

CONSIDERACIONES SOBRE LA DIALÉCTICA Y EL EQUILIBRIO ENTRE LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LOS DATOS PERSONALES

RODOLFO HERRERA BRAVO*

RESUMEN

Chile cuenta con una reciente ley de transparencia para garantizar el amplio acceso a la información pública. Sin embargo, el Estado administra un gran número de bases de datos personales y debe respetar los derechos fundamentales de acuerdo con la ley sobre de protección de datos. Si la información pública incluye datos personales la relación entre ambas regulaciones es compleja y el conflicto requiere una propuesta para equilibrar los intereses contrapuestos. La respuesta del autor es construir un sistema jurídico especial dentro del ordenamiento de protección de datos.

Palabras clave: Transparencia, privacidad, habeas data, derechos fundamentales.

ABSTRACT

Chile has a recent transparency law to guarantee access to public information. However, State manages a lot of personnel data bases and must respect the fundamental rights according to data protection law. If the public information contains personnel data the relationship between both regulations is complex and the conflict needs a proposal to balance the opposite interests. The author suggests constructing a special juridical system inside the data protection legislation.

Key words: Privacy, habeas data, fundamental rights.

1. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS, UN PARADIGMA PARA EL ESTADO

Las comunidades reticulares de hoy son verdaderas sociedades de la información, compuestas por incesantes flujos de datos que acompañan indefectiblemente cada relación de alteridad, por intrincada o sencilla que esta sea. Toda conversación a distancia a través de servicios de telecomunicacio-

* Abogado. Máster en Derecho Informático, Universidad Complutense de Madrid, España. Candidato a Magíster en Derecho Público, con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Contratación Pública de la Universidad de Viña del Mar.

nes, la certificación oficial de algún hecho, la obtención de cualquier beneficio asistencial o económico, el cumplimiento de trámites, cargas u obligaciones, el acceso y traslado físico, o la celebración y ejecución de contratos, se alimentan de ellos.

Nuestra convivencia hunde sus raíces en este paradigma del cual somos altamente dependientes, dejando en evidencia una vulnerabilidad tecnológica en diversas escalas, tanto individuales como colectivas, sobre las cuales no es necesario detenernos porque se explican con la experiencia cotidiana de cada uno. Es, por tanto, un escenario que condiciona a los sujetos que participan en él, entre otros, al Estado y sus organismos.

Los contenidos que circulan por estos canales informativos son tan disímiles como los fines a que se destinan, incluyéndose aquellos datos que conciernen a personas naturales, a quienes identifican, caracterizan o describen. Estos últimos nos interesan especialmente por la trascendencia constitucional de su difusión a terceros, debido al eventual impacto que pueden causar en los derechos fundamentales si, a partir de esta situación, se pierde toda posibilidad de control sobre la utilización abusiva que les pueda dar el cesionario.

Este fenómeno se denomina comunicación de datos personales y se produce constantemente no solo en el intercambio de información entre particulares, sino también, de modo considerable, cuando participa el Estado. Para el sujeto estatal ella encierra un especial interés, porque resulta imprescindible para el normal desenvolvimiento del sector público. Estos datos son insumo básico en la definición de gran parte de las políticas públicas, para la eficacia del control interno, para el otorgamiento de prestaciones materiales hacia la comunidad y para conocer con quién contrata o a quién sanciona, entre otros aspectos.

Esa razón explica el vasto número de registros de datos personales administrados por organismos públicos en todas las áreas en que desempeñan sus funciones y el incremento de redes digitales de comunicación no solo para la interoperabilidad y gestión electrónica al interior del Estado, sino también en su relación con la propia sociedad civil, a través de nuevas formas de interacción por medios tecnológicos.

Pero la libre circulación de los datos que registran los organismos públicos también despierta el interés de la propia sociedad civil porque a partir del acceso a dicha información puede efectuar un mayor y mejor control de la gestión de las autoridades. Más aún ahora que la Constitución Política diseña una institucionalidad que aspira hacia un ambiente de transparencia y publicidad que irradie a los actos del Estado, sus fundamentos y procedimientos.

A partir de esta idea, en las sociedades democráticas desarrolladas y en las emergentes, el Estado se sustenta sobre un entramado de bases de datos que comparten su información para ser utilizada en los más diversos escena-

rios del quehacer social, calificándose a esta, en principio, como información de acceso público para todo interesado, debiéndose por ello difundir incluso sin necesidad de requerimientos particulares expresos.

Junto con la utilidad evidente de los flujos de datos mencionados y de la garantía de su libre circulación, el participar en ellos recolectando, procesando o comunicando los datos a terceros genera posiciones de poder insospechadas que resultan atractivas para los organismos públicos, quienes encuentran en el tratamiento de esta información un poderoso instrumento para el ejercicio de sus potestades.

Pero obviamente, como toda herramienta, no solo puede destinarse al logro del bien común y del bienestar particular, sino también admite una utilización abusiva, capaz de constreñir el libre ejercicio de los derechos fundamentales a través de las diversas posibilidades que se crean para monitorear acuciosamente los comportamientos de las personas titulares de los datos, permitiendo que, en ocasiones, se amaguen los derechos y se amancille la dignidad humana.

En esa línea, la comunicación de datos que efectúan los organismos públicos no está exenta de riesgo para la persona, sea que la difusión se realice a un particular o, incluso, si el destinatario es otro ente estatal. En el primer caso, la entrega de datos personales a particulares sin un resguardo previo de los derechos de la persona a quien concierne la información, puede significar una peligrosa contribución al enorme mercado de bases de datos personales que se transan con total prescindencia de la voluntad y conocimiento del titular de tales datos, registros en extremo valiosos que develan una multiplicidad de huellas sobre los vínculos que mantenemos, la información que seleccionamos, el detalle de nuestras comunicaciones, la localización física, nuestros gustos, necesidades, creencias y pensamientos.

Tratándose de comunicaciones entre servicios públicos persiste el riesgo, en la medida que se excedan las injerencias en los derechos de la persona cuyos datos se dan a conocer, sea porque el Estado los recaba, utiliza o difunde desbocando sus potestades, con una intensidad capaz de revivir fantasmas orwellianos propios de los regímenes totalitarios que asolaron la dignidad durante gran parte del siglo XX; o bien, porque las medidas limitadoras de derechos establecidas en una sociedad democrática carecen de legitimidad constitucional, al no respetar una reserva legal o no resultar necesarias, idóneas o proporcionadas.

