

LA RELACIÓN SISTÉMICA O COMPLEMENTARIA DE FINES ENTRE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y LA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

RODOLFO HERRERA BRAVO

Master en Derecho Informático, Universidad Complutense de Madrid

Magíster en Derecho Público, mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile

Presidente de la Asociación para el Diálogo Tecnológico

INTRODUCCIÓN

La Administración del Estado en Chile está viviendo un nuevo paradigma, a partir del principio de transparencia de la función pública, recogido como una de las bases de la institucionalidad, en el artículo 8° de la Constitución Política y desarrollado a través de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a Información Pública.

En ese contexto, toda información que obre en poder del Estado se presume pública, salvo excepciones legales, de manera que resulta especialmente relevante reflexionar sobre la situación de los derechos de las personas a quienes conciernen los datos contenidos en registros de órganos administrativos. En efecto, basándonos únicamente en esa regla general dicha información personal podría llegar a ser considerada dentro de la presunción de publicidad, restándose eficacia al régimen de garantías de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada.

Por esa razón, es necesario buscar criterios jurídicos que permitan detectar las semejanzas y diferencias que resultan de elegir una u otra normativa, junto con comprender las relaciones posibles entre estos dos cuerpos legales que garantizan derechos consagrados constitucionalmente. No en vano, en principio, ambas leyes

podrían resultar pertinentes para regular el acceso a bases de datos personales que posean los órganos administrativos, aunque lo harían de manera diferente.

En ese sentido, estas leyes no se miran únicamente de forma dialéctica, pensando sólo en la antinomia que debe resolverse para escoger la ley aplicable o en la contraposición de los intereses involucrados. También se observan relaciones de cercanía, ya que los derechos garantizados por una y otra ley se delimitan mutuamente y, sobre todo, porque comparten con distinta intensidad un mismo fin: la libre circulación de información. Precisamente, sobre este último enfoque se realizan estas reflexiones.

1) LA FINALIDAD DE LAS LEYES SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Las leyes sobre protección de datos personales regulan un sistema jurídico de acceso a información, es decir, no buscan favorecer el secreto o la reserva como objetivo, sino que reconocen la necesidad de un equilibrio de intereses, tomando como presupuesto básico el principio de la libre circulación de los datos.

En el caso de la Ley N°19.628, su artículo 1° inciso segundo lo recoge expresamente al disponer que toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales. Por supuesto, incluye el contrapeso para lograr el equilibrio al agregar: *“[...] siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.”*

Del mismo modo, en el plano internacional se recoge la necesidad de que las normas sobre protección de datos personales permitan la comunicación y la libre circulación, pero con una tutela para el titular de los datos suficientemente sólida, evitando que el reclamo de éste sea planteado a la ligera, como excusa para impedir o entorpecer los legítimos flujos de datos.

Resulta ilustrativo de esta finalidad lo dispuesto por el Convenio N° 108 del Consejo de Europa, que comienza: *“Reafirmando [...] su compromiso en favor de la libertad de información sin tener en cuenta las fronteras”, “Reconociendo la necesidad de conciliar los valores fundamentales del respeto a la vida privada y de la libre circulación de la información entre los pueblos”*. De igual modo, la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala que: *“[...] para eliminar los obstáculos a la circulación de datos personales, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas, por lo que se refiere al tratamiento de dichos datos, debe ser equivalente en todos los Estados miembros [...]”*; y que *“[...] a causa de la protección equivalente que resulta de la aproximación de las legislaciones nacionales, los Estados miembros ya no podrán obstaculizar la libre circulación entre ellos de datos personales por motivos de protección de los derechos y libertades de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad [...]”*.

Visto así, no resulta tan distinta la aspiración de las leyes de acceso a información pública si la legislación de protección de datos también vela por un libre flujo de información, delimitado por el respeto de los derechos fundamentales. Por ello se advierte una conexión esencial entre ambos ordenamientos, como “dos caras de la misma moneda”¹.

