

Trabajo recibido el 15 de abril y aprobado el de 11 de julio 2015

Relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado*

RELATION BETWEEN PROTECTION OF PERSONAL INFORMATION AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION IN THE COURSE OF COMPARATIVE LAW

FRANCISCO JAVIER SANZ SALGUERO**

RESUMEN

Comprobada la tensión entre el acceso a la información pública y la protección de los datos personales en el derecho chileno, en el presente artículo examinamos el vínculo entre estos dos bienes jurídicos dentro del marco del derecho internacional. El estudio es realizado a partir del examen de diversos modelos jurídicos, en asociación con la revisión del concepto y los principios del acceso a la información y los orígenes de la regulación legal de la protección de los datos personales. Este trabajo se desarrolla como parte de una labor más amplia en la búsqueda de un equilibrio en la relación entre los dos bienes jurídicos mencionados.

ABSTRACT

Proven tension between access to public information and protection of personal data in the Chilean right, in this paper we examine the link between these two legal rights within the framework of international law. The study is made from the examination of various legal models, in association with the review of the concept and principles of access to information and sources of legal regulation of the protection of personal data. This work is developed as part of a broader effort in the search for a balance in the relationship between these two legal rights.

PALABRAS CLAVE

Transparencia, Acceso a la información pública, Datos personales

KEYWORDS

Transparency, Access to public information, Personal data

* El presente artículo, se ha redactado dentro del marco de la tesis doctoral titulada "La solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales del tercero, dentro del marco de aplicación de la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado", investigación actualmente desarrollada por el autor. El autor agradece al Prof. Dr. Alan Bronfman Vargas, por los aportes realizados durante el desarrollo de este trabajo.

** Candidato a doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: fjsanzsalguero@hotmail.com.

1. Introducción

En el contexto jurídico chileno, la preocupación por el resguardo de la vida privada y, consecuentemente, de los datos de carácter personal, han sido temas de continua regulación normativa. En este orden de ideas, ya el primer intento por reconocer (eso sí, de manera incipiente) una cierta protección a la esfera privada de las personas, se remonta al Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, pasando por textos como las Constituciones de 1833 y 1925, hasta llegar al Acta Constitucional N° 3 del 11 de septiembre de 1976 (primera regulación en consagrar la protección de la vida privada de las personas en el ordenamiento constitucional chileno), antecedente directo e inmediato de la regulación que la Carta Política de 1980 hace respecto a la tutela de este derecho, culminado este recorrido histórico-normativo con la promulgación de la Ley N° 19.628 de 1999, estatuto que en su trámite parlamentario surgió bajo la pretensión de tutelar la vida privada, pero que luego de un largo y complejo trámite legislativo terminó enfocándose en la protección de los datos de carácter personal.

Casi diez años después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.628, el legislador promulgó la *“Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado”* (aprobada por el artículo 1° de la Ley N° 20.285 de 2008), también conocida como *“Ley de transparencia”*, estatuto en el que se da tratamiento al régimen de acceso a la información pública. En este sentido y como nos recuerda Enrique Rajevic¹, ambos cuerpos legales regulan la información, pero desde diversas aristas: el primero resguarda la información que concierne a personas naturales identificadas o identificables (es decir, los datos personales) buscando garantizar que sus titulares sean quienes decidan sobre su uso. Entre tanto, el ámbito del segundo es la información que obra en poder de los órganos del Estado (la que puede incluir datos de carácter personal) con la pretensión de favorecer su conocimiento por parte de los ciudadanos.

Al respecto y según subraya el citado autor, la protección de los datos personales ampara la intimidad y la autodeterminación informativa, mientras que la transparencia administrativa favorece la probidad y potencia la participación ciudadana². Sin embargo, dentro del marco de aplicación de la normativa encargada del régimen de acceso a la información pública, surge la necesidad de establecer qué tratamiento debe otorgarse a la protección de los datos de carácter personal en su relación con el acceso a la información, identificando el término *“acceso”* como un mecanismo central en pro del logro de la transparencia

¹ RAJEVIC *et al.* (2011), p. 139.

² RAJEVIC *et al.* (2011), p. 139.

en lo público. En efecto, nos encontramos ante dos bienes jurídicos (tutela de la información de naturaleza personal y derecho de acceso) reconocidos en el ámbito legal y, por ende, potencialmente antagónicos, tensión manifestada (entre otros factores) con el gran número de decisiones de amparo emitidas por el Consejo para la Transparencia desde su creación, decisiones originadas dentro del estudio de la relación entre los mencionados bienes jurídicos³.

Proponer una solución adecuada a fin de lograr el equilibrio en la relación entre el acceso a la información pública (como herramientas de control social en un Estado de derecho) y el resguardo de los datos de carácter personal, es una labor que exige un estudio sistemático en diversas áreas de la doctrina, la legalidad y la jurisprudencia, tanto en el ámbito del derecho interno como del derecho comparado. Precisamente, este artículo abarca tres aspectos extraídos del derecho comparado, las cuales deben ser tenidas en cuenta dentro de la búsqueda del equilibrio en la relación entre el derecho de acceso y la protección de la información personal. Estos tres temas de análisis son:

a) La identificación del punto de partida de la moderna discusión sobre la protección de la información personal, en asocio con los hitos más relevantes del tratamiento legal de esta figura desde una perspectiva histórica, dentro del marco del derecho comparado.

b) El análisis de la figura del acceso a la información pública a nivel universal, abarcando tres ámbitos: en primer lugar, la relación entre las nociones de acceso a la información pública y transparencia; en segundo lugar, los principios orientadores internacionales en materia de leyes de acceso a la información pública que deberían estar presentes en toda legislación encargada de tratar esta materia y, en tercer lugar, los elementos que componen la expresión “derecho de acceso a la información pública”, en asocio con la definición construida a partir de estos elementos.

c) El estudio de diversos modelos de acceso en el derecho internacional, finalizando esta parte del artículo con la revisión de la relación entre acceso a la información pública y la tutela de los datos personales en el derecho comparado.

³ El Consejo para la Transparencia ha debido ejercer la atribución consagrada en el artículo 33 letra m) de la “Ley de transparencia”, aprobada por el artículo 1º de la Ley Nº 20.285 de 2008, consistente en velar por el debido cumplimiento de la Ley Nº 19.628, sobre protección de datos de carácter personal por parte de los órganos de la Administración del Estado. A este respecto y dentro de su labor jurisprudencial, observamos por ejemplo que entre agosto de 2010 y marzo de 2011, el número de decisiones de fondo que aplicaron precisamente la citada Ley sobre protección de datos fue de 132, representando más del 27 % de la totalidad de las providencias de fondo proferidas por este organismo. Ésta estadística confirma la importancia que ha tenido el estudio de la relación entre el derecho de acceso de la información pública (como instrumento central en aras del logro de la transparencia en lo público) y la tutela de los datos de carácter personal para el Consejo. Véase: CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2011), p. 38.

2. Antecedentes y aspectos normativos de la protección a la vida privada y los datos personales en el derecho comparado

En lo que se refiere a la información concerniente a una persona física identificada o identificable, es decir en la información personal (entendida esta como una expresión central de la privacidad o vida privada), esta parte del artículo se inicia identificando el punto de partida de la moderna protección normativa de los datos personales, y se desarrolla explicando diferentes hitos del tratamiento legal de esta figura desde una perspectiva histórica, trabajo realizado a partir del derecho europeo continental (teniendo en cuenta que en este ámbito surgen los primeros antecedentes normativos en materia de protección de los datos personales), y concluyendo en el derecho español (dado que el modelo normativo de este país europeo se ha utilizado como referente dentro contexto latinoamericano, incluyendo el caso chileno).

II.1. Desde un punto de vista histórico y en lo que concierne al derecho a la vida privada o derecho a la privacidad, el punto de partida de la moderna discusión respecto a lo que los países anglosajones denominan *right to privacy* se remonta a un artículo de revisión de la legislación de los Estados Unidos titulado *The Right to Privacy*, texto publicado en la Harvard Law Review en 1890 y escrito por Louis Brandeis y Samuel Warren⁴. Más recientemente, y con la intención de elaborar una definición de privacidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado (en general) que lo privado incluye materias concernientes al cuerpo, la familia y las relaciones íntimas y personales del individuo⁵. En este orden de ideas, Anguita Ramírez⁶ indica que la noción anglosajona del derecho a la privacidad en la tradición jurídica de la Europa Continental (a la que pertenecen los países iberoamericanos), se identifica como derecho a la vida privada o también derecho a la intimidad.

II.2. En el contexto de la mencionada tradición jurídica de la Europa continental (en sintonía con el desarrollo de la computación y el tratamiento de la información⁷), la primera respuesta relevante a la amenaza potencial de la informática a la vida privada de las personas (y frente a la necesidad de crear normas específicas que rijeran la recolección y el tratamiento de información personal) se presenta en 1968 cuando las autoridades del Land de Hesse

⁴ GLANCY (1979), p. 1.

⁵ HOLLRAH (2005), p. 108.

⁶ ANGUITA (2007), pp. 17-18.

⁷ En efecto, al revisar la historia de las nuevas tecnologías, se comprueba que durante la década de los sesenta del siglo XX el desarrollo de la informática impulsó el tratamiento de los datos en grandes cantidades, fenómeno que se acentuaría en los años setenta. Véase: FERNÁNDEZ-IZQUIERDO (2000), p. 209.

(Alemania), deciden aumentar la eficiencia de la administración mediante la automatización de los procesos, motivo por el cual se designó una comisión. Como consecuencia de lo anterior, dos años más tarde se crea la Unión de Procesamiento de Datos de Hesse, la Central de Hesse, la Central de Hesse para Procesamiento de Datos y tres centros de cómputos regionales, con lo que dicho Estado y su administración comunal configuraron la primera infraestructura que unió la información y la comunicación. Sin embargo, esta modernización regional llegó acompañada de ciertos recaudos normativos (pues al mismo tiempo se sospechaba de una amenaza para los ciudadanos), respuesta legislativa expresada en la Ley de protección de datos del Land de Hesse, primer cuerpo normativo en el mundo en regular los datos personales en poder de los órganos públicos. Posteriormente, la primera ley de protección de datos con carácter nacional se promulgó en Suecia en 1973, tendencia normativa seguida paulatinamente por otros países de Europa Occidental⁸ (como Alemania en 1977 y Francia en 1978) y los Estados Unidos (en 1974)⁹.

II.3. Ya en el año de 1981, surge en Europa el primer documento internacional de protección de datos personales, conocido como “Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108)”, antecedente de la “Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” (en adelante Directiva 95/46/CE), texto adoptado el 24 de octubre de 1995. Respecto a la Directiva, es pertinente subrayar que ésta impone a los Estados miembros el deber de reconocer al interesado (o afectado) el derecho de oposición en dos situaciones¹⁰: en primer lugar (en cualquier momento, por razones legítimas propias de su situación particular y salvo que la legislación nacional disponga otra cosa), cuando el tratamiento de los datos nominativos es necesario *“para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos”*, o cuando el tratamiento de los datos personales es necesario *“para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos”*; y, en segundo lugar, cuando estamos frente al tratamiento de los datos de carácter personal *“que le conciernan respecto de los cuales el responsable prevea un tratamiento destinado a la prospección”*. Igualmente, la

⁸ ANGUITA (2007), p. 19.

⁹ PRIVACY INTERNATIONAL (2013).

¹⁰ Artículo 14, Sección VII, Directiva 95/46/CE.

Directiva 95/46/CE impone a los Estados miembros el deber de otorgar a los interesados el derecho a conocer la cesión de datos, estipulándose que estos interesados deben ser informados “antes de que los datos se comuniquen por primera vez a terceros o se usen en nombre de éstos a efectos de prospección, y a que se le ofrezca expresamente, el derecho de oponerse”¹¹.

Igualmente, la Directiva 95/46/CE exige en su artículo 28 numeral 1º la creación de autoridades de control de carácter público, organismos encargados de la vigilancia de las disposiciones adoptadas por dicha Directiva. En efecto, la opción de los países europeos de incorporar en sus normativas organismos de control (tomando en cuenta eso si las características propias de la tradición jurídica interna de cada Estado) descartaría, en palabras de Anguita Ramírez¹², la alternativa de que fuesen los tribunales ordinarios de justicia los encargados de la aplicación de la ley, consecuencia del carácter preventivo del sistema de protección de datos que impera en Europa que se instrumentaliza, por ejemplo, en el conjunto de derechos otorgados a los interesados (derechos que son incompatibles con su ejercicio directo en los tribunales de justicia que requieren, para su movimiento, la existencia de un daño o amenaza de daño a una garantía fundamental, o una conducta tipificada como delito, entre otras hipótesis).

II.4. Para concluir el examen del tratamiento normativo en materia de protección de los datos personales dentro del derecho europeo, corresponde centrarnos en el caso del derecho español, teniendo en cuenta que sus leyes son las que modelan la legislación dentro del contexto normativo hispano, en especial la legislación de América del Sur¹³, incluyendo el caso chileno.

En este contexto cronológico y centrándonos en el caso español, posterior al reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad (según consta en el artículo 18 de la Carta Política de 1978) y a la promulgación de la “Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (o LORTAD)”, fue emitida la “Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (o LOPD)”. Este último texto legal (actualmente vigente) tuvo como objetivo original adecuar la normativa española a la Directiva 95/46/CE¹⁴, interesándonos en particular (para efectos de nuestra investigación) el tratamiento que se hace

¹¹ Artículo 14, Sección VII, Directiva 95/46/CE.

¹² ANGUIA (2007), pp. 57-58.

¹³ SALTOR (2013), p. 201.

¹⁴ Algunos estiman que los verdaderos motivos que explican la existencia del LOPD, tienen que ver con aspectos tales como el *lobby* efectuado por el sector empresarial, incluyendo las empresas de marketing, *credit bureau*, entidades financieras y aseguradoras afectados por la LORTAD. Véase ANGUIA (2007), p. 41.

a la comunicación de los datos¹⁵ a terceros en sus artículos 11 y 12¹⁶. Así, el artículo 11 numeral 1º de la LOPD estipula que los datos de carácter personal objeto del tratamiento, sólo pueden ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, exigiéndose además el previo consentimiento del interesado (o afectado)¹⁷; el artículo 11 numeral 2º establece las hipótesis en las que el consentimiento del interesado no es preciso; el artículo 11 numeral 4º estipula el carácter revocable del consentimiento; y el artículo 11 numeral 6º dispuso una excepción calificada respecto a la necesidad del consentimiento previo para comunicar datos personales a un tercero: cuando la comunicación es precedida por un proceso de disociación¹⁸ de los datos, no se requiere dicho consentimiento.

Finalmente y continuando con la comunicación de los datos, el artículo 12 de la LOPD estableció una serie de alcances, exigencias y responsabilidades respecto a distintas dimensiones de la comunicación de datos a terceros, observándose entre los alcances de esta norma que la realización de tratamientos por cuenta de terceros deben estar regulados en un contrato escrito o acreditable, estableciéndose además que el encargado del tratamiento (definido este como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trata datos personales por cuenta del responsable del tratamiento¹⁹) únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento (definido este como la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que

¹⁵ La ley en estudio identifica la comunicación de los datos (e incluso una serie de alcances, exigencias y responsabilidades respecto a distintas dimensiones de la comunicación de datos a terceros o al "acceso a los datos por parte de terceros", según dice la norma), como parte de los "Principios de la protección de datos" (Principios consagrados en su Título II).

¹⁶ A diferencia de la LOPD, que no establece este concepto, el artículo 2º letra f) de la Directiva 95/46/CE identifica al "tercero" como "*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos bajo la autoridad directa del responsable del tratamiento o del encargado del tratamiento*".