En cada uno de los escenarios recién descritos, si el organismo público prescinde de un núcleo mínimo de garantías para el titular cuyos datos se comunican a terceros, se conduce al grave trance de que esa persona sea valorada a partir del cruce de ciertos datos parciales que la pueden desdibujar o describir erróneamente, dando pie a discriminaciones arbitrarias y difuminando el ejercicio eficaz de un conjunto de derechos fundamentales.

Sin embargo, no debemos olvidar que los organismos públicos que dan a conocer este tipo de información tienen vocación de servir a la persona humana y ser garantes de los derechos constitucionales, sobre todo frente a excesos que puedan provenir de su propia actuación, cuando comunican datos personales que integran registros considerados como información pública.

2. EL RESGUARDO LEGAL DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA COMUNICACIÓN DE DATOS PERSONALES POR ORGANISMOS PÚBLICOS

Bajo un Estado democrático de Derecho es justo esperar que la legislación articule garantías para una tutela eficaz de las libertades y que las autoridades las honren con su conducta, enmarcada dentro de los límites constitucionales. Así, la norma cristaliza y se torna viable en un contexto determinado, que hoy presenta una elevada complejidad para su aplicación, influido, entre otros aspectos, por las características propias del proceso multidimensional de globalización y por los nexos cada vez más cercanos entre el Derecho y la tecnología.

Gracias a las garantías jurídicas los derechos no son una mera aspiración utópica o simples declaraciones abstractas alejadas del entorno social en que deben actuar. Son los resultados que derivan del esfuerzo desplegado por el constitucionalismo para desplazar los paradigmas que avalaron el exceso del poder estatal, frutos que han permitido posicionar a la persona humana en un sitio acorde con su dignidad, en donde es legítimo exigir que los organismos públicos, tanto en su función reguladora como en su quehacer administrativo, se dirijan coordinada y decididamente a resguardar los derechos fundamentales.

En el caso de la comunicación de datos personales, las soluciones jurídicas se centran principalmente en conciliar posiciones que logren un equilibrio entre los intereses de los titulares de datos personales y las legítimas expectativas de acceso a información que manifiestan terceros. Pruebas patentes de ello se encuentran en la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjeras que desde hace casi cuarenta años están elaborando sendos ordenamientos jurídicos sobre protección de datos personales y desde hace quince años, respecto de transparencia de la función pública.

Nuestro país aparece a fines de los noventa dentro del panorama legislativo sobre protección de datos personales, con la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada que, entre otros aspectos, regula el tratamiento de ese tipo de datos –los que conciernen a una persona natural identificada o identificable– en registros o bancos de datos por organismos públicos. Para ello, toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales,

siempre que lo haga de manera concordante con esa ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades de acceso, modificación, bloqueo y eliminación que les reconoce.

A pesar de sus serias imperfecciones en el régimen de garantías, esta ley integra la llamada tercera generación de leyes de protección de datos, identificada por la doctrina¹. Ellas pretenden garantizar lo que denominamos un justo equilibrio dinámico de intereses contrapuestos. En ese entendido, nuestro legislador establece límites para que los datos puedan ser almacenados y utilizados, garantizando el acceso a la información personal por parte de su titular para permitirle conservar cierto control. Sin embargo, es igualmente celoso en conciliar esos intereses con el reconocimiento de la libre circulación de datos personales, evitando que la protección de estos se transforme en un obstáculo excesivo.

Ahora bien, cuando quien da a conocer estos datos a personas distintas del titular es un organismo público aparece una dificultad mayor porque en las sociedades democráticas juega un papel significativo el régimen jurídico-constitucional de transparencia y publicidad de los actos del Estado, que garantiza a la comunidad el acceso a la información pública y conduce a los entes estatales a ofrecer amplias facilidades para su ejercicio.

Al respecto, el artículo 8° inciso segundo de nuestra Constitución Política eleva como una de las bases de nuestra institucionalidad a la publicidad y la transparencia de la función pública. Con la primera, recoge una obligación para los órganos del Estado ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios, y con la segunda, se funda el derecho de las personas a ser informadas sobre los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos.

Desarrolla el mandato anterior la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, principalmente respecto del ejercicio de ese derecho fundamental nuevo², las normas orgánicas y adjetivas para su eficacia y las

¹ Para conocer más sobre las legislaciones de tercera generación recomendamos leer a TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Madrid, Editorial Edisofer, 2002; DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La protección de datos en Europa*, Madrid, grupo Asnef-Equifax, 1998; SUÑÉ LLINÁS, Emilio, *Tratado de Derecho Informático, Volumen I, Introducción y protección de datos personales*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio Publicaciones, 2000; PUCCINELLI, Óscar, *Protección de datos de carácter personal*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004; y PALAZZI, Pablo, *La Transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad. Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2002.

² Sobre su reconocimiento, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007, sobre el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa "Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas", Rol N° 2336-06. *Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas*: Tribunal Constitucional, 9 de Agosto (requerimiento de inaplicabilidad).

excepciones constitucionales al régimen de publicidad. Con relación a ellas, cabe advertir que la Carta Fundamental ha dispuesto un *numerus clausus* en que solo el legislador podrá limitarla cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de los órganos públicos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

Desde ese punto de vista, la Ley de Acceso a Información Pública señala como causal de reserva o secreto cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico. La cercanía, entonces, con el régimen de protección de datos personales es evidente, en el entendido que su órbita de resguardo de los derechos fundamentales de los titulares de datos actúa como frontera para la obligación de comunicar información pública y para el derecho a exigirla a un organismo público.

Se abre acá un complejo debate relativo al régimen jurídico aplicable cuando dentro de la información calificada como pública, se contienen datos de carácter personal. ¿Qué tipo de relación puede derivar entre ambas legislaciones? Si ella resulta conflictiva, ¿cómo debe ser mirado el problema de su aplicación en cada caso?

La postura que se adopte para responder resulta determinante, por ejemplo para la procedencia y eficacia de las garantías con que contará el titular de los datos y para dilucidar el aparente choque entre el libre acceso a la información personal contenida en registros públicos y las reservas y restricciones al conocimiento de terceros establecidas para proteger los derechos, dialéctica que motiva explicar algunas ideas.

