



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Programa de Doctorado en Derecho
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

**TRANSPARENCIA ESTATAL Y DATOS PERSONALES
EL PROBLEMA DE LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN PERSONAL EN
PODER DEL ESTADO
ESTUDIO COMPARADO MÉXICO-COLOMBIA**

Tesis

Que para optar por el grado de:
DOCTOR EN DERECHO

Presenta:

JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA

Directora de Tesis:

DRA. ISSA LUNA PLA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

Comité Tutor:

DRA. MARÍA MARVÁN LABORDE

DR. ENRIQUE CÁCERES NIETO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

Ciudad Universitaria, Cd. Mx.

Noviembre de 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Para Emilio, Tonalí y Anayatzin,
por las horas compartidas y ofrendadas*

Transparencia estatal y datos personales
El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado
Estudio comparado México-Colombia

Juan Carlos Upegui Mejía

No one can build you the bridge on which you, and only you, must cross the river of life

F. Nietzsche

A problem well-defined is a problem half solved

J. Dewey

The Life of the law has not been logic; it has been experience

O. W. Holmes

Agradecimientos

Escribir esta tesis no hubiera sido posible sin la compañía de varios seres humanos y sin el apoyo de algunas instituciones; mi más profunda gratitud está con ellos.

En primer lugar, quiero agradecer a la Universidad Externado de Colombia, y en especial a su rector, Juan Carlos Henao, por su apoyo constante y sin reservas desde la concepción original del proyecto, hasta el día en que escribo estas líneas con las que cierro la edición de la memoria final del doctorado.

Quiero agradecer también a la Universidad Nacional Autónoma de México y a su Instituto de Investigaciones Jurídicas por haberme abierto las puertas y por brindarme, con generosidad, el espléndido universo de posibilidades para la concreción del proyecto doctoral, en un ambiente de excelencia académica extraordinario.

En especial, quiero agradecer a mi tutora principal, Issa Luna, por aceptarme como su pupilo, por sus buenos consejos, sus reflexiones agudas y por su confianza indeclinable; en un tenor similar agradezco a los otros integrantes de mi comité tutor: a María Marván por sus ponderadas opiniones y por la generosidad de sus comentarios que fueron minimizando el temor recurrente de no leer de forma acertada la “visión mexicana” del problema de investigación, y a Enrique Cáceres por su disposición constante al diálogo y por sus inestimables consejos metodológicos que espero haber atendido de la mejor forma posible.

Asimismo, agradezco a los investigadores Juan Vega, Imer Flores y Andrea Pozas por haberme escuchado con paciencia y por sus oportunos consejos, y a mis compañeros del doctorado, en especial a Carlos Pelayo, Patricia López, Eduardo Morales, Horacio Heredia y Pedro Villarreal, por los intercambios académicos y por su amistad.

También quiero agradecer al Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y de Protección de Datos Personales mexicano por haberme abierto sus puertas durante el primer semestre de 2016. En especial, quiero agradecer al comisionado Francisco Acuña por permitirme el contacto directo con todos los funcionarios de su ponencia, a Ulises Ramírez por su cálida acogida, a Ariadna Piñera, Álvaro Porras, Carlos García y Nancy Pérez por su disposición al diálogo. Asimismo, quiero agradecer a todos los secretarios de ponencia que entrevisté, en

especial a Daniela Montiel, Gabriela Montes y Omar Cortés por su generosidad y sus valiosos comentarios.

En la Universidad Externado de Colombia quiero agradecer especialmente a Magdalena Correa por su apoyo constante, a Mauricio Pérez por la discusión temprana de las hipótesis de investigación, a Emilssen González por su interés siempre vivo en discutir temas relacionados con el régimen jurídico de la información personal y a Jorge Roa por su juiciosa lectura de los borradores y sus buenos comentarios.

Agradezco también a todos los amigos de la Corte Constitucional colombiana, en especial a Gonzalo Ramírez por su generosidad y apertura y a Omar Campo, por su diligencia y profesionalismo como guardián del archivo.

Quiero agradecer también a Catalina Botero por haber orientado mi curiosidad académica hacia el apasionante mundo del acceso a la información y por sus valiosas ideas sobre la “visión colombiana” del problema de investigación. Asimismo, agradezco a Vivian Newman por su disposición a debatir sus ideas sobre el caso colombiano y por haber sido una suerte de aliada en la distancia.

Por último, quiero agradecer a Julián Santaella, mi amigo más antiguo, con quien compartimos en simultánea el vértigo y la dicha de la empresa doctoral y, por supuesto, a mi familia, a Anayatzin, mi compañera vital, a mi hija Tonalí y a mi hijo Emilio, por las horas compartidas y ofrendadas, a María Lucía y a Margarita, las otras dos mujeres de mi vida, a Benjamín y a Graciela, los mejores suegros del mundo, y a la abuela Pitín, por su entrañable hospitalidad en la gran ciudad de México.

Índice

Introducción.....	1
Capítulo I.....	13
1. Concepciones teóricas sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado	
1.1 El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado a partir de la dicotomía público-privado	
1.1.1 <i>Origen y carácter de la dicotomía público-privado</i>	
1.1.2 <i>Manifestaciones específicas de la dicotomía público-privado</i>	
1.1.2.1 Lo colectivo y lo personal	
1.1.2.2 El Estado y el individuo: los sujetos del poder	
1.1.2.3 Espacio abierto, espacio cerrado: la geografía del poder	
1.1.2.4 La visibilidad, la secrecía: la episteme del poder	
1.1.3 <i>Las dicotomías público-privado y la información personal en poder del Estado</i>	
1.1.3.1 Concepción (absoluta) de los derechos concurrentes	
1.1.3.2 La clasificación de la información personal	
1.1.3.3 El estatus de los sujetos titulares de la información personal	
1.1.3.4 El tipo de interés asociado a la información personal	
1.1.4 <i>Consideraciones finales</i>	
1.2 El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado como colisión de derechos fundamentales, a partir de la Teoría de los principios de R. Alexy	
1.2.1 <i>Origen y contenido de la Teoría de los principios</i>	
1.2.1.1 La distinción entre reglas y principios	
1.2.1.2 La subsunción y la ponderación como métodos para la aplicación del derecho	
1.2.1.3 Los derechos fundamentales como mandatos de optimización y como normas tipo-principio	
1.2.2 <i>Los derechos de acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de datos personales, como principios y como mandatos de optimización en Colombia y México</i>	
1.2.2.1 La caracterización de los derechos como “principios” como un asunto problemático	
1.2.2.2 Situaciones paradójicas	
1.2.3 <i>Consideraciones finales</i>	
1.3 Conclusión del capítulo I	

Capítulo II.....48

2. Articulación legal del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

2.1 El caso colombiano. La (ausencia de) articulación normativa entre los regímenes del derecho de acceso a la información pública y de los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales

2.1.1 El punto de partida

2.1.2 La reforma constitucional y las decisiones de la Corte Constitucional

2.1.3 Las leyes de habeas data y la renuncia (implícita) a la articulación

2.1.4 La reforma a la ley de transparencia y acceso a la información pública y la (gran) oportunidad perdida

2.1.5 La falta de concordancia legislativa como constante

2.1.6 Problemas interpretativos de los distintos regímenes legales en relación con la publicidad de la información personal en poder del Estado

2.1.6.1 Primera antinomia

2.1.6.2 Segunda antinomia

2.1.6.3 El aparato clasificatorio

2.1.7 Conclusión

2.2 El caso mexicano. Articulación normativa entre los regímenes del derecho de acceso a la información pública y de los derechos a la protección a la vida privada y a la protección de datos personales

2.2.1 La articulación deliberada como punto de partida

2.2.2 La limitación al acceso a la información: las técnicas de clasificación

2.2.3 El sistema de doble regla excepción

2.2.4 Caracterización del sistema de doble regla excepción en las normas secundarias

2.2.5 La importancia originaria del derecho a la protección de la vida privada

2.2.6 El rol camaleónico del derecho a la protección de datos personales

2.2.7 La consolidación del sistema de doble regla excepción

2.2.8 Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia

2.2.9 La legislación secundaria de la Ley General de Transparencia

2.2.10 La nueva Ley Federal de Transparencia gemela de la Ley General de Transparencia

2.2.11 Conclusión

2.3 Conclusión del capítulo II

Capítulo III.....84

3. Casuística del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

3.1 Casos relacionados con el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado resueltos por la Corte Constitucional colombiana

3.1.1. La selección de la muestra

3.1.2 Análisis de la casuística de la Corte Constitucional colombiana sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

3.1.2.1 La clasificación de la información personal: el elemento constante

3.1.2.2 El contenido de los derechos a la intimidad y al habeas data

3.1.2.3 El contenido del derecho de acceso a la información pública

3.1.2.4 El rol (marginal) de la noción de interés público

3.1.2.5 La ausencia de un método uniforme

3.1.3 Conclusiones

3.2 Casos relacionados con el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado resueltos por el Órgano de Transparencia mexicano

3.2.1. La selección de la muestra

3.2.2 Análisis de la casuística del Órgano de Transparencia mexicano sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

3.2.2.1 Por regla general toda pieza de información personal en poder del Estado es confidencial

3.2.2.2 Relevancia de algunas reglas del contenido de los derechos a la protección de la vida privada y de protección de datos personales

3.2.2.3 Relevancia de algunas reglas del contenido del derecho de acceso a la información pública

3.2.2.4 La centralidad de la noción de interés público: criterio clave para resolver excepcionalmente la publicidad de la información personal

