Atenta Nota Informativa.

Asunto. Derogación de la Fracción I del Art. 22 de la LFTAIPG.

Dirección de Vinculación con Otros Sujetos Obligados

Miércoles 7 de abril de 2004.

Datos Generales.

- **Artículo 22, fracción I, LFTAIPG:**
“No se requerirá el consentimiento de los individuos para proporcionar los datos personales en los siguientes casos:
I. Los necesarios para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia médica o la gestión de servicios de salud y no pueda recabarse su autorización”.

Proceso Legislativo de la Derogación.

- **19 de junio de 2002:** Iniciativa presentada por el Senador Marco Antonio Xicoténcatl Reynoso (PAN).
- **19 de junio de 2002.** Turnada la Iniciativa a las Comisiones Unidas de Gobernación y Estudios Legislativos.
- **23 de abril de 2003:** Las Comisiones referidas presentaron el Dictamen favorable a la derogación.
- **24 de abril de 2003:** El Senado aprobó por unanimidad de 82 votos el Dictamen.
- **28 de abril de 2003:** La Cámara de Diputados recibió el expediente de esta Iniciativa y lo turnó a la Comisión de Gobernación y Seguridad Pública.
- **21 de enero de 2004:** La ahora Comisión de Gobernación presentó el Dictamen al Pleno de la propia Comisión, favorable a la derogación.
- **18 de marzo de 2004:** La Comisión citada presentó el Dictamen al Pleno de la Cámara de Diputados.
- **23 de marzo de 2004:** La Cámara de Diputados aprobó el Dictamen por unanimidad de 414 votos, cero en contra y 4 abstenciones.

Argumentos de la Derogación.

- Los datos personales que posea cualquier órgano de Poder Público no deben ser divulgados bajo ninguna circunstancia, salvo que medie consentimiento por escrito, de lo contrario se violarían los “*principios*” (***sic***) de legalidad y seguridad jurídica previstos constitucionalmente (artículos 14 y 16).

- El objetivo de la LFTAIPG es la rendición de cuentas por medio del derecho de acceso a la información pública gubernamental y no los datos personales.
- La LFTAIPG lo único a lo que debe enfocarse es a establecer procedimientos de salvaguarda de los datos personales, y no a establecer excepciones que permitan al Poder Público hacer uso de ellos sin que medie consentimiento del interesado.
- Ningún interés público puede estar por encima de la protección que otorgan las garantías individuales.
- Existe una regulación normativa específica que regula el caso de los expedientes clínicos: la **Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998**, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de septiembre de 1999. A continuación se transcriben algunas partes destacables de la NOM citada:

“Expediente Clínico: Todo el conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud, deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias...”

“Los prestadores de servicios médicos de carácter público, social y privado estarán obligados a integrar y conservar el expediente clínico, en los términos de confidencialidad previstos en la Norma...”

“Los establecimientos serán solidariamente responsables, respecto del cumplimiento de esta obligación por cuanto hace al personal que preste sus servicios en los mismos, independientemente de la forma en que fuere contactado dicho personal. El médico, así como otros profesionales o personal técnico o auxiliar que intervengan en la atención del paciente, tendrán la obligación de cumplir los lineamientos de la Norma en forma ética y profesional...”

Opinión sobre la Derogación de la Fracción I del Artículo 22 de la LFTAIPG.

- La citada fracción sin duda fue diseñada de tal manera que la redacción es ambigua y deficiente, dejando un marco bastante amplio en el uso y manejo de los datos personales en los supuestos referidos en la fracción en comento.