Si miramos el problema solo desde el ordenamiento de protección de datos personales, sus respuestas pueden resultar contradictorias con los principios derivados de la transparencia³ y, por lo tanto, sus resguardos podrían ser de difícil aplicación. Por ese motivo, creemos que el fenómeno debe ser apreciado a través de un enfoque que reúna armónicamente las bases de ambos sistemas jurídicos, generándose, en consecuencia, un subsistema particular dentro de la protección de datos personales, según explicaremos.

En caso contrario, la ausencia de armonización normativa entre el régimen de protección de datos y el de acceso a información pública podría transformar a las garantías de ambos ordenamientos en intrincados mecanismos, que por su falta de claridad estarían llamados al conflicto

³ A modo de síntesis, la Ley N° 20.285 reconoce, entre otros, los principios de relevancia, de libertad de información, de apertura o transparencia, de máxima divulgación, de divisibilidad, de facilitación, de no discriminación, de oportunidad, de control, de responsabilidad y de gratuidad. Para su comprensión, véase FUNDACIÓN PRO ACCESO, *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2008.

constante y, posiblemente, acarrearían la decepción de quienes esperan la tutela jurídica de sus derechos.

3. LA RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE INFORMACIÓN PÚBLICA Y DATOS PERSONALES

Luego de analizar el problema de la comunicación de datos personales realizada por el Estado vemos que la dialéctica caracteriza de modo especial este fenómeno, entendida como una relación entre opuestos, un enfrentamiento que la doctrina plantea con cierta uniformidad tanto en el plano de los derechos tutelados, los intereses y valores protegidos, como también respecto de la solución normativa que se suele establecer⁴.

El modo de reflexión basado en la lógica de la disyuntiva y de la oposición, como menciona Jesús Ballesteros⁵, nos muestra la realidad bajo el signo de la tensión y lucha entre contrarios, como una relación entre distintos elementos que sigue una dinámica de cambio y contradicción. Ello, aun cuando se realicen esfuerzos por razonar sobre la base de criterios cercanos a la complementación y al equilibrio.

Así lo demuestra el propio pensamiento jurídico, cada vez que prefiere a una norma superior si otra de rango inferior la contradice o cuando una norma anterior se deroga tácitamente solo en aquello que se encuentra en pugna con el contenido de la más nueva, conservando la vigencia del resto.

La dialéctica está presente en toda relación jurídica derivada de la convivencia social, porque esa dimensión relacional de la persona se conecta con aquella que la califica como un ser individual que se distingue de los demás y que libremente se mueve siguiendo sus intereses, creencias y valores, en un plano jurídico que garantiza el trato igualitario que corresponda en cada caso. De este modo, ese actuar libre en las relaciones de alteridad facilita la oposición de intereses, topando con la autonomía del resto.

Asimismo, el enfrentamiento de elementos se manifiesta no solo respecto de las relaciones jurídicas que se forman en una comunicación de datos, sino también a propósito de que su regulación es un modelo para la tutela de un conjunto de derechos reconocidos constitucionalmente. En ese contexto no debe olvidarse la tensión constante que existe entre los derechos fundamentales y la democracia, desde el momento en que en una sociedad democrática es

⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis, *La Red Iberoamericana de Protección de Datos. Declaraciones y Documentos*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2006, pp. 63-77.

⁵ BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989, pp. 22-23, citado por Antonio Luis Martínez-Pujalte, en: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, de Tomás de Domingo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 11.

posible otorgar contenido a esos derechos esenciales e incluso, para algunos, se pueden permitir inferencias legítimas que limiten su ejercicio, a partir de la voluntad del legislador, no obstante emanar de la naturaleza humana⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, en la comunicación de datos personales por organismos públicos la oposición es aún más evidente porque, desde un punto de vista instrumental, se trata de una materia usualmente abordada por cuerpos legales distintos, que responden a finalidades y principios propios, como ocurre en el caso chileno con la legislación sobre protección de datos personales, por un lado, y las normas sobre acceso a información pública, por otro.

En tal sentido, es posible ver enfrentada la facultad de acceder a información pública o, más aún, la obligación del Estado de difundirla sin necesidad de requerimiento previo, con la decisión de conservar bajo reserva su conocimiento por parte de terceros, fundada en el hecho de contener datos de carácter personal. Luego, habría una pugna entre acciones dirigidas a transparentar y controlar la gestión pública y aquellas establecidas para la defensa de la dignidad y los derechos individuales frente al abuso del poder informativo del Estado y los particulares.

La doctrina comúnmente ha visto en este fenómeno la presencia de un conflicto entre el derecho a la privacidad y la libertad de información, sobre todo en aquellos ordenamientos que aún no han recogido nuevos derechos fundamentales autónomos como la autodeterminación informativa y el acceso a información pública. En esos casos, suelen ampliar el contenido de aquellos para adecuarlos al contexto en que actualmente se desenvuelve la persona humana. Eso explica la evolución que ha experimentado el alcance del derecho a la vida privada desarrollando una dimensión positiva que permite un grado de control sobre la utilización de datos personales y la construcción de un derecho oponible al Estado para conocer información de relevancia pública, derivado del vínculo entre la facultad de estar informado y realizar peticiones a las autoridades, con la obligación de rendir cuentas, arraigada en el principio democrático.

Sin embargo, esta perspectiva de la dialéctica sustentada en la disyuntiva entre derechos merece un par de comentarios. En primer lugar, a diferencia de quienes restringen la protección de datos personales al campo de la vida privada e, incluso, al del derecho a la intimidad, preferimos alejar el tema de esa órbita, aun cuando no sea un error identificar cercanías, porque no se trata de una garantía solo para la privacidad, sino que conforma un mecanismo de protección del haz de derechos fundamentales del titular de datos. Por esa razón, nos parece más apropiado enfatizar dicha cobertura amplia.

⁶ MUÑOZ ARNAU, Juan, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998, pp. 41-47.

Es más, cabe recordar que existen ordenamientos que no reconocen con igual fuerza constitucional a la intimidación como derecho fundamental y dan pie a opiniones que plantean renunciar a ella en la vida postcontemporánea claudicando ante los atropellos que sufre.

Por otra parte, si la dialéctica se mira como un conflicto inevitable entre derechos que se enfrentan al tratar de ser ejercidos en un caso concreto, cabe advertir que la doctrina no es unívoca para admitir esa eventual colisión⁷, porque de existir un choque entre derechos fundamentales, sería necesario encontrar mecanismos que los jerarquicen, en forma abstracta o concreta⁸, permitiendo que uno prevalezca sobre otro, de lo cual resultaría la preferencia del derecho vencedor y la exclusión del derecho vencido. Esto es rechazado por quienes niegan toda posibilidad de afectar, vulnerar o lesionar derechos reconocidos en la Constitución, ante el efecto de dejar sin aplicación una de sus disposiciones, la referida al derecho desplazado.