Por supuesto, la intensidad con la que se asegura el control que puede mantener el titular sobre sus datos personales es diferente, según se funde en el conjunto de exigencias que establece la Ley N°19.628 para la comunicación a terceros, o si se mira desde la Ley N°20.285, que únicamente contempla una instancia de posible autorización a través del procedimiento de oposición de terceros.

Si a ello se suma que el órgano administrativo tiene una obligación legal de cuidar los datos personales, por un lado, pero también de facilitar el ejercicio del derecho

¹ BANISAR, David, (2011) *The Right to Information and Privacy: Balancing Rights and Managing Conflicts*, [en línea], The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, Washington DC, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1786473>, [Consultado el 20/7/11], p.3.

de acceso a información pública, se requiere una interpretación armónica que tenga presente que el legislador de transparencia no puede pretender que los órganos públicos incumplan sus obligaciones legales de resguardo de derechos fundamentales, contenidas en otros ordenamientos como la Ley de Protección de la Vida Privada.

2) LA SISTÉMICA COMO MÉTODO APLICABLE

Ante ese escenario complejo, la mirada general del problema entre la transparencia y la vida privada requiere ser sistémica, para así favorecer respuestas de complemento normativo.

La sistémica tiene la virtud de reducir la complejidad de todo fenómeno que sea objeto de regulación. Además, abre la posibilidad para que dentro del sistema jurídico de protección de datos personales se construya un verdadero subsistema respecto de comunicaciones efectuadas por organismos públicos a terceros, dado el paradigma de transparencia de la función pública.

El enfoque sistémico ofrece una nueva perspectiva a los actuales problemas sociales, con una metodología de investigación interdisciplinaria, bajo la premisa de que los vínculos entre las partes no pueden analizarse fuera del contexto del todo, sino que todos los aspectos del sistema sociocultural se aprecian como procesos, como redes de información y comunicación, de forma integradora. Gracias a este rol instrumental actúa como una herramienta metodológica y no como una cualidad intrínseca de las cosas. Se trata más bien de una actitud, una apreciación o un marco conceptual², un punto de vista que complementa el método analítico en que todo se resume a elementos últimos para explicar el resto³.

² GRÜN, Ernesto, (2007) “La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho” [en línea], en: *Panóptica*, año 1, N°7, <http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_156-175.pdf>, [consultado el 4/4/11], p.160.

³ CALLE, Melba, *Aproximación al debate sobre el concepto de sistema jurídico interno o externo* [en línea], <<http://www.uv.es/CEFD/15/calle.pdf>>, [Consultado el 4/4/11], p.8.

Cuando decimos que las relaciones entre el derecho de acceso a información pública y el régimen de protección de datos personales se comprenden de mejor forma pensando en un sistema jurídico, se utiliza una mirada expansionista en que la ley es conocida desde su totalidad hacia las partes y no viceversa. La ventaja de ello es poder percibir globalmente el objeto regulado, como un todo integrado y no como una discontinua colección de partes aisladas, de artículos incapaces por sí solos de cubrir cabalmente una materia y, por ende, que requieren complementarse.

Nuestra mirada sistémica a estas normas se aleja de aquellos enfoques cerrados de interpretación jurídica que ven al proceso de crear y aplicar el derecho de forma aislada del entorno, descartando todo aquello externo al sistema jurídico⁴. En una perspectiva postmoderna, los hechos demuestran que, por el contrario, aunque exista una fuerte influencia de las normas sobre la vida cotidiana y bastante libertad para que el legislador las elabore y los operadores jurídicos las apliquen, “[...] *la realidad es que ellas se conciben y actúan por y bajo la acción directa de los datos exteriores al sistema jurídico, esto es, su entorno.*”⁵

Concebir al ordenamiento desde una óptica abierta a la realidad social en que debe ser aplicado, es decir, como un sistema cuyo funcionamiento está vinculado e interactúa con todo aquello que sea foráneo a él, si bien lo vuelve más vulnerable a influencias y amenazas, a fin de cuentas, lo saca de un caparazón de autosuficiencia que torna compleja la eficacia de su preceptiva. Así, las normas adquieren más flexibilidad ante el cambio social, porque éste se incorpora al propio sistema como un elemento funcional del mismo⁶.