¹⁷ Sobre este particular, el artículo 11 numeral 3º aclara que es nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permite conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar. Por tanto, para que sea válido el otorgamiento del consentimiento, es necesario que se aporte la información suficiente para saber acerca de la finalidad de destino de los datos cedidos, o bien sobre la actividad del cesionario.

¹⁸ El procedimiento de disociación de los datos personales, permite que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

¹⁹ Artículo 3º, letra g) de la LOPD, de 1999.

decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos nominativos²⁰), no siendo posible tampoco su aplicación o utilización con un fin distinto al que figure en dicho contrato, ni su comunicación a otras personas, entre otras hipótesis.

3. Principios y concepto del acceso a la información pública

Identificado, dentro del marco del derecho comparado, el punto de partida de la moderna discusión sobre la protección de la información personal, en asocio con los hitos más relevantes del tratamiento legal de esta figura desde una perspectiva histórica, nos corresponde acercarnos a la figura del acceso a la información pública a nivel universal. Este acercamiento nos exige desarrollar, en esta parte del documento, el estudio de diversas áreas: en primer lugar, la relación entre las nociones de acceso a la información pública y transparencia; en segundo lugar, el principio clave y los principios orientadores internacionales en materia de leyes de acceso a la información pública que deben estar presentes en toda legislación encargada de tratar esta materia; y, en tercer lugar, los elementos que componen la expresión “derecho de acceso a la información pública”, en asocio con la definición construida a partir de estos elementos.

3.1. Distinción entre el acceso a la información pública y la transparencia

a) *Nociones desde la óptica de lo lingüístico.* Distinguir los conceptos de “acceso a la información pública” y “transparencia”, exige inicialmente conocer el significado de los vocablos que componen estas nociones. En este orden de ideas, observamos que desde el punto de vista de lo lingüístico y teniendo en cuenta las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE), la expresión “acceso” significa “entrada, llegada, aproximación, acercamiento”; desde la misma perspectiva, la expresión “información” indica “comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”, en tanto que lo “público” se define como la “potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a privado”; finalmente, en los términos del DRAE la “transparencia” se predica de aquello que posee la cualidad de transparente, es decir, del cuerpo a través del cual pueden verse los objetos claramente.

b) *Noción de “información pública”.* En un siguiente paso (que va más allá de las definiciones aportadas por la ciencia del lenguaje, claramente insuficientes en la distinción de conceptos que aquí pretendemos), dentro del ámbito jurídico el concepto “información pública” apunta al conjunto de datos que

²⁰ Artículo 3º, letra d) de la LOPD, de 1999.

se encuentran en poder de organismos del Estado o, en otras palabras, a la información existente en una entidad pública, e incluye cualquier documento producido o conservado por una institución de carácter público²¹. En síntesis, se puede definir a la “información pública” como toda aquella información que posee un organismo o institución pública, sin importar el formato, la fecha en que fue creada, quién la creó o si ha sido clasificada o no²².

c) *Noción de “acceso a la información pública”*. Continuando con la perspectiva de lo jurídico, el “acceso a la información pública” es la prerrogativa que tiene el ciudadano de “acceder” a la información que poseen las entidades de naturaleza pública, destacando que este “acceder” se puede materializar de dos formas: “mostrar” sin que medie requerimiento de información, como ocurre con la figura de la transparencia activa; o “permitir ver” (o derecho de “saber”²³), que se manifiesta cuando la persona expresamente pide la información al organismo del Estado, facultad que se identifica como el “derecho de acceso a la información pública”²⁴.

d) *Noción de “transparencia” en lo público*. En sintonía con la definición del DRAE, se dice que algo es transparente cuando a través de él pueden verse los objetos claramente. Enfocándonos en la esfera del derecho (puntualmente, en la esfera de lo público), esa transparencia se concreta cuando el Estado permite a la ciudadanía conocer por qué, cómo actúa y qué decisiones adopta, facultando así a cualquier persona para evaluar y fiscalizar directamente el respeto al principio de probidad (incentivando en consecuencia su participación en la gestión pública), inhibiendo de paso las conductas contrarias a la probidad por parte de los servidores públicos²⁵.

e) *Distinción entre la transparencia y el acceso a la información pública*. Conforme a lo explicado, teniendo en cuenta que la transparencia está dirigida a permitir que cualquier persona conozca por qué, cómo actúa y qué decisiones adoptan los organismos del Estado, podemos observar que esa transparencia se manifiesta en un “mostrar” o en un “permitir ver”. En este contexto, tenemos que el acceso a la información pública es una herramienta para alcanzar la transparencia, herramienta que cumple su rol buscando alcanzar dos objetivos: i) que las entidades del Estado divulguen de manera permanente información

²¹ Estas nociones son aportadas por Transparencia Internacional, en sus Capítulos de Chile, Colombia y Paraguay. Véase CHILE TRANSPARENTE (2012), pp. 15 s.

²² CHILE TRANSPARENTE (2012), p. 14.

²³ Tal como lo plantea Toby Mendel en su obra. Véase MENDEL (2008), p. 3.

²⁴ CHILE TRANSPARENTE (2012), p. 14.

²⁵ RAJEVIC (2009), p. 23.

sin mediar requerimiento expreso de un ciudadano (“mostrar”), situación que se enmarca dentro de la transparencia activa, y *ii*) que las entidades del Estado, en relación con aquella información en su poder que la ley no obliga a publicar activamente, entreguen los datos que sean requeridos por cualquier ciudadano (siempre que no corresponda a información de carácter secreto o reservado), situación que se enmarca dentro del “derecho de acceso a la información pública” propiamente dicho (lo que involucra un “permitir ver” o derecho de “saber”). En consecuencia, el acceso a la información pública se identifica como un mecanismo central en favor del logro de la transparencia en lo público.

3.2. Principio clave y principios orientadores en materia de leyes de acceso a la información pública

El mejor funcionamiento del régimen democrático exige enfrentar la opacidad de las decisiones públicas, las que por diferentes barreras jurídicas, políticas y sociales, impiden a los representados o gobernados (titulares de la soberanía política) conocer de qué modo se está ejerciendo el mandato popular. En este contexto, el acceso a la información pública representa un mecanismo esencial para alcanzar ese funcionamiento adecuado.

Pese a la reflexión anterior, en el ámbito internacional no puede hablarse aún de la uniformidad total respecto a los regímenes en materia de acceso a la información. No obstante, al contrastar los diferentes modelos utilizados en diversos países, si podemos identificar un conjunto de importantes similitudes entre estos modelos. Teniendo en cuenta esta observación (y aprovechando, precisamente, esas similitudes), en esta parte de la investigación explicamos los principios que deben sustentar la legislación en materia de acceso a la información pública. Reiterando la citada falta de univocidad en este campo, para la construcción de estos principios se han tomado en cuentas diversas normas y declaraciones internacionales, labor que nos permite identificar dos tipos de instrumentos: en primer lugar tenemos el principio de la “transparencia máxima”, al que Toby Mendel²⁶ le ha otorgado el carácter de “principio clave que fundamenta” el acceso a la información y, en segundo lugar, tenemos lo que hemos denominado como principios orientadores. A continuación, realizaremos el trabajo enunciado.

3.3. Principio clave en materia de leyes de acceso a la información pública: transparencia máxima

El principio de la transparencia máxima (o de la máxima divulgación), entendido como el principio clave que fundamenta el acceso a la información,

²⁶ MENDEL (2008), p. 33.

presupone que toda información en poder de las entidades públicas debe estar sujeta a la divulgación, premisa que solo puede superarse cuando hay un riesgo mayor de perjuicio para un interés legítimo público o privado; por virtud de lo anterior, para la doctrina el alcance de este acceso debe ser tan amplio como la gama de información y entidades respectivas, así como los individuos que puedan reclamar el derecho²⁷.

El reconocimiento como derecho humano fundamental, que la jurisprudencia y la doctrina de diversos organismos e instrumentos internacionales otorga al acceso a la información pública (contenido dentro del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión), según lo expuesto en el punto anterior, es una noción compartida por la doctrina. En este orden de ideas, el investigador Toby Mendel²⁸ al reconocer el carácter de derecho humano fundamental del acceso a la información en poder de organismos públicos, subraya que a este derecho debe darse vigencia a nivel nacional mediante una legislación integral (por ejemplo, leyes sobre la libertad de información) con base, precisamente, en el principio de transparencia máxima, estableciendo la suposición de que toda información está accesible, con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones.

Pese a que el principio de la transparencia máxima encierra la razón de ser fundamental del concepto mismo de libertad de información, se ha sugerido que dicho principio sea incluido en las Constituciones nacionales, con el objeto de disipar cualquier duda sobre el carácter de derecho fundamental del acceso a la información pública. Igualmente, la doctrina reconoce las siguientes obligaciones derivadas del principio de la transparencia máxima: en primer lugar, los órganos públicos tienen el deber de divulgar información y toda persona tiene el correspondiente derecho de recibirla; en segundo término, todas las personas presentes en el territorio de un país gozan de este derecho; en tercer lugar, el ejercicio del derecho no depende de que se demuestre un interés específico en la información; finalmente, cuando una autoridad pública pretenda denegar el acceso a la información, le corresponde justificar la negativa en cada etapa del procedimiento, es decir, la autoridad pública debe demostrar que la información que desea retener está comprendida en el régimen restringido de excepciones²⁹.

²⁷ MENDEL (2008), p. 33.

²⁸ Esta opinión se deriva de la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004. Véase MENDEL (2008), p. 33.

²⁹ Estas obligaciones derivadas del principio de la transparencia máxima, son planteadas por *Article 19* (organización independiente de derechos humanos que trabaja a nivel global para proteger y promover el derecho a la libertad de expresión) en su obra "El derecho de saber de la gente: Los principios de la legislación en materia de libertad de información", texto que ha sido tenido en cuenta por autores (como

Finalmente, debemos anotar que en la Sentencia promulgada el 19 de septiembre del 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dentro del Caso Claude Reyes y otros contra Chile (en adelante Caso Claude Reyes), se reconoce expresamente el principio de máxima divulgación que debe regir el actuar de los Estados³⁰.

3.4. Principios orientadores en materia de leyes de acceso a la información pública

Identificado el carácter central de la máxima transparencia como principio clave en la construcción de leyes de acceso a la información en poder del Estado, y en sintonía con esta directriz, en el ámbito internacional se han propuesto una serie de principios orientadores en materia de leyes de acceso a la información pública, los que deben estar presentes en toda legislación encargada de tratar esta materia, principios que se construyen con base en los aportes recolectados en diversos instrumentos y organizaciones de naturaleza supranacional³¹. En este orden de ideas, a continuación realizaremos un trabajo de sistematización de estos principios orientadores, a fin de tener claridad sobre las técnicas o directivas recomendables dentro de la construcción de las normas sobre acceso a la información en poder de entidades de naturaleza pública.

a) *Principio de la transparencia activa*. De acuerdo a este principio guía, las entidades públicas tienen la obligación de publicar la información clave. En efecto, para dar vigencia en la práctica al derecho a la información, no es suficiente simplemente requerir que las entidades vinculadas al Estado accedan a las solicitudes de información: un acceso efectivo para muchas personas, depende de que estos organismos publiquen y difundan activamente categorías clave de información, aún en ausencia de algún requerimiento³².

Toby Mendel) y organizaciones (como el Centro de Archivos y Acceso a la Información Pública CAInfo), dentro del trabajo de construcción de los principios en materia de acceso a la información pública.

³⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), p. 38.

³¹ Entre los aportes que se tuvieron en cuenta en esta materia, tenemos el conjunto de principios básicos del acceso a la información adoptados por el Relator Especial de la ONU, principios insertos en el Informe Anual del año 2000, el documento publicado por la organización *Article 19* titulado "El derecho del público a saber, Principios en que debe basarse la legislación relativa a la libertad de información" y, más recientemente, los denominados "Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información", acogidos en agosto de 2008 por el Comité Jurídico Interamericano, entre otros.

³² Esta opinión se deriva de la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004. Véase MENDEL (2008), p. 35.

b) *Principio de la promoción del gobierno abierto.* Este principio orientador, reconoce la necesidad que las entidades públicas promuevan activamente la apertura gubernamental, a efecto de superar la cultura del secretismo existente en muchos países. La vigencia del derecho de acceso a la información exige cambiar esa cultura, por lo cual se debe convencer a los funcionarios públicos sobre su carácter de derecho humano y su naturaleza esencial en pro de un ejercicio de gobierno eficaz y apropiado. En consecuencia, debe promoverse una cultura de apertura³³.

c) *Principio de la limitación de excepciones.* Con el cumplimiento de este principio orientador (de especial interés en el desarrollo de nuestra investigación, dada la necesidad de determinar hasta dónde el requerimiento de los datos personales debe ser una limitante al acceso a la información), se pretende identificar a las excepciones y precisar su alcance. Determinar la extensión legítima de las excepciones al derecho de acceder a la información es una tarea compleja ya que, por un lado, un sistema de excepciones demasiado amplio puede perjudicar gravemente el derecho y, por otro lado, todos los intereses legítimos de confidencialidad deben ser atendidos adecuadamente (porque de otra manera se requerirá legalmente que las entidades públicas divulguen información, aunque esto cause algún tipo de perjuicio).

En este orden de ideas, la posibilidad de fijar los alcances de una excepción al acceso a la información exige tener en cuenta, en su conjunto, una serie de factores que permitan su delimitación: en primer lugar, las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión y, en segundo término, diferentes leyes sobre el derecho al acceso reconocen distintas finalidades legítimas que pueden ser tema de una excepción; el estudio de estos factores nos permite proponer lo que hemos denominado como requisitos esenciales de las excepciones al acceso de la información. A continuación, revisamos los factores enunciados.

i) Las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión: este factor tiene en cuenta la enunciada complejidad para determinar la extensión de las excepciones al derecho de acceso a la información, lo que implica que las excepciones deben disponerse por vía legal y con el fin de proteger un interés reconocido como legítimo bajo el derecho internacional, siendo ambos criterios reconocidos específicamente en varias declaraciones internacionales³⁴. Como ejemplos del reconocimiento de estos criterios originado en instrumentos supranacionales,

³³ MENDEL (2008), p. 36.

³⁴ MENDEL (2008), p. 37.

tenemos el principio 3 de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth of Nations*) según el cual las excepciones al derecho de acceso deben ser “limitadas” y “formuladas en términos estrechos”, y la Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), declaración que considera que el acceso a la información pública “sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley, para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”³⁵.

En sintonía con lo explicado, a nivel jurisprudencial este asunto fue objeto de elaboración extensa por parte de la Sentencia promulgada por la Corte IDH dentro del Caso Claude Reyes, decisión según la cual el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones, estableciéndose que la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH); al respecto, la misma Sentencia subraya que el artículo 13.2 de la CADH permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”³⁶.

ii) Diferentes leyes sobre el derecho al acceso reconocen distintas finalidades legítimas que pueden ser tema de una excepción: el estudio de este factor (dentro del intento por fijar los alcances de las excepciones al acceso a la información) implica proponer los posibles motivos para restringir el derecho al acceso formulando, paralelamente, los mecanismos que nos permitan determinar si deben aplicarse o no estos motivos. En este orden de ideas y a título de referencia, la Recomendación 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación COE) elabora una lista de los posibles motivos para restringir el derecho a la información en su Principio IV (titulado “Posibles limitaciones para el acceso a los documentos oficiales”), a fin de que los Estados miembros puedan limitar el derecho de acceder a los documentos de naturaleza pública. Precisamente, este Principio IV determina (sin entrar a explicar el contenido de cada uno de estos motivos) que “las limitaciones deben establecerse con precisión por vía legal, deben ser necesarias en una sociedad democrática y deben ser proporcionales a la finalidad de proteger”³⁷:

- i. la seguridad nacional, defensa y relaciones internacionales;
- ii. la seguridad pública;

³⁵ Principio 4, Declaración de principios sobre libertad de expresión, CIDH.