3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado

3.2.3 Conclusiones

3.3 Conclusión del capítulo III

Capítulo IV.....118

4. Método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

4.1 El sistema regla-excepción como marco general para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

4.1.1 Dos modelos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Colombia y México

4.1.1.1 El modelo colombiano de confidencialidad demostrada de la información personal

4.1.1.2. El modelo mexicano de protección maximalista de la información personal

4.2 La justificación constitucional del sistema regla-excepción

4.2.1 Tres argumentos sobre la justificación constitucional del sistema regla excepción.

4.2.1.1 La presunción de constitucionalidad y la reserva de ley

- 4.2.1.2 Los derechos fundamentales concurrentes como derechos de configuración legal
- 4.2.1.3 Respeto por el contenido mínimo de los derechos fundamentales concurrentes desde el punto de vista de la dogmática constitucional
- 4.2.2 *Lectura dinámica de la justificación constitucional del sistema regla-excepción*
- 4.2.3 *Actualización de la justificación constitucional del sistema regla-excepción y los problemas dogmáticos (advertidos) en su diseño y operación*
 - 4.2.3.1 La aparente equivalencia entre información personal e información confidencial
 - 4.2.3.2 La aparente equivalencia entre los contenidos del derecho a la protección de la vida privada y del derecho a la protección de datos personales
 - 4.2.3.3 La indiferencia de la orientación de la solicitud de acceso
 - 4.2.3.4 La indiferencia de las circunstancias en que el Estado detenta la información personal objeto de acceso
 - 4.2.3.5 El titular universal anónimo del derecho de acceso a la información pública y la indiferencia del interés
 - 4.2.3.6 La lectura reductora del fundamento del derecho de acceso a la información pública al interés público
 - 4.2.3.7 El uso de las dicotomías público-privado por default como racionalizador de la normatividad
 - 4.2.3.8 La ambigüedad de la expresión “información pública”

4.3 Actualización correctora de la justificación constitucional y modificación de la regla de prevalencia

- 4.3.1 *La alteración de la regla de prevalencia y el problema de la oportunidad*
- 4.3.2 *La propuesta de ponderación simple*
- 4.3.3 *La utilidad marginal de la Teoría de los principios de R. Alexy para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado*
 - 4.3.3.1 Razones teóricas
 - 4.3.3.2 Razones empíricas

4.4 Conclusión del capítulo IV

Capítulo V.....156

5. Información personal

5.1 Problemas ligados a la definición de información personal

- 5.1.1 *La definición legal de información personal en Colombia y México*
- 5.1.2 *Implicaciones de adoptar el modelo europeo de definición de información personal*
- 5.1.3 *El énfasis en la potencialidad de identificar y el carácter de los identificadores*
 - 5.1.3.1 Nombre
 - 5.1.3.2 Número único de identificación nacional
 - 5.1.3.3 Datos biométricos

5.1.4 *La aproximación maximalista y la dilución de la importancia de los soportes: el caso del documento público*

5.2 La definición de información personal y su relación con el deber de su protección

5.2.1 *Dos aproximaciones alternativas al deber de protección de la información personal*

5.2.1.1 La definición de información personal a partir del riesgo de daño. La tesis de Eloïse Gratton

5.2.1.2 La protección de la información personal a partir de su relación con el contexto. La tesis de Helen Nissenbaum

5.3 Clasificaciones de información personal

5.3.1. *Argumentos en torno a las clasificaciones de información personal*

5.3.1.1 Posibles argumentos en contra

5.3.1.2 Posibles argumentos a favor

5.3.2 *Primera gran clasificación: información personal pública*

5.3.2.1 Criterios clasificatorios

5.3.2.2 Información personal pública y el modelo mexicano

5.3.2.3 Información personal pública y el modelo colombiano

5.3.3 *Segunda gran clasificación: Información personal sensible*

5.3.3.1 Criterios clasificatorios

5.3.3.2 Paradojas

5.3.3.3 Información personal sensible en Colombia y México

5.3.2.4 Criterios alternos

5.4 Conclusión del capítulo V

Capítulo VI.....202

6. Los derechos a la protección de la vida privada y de datos personales, y el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

6.1 Aproximación problemática a la distinción entre los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales

6.1.1 *La dependencia de origen*

6.1.2 *La comunidad de objeto protegido: la información personal*

6.1.2.1 Formas jurídicas de proteger la información personal

6.1.2.2 La extensión de la información personal como objeto de protección

6.1.3 *Algunas diferencias en el ámbito de protección.*

6.1.3.1 La tesis restrictiva del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales de Sören Öman

6.1.3.2 El ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales en Colombia y México

6.2. Alternativas de fundamentación de los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales

6.2.1 *Cuatro criterios interpretativos*

6.2.1.1 El secreto

- 6.2.1.2 El control o consentimiento
- 6.2.1.3 La participación
- 6.2.1.4 El tratamiento adecuado
- 6.2.2 *Los criterios interpretativos y el caso colombiano*
- 6.2.3 *Los criterios interpretativos y el caso mexicano*

6.3 Conclusión del capítulo VI

Capítulo VII.....240

7. El derecho de acceso a la información pública y el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

7.1 La información personal poseída por el Estado como objeto del derecho de acceso a la información pública

- 7.1.1 *El objeto del derecho de acceso a la información pública y el principio de máxima publicidad*
 - 7.1.1.1 La interpretación literal y el argumento a partir del *nomen iuris* del derecho
 - 7.1.1.2 El principio de máxima publicidad
- 7.1.2 *Dos tesis sobre la información personal poseída por el Estado como objeto del derecho de acceso a la información pública*
 - 7.1.2.1 La tesis de la indiferencia
 - 7.1.2.2 La tesis restrictiva

7.2 El ámbito del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal

- 7.2.1 *El ámbito de lo público y el interés público*
 - 7.2.1.1 El interés público en la información personal como parte de los discursos especialmente protegidos y la jurisprudencia de la Corte IDH
 - 7.2.1.2 El interés público como meta-criterio en el modelo mexicano
- 7.2.2 *La información personal ligada a lo público como lo estatal*
 - 7.2.2.1 El ejercicio del poder público
 - 7.2.2.2 Los recursos públicos
 - 7.2.2.3 Los servidores públicos
- 7.2.3 *La información personal incidental a lo público como lo estatal y el problema del interés*
 - 7.2.3.1 El problema del tipo de intereses a ponderar y la idea de lo público
- 7.2.4 *Las publicidades excluidas*

7.3 Alternativas de fundamentación del derecho de acceso a la información pública

- 7.3.1 *Cinco criterios interpretativos*
 - 7.3.1.1 Criterio democrático
 - 7.3.1.2 Criterio del estado de derecho
 - 7.3.1.3 Criterio de la gobernanza
 - 7.3.1.4 Criterio de la transparencia
 - 7.3.1.5 Criterio de la libertad instrumental
- 7.3.2 *Los criterios interpretativos y el caso colombiano*
- 7.3.3 *Los criterios interpretativos y el caso mexicano*

7.4 Conclusión del capítulo VII

Conclusión general.....	287
Referencias.....	293
Anexo A.....	317
Digesto de casos de la Corte Constitucional colombiana	
a. Hojas de vida de servidores públicos	
b. Evaluaciones de servidores públicos	
c. Registros (públicos) de sanciones	
d. Registro público de la propiedad	
e. Seguridad social	
f. Operativos de la Fuerza Pública	
g. Beneficiarios de políticas públicas ligadas al conflicto armado interno	
h. Decisiones judiciales y procesos administrativos	
i. Censo indígena	
j. Relación de visitas de persona privada de la libertad	
Anexo B.....	333
Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano	
a. Atributos de la personalidad e información curricular de los servidores públicos	
b. Títulos y cédulas profesionales	
c. Evaluaciones	
d. Responsables o posibles responsables de comisión de delitos	
e. Sanciones en materia médica	
f. Información tributaria	
g. Información del pasado	
h. Beneficiarios de políticas públicas	
i. Salud del presidente de la República	
j. Bitácoras de vuelo de helicóptero oficial	
Anexo C.....	373
Cuestionario empleado en las entrevistas a directores de ponencia del INAI, México, febrero-mayo 2016	
a. Generales	
b. Punto de partida	
c. Finalidad y valores protegidos	

- d. Información personal
- e. Sujetos
- f. Diálogo con otros regímenes
- g. Articulación procesal
- h. Método
- i. Versión pública
- j. Operación de la Ponencia y del Pleno

Introducción

1. Presentación del problema de investigación y del argumento general de la tesis

Decidir si la información personal que consta en los archivos estatales puede ser conocida por terceros es una cuestión problemática. El Estado ha detentado históricamente una gran cantidad de información personal. Hasta hace poco este era un fenómeno sin mucha importancia, una cuestión menor. Sin embargo, la onda democratizadora de las últimas décadas, representada en la expedición masiva de leyes de transparencia terminó por posicionar el tema del acceso a la información en poder del Estado, al menos en el plano interamericano. Este posicionamiento ha traído consigo nuevas preguntas: ¿pueden las personas acceder a información sobre quiénes participaron en operativos policiales o militares? ¿Sobre investigaciones penales o disciplinarias contra servidores públicos? ¿Sobre subsidios públicos entregados a particulares? ¿Incluso si los beneficiarios son niños y niñas? ¿Sobre la salud del presidente de la República? ¿Sobre la condonación de créditos fiscales y los beneficiarios de amnistías tributarias? ¿Sobre los antecedentes judiciales de terceros? ¿Sobre los ingresos y la situación patrimonial de los servidores públicos, sus evaluaciones o sus hojas de vida? ¿Sobre la información catastral y de la propiedad de inmueble? ¿Sobre la relación de visitas a personas privadas de la libertad? ¿Pueden (¿deben?) editarse documentos públicos, como contratos, actos administrativos o sentencias judiciales, para proteger información personal? La relativa imposibilidad de responder estas preguntas de forma sencilla, de hacerlo de forma general y a la vez satisfactoria, y sin evitar contra-preguntar para precisar los detalles, nos indica la emergencia de un nuevo problema: el de la publicidad de la información personal en posesión del Estado.

En Colombia y en México, desde hace menos de dos décadas y de forma creciente, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar el mayor acceso posible a la información que poseen y, al mismo tiempo, tienen la obligación de proteger la vida privada y los datos personales de los ciudadanos. Las fuentes jurídicas de estas obligaciones son distintas. Nacen de forma directa de los derechos constitucionales fundamentales al acceso a la información pública, a la protección de la vida privada y a la protección de los datos personales, entre otros, pero también de varias leyes y de legislación secundaria y, en algunos casos, de los precedentes judiciales y de las prácticas administrativas. En la medida en que se multiplican casos y normas aplicables y aumenta el volumen de los archivos públicos, precisar el alcance de dichas obligaciones se dificulta. La definición de la publicidad de la información personal en poder del Estado se revela entonces como un problema jurídico relevante.