Además, la critican desde un punto de vista lógico, advirtiendo que el conflicto entre derechos va en contra de la propia naturaleza humana, porque la persona es una realidad unitaria y coherente que no admite ningún tipo de contradicción interna, entre ellas, la existencia de contenidos incompatibles entre los derechos que emanan de su naturaleza. En consecuencia, proponen considerar a los conflictos entre derechos fundamentales solo como aparentes y defienden un razonamiento armónico más que dialéctico⁹.

Más allá del debate doctrinal sobre la conflictividad o no entre los derechos fundamentales, al tratar de ser ejercidos la tensión existe, al menos, en cuanto a los intereses en juego y se manifiesta en las pretensiones que acompañan cada relación procesal concreta en que se invoquen derechos fundamentales garantizados por el sistema de protección de datos personales o por la normativa sobre acceso a información pública.

Ambas legislaciones obedecen a fines y principios propios y diferentes, demostrando esta característica dialéctica, aun cuando pueden identificarse ciertos puntos de contacto, no siendo tan distantes como pareciera. De hecho, a modo de ejemplo, la Ley N° 20.285 crea el Consejo para la Transparencia, una corporación autónoma de derecho público, con persona-

⁷ DE DOMINGO, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001; CASTILLO, Luis, "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?" [en línea] en: *Cuestiones Constitucionales*, N° 12 enero-junio (2005), pp. 99-129 [consultado el 21 de octubre de 2008], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.pdf>

⁸ La jerarquía en abstracto se obtiene a través de la teoría de la posición preferente, justificada por un valor constitucional, y la jerarquía concreta, mediante la ponderación, es decir, sopesando los derechos en conflicto con las circunstancias del caso en cuestión.

⁹ Para armonizar los derechos, esta postura sostiene como vía de solución de las controversias que involucren derechos fundamentales, la determinación del contenido jurídico constitucional de los mismos.

lidad jurídica y patrimonio propio—, con el objeto de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información, pero asimismo, le encarga velar por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, por parte de dichos órganos. Es decir, un mismo órgano actúa como ente de control del respeto a ambas leyes.

Para proporcionar una interpretación útil sobre la labor de dicho órgano fiscalizador y, en general, para apoyar la aplicación de estas normas en la práctica, basta recordar que las leyes sobre protección de datos personales pertenecientes a la tercera generación no buscan el secreto o la reserva como objetivo, sino que reconocen como presupuesto básico el principio de la libre circulación de datos y construyen su articulado de manera tal que la tutela del titular de la información sea suficientemente sólida, para evitar que sea planteada a la ligera, como excusa para impedir o entorpecer los legítimos flujos de datos.

Además, la transparencia de la función pública tampoco se recoge de modo absoluto y reconoce como límite casos en que el acceso y la difusión ceden frente a ciertos grados de mayor confidencialidad, en la medida que se configure una causal de excepción, entre las que se cuenta, recordemos, la protección de derechos de las personas.

Entonces, ¿resulta tan distinta la aspiración de la protección de datos personales y de las leyes de transparencia y acceso a información pública si ambas velan por un libre flujo de información delimitado por el respeto de los derechos fundamentales? Al parecer, no, aunque ello, más que negar el carácter dialéctico que hemos señalado, sirve para demostrar una conexión fundamental entre dos ordenamientos que deben actuar como un sistema.

4. ALCANCE DE LA DIALÉCTICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL SUJETO

La relación dialéctica entre los ordenamientos de protección de datos y de transparencia de la función pública, no obstante los matices antes señalados, se comprende aún más si se distinguen algunos escenarios de eventual conflictividad, vistos desde la perspectiva del sujeto involucrado y que surgen como resultado de la existencia de información calificada como pública, pero que contenga datos de carácter personal. Hacemos hincapié en esto último dado que la dialéctica no cabe en situaciones que no incluyan a ambos ordenamientos, sea porque no se refieren a datos personales o porque la información que los contiene no ofrece una relevancia pública.

La primera mirada dice relación con el titular de los datos personales, cuando desea obtener información que le concierne y que está en poder del Estado. En estricto rigor, este caso no plantea mayor conflicto, no porque estas legislaciones sean equivalentes y se pueda escoger indistintamente una u otra, sino porque la tensión entre normativas es solo aparente.

Si recurrimos al sentido que Norberto Bobbio da al conflicto normativo, se trata de una situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento, con el mismo ámbito de validez, donde la aplicación de una da resultados contrarios a los que se generan con la otra¹⁰. En este sentido, no se produciría el conflicto si ambas normas son válidas, situación que ocurre en este caso con las leyes N^{os} 19.628 y 20.285. De hecho, criterios de solución de conflictos normativos como la jerarquía, la temporalidad o la competencia no resultan procedentes y solo cabría el de especialidad, si se identificara esa eventual relación entre ambas leyes, aunque en estricto rigor, tal principio no resuelve conflictos reales, solo autolimita una misma fuente formal, al “permitir que determinados sectores no se rijan por el patrón general, habilitándoles una regulación específica que se adapte en mayor medida a sus necesidades”¹¹.

Siguiendo este argumento, el titular de la información personal tendrá que acudir a la legislación sobre protección de datos y echar mano de la acción procesal y el procedimiento especial que ella le garantice para acceder a conocerla. Nos parece que solo en el evento que dicho sistema jurídico extrañamente no aporte esa garantía básica, el titular podría valerse del derecho y procedimiento general de acceso que contemplan los ordenamientos de transparencia pública, mirando esa ley en calidad de interesado, de conformidad, por supuesto, con el alcance que esa expresión tenga en cada ordenamiento en particular.

Es más, incluso si la persona se encuentra en una causal de excepción al ejercicio del derecho de acceso a sus propios datos personales, vemos remota la posibilidad de choque, porque se daría solo a partir de una falacia lógica bajo la cual se hubiera calificado como pública una información que, por concurrir circunstancias de especial riesgo –similares a las limitaciones constitucionales a la transparencia y publicidad¹²–, se excluye del conocimiento ni más ni menos que a su titular.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Teoría del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1987, pp. 20-22.

¹¹ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Introducción al sistema de fuentes del Derecho Constitucional*, Apuntes de clases, inédito, 2006, p. 8.

