

La confidencialidad médica ante las tecnologías de la información. Comentario al caso "Sorrell v. IMS Health Inc."(*), Por Geri, Leonardo y Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 259-679

I

Introducción

Es sabido entre los expertos del marketing que los vendedores y comerciantes realizan una tarea mucho más efectiva cuando poseen un previo conocimiento acerca de las preferencias de sus clientes. Este simple postulado puede verificarse sin dificultad alguna por todo aquel que decida explorar el mundo de los medicamentos en los Estados Unidos.

En este país, las farmacias minoristas conservan toda la información contenida en las recetas médicas que periódicamente receptan como resultado de la misma práctica comercial. Información que incluye, por un lado, los datos personales del médico prescriptor y de su paciente y, por el otro, todos los detalles propios del medicamento recetado. A su vez, aquella valiosa recopilación es vendida a las empresas denominadas data miners, firmas dedicadas a procesar y automatizar datos para luego obtener reportes indicadores de variables y tendencias que, en este caso, refieren a la conducta profesional de los médicos. En última instancia, estos informes son adquiridos por las compañías farmacológicas que se valen de ellos para potenciar el ofrecimiento y la promoción de drogas.

Es dable destacar que dichas compañías realizan esta tarea a partir del detailing, una técnica comercial consistente en un régimen de visitas periódicas a consultorios médicos con el objeto de persuadir a los profesionales respecto de las bondades de aquello que se ofrece. Además, se suelen ofrecer muestras y estudios científicos que dan cuenta de las ventajas potenciales de los fármacos.

Ante la expansión de este fenómeno se comenzaron a detectar diversas situaciones de acoso y presión como consecuencia de la influencia indirecta de la industria de los medicamentos en el ejercicio de la medicina. Además, la práctica facilitó la fijación de precios arbitrarios y excesivos por parte de quienes comercializan las drogas.

En definitiva, el problema subyacente es el de la confidencialidad de los registros médicos ante la expansión de las tecnologías de la información y el proyecto "Big Data", que permite almacenar millones de datos para luego hacer investigaciones y personalizar las estrategias de comercialización. Las preguntas que surgen son evidentes: ¿es legítimo recopilar esa información? ¿Es legítimo utilizarla con fines comerciales? ¿Cuáles son los límites? ¿Qué recaudos se deben tomar para preservar la confidencialidad de la información personal?

Estas cuestiones, de enorme actualidad, fueron el eje de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa "Sorrell v. IMS Health Inc."(1). En este breve comentario presentaremos la ley sancionada por el estado de Vermont, el reclamo que originó el expediente judicial, la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos y conclusiones finales.

II

La solución legal del estado de Vermont

Con el fin de mitigar los efectos negativos percibidos, en el año 2007 la Legislatura del estado de Vermont aprobó la Ley de Confidencialidad de la Prescripción (en adelante, PCL, Prescription Confidentiality Law), una norma que, entre otras disposiciones, prohibió a los intermediarios del sistema de salud (a modo de ejemplo, las farmacias minoristas) la venta, divulgación o utilización de la información de los médicos con fines de comercialización, salvo que mediare el consentimiento del profesional cuyos datos son empleados.

En este sentido, la norma admitía la posibilidad de disponer aquella información en una multiplicidad de supuestos: cuando existieren razones de interés público; finalidades académicas; propósitos científicos o de investigación; etcétera.

Se registra que una legislación similar ya había sido promulgada en los estados de New Hampshire(2) y Maine(3).

III

El caso

En el año 2009, algunas empresas de minería de datos (entre ellas, IMS Health) junto con PhRMA(4) interpusieron un recurso contra el estado de Vermont, y adujeron que la PCL vulneraba sus derechos consagrados en la Primera Enmienda. El Tribunal de Distrito para el estado de Vermont rechazó el recurso. El fallo fue apelado por la parte actora, que fue revocado por la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito, bajo el entendimiento de que la PCL era violatoria de la Primera Enmienda, específicamente del derecho a la libertad de expresión. Finalmente, la cuestión llegó por certiorari(5) a la Corte Suprema, que se pronunció –por votación dividida– el 23 de junio de 2011 en la causa "Sorrell v. IMS Health Inc." (Docket 10-779), y confirmó lo decidido en segunda instancia. El juez Kennedy redactó el voto mayoritario, al que se le unieron Roberts, Scalia, Thomas, Alito y Sotomayor. El juez Breyer escribió la disidencia, a la que se unieron Ginsburg y Kagan.