3) EL ENTORNO A CONSIDERAR

⁴ Los sistemas cerrados tienen como ícono a la pirámide normativa de Merkl, desarrollada por la teoría kelseniana del Derecho.

⁵ GRÜN, Ernesto, (1995) *Una visión sistémica y cibernética del derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, p.42.

⁶ GRÜN, Ernesto, (1998) “El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, en: *Doxa*, N°21, II, [en línea], p.173.
http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_13.pdf, [Consultado el 4/4/11].

Como consecuencia de lo anterior, es necesario advertir la influencia externa que está recibiendo la regulación sobre comunicación de datos personales por organismos públicos o, desde otra óptica, sobre límites al acceso a información pública, porque, como el entorno pasa a integrar el sistema, las normas sólo pueden ser comprendidas adecuadamente dentro de un contexto determinado.

Por una parte, el legislador que establezca un régimen de garantías de derechos debe estar atento al fenómeno de las redes digitales y su capacidad para invadir aspectos de nuestra personalidad, afectando derechos como la vida privada, la libertad de expresión, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el derecho de reunión o el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, entre otros. Con ello la persona se expone más allá de lo razonable, lo que demanda una revisión de los principios y normas que tradicionalmente nos han regido.

La labor del legislador es permeable al paradigma tecnológico y no puede soslayar la presencia del fenómeno digital, ya que influye en el sistema jurídico de transparencia y protección de datos en calidad de fuente material de las normas. En efecto, es necesario regular el riesgo de que organismos públicos o terceros con quienes se relacionan utilicen abusivamente estas tecnologías invasivas, porque en caso contrario, se crean normas ineficaces para la realidad destinada a regular.

Gracias a la apertura de los ordenamientos de transparencia y vida privada al entorno digital se comprende mejor la importancia de las disposiciones de excepción a la publicidad, al conocer las amenazas que enfrentan los derechos de las personas a quienes conciernen los datos, producto de los diversos usos que permite la tecnología. Así, los límites, lejos de ser una traba desde el individualismo al libre flujo de información a la comunidad en una sociedad democrática, se conciben como una frontera indispensable para el libre ejercicio de los derechos y la confianza en la gestión pública.

Por otra parte, en el entorno también se observa un cambio de hegemonías derivado de la globalización, en donde se traspasa poder desde las comunidades locales a las globales, formando una sociedad “*sin vértice y sin centro*”⁷, altamente autorregulada, porque los procesos globales se expanden sin el control de grupos predeterminados.

Ello ha alterado la forma y la dinámica del Estado, el cual requiere un replanteamiento atendido que su imagen como sujeto abstracto que manifiesta su voluntad a través de sus órganos y que descansa en el principio de no ingerencia externa en sus asuntos, ha quedado expuesta frente a ideas contrarias a la sujeción, como es el caso del pluralismo político y social interno, la formación de centros de poder alternativos y el reconocimiento de derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes pueden exigir su respeto incluso ante jurisdicciones internacionales⁸.

En consecuencia, la apertura del sistema jurídico a este entorno global incide en el establecimiento de normas que reconozcan la posición que ocupan actualmente los actores involucrados. Más allá de las grandes dicotomías ordenadoras y la visión estadocéntrica, los procesos de democratización han reivindicado la participación de la sociedad civil en la transformación y discusión del espacio público y en la elaboración y deliberación de las políticas públicas, justificando la transparencia de la función pública como una de las bases de la institucionalidad. No en vano, ella permite desarrollar el pluralismo social y político; exigir publicidad y legalidad de los procedimientos y compromisos políticos; evitar la tiranía de las mayorías; promover la defensa de los derechos fundamentales; y fomentar el control ciudadano y la permanente rendición de cuentas de sus autoridades (*accountability*).⁹

⁷ LUHMANN, Niklas, (1993) *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, p.43.

⁸ BECK, Ulrich, (2004) *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós Ibérica, pp. 134-137.

⁹ ATTILI, Antonella, (2004) “*Ciudadanía, Sociedad Civil y la redefinición de los espacios públicos*”, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)* N°126, octubre-diciembre, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 132-134.