³⁶ Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafos 88 a 92.

³⁷ La traducción es nuestra. Véase COUNCIL OF EUROPE (2003), p. 5.

- iii. la prevención, investigación y procesamiento de actividades criminales;
- iv. la privacidad y otros intereses privados legítimos³⁸;
- v. los intereses comerciales y otros económicos, sean particulares o públicos;
- vi. la igualdad de las partes en procesos judiciales;
- vii. la naturaleza;
- viii. la inspección, control y supervisión por las autoridades públicas;
- ix. las políticas económicas, monetarias y cambiarias del Estado;
- x. la confidencialidad de las deliberaciones dentro o entre las autoridades públicas durante la elaboración interna de un asunto”.

Sin embargo, no es legítimo negar el acceso a la información simplemente porque se relacione con alguno de los intereses enumerados, ya sea los anotados en la Recomendación COE, o en otros patrones jurídicos, como por ejemplo los señalados en el artículo 40 de la “Ley modelo sobre acceso a la información pública (en adelante LMSAIP)”³⁹. En este sentido, un punto de partida para determinar cuándo estamos frente a un interés que debe ser objeto de excepción, podemos encontrarlo en los siguientes principios de la legislación en materia de libertad de información formulados por la organización *Article 19*, principios en los que se reconoce una prueba en tres partes para las excepciones⁴⁰: “i) la información debe relacionarse con una finalidad legítima enumerada en la ley; ii) la divulgación debe plantear la amenaza de un perjuicio sustancial para esa finalidad; y iii) el perjuicio para la finalidad debe ser mayor al interés público en contar con la información”.

En sintonía con los requerimientos propuestos en la prueba de tres partes, diversas declaraciones internacionales reconocen que el acceso puede involucrar dos situaciones: por un lado, la presencia de un riesgo de perjuicio y, por otro lado, la posibilidad del acceso en el interés público, no obstante semejante riesgo de perjuicio. En este contexto, el numeral 2º Principio IV de la Recomendación COE reconoce tanto la necesidad del perjuicio y el interés público superior, estimando que “el acceso a un documento podrá negarse si la divulgación de la información contenida en el documento oficial perjudicaría o probablemente perjudicaría alguno de los intereses mencionados en el Párrafo 1, a menos que haya un interés público más fuerte a favor de su divulgación”⁴¹. Igualmente, el Convenio de Aarhus estipula que

³⁸ O la *privacy and other legitimate private interest* (según reza el texto original del documento), noción que incluye los datos personales.

³⁹ La LMSAIP, fue objeto de aprobación en su cuarta versión mediante resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10) del ocho de junio del 2010 en la Asamblea General de la OEA.

⁴⁰ MENDEL (2008), p. 38.

⁴¹ La traducción es nuestra. Véase COUNCIL OF EUROPE (2003), p. 5.

puede denegarse una solicitud de información, en caso de que su divulgación eventualmente tenga efectos desfavorables sobre una serie de intereses enumerados expresamente⁴²; el mismo Convenio, reconoce una forma de interés público superior, al disponer que “los motivos de denegación antes mencionados deberán interpretarse de manera restrictiva teniendo en cuenta el interés que la divulgación de las informaciones solicitadas tendría para el público y según que esas informaciones guarden o no relación con las emisiones al medio ambiente”⁴³. Finalmente, Toby Mendel⁴⁴ nos recuerda que la Declaración Conjunta de los mandatos especiales aplica el enfoque doble del “perjuicio” e “interés público superior”, anotando que en esta Declaración se afirma que “el derecho de acceso debe estar sujeto a un sistema estrecho y cuidadosamente elaborado de excepciones para proteger los intereses públicos y privados superiores, incluyendo la privacidad” agregando además que “las excepciones deben ser aplicables únicamente cuando haya riesgo de un perjuicio substancial para el interés protegido y cuando ese perjuicio sea mayor al interés público global de poder acceder a la información”.

iii) Requisitos esenciales de las excepciones al acceso de la información: dado lo complejo del tema, en este punto del trabajo no podemos establecer con certeza absoluta cuál es la extensión de las excepciones en materia de acceso a la información. Sin embargo, con base en lo comentado en los factores anteriores, es posible proponer los requisitos esenciales que se deben cumplir en el campo de las limitaciones a dicho acceso. En este orden de ideas, los requisitos que deben ser tenidos en cuenta en este ámbito, podemos sintetizarlos así: en primer lugar, las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión, afirmación que es respaldada al tenor de diversos instrumentos, normas y jurisprudencia supranacional; en segundo término, las limitaciones deben establecerse con precisión en la normativa de cada Estado, subrayando que cada excepción tutela un interés específico; finalmente, las excepciones deben ser aplicables únicamente cuando haya riesgo de un perjuicio

⁴² Artículo 4º, Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus).

⁴³ Artículo 4º, Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus).

⁴⁴ Esta opinión se deriva de la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004. Véase MENDEL (2008), p. 38.

substantial para el interés protegido, perjuicio que debe ser mayor al interés público de poder acceder a la información.

Un aspecto adicional a observar es que, a pesar de la aplicación de los anteriores requisitos y por cuidadosa que sea la elaboración de un régimen de excepciones, siempre habrá casos en los cuales el interés público superior requiere la divulgación de la información, aunque esto cause algún perjuicio para el interés protegido. Igualmente, cuando sólo parte de un registro sea confidencial, el resto debería divulgarse (de ser posible), aspecto que se apoya por ejemplo en el Principio VII de la Recomendación COE⁴⁵.

Finalmente, un último aspecto para determinar la extensión de las excepciones al derecho de acceso a la información, lo constituyen los límites generales del tiempo para retener la información, límites que pueden ayudar a asegurar que los perjuicios de antaño no sigan manteniendo la información en secreto indefinidamente. Lo anterior, subrayando que en muchos casos el riesgo del perjuicio que originalmente justificaba la limitación, desaparece o se reduce sustancialmente con el tiempo⁴⁶.

d) *Limitación de excepciones y la aplicación del test de daño y el test de interés público.* Dentro del marco de la doctrina comparada y a fin de establecer la extensión legítima de las excepciones para el derecho de acceder a la información, uno de los mecanismos que se utiliza mayoritariamente (*verbi gratia* Irlanda, Canadá, Inglaterra y México) es el denominado “test de daño”⁴⁷. Esta figura, en asocio con el denominado “test de interés público”, son mecanismos que ya vienen siendo reconocidos y aplicados por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia chileno, organismo garante que los distingue claramente afirmando que “ambos, que pueden ser complementarios, consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. El primero (test de daño) se centra en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos; el segundo (test de interés público), en ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la reserva”⁴⁸.

⁴⁵ COUNCIL OF EUROPE (2003), pp. 6 s.

⁴⁶ MENDEL (2008), p. 39.

⁴⁷ TELLO E. *et al.* (2009), pp. 197-199.

⁴⁸ Estas definiciones se pueden ver en la Decisión N° C193-10 del 15 de julio de 2010 y, más recientemente, en la N° C857-12 del 12 de septiembre de 2012, ambas del Consejo para la Transparencia chileno.

e) *Principio de facilidad del acceso.* En síntesis, y partiendo de la base que el derecho a la información requiere en la práctica no sólo la divulgación proactiva por las entidades públicas (transparencia activa), este principio orientador pretende que cualquier persona pueda solicitar y recibir cualquier información que posean, con sujeción a las excepciones. Esto, a su vez, requiere que se establezcan procedimientos claros según los cuales las entidades públicas tramitarán las solicitudes de información⁴⁹. Además, requiere un sistema para la revisión independiente de las decisiones internas por las entidades públicas.

f) *La transparencia máxima tiene precedencia.* No hay duda de la naturaleza de principio clave que posee la transparencia máxima, para el logro del acceso a la información en poder del Estado. En concordancia con lo anterior y subrayando que según lo examinado hasta ahora, en el contexto jurídico internacional se le reconoce al acceso a la información pública el carácter de derecho humano fundamental, deducimos que este acceso precede otros principios y/o leyes, lo que tiene como consecuencia que la protección efectiva de este derecho exige que las leyes que sean inconsistentes con el principio de la transparencia máxima deben modificarse o eliminarse.

Esta precedencia del principio de la transparencia máxima es respaldada por diversos instrumentos internacionales. Al respecto, tenemos el ejemplo del Principio IV (2) de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África, Declaración según la cual “el derecho a la información será garantizado por la ley de acuerdo con los siguientes principios: (...) las leyes sobre confidencialidad se modificarán según sea necesario para cumplir con los principios de libertad de información”⁵⁰.

Finalmente, teniendo en cuenta que el derecho internacional no dispone de qué manera los Estados deben aplicar sus reglas, incluyendo lo relativo a los fundamentos de los derechos humanos (lo que involucra también el derecho a la información), incumbe a esos mismos Estados determinar cómo abordar la cuestión de las excepciones al derecho del acceso, surgiendo así la obligación de construir algún mecanismo para tratar este problema. En ese contexto, se pueden plantear soluciones a mediano y corto plazo para superar la cuestión:

⁴⁹ Sobre este punto, en los Principios V al VIII de la Recomendación 2002 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación COE), se establece un conjunto de preceptos específicos en aspectos procedimentales referidos a la solicitud de información ante entidades públicas. Véase COUNCIL OF EUROPE (2003), pp. 6 s.

⁵⁰ La traducción es nuestra, Article IV (2), Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, African Commission on Human and Peoples' Rights, 32nd Session, 17-23 October, 2002: Banjul, The Gambia.

i) una solución a mediano plazo, consiste en que cada Estado modifique las leyes de confidencialidad según sea necesario, para cumplir con los principios de la libertad de información⁵¹;

ii) una solución a corto plazo, implica que los Estados otorguen precedencia a la ley que establece el derecho a la información, por sobre las normas de confidencialidad. Cuando sea posible, esto debe lograrse aplicando una interpretación restrictiva de leyes sobre la confidencialidad. Sin embargo, cuando se presente un conflicto más grave que no pueda resolverse de esta manera, la ley sobre el derecho a la información podrá sobreponerse a la ley de la confidencialidad que está en conflicto⁵².

g) *Otros principios orientadores en materia de acceso a la información en poder del Estado.* Otros principios orientadores que deben estar presentes en toda legislación encargada de tratar esta materia, son los referentes a la racionalidad del costo para el acceso a la Información⁵³, al carácter abierto de las sesiones de las entidades públicas y la protección para los individuos que proporcionen información sobre las acciones incorrectas.

3.5. Concepto de derecho de acceso a la información pública

El texto de la LMSAIP, al establecer los alcances del derecho de acceso otorga una serie de garantías a toda persona que solicite información a cualquier autoridad pública. En este marco, son varios los conceptos que desde la órbita de lo jurídico (y más concretamente desde el punto de vista de la LMSAIP en conjunto con lo estipulado dentro del Caso Claude Reyes) debemos identificar a efecto de construir una noción coherente del derecho de acceso a la información en poder del Estado. A continuación, realizaremos este trabajo de identificación.

a) Un primer punto a observar, es que el término acceso implica “buscar” o “recibir” información. Pero “buscar” o “recibir” información no de cualquiera: de

⁵¹ La traducción es nuestra, Article IV (2), Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, African Commission on Human and Peoples' Rights, 32nd Session, 17-23 October, 2002: Banjul, The Gambia.

⁵² Esto no es tan controvertido como podría parecer. Por ejemplo, este enfoque es formulado en la Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004, declaración en la que se estipula “La ley del acceso a la información deberá, en la medida de que haya alguna inconsistencia, prevalecer sobre las demás legislaciones”. Véase MENDEL (2008), p. 42.

⁵³ En esta materia, el “Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio de Aarhus)”, firmado el 25 junio de 1998 y vigente desde el 30 de octubre de 2001, contiene en la parte final de su artículo 4º reglas detalladas sobre las tarifas.

una autoridad pública o de quienes ejercen funciones públicas. Puntualmente, dentro del fallo proferido en el Caso Claude Reyes, la Corte IDH estimó que el artículo 13 de la CADH, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” informaciones, protegía el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la misma Convención. Consecuentemente (dice la Corte IDH), este artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pudiese tener acceso a conocer esa información o recibir una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado limitara el acceso a la misma para el caso concreto⁵⁴.

En este contexto, uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado, dentro del marco del mencionado fallo, consistió en que por primera vez un tribunal internacional reconoció el carácter fundamental del citado derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada, avance que a su vez identifica a la noción de “buscar” como parte de la ciudadanía interesada en la participación en los asuntos públicos (y que se efectiviza, por ejemplo, a través de las leyes nacionales de transparencia en lo público), y a la noción de “recibir” como elemento integrante de la obligación estatal que forma parte de sus deberes como organización representativa.

b) En segundo lugar, en cuanto a su naturaleza como derecho, el acceso a la información es un derecho humano fundamental y una condición esencial para todas las sociedades democráticas. En efecto, el carácter de derecho humano fundamental está ampliamente reconocido en la doctrina y en el marco de diversos instrumentos y organizaciones internacionales, incluyendo el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (cuyos pilares son la Corte IDH y la CIDH)⁵⁵ y el Sistema de la Organización de las Naciones Unidas⁵⁶. Igualmente, la LMSAIP subraya que dentro del fallo originado en el Caso Claude Reyes, se reconoció formalmente el derecho de acceso a la información como parte del derecho fundamental a la libertad de expresión.

⁵⁴ Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 77.

⁵⁵ Reconocimiento derivado, por ejemplo, del Capítulo I Artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, del Artículo 13 numeral 1º de la CADH y de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de 2000.

⁵⁶ Reconocimiento derivado, por ejemplo, del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (que entró en vigencia el año de 1976).

c) En cuanto a la legitimación activa (en referencia a la persona como titular del derecho), la sentencia en el Caso Claude Reyes fortaleció como estándar internacional la premisa de que este derecho correspondía a toda persona. En consecuencia, la información solicitada debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción⁵⁷. Es pertinente agregar que el régimen de acceso a la información pública, reconoce una legitimación activa amplia que admite el ejercicio del derecho por cualquier persona independientemente, por ejemplo, de su condición migratoria, y permite la protección incluso de intereses difusos⁵⁸.

d) En cuanto a la legitimación pasiva (en referencia a los sujetos obligados a suministrar información o responder), para la LMSAIP ésta le corresponde a la "Autoridad Pública", identificando como tal a cualquier autoridad gubernamental y "a las organizaciones privadas comprendidas en el artículo 3 de esta ley". Precisamente, el artículo 3º estipula que la LMSAIP "se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la constitución o por otras leyes, y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente) o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados. Todos estos órganos deberán tener su información disponible de acuerdo con lo previsto en la presente Ley".

e) Finalmente, nos corresponde determinar la noción de "información". Desde una perspectiva estrictamente lingüística, el DRAE afirma que la expresión "información" indica "comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada". Desde el punto de vista de la información que puede ser objeto de acceso (es decir, que debe ser suministrada o respondida en caso de requerimiento) por parte de los sujetos obligados de quienes se predica la legitimación pasiva, el concepto aplicable es más restringido pues no abarca cualquier tipo de "información",

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 77.

