

OFICIO N° 000527

**ANT.:** Decisión recaída en amparo Rol C1190-11, de 26 de septiembre de 2011, del Consejo para la Transparencia.

**MAT.:** Solicita instrucción de sumario que indica.

**SANTIAGO, 17 FEB. 2012**

**A: SR. CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**

**DE: DIRECTOR GENERAL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA**

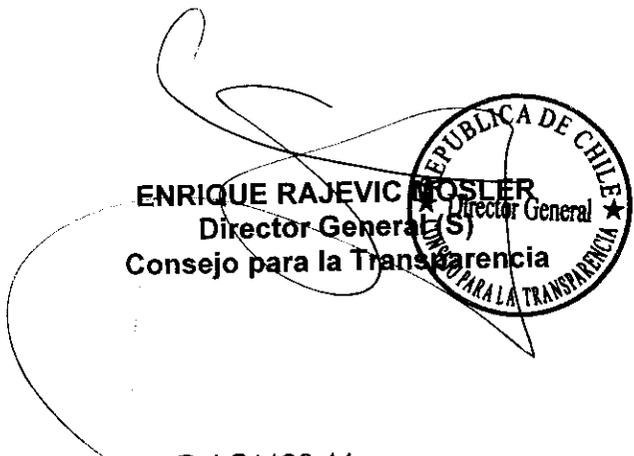
Mediante el presente Oficio informo a Ud. que el Consejo Directivo de esta Corporación, en su sesión ordinaria N° 313, celebrada el 25 de enero de 2012, ha acordado en su decisión de amparo Rol C1190-11 incoar un sumario administrativo en contra del Director Nacional del Fondo Nacional de Salud para establecer si su conducta, en este caso, constituye una denegación infundada al acceso a la información requerida por don Luis Angulo Ruiz, en los términos del artículo 45 y siguientes de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285, de 2008. Ello encuentra fundamento en que en la referida decisión se ha constatado que el Fondo Nacional de Salud no dio respuesta a la solicitud dentro del término Legal y tampoco formuló sus observaciones y descargos al traslado otorgado por este Consejo, lo que puede configurar una denegación infundada de acceso a la información, conforme se explica en los considerandos 15°, 16° y 17° de la referida decisión.

En virtud de lo antes expuesto, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia ha acordado solicitar a Ud., en función de lo prescrito en el artículo 49 del citado cuerpo legal, que la Contraloría General de la República instruya dicho sumario administrativo, a fin de que se investiguen los hechos descritos y, en su caso, proponga a este Consejo Directivo las sanciones que en derecho correspondan. Lo anterior, en conformidad con la cláusula cuarta del convenio de



colaboración celebrado entre la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia el 3 de abril de 2009. Al efecto, adjunto a Ud. copia del expediente del amparo Rol 1190-11

Agradeciendo su permanente colaboración, saluda atentamente a Usted,

  
**ENRIQUE RAJEVIC MOSLER**  
Director General (S)  
Consejo para la Transparencia



**LSM/jop**

**ADJ.:** Expediente Amparo Rol C1190-11.

**DISTRIBUCIÓN:**

1. Destinatario
2. Sr. Director Nacional del Fondo Nacional de Salud (copia informativa)
3. Sr. Luis Angulo Ruiz (copia informativa)
4. Sr. Ministro de Justicia (copia informativa)
5. Sra. Subsecretaria de Justicia (copia informativa)
6. Expediente Rol C1190-11

**Entidad pública:** Fondo Nacional de Salud –FONASA–

**DECISIÓN AMPARO ROL C1190-11**

**Requirente:** Luis Angulo Ruiz

**Ingreso Consejo:** 26.09.2011

En sesión ordinaria N° 313 del Consejo Directivo, celebrada el 25 de enero de 2012, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 de 2008, el Consejo para la Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto del amparo Rol C1190-11.