¹² La Ley N° 19.628 establece como excepciones al ejercicio del derecho de acceso cuando este impide o entorpece el debido cumplimiento de las funciones fiscalizadoras del organismo público requerido, o afecta la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Por lo tanto, en este aspecto de la dialéctica, las normas de protección de datos y de información pública corren para el titular por caminos paralelos que, en principio, no deberían toparse, tras considerar a la primera como normativa especialmente establecida a su favor.

En cambio, en la situación del tercero interesado a cuyo favor podrían ser cedidos los datos personales que solicita a la Administración como parte de la información pública, el conflicto, sin duda, es mayor, comenzando por el derecho de acceso que se le reconoce, el cual es distinto al del titular de datos personales. Para el cesionario su derecho se alberga en el sistema jurídico de transparencia de la función pública, de modo que obedece, entre otros, a los principios de no discriminación y facilitación, que descansan sobre la base de que lo ejerza toda persona, sin necesidad de demostrar interés jurídico especial o de expresar la causa o motivo de su solicitud, unido a mecanismos y procedimientos que faciliten su obtención con rapidez y sin mayores trabas.

En ese contexto, un primer conflicto se puede presentar si las fronteras de ese derecho no están adecuadamente establecidas y los casos excepcionales que impiden su ejercicio abren mucho margen a la discrecionalidad para su calificación. Sin duda, no nos parece suficientemente preciso limitar el acceso cada vez que la publicidad afecte derechos de las personas, sin determinar claramente si ello incluye a todo derecho subjetivo o solo a los derechos fundamentales, y qué tipo de injerencia puede ser considerada como una afectación del derecho, por ejemplo.

Además, si entra en escena el sistema de protección de datos, el principio de libre circulación y el derecho a someterlos a tratamiento que en ese ordenamiento se contempla, también recogen limitaciones por supuesto más desarrolladas, porque sus normas están llamadas a dar garantías de eficacia al piso mínimo de resguardo del titular de datos. En esa línea, la petición de todo tercero –particular u organismo público– deberá reunir mayores exigencias, entre otras, la especificación de la finalidad lícita a la cual destinará los datos.

De este modo, el cesionario se encuentra en una encrucijada respecto de los requisitos y presupuestos necesarios para acceder a una información pública que contenga datos personales, en el entendido que bajo ambos regímenes jurídicos se delimita de algún modo su ejercicio por estar involucrados los derechos del titular de datos.

Sin embargo, hay un claro conflicto cuando en un caso la limitación es excepción al derecho de acceso a información pública y, como tal, debe ser entendida de manera estricta y restringida, mientras que en el otro, las mayores exigencias que establece el sistema de protección de datos para el tercero conforman la órbita general de resguardo que, por estar dirigida hacia la protección de la persona, incluso podrían admitir una interpretación *pro homine* más amplia, que cumpla con dicho objeto.

Pero, evidentemente, donde aparece una dialéctica palmaria es en la posición del organismo público cedente de los datos. Sea que se enfrente a la comunicación de datos personales a partir de una solicitud de acceso a información que se encuentra en su poder o si actúa en cumplimiento de la obligación de comunicarla de oficio, la conflictividad se observará principalmente en dos aspectos: de un lado, en la clasificación de la información y calificación de las excepciones y, del otro, en el alcance de su deber de cuidar los datos personales como garantía de los derechos involucrados.

Los ordenamientos de transparencia de la función pública reconocen un principio de apertura por el cual toda información en poder de los órganos del Estado se presume pública, aunque ello no significa, en caso alguno, que tales entidades se eximan del análisis casuístico de cada requerimiento y de la adopción de medidas de orden y seguridad para los contenidos que administran, sobre todo, cuando incluyen datos especialmente protegidos, por ejemplo, aquellos de carácter personal sensible.

En tal sentido, el organismo público no puede desatender sus obligaciones de servicio, respeto y promoción de la persona humana, a través de interpretaciones que lleguen solo a la superficie de la norma que dispone los principios de apertura y máxima divulgación, rehuendo esfuerzos mayores necesarios para conocer la información de que disponen, clasificarla y medir la repercusión en los derechos cuando involucra comunicación a terceros.

La sola presencia de datos concernientes a las personas dentro de la información solicitada al Estado implicará, necesariamente, un reenvío a las exigencias de otro ordenamiento distinto al de acceso a información pública, pero ubicado en un mismo plano, pudiendo manifestarse algunos aspectos contradictorios, por ejemplo, desde el punto de vista del cauce formal de las presentaciones y el grado de motivación y finalidad de la solicitud.

La tarea de la entidad, lejos de ser un acatamiento automático de una naturaleza pública para toda la información que posee, exige su ponderación y resolución fundada en caso de rechazo, aunque cualquiera sea su decisión se verá enfrentada con los intereses que resultan desplazados. La razón estriba en que, tanto desde la óptica del titular del dato que se entrega pese a su oposición –debidamente tramitada o no–, como la del tercero a quien no se satisface su derecho de acceso, se está aplicando una excepción al régimen general que rige los derechos que han tratado de ejercer.

En ese entendido, el organismo público podrá rechazar el acceso solo a propósito de la concurrencia de una de las causales tasadas que lo limitan, entre ellas, la confidencialidad como garantía de derechos, de manera que se requiere una delimitación precisa de aquellas, que no contradiga el alcance de la protección establecida en la legislación sobre datos personales.

Además, si la decisión fuera difundir los datos personales a terceros, subyace en ella una calificación de la autoridad que los mira como información pública en ese caso concreto, sea porque sigue una presunción legal de publicidad; porque resulta probado el interés público preponderante; o porque la propia normativa de protección de datos así lo ha permitido, por ejemplo, si considera que un determinado registro creado o gestionado por el Estado es, además, una fuente accesible al público. En cada uno de los supuestos, el organismo público requerido deberá velar celosamente por respetar las obligaciones de cuidado que se le imponen en su calidad de responsable del banco de datos, las que podrían contradecir aquellas acciones facilitadoras que le exige la transparencia.

Por lo tanto, los organismos públicos experimentarán la tensión entre sistemas jurídicos al decidir sobre la procedencia de la comunicación de datos, de manera que es necesario contar con criterios claros y coherentes que puedan ser adoptados uniformemente para clasificar la información y ponderar las excepciones, consiguiendo como resultado práctico una aplicación normativa garante del equilibrio dinámico de intereses contrapuestos en que se funda este tipo de regulación.