⁵⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), p. 33.

incluyendo solo aquel conjunto de datos de naturaleza “pública”. En este orden de ideas, observamos que la “información pública” es toda aquella información que posee un organismo o institución pública, o las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad Estatal o ejercen funciones públicas, sin importar el formato, la fecha en que fue creada, quién la creó o si ha sido clasificada o no⁵⁹.

f) Hasta este punto, hemos identificado diversos conceptos insertos en la noción “derecho de acceso a la información pública”: la noción de “acceso” y su naturaleza de derecho humano fundamental; al titular del derecho y a los sujetos obligados a suministrar información o responder (legitimación activa y legitimación pasiva); y la naturaleza de la información que se puede suministrar. En este orden de ideas, podemos definir el derecho de acceso a la información pública como el derecho humano fundamental que tiene cualquier persona, para buscar o recibir cualquier tipo de dato (con independencia del formato o medio de control y archivo) en poder de una Autoridad Pública, ya sea autoridades gubernamentales u organizaciones privadas (en este último caso, organizaciones que reciban fondos o beneficios públicos sustanciales o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados), acceso restringido solo por las excepciones taxativas que establezca una sociedad democrática.

4. Régimen de acceso a la información pública en el derecho comparado

En los últimos años, se ha producido una verdadera revolución en lo relativo al derecho a la información, figura que suele comprender el derecho de acceder a los datos que están en poder de las entidades públicas⁶⁰. En efecto, mientras que en el año 1990 apenas 13 países habían adoptado leyes nacionales sobre el derecho a la información, hacia el año 2008 unas 70 leyes sobre esta materia habían sido adoptadas a nivel mundial. De hecho, hacia 1990 ninguna organización intergubernamental había reconocido el derecho a la información, pero ya para el 2008 todos los bancos multilaterales de desarrollo y otro tipo de instituciones financieras internacionales, habían adoptado políticas sobre la divulgación de información⁶¹.

⁵⁹ CHILE TRANSPARENTE (2012), p. 14.

⁶⁰ Es tan potente el avance en materia de acceso a la información en los últimos años, que mientras en 1990 el derecho a la información se veía principalmente como reforma de la administración estatal, actualmente la tendencia es al reconocimiento como un derecho humano fundamental.

⁶¹ CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CAINFO (2011), p 10.

En este segmento de la investigación analizaremos el régimen de acceso a la información pública, abarcando temas como el tratamiento al derecho de acceso, las excepciones a este derecho (subrayando lo concerniente a la información de carácter personal) y las instancias a las que puede acudir en caso de negarse el acceso a la información, temas todos ellos que serán abordados a partir de diversos modelos jurídicos, con énfasis desde una perspectiva cronológica (del más antiguo al más reciente) en tres sistemas: en primer lugar, el modelo de los Estados Unidos, teniendo en cuenta que a pesar del ser el cuarto país en consagrar el derecho a la información en el ámbito internacional (los primeros fueron Suecia, Colombia y Finlandia⁶²), su *Freedom of Information Act* del año 1966 (en adelante *FOIA of 1966*) se constituye en punto de referencia de otros modelos legales (por ejemplo, de excolonias británicas como Canadá, Australia y Nueva Zelanda), dando inicio a la tendencia de regulación normativa global en esta materia; en segundo lugar, el caso del Reino Unido, y su *Freedom of Information Act* del año 2000 (en adelante *FOIA of 2000*), estatuto legal que pese a ser aprobado tiempo después a que la mayoría de las democracias europeas y excolonias británicas adoptaran normativas semejantes (noviembre del año 2000)⁶³, posee la particularidad de hacer parte de un sistema en el que se observa un contraste entre la libertad de expresión en la que operan sus medios de comunicación social, y la presencia de un gobierno que tradicionalmente ha sido reservado; y en tercer lugar, tenemos el modelo de México con su Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (en adelante “Ley federal de transparencia”) promulgada en junio del año 2002, referente necesario por su carácter de país latinoamericano, y por representar un sistema en el que se evidencia la intención de potenciar el acceso a la información teniendo en cuenta la presencia conjunta de los siguientes factores: el establecimiento por primera vez en el ámbito regional de un mecanismo independiente de vigilancia a través del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública IFAI (actualmente Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos⁶⁴), el reconocimiento constitucional del

⁶² Suecia adoptó la “Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas” en 1766. Otras pioneros históricos incluyen a los diez países que aprobaron sus leyes antes de los años ochenta del siglo XX: cuatro países nórdicos (la mencionada Suecia, Finlandia, Dinamarca y Noruega), cuatro ex colonias británicas (Canadá, Australia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos) y además Francia y Colombia. Véase ACKERMAN y SANDOVAL (2005), pp. 13 y 34.

⁶³ Sobre el particular y para tener en cuenta, ACKERMAN y SANDOVAL (2005), p. 23, quienes elaboran una cronología de la aprobación de las leyes de acceso a la información a nivel internacional.

⁶⁴ En efecto, la Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares (texto legal publicado en el Diario Oficial el 5 de julio del año 2010), otorgó la administración de la nueva

derecho de acceso y el amplio espectro de “sujetos obligados” cobijados por las normas sobre acceso.

4.1. Aspectos preliminares del régimen de acceso a la información pública dentro del derecho comparado

Aproximarnos al régimen de acceso a la información pública en los términos planteados en esta parte de la investigación, exige repasar preliminarmente algunos aspectos generales de este régimen dentro de los tres modelos centrales sugeridos, partiendo por el caso de los Estados Unidos y su FOIA del año 1966, pasando por el modelo del Reino Unido y su FOIA del año 2000, hasta llegar a México y su “Ley federal de transparencia” del año 2002. A continuación, llevamos a cabo este trabajo.

a) *Aspectos preliminares del régimen de acceso a la información pública en Estados Unidos.* Como ya lo mencionamos, Estados Unidos es uno de los primeros países en consagrar el derecho a la información (el primero fue Suecia), adoptando la legislación para dar vigencia a este derecho en 1966 con la *Freedom of Information Act* de 1966 (*FOIA of 1966*), estatuto legal que se estableció con el propósito fundamental de someter las actividades públicas al escrutinio de los ciudadanos, otorgándole a estos últimos el derecho de acceder a los datos que poseen las entidades estatales⁶⁵. Bajo la anterior filosofía, el Congreso estadounidense buscó “penetrar el velo de la secrecía administrativa y transparentar la actividad de las agencias a la luz del escrutinio público”⁶⁶, manifestando además que una ciudadanía informada era vital para el funcionamiento de una sociedad democrática⁶⁷, en donde el público actúa como un vigilante contra la corrupción gubernamental, al sujetar “a los gobernantes a la inspección de los gobernados”⁶⁸.

La *FOIA of 1966* ha sufrido reformas importantes y sus contenidos se han complementado con otros textos legales, observándose una tendencia a la apertura por parte del gobierno. Entre las enmiendas más recientes que ha tenido la *FOIA of 1966*, tenemos la Ley de gobierno abierto del 2007 (*OPEN Government Act of 2007*). Igualmente, otras normas destacadas dentro de esta

normativa al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos IFAI, hasta ese momento a cargo de la transparencia mexicana. Véase CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2012 b).

⁶⁵ U.S. Dep’t of Justice v. Reporters Comm. for Freedom of Press, 489 U.S. 749, 774 (1989). Audobon Society v. U.S. Forest Servs., 104 F.3d 1201, 1203 (10th Cir. 1997). Véase HOLLRAH (2005), p. 110.

⁶⁶ Department of Air Force v. Rose, 425 U.S. 352, 361 (1976). Véase HOLLRAH (2005), p. 110.

⁶⁷ NLRB v. Robbins Tire & Rubber Co., 437 U.S. 214, 242 (1978). Véase HOLLRAH (2005), p. 110.

⁶⁸ NLRB v. Robbins Tire & Rubber Co., 437 U.S. 214, 242 (1978). Véase HOLLRAH (2005), p. 110.

tendencia son la Ley de privacidad (*Privacy Act of 1974*), que da acceso a la información personal que está en manos de autoridades públicas; la *Government in the Sunshine Act*, normativa que exige divulgar las deliberaciones de ciertas entidades, principalmente las que tienen directorios; y la *Federal Advisory Committee Act*, norma por virtud de la cual los comités que asesoran a las entidades federales deben tener un carácter abierto⁶⁹.

b) *Aspectos preliminares del régimen de acceso a la información pública en el Reino Unido*. Si bien es cierto en el Reino Unido el derecho a la información no tiene expresión constitucional⁷⁰, la doctrina reconoce que la Ley de Derechos Humanos del año 1998 (*Human Rights Act 1998*) tiene una posición especial, e incorpora la garantía de la libertad de expresión que se encuentra en la Convención Europea sobre los Derechos Humanos⁷¹. En este contexto, en el país se puede identificar un contraste entre la libertad de expresión en la que operan sus medios de comunicación social, y la presencia de un gobierno que tradicionalmente ha sido reservado; esta situación, explicaría la tardía aprobación en el Reino Unido de su *Freedom of Information Act* del año 2000 (*FOIA of 2000*), mucho tiempo después que la mayoría de las democracias europeas y ex colonias británicas adoptaran normativas semejantes.

c) *Aspectos preliminares del régimen de acceso a la información pública en México*. La Carta Política mexicana reconoce una garantía constitucional particularmente detallada en materia de derecho a la información⁷², en donde su artículo 6º especifica los principios fundamentales que dan contenido básico al derecho, y desarrolla las bases operativas que deben contener las leyes en la materia para hacer del derecho una realidad viable, efectiva y vigente⁷³.

En sintonía con este reconocimiento constitucional y, en especial, a fin de superar una larga y compleja historia de corrupción en la esfera de lo público⁷⁴, México fue uno de los primeros países de América Latina en aprobar una ley

⁶⁹ La traducción es nuestra. Véase MENDEL (2003), p. 102.

⁷⁰ La traducción es nuestra. Véase MENDEL (2003), p. 126.

⁷¹ Sin embargo, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha rehusado a sentenciar que el derecho de acceder a la información que está en manos de entidades públicas es parte de la garantía general de la libertad de expresión, siendo poco probable (según Toby Mendel) que las Cortes británicas interpreten este derecho más ampliamente. MENDEL (2008), p. 126.

⁷² De hecho, el artículo 6º constitucional al reconocer el derecho de acceso a la información pública, explica esta materia en dos apartados (A y B), el primero de ellos con VIII fracciones y el segundo con VI fracciones, destacándose la amplitud y minuciosidad de la norma al tratar el tema.

⁷³ Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (2007), p. 24.

⁷⁴ Sobre el particular y para tener en cuenta, HOLLRAH (2005), pp. 113-121, quien resume la historia de la corrupción y represión estatal en México, hasta llegar a la promulgación en 2002 de la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.

sobre el derecho a la información, con la emisión en junio del 2002 de la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (o “Ley federal de transparencia”)⁷⁵. Es de anotar que, a pesar de la gravedad de la problemática de la corrupción en este país, en general el fenómeno ha sido especialmente complejo en el contexto de América Latina, por lo que vincular el ejercicio del derecho de acceso se ha constituido como un objetivo necesario en la praxis latinoamericana⁷⁶. En este contexto, y según el *ranking* de los 175 países incluidos en el Índice de Percepción de la Corrupción del año 2014 publicado por *Transparency International*⁷⁷, México ostenta la peor calificación de los 34 países que forman la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Venezuela y Haití están entre los 10 países con sectores públicos más corruptos en todo el mundo, a la par de Yemen, Angola y Guinea-Bissau (aunque superados por Irak, Afganistán y Sudán), y la misma Venezuela (puesto 161), Paraguay (150), Nicaragua (133) y Honduras (126), que aparecen entre las más corruptas de la lista, se caracterizan según el mismo estudio por ser las naciones donde las instituciones son más débiles y hay un dominio del poder político.

Finalmente, Toby Mendel⁷⁸ destaca diversos aspectos de la “Ley federal de transparencia” dentro del reconocimiento al derecho de acceso a la información, ya que incluye fuertes garantías de carácter procedimental, además de plantear un enfoque innovador para asegurar su aplicación a todas las entidades públicas (independientemente de su situación constitucional) y de establecer una prohibición de clasificar (en el sentido de ser sometida a reserva) la información requerida en la investigación de violaciones de los derechos humanos o crímenes contra la humanidad, constituyendo de paso un mecanismo independiente de vigilancia a través del IFAI.

4.2. Tendencias en materia de regulación del derecho de acceso a la información dentro del derecho comparado

Subrayando que la forma en que se regula el derecho de acceso a la información varía, dependiendo del modelo que sea objeto de análisis, podemos identificar una tendencia a privilegiar el acceso por sobre el secreto o la reserva.

⁷⁵ Precisamente, y en lo que respecta al ámbito latinoamericano, tan solo durante el año 2002 fueron aprobadas leyes de acceso a la información en Panamá, México y Perú. Véase ACKERMAN y SANDOVAL (2005), p. 23.

⁷⁶ GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 138 y ss.

⁷⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2014).

⁷⁸ MENDEL (2008), p. 86.

Esta tendencia será más o menos visible, dependiendo del sistema que sea materia de estudio.

Respecto a lo comentado, los modelos jurídicos en los que se evidencia mejor la intención de potenciar el acceso a la información, se caracterizan por haber llegado al reconocimiento constitucional de este derecho (como ocurre con el artículo 6º de la Constitución de México, el artículo 5º numerales XIV y XXXIII de la Constitución Federal Brasileña de 1988, el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia⁷⁹ y el artículo 18 de la Carta de Derechos del Ecuador), por el amplio conjunto de “sujetos obligados” cobijados por las normas sobre acceso y por la creación de organismos especializados e independientes dedicados a tutelar el cumplimiento efectivo del derecho de acceso (como por ejemplo en los casos americanos de México, El Salvador, Guatemala y Chile, o del Reino Unido en el marco europeo), entre otras manifestaciones; hay que anotar que, en casos como el mexicano, concurren todos estos factores. Por otro lado, aquellos sistemas de normas en los que es menos visible esa tendencia a privilegiar el acceso por sobre el secreto o la reserva, se caracterizan por tener un espectro más reducido de “sujetos obligados” por las normas sobre acceso e, incluso, por no contar con organismos especializados en la protección del derecho de acceso a la información, como ocurre con el modelo de Estados Unidos. Finalmente, tenemos aquellos modelos normativos ubicados en una situación intermedia respecto a los dos modelos previamente citados y caracterizados, por ejemplo, por contar con organismos dedicados a proteger el cumplimiento efectivo del derecho de acceso, pero sin llegar a una expresión constitucional de este derecho, como ocurre con el sistema del Reino Unido. En este orden de ideas, repasaremos la regulación del derecho de acceso a la información, tema que continuaremos abordando a partir de tres modelos jurídicos desde una perspectiva cronológica.

a) *Regulación del derecho de acceso a la información en Estados Unidos.* El Subpárrafo (a)(3)(A) de la FOIA of 1966 establece el derecho básico (*basic right*) de cualquier persona a solicitar y recibir información oportunamente de las entidades cubiertas, siempre que la solicitud cumpla ciertas condiciones básicas y con sujeción a las disposiciones de la misma normativa. Si bien es cierto la *FOIA of 1966* no incluye una declaración interna de propósitos ni principios generales de interpretación, la Sección 2 de la Ley sobre la libertad de información electrónica de 1996 (Electronic Freedom of Information Act of 1996) formula varios propósitos incluyendo los de “establecer y permitir la vigencia del derecho de cualquier persona de obtener acceso a los registros de

⁷⁹ Es pertinente aclarar, que el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia se centra en el reconocimiento del derecho de acceso a los “documentos públicos”.

tales dependencias, con sujeción a las exenciones reglamentarias, para cualquier propósito público o privado”, “fomentar la democracia asegurando el acceso público a los registros e información de la agencia” y “maximizar la utilidad de los registros e información de la agencia que sean recopilados, mantenidos, utilizados, retenidos y difundidos por el Gobierno Federal”⁸⁰.