Los argumentos del estado de Vermont. A continuación, esbozaremos sintéticamente los principales argumentos del estado de Vermont, lo cual nos permitirá luego comprender los alcances de la decisión de la Corte Suprema.

a) Derecho a la privacidad: se argumenta que la PCL no pretende restringir el derecho a la libertad de expresión sino, por el contrario, proteger la privacidad de quienes ejercen la medicina. La pretensión de resguardar la confidencialidad de este ámbito es motivo suficiente para limitar el acceso a la información médica. En ese sentido, el estado de Vermont recuerda su posición de garante frente a "la razonable confianza y expectativa que tienen los médicos en la no utilización de los datos que hacen a su actividad profesional".

b) Relación médico-paciente: el estado sostiene que el empleo de la información médica con fines de comercialización socava y degrada la relación médico-paciente (doctor-patient relationship). Este disvalioso resultado es atribuido a la influencia que las compañías farmacológicas terminan ejerciendo en la toma de decisiones de los profesionales ante los diversos tratamientos

terapéuticos. Esta presión no deseada ocurre cuando los médicos toman conocimiento del "monitoreo" que se realiza sobre su actividad profesional. Desde este punto de vista, el estado explica que se trata de una cadena a la cual se agrega un eslabón más: la gestación de una creciente desconfianza social respecto del ejercicio de la medicina y del sistema de salud en general.

c) Consentimiento: Vermont aduce que la PCL otorga la posibilidad a los médicos de renunciar a la protección legal por medio del propio consentimiento. Esto permite explicar que el objeto de la ley no es otro que la tutela del derecho a la privacidad, esencialmente disponible por su titular.

d) Regulación comercial: se sostiene que el debate llevado a consideración del Máximo Tribunal es injustificado, en tanto que la PCL es una mera regulación mercantil y, como tal, se enmarca dentro de las atribuciones concurrentes a la función estatal. Este argumento nos permite recordar otro importante objetivo que motivó al legislador vermontés: evitar todo tipo de abusos al momento de fijar los precios de los medicamentos.

El estado de Vermont considera que la suficiencia y solidez de estos fundamentos facultan la regulación legal de la materia que finalmente ha sido judicializada.

IV

La decisión de la Corte Suprema

de los Estados Unidos

Tal como se adelantara precedentemente, el Máximo Tribunal estadounidense confirmó lo decidido en segunda instancia, al sostener el carácter violatorio de la PCL respecto de la Primera Enmienda.

Fundamentalmente, la Corte Suprema entendió que no resulta admisible una prohibición estructurada sobre meras subjetividades: así, la PCL se aplica únicamente si la información médica

es utilizada con fines de marketing o comercialización, autorizando todos aquellos supuestos impulsados por otros propósitos o razones. Esta circunstancia es la causa fuente de un perjuicio directo a los derechos de determinados sujetos. Más concretamente, se afirma que la PCL lesiona en forma exclusiva las prerrogativas de los intermediarios del sistema de salud, tales como las compañías farmacéuticas o farmacológicas. Para demostrar su tesis, la Corte pone como ejemplo cómo debería resolverse un supuesto en el que una fábrica de fármacos pretende adquirir reportes de información médica a fin de llevar a cabo un evento académico. En este caso se distingue una clara finalidad inmediata referida a lo científico, pero que innegablemente coexiste con una finalidad mediata relativa al marketing y a la comercialización de aquel laboratorio. Para la Corte, es claro que la ley resultaría aplicable al vedar la posibilidad de utilizar los datos y, en resumen, perjudicar a un sector en particular. Desde este punto de vista, el Alto Tribunal ratifica el "contenido discriminatorio" de la PCL, que había sido previamente señalado por la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito.

Por otra parte, la Corte Suprema advierte que la ley no consagra como regla general la prohibición de utilizar la información médica y, como excepción, la admisión en ciertos casos particulares –técnica legislativa que hubiera sido la correcta–, sino, por el contrario, establece como regla general la venta y divulgación de la información para una audiencia casi ilimitada, fijando únicamente como excepción la prohibición respecto de aquellos casos en los cuales se persiguen fines comerciales. En línea interpretativa podemos atrevernos a decir que, si bien la Corte reprocha el principio general que se desprende de la PCL, admite que, de ser invertido, el estado de Vermont podría resguardar el derecho a la privacidad sin ofender la Primera Enmienda.