En síntesis, la dialéctica va más allá de razonar jurídicamente sobre la base de la conflictividad de intereses. Acá existen ordenamientos jurídicos particulares que se enfrentan en la práctica y que requieren ser armonizados para su aplicación eficaz. De hecho, como indicamos precedentemente, la dialéctica es la idea siempre latente detrás de la finalidad de equilibrio que motiva el funcionamiento de las normas de un verdadero subsistema de comunicación de datos personales por organismos públicos.

5. EL ENFOQUE SISTÉMICO COMO PROPUESTA PARA EL EQUILIBRIO

Si se revisan distintos ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, que regulan la forma y condiciones bajo las cuales un organismo público da a conocer a terceros los datos que conciernen a una persona y se les vincula con las exigencias provenientes de una institucionalidad de transparencia y publicidad de los actos del Estado, es posible identificar algunos signos particulares que influyen a la hora de desentrañar el sentido y alcance de las normas aplicables.

Por esa razón, estimamos que el fenómeno de la comunicación de datos personales por organismos públicos se rige por un conjunto de normas jurídicas y principios interrelacionados, que responden a un orden racional que los enlaza, con el objeto de atender a la protección de derechos. Si la regulación omite estos elementos o no los conjuga armónicamente, el edificio aparente-

mente sólido de la protección de datos personales, al corto tiempo puede dejar en evidencia contradicciones, vacíos y dificultades ocultas en el texto.

A nuestro juicio, esas normas y principios conforman una entidad autónoma específica cuya regulación constituye un subsistema dentro del ordenamiento sobre protección de datos de carácter personal, que agrega consideraciones provenientes de la normativa sobre acceso a información pública que irradian el subsistema en particular y que, incluso, podrían alejarlo de la idiosincrasia propia de un sistema general de protección de datos personales, en algunas ocasiones.

Con ello instalamos en el debate la factibilidad de construir doctrinalmente dicho subsistema jurídico para las comunicaciones de datos personales que realizan los organismos públicos, requiriéndose un esfuerzo especial –al que estamos abocados en estos días, pero sobre el que no nos detendremos en esta oportunidad– para determinar una base conceptual clara, una finalidad y objeto específico, una estructura propia conformada por principios, facultades, obligaciones y garantías de cada régimen, y el diseño de su funcionamiento sistémico.

El considerar la regulación de datos personales como un sistema y entender a las normas sobre su difusión a terceros por parte del Estado como un subsistema jurídico de aquel, tiene un sentido principalmente metodológico, a través de un enfoque que busca reducir la complejidad propia de una materia en la que convergen ordenamientos jurídicos en posible tensión.

Las interrelaciones recíprocas que se dan entre la legislación sobre protección de datos personales y aquella referida al acceso a información pública, no resultan fáciles cuando es el Estado quien entrega los datos a terceros. ¿Qué debe primar? ¿El reconocimiento a conservar un control sobre los datos, capaz de llegar a impedir justificadamente su utilización por terceros o el mandato explícito a que el organismo público brinde máxima difusión y facilidades para conocer y utilizar masivamente la información pública, los fundamentos de las decisiones y los cauces de tramitación seguidos?

Atendido que la sistémica actúa como una herramienta o instrumento metodológico¹³, no es una cualidad intrínseca de las cosas, sino más bien una actitud, una apreciación o un marco conceptual¹⁴. Con este punto de vista se complementa el método analítico, de carácter reduccionista según la

¹³ PEÑA FREIRE, Antonio, “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas” [en línea], en: *Análisi e Diritto* (2001), p. 194 [consultado el 27 de agosto de 2008], http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/9penafreire.pdf. Para comprender mejor el alcance del método sistémico, véase a ÁLVAREZ, Gabriel, *Curso de investigación jurídica*, 2ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, pp. 69-97.

¹⁴ GRÜN, Ernesto, “La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho” [en línea], en: *Panóptica*, año 1, N° 7 (2007) [consultado el 28 de octubre de 2008], http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_156-175.pdf, p. 160.

lógica cartesiana, en que todo se resume a elementos últimos para explicar el resto¹⁵. Un sistema, en cambio, conduce a una mirada expansionista en que la ley es conocida desde su totalidad hacia las partes y no viceversa, de manera que el objeto regulado se percibe globalmente como un todo integrado y no como una discontinua colección de partes aisladas, de artículos incapaces por sí solos de cubrir cabalmente una materia.

Bajo esta perspectiva, cuando calificamos como un subsistema jurídico dentro de la protección de datos personales a la regulación del acto que los comunica, es forzoso mirar dentro de ese conjunto general de normas, para extraer un orden particular, pero no solo atendiendo a su estructura, sino también a su función, es decir, al por qué y para qué de sus disposiciones. Además, se vuelve necesario identificar las relaciones, interacciones y procesos entre las normas jurídicas, porque ellas llevan a conformar la organización interna del subsistema.

En el caso de la protección de datos personales, un enfoque sistémico nos exige, en primer término, comprender que su finalidad es asegurar un equilibrio de intereses que, por lo general, serán legítimos y se ubicarán en contraposición. Acto seguido, es necesario captar que este mecanismo de garantía actúa con el objeto de defender un abanico de derechos fundamentales, tanto del titular de los datos como de quien los utiliza con licitud y buena fe.

Junto con esa finalidad y objeto, en estas normas se aprecia una estructura bien definida en los distintos ordenamientos, construida sobre la base de principios jurídicos uniformes, de facultades específicas que se reconocen al titular de los datos, de obligaciones impuestas a quien efectúa el tratamiento de dicha información y, finalmente, de garantías que velan por el respeto eficaz de la normativa¹⁶. Todos ellos son los elementos que, ordenadamente, se relacionan para dar vida al sistema.

A partir de lo anterior, cuando se analice un cuerpo legal referido a esta materia desde una perspectiva sistémica será posible apreciar si esa regulación favorece la libre circulación de datos dentro de unos límites precisos, en cuya virtud la dignidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de la

¹⁵ CALLE MEZA, Melba, *Aproximación al debate sobre el concepto de sistema jurídico interno o externo* [en línea] [consultado el 27 de agosto de 2008], <http://www.uv.es/CEFD/15/calle.pdf>, p. 8.