La Ley de gobierno abierto agrega una serie de aportes, incluyendo que la democracia constitucional depende del consentimiento informado de la población gobernada, que la “divulgación, no el secreto, es el objetivo dominante de la Ley” y, significativamente, que el Congreso debería revisar la ley regularmente para determinar si son necesarios más cambios para dar vigencia no a la “necesidad de saber” sino el “fundamental derecho de saber”⁸¹. Esto implica la aceptación de la idea del derecho a la información reconocida bajo el derecho internacional.

En cuanto a las “agencias” (*agency*) o entidades públicas con la obligación de divulgar, y según el Párrafo (f) (1), se incluye a “cualquier departamento ejecutivo, departamento militar, corporación de Gobierno, corporación bajo control del Gobierno, u otro establecimiento en el poder ejecutivo del Gobierno (incluyendo la Oficina Ejecutiva del Presidente), o cualquier agencia reguladora independiente”. De esta forma, la *FOIA of 1966* se enfoca en el poder ejecutivo del gobierno, en todas sus manifestaciones, incluyendo aquellos ámbitos en los que se ejerce el control sobre corporaciones privadas. Sin embargo, no cubre ni el poder legislativo (Congreso) ni a las Cortes. La normativa tampoco cobija a la Oficina Ejecutiva del Presidente (incluyendo, por ejemplo, al Consejo Nacional de Seguridad y al Consejo de la Casa Blanca). Finalmente, la *FOIA of 1966* no cubre a las entidades privadas que reciben financiamiento público de manera sustancial o que realizan funciones públicas. Su alcance es relativamente limitado a comparación de algunas de las leyes más recientes sobre el derecho a la información⁸².

Finalmente, la *FOIA of 1966* no limita la presentación de solicitudes de información con base en la ciudadanía o residencia, situación por la cual personas de origen extranjero frecuentemente aprovechan la normativa⁸³.

b) Regulación del derecho de acceso a la información en el Reino Unido. La primera disposición de la *FOIA of 2000* determina que cualquier persona “que solicite información ante una autoridad pública” tiene derecho de ser

⁸⁰ MENDEL (2008), p. 136.

⁸¹ Ley de Gobierno Abierto, Sección 2.

⁸² MENDEL (2008), p. 136.

⁸³ MENDEL (2008), p. 136.

informada si la entidad posee los datos requeridos o no y, si la tiene, de que la información le sea “comunicada”⁸⁴. El derecho se condiciona a varias otras disposiciones de la normativa en estudio, incluyendo aspectos como el relativo a cualquier solicitud razonable formulada por la entidad para averiguar más datos (con el fin de identificar y localizar la información requerida); el relativo al régimen de excepciones; lo referente al pago de tarifas, e incluso una excepción concerniente a las solicitudes vejatorias o repetidas⁸⁵.

Del título de la *FOIA of 2000*, se deduce su propósito, el cual consistiría en “disponer la divulgación de la información que está en manos de autoridades públicas”.

En cuanto a las nociones contenidas en la *FOIA of 2000*, esta normativa define la información simplemente como “información registrada en cualquier forma”⁸⁶, que esté en las manos de la entidad pública al momento de recibir la solicitud⁸⁷. Este concepto incluye cualquier información que esté en manos del organismo público, independientemente de su forma, situación, fecha de recepción y si fue producida por la entidad o no⁸⁸.

En relación a las autoridades públicas obligadas a informar, la ley establece en su “Anexo 1”⁸⁹ un extenso listado en donde se incluyen todos los departamentos del gobierno, las varias entidades legislativas, las fuerzas armadas y numerosas otras entidades identificadas individualmente; el listado no incluye las fuerzas especiales, que están completamente fuera del ámbito de la ley. Además, las secciones 4 a 6 establecen criterios para identificar otras entidades con carácter público.

Finalmente, al igual que lo establecido en la legislación de los Estados Unidos, el derecho de acceder a información bajo la *FOIA of 2000* no está limitado por nacionalidad ni residencia.

c) *Regulación del derecho de acceso a la información en México*. La “Ley federal de transparencia” dispone que, en general, la información gubernamental puede ser accedida por los “particulares”⁹⁰, y tiene como finalidad la de garantizar el derecho de acceso a la información que está en poder del gobierno, de entidades autónomas constitucionales o de otras entidades jurídicas, o de

⁸⁴ Section 1(1), FOIA of 2000.

⁸⁵ Secciones 1(2) y (3). Véase MENDEL (2008), p. 136, p. 127.

⁸⁶ Section 84, FOIA of 2000.

⁸⁷ Section 1(4), FOIA of 2000.

⁸⁸ MENDEL (2008), p. 127.

⁸⁹ FOIA 2000, Schedule 1.

⁹⁰ Artículo 2º, Ley federal de transparencia.

cualquier otra entidad federal⁹¹. Los objetivos a cumplir por la normativa en estudio son los de asegurar el acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos, promover una administración pública transparente, proteger la información personal, promover la rendición de cuentas públicas, mejorar el tratamiento de los registros y *“contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho”*⁹². Igualmente, la *“Ley federal de transparencia”* estipula que, en su interpretación, debe favorecerse el principio de la máxima publicidad y disponibilidad de la información en posesión de los sujetos obligados (recordando que por virtud del principio de la máxima publicidad o transparencia máxima, el alcance del derecho a la información debe ser tan amplio como la gama de información y entidades respectivas, así como los individuos que puedan reclamar el derecho), disponiendo además expresamente las normas internas, tratados y convenciones que se deben tener en cuenta en su aplicación⁹³. Es evidente como, tomadas en conjunto, las anteriores disposiciones potencian la aplicación de ésta ley, otorgando un instrumento sólido para quienes pretendan ejecutarla.

En relación con algunas nociones contenidas en la normativa en estudio, observamos que esta ley define la información como todo lo contenido en los documentos que las entidades públicas generan, obtienen, adquieren, transforman o preservan. Los documentos, a su vez, se definen como cualquier registro, independiente a su forma, relacionado con el ejercicio de las funciones o actividades de las entidades públicas y los servidores públicos, sin importar su fuente, fecha de creación o forma⁹⁴.

Continuando con la exposición, respecto a la definición de entidades públicas (identificados en la normativa como los *“sujetos obligados”* a entregar la información), la *“Ley federal de transparencia”* incluye en este concepto a todos los poderes y niveles del gobierno (sin embargo, este concepto no incluye necesariamente a las entidades privadas financiadas por el gobierno, o entidades privadas que cumplen funciones públicas). En este contexto, del conjunto *“sujetos obligados”* la normativa distingue un subconjunto denominado

⁹¹ Artículo 1º, Ley federal de transparencia.

⁹² Artículo 4º, Ley federal de transparencia.

⁹³ En efecto, la *“Ley federal de transparencia”* establece en su artículo 6º que el derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución mexicana, la Declaración universal de los derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención americana sobre derechos humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.

⁹⁴ Artículo 3º, Ley federal de transparencia.

“dependencias y entidades”, compuesto básicamente por entidades del poder ejecutivo del gobierno y con obligaciones más exigentes y detalladas que las demás entidades públicas.

Esta aclaración respecto a las dependencias y entidades es de particular interés, ya que el Título Segundo de la ley (de los cuatro que la componen) se aplica únicamente a este subconjunto de los sujetos obligados, subrayando que el citado Título Segundo contiene la mayoría de las disposiciones en materia de procedimientos, así como al sistema de vigilancia (incluyendo el IFAI). Entre tanto, el Título Tercero se aplica a las otras entidades públicas, principalmente las pertenecientes a los poderes legislativo y judicial. Si bien es cierto el Título Tercero es bastante breve (compuesto apenas por dos artículos), procura incorporar muchas de las obligaciones y funciones de vigilancia dispuestas en el Título Segundo, lo que constituye un enfoque innovador al incluir a los tres poderes del Estado bajo la “Ley federal de transparencia”, buscando al mismo tiempo respetar las divisiones constitucionales del poder (esto ha producido una aplicación diferenciada de la ley, ya que el poder ejecutivo se somete a una vigilancia más rigurosa, y por entidades más independientes)⁹⁵. En este orden de ideas, el estudio relativo al caso mexicano lo enfocamos a los deberes de las “dependencias y entidades”.

4.3. Excepciones dentro del régimen de acceso a la información pública

Pese a la tendencia de privilegiar el acceso por sobre el secreto o la reserva dentro del marco regulatorio de este derecho, la posibilidad de conocer o solicitar información de naturaleza pública no posee un carácter absoluto y ha sido objeto de limitaciones dentro de los diversos modelos normativos. A este respecto, podemos encontrarnos con modelos jurídicos que identifican, de una manera más precisa, aquellas materias en las que se puede limitar el conocimiento o la solicitud de información de carácter público (las cuales deben ser interpretadas de manera estricta y fundamentada), estableciendo incluso mecanismos para aclarar cualquier duda en la aplicación de la excepción (como ocurre con las figuras del test de daño y el test de interés público); a nivel global, ejemplos de modelos con estas características son los casos de India, Japón y Tailandia (dentro del espectro asiático), Sudáfrica y los Estados Unidos (recordando que el modelo normativo del país africano se basó en el sistema del país norteamericano)⁹⁶. Por otro lado, existen sistemas normativos que se caracterizan por tener un régimen muy amplio de excepciones, como en

⁹⁵ MENDEL (2008), p. 88.

⁹⁶ MENDEL (2008), pp. 62 y 63, 67, 103 y 116.

los casos de Kirguistán y Bulgaria⁹⁷, aspecto que puede debilitar la efectividad del derecho de acceso. Sin embargo, un factor común identificado en todos estos modelos al regular el tema de las excepciones en materia de acceso a la información, es la protección especial otorgada a la información de naturaleza personal. Teniendo en cuenta el anterior marco teórico, a continuación revisaremos tres legislaciones modélicas dentro del ámbito en estudio.

a) *Excepciones dentro del régimen de acceso a la información pública en Estados Unidos.* La FOIA of 1966 contiene nueve excepciones primarias en su Subsección (b), a más de la excepción general para la información que ya fue publicada en el Registro Federal o que debe ponerse a disposición del público para su inspección. No obstante, dado que el objetivo de la normativa en estudio es promover la transparencia y no el secretismo, las nueve excepciones son limitativas y deben ser interpretadas estrictamente⁹⁸, agregando que la Suprema Corte ha estipulado que dichas excepciones deben tener alcance y aplicación fundamentada⁹⁹. En sintonía con lo comentado, aún en el caso en que un documento se encuentre en una hipótesis de excepción, esto no significa necesariamente que excluye a todo el documento o archivo de su revelación; en otras palabras, si un organismo público determina que solo algunas partes de los documentos requeridos están protegidos por una de las nueve excepciones, debe entregar el documento editado eliminando la información protegida, demostrando además que las porciones no proporcionadas fueron adecuadamente resguardadas¹⁰⁰.

Particularmente, la excepción sexta se aplica a los archivos cuya divulgación “constituiría una invasión claramente injustificada de la privacidad personal” (*personal privacy*), lo que es una forma relativamente fuerte de la prueba de perjuicio (o prueba de daño)¹⁰¹. En la práctica, las Cortes han aplicado una prueba modificada de interés público para determinar si se justifica una invasión de la privacidad. Más adelante, al examinar el tratamiento puntual del acceso a la información pública y la protección de los datos personales en el modelo de Estados Unidos, revisaremos la situación de esta excepción sexta.

b) *Excepciones dentro del régimen de acceso a la información pública en el Reino Unido.* En este país europeo, la FOIA of 2000 tiene un régimen muy amplio de excepciones (referidas en la ley como exenciones o *exemptions*), lo

⁹⁷ MENDEL (2008), p. 158.

⁹⁸ FBI v. Abramson, 456 U.S. 615, 630 (1982), citando a Rose, 425 U.S. at 361. “Las excepciones de la FOIA deben ser interpretadas estrictamente”. Véase HOLLRAH (2005), p. 112.

⁹⁹ John Doe Agency v. John Doe Corp., 493 U.S. 146, 152 (1989). Véase HOLLRAH (2005), pp. 112 y ss.

¹⁰⁰ HOLLRAH (2005), p. 112.

¹⁰¹ MENDEL (2008), p. 140.

que constituye su mayor debilidad subrayando que la mayoría de las excepciones (pero no todas) son razonablemente claras¹⁰².

La normativa en estudio en su Sección 2(2)(b) prevé un test de interés público (*public interest test*), disponiendo que la obligación de divulgar no se aplica cuando “en todas las circunstancias del caso, el interés público en mantener la exención supera el interés público en divulgar la información”. Toby Mendel considera que éste es un test adecuado, al requerir que los motivos de excepción superen a los motivos a favor de la divulgación. Sin embargo, para el citado autor este mecanismo se debilita (entre otras razones) con la presencia en la Sección 2(3) de una larga lista de excepciones que son “absolutas” (ya que el test de interés público no le es aplicable), incluyendo en este listado la mayoría de la información personal según se lee en la Sección 40 del *FOIA of 2000*. En general, la normativa establece tres excepciones especiales y unas 20 específicas (entre la que se incluye la información personal).

c) *Excepciones dentro del régimen de acceso a la información pública en México*. A pesar del interés de la norma por fomentar el libre acceso a la información pública, la “Ley federal de transparencia” establece límites a los datos que se pueden solicitar, prohibiendo el acceso a la información confidencial de los individuos o la relativa a un organismo público¹⁰³. En este contexto, se considera como información confidencial la entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados y los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización (por tanto esta información podrá liberarse únicamente con el consentimiento del individuo que la proporcionó), agregándose que no se considerarán confidenciales los datos que se hallen en los registros públicos o en fuentes de acceso público¹⁰⁴.

En lo relativo a la información personal, lo comentado es complementado por lo que se estipula en el Título Primero Capítulo IV de la ley en estudio, parte dedicada a la protección de los datos personales, es decir, a la tutela de cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable¹⁰⁵. Entre otros aspectos, éste Capítulo contiene los casos en los que se puede divulgar la información personal sin el consentimiento del individuo respectivo, a saber: cuando se pretende intercambiar la información entre entidades públicas de conformidad con el ejercicio apropiado de sus atribuciones, cuando media orden judicial, los necesarios por razones estadísticas

¹⁰² MENDEL (2008), p. 130.

¹⁰³ HOLLRAH (2005), p. 125.

¹⁰⁴ Artículos 18 y 19, Ley federal de transparencia.

¹⁰⁵ Artículo 3 (fracción II), Ley federal de transparencia.

o científicas (previo procedimiento por el cual no puedan asociarse los datos personales con el individuo a quien se refieran) o a terceros cuando se contrate la prestación de un servicio que requiera el tratamiento de datos nominativos¹⁰⁶. Finalmente, la “Ley federal de transparencia” establece como segundo mecanismo de protección de la información en poder de un organismo público (en asocio con los ya comentados datos de carácter confidencial), la denominada información reservada¹⁰⁷.