Respecto de las situaciones de coacción y acoso en la que se encontraron inmersos algunos médicos –cuestión que fue subrayada en el debate parlamentario de la PCL–, la Corte ha recordado el carácter general de las normas que impide legislar con miras al caso concreto. Por otra parte, el Tribunal subsumió estos supuestos dentro del "costo que deben pagar los estadounidenses si lo que se pretende es proteger las libertades constitucionales".

El juez Kennedy concluye que reconoce las graves implicaciones que conllevan las nuevas tecnologías en materia de intimidad y privacidad, pero advierte que estas esferas no pueden ser tuteladas en desmedro de los demás derechos.

V

Conclusión

El caso que comentamos es uno de los tantos que revelan la fina línea que existe entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad.

La Corte Suprema no consideró que toda restricción destinada a tutelar la privacidad sea violatoria de la Primera Enmienda, sino que declaró la inconstitucionalidad de una norma que estimó discriminatoria por estar dirigida a un sector determinado. En otras palabras, los magistrados no se han pronunciado sobre la cuestión de fondo, sino que se limitan a analizar la particular estructura de la PCL, tal como se ha aclarado en el punto anterior. Una interpretación distinta llevaría a considerar la inconstitucionalidad de todas las normas protectoras de la privacidad, desterrando este derecho del ordenamiento jurídico estadounidense. Es evidente que este no ha sido el objetivo del Alto Tribunal.

Comentando el caso, se ha dicho que este leading case tiene una importante función modélica, en tanto que sirve como guía para los legisladores a la hora de regular la privacidad de un modo respetuoso respecto de la Constitución(6).

Debemos reconocer que la tutela de la privacidad significa la construcción de una barrera protectora de otros derechos inherentes a la persona humana que pueden verse ciertamente vulnerados si aquel se encuentra legalmente desprotegido. No olvidemos que en el caso comentado la discusión recae fundamentalmente sobre los datos de los médicos prescriptores, sin considerar, por ejemplo, los eventuales efectos negativos de la libre utilización de los demás datos que también encuentran su lugar en las recetas médicas. Podríamos preguntarnos si debería aplicarse la doctrina de este fallo a una norma que prohíba a las empresas de medicina prepaga la adquisición de información de pacientes para alguna finalidad que el lector podrá fácilmente imaginar. Esta y otras tantas preguntas quedarán sin respuesta, por lo menos por parte del precedente "Sorrell v. IMS Health Inc.". Interrogantes que no pueden solucionarse bajo el simple "costo de la libertad americana".

VOCES: DERECHO COMPARADO - INFORMÁTICA - DERECHO A LA INTIMIDAD - TECNOLOGÍA - PERSONA - BIOÉTICA - MEDICAMENTOS - MÉDICOS - FARMACÉUTICOS - HÁBEAS DATA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Hábeas data e historia clínica, por Claudio Daniel Boada, ED, 190-978; Derecho a la intimidad y a la confidencialidad de la información médica y genética (Breve acercamiento a la realidad comparada), por Valeria Antos, ED, 191-790; Marketing directo, bases de datos e intimidad, por Hugo Alfredo Vaninetti, ED, 213-679; Hábeas Data: archivos, registros y bases de datos destinados a dar informes, por Pablo A. Pirovano, ED, 216-926; Medidas de seguridad en las bases de datos personales. La importancia del control de las bases de datos. Factores lógicos,

físicos/ambientales y humanos en materia de seguridad. Inquietantes señales. Preocupación de las autoridades de varios países encomendadas al área de protección de los datos personales, por Hugo Alfredo Vaninetti, ED, 233-786. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) "Sorrell v. IMS Health Inc.", No. 10-779 131 S.Ct. 2653 (2011).

(2) Prescription Information Law entró en vigor el 30-6-06. Prohibió la transmisión y el uso con fines comerciales de los datos de médicos prescriptores y pacientes.

(3) Act to Amend the Prescription Privacy Law entró en vigor el 29-6-07. Exigió la confidencialidad de la información contenida en las recetas médicas.

(4) Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), en español Investigadores y Productores Farmacéuticos de América. Es una asociación que representa a las compañías de investigación y fabricación farmacéutica y biotecnológica.

(5) El certiorari es un recurso extraordinario mediante el cual la Corte puede revisar a su discreción una decisión de un tribunal inferior. El recurso tiene su origen en el common law británico. Desde sus inicios, la Corte del Rey (King's Bench) limitó el recurso a asuntos de gravedad y gran importancia.

(6) Cole, Agatha M., Internet Advertising after Sorrell v. IMS Health: A Discussion on Privacy and the First Amendment, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, May 1, 2012.