Este problema suele plantearse en los términos de una contradicción, de una incompatibilidad de normas, de una colisión de derechos o de una oposición de dos racionalidades: la que apunta a la exhibición y a la publicidad, por un lado, y la que apunta al resguardo y al secreto, por el otro. La lógica de la polaridad, de la inexistencia de términos medios, dada la imposibilidad de la armonización concreta de dichos intereses, conduce a su lectura en términos trágicos: o se publica o se resguarda, *tertium non datur*. Al final del cuento uno de los intereses debe ser sacrificado y no parece haber, no es posible, un desenlace alterno. Sin embargo, existen lecturas que presentan este problema de forma menos dramática, que parecen entenderlo como una suerte de dualidad auto-contenida que no encierra una contradicción insalvable. Destaco una, común entre los expertos en el derecho de acceso a la información mexicanos quienes afirman, al referir el tema de los datos personales, que la convivencia de los dos derechos es posible porque se trata en últimas de “dos caras de una misma moneda” y que, bien visto, el fenómeno no encarna una oposición insalvable. Esta lectura optimista parece descansar en un uso instrumental de la gran dicotomía de lo público y lo privado que, aplicada a la información en poder del Estado, permite identificar, crear, inventar un estado de lo posible en donde cada cosa ocupa su lugar: ya en la esfera de lo privado, ya en la de lo público. Un estado en el que la armonización entre los intereses es realizable y que depende de la pericia de los expertos, del refinamiento de las taxonomías y de la sana ponderación del legislador. En un sentido similar, están las lecturas que miran este problema según el canon del estado liberal, descritas con acierto por Heather Macneil, al descartar, en un plano filosófico, una supuesta incompatibilidad insalvable entre los derechos a la protección de la vida privada y al acceso a la información pública, a partir de un dato básico: ambos derechos “fueron concebidos para limitar el poder del Estado y para restringir su control sobre la información”¹, lo que al menos parece sugerir la posibilidad de lograr ajustes razonables en su aplicación práctica.

Desde una perspectiva regional interamericana, este problema ha sido considerado como uno de los “desafíos jurídicos” de las legislaciones de transparencia, y en general del derecho de acceso a la información en las Américas. Como lo ha sostenido la ex-relatora para la libertad de expresión de la OEA, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado está plagado de “situaciones claras, pero también de muchas zonas grises”². Estas zonas grises pueden ser atendidas afinando las regulaciones secundarias, a partir de la tónica y de las exploraciones temáticas. La apuesta en estos casos, si se asume el desafío, supone estudiar el problema a partir de miradas contextuales que privilegien la identificación de elementos relevantes por grupos de casos. Las conclusiones, la afinación de la regulación y la solución del problema variarán según se trate de información sobre subsidios estatales, política tributaria,

¹ Macneil, Heather, *Without consent: The Ethics of Disclosing Personal Information in Public Archives*. Metuchen, The society of American archivists, 1992, pp. 53-4.

² Botero, Catalina, El modelo mexicano de transparencia en el contexto latinoamericano. En: *Hacia el sistema nacional de Transparencia* (Jacqueline Peschard coord.) México, IJ-UNAM, 2016, pp. XXVII-XLIII (en especial, las pp. XXXVII-XXXIX)

salud de altos mandatarios o correos institucionales de servidores públicos. En todo caso, se impone explorar formas de ponderación a la medida, sensibles a dichos elementos y que faciliten modular el acceso en forma y oportunidad.

Esta tesis se suma a estas miradas con una propuesta que intenta, simultáneamente, un diagnóstico integral al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado y una alternativa para su solución, a partir de una propuesta de método que le hace justicia a dicho diagnóstico.

Esta tesis describe y (re)construye el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado desde tres escenarios: el teórico, el legislativo y el casuístico. En el primero, se trabajan dos de las principales concepciones teóricas que en la práctica suelen ser empleadas por las autoridades judiciales y administrativas para resolverlo: las dicotomías de lo público y lo privado, y la Teoría de los principios. En el segundo, se presenta la forma como el legislador, en sentido amplio, ha enfrentado e incidido en la configuración del problema. Y en el tercero, el de la casuística, se da cuenta de la forma como ha sido entendido y resuelto dicho problema en las prácticas judiciales y administrativas, y cómo dichas prácticas han orientado la forma de resolverlo.

Estas tres aproximaciones al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (una teórica, una técnica-legislativa y otra empírica) ilustran algunos elementos que lo caracterizan. En su dimensión teórica, por ejemplo, se advierte la insuficiencia tanto de las dicotomías de lo público y lo privado, como de la Teoría de los principios, para ofrecer soluciones concluyentes a dicho problema. Esto es así, en el primer caso, por la existencia de lecturas idiosincráticas de lo público y lo privado que impiden soluciones del tipo *tout court*, y porque al interior de las dicotomías los criterios clasificatorios no siempre son convergentes. En el caso de la Teoría de los principios la insuficiencia viene por una vía inesperada: la imposibilidad de plantear el problema como una colisión de principios entendidos como mandatos de optimización, dado el carácter polar de los intereses en juego representados por los derechos fundamentales en colisión; situación a la que se suma la complejidad de la teoría, que el estudio empírico reveló impracticable; ambas, permiten sostener una posición crítica sobre si la misma es aconsejable como alternativa operable para la solución de *este* problema específico.

Por su parte, en la dimensión técnico-legislativa advertimos la relevancia del sistema regla-excepción como estrategia para la solución del problema en la mayoría de los casos. Este sistema, construido bajo la pretensión de exhaustividad, permite resolver de forma aparentemente fácil el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado bajo la práctica de la instanciación normativa. Sin embargo, advertimos que esta pretensión de exhaustividad es derrotable, no sólo porque puedan existir casos en donde lecturas constitucionales se opongan a los términos de la regla-excepción definidos por el legislador, sino porque su propia existencia sea debatible, como sucede de forma patente en el caso colombiano.

Finalmente, en la dimensión empírica, identificamos los demás elementos que caracterizan este problema. En especial, advertimos, ya en la práctica, que el sistema regla-excepción funciona bien para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, y que este es un problema que se resuelve sin dificultades, por regla general, en el plano de la ley y de la legislación secundaria. Esta situación parece indicar que las lecturas constitucionales del problema quedan restringidas a servir de narrativas justificantes de la legislación, en la mayoría de los casos, y a narrativas correctivas de la legislación, de forma excepcional. En este escenario, la investigación indica dos datos relevantes comunes a los países estudiados: por un lado, la existencia de al menos ocho fallas dogmáticas, esto es, ocho problemas recurrentes relacionados con la narrativa constitucional que soporta las decisiones. Y por el otro, la inexistencia de un método uniforme para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La investigación también indica importantes diferencias en la forma de concebir el problema y de articular la argumentación para su solución, como se desprende de la importancia de las clasificaciones de la información personal en el caso colombiano, y de la noción de interés público en el mexicano.

Siguiendo a J. Dewey para quien “un problema bien planteado está medio resuelto”³, consideramos que una buena descripción del problema de investigación, esto es, del problema de la publicidad de la información personal en poder el Estado era, no sólo indispensable para la orientación de la tesis, sino también reveladora de cuáles deberían ser los elementos de una propuesta de método para resolverlo.

La nuez de la tesis es una propuesta de método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El método que proponemos tiene una prosapia ecléctica y toma elementos de las tres miradas al diagnóstico del problema que ya indicamos. En concreto, este método tiene dos partes o dos momentos. Uno, estático, en donde se acepta que la mayoría de estos casos se pueden resolver, sin problemas, con la aplicación del sistema regla-excepción, perfilado principalmente por el legislador y, en principio, justificado constitucionalmente. Y un segundo momento, dinámico, en donde se acepta que por excepción el sistema regla-excepción no es adecuado para resolverlo cuando se advierten problemas de justificación o de validez constitucional. Problemas que se resuelven con una corrección de la narrativa constitucional y con un ejercicio de ponderación, respectivamente. Para resolver estos dos tipos de problemas y desahogar el momento dos del método, la tesis considera indispensables elementos de una dogmática constitucional específica de los derechos fundamentales al acceso a la información pública, a la protección de la vida privada y a la protección de los datos personales.

La dogmática constitucional que proponemos está orientada a precisar el objeto, el ámbito y la fundamentación de estos derechos. Elementos que se suman, en primer lugar, a la justificación

³ Dewey, John, *Lógica. Teoría de la investigación* (Eugenio Ímaz trad.) México, FCE, 1950, p. 126.

del sistema de regla-excepción, al ofrecer un patrón de control que permita adelantar lecturas de la legislación en clave constitucional. Y sirven, en segundo lugar, para darle contenido a los argumentos típicos del momento del método que proponemos, en tanto ofrecen narrativas constitucionales alternativas para corregir los problemas dogmáticos advertidos o para justificar la alteración de la regla de prevalencia entre los derechos enfrentados, en aquellos casos en que sea inevitable un ejercicio de ponderación.

Con la exposición de algunos elementos de dogmática constitucional, esta tesis pretende, por un lado, activar una función crítica de las prácticas judiciales y administrativas que dicen interpretar-concretar-aplicar los mencionados derechos fundamentales; y por el otro, facilitar la construcción de argumentos constitucionales más persuasivos al momento de adelantar ejercicios de ponderación. Cuestiones críticas si se pretende resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en clave constitucional.

2. Notas sobre la metodología

Esta investigación es metodológicamente ecléctica. Combina elementos de investigación cualitativa, en especial, la práctica de entrevistas semi-estructuradas a personajes clave y la inmersión en el Órgano de Transparencia mexicano. Tiene una propuesta de derecho comparado entre Colombia y México que no se limita a las normas relevantes, sino que indaga por las formas de entender el problema y los conceptos clave a partir de un estudio de las decisiones (judiciales y administrativas) relevantes. Y, por último, tiene la pretensión de hacer teoría específica de los derechos fundamentales al acceso a la información pública, a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales, a partir de una indagación que combina elementos bibliohemerográficos con el análisis de casos relevantes.