- Precisamente, la deficiencia de la fracción trató de subsanarse por medio del Reglamento de la LFTAIPG en su artículo 39 que dice: “Para efectos de la fracción I del artículo 22 de la Ley se entenderá que no se requiere el consentimiento expreso del titular de la información cuando esté en serio peligro la vida o salud de la persona de que se trate”.
- Sin embargo, tal vez la fórmula de la derogación no sea la más acertada para resolver los problemas de interpretación que ofrece la fracción.
- En nuestra opinión, el único problema que presenta la fracción es de interpretación, esto es, delimitar los alcances del supuesto normativo. En realidad, no permite ninguna problemática de fondo que afecte los datos personales de los interesados. Toda vez que este tipo de casos de atención médica por urgencia cuando la vida o salud de una persona corren peligro grave es una realidad que debe ser regulada y no dejarse sin normatividad a través de la derogación.
- La fórmula que consideramos pertinente es la de reestructurar el texto de la fracción I, mediante los candados legales pertinentes que permitan hacer uso de datos personales sin que medie consentimiento del interesado en caso de necesidad.
- Los argumentos que postula la Iniciativa y los Dictámenes de las Cámaras son endebles por las siguientes razones:
 - a) El hecho de los datos personales puedan utilizarse sin consentimiento del interesado por parte de órganos del Poder Público no es novedoso en cuanto a situaciones de urgencia. El Derecho regula diversas modalidades de situaciones que por la severidad de las consecuencias que traen aparejadas permiten conductas unilaterales por parte de la autoridad o de los particulares. Pero más allá de esto, la regulación de estos casos de excepción es legal, y no vale sostener que se tratan de facultades arbitrarias o autoritarias, porque finalmente están normadas jurídicamente.

Es preferible una regulación de los casos de excepción que dejar una laguna o vacío (como lo promueve la derogación en estudio), porque en estos casos ante la inexistencia de regulación jurídica la arbitrariedad substituye a la legalidad.

- b) No se violan los artículos 14 y 16 constitucionales, toda vez que los actos de atención médica por causas urgentes o graves y el uso de los datos personales en estas circunstancias no son actos jurídicos, ni actos de autoridad que tengan que someterse a las garantías señaladas en esas disposiciones constitucionales.

Es muy recurrente el alegar violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales por un malentendido formalismo y ante la insuficiencia de verdaderas violaciones constitucionales substantivas.

Por el contrario, el hecho de que se regulen estas conductas –que no actos de autoridad– se refuerza el principio de legalidad.

- c) Decir que el objetivo de la LFTAIPG es la rendición de cuentas y el derecho de acceso a la información pública gubernamental, es desconocer el proceso legislativo que dio origen a esa ley federal, así como la desidia de leer el texto de la propia Ley, la cual establece claramente una protección dual: al derecho que todo individuo tiene de acceder a la información generada por el Poder Público y a la protección de los datos personales (art. 4º, fr. III, LFTAIPG). En otras palabras, la mancuerna que conforman el derecho a la información y el derecho a la privacidad o a la intimidad.

Esta protección de los datos personales supone, ciertamente, como principio general la salvaguarda de la intimidad de las personas, pero permite –como todo derecho humano– excepciones y limitaciones que desvirtúen su naturaleza y una de ellas es, precisamente, la de la fracción II a derogarse.

- d) Cuando se alega que ningún interés público puede estar por encima de la protección que otorgan las garantías individuales, parece que se está en presencia de un postulado absoluto. Sin embargo, ese principio es cuestionable y discutible porque permite diferentes interpretaciones.

En nuestra opinión, haciendo uso del mismo argumento que sostiene la derogación, pensamos que si se trata de hacer un balance a partir de un conflicto de derechos fundamentales, nuestra hipótesis comprendería la valoración del derecho a la privacidad (protección de datos personales) frente al derecho a la vida e integridad física.

La respuesta es elemental, por la misma naturaleza de los derechos que se protegen por encima del correspondiente al de la privacidad y, en este sentido, formular ¿Qué mayor interés público que el de proteger la vida y la integridad de las personas, si no es que ambos valores están por encima de cualquier otra consideración?

- e) Existe una NOM que regula el caso de los expedientes clínicos. Sin embargo, no es una norma jurídica especializada en datos personales, no cuenta con la jerarquía que amerita un asunto tan delicado como es el de los datos personales en los expedientes clínicos y carece de la legitimidad que una Ley puede darle a un derecho fundamental como lo es el de la privacidad e intimidad.

Las cualidades de las que carece la NOM son las ventajas con que cuenta la LFTAIPG que, por otro lado, la derogación señalada puede formular escenarios de incompetencia del IFAI en casos específicos que se le presenten o bien, la falta de una norma que guíe sus consideraciones al momento de resolver asuntos relacionados.