4.4. Procedimientos de revisión de la decisión recaída en la solicitud de información pública

Respecto a esta materia y dependiendo del modelo jurídico que sea objeto de estudio, podemos identificar tres grandes opciones: a) en primer lugar, en algunos sistemas no se establecen leyes nacionales que regulen el ejercicio de acceso a la información pública en lo que concierne a la negativa indebida, falta de respuesta o restricción ilegal al derecho a la información del solicitante; b) en segundo lugar, otros modelos normativos si poseen leyes nacionales que establecen procedimientos para dar tratamiento al tema en estudio, pero no cuentan con órganos administrativos especiales encargados de conocer las apelación para decidir denuncias por denegación u omisión de acceso; c) finalmente, un tercer grupo de países cuentan con normas nacionales en las que se da tratamiento a la negativa indebida, falta de respuesta o restricción ilegal al derecho a la información del solicitante, constituyendo además organismos especializados encargados de conocer las apelaciones frente a alguna de las anteriores situaciones. A continuación, sistematizamos estas opciones.

a) En cuanto a la primera opción, esta ha sido adoptada por Estados americanos como Argentina, Bolivia y Costa Rica entre otros. Al respecto, pensamos que la falta de una normativa nacional que regule el ejercicio de acceso a la información pública en lo que atañe a la negativa indebida, falta de respuesta o restricción ilegal al derecho a la información del solicitante, es una situación que conspira contra el éxito de esta herramienta. Lo anterior, teniendo en cuenta lo que implica el someter estas materias a las reglas generales de procedimiento administrativo o judicial, observando la poca claridad en cuanto a las normas que regulan el ejercicio del derecho del acceso (como ocurre, por ejemplo, en la Argentina¹⁰⁸), o lo que genera el uso de estos procedimientos en términos

¹⁰⁶ Artículo 22, Ley federal de transparencia.

¹⁰⁷ Artículos 13 a 17, Ley federal de transparencia.

¹⁰⁸ Por ejemplo, en la legislación Argentina el Decreto N° 1.172/03, que regula el ejercicio del derecho del acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, no es claro con

de costos y tiempo para los ciudadanos (como se reconoce, por ejemplo, en Bolivia¹⁰⁹).

b) En relación a la segunda opción, esta se aplica en legislaciones latinoamericanas como las de Ecuador (2004)¹¹⁰, Brasil (2011)¹¹¹ y Colombia (2014)¹¹², y en el ámbito anglosajón en la legislación de Estados Unidos (1966).

Una primera vía para solicitar información dentro del marco de esta opción, es la solicitud directa ante el titular de la institución que posee la información, como ocurre por ejemplo en Ecuador¹¹³, modelo que no cuenta con un mecanismo de apelación u otro recurso dentro de la misma instancia administrativa¹¹⁴. En cambio, otros modelos reconocen la posibilidad de apelación ante la misma entidad que niega u omite el acceso, como ocurre con el artículo 15 de la Ley de acceso a la información Brasileña¹¹⁵ y la *FOIA of 1966* de Estados Unidos (sistema este último que, sin embargo, no prevé ningún nivel independiente administrativo de apelación, lo que puede estimarse como un defecto en la normativa). Dependiendo del sistema analizado, ante la falta de respuesta (como se admite en el modelo de Estados Unidos) o a fin de modificar una decisión administrativa relativa al acceso a la información (como admite el modelo de Brasil) el requirente tiene la opción de recurrir ante los tribunales de justicia.

c) La tercera opción está representada por modelos jurídicos en los que se combina la presencia de normas nacionales y la existencia de organismos especializados encargados (entre otras competencias) de conocer las apelaciones, ante la denegación del acceso a la información. Entre los sistemas normativos en los que se observan estas características, tenemos el caso de México con la “Ley Federal de Transparencia” (2002) y su IFAI, Honduras con la Ley

relación a los mecanismos para el cuestionamiento de las negativas de acceso. En efecto, el artículo 14 de esta normativa establece que ante casos de silencio será posible demandar judicialmente el pronunciamiento de la administración; el artículo 18 nombra a la autoridad de aplicación y el 19 habilita a la Oficina Anticorrupción para recibir denuncias. Véase ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2014), p. 11.

¹⁰⁹ CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CAINFO (2011), p. 98.

¹¹⁰ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual entró en vigencia el 18 de mayo de 2004.

¹¹¹ Ley Nº 12.527 o Ley de Acceso a Información, promulgada el 18 de noviembre de 2011. Véase ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2014), p. 16.

¹¹² Ley Nº 1.712 del 6 de marzo del 2014 o ley “por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones”.

¹¹³ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 19.

¹¹⁴ ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2014), p. 61.

¹¹⁵ ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2014), p. 19.

de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2006)¹¹⁶ y su Instituto de Acceso a la Información Pública creado a partir de esta ley, Chile con la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (2008) y su Consejo para la Transparencia, y El Salvador con la Ley de Acceso a la Información Pública (2010)¹¹⁷ y su Instituto de Acceso a la Información Pública creado directamente por esta ley. Algunos de estos modelos permiten al solicitante apelar ante el propio organismo requerido, posteriormente ante el organismo especializado y finalmente ante los tribunales de justicia, como por ejemplo ocurre en El Salvador (en el ámbito latinoamericano) y en el Reino Unido (en el contexto anglosajón). Otros sistemas permiten la apelación ante el organismo especializado y, agotada esta instancia, ante la autoridad judicial, no existiendo la posibilidad de recurrir ante el organismo originalmente requerido, como por ejemplo ocurre en el modelo mexicano. Finalmente y dentro de esta categoría, un modelo a destacar es el del Reino Unido con la *FOIA of 2000* y su *Information Commissioner*, sistema que dispone de lo que podemos considerar como tres niveles de apelación, primero dentro de la entidad pública que tiene los datos requeridos, segundo ante el Comisionado de información y tercero ante un Tribunal especial de información (o *Data Protection Tribunal*).

5. Régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el derecho comparado

El recorrido propuesto para comprender la relación entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública, implica avanzar más allá de la aproximación a la figura del acceso a la información a nivel universal. Conforme a esta exigencia, debemos asociar esta figura al régimen de tutela de la información personal¹¹⁸. Siguiendo la misma metodología

¹¹⁶ Esta ley entró en vigencia 30 de diciembre del año 2006.

¹¹⁷ Esta ley fue aprobada mediante Decreto Legislativo N° 534 del 2 de diciembre de 2010.

¹¹⁸ Aduciendo razones tanto de vecindad geográfica, como de sintonía social y cultural con Chile, es pertinente anotar que los avances recientes en materia de transparencia y acceso a la información en América Latina, nos han permitido valorar el acceso a la información como herramienta legítima para conocer la actividad pública del Estado, circunstancia que ha estimulado (en mayor o menor grado y dependiendo del ordenamiento jurídico analizado) la búsqueda de un equilibrio entre el ejercicio de esta garantía y otros derechos, entre los que destacamos, precisamente, la protección de los datos personales. A título ilustrativo, en el ámbito latinoamericano las primeras leyes de transparencia que entraron en vigencia fueron las de Panamá (Ley N° 6 de 22 de enero de 2002) y México (Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, norma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002), tendencia normativa seguida por países como Perú (2002), República Dominicana (2004), Ecuador (2004), Honduras (2006), Nicaragua (2007), Chile (2009),

del segmento anterior de la investigación, en esta parte del trabajo revisaremos el régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, enfocándonos en tres temas: las tendencias que se pueden identificar al vincular las figuras del acceso y la protección de la información personal, el tratamiento normativo en materia de régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y algunos ejemplos dentro de la casuística en la relación entre estas dos figuras. Los temas anteriores serán abordados a partir de diversos sistemas normativos.

5.1. Tendencias en materia de régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública

Un aspecto que confirma el grado de dificultad al momento de establecer qué derecho debe aplicarse, ya sea el acceso a la información pública o la tutela de la información personal, son las tendencias observadas al momento de asociar estas figuras dentro de los diversos modelos normativos. A este respecto, podemos identificar dos tendencias: *a)* en primer lugar, tenemos algunos sistemas jurídicos en donde se observa alguna inclinación por privilegiar la protección de la información de naturaleza personal por sobre el acceso; *b)* en un segundo grupo de países se pretende la no preponderancia de un derecho sobre otro, países en los cuales los mecanismos de respuesta ante el conflicto de estos derechos varía según el modelo normativo analizado. A fin de esbozar una idea de las diferencias entre cada una de estas tendencias, a continuación procedemos a sistematizarlas.

a) En el primer caso, las razones por las cuales en algunos modelos normativos se observa cierta inclinación por privilegiar la protección de la información personal por sobre el acceso, se agrupan en diferentes circunstancias. A este respecto, encontramos en primer lugar aquellos países en donde las normas sobre protección de datos personales tienen un carácter nacional, en tanto que las normas sobre acceso a la información tienen un rango jerárquicamente menor, como ocurre, por ejemplo, en Argentina¹¹⁹. En segundo lugar, tenemos aquellos casos en los que, a pesar de la existencia de normas que pretenden una relación de complementariedad entre el derecho de acceso y la protección de la información nominativa, en la praxis esto no se concreta por razones

Guatemala (2009), Uruguay (2009) y El Salvador (2012), entre otros casos. Véase: CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CAINFO (2011), p. 10.

¹¹⁹ En Argentina, la Ley de Protección de Datos Personales o Ley N° 25.326 del año 2000, tiene más jerarquía que el Decreto N° 1.172/03, decreto este último que sólo trata sobre el acceso en el ámbito del poder ejecutivo.

ajenas a lo estrictamente jurídico, como ocurre en Nicaragua¹²⁰. Finalmente, tenemos aquellos modelos que, sin abandonar la pretensión de garantizar a los ciudadanos el acceso a la información de carácter público, el establecimiento de excepciones a efecto de resguardar los datos personales está reforzado con el trabajo de las Cortes de justicia u organismos especializados (lo que ha permitido ampliar la tutela de la información personal), como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos¹²¹.

b) En el segundo caso, tenemos los modelos normativos en los que se pretende la no preponderancia de un derecho respecto al otro, modelos en los cuales los mecanismos de respuesta ante el conflicto de estos derechos varía según el sistema analizado. A este respecto, en primer lugar, tenemos los sistemas normativos que no cuentan con organismos especializados en el tratamiento de este tipo de conflictos, entregando esta competencia directamente a los Tribunales o Cortes de justicia, lo que ocurre en legislaciones americanas como las de Bolivia (a través de los procedimientos ordinarios y constitucionales formulados ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional Plurinacional¹²²), Costa Rica (por medio del control de constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional y también el de legalidad que se tramita ante los juzgados contencioso administrativos¹²³) y Paraguay¹²⁴, entre otros.

En segundo lugar, dentro del grupo de países que cuentan con entidades especializadas en el tratamiento de los conflictos entre el acceso y la tutela de la información personal, en el ámbito anglosajón tenemos el caso del Reino Unido y su *Information Commissioner*, y en el contexto americano tenemos los casos de México y el IFAI, Honduras y el Instituto de Acceso a la Información Pública, Chile y su Consejo para la Transparencia, y El Salvador y su Instituto

¹²⁰ En efecto, sobre este sistema jurídico en particular, representantes de la Fundación Violeta Barrios de Chamorro (FBVCH) afirman que si bien es cierto tanto el acceso a la información como la tutela de los personales son figuras reconocidas en la ley, el sistema judicial nicaragüense está politizado y ninguna de esas prerrogativas se cumple actualmente debido a que predomina la tendencia política del funcionario ante los derechos del ciudadano. Véase: ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), pp. 79 s.

¹²¹ En el caso de los Estados Unidos, si bien es cierto la *FOIA of 1966* garantiza a los ciudadanos el acceso a la información de carácter público, esta normativa también establece excepciones a efecto de resguardar los datos de naturaleza personal almacenados por los organismos públicos. De todas formas, a pesar de que estas excepciones se caracterizan por el carácter ambiguo en su redacción legislativa, las Cortes federales estadounidenses han logrado ampliar la protección de la información personal a través de una interpretación extensa, como lo veremos a continuación al estudiar la situación de la denominada excepción sexta.

¹²² ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), p. 18.

¹²³ ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), p. 59.

¹²⁴ ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), p. 84.

de Acceso a la Información Pública. Sin embargo, es necesario aclarar que mientras en algunos de estos organismos las competencias relativas a la protección de la información personal tienen un carácter limitado (como ocurre, por ejemplo, en Chile y El Salvador), en otros sistemas se ha otorgado claramente la doble función de promover el acceso público a la información oficial y proteger la información personal a una institución independiente, como ocurre con el *Information Commissioner* del Reino Unido y el IFAI de México¹²⁵. Extendámonos, a continuación, en los dos últimos casos:

i) En el ordenamiento jurídico del Reino Unido, actualmente (y como ya lo señalamos) es la *FOIA of 2000* la normativa encargada de regular el derecho de acceso a la información contenida en organismos públicos. En esta Ley, el antiguo Comisionado para la Protección de Datos¹²⁶ se transformó en el Comisionado de Información, autoridad que cumple la doble función de promover el acceso público a la información oficial y proteger la información personal, apoyado en cuatro normas legales: la Ley de protección de datos de 1998 y la *FOIA of 2000*, en asocio con las Regulaciones de privacidad y comunicaciones electrónicas de 2003 y las Regulaciones para la información medioambiental de 2004¹²⁷. En cuanto a su jurisdicción, es pertinente anotar que la oficina del Comisionado de Información tiene atribuciones para la protección de datos en todo el Reino Unido, mientras que sus acciones para garantizar la libertad de información sólo tienen efecto para Inglaterra, Irlanda del Norte y Gales¹²⁸.

ii) Actualmente en México son dos las normativas encargadas de regular el acceso a la información pública y la tutela de los datos personales. La primera esfera (derecho de acceso) está sujeta a lo estipulado en la “Ley federal de transparencia” (aprobada en el año 2002), ley federal que subsiste con otros 32 textos legales por cada entidad federativa¹²⁹. La segunda esfera (protección de los datos personales), se encuentra regulada por la Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares (aprobada en el año 2010), subrayando que el ámbito de aplicación del citado texto legal no cubre

¹²⁵ Recordemos que la Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares (texto legal publicado en el Diario Oficial el 5 de julio del año 2010), otorgó la administración de la nueva normativa al Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos IFAI, hasta ese momento a cargo de la transparencia mexicana.

¹²⁶ O *data protection commission*, entidad creada en el año de 1998, al tenor de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos.

¹²⁷ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2012 a).

¹²⁸ CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS, DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2010), p. 22.

¹²⁹ ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), p. 73.

los datos nominativos en posesión de dependencias del gobierno federal¹³⁰. En este contexto, en el caso de la información personal en poder de dependencias del gobierno federal y al igual que para el acceso a la información, el órgano garante y responsable de la interpretación es el IFAI, y la ley aplicable, para ambos casos, es la “Ley federal de transparencia”.