El cuerpo de casos que constituyen la “base empírica” de la investigación está integrado por 25 decisiones de la Corte Constitucional colombiana y por 50 resoluciones del Órgano de Transparencia mexicano, durante el periodo 1992-2016 ¿Por qué decidimos integrar la base empírica con sentencias judiciales (en el caso colombiano) y actos administrativos (en el caso mexicano)? La razón fue práctica: en Colombia no hay un Órgano de Transparencia encargado de resolver este tipo de problemas, y en México, la Suprema Corte de Justicia no resolvió, en el lapso bajo estudio, tantos casos sobre la materia como si lo hicieron, tanto el Órgano de Transparencia mexicano como la Corte Constitucional colombiana. A esto sumamos un dato básico: el Órgano de Transparencia Mexicano es la autoridad de su especie que más decisiones ha tomado sobre este tema en el contexto de las Américas. Por otra parte, consideramos que el carácter legal, pero también constitucional del problema, interpretado así, tanto por la Corte Constitucional en Colombia, como por el Órgano de Transparencia en México, sumaba otra razón para estimar que ambos casos eran susceptibles de comparación.

La selección de los casos estuvo guiada por dos criterios: primero, que actualizaran el problema de investigación, por lo general traducido como un (posible) conflicto entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales; y segundo, que tuviera argumentos relevantes relacionados con la forma de resolver dicho conflicto (el método) y con los criterios determinantes para resolverlo, en especial, argumentos con fundamento directo en el contenido de los mentados derechos fundamentales (argumentos constitucionales). En el caso colombiano no encontramos más de 25 casos en la materia. Este listado es exhaustivo en relación con el universo de casos de la Corte Constitucional colombiana en el lapso investigado. En el caso mexicano encontramos muchos casos más. Sin embargo, por cuestiones de espacio y de proporción en los términos comparativos decidimos cerrar el listado en 50. Otro de los criterios para decidir la selección de los casos mexicanos fue la posible similitud temática con los casos colombianos, a fin de facilitar el ejercicio comparativo. Finalmente, organizamos los dos listados de casos en 10 temas y adelantamos una breve descripción de cada uno de ellos. Los casos están enumerados para facilitar su ubicación a partir de las referencias cruzadas en el texto principal. La integración de esta “base empírica” dio origen a los anexos A y B, y es la fuente primaria del contenido del capítulo III, dedicado al análisis de la casuística.

Otro de los insumos de la investigación fue un ejercicio de inmersión en el Órgano de Transparencia mexicano durante 12 semanas en el primer semestre de 2016. El propósito de esta inmersión era doble: conocer de primera mano la forma como el Órgano de Transparencia decidía los recursos de revisión, y en especial, los recursos de revisión relacionados con el problema de investigación, e identificar las decisiones más importantes que se hubieran proferido sobre dicho problema, que no eran fáciles de ubicar. Para concretar estos objetivos se acordó un cronograma de trabajo con los funcionarios de la ponencia del comisionado Francisco Acuña Llamas. Esto nos permitió iniciar la elaboración de un piloto de entrevista que, posteriormente, aplicaríamos a los secretarios de ponencia (los funcionarios de más alto nivel después de los comisionados, encargados de filtrar los casos y de orientar las decisiones). Perfilamos un cuestionario con 65 preguntas (Anexo C) base de las entrevistas semi-estructuradas que sostuvimos con los secretarios de ponencia del INAI. Entrevistamos a 12 secretarios de 6 de las 7 ponencias que integran el Órgano de Transparencia (a pesar de que lo intentamos, no pudimos entrevistar a los de la entonces comisionada presidenta Ximena Puente de la Mora). A partir de las respuestas obtenidas, tuvimos una visión de primera mano sobre la forma en que estos funcionarios entendían y resolvían este tipo de problemas.

Para la identificación de la información relevante en el caso colombiano, también realizamos dos entrevistas con personas clave: Catalina Botero Marino, ex-relatora especial para la libertad de expresión de la OEA y Vivian Newman Pont, para entonces subdirectora de la ONG Dejusticia, ambas expertas en la materia. No tenía sentido aplicar una entrevista similar a la aplicada en México con funcionarios de la Corte colombiana por una cuestión de especialidad: los magistrados auxiliares (posible equivalente de los secretarios de ponencia) no son expertos en temas de transparencia y protección de datos personales, y por el poco volumen de casos

relacionados con el problema de investigación era probable que pocos de ellos los conocieran o hubiesen participado en la resolución de algunos ellos. Optamos por entrevistar a dos expertas y orientar las entrevistas por cuestiones problemáticas de la articulación normativa de los derechos fundamentales de base en Colombia. Finalmente, dado el conocimiento del autor sobre la forma en que funciona la Corte Constitucional colombiana, de la cual fue funcionario judicial en dos ocasiones, se consideró innecesario adelantar un ejercicio de inmersión similar al adelantado en el Órgano de Transparencia mexicano.

La información conseguida por estas dos vías (casos y entrevistas) constituye la fuente principal para el diagnóstico del problema *concreto* de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Este problema puede ser abordado como un problema teórico, como efectivamente lo hacemos en el capítulo I, pero desde el principio de la investigación era claro que esto no bastaba, y que era indispensable apalancarlo en las prácticas judiciales y administrativas de los países bajo estudio, como lo hacemos en el capítulo III. Tanto es así, que es el análisis de la casuística el que determina los elementos del método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado: la preeminencia del sistema regla-excepción y de la Legislación para su definición, y la importancia de la dogmática constitucional para resolver los casos de excepción cuando se presentan fallas dogmáticas o cuando son necesarios ejercicios de ponderación.

El acento que se pone en los elementos de dogmática constitucional, a los que se dedican los últimos 3 capítulos de la tesis, están justificados en los hallazgos del análisis de la casuística y en la información que arrojaron las entrevistas. En este sentido, esta es una tesis de derecho constitucional, de dogmática específica de los derechos fundamentales concurrentes en el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, pero con un especial énfasis en las prácticas jurídicas existentes. La aproximación a la dogmática constitucional que proponemos no tiene la pretensión de ser una mera exploración teórica con valor *per se*, sino que está orientada por dos criterios de orden práctico: resolver las llamadas fallas dogmáticas advertidas en el análisis de la casuística y aportar elementos para la formulación de argumentos constitucionales más persuasivos, sobre todo, al momento de desatar los ejercicios de ponderación, inevitables para resolver el mentado problema en casos excepcionales.

La centralidad de lo empírico, sobre todo para el (mejor) diagnóstico del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, sin embargo, no implica una lectura reductora del problema de investigación. La tesis también tiene la pretensión de hacer una lectura del problema en el plano teórico. Para esto, se emplea una metodología de análisis biblio-hemerográfico sobre tres temas generales: la(s) dicotomía(s) de lo público y lo privado, la Teoría de los principios, en especial en la versión canónica defendida por R. Alexy y la dogmática de los derechos fundamentales que están a la base de este tipo de problemas. Esto, bajo la premisa de que dichos temas eran útiles para el diagnóstico y solución del problema tantas veces indicado.

En el caso de la dogmática de los derechos fundamentales intentamos identificar la mayor cantidad de fuentes secundarias en los países bajo estudio, con el fin de privilegiar una revisión de las lecturas locales de estos derechos. En este caso es sorprendente la diferencia en la producción de literatura secundaria entre los países bajo estudio. En México, a partir del año 2002, hay una suerte de explosión de producción biblio-hemerográfica en la materia, situación que revela el lugar privilegiado del tema en la agenda nacional mexicana y en la de su investigación jurídica. En Colombia, por su parte, la producción literaria sobre este tema es prácticamente inexistente, con algunas valiosas excepciones; los artículos o libros que tengan una relación relevante con este tema se cuentan con los dedos de las manos.

Por último, el ejercicio de extracción, disección y presentación de los elementos teóricos más relevantes de estos tres temas generales, está articulado en función de otro de los elementos que definen la investigación en términos metodológicos: el ejercicio de derecho comparado entre Colombia y México. Para el caso del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, la selección de los dos extremos de la comparación obedece a las preferencias del autor, por haberse formado profesionalmente como abogado en el ámbito jurídico colombiano y por haber tenido la fortuna de entrar en contacto con el ámbito jurídico mexicano, a partir del año 2005, por cuestiones de curiosidad académica primero y de carácter vital después.

En todo caso, la razón de esta selección descansa en que ambos países hacen parte de la tradición del derecho de corte “romano-germánico”, donde el derecho legislado sigue siendo fuente primordial. Ambos han tomado partido por la supremacía de la Constitución y la centralidad de los derechos fundamentales en la interpretación y operación de su sistema jurídico. Ambos comparten su pertenencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente influyente en este tema, no sólo a través de los informes de la Comisión IDH y de las sentencias de la Corte IDH, sino por la existencia de la *Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública*. Y, sobre todo, porque ambos países han adoptado la legislación relevante en términos muy cercanos, tanto por su contenido, como por su oportunidad. Todas estas razones, consideramos, facilitaban el ejercicio comparativo a partir de los énfasis y los silencios, justo donde los detalles revelan su utilidad.

3. Breve descripción del capitulado

Esta tesis está compuesta por siete capítulos. En los tres primeros describimos el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, a partir de tres aproximaciones diferentes: una teórica, una desde el derecho legislado y una casuística. En el cuarto, se presenta la propuesta de método para resolver dicho problema. En los últimos tres capítulos se desarrollan algunos elementos de dogmática constitucional, útiles para el desahogo del método propuesto: un estudio de la noción “información personal”, y de los derechos fundamentales a la protección de la vida privada y de los datos personales, y al acceso a la información pública.

La extensión de los capítulos oscila entre 18.000 y 28.000 palabras (incluyendo las notas al pie). Cada capítulo está concebido, a la vez, como un texto dependiente del conjunto y como un texto independiente. Esto bajo la idea de que lectores interesados sólo en alguno de los temas obtengan mayor provecho con lecturas parciales. Esto mismo puede ocurrir según el interés local de los lectores; como se trata de un trabajo de derecho comparado, el tratamiento por país de la mayoría de los temas está separado por secciones, de tal forma que el lector pueda “saltar” según su especial interés, ya por el caso mexicano, ya por el caso colombiano. Nada de esto supone que el documento sea el resultado de una agregación de temas deshilvanada. El hilo conductor de los capítulos es la caracterización del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado y de las alternativas tendientes a su solución, la trenza es la comparación entre la experiencia de los dos países estudiados. Esto no deja de ser así incluso en los últimos capítulos, que tienen un énfasis más teórico, pero que no por ello dejan de estar orientados por los elementos característicos de dicho problema y por la alternativa de solucionarlo a partir de argumentos sobre los derechos fundamentales en clave constitucional.

En el primer capítulo se describen dos concepciones teóricas de uso recurrente para entender y resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado: la dicotomía público-privado (que lo entiende como un problema de criterios clasificatorios) y la Teoría de los principios (que lo entiende como una colisión de derechos fundamentales que impone ejercicios de ponderación). A la pretensión descriptiva del capítulo se suman algunos apuntes críticos orientados a señalar las limitaciones de estas concepciones teóricas para resolver el problema señalado.

En el segundo capítulo se describe la forma en que el Legislador (en sentido amplio) tanto en Colombia, como en México, ha intentado resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La descripción es cronológica e inicia con las primeras leyes de acceso a la información pública expedidas en los países bajo estudio, en 1985 en Colombia y en 2002 en México, y concluye con la expedición de las leyes vigentes en la materia, de 2014 la colombiana y de 2015 la mexicana. El hilo conductor de la descripción es la pregunta por la forma en que el Legislador ha intentado resolver el problema de la publicidad de la información en poder del Estado, y si lo ha hecho con la pretensión de armonizar las reglas de transparencia, con las de protección de la vida privada.

En el tercer capítulo se describe la forma en que las autoridades, en especial, la Corte Constitucional en Colombia, y el Órgano Nacional de Transparencia en México han resuelto el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La descripción está orientada por la identificación de los criterios determinantes en el diagnóstico y solución de dicho problema. El capítulo sirve de base empírica de la tesis y cumple la función de apalancar, en la práctica judicial y administrativa, la reflexión teórica, tanto de las concepciones para la solución del problema, como de los elementos de dogmática de los derechos fundamentales. Todo ello bajo el principio de que las cuestiones teóricas son relevantes sólo y en tanto faciliten la solución del problema.

En el cuarto capítulo, que funge como el eje articulador de la tesis, se presenta una propuesta de método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esta propuesta es una construcción *ad hoc* basada en la integración de las aproximaciones al referido problema desarrolladas en los tres capítulos anteriores. Es un método sensible a las particularidades del derecho positivo de los casos bajo estudio (Colombia y México) que operan con esquemas diferentes de regla-excepción. El método propuesto tiene dos momentos, el primero, estático, que supone que los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado pueden ser resueltos, en la mayoría de los casos, con el sistema regla-excepción, en tanto sistema constitucionalmente justificado. El segundo, dinámico, que acepta que en algunos casos el sistema regla-excepción es inadecuado en términos constitucionales, por lo que es necesaria una interpretación constitucional correctora. Esto último, se resalta, sucede de forma excepcional en dos tipos de casos. El primero, cuando se advierten fallas en la narrativa constitucional y sea necesario corregirlas con una narrativa constitucional más persuasiva. Identificamos al menos ocho tipos de estas fallas en el análisis empírico que aquí se sistematizan y se hacen explícitas como fallas dogmáticas. Y el segundo, cuando se advierta la necesidad de alterar la regla de prelación del sistema regla-excepción y sea necesaria una ponderación; evento en el cual se defiende la tesis de su excepcionalidad y de la necesidad de hacerla más simple. El capítulo concluye con la necesidad y la importancia de la dogmática de los derechos fundamentales a la protección de la vida privada, de los datos personales y al acceso a la información pública, para poder conducir de mejor manera la interpretación constitucional correctora (ya para efectos de mejorar la narrativa constitucional, ya para efectos de formular los argumentos de la ponderación) objeto del segundo momento del método propuesto.

En el quinto capítulo se describen y critican diferentes aspectos relacionados con el constructo “información personal”. La centralidad de este término para el diagnóstico y solución del problema apunta a su importancia dogmática constitucional *qua* objeto protegido de los derechos fundamentales de base. El capítulo plantea una propuesta de solución para las fallas dogmáticas relacionadas con la confusión entre dato personal y deber de confidencialidad y con la incidencia de las dicotomías público-privado, advertidas en el análisis de la casuística. Esto, a partir de tres grandes subtemas: a) los problemas ligados a la definición de “datos personales” adoptada en los países estudiados, en donde abordamos las implicaciones de una definición de corte maximalista y basada en el criterio de la posibilidad de identificar a las personas; b) la descripción de dos teorías alternas a la definición de información personal, con las cuales desestimamos la fatalidad de adoptar posturas maximalistas de la definición de la información personal. Y finalmente, c) la presentación de argumentos a favor y en contra de la posibilidad y de la utilidad de las clasificaciones de la información personal, acompañados de la descripción de las dos tipologías de clasificación de información personal más recurrentes en la práctica (pública-privada y sensible-no sensible).

En el sexto capítulo se adelanta una descripción de corte analítico de los derechos fundamentales a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales. Reconocida la estrecha

relación que los caracteriza, el capítulo intenta su deslinde a partir de la dogmática constitucional, mediante un ejercicio de comparación y de distinción entre el objeto, el ámbito y la fundamentación de dichos derechos. El capítulo propone una solución a las fallas dogmáticas relacionadas con la confusión entre ambos derechos, advertidas en el análisis de la casuística. En relación con el objeto, se destaca la existencia de obligaciones comunes (el deber de confidencialidad de la información personal-íntima) pero también la diferencia en su extensión. En relación con el ámbito se destaca la relevancia de la expresión tratamiento (de información personal) como elemento distintivo entre ambos derechos. En este punto se presentan los argumentos sobre las dos posturas interpretativas de la expresión tratamiento: la extensiva y la restrictiva, críticas para definir el diferente alcance del derecho a la protección de datos personales en México y en Colombia. Por último, en relación con la fundamentación se presentan cuatro criterios interpretativos del deber de proteger la información personal a partir de diferentes concepciones de los derechos: el secreto, el control, la participación y la protección adecuada. Una vez descritos, el capítulo concluye con un recuento de su aplicación en Colombia y en México, y de sus implicaciones para entender, justificar y resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

Finalmente, en el séptimo capítulo se describen algunos elementos dogmáticos del derecho de acceso a la información pública. Se defiende la tesis de la vocación regulatoria de este derecho sobre la información personal poseída por el Estado y se propone una solución a las fallas dogmáticas relacionadas con: el titular universal anónimo del derecho y la irrelevancia de su interés, la lectura reductora del fundamento del derecho al interés público y la ambigüedad de la expresión “información pública”. En relación con el objeto, se desarrolla la tesis según la cual la información personal puede ser objeto de dicho derecho y la forma como se concreta dicha tesis en Colombia y en México. En relación con el ámbito del derecho, se reconoce la insuficiencia del criterio formal, propio del principio de máxima publicidad, y se enfrenta el problema de la extensión de lo público. A partir de cuatro marcadores: el interés público, lo público como lo estatal, lo meramente poseído por el Estado y las publicidades excluidas, proponemos una definición del ámbito del derecho que dialoga con las prácticas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de los países bajo estudio. Por último, en relación con la fundamentación del derecho presentamos cinco criterios interpretativos: democrático, del estado de derecho, de la gobernanza, de la transparencia y de la libertad instrumental, y concluimos con una descripción de su operación en los países bajo estudio, y de las implicaciones de optar por uno de ellos para efectos de comprender y resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

En suma, esta tesis tiene tres grandes segmentos. El primero dedicado al diagnóstico del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (tres primeros capítulos). El segundo dedicado a la propuesta de un método para su solución, con énfasis en la dogmática constitucional de los derechos fundamentales concurrentes (cuarto capítulo). Y el último dedicado a desarrollar una dogmática *ad hoc* para la solución del mentado problema (tres últimos capítulos). La tesis está tejida a partir de reflexiones que van de lo teórico a lo práctico y

viceversa, de la teoría del derecho constitucional a las prácticas constitucionales localizadas en Colombia y México, y defiende la apuesta de enfrentar el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado a partir de un método que hecha mano de la dogmática de los derechos fundamentales y que insiste en revitalizar su importancia para el derecho constitucional contemporáneo.

·∞·

Capítulo I

1. Concepciones teóricas sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

La comprensión y el diagnóstico del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado ha girado en torno a dos concepciones teóricas. Estas concepciones han jugado un papel determinante en la forma de presentar y de caracterizar este problema. La primera, inspirada en la filosofía política, está relacionada con las diferentes funciones de las dicotomías de lo público y lo privado. En términos muy generales, a partir del uso de estas dicotomías, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado puede ser entendido como un problema de clasificación y debe resolverse a partir de marcadores de distribución entre las esferas de lo público y de lo privado. La segunda concepción, elaborada por la teoría del derecho constitucional, está relacionada con una forma de entender este problema a partir de los derechos fundamentales de base, entendidos como normas-tipo-principios. En términos muy generales, a partir del uso de esta teoría, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado puede ser entendido como un caso de colisión entre derechos fundamentales que debe resolverse mediante ejercicios de ponderación.

Estas formas de entender el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado nos lleva a rotularlas como “concepciones” porque son, en últimas, formas de entender, de expresar y de representar dicho problema. Entre ellas no existe una relación de jerarquía o de prevalencia, ni tampoco una relación excluyente. Por lo general, tanto el diagnóstico como la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, suelen abreviar en elementos de estas dos concepciones.

En el presente capítulo describiremos en qué consiste cada una de estas concepciones, qué elementos teóricos ofrecen y cómo entienden el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. A partir de la presentación de sus elementos, exploraremos de qué forma y en qué medida estas concepciones ofrecen alternativas para resolver dicho problema y por qué consideramos que, por sí mismas, son insuficientes para lograrlo.

En primer lugar, nos ocuparemos del origen y el carácter de la dicotomía, y de sus diversas manifestaciones; y describiremos a su vez las posibles relaciones entre las dicotomías y la información personal en poder del Estado como objeto de regulación (1.1). En segundo lugar, describiremos algunos elementos de la Teoría de los principios, con base en la versión

“canónica” de R. Alexy, en especial, lo relacionado con el concepto de principio y su relación con el concepto de derecho fundamental; con lo cual nos aproximaremos a los derechos de acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de los datos personales, desde una perspectiva problemática (1.2). La breve presentación de estas dos concepciones busca hacer explícitos algunos constructos teóricos que, a la vez que revelan su utilidad para diagnosticar el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, nos permiten problematizar sobre su idoneidad para ello y nos allanan el camino para la identificación de un método para su solución, objeto central de esta investigación.

1.1 El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado a partir de la dicotomía público-privado

1.1.1 Origen y carácter de la dicotomía público-privado

La dicotomía público-privado tiene una función constitutiva de las esferas de la vida social. Es una forma de organizar el mundo¹ y hace parte de todo esfuerzo civilizatorio². Constituye y permite el mantenimiento de distintos espacios en el sentido literal y figurado de la palabra, y opera como un dispositivo que estructura distintas dimensiones de la actividad humana³.

¹ Bobbio inicia su opúsculo “La Gran Dicotomía Público/Privado” con esta cita: “Mediante dos fragmentos ampliamente comentados del Corpus Iuris [Instituciones, I, 1, 4; Digesto, I, I, 1, 2], que definen con palabras idénticas respectivamente el derecho público y el derecho privado –el primero “*quod ad statum rei romanae spectat*” [lo que se refiere a la condición del Estado romano], el segundo “*quod ad singulorum utilitatem*” [lo que atañe a la utilidad del individuo]-, la pareja de términos público/privado ingresó en la historia del pensamiento político y social de Occidente, a través de un uso constante y continuo, sin cambios sustanciales, y terminó por volverse una de las “grandes dicotomías.”” En: Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad, por una Teoría General de la Política* (José Fernández Santillán trad.) México, FCE, 1989, p. 11. Afirmación que podría dar lugar a una interesante discusión sobre el origen “clásico” o “moderno” de la función constitutiva de la dicotomía. En contra, al parecer, Habermas: “Durante la Edad Media europea, la contraposición jurídica romana de *publicus* y *privatus*, aun cuando utilizable no es obligatoria. Precisamente el precario intento de aplicar esas nociones a las relaciones jurídicas de señorío y propiedad de la tierra proporciona indicios involuntarios de que no se dio una contraposición entre publicidad y esfera privada según el modelo antiguo (o moderno).” Habermas, Jürgen, *Historia y Crítica de la Opinión Pública, la Transformación Estructural de la Vida Pública* (Antoni Domènech trad.) Barcelona, Gustavo Gili, 1981, p. 44.

² Norbert Elias en *The Civilizing Process* afirma: “In other words, with the advance of civilization the lives of human beings are increasingly split between an intimate and a public sphere, between secret and public behavior. And this split is taken so much for granted, becomes so compulsive a habit, that it is hardly perceived in consciousness.” Citado por Weintraub, Jeff, *The Theories and Politics of the Public/Private Distinction*. En: *Public and Private in Thought and Practice* (Jeff Weintraub y Krishan Kumar eds.) Chicago, Chicago University Press, 1997, pp. 1-42, 20.

³ Arendt, Hannah, *La Condición Humana* (Ramón Gil Novales trad.) Bogotá, Paidós, 2005, p. 52 “El nacimiento de la ciudad estado significó que el hombre recibía “además de su vida privada una especie de segunda vida, su *bios politicos*. Ahora todo ciudadano pertenece a dos órdenes de existencia, y hay una tajante distinción entre lo que es suyo (*idion*) y lo que es comunal (*koinon*)” (cita a *Paideia* de Werner Jager). En un sentido similar, Gavison, Ruth, *Feminism and the public/private distinction*. En: *Stanford Law Review*, vol. 45, núm 1, nov. 1992, pp. 1-45, 4 “One important invocation of the public/private distinction separates realms of life. Here, a distinction is drawn between the political realm (involving decision which concern the welfare of all) and the realms of family and market (involving decisions to promote private interests).”

La dicotomía público-privado es funcional a la configuración de distintas esferas a partir de ciertos diseños institucionales. Así lo plantea M. Walzer en su teoría de la igualdad compleja, al describir las instituciones de las sociedades occidentales modernas bajo la metáfora de las esferas de la vida social⁴. En cada esfera diferentes bienes sociales son objeto de distribución bajo reglas apropiadas. La adecuada distribución de estos bienes y la coexistencia armónica de las esferas es lo que determina la posibilidad de una “igualdad compleja”, propia de las sociedades contemporáneas. Entre los ejemplos de las esferas de la vida social que desarrolla Walzer destacamos tres: la esfera de la familia⁵, la de los sentimientos religiosos⁶ y la del mercado⁷. Así, el papel del ser humano en las distintas esferas, desde la relación de pareja, hasta la del ejercicio del poder público en el contexto institucional del Estado, está prefigurado por reglas que se pueden reconducir a las manifestaciones de la dicotomía⁸. Estas reglas hacen parte de un complejo ensamble institucional que a la vez que configura los espacios y las formas de interacción, es reconfigurado por la acción de los actores sociales⁹.

⁴ Walzer, Michael, *Las Esferas de la Justicia, Una Defensa del Pluralismo y de la Igualdad*. México, FCE, 1993.

⁵ *Ibíd.*, p. 249 “La igualdad como la intimidad han sido las consecuencias de la libertad en el amar.” p. 242-3 “[D]ejamos el cumplimiento de los principios pertinentes a los miembros de la familia, por más que a menudo las consecuencias sean poco felices. Nos negamos a que los funcionarios gubernamentales se inmiscuyan a fin de asegurar, pongamos por caso, que todos (o nadie) reciba un abrigo de colores. Sólo cuando las distribuciones familiares menoscaban las ventajas de la pertenencia y la beneficencia comunitarias, se requiere de intervenciones, como en el caso de los niños desamparados, digamos, o de las esposas maltratadas.” p. 245 “La respuesta de los sindicatos y reformadores a las condiciones descritas por Engels fue más que defensiva. Querían salvar a la familia y tal es el propósito de buena parte de la legislación fabril en el siglo XIX. Las leyes para el trabajo infantil, la jornada laboral más corta, las restricciones al trabajo que las mujeres pudieran realizar: todo ello fue pensado para proteger los lazos familiares ante el mercado, para delimitar cierto espacio, para liberar cierto tiempo mínimo en beneficio de la vida doméstica. (...) La familia sentimental es la primera forma que adquiere la distribución del parentesco y el amor, al menos en Occidente, una vez que el ámbito doméstico y la economía fueron separados.”

⁶ *Ibíd.*, p. 256. “La Primera enmienda [de la Constitución de los EEUU, relativa a la libertad religiosa] es una regla de igualdad compleja. No distribuye la gracia igualmente, y de hecho no la distribuye en absoluto. Con todo, el muro que erige genera delicados efectos distributivos. Desde la perspectiva religiosa, conduce al sacerdocio de todos los creyentes, es decir, deja a todos los creyentes a cargo de su propia salvación. Pueden reconocer la jerarquía eclesiástica que quieren, mas otorgar o denegar tal reconocimiento depende sólo de ellos, no se les impone legalmente ni los obliga a nada. Desde la perspectiva política, el muro favorece la igualdad entre los creyentes y los no creyentes, entre santos y libertinos, entre los redimidos y los condenados: todos son igualmente ciudadanos, y poseen el mismo conjunto de derechos constitucionales. La política no predomina sobre la gracia ni la gracia sobre la política.”

⁷ *Ibíd.*, p. 252.

⁸ Friedland, Roger y Alford, Robert, *Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions*. En: *The New Institutionalism in Organizational Analysis* (Walter Powell y Paul DiMaggio eds.) University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 232-267, 249-50 “Each of the most important institutional orders of contemporary Western societies has a central logic – a set of material practices and symbolic constructions- which constitutes its organizing principles and which is available to organizations and individuals to elaborate. The institutional logic of capitalism is accumulations and the commodification of human activity. That of the state is rationalizations and regulation of human activity by legal and bureaucratic hierarchies. (...) That of the family is community and the motivation of human activity by unconditional loyalty to its members and their reproductive needs. (...) These institutional logics are symbolically grounded, organizationally structured, politically defended, and technically and materially constrained, and hence have specific historical limits.”

⁹ *Ibíd.*, p. 243. “Institutions must be reconceptualized as simultaneously material and ideal, systems of signs and symbols, rational and transrational. Institutions are supraorganizational patterns of human activity by which

Para Walzer cada dimensión está construida por distintas reglas de circulación de información y de distribución de bienes¹⁰. Estas reglas son sensibles a su caracterización social como públicas o privadas. Esferas, espacios, dimensiones, son expresiones sustituibles por la idea del contexto. El ser humano adecua su conducta dependiendo de la esfera, el espacio o la dimensión en que se encuentre. Una obviedad. El ser humano es sensible al contexto: y el contexto está constituido, desde el punto de vista más general posible, por las ideas de lo público y lo privado.

La consolidación del Estado moderno bajo la forma del Estado liberal está ligada a la institucionalización de los escenarios de lo público y lo privado, como espacios diversos, separados y susceptibles de frontera¹¹. Por un lado, está la dinámica del poder estatal y de los asuntos estatales como escenario de lo público¹². Por el otro, la dinámica de los poderes individuales y de los asuntos del individuo como escenario de lo privado¹³. En este sentido, la dicotomía público-privado es una herencia de la modernidad, del liberalismo y de la consolidación del Estado moderno. A pesar de las críticas que puedan formularse al programa político de la modernidad desde distintas orillas y corrientes del pensamiento¹⁴, las ideas de lo público y de lo privado siguen operando una función constitutiva de la política y de la forma en que entendemos las relaciones entre individuos y entre individuo y Estado, y mas aún, siguen operando una función constitutiva de los escenarios y los espacios en donde esas relaciones tienen lugar y cobran existencia específica.

individuals and organizations produce and reproduce their material subsistence and organize time and space. They are also symbolic systems, ways of ordering reality, and thereby rendering experience of time and space meaningful.”

¹⁰ Walzer, *Las Esferas... op., cit.*, p. 328 “Los sistemas de beneficencia y los mercados, los cargos y las familias, las escuelas y los Estados son operados en arreglo a distintos principios, y así deberían serlo.”

¹¹ Mill, John S., *De la Libertad, del Gobierno Representativo, la Esclavitud Femenina* (Pablo Lucas Verdú trad.) Madrid, Tecnos, 1965, p. 51 “[H]ay una esfera de acción en la que la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto; ésta comprende aquella parte de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que a ella misma (...) Al hablar de lo que se refiere exclusivamente a la persona entiéndase lo que se refiere a ella inmediatamente (...) Comprende desde luego el dominio del fuero interno, exigiendo la libertad de conciencia en su sentido más amplio, la libertad de pensar y sentir la libertad absoluta de opiniones y sentimientos sobre toda cuestión práctica, especulativa, científica, moral o teológica.”

¹² Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad... op., cit.*, p. 34 “La historia del poder político entendido como poder abierto al público puede hacerse comenzar desde Kant, quien considera como “*fórmula trascendental* del derecho público” el principio de acuerdo con el cual “todas las acciones referentes al derecho de otros hombres, cuya máxima no es compatible con la publicidad, son injustas.”

¹³ Mill, *De la Libertad... op., cit.*

¹⁴ Kennedy, Duncan, The Stages of the Decline of Public Private Distinction. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 1349-1357 (lúcida crítica de las fronteras borrosas de lo público y lo privado a partir de algunos ejemplos en los usos de la dicotomía que hacen inútil la distinción). Pateman, Carole, Críticas feministas a la dicotomía público/privado (Carme Castells trad.) En: *Perspectivas Feministas en Teoría Política* (Carme Castells, comp.) Barcelona, Paidós, 1996, pp. 2-23 (síntesis de las críticas feministas a la dicotomía como dispositivo reductor de la escena de lo político). Armstrong, Chris y Squires, Judith, Beyond the public/private dichotomy: relational space and sexual inequalities. En: *Contemporary Political Theory*, vol. 1, núm. 3, 2002, pp. 261-283 (crítica desde la geografía política a la dicotomía como dispositivo opresor, funcional a la creación ideológica de los espacios).

La idea de dos espacios o dos escenarios que se superponen o se oponen, se comunican o no se tocan, descansa sobre distintos usos de la dicotomía público-privado mediante el uso de la metáfora espacial¹⁵. Según esta metáfora, lo público y lo privado se construyen a partir de la delimitación de ciertas esferas que funcionan como ordenadoras políticas del espacio. El arraigo de la metáfora para caracterizar la dicotomía público-privado es difícil de cuestionar. Desde el plano más elevado de la filosofía política hasta las prácticas más ordinarias de los sistemas jurídicos contemporáneos, la dicotomía en la forma de la metáfora espacial despliega su poder ordenador del mundo.¹⁶ Según H. Arendt:

“El significado más elemental de las dos esferas indica que hay cosas que requieren ocultarse y otras que necesitan exhibirse públicamente para que puedan existir. Si consideramos estas cosas, sin tener en cuenta el lugar en que las encontramos en cualquier civilización determinada, veremos que cada una de las actividades humanas señala su propio lugar en el mundo.”¹⁷

La dicotomía de lo público y lo privado, expresada en la metáfora de las esferas despliega su poder mediante dos estrategias. La primera, propia de toda dicotomía, es la polaridad, la relación excluyente de los dos términos al momento de caracterizar los elementos de un universo¹⁸. De esta característica se deriva su posibilidad clasificatoria total. Esto es, la posibilidad de cerrar las alternativas clasificatorias de elementos relevantes para un universo según la lógica binaria: x es público o es privado, es imposible una tercera opción. Y la segunda, opera mediante la formulación de la metáfora espacial. A partir de esta estrategia, la dicotomía perfecciona una serie de marcadores para la identificación y clasificación de los fenómenos mediante la práctica sencilla de “ubicarlos” en una o en otra de las esferas, según las manifestaciones específicas de la dicotomía.

1.1.2 Manifestaciones específicas de la dicotomía público-privado

Existen distintas formas en que la dicotomía se manifiesta. Gavison identifica al menos 3 “sentidos” de la distinción público-privado: accesible-inaccesible, libertad-interferencia y sociedad-individuo. La combinación de estos tres da lugar a significados por agregación o

¹⁵ La forma en que expresamos el mundo descansa sobre la aceptación de un grupo limitado de metáforas. Borges, Jorge Luis, *Arte Poética: Seis Conferencias*. Barcelona, Crítica, 2001, p. 58 “aunque existan cientos y desde luego miles de metáforas por descubrir, todas podrían remitirse a unos pocos modelos elementales.”

¹⁶ Lakoff, George y Johnson, Marck, *The Metaphors we Live by*. Chicago, Chicago University Press, 2003. “Metaphors have entailments through which they highlight and make coherent certain aspects of our experience. A given metaphor may be the only way to highlight and coherently organize exactly those aspects of our experience. Metaphors may create realities for us, especially, social realities. A metaphor may thus be a guide for future action. Such actions will, of course, fit the metaphor. This will, in turn, reinforce the power of the metaphor to make experience coherent.”

¹⁷ Arendt, *La condición... op., cit.*, p. 88.

¹⁸ La relación lógica entre los conceptos público y privado es variable. Pero en el uso más aceptado de la metáfora de las esferas la relación es de independencia (en teoría de conjuntos equivale a la existencia de dos conjuntos diferentes) o de exclusión (los términos pertinentes pertenecen a uno de los conjuntos o al otro, *tertium non datur*). Sobre estas ideas: Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad... op., cit.*

complejos¹⁹. Rabotnikof, identifica igualmente tres “criterios heterogéneos”: colectivo-individual, visibilidad-ocultamiento y apertura-clausura²⁰. Weintraub precisa cuatro “aproximaciones”: desde la economía neoclásica que resalta la oposición Estado regulador-mercado, desde el republicanismo con la dupla colectivo-individual, desde la sociología con la oposición sociabilidad-aislamiento y desde el enfoque feminista con la oposición Estado-familia²¹. Bobbio se concentra en la que él llama la “gran dicotomía” a partir de la distinción de origen romano entre derecho público-derecho privado, cuyo criterio central es el de utilidad común-utilidad singular; esta “gran dicotomía” se desdobra en otros criterios: sociedad de iguales-sociedad de desiguales, ley-contrato, justicia distributiva-justicia conmutativa; y, por otra parte, según el mismo Bobbio, estaría el par manifiesto-secreto, en un “contexto” y “sistema de ideas” diferente²². En lo que sigue describiremos cuatro manifestaciones de la dicotomía: lo colectivo y lo personal, el Estado y el individuo, el espacio abierto y el espacio cerrado, y lo visible y lo secreto.

1.1.2.1 Lo colectivo y lo personal

El criterio de lo público-privado es el mismo que subyace a la oposición entre lo colectivo y lo personal, entre el todo y su parte, entre el cuerpo y la célula. A partir de esta correlación se articula el interés general, aquello que afecta a todos, que a todos involucra o concierne, como interés público; y el interés particular, que sólo atañe a una persona o grupo de personas, que sólo a ellas involucra y concierne, como interés privado²³. En un sentido similar, para Rabotnikof es la asociación de lo público con lo colectivo la que da lugar a la conexión con lo político²⁴, lo público se disuelve en lo político y lo caracteriza. Se presenta una transferencia de significado de uno hacia el otro en una corriente cuya dirección es difícil de advertir.

Siguiendo este criterio, los economistas han construido una particular clasificación de los bienes, a partir de su condición de apropiabilidad, en bienes públicos, que por su calidad de inapropiables

¹⁹ Gavison, *Feminism and the... op., cit.*

²⁰ Rabotnikof, Nora, La dicotomía público-privado. En: *Debate Feminista*, año 9, vol. 18, octubre 1998, pp. 3-13.

²¹ Weintraub, *The Theories and Politics... Op., cit.*

²² Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad... op., cit.*

²³ Hirschman, Albert, *Interés Privado y Acción Pública* (Eduardo Suárez trad.) México, FCE, 1986, p. 15 “[E]n un contexto más moderno, distingo aquí entre dos variedades de la vida activa: la vida activa tradicional que se ocupa por entero de los asuntos públicos, y la otra es la búsqueda de una vida mejor para uno mismo y su familia, entendiéndose “mejor” primordialmente en términos de mayor bienestar material. Por supuesto, éste es ahora el sentido común del contraste existente entre la búsqueda del interés público y la atención de los intereses privados.” Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad... op., cit.*, p. 14 “[E]l criterio fundamental sigue siendo el de los diversos sujetos a los que se puede referir la noción general de *utilitas* [utilidad]: al lado de la *singulorum utilitas* [la utilidad de los individuos] no debe olvidarse la célebre definición ciceroniana de *res publica*, de acuerdo con la cual es una “cosa del pueblo” cuando por pueblo no se entiende cualquier agregación de hombres sino una sociedad que se mantiene integrada no sólo por vínculos jurídicos, sino por la “utilitas comuniones” [utilidad común]”

²⁴ Rabotnikof, *La dicotomía... Op., cit.*, p. 4 “Es también en este primer sentido que el adjetivo “público” se vuelve progresivamente sinónimo de “político” (en su doble dimensión: político-estatal y público-político-no estatal)”

y por su imposibilidad de ser consumidos y extinguidos, son bienes que están abiertos al goce de todos (el aire puro, un mercado abierto) y los bienes privados, que por su condición de apropiables y consumibles, son bienes exclusivos, bienes privados²⁵.

1.1.2.2 El Estado y el individuo: los sujetos del poder

El criterio de lo público-privado suele intercambiarse por la gran pareja conceptual del pensamiento político moderno: el Estado y el individuo. El Estado será el depositario del poder público para la satisfacción de los intereses generales (en tanto conciernen a todos) y a su vez no podrá interferir en los derechos individuales de las personas, esto es, en las libertades que permitirán a las personas alcanzar la felicidad (ocuparse de intereses privados). Así, la forma jurídica de la oposición público-privado trae aparejado el reconocimiento de una esfera de libertad del individuo, donde lo privado se vincula con la idea de las libertades individuales negativas, y lo público se vincula con la actuación y el poder del Estado. La dicotomía está en el centro del modelo del Estado liberal de derecho y de las prácticas sociales impulsadas por la sociedad burguesa²⁶. La dicotomía, en efecto, juega un papel central en la caracterización de este modelo de Estado y de este tipo de sociedad.

El Estado y la familia aparecen como instituciones asociadas con la idea de lo público y lo privado respectivamente. El Estado como foro de decisiones se liga con lo público, en tanto las decisiones que allí se toman sujetan a todos los miembros de la comunidad política y en los Estados democráticos están legitimadas por la participación (al menos teórica) de dichos miembros. Lo público en el Estado es una manifestación institucional de lo colectivo²⁷. La familia es el foro de decisión privado por excelencia, en tanto las decisiones que allí se toman solamente sujetan a los miembros de la familia. Aquí lo privado es una manifestación institucional de lo particular.

La relación con el individuo²⁸ es lo que califica algo como privado, la relación con el Estado lo que la califica como público. Aquella atañe de forma exclusiva a la persona; esta atañe al Estado.

²⁵ Olson, Mancur, *The logic of collective action, public goods and the theory of groups*. Cambridge, Harvard University Press, 2002. Cornes, Richard y Sandler, Todd, *The theory of externalities, public goods and good clubs*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996. Gavison, Feminism and the... *Op., cit.*, p. 5

²⁶ Habermas, *Historia y Crítica... op., cit.*, p. 43 “[L]a publicidad pertenece específicamente a la «sociedad burguesa» que, por la misma época, se asentó como ámbito del tráfico mercantil y del trabajo social según sus propias leyes. Lo que no quita que pueda hablarse de lo «público» y de lo que no es público, de lo «privado», desde mucho antes”: se trata de categorías de origen griego que nos han sido transmitidas con impronta romana.”

²⁷ *Ibid.*, p. 42. “El Estado es la «administración pública». Debe el atributo de la publicidad a su tarea: cuidar del bien común público de todos los ciudadanos.”

²⁸ Gavison, Feminism and the... *Op., cit.*, p. 6 “Within the category of the individual, it becomes useful to draw some subdivisions. We can distinguish three concepts, all of which are identified as especially private in some contexts: that which is intimate, that which may be related to an individual’s self-identity or personhood, and that which is self-regarding, affecting only the individual (or his close and voluntary associates)”

En un sentido similar lo personal y concreto estaría ligado a lo privado, mientras lo institucional y lo abstracto a lo público.²⁹

Una de las vertientes de los usos originarios de la dicotomía está asociada con la relación excluyente de los dos términos de la dicotomía. Lo privado está asociado con lo negativo, con la privación, con la exclusión. Para Bobbio, público es el término fuerte de la dicotomía en tanto privado se define negativamente³⁰. Esta lectura lógica de la dicotomía tiene también un sentido político, un sujeto privado es un sujeto que está excluido de la esfera pública³¹ y en un sentido moderno, excluido de la función pública³².

Sin embargo, la versión de Bobbio sobre la gran dicotomía tiene una aproximación diferente. Desde la teoría del Estado, la idea de lo público está asociada no con la creación del Estado liberal, sino con la creación del Estado y en especial del Estado moderno. En este sentido, se puede hablar ya de poder público como poder político, sin necesidad de incluir la idea, esta sí liberal, de lo público como sometido a escrutinio del público: la idea de la publicidad burguesa caracterizada por Habermas. Para Bobbio:

“El poder político es el poder público en cuanto la gran dicotomía, aun cuando no es público, no actúa en público, se esconde del público, no está controlado por el público. Conceptualmente, el problema de la publicidad del poder siempre sirvió para mostrar la diferencia entre las dos formas de gobierno: la república, caracterizada por el control público del poder y en la época moderna por la formación libre de una opinión pública, y el principado, cuyo método de gobierno contempla el recurso a los *arcana imperii*, es decir, al secreto de Estado que en un Estado de derecho moderno solamente está previsto como remedio excepcional.”³³

1.1.2.3 Espacio abierto, espacio cerrado: la geografía del poder

²⁹ García Morente, Manuel, Ensayo Sobre la Vida Privada. En: *Estudios y Ensayos*. México, Porrúa, 1992, pp. 121-152 (publicado originalmente en la Revista de Occidente, enero y febrero de 1935) p. 123 “[L]a parte de nuestro ser que se comunica en el trato público es lo menos propio, lo menos peculiar, lo menos personal que hay en cada uno de nosotros. (...) En la relación pública no son dos vidas humanas reales las que entran en presencia y contacto, sino dos ejemplares cualesquiera de esas “especies” sociales, que son: el ciudadano, el funcionario, el profesional.” Rabotnikof, La dicotomía... *op., cit.*, p. 9 “Se distinguen (...) las instituciones abstractas y la esfera privada emocionalmente cargada, lo impersonal y lo personal.”

³⁰ Bobbio, citando a Forcellini “privatus qui in magistratu non est”, desarrolla su tesis según la cual, entre los dos el término público es el más fuerte de la dicotomía, en tanto el término privado se define “negativamente”. Bobbio, *Estado, Gobierno y Sociedad... op., cit.*, p. 12.

³¹ Arendt, *La condición... op., cit.*, p. 78

³² “El significado original de lo privado, corriente en los siglos XV y XVI, de acuerdo con el Oxford English Dictionary, era el de “quien no ocupa un cargo público ni una posición oficial”. Este término deriva en efecto del latín *privare*, o sea privar o despojar. (...) Así pues, un hombre privado solía encontrarse en el extremo más bajo de la escala social. En el caso de las mujeres se invertía el ordenamiento, ya que una fille publique, o “mujer pública”, ha sido desde hace largo tiempo uno de los numerosos sinónimos de una prostituta. Un tabú para las mujeres, la arena pública era el lugar al que pertenecían los hombres y donde adquirían distinción.” Hirschman, *Interés Privado... op., cit.*, p. 135. En el mismo sentido, la nota de Habermas, “En alemán se encuentra ya a mediados del siglo XVI la palabra *privat*, derivada de la latina *privatus*, y desde luego con la misma significación que habían adquirido *private* en inglés y *privé* en francés. Lo que quiere decir: sin oficio público.” Habermas, *Historia y Crítica... op., cit.*, p. 50.

³³ Bobbio, *Estado, Gobierno... op., cit.* p. 33-34.

Quizá la manifestación más ostensiva de la dicotomía sea la de su relación con los lugares y en general con el espacio. La dicotomía despliega su función constitutiva de forma poderosa al cualificar los lugares. Desde el ágora de los griegos, hasta el cuarto propio de Virginia Wolf. El criterio de lo público-privado es el de apertura-clausura³⁴.

Espacios abiertos a todos son espacios públicos; espacios cercados, exclusivos, son espacios privados³⁵. La dimensión espacial de la dicotomía permite la configuración de una geografía del poder que se constituye y se renueva en tanto los términos de la dicotomía se acoplan. La dicotomía permite una relación específica con el espacio, físico o figurado³⁶, según se trate de espacios públicos o privados. La plaza y el parque, abiertos a todos, son caracterizados como espacios públicos. El domicilio o la casa de habitación en tanto espacio reservado, es el espacio privado por antonomasia³⁷.

La *World Wide Web* es un interesante ejemplo de espacio público, en tanto espacio abierto a todos y no controlado por ningún agente. El lugar donde la información es accesible por todos, donde todos pueden participar a partir de un dispositivo y servicio de conexión, es el escenario público por excelencia de nuestra era³⁸.

³⁴Habermas, *Historia y Crítica... op., cit.*, p. 41 “«Públicas» llamamos a aquellas organizaciones que, en contraposición con sociedades cerradas, son accesibles a todos.” p. 45 “La dula es pública; el manantial, la plaza de mercado, son públicamente accesibles y de uso común, loci comunes, loci publici. Este «común» del que arranca la línea hacia el bien común o público (common wealth) está enfrentado a lo «particular» (Besondere). Este Besondere es lo separado, en un sentido de lo privado que con la equiparación de intereses particulares e intereses privados, aún proseguimos.”

³⁵ Trujillo, Constanza E., Del espacio público al espacio privado en la ciudad moderna. En: *Hacer visible lo visible: Lo privado y lo público* (Ignacio Abello comp.) Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 207-231, 212 “[L]o particular del espacio público y privado, en la ciudad moderna, es la voluntad expresa de distinguir estos espacios para fines precisos (...) es imprescindible distinguir entre lo privado como esfera cerrada, y lo público como esfera abierta. La primera, además de significar refugio y protección, también es identificada con el ámbito del exceso y la transgresión. La segunda, la esfera abierta pública ha estado determinada por reglas y pautas establecidas y poco más o menos respetadas.”

³⁶ Altman, Irwin, Privacy ‘A conceptual Analysis’. En: *Environment and Behavior*, vol. 8, núm. 1, marzo 1976, pp. 7-29.

³⁷ “[T]he house of every one is to him as his Castle and Fortress as well for defence against injury and violence, as for his repose” Coke, Edward, *Selected writings of Sir Edward Coke*, vol. 1 [1600]. (1604, Michaelmas Term, 2 James 1 In the Court of King’s Bench, Edward Coke, en el caso *Semayne*, sobre las condiciones para hacer efectiva una orden judicial dentro del domicilio del demandado) Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i--5> (consultado 28-02-18) Un buen ejemplo de este aforismo en acción, en el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S., 728 (1970) (El derecho de los usuarios de servicio postal de oponerse al envío de ofertas publicitarias con contenido sexual, incluida la supresión de la dirección postal del listado respectivo, es un límite legítimo a la libertad de expresión) p. 737 “Nothing in the Constitution compels us to listen to or view any unwanted communication, whatever its merit (...) The ancient concept that “a man’s home is his castle” into which “not even the king may enter” has lost none of its vitality, and none of the recognized exceptions includes any right to communicate offensively with others” Citado en: Wells Branscomb, Anne, *Who Owns Information? From Privacy to Public Access*. New York, Basic Books, 1994, p. 27.

³⁸ Jarvis, Jeff, *Public Parts, How Sharing in the Digital Age Improves the Way We Work and Live*. New York, Simon & Schuster, 2011, p. 8 “All [the] opportunities are made possible –and amplified and accelerated- by technology, by

En esta manifestación de la dicotomía hay una interesante conexión con la idea de lo sacro y lo profano. La santidad de la cosa, del hogar, del cuerpo humano como un territorio inviolable, exclusivo, no expuesto ni accesible. La idea de la pureza, el *noli me tangere*. El cuerpo y la mente del ser humano como lugares inexpugnables y en este sentido privados. Por oposición, lo profano o profanado es aquello que ha sido tocado, intervenido, expuesto; mediante la exhibición permanente, los museos, se dice han “institucionalizado el juicio profano”.

Hay lugares sin referente espacial. Como sucede con el foro de la opinión pública. Un espacio sin espacio. El resultado de una práctica colectiva convergente, propia de las democracias liberