ha visto conveniente hacer la siguiente





Recomendación general

1. La Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, no permite acceder a datos de salud de manera generalizada. En tal caso se estaría dando un acceso indiscriminado contrario a la protección de datos.
2. Cuando una Ley hace posible la compatibilidad entre el derecho a la protección de datos de salud y el derecho a la protección del menor, es necesario además que el acceso a esos datos se dé en conformidad con el principio de calidad, es decir que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad para los que se obtengan.

Para ello, el cedente, sin dar por buenas peticiones insuficientemente determinadas, debe comprobar que la petición del cesionario se adecua a la finalidad para la que se piden.

Un informe específico que extraiga únicamente los datos relevantes para el caso, puede evitar que se cedan datos que no lo son y que afectan a la intimidad de las personas.