5.2. Tratamiento normativo en materia de régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública

Conforme a lo visto hasta ahora en los sistemas jurídicos analizados, no encontramos modelos normativos en donde se evidencie una tendencia absoluta por favorecer el acceso a la información pública por sobre la protección de la información personal, o viceversa, ya que siempre hallaremos matices en esta materia. Como ya lo comentamos, estos matices se manifiestan en dos tendencias: por una lado, en la presencia de sistemas normativos en donde se observa alguna inclinación por privilegiar la protección de la información de naturaleza personal por sobre el acceso y, por otro lado, en la presencia de modelos jurídicos que pretenden la no preponderancia de un derecho respecto del otro. Sin embargo, en uno u otro caso, se reconoce la necesidad de tutelar aquella información concerniente a una persona identificada o identificable, protección cuyo tratamiento tendrá un carácter más o menos especializado según el sistema objeto de estudio, identificándose a este respecto tres alternativas: *a)* en primer término, tenemos aquellos países en los cuales, además de las leyes nacionales referidas al acceso a la información, existen normas (incluso de rango constitucional) con alcance nacional encargadas del tratamiento de la información nominativa; *b)* en segundo lugar, tenemos aquellos sistemas que cuentan con leyes nacionales referidas al acceso, pero no con normas relativas a la tutela de la información personal con alcance nacional; *c)* finalmente, tenemos los modelos que carecen de leyes nacionales referidas al acceso a la información, pero cuentan con normas en las que se da tratamiento a la tutela de la información nominativa. A continuación, y fin de distinguir los modelos jurídicos en uno u otro caso, revisaremos las opciones mencionadas.

a) Con relación a la primera opción, esta incluye la presencia de sistemas en los cuales se observa una mayor especialización en la protección de la información personal, teniendo en cuenta la existencia de normas legales (con alcance nacional) encargadas de regular esta materia. En este sentido, el derecho

¹³⁰ En este contexto, el IFAI también es el órgano regulador de la Ley federal de protección de datos personales en posesión de particulares. A este respecto, al no existir un derecho de acceso a documentos públicos en poder de particulares (o alguna otra consideración similar) no es fácil identificar casos en los que exista colisión entre el derecho de acceso y la protección de los datos nominativos.

anglosajón nos ofrece los casos de Estados Unidos con la *FOIA of 1966* en materia de acceso, y la *Privacy Act of 1974* en lo referente a la información personal, y el Reino Unido con la *FOIA of 2000* en materia de acceso, y la *Data Protection Act of 1998* en lo referente a la información personal; debemos subrayar, que en el caso de Estados Unidos se evidencia la intención por otorgar una mejor protección a la información personal, teniendo en cuenta que las excepciones formuladas a efecto de resguardar los datos personales contenidas en la *FOIA of 1966*, es un aspecto reforzado con el trabajo de las Cortes de justicia (lo que ha permitido ampliar la tutela de la información nominativa), conforme lo veremos más adelante. Dentro del ámbito de la Europa Continental, tenemos el caso de España con su “Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno” en materia de acceso¹³¹, y la LOPD en lo concerniente a la información personal. En el contexto latinoamericano, tenemos por ejemplo el caso de Chile con su Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado del 2008 (o Ley de transparencia chilena), y la “Ley sobre protección de la vida privada” y “Protección de datos de carácter personal” de 1999 o Ley N° 19.628 (en adelante Ley N° 19.628). A título de ejemplo, a continuación nos extendemos en el caso de los Estados Unidos.

i) Estados Unidos y el tratamiento de la excepción sexta de la *FOIA of 1966*: observamos que dentro del marco normativo que regula lo relativo al acceso (y sin abandonar la pretensión de garantizar a los ciudadanos el acceso a la información de carácter público), las excepciones establecidas a efecto de resguardar los datos personales están reforzadas con el trabajo de las Cortes de justicia, situación que ha permitido ampliar la tutela de la información personal. En este sentido, es la excepción sexta de la *FOIA of 1966* (como una de las nueve hipótesis por las cuales un organismo público puede rechazar solicitudes de acceso a la información), la encargada de proteger puntualmente (según Rachel Hollrah¹³²) “archivos personales y archivos médicos, y archivos similares cuya apertura pudiera constituir una clara invasión a la privacidad personal”¹³³, resguardando de paso a los ciudadanos “del daño y la vergüenza

¹³¹ Hay que anotar que mientras en materia de información personal, España contaba con una ley de protección en este tema desde la década de los noventa (llegando incluso a ser modelo normativo referente para varios Estados latinoamericanos), en lo relativo al acceso el país ibérico no contaba con una normativa sobre este asunto, hasta la promulgación de esta “Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”.

¹³² HOLLRAH (2005), p. 127.

¹³³ El texto original en la *FOIA of 1966*, habla de “*personnel and medical files and similar files the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy*”.

que pudieran resultar de la exposición innecesaria de información personal”¹³⁴. Para efectos de nuestro estudio, esta excepción es de especial interés ya que salvaguarda los datos personales que posee una entidad de naturaleza pública sobre los individuos, anotando que la jurisprudencia de las Cortes federales ha interpretado la excepción de forma extensa con el objeto de proteger numerosos derechos individuales, subrayando que la Corte Suprema ha establecido que la excepción sexta se aplica de manera extensiva a los “archivos gubernamentales que el gobierno posee sobre los individuos que podrían proporcionar indicios que los identificarían”¹³⁵.

En lo que respecta a la definición de lo que constituye una “clara invasión de la privacidad personal”, la Corte Suprema ha estimado que esta noción significa “el control del individuo sobre la información concerniente a su persona”, noción que incluiría tanto datos triviales (*verbi gratia* fechas y lugares de nacimiento y matrimonio), como aquella información íntima y potencialmente incómoda¹³⁶. En sintonía con lo expuesto, la Corte de Circuito de Apelaciones del Distrito de Columbia, interpretó el vocablo “claramente” como una útil adición por parte del Congreso (al crear la ley), que instruye a las Cortes a inclinar la balanza a favor de la apertura en vez de la privacidad¹³⁷. En este orden de ideas, los anteriores parámetros son los utilizados por las Cortes federales al momento de interpretar la *FOIA of 1966*. Concentrémonos en el tratamiento otorgado por las Cortes federales a cada una de las expresiones de la excepción sexta.

ii) Excepción sexta y tratamiento de los “archivos médicos” por parte de las Cortes federales: frente a la ausencia de una definición en la *FOIA of 1966* del concepto “archivo médico”, las Cortes federales lo han identificado como aquella información relacionada con la historia médica de un individuo o con su estado de salud actual¹³⁸. Bajo esta definición, en general en sus decisiones las Cortes han estimado que el interés del ciudadano en la privacidad de los archivos médicos, está por encima del interés público sobre su publicidad¹³⁹.

iii) Excepción sexta y tratamiento de la información privada del personal por parte de las Cortes federales: respecto a este tipo de datos, la tendencia por parte

¹³⁴ U.S. Dep’t of State v. Washington Post Co., 456 U.S., 595, 599 (1982). Véase HOLLRAH (2005), p. 128.

¹³⁵ U.S. Dep’t of State v. Washington Post Co., 456 U.S., 595, 599 (1982). Véase HOLLRAH (2005), p. 128.

¹³⁶ U.S. Dep’t of State v. Washington Post Co., 456 U.S., 595, 599 (1982). Véase HOLLRAH (2005), p. 129.

¹³⁷ Getman v. N.L.R.B., 450 F. 2d 670, 674 (D.C. Cir. 1974). Véase HOLLRAH (2005), p. 129.

¹³⁸ U.S. v. Westinghouse Electric Corp., 638 F. 2d 570, 577 n.5 (3d. Cir. 1980). Véase HOLLRAH (2005), p. 131.

¹³⁹ Como ejemplo, tenemos los casos *Marzen v. Department of Health and Human Services (DHHS)*, 825 F. 2d. 1148 (7th Cir. 1987) y *Bowen v. U.S. Food and Drug Administration (FDA)*, 925 F. 2d 1225 (9th Cir. 1991). Véase HOLLRAH (2005), pp. 132 s.

de las Cortes federales es al resguardo de la información privada del personal gubernamental, con base en la excepción sexta. Entre la información privada que puede estar contenida en los archivos personales, se incluyen datos como el lugar de nacimiento de un individuo, el nombre de sus padres, expedientes escolares, lugares de residencia, resultados de exámenes y evaluaciones de desempeño laboral; incluso la divulgación de los procedimientos disciplinarios de un empleado y la privacidad de las terceras personas identificadas en los documentos, pueden llegar a estar protegidos bajo la excepción en estudio¹⁴⁰. Sin embargo, pese a la tendencia de las Cortes por proteger la información privada del personal gubernamental, se han presentado casos en los que se admite la apertura al determinarse la prevalencia del interés público por sobre el interés privado del empleado público, por ejemplo en aquellas situaciones en las que se pretende combatir la corrupción estatal¹⁴¹.

iv) Excepción sexta y tratamiento de las Cortes federales respecto a los “archivos análogos”: la excepción sexta procura la protección de los archivos médicos, la información privada del personal y (dice la norma) los “archivos similares”¹⁴² cuya apertura pudiera constituir una clara invasión a la privacidad personal. En este sentido, la protección de estos “archivos similares” es la parte más ambigua de la mencionada excepción. Actualmente, en el espectro jurídico de los Estados Unidos, no podemos hablar de una definición concreta y definitiva de estos “archivos similares” o “análogos”. Sin embargo, dentro del intento por construir esa definición, la Corte Suprema ha efectuado una serie de aclaraciones sobre este tema: en primer lugar, para que los archivos análogos puedan ser calificados dentro de la excepción sexta, deben cumplir con los requisitos adicionales que ella misma establece (por ejemplo, deben contener información cuya apertura constituiría una clara invasión de la privacidad personal); en segundo lugar, cuando un archivo no sea médico ni personal, la prueba definitiva para determinar si se aplica la excepción sexta será si los registros en cuestión son análogos, premisa según la cual es el juicio de la Corte el que determina si la divulgación causaría una “clara invasión a la privacidad”; en tercer lugar, el común denominador entre archivos médicos, personales y análogos, es la “cualidad personal de la información en el archivo, cuya apertura constituiría una clara invasión de la privacidad personal” y finalmente, dentro de las señaladas aclaraciones, en la jurisprudencia (reconociendo que la expresión “archivo

¹⁴⁰ Estas dos últimas hipótesis (divulgación de los procedimientos disciplinarios de un empleado y la privacidad de las terceras personas identificadas en los documentos), fueron tratadas dentro del caso *Office of the Capital Collateral Counsel v. Dep’t of Justice*. Véase HOLLRAH (2005), pp. 133-135.

¹⁴¹ Como ejemplo, tenemos el caso *Dobronski v. FCC*. Véase HOLLRAH (2005), p. 135.

¹⁴² El texto original en la *FOIA of 1966*, habla puntualmente de “*similar files*”.

similar” pretende proteger a los individuos de un amplio rango de revelación de información pública) se ha sostenido que los reportes que contienen cualquiera de los siguientes datos, están resguardados bajo la excepción sexta: el estado civil, la legitimación de los menores, los pagos al seguro social, el consumo de alcohol, los derechos familiares o la reputación¹⁴³.

Ahora bien, dada la ausencia de una definición precisa y a pesar de las aclaraciones previamente anotadas, el alcance y significación de la expresión “archivo análogo” le ha correspondido a las Cortes federales, instancias que la interpretan dependiendo de cada caso. En este sentido y a pesar de componer una categoría muy amplia, la protección más importante de los archivos análogos constituye la prevención de la entrega de datos a personas que persiguen intereses comerciales. A este respecto, los factores que han sido objeto de análisis por parte de las Cortes federales (dentro de esa tendencia de protección de la información de los individuos, frente a requerimientos con propósitos comerciales) son los siguientes: el interés del solicitante en la apertura, el interés público en dicha apertura, el grado de invasión a la privacidad personal y la existencia y disponibilidad de métodos alternos para obtener la información requerida¹⁴⁴.

v) Excepción sexta y evaluación de su grado de protección respecto a los datos personales: para la doctrina y con base en los criterios expuestos, el gobierno federal de los Estados Unidos ha sido capaz de proteger de manera adecuada la información personal de los individuos a través de la excepción sexta. Los argumentos que fundamentan esta conclusión, son los siguientes¹⁴⁵: en primer lugar, frente a la falta de precisión por parte del Congreso en la redacción normativa de las expresiones “archivos médicos, personales u otros similares (o análogos)”, la Corte Suprema y otras Cortes estatales han subsanado los vacíos dejados por la *FOIA of 1966* al interpretar estas expresiones de manera amplia, en aras de la protección de los datos personales en poder del Estado; en consecuencia, sin esta interpretación extensiva respecto de los alcances de la protección de la excepción sexta, es probable que el Congreso hubiese proporcionado indebidamente información de carácter personal. En segundo lugar, con base en lo estimado por las Cortes, la *FOIA of 1966* no debe ser utilizada como un método para adquirir información personal o privada de los individuos: por el contrario, el Estado debe proteger los detalles íntimos sobre las vidas de los individuos.

¹⁴³ La primera aclaración está contenida en el caso *Robles v. EPA* (1973), la segunda en el caso *City of Chicago v. U.S. Dep’t of Treasury* (2002), la tercera en el caso *Wine Hobby USA v. U.S. IRS* (1974) y la cuarta en el caso *Rural Housing Alliance v. U.S. Dep’t of Agriculture* (1974). Véase HOLLRAH (2005), p. 136.

¹⁴⁴ Sobre este particular, tenemos el caso *Multnomah County v. Scott*. Véase HOLLRAH (2005), pp. 137 y ss.

¹⁴⁵ HOLLRAH (2005), pp. 139 y ss.

b) En relación a la segunda alternativa, esta incluye los sistemas que cuentan con leyes nacionales referidas al acceso, pero no con normas con alcance nacional relativas a la tutela de la información personal. A título de ejemplo, en el ámbito latinoamericano entre los países que comparten este modelo normativo, podemos incluir a El Salvador con su Ley de Acceso a la Información Pública del año 2011¹⁴⁶, Ecuador con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹⁴⁷ y México con su “Ley Federal de Transparencia”, reiterando que si bien es cierto en el caso mexicano los datos nominativos se encuentran regulados por la Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares (aprobada en el año 2010), esta normativa no cobija la información personal en posesión de dependencias del gobierno federal.

c) Finalmente, tenemos los modelos que no tienen leyes nacionales referidas al acceso, pero cuentan con normas de alcance nacional en las que se da tratamiento a la tutela de la información nominativa. Dentro del espectro de América Latina, entre los casos en los que se presenta este modelo normativo se incluye a la Argentina y su Ley de Protección de Datos Personales del año 2000¹⁴⁸, y Costa Rica y su Ley para la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales o Ley N° 8.968 del 2011¹⁴⁹.

5.3. Casuística en materia de régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública

Un aspecto complementario en el estudio de la asociación entre el régimen de tutela de la información personal y el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, exige examinar diferentes ejemplos prácticos dentro del marco de esta relación (la cual puede ser conflictiva o no). En cuanto a la metodología, el estudio propuesto lo desarrollaremos aplicando los parámetros utilizados en el punto inmediatamente anterior¹⁵⁰, a partir de tres conjuntos de modelos jurídicos: a) en primer lugar, de los sistemas normativos en los cuales, además de las leyes nacionales referidas al acceso a la información, existen normas con alcance nacional encargadas del tratamiento de la información nominativa; b) en segundo lugar, de aquellos sistemas que cuentan con leyes nacionales referidas al acceso, pero no con normas relativas a la tutela de la

¹⁴⁶ Publicada en el Diario Oficial tomo N° 391 número 70, 8 de abril de 2011.

¹⁴⁷ Publicada en el Registro Oficial Suplemento 337 del 18 de mayo de 2004.

¹⁴⁸ Alianza Regional por la Libre Expresión e Información (2011), p. 12.

¹⁴⁹ Publicada en *La Gaceta* N° 170 de 5 de setiembre de 2011.

¹⁵⁰ Es decir, el concerniente al tratamiento normativo en materia de régimen de tutela de los datos personales asociado al ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

información personal con alcance nacional; c) finalmente, de los modelos que carecen de leyes nacionales referidas al acceso a la información, pero que cuentan con normas en las que se da tratamiento a la tutela de la información nominativa. El examen de esta casuística, nos permite confirmar que entre los modelos normativos estudiados no se evidencia una tendencia absoluta por favorecer el acceso a la información pública por sobre la protección de la información personal, o viceversa, hallando siempre matices en esta materia.

a) Respecto al primer conjunto de sistemas jurídicos y dentro del espectro latinoamericano, un ejemplo a tener en cuenta es el tratamiento que la jurisprudencia chilena otorga a esta materia, puntualmente la originada en el Consejo para la Transparencia chileno, tema que ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina¹⁵¹.