4) REGLAS ORIENTADORAS

Por último, el enfoque sistémico empleado para analizar la relación entre estas dos leyes -simultáneamente en tensión y complemento-, permite atender interrogantes que surgen en los casos concretos. De hecho, nos ha facilitado la determinación de las siguientes reglas orientadoras frente a solicitudes de datos personales de terceros a través de la Ley N°20.285:

Regla 1: No pueden exigirse datos adicionales frente a una solicitud de acceso a información pública, aunque ella tenga por objeto datos personales de un tercero.

En efecto, la Ley N°20.285 impide al órgano requerido, condicionar la tramitación de la solicitud o la entrega de la respuesta a otros datos diferentes al nombre y apellidos del peticionario, su dirección, la identificación clara del documento que pide, el órgano al que se dirige y su firma. Por lo tanto, no podría exigir, por ejemplo, que el solicitante declare de forma previa la finalidad y objeto del tratamiento de datos.

Regla 2: El órgano requerido conserva su obligación de cuidar los datos personales, de modo que no podrá comunicarlos al solicitante sin evaluar previamente la existencia de una habilitación especial para la entrega.

Si se despojara de las bases de datos personales sin ese análisis previo, el órgano administrativo, en cuanto responsable del registro, infringiría las obligaciones legales de cuidado y las garantías mínimas que reconoce la Ley N°19.628 a favor de los derechos del titular de datos.

Regla 3: El primer caso de habilitación se puede obtener si el solicitante acompaña una autorización del titular. En ese sentido, no cabe posteriormente una denegación por estimar que se verían afectados los derechos del titular de datos.

Es evidente que si el propio titular autoriza por escrito al solicitante para requerir sus datos, por ejemplo a través de un poder, es legítimo interpretar que la entrega no conculca sus derechos y no puede el órgano público, ir en contra de esa voluntad.

Regla 4: El segundo caso de habilitación opera si, consultado el titular dentro del plazo de 2 días hábiles contado desde presentada la solicitud, no se opone a la entrega. Si autoriza expresamente, no cabe que el órgano público deniegue luego por la causal de afectación de derechos del titular. En cambio, si el titular no responde, aunque la Ley de Transparencia dispone como efecto el presumir su aceptación a través del silencio, estimamos que el órgano público debe denegar si no encuentra una habilitación legal específica, para ser consecuente con su obligación de cuidar los datos.

Regla 5: El tercer caso de habilitación opera si existe una ley que ha conferido expresamente el carácter de fuente accesible al público a la base de datos en donde consta la información solicitada. En ese caso, no procede denegar.

No hay que olvidar que la Ley N°19.628 morigeró la protección y facilita la circulación de datos de fuentes accesibles al público, prescindiendo de la necesidad del consentimiento del titular e, incluso, no exigiendo que se respete la finalidad original de esa fuente, pudiendo emplearse los datos para cualquier otro fin lícito.

Regla 6: No existiendo autorización del titular o no tratándose de una fuente accesible al público, el órgano administrativo sólo podría entregar los datos personales si una ley autorizara específicamente al solicitante para obtener esa información. En caso contrario, debería denegar basado en la afectación de derechos del titular, ya que de no hacerlo no estaría cuidando los datos con la debida diligencia, considerando la especialidad de la Ley de Protección de la Vida Privada en este punto, respecto de la Ley de Acceso a Información Pública.

Regla 7: En ciertos casos excepcionales, el órgano público podrá ponderar la procedencia de la entrega y no denegar, pese a no encontrar una habilitación especial del titular o de la ley. Eso sí, para ello deberá fundamentar su decisión en una prueba de daño e interés público, cuyo resultado sea una preferencia condicionada para el derecho fundamental de acceso invocado por el peticionario, por sobre la vida privada y demás derechos individuales del titular de datos.

No obstante, reconocemos que esta regla es la más discutible, por cuanto requiere mayor fundamentación para hacer primar la Ley de Transparencia, ya que incluso es cuestionada cuando la emplea el órgano llamado a resolver conflictos en este punto: el Consejo para la Transparencia.

Regla 8: Si el órgano público deniega la solicitud o no entrega por existir oposición del titular de los datos, el solicitante puede recurrir ante el Consejo para la Transparencia quien resolverá. En cambio, si el órgano entrega los datos basado en la Ley de Transparencia y existiendo una situación de silencio en vez de oposición, el Consejo no es competente para conocer el reclamo del titular de los datos.

Ni la Ley de Transparencia ni la Ley de Protección de Datos contemplan un órgano especial para estos conflictos, de modo que el titular debería sujetarse a las reglas generales para demandar responsabilidad del Estado si la entrega vulneró la ley.

Regla 9: Si el órgano administrativo entrega los datos, posteriormente puede surgir una controversia jurídica en sede judicial exclusivamente entre particulares –titular y solicitante- por el mal uso y daños que éste cause al utilizar los datos.

La Ley N°19.628 reconoce expresamente el derecho del titular a demandar la indemnización por los daños patrimoniales y morales que experimente y acredite, con ocasión del tratamiento abusivo de los datos.

Regla 10: Si el órgano público entrega sin buscar una habilitación clara para ello, la lesión que cause al titular de datos podría derivar en responsabilidad del Estado por incumplimiento de su obligación legal de cuidar diligentemente los datos personales. Igualmente, en caso que no exista autorización, pero en vez de denegar, comunica los datos sin basarse en un test de daño e interés público.

Con todo, la casuística de transparencia y protección de datos personales es altamente compleja y rica en matices, de manera que estas reglas no constituyen dogmas ni la única forma de razonar, aunque en la práctica suelen resultar útiles para aplicar con cierta armonía las disposiciones de estos dos ordenamientos.

CONCLUSIÓN

La transparencia y la vida privada no ofrecen sólo vínculos de conflicto, sino también de complementariedad entre los ordenamientos de acceso a información pública y de protección de datos personales. En efecto, no hay que olvidar que la libre circulación de los datos, el acceso a ellos y su comunicación, son finalidades que recoge tanto la Ley N° 19.628 como la 20.285, aunque con diferencias en los procedimientos y garantías.

Como consecuencia de lo anterior, el órgano administrativo deberá reconocer esa relación complementaria de fines y velar por una decisión que concilie sus obligaciones de cuidado y entrega. Así, deberá denegar el acceso cada vez que no se demuestre la existencia de una habilitación legal para la comunicación, ya que de no hacerlo descuidaría los datos personales. No obstante, si no procede invocar justificadamente la causal basada en la afectación de la vida privada del titular, el órgano requerido deberá facilitar el acceso a los datos personales.

Esperamos que estas reflexiones, propuestas y criterios resulten útiles para la tarea del intérprete y para la generación de las tan esperadas reformas legislativas, como un baremo para el análisis de la actual legislación chilena sobre acceso a

información pública contenida en la Ley N° 20.285, y la deficiente normativa sobre protección de la vida privada dispuesta en la Ley N° 19.628.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Attili, Antonella, (2004) “Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos”, en: Revista de Estudios Políticos (Nueva época) N° 126, octubre-diciembre, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Banisar, David, (2011) The Right to Information and Privacy: Balancing Rights and Managing Conflicts, [en línea], The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, Washington DC, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1786473 [Consultado el 20/7/11].

Beck, Ulrich, (2004) ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós Ibérica.

Calle, Melba, Aproximación al debate sobre el concepto de sistema jurídico interno o externo [en línea], <<http://www.uv.es/CEFD/15/calle.pdf>>, [Consultado el 4/4/11].

Grün, Ernesto, (2007) “La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho” [en línea], en: Panóptica, año 1, N°7, http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_156-175.pdf, [Consultado el 4/4/11].

Grün, Ernesto, (1998) “El Derecho Posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, en: Doxa, N°21, II, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_13.pdf, [Consultado el 4/4/11].

Grün, Ernesto, (1995) Una visión sistémica y cibernética del derecho, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.

Luhmann, Niklas, (1993) Teoría Política en el Estado de Bienestar, Madrid, Alianza.