¹⁶ La Ley 19.628 reconoce, en síntesis, algunos importantes principios tales como el consentimiento informado, la finalidad, la seguridad y la calidad de los datos. Además, contempla facultades y un procedimiento especial para que el titular acceda a los datos y pueda requerir su modificación, bloqueo o eliminación, si correspondiera. Por otra parte, obliga al responsable del registro o banco de datos, entre otros aspectos, a informar previamente al titular y a cuidar los datos. Sin embargo, la mayor deuda de nuestro legislador se refiere al régimen de garantías, porque no crea un órgano de control, no dispone una obligación de registro de bases de datos privadas, su sistema de responsabilidad solo es represivo y no impone medidas preventivas de los abusos, entre otras críticas.

persona a quien concierne la información se ven suficientemente cobijados, primero, con el reconocimiento de un derecho de control relativo sobre los datos, que se manifiesta en diversas instancias a través del consentimiento informado del titular o de una reserva legal habilitante, según el caso; como asimismo, gracias a los mecanismos adjetivos de garantía y a un régimen de prevención y sanción, entre otros aspectos.

Hemos dicho que dentro de ese orden jurídico general de protección de datos personales se pueden identificar relaciones entre la legislación que lo aborda y otros cuerpos legales, de las que dimana una nueva unidad, un subsistema de normas con particularidades y diferencias para el caso de la comunicación efectuada por organismos públicos, por ejemplo, en la frecuente sustitución del consentimiento informado por la habilitación legal; en el carácter de orden público de ciertas disposiciones o en la consideración de nuevos principios jurídicos.

Por otra parte, el enfoque sistémico también permite distinguir niveles entre las disposiciones en estudio, reconociendo reglas generales para efectuar la comunicación a terceros y excepciones en que los requisitos normativos se incrementan haciendo más difícil la utilización de los datos para proteger valores superiores del orden constitucional, o bien, se morigeran, facilitando el libre flujo de datos para sustentar el sano desenvolvimiento de la sociedad y del control democrático hacia las autoridades. Todo ello, con miras a simplificar su aplicación.

Finalmente, otro aspecto derivado de adherir a una metodología sistémica se refiere a la capacidad de variación y adaptación que requiere todo sistema jurídico. Las demandas de un entorno complejo hacia el cual está abierto y con el que se comunica en virtud de la retroalimentación, unido a la necesidad de evitar la entropía o desorden, exigen al modelo normativo que se construya para la comunicación de datos personales por organismos públicos, cierta flexibilidad que admita alternativas de regulación¹⁷.

El modelo que se proponga puede variar, ya que se subordina al orden constitucional de derechos fundamentales, que se encuentra abierto a una experiencia social e histórica determinada a través de su conexión con el principio de la soberanía popular, su fundamento axiológico de legitimidad. Asimismo, debe admitir que hoy los ordenamientos jurídicos reciben otra lectura, en la que su carácter de unidad se desplaza al pluralismo favorecido con la apertura del sistema constitucional, y su plenitud se relativiza para facilitar una garantía efectiva de los derechos fundamentales con múltiples instancias jurisdiccionales¹⁸.

¹⁷ CALLE MEZA, *Aproximación al debate...*, p. 9.

¹⁸ CALLE MEZA, *Aproximación al debate...*, p. 10; PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, pp. 150-154.

Por ello, no cabe pretender hegemonía y exclusividad de un modelo normativo, excluyendo otras estrategias de regulación o negándoles todo valor, ya que demostraría un desacierto evidente al obligar a construir un utópico subsistema que abarque las distintas idiosincrasias legislativas posibles. En sí misma, la propuesta sería una aporía jurídica, de modo que solo cabe un modelo sistémico abierto a posibilidades que equilibren intereses.

Por supuesto, esa apertura del modelo no significa reconocer que cualquier respuesta jurídica resulte apropiada para lograr un objetivo tan complejo como el dar máxima difusión a la información pública, respetando firmemente los derechos de las personas a quienes conciernen los datos contenidos en ella. Recordemos que estos sistemas jurídicos se establecen no solo para resguardar los derechos fundamentales de los titulares de datos, en cuanto estatus subjetivo se refiere, sino también para aportar legitimación política a las sociedades democráticas tecnológicamente desarrolladas, al garantizar la libre circulación de datos y la transparencia de la función pública, y establecer un cauce para limitar el poder estatal derivado de uso de la información. Es decir, el orden social necesita de este orden jurídico entendido como una condición esencial de funcionamiento de la colectividad.

¿Acaso una legislación sobre comunicación de datos personales por organismos públicos que ignore lo anterior sería capaz de ofrecer garantías para ese equilibrio esperado? ¿Podría brindar una protección eficaz y, sobre todo, justa, sin fundarse en los postulados del constitucionalismo humanista, por ejemplo? Probablemente no, porque esas leyes tenderían a mirar parcialmente el tema, solo por una cara de la moneda, con el elevado riesgo de ceder ante posturas dogmáticas absolutas o ante presiones de intereses particulares, siempre presentes.

Sin perjuicio de lo anterior, como hemos dicho, el equilibrio dinámico de intereses contrapuestos puede ser alcanzado a través de un modelo que admita algunas posibles variantes.

Una de las opciones se refiere al grado de centralización del tema y el nivel de riesgo aparejado en caso de presentarse criterios dispares en el legislador, y consiste en elegir un cuerpo legal único para desarrollar la protección de datos personales, o bien, regularla a través de una serie de leyes particulares sectoriales. Nuestro legislador ha elegido la primera alternativa con la mencionada Ley N° 19.628, aunque dentro de su generalidad aborda escasamente la comunicación de datos por el Estado y, obviamente —por no ser su objeto—, no se pone en el escenario de una ley de acceso a información pública.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido también se pueden presentar varios matices. Por ejemplo, gran parte de la doctrina circunscribe el tema a un problema de privacidad o intimidad, en circunstancias que es

igualmente reconocido que la esfera de resguardo se abre a una pluralidad de otros derechos fundamentales tan significativos como la vida privada. Incluso, cada vez cobra más fuerza la idea de referirnos a un nuevo derecho fundamental autónomo como centro de la legislación.

La intensidad de la protección es otro factor que admite más de un modelo jurídico, dado que los legisladores pueden considerar que con estas normas se dificulta en extremo a los flujos de información, principalmente si detrás de ellos se persiguen intereses comerciales, de modo que morigeran las exigencias para el tratamiento y disminuyen sus garantías, en comparación con otros sistemas en los que, incluso, se llegan a establecer algunas disposiciones de orden público para resguardar fuertemente al titular de los datos.