Por otra parte, la NOM puede ser muy bien aplicada para el caso de médicos u otros profesionales vinculados, pero sólo dentro de los sectores privado y social. Pero qué acontece cuando el médico cuenta con el estatuto de servidor público federal. Esta categoría le encomienda mayores responsabilidades legales, más allá de la ética y la profesional.

Para ejemplificar esta distinción de estatutos que recaen en una misma persona, cabe preguntar qué pasaría si un médico de una institución pública federal de seguridad social abusa de esos datos personales. ¿Ante la ausencia de una norma de Derecho, que no NOM, competiría aplicar la LFTAIPG? ¿Y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos? ¿O bien, la importancia de los datos personales derivaría en un posible conflicto entre particulares resultado por la vía de la reparación del daño moral?

Por otro lado, la NOM no prevé, ni le corresponde hacerlo por su nivel jerárquico normativo inferior, responsabilidades a quienes realicen conductas ilícitas respecto de los datos personales.

- Otros argumentos, además de dar respuesta a los relativos que sustentan la derogación, pueden ser los siguientes:
 - a) Debe señalarse que la Iniciativa de derogación fue presentada el 19 de junio de 2002, esto es, prácticamente, siete días después de que entró en vigor la LFTAIPG. Lo que indica una incongruencia en cuanto a la posibilidad de haber hecho los señalamientos necesarios a la fracción II del artículo 22 durante el tiempo en que estuvo a debate en el Senado de la República.
 - b) Lo largo del proceso legislativo de la derogación también ofrece incongruencias políticas en cuanto que la importancia que se le dio a la Iniciativa no la necesaria como para haberse discutido dentro del proceso legislativo de la propia LFTAIPG.
 - c) Parte de las mismas incongruencias es que la propia Legislatura del Senado que aprobó por unanimidad la LFTAIPG es la misma que aprueba también por unanimidad la derogación, lo que demuestra desconocimiento de los legisladores de la Cámara federativa y falta de coherencia en sus decisiones.
 - d) En la Cámara de Diputados, aunque se trata de otra Legislatura, la votación que aprobó la derogación fue muy parecida a la de la LFTAIPG. En el primer caso, se alcanzó unanimidad de 411 votos y en el segundo de 414 votos. El hecho de que se traten de Legislaturas distintas, no les resta nuevamente la incongruencia con que se decidió la derogación.

Conclusiones y Propuesta.

Por lo anterior, se concluye que:

- La derogación no es la mejor fórmula de resolver la problemática que presenta la fracción I del artículo 22 de la LFTAIPG.
- El mejor método es la reformulación del texto mediante el establecimiento de límites a la excepción y responsabilidades a quienes abusen de la excepción.

- Existe una propuesta por parte del IFAI consistente en agregar al texto de la fracción en comento el siguiente texto: “cuando esté en serio peligro la vida o salud de la persona de que se trate”, es insuficiente porque ya está prevista en el Reglamento de la LFTAIPG y porque reitera lo que la propia fracción a derogarse establece, esto es, la fracción es clara en el sentido de que se trata de casos urgentes en donde la vida y la salud están en riesgo, por lo que no es circunstancial que la fracción finalice “... no puede recabarse su autorización”.
- De acuerdo a nuestro criterio, la propuesta sugerida es la siguiente:

Artículo 22, fracción I, LFTAIPG:

“No se requerirá el consentimiento de los individuos para proporcionar los datos personales en los siguientes casos:

I. Los necesarios para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia médica o la gestión de servicios de salud y no pueda recabarse su autorización.

“La disposición de datos personales en estos casos de urgencia se hará estrictamente durante el tiempo que la propia atención médica lo requiera y el personal que presta los servicios médicos tiene la obligación de devolver dichos datos al interesado o, en su caso, a sus herederos.

“Los prestadores de servicios médicos en este supuesto incurrirán en violación a la presente Ley si, pasada la emergencia o la necesidad urgente de atención médica, conserven los datos personales a los que se allegaron para formar el expediente clínico”.

N. B. La presente opinión es solamente técnico-jurídica, las consideraciones de conveniencia política que significa este asunto corresponden a otro tipo de evaluaciones y perfiles de decisión.