En lo que respecta al derecho anglosajón, ya hemos dado una mirada al tratamiento que dentro del modelo de los Estados Unidos, las Cortes de justicia otorgan a la excepción sexta del *FOIA of 1966*, norma encargada de resguardar los datos personales dentro del marco de esta ley.

Continuando con el ámbito anglosajón, en el Reino Unido y según el U.K. Ministry of Justice, la exención de la privacidad (*privacy exemption*) es frecuentemente invocada por los organismos públicos, destacándose que muchas situaciones tratadas por el Comisionado de Información, el Tribunal de Información y las Cortes se han centrado en este tema, circunstancia que ha exigido la búsqueda de un equilibrio por parte de estos organismos. A este respecto, veamos algunos ejemplos¹⁵²:

i) Un caso significativo se produjo en el año 2008, el cual afectó a los miembros del Parlamento. En resumen, un grupo de periodistas había solicitado los registros detallados de los gastos de estos, gastos que estaban relacionados con su cargo oficial, gastos de viaje y subsidios recibidos por concepto de vivienda. Una vez concluido un largo recorrido de decisiones adoptadas por el Comisionado de Información, el Tribunal de Información, el Tribunal Superior (*High Court*) y la Corte de Apelaciones (*Court of Appeals*), buena parte de la información fue divulgada, teniendo en cuenta su interés público. Parte de esta información se retuvo por razones de privacidad, pero más tarde se filtró. En últimas, se revelaron algunas prácticas corruptas y poco éticas de los miembros del Parlamento¹⁵³.

¹⁵¹ SANZ (2013).

¹⁵² BANISAR (2011), pp. 31 y ss.

¹⁵³ *Corporate Officer of the House of Commons v. Information Commissioner and others* (2008). Véase BANISAR (2011), p. 32.

ii) En otro caso, en el año 2008 la Cámara de los Lores (*House of Lords*) dictaminó sobre la liberación de las estadísticas de salud anónimas¹⁵⁴.

iii) Por otra parte, el Tribunal de Información se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la identidad de los funcionarios de alto nivel, determinando que no tienen una razonable expectativa de anonimato en cualquier documento (incluso los sensibles); paralelamente, el Tribunal de Información ha estimado que los funcionarios subalternos sí pueden tener esta expectativa de anonimato, dependiendo de la naturaleza pública de sus puestos de trabajo (entre otros factores)¹⁵⁵. Son relevantes las consecuencias de estas decisiones del Tribunal de Información, teniendo en cuenta que uno de los atractivos que implica cumplir el cargo de alto funcionario que carece de responsabilidad política (responsabilidad que sí tiene un *member of parliament*), es el de no estar expuesto a la mirada pública.

b) En cuanto al segundo conjunto de modelos normativos, en el plano casuístico y respecto a las resoluciones emitidas por el IFAI de México, este organismo ha reconocido la posibilidad de publicación de datos personales de los servidores públicos como, por ejemplo, en el caso del requerimiento de información relativa a la Cédula profesional de los mandos altos y medios de la Secretaría de Seguridad Pública y la Policía Federal, con relación al cargo desempeñado¹⁵⁶, situación que afecta el anonimato asociado a una figura que no suele ser materia de acceso, como lo es la seguridad pública.

Siguiendo con el caso mexicano, respecto a los datos nominativos de ciudadanos particulares en poder de organismo federales, el IFAI ha admitido la posibilidad de acceso a los nombres de beneficiarios de programas sociales y el acceso a los padrones que contienen dicha información como, por ejemplo, en el caso del requerimiento de los nombres de beneficiarios de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud (órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud mexicana), caso cuyo eje central versó en la discusión sobre el equilibrio entre acceso a la información y protección de datos personales¹⁵⁷.

c) En relación al tercer conjunto de sistemas normativos, pese a la ausencia de normativas de alcance nacional en materia de acceso a la información pública, la

¹⁵⁴ *Common Services Agency v. Scottish Information Commissioner* (2008). Véase Banisar(2011), p. 32.

¹⁵⁵ *Alasdair Roberts v. Information Commissioner and Department for Business, Innovation and Skills* (2009); *Robin Makin v. Information Commissioner and Ministry of Justice* (2008); *Creekside Forum v. Information Commissioner and Department for Culture, Media, and Sport* (2008). Véase BANISAR (2011), p. 32.

¹⁵⁶ Alianza Regional por la Libre Expresión e Información (2011), p. 77.

¹⁵⁷ Diario *La Jornada*, México, *Ordena IFAI difundir padrón de afiliados al Seguro Popular*, 16 de julio del 2009.

jurisprudencia ha reconocido la posibilidad del acceso a la información personal incluso de carácter sensible. Por ejemplo, en el caso argentino, pese a que en el ámbito de las autoridades administrativas los conflictos interpretativos entre la protección de los datos personales y el acceso a la información se suelen resolver (en la mayoría de los casos) a favor de la primera¹⁵⁸, la jurisprudencia de este país ha admitido la entrega de información nominativa a terceros como, por ejemplo, la información relativa a beneficiarios de planes sociales¹⁵⁹.

En otro ejemplo, la jurisprudencia de Costa Rica (puntualmente, las decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹⁶⁰) reconoce la facultad de la persona para acceder a información incluso de carácter de sensible, siempre y cuando el requirente tenga la calidad de titular de la información pedida¹⁶¹.

6. Conclusiones

VI.1. Subrayando que el acceso a la información pública se materializa en el “mostrar” sin que medie requerimiento de información (como ocurre con la transparencia activa) o en un “permitir ver” (facultad que se identifica como el “derecho” de acceso a la información pública), y que la transparencia está dirigida a permitir que cualquier persona conozca por qué, cómo actúa y qué decisiones adoptan los organismos de carácter público, notamos que el acceso a la información pública es una herramienta o instrumento central en pro del logro de la transparencia en lo público. El vínculo entre la transparencia y el acceso adquiere especial relevancia, en razón al carácter de derecho humano fundamental otorgado por el derecho internacional (especialmente dentro del ámbito de nuestro hemisferio) al acceso a la información pública, garantía contenida dentro del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; en este sentido, ese reconocimiento como derecho humano fundamental atribuido al acceso exige darle vigencia en el contexto de las normativas nacionales mediante una legislación integral con base, precisamente, en el

¹⁵⁸ Esta conclusión, es expuesta por la organización Argentina Asociación por los Derechos Civiles, al evaluar un conjunto de dictámenes originados en pedidos de acceso a la información pública, dictámenes emitidos por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales entre los años 2008 a 2010. ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), p. 13.

¹⁵⁹ Considerando séptimo, Expediente Número 19.373/2008, 8 de abril del 2010, Sala Contencioso Administrativo Federal II, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

¹⁶⁰ En Costa Rica, el ejercicio del derecho de acceso y la tutela de los datos personales, se controla por medio del control de constitucionalidad que ejerce la Sala Constitucional y también el de legalidad que se tramita ante los juzgados contencioso administrativos. Véase ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), p. 59.

¹⁶¹ ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011), pp. 62 s.

principio de clave de la transparencia máxima y de otros principios orientadores, estableciendo la suposición de que toda información está accesible con sujeción apenas a un sistema escueto de excepciones. Finalmente, pese a la dificultad para establecer con certeza absoluta cual es la extensión de las excepciones en materia de acceso, es posible aproximarnos a este tema aplicando tres requisitos en el campo de las limitaciones a dicho acceso: las excepciones deben ser concordantes con las normas insertas en leyes internacionales sobre la restricción de la libertad de expresión, las limitaciones deben establecerse con precisión en la normativa de cada Estado (destacando que cada excepción tutela un interés específico) y las excepciones deben ser aplicables únicamente cuando haya riesgo de un perjuicio substancial para el interés protegido, perjuicio que debe ser mayor al interés público de poder acceder a la información.

VI.2. Definimos el derecho de acceso a la información pública como el derecho humano fundamental que tiene cualquier persona, para buscar o recibir cualquier tipo de dato (con independencia del formato o medio de control y archivo) en poder de cualquier autoridad pública, de cualquier órgano, organismo o entidad independiente o autónomo de propiedad del Gobierno o controlado por el mismo, y de cualquier organización privada (siempre y cuando, en este último caso, que la organización reciba fondos o beneficios públicos sustanciales o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados), acceso restringido solo por las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática.

VI.3. Al enfocarnos en el tratamiento del acceso a la información pública dentro de diversos modelos jurídicos en el ámbito global, comprobamos una tendencia hacia su reconocimiento normativo; esta tendencia será más o menos visible según el modelo analizado, teniendo en cuenta que la posibilidad de conocer o solicitar información de naturaleza pública no posee un carácter absoluto. Conforme al análisis del citado reconocimiento y respecto a la efectividad del acceso, podemos deducir los siguientes aspectos relacionados con la identificación de los alcances de la solicitud o conocimiento de la información, y con la posibilidad de revisión de la decisión recaída en la solicitud de información: en el primer caso, los sistemas en los cuales es posible identificar más claramente los alcances a la solicitud o el conocimiento de información, se caracterizan por establecer de manera precisa las materias en las que se puede limitar el acceso, apoyándose incluso en mecanismos para aclarar cualquier duda en la aplicación de la excepción a este acceso (como ocurre con las figuras del test de daño y el test de interés público); en el segundo caso, relativo a la posibilidad de revisión de la decisión recaída en la solicitud de información, los modelos más eficaces son aquellos que

combinan la presencia de normas nacionales y la existencia de organismos especializados encargados de conocer las apelaciones, ante la denegación (o la falta de respuesta o restricción ilegal) del acceso a la información.

VI.4. Concentrándonos en el tratamiento de la información concerniente a una persona física identificada o identificable (es decir de los datos personales, como expresión de la privacidad o vida privada) asociado al ejercicio del acceso a la información pública, teniendo en cuenta que no identificamos modelos normativos en donde se evidencie una tendencia absoluta por favorecer el acceso a la información pública por sobre la protección de la información personal, o viceversa, un problema a resolver consiste en determinar cuál derecho debe aplicarse en la relación entre estas dos garantías (tutela a los datos personales y acceso a la información). Pese a que dentro del marco de los diversos sistemas jurídicos revisados, podemos observar que la solución al problema planteado transcurre entre dos tendencias (una en la que se detecta cierta inclinación por privilegiar la protección de la información de naturaleza personal por sobre el acceso, y otra en la que se pretende la no preponderancia de un derecho sobre otro), no es posible hablar de una fórmula absoluta y completamente eficaz en el tratamiento de la relación entre el régimen de protección de los datos nominativos y el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, a partir de la casuística originada en los diversos modelos normativos, sí es posible identificar algunos puntos convergentes entre estos sistemas: la admisión de la apertura a la información personal de los funcionarios públicos en favor del combate a la corrupción y la posibilidad del acceso a los datos personales de un ciudadano ante situaciones que involucren beneficios propios de los programas sociales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACKERMAN ROSE, John y SANDOVAL, Irma E. (2005): *Leyes de acceso a la información en el mundo* (México D.F., Instituto Federal de Acceso a la Información Pública).
- ALIANZA REGIONAL POR LA LIBRE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (2011): *Saber Más III: Acceso a la información y protección de datos personales* (Montevideo, Alianza Regional por la Libre Expresión e Información).
- (2014): *Saber Más VI: Informe Regional sobre acceso a la información pública y las instancias de control y apelación* (Montevideo, Alianza Regional por la Libre Expresión e Información).
- ANGUITA RAMÍREZ, Pedro (2007): *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada, régimen jurídico, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- BANISAR, David (2011): *The Right to Information and Privacy: Balancing Rights and Managing Conflicts* (Washington DC, World Bank Institute).
- CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA CAINFO (2011): *Venciendo la cultura del secreto* (primera edición, Montevideo, CAInfo).
- CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS, DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2010): *Diseño de un modelo organizacional del Consejo para la Transparencia en su nueva función de protección de datos personales* (Santiago, Centro de Sistemas Públicos-U. de Chile).
- CHILE TRANSPARENTE (2012): *Calidad del acceso a la información pública en Chile* (Santiago, Chile Transparente).
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (2011): *Protección de datos personales* (Santiago, Consejo para la Transparencia).
- (2012 a): “ICO: El modelo inglés”. Disponible en: [<http://www.consejo-transparencia.cl/ico-el-modelo-ingles/consejo/2012-12-22/092852.html>] [visitado el 08/01/2014].
- (2012 b): “Protección de datos personales recae en el IFAI”. Disponible en: [<http://www.consejotransparencia.cl/proteccion-de-datos-personales-recae-en-el-ifai/consejo/2012-12-22/143249.html>] [visitado el 10/12/2014].
- COUNCIL OF EUROPE (2003): Recommendation Rec (2002) 2 of the Committee of Ministers and explanatory memorandum (1st printing, Council of Europe, Strasbourg).
- FERNÁNDEZ-IZQUIERDO, Francisco (2000): “La historia moderna y nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones”, en: *Cuadernos de Historia Moderna* (vol. 24), pp. 11-31.
- GARCÍA P. Gonzalo y CONTRERAS V. Pablo (2009): “Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional”, en: *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 7, N° 1) pp. 137-175.
- GLANCY, Dorothy J. (1979): “The Invention of the Right to Privacy”, en: *Arizona Law Review* (Año 21, N° 1), pp. 1-39.
- HOLLRAH, Rachel (2005): “La protección de la privacidad frente a la transparencia gubernamental”, en: *Derecho Comparado de la Información* (N° 6), pp. 105-155.
- INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (2007): *Reforma al artículo 6° constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos* (México D.F., IFAI).
- MENDEL, Toby (2003): *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey* (New Delhi, United Nations Educational Scientific and Cultural Organisation).

- MENDEL, Toby (2008): *Libertad de información: comparación jurídica*, 2ª edición (Traducc. Sam DuBois) (París, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO).
- PRIVACY INTERNATIONAL (2013): “Información general sobre privacidad”. Disponible en: https://www.privacyinternational.org/reports/una-guia-de-privacidad-para-hispanohablantes/informacion-general-sobre-privacidad#footnote7_y10r1hu [visitado el 3/12/2013].
- RAJEVIC, MOSLER, Enrique (2009): *Manual de transparencia y probidad de la Administración del Estado*, 2ª edición (Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia).
- (2011), “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación” en: AA.VV., *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile* (Santiago, Expansiva), pp. 137-158.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006): *Estudio especial sobre el derecho a acceso a la información* (Washington D.C., Organización de los Estados Americanos).
- SALTOR, Carlos Eduardo (2013): “La protección de datos personales: estudio comparativo Europa-América con especial análisis de la situación Argentina”, memoria para optar al grado de doctor (Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense).
- SANZ SALGUERO, Francisco Javier (2013): “Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Año 41, N° 2), pp. 457-502.
- TELLO E., Cristóbal; CERNA G., Marcelo y PAVÓN M., Andrés (2009): “Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 193-204.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2014): “The 2014 Corruption Perceptions Index”. Disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2014> [visitado el 6/04/2015].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Diario Oficial N° L 281 de 23.11.1995.
- Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, Diario Oficial de la Federación, 11.06.2002.

Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), BOE N° 262 de 31.10.1992.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), BOE N° 298 de 14.12.1999.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