**VISTOS:**

Los artículos 5°, inc. 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de las Leyes N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1–19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; la Ley N° 19.966, de 2004, que establece un Régimen General de Garantías en Salud; y los D.S. N° 13/2009 y N° 20/2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285, en adelante indistintamente el Reglamento y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

**TENIENDO PRESENTE:**

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 17 de agosto de 2011 don Luis Angulo Ruiz, solicitó al Fondo Nacional de Salud (en adelante indistintamente FONASA): «*nómina de pacientes y centros de diálisis a los cuales se les canceló programas de Peritoneo diálisis desde junio de 2009 a la fecha por programa AUGE aplicado en la Provincia del Bío Bío (sic)*».
- 2) **AUSENCIA DE RESPUESTA Y AMPARO:** El 26 de septiembre de 2011 don Luis Angulo Ruiz dedujo ante este Consejo amparo a su derecho de acceso a la información con contra del FONASA, fundado en no haber recibido respuesta a su solicitud dentro del término legal establecido en el artículo 14 de la Ley de Transparencia.
- 3) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de este Consejo acordó admitir a tramitación el presente amparo, trasladándolo al Sr. Director Nacional del FONASA, mediante el Oficio N° 2.526, de 29 de septiembre de 2011, quien no formuló sus observaciones y descargos dentro del término dispuesto en el



artículo 25 de la Ley de Transparencia. Posteriormente, el 4 de noviembre del mismo año se informó al FONASA a través de correo electrónico que el Consejo Directivo dispuso otorgarle un plazo extraordinario de tres días hábiles a fin de que formulara sus observaciones y descargos, haciéndole presente que en caso contrario, se resolvería el caso sin tener en consideración la opinión de ese servicio y, además, *“...se tendrá especial consideración en su análisis si debe o no instruirse un sumario en contra del Jefe de Servicio respectivo, por denegación infundada de información, infracción sancionada con la multa contemplada en el artículo 45 de la Ley de Transparencia”*. Sin embargo, a la fecha, el FONASA no ha formulado sus observaciones y descargos en esta sede.

## Y CONSIDERANDO:

- 1) Que, atendido su tenor este Consejo estima que la solicitud de información de la especie alude, por una parte, a la nómina de los pacientes, y por otra, a los centros de diálisis a los cuales se les pagaron dineros por implementar programas de diálisis peritoneal desde junio de 2009 al 26 de septiembre de 2009, en el marco del Plan AUGE aplicado en la Provincia del Bío Bío. Lo anterior, debido a que usualmente la palabra **“cancelar”** es empleada en este sentido y a que el propio Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua contempla como una de las acepciones de esta palabra la de *«acabar de pagar una deuda»*.
- 2) Que la solicitud referida a la «nómina de pacientes» comprendidos en programas de peritoneo diálisis descritos por el solicitante (**primera parte de la solicitud de información**), en cuanto se dirige a conocer el nombre u otro dato que permita individualizarlos, supone dar a conocer los estados de salud físicos de dichas personas. En este sentido, cabe señalar que la Guía Clínica de Diálisis Peritoneal del Ministerio de Salud del año 2008 (disponible en el link: [http://www.ssmaule.cl/paginas/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=1287&Itemid=98](http://www.ssmaule.cl/paginas/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1287&Itemid=98)) señala que: *«(...) la Diálisis Peritoneal (DP), es una alternativa de sustitución renal para los pacientes con Enfermedad Renal Crónica (ERC) etapa 4 – 5 (...)»*.
- 3) Que, sobre el particular, la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, califica como **datos sensibles** aquella información concerniente a una persona natural identificada o identificable que se refiera a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como, entre otras hipótesis especificadas a modo ejemplar, los estados de salud físicos o psíquicos..
- 4) Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia, compete a este Consejo *«[r]esolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados en conformidad a esta Ley»*. Asimismo, de acuerdo a la letra m) del artículo indicado, le corresponde *«velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado»*.
- 5) Que, conforme prescribe el artículo 10° de la citada Ley N° 19.628: *«No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista*



*consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares»; entendiéndose por tratamiento de datos, según los literales c) y o) de su artículo 2º, cualquier operación, de carácter automatizado o no, que permita, entre otras cosas, comunicar o transmitir datos de carácter personal, esto es, «dar a conocer de cualquier forma los datos de carácter personal a personas distintas del titular, sean determinadas o indeterminadas».*

- 6) Que, por lo tanto, la información concerniente a las afecciones de salud o enfermedades que sufren personas identificadas o identificables, por tratarse de información propia de su vida privada o intimidad, que da cuenta de sus estados de salud físicos, constituye un dato sensible, cuya comunicación a terceros se encuentra prohibida expresamente por el legislador. Tal prohibición ha sido incorporada en la Ley de Transparencia como causal de secreto de la información, a través de su artículo 21 N° 2 y del artículo 7 N° 2 de su Reglamento, en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, cuando su comunicación afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de *“la esfera de su vida privada”* y de *“sus datos sensibles”*.
- 7) Que, a mayor abundamiento, el artículo 7º de la Ley N° 19.628 establece la obligación de secreto para las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales y sensibles, tanto en organismos públicos como privados, cuando éstos provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público. Consecuentemente con ello, su artículo 11 prescribe que el encargado del tratamiento y recolección de estos datos se encuentra obligado a *“cuidar de ellos con la debida diligencia”*. Por lo tanto, éste debe adoptar todas las medidas necesarias para resguardar su integridad y secreto, con la finalidad de evitar la pérdida, transmisión y acceso no autorizado de los mismos.
- 8) Que, con todo, resulta pertinente aclarar, en cuanto al tratamiento de datos por los órganos públicos –lo que incluye, por cierto, los datos sensibles–, el artículo 20 del cuerpo normativo citado dispone que éstos sólo podrán tratar datos personales, sin el consentimiento de su titular, respecto de las materias propias de su competencia y con sujeción a las reglas establecidas por la Ley sobre Protección de Datos de Carácter Personal, entre las que se encuentran, que *«los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados»* (art. 9º), lo que en doctrina constituye el **principio de finalidad**. A este respecto cabe hacer presente que el texto de las Recomendaciones del Consejo para la Transparencia sobre Protección de Datos Personales por parte de los Órganos de la Administración del Estado, en su apartado 4.2 a. establece: *«La referida finalidad en el caso de órganos de la Administración del Estado estará determinada en función de las materias propias de su competencia. Por ejemplo, un órgano que tenga competencia para otorgar subsidios podrá tratar los datos personales de los postulantes y de los beneficiarios que digan relación con los requisitos necesarios para la obtención de dicho beneficio con ese único objetivo»*.
- 9) Que el citado principio ha sido especificado por el legislador al regular las funciones del FONASA. En efecto, el D.F.L N° 1/2006 del Ministerio de Salud, en su artículo 50 letra f), establece como una de las funciones del Fondo Nacional de Salud el *«[t]ratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la **determinación y otorgamiento de beneficios de salud**. Para los efectos previstos*



en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuera necesaria. Todo ello conforme a las normas de la ley N° 19.628». Conforme a dicha disposición, el tratamiento de los datos a que se refiere este caso se encuentra autorizado exclusivamente para que el Fondo Nacional de Salud pueda hacer efectiva su obligación relativa a «asegurar obligatoriamente dichas garantías –se refiere a las garantías explícitas contempladas en el régimen general de garantías– a sus respectivos beneficiarios», según el artículo 2° de la Ley N° 19.966, de 2004, y no para finalidades diversas como sería comunicar a terceros la nómina de los pacientes comprendidos en el programa de diálisis peritoneal, aplicado el marco del programa AUGÉ en la Provincia del Bío Bío entre los meses de junio de 2009 al 17 de agosto de 2011 (aplica criterio establecido en la decisión Rol C111-11, de 7 de junio de 2011).

- 10) Que, además, cabe constatar que el organismo ha omitido dar lugar al procedimiento de oposición reglado por el artículo 20 de la Ley de Transparencia, conforme al cual los órganos de la Administración deberán comunicar mediante carta certificada, a la o las personas “a que se refiere” la información solicitada, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, con lo cual ciertamente no ha sido recabado el consentimiento de los titulares de dichos datos.
- 11) Que sin perjuicio de lo razonado precedentemente, este Consejo, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 33, letras b), j) y m), podrá revisar las circunstancias del caso concreto y resolver si deben revelarse datos sensibles, aun fuera de las hipótesis de excepción previstas en el artículo 10 de la Ley N° 19.628, en caso de verificarse un interés público preponderante que justifique suficientemente vencer la regla de secreto contemplada por dicha norma, en relación con el artículo 7° del mismo cuerpo legal. Sin embargo, en la especie éste no se verifica pues, para ejercer un adecuado control social respecto de las cantidades de dinero pagadas por el FONASA a raíz de otorgar estas prestaciones basta conocer con exactitud la cantidad de personas beneficiarias.
- 12) Que, por lo tanto, en aplicación del principio de divisibilidad a que se refiere el artículo 11, letra e), de la Ley de Transparencia, se resolverá, en definitiva, reservar la identidad u otro dato que permita individualizar a los pacientes comprendidos en el programa de peritoneo diálisis enmarcado en el programa AUGÉ implementado en la Provincia del Bío Bío aplicado desde junio de 2009 a la fecha de la solicitud; debiendo entregarse una nómina o planilla que informe acerca de la cantidad de pacientes que han sido incluidos en el mismo programa en la fecha y provincia señaladas.
- 13) Que, por otra parte, la información referida a los centros de diálisis a los que se cancelaron dineros por la aplicación de los programas descritos dentro del periodo indicado y en la provincia señalada por el solicitante (**segunda parte de la solicitud de información**) no puede menos que obrar en poder del FONASA, pues ha de presumirse que los Centros de Peritoneo Diálisis a que se refiere la consulta han otorgado las prestaciones respectivas en virtud de convenios celebrados con el FONASA, al tenor de lo prescrito en el artículo 50 b) del D.F.L N° 1/2006, del Ministerio de Salud<sup>1</sup>, que establece como una de las funciones de dicho organismo la de financiar (...) «en todo o en parte, de acuerdo a las políticas y prioridades de salud para el país que letra a) defina el Ministerio de Salud, y a lo dispuesto en el Régimen



*de Prestaciones de Salud del Libro II de esta Ley, a través de aportes, pagos directos, convenios u otros mecanismos que establezca mediante resolución, las prestaciones que se otorguen a los beneficiarios del Régimen del Libro II de esta Ley en cualquiera de sus modalidades, por organismos, entidades y personas que pertenezcan o no al Sistema o dependan de éste, sean públicos o privados, refiriéndose a los términos de dichos convenios».*

- 14) Que a lo anterior se suma que los Centros de Diálisis deben obtener autorización del respectivo Servicio de Salud para funcionar, conforme dispone su Reglamento (aprobado por el D.S. N° 2.357/1994, del Ministerio de Salud), lo que supone la dictación de un acto administrativo reforzando el carácter público de esta información al tenor de los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia.
- 15) Que, por último, este Consejo no puede dejar pasar que en este caso FONASA no dio respuesta a la solicitud de información de la especie, contraviniendo lo ordenado en los artículos 14 y 16 de la Ley de Transparencia y 31 y 32 de su Reglamento, lo que también transgrede los principios de facilitación y oportunidad consagrados en el artículo 11, literales f) y h), de la Ley de Transparencia. Adicionalmente, el Sr. Director de FONASA no formuló sus observaciones o descargos en esta sede, no obstante habersele conferido un término extraordinario de tres días hábiles para tal efecto. Esto reviste especial gravedad, pues supone que dicho órgano no dio lugar a la tramitación del procedimiento administrativo de acceso a la información pública en la forma exigida por el legislador a los órganos de la Administración para garantizar este derecho ni dio fundamento alguno que pudiera justificar la no entrega de la información solicitada.
- 16) Que todo lo anterior este Consejo ejercerá su facultad para requerir a los órganos de la Administración del Estado que ajusten sus procedimientos la legislación sobre transparencia y acceso a la información (artículo 33, letra d, Ley de Transparencia) y requerirá al Sr. Director de FONASA que, en lo sucesivo, adopte las medidas necesarias ajustar su procedimiento de acceso a la información a las disposiciones de la Ley de Transparencia
- 17) Que, sin perjuicio de lo anterior, este Consejo estima que la actitud que adoptó el Sr. Director de FONASA en este caso va en contra del sentido de la Ley de Transparencia y de los principios que rigen el derecho de acceso a la información y puede, además, configurar una denegación infundada de acceso a la información, conducta sancionada por el artículo 45 de la Ley de Transparencia, tal como se advirtió a este Servicio Público en el correo electrónico del 4 de noviembre. Por ello, se ordenará la instrucción de un sumario administrativo en contra de dicha autoridad, conforme a lo establecido en el artículo 49, inciso 2°, del mismo cuerpo legal.

**LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN LOS ARTÍCULOS 24 Y SIGUIENTES Y 33 LETRAS B) Y M), DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:**



- I. Acoger, por ausencia de respuesta a la solicitud de información que le da origen, el amparo interpuesto por don Luis Angulo Ruiz en contra del FONASA, por los fundamentos expuestos precedentemente.
- II. Requerir al Sr. Director Nacional del FONASA:
  - a) Entregar al reclamante una nómina que incluya los centros de diálisis a los cuales se les cancelaron montos por la aplicación de programas de peritoneo diálisis, en el marco del programa AUGE aplicado en la Provincia del Bío Bío desde junio de 2009 al 17 de junio de 2011, informando asimismo acerca del número de pacientes que han sido incorporados en esos mismos programas, reservando la identidad de dichos pacientes u otro dato que permita su individualización.
  - b) Cumplir dicho requerimiento dentro de un plazo que no supere los 5 días hábiles contados desde que quede ejecutoriado el presente acuerdo, bajo el apercibimiento de proceder conforme lo disponen los artículos 46 y siguientes de la Ley de Transparencia.
  - c) Informar el cumplimiento de estos requerimientos, enviando copia de los documentos en que conste la entrega de información al domicilio Morandé N° 115, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago, o al correo electrónico [cumplimiento@consejotransparencia.cl](mailto:cumplimiento@consejotransparencia.cl), para efectos de verificar el cumplimiento de esta decisión.
- III. Representar al Sr. Director Nacional del FONASA el incumplimiento de los artículos 11, literales f) y h), 14 y 16 de la Ley de Transparencia y los artículos 15, 17, 32 y 33 de su Reglamento.
- IV. Instruir un sumario administrativo en contra del Sr. Director Nacional del FONASA para establecer si su conducta en este caso constituye una denegación infundada al acceso a la información requerida por don Luis Angulo Ruiz, conforme a lo establecido en los artículos 45 y siguientes de la Ley de Transparencia, encomendando al Director General de este Consejo que solicite al Sr. Contralor General de la República, en función de lo prescrito en el artículo 49 de dicho cuerpo legal, que instruya dicho sumario, investigando los hechos antes descritos y, en su caso, proponga a este Consejo Directivo las sanciones que correspondan. Lo anterior, según la cláusula cuarta del convenio de colaboración celebrado entre la Contraloría General de la República y este Consejo el 3 de abril de 2009.
- V. Encomendar al Director General de este Consejo notificar el presente acuerdo a don Luis Angulo Ruiz y al Sr. Director Nacional del FONASA.

En contra de la presente decisión procede la interposición del reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en el plazo de 15 días corridos, contados desde la notificación de la resolución reclamada, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. No procede, en cambio, el recurso de reposición establecido en el artículo 59 de la Ley N° 19.880, según los fundamentos



expresados por este Consejo en el acuerdo publicado en el Diario Oficial el 9 de junio de 2011.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Alejandro Ferreiro Yazigi y por los Consejeros doña Vivianne Blanlot Soza, don Jorge Jaraquemada Roblero y don José Luis Santa María Zañartu. Se deja constancia que el Consejero don Jorge Jaraquemada R., si bien concurrió al acuerdo, no firma la decisión por estar ausente al momento de su suscripción.

Certifica el Director General (S) del Consejo para la Transparencia, don Enrique Rajevic Mosler.