Finalmente, otro aspecto que se puede mencionar y que marca diferencias notorias entre un sistema y otro es el nivel de concentración del control al cumplimiento de estas leyes. Si bien el modelo europeo ha estandarizado la figura de organismos especializados de fiscalización, que concentran el control, existen otros ordenamientos que carecen de ellos, reservando esa tarea a la justicia ordinaria, conforme a las reglas de jurisdicción generales¹⁹.

En definitiva, la dialéctica entre legislaciones requiere ser analizada bajo una mirada sistémica destinada a reducir la complejidad del fenómeno y del conflicto, siendo útil la construcción de un modelo doctrinal claro cuya finalidad sea equilibrar, dentro de una dinámica constante, los intereses contrapuestos que se sustentan en los derechos fundamentales garantizados en los ordenamientos de transparencia de la función pública y en la protección de datos personales.

6. PROYECCIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

A través de un relato agudo y marcado por la ironía, Von Ihering criticó el carácter teórico de las abstracciones provenientes de la jurisprudencia de conceptos, por su completa lejanía con la realidad y la consecuente inutilidad de muchas de sus reflexiones. De hecho, se refirió a ese enfoque como un lastre teórico inservible, en el que el jurista se ocupa de pulir rigurosamente los conceptos, labrando diferencias tan sutiles y delgadas en ellos que terminaban quebrándose en manos del práctico llamado a manejarlos²⁰.

¹⁹ Téngase presente que Chile carece de un organismo de control especializado en protección de datos personales, con competencia general sobre el sector público y privado, aunque el Consejo para la Transparencia ha asumido la tarea de velar por el cumplimiento adecuado de la Ley N° 19.628 por parte de la Administración del Estado.

²⁰ IHERING, Rudolf, *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo dicere verum*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987, p. 272.

Viniendo la crítica de tan destacado jurista teórico, nos parece indispensable recordarla como corolario de estas consideraciones doctrinales y que serán continuadas a través de la construcción de un modelo sistémico en que estamos trabajando. En él, las reflexiones sobre los conceptos jurídicos fundamentales del subsistema, su finalidad, objeto y estructura, que surjan como respuesta a la dialéctica recién explicada, aspiran a ofrecer una utilidad práctica que colabore con la compleja tarea de aplicar legislaciones en aparente conflicto, entre la reserva y la publicidad.

Por una parte, ese subsistema dialéctico que regule la difusión de datos personales a terceros cuando la realiza un organismo público que administra dicha información y ella es calificada como pública, sistematizará el derecho positivo vigente sobre la materia permitiendo dar una relectura a las disposiciones, sobre todo, al sentido y la finalidad de ellas. Desde esa perspectiva, nuestra propuesta puede ser utilizada como un baremo doctrinal de evaluación del derecho positivo, un parámetro coherente con el constitucionalismo en su esfuerzo por tutelar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Un desarrollo ordenado, bajo un enfoque sistémico y de carácter teórico puede escapar de las presiones que influyen en el diálogo político sobre el que se construye el derecho positivo y que frecuentemente es tentado por el fenómeno de la contractualización de los contenidos de las leyes que bien explica Zagrebelsky a propósito de la participación de numerosos grupos de presión en el proceso generador de la ley. Algunos de esos grupos son verdaderas “coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de *do ut des*”, dando resultados marcados por la ocasionalidad, que no es sino “la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza”. Así surgen leyes pactadas “contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, [que] expresan la idea de que –para conseguir el acuerdo– todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles”²¹.

En este sentido, será útil contrastar una propuesta sistémica con las leyes N°s 19.628 y 20.285, por ejemplo, en lo referido al régimen de excepciones y de garantías contenido en nuestra legislación de protección de datos personales porque, como hemos mencionado precedentemente, constituyen dos de los aspectos más deficitarios de ella, pese a lo determinantes que son para la eficacia del sistema constitucional de los derechos fundamentales.

La otra proyección inmediata que encontramos en un modelo sistémico se refiere a su aptitud para ser empleado como punto de partida en la

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* –4ª edición–, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 37-38.

revisión del derecho positivo vigente, actuando como un paradigma para nuevas construcciones jurídicas y cambios normativos.

Como el subsistema conlleva un orden lógico de elementos relacionados que interactúan para un objeto específico, los presupuestos que consideremos requeridos para regular la comunicación de datos personales pueden estar ausentes, total o parcialmente, en la legislación que los rige en la actualidad. En ese caso, la plenitud de un sistema jurídico permite detectar con mayor facilidad aquellos vacíos, errores y antinomias del legislador y facilitar la producción legislativa que integre las lagunas y corrija las deficiencias.

El derrotero es claro, solo falta que la compleja labor de aplicar las normas vinculadas a la comunicación de datos personales en poder del Estado, tanto las que velan por el acceso a la información pública como las que lo delimitan para resguardar los derechos fundamentales, reciba esas colaboraciones de la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOBBIO, Norberto, *Teoría del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, 1987.
- CALLE MEZA, Melba, *Aproximación al debate sobre el concepto de sistema jurídico interno o externo* [en línea] [consultado el 27 de agosto de 2008], <http://www.uv.es/CEFD/15/calle.pdf>
- CASTILLO CÓRDOBA, Luis, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?” [en línea], en: *Cuestiones Constitucionales*, N° 12 enero-junio (2005) [consultado el 21 de octubre de 2008], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.pdf>
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 402 pp.
- GRÜN, Ernesto, “La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho” [en línea], en: *Panóptica*, año 1, N° 7 (2007) [consultado el 28 de octubre de 2008], http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_156-175.pdf
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Introducción al sistema de fuentes del Derecho Constitucional*, Apuntes de clases, inédito, 2006.
- IHERING, Rudolf, *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo dicere verum*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1987.
- MUÑOZ ARNAU, Juan, *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.
- PEÑA FREIRE, Antonio, “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas” [en línea], en: *Análisi e Diritto* (2001) [consultado el 27 de agosto de 2008], http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/9penafreire.pdf

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991, 230 pp.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, *La Red Iberoamericana de Protección de Datos. Declaraciones y Documentos*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2006, 168 pp.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* –4ª edición–, Madrid, Editorial Trotta, 2002, 156 pp.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Madrid, Editorial Edisofer, 2002, 435 pp.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La protección de datos en Europa*, Madrid, Grupo Asnef-Equifax, 1998, 204 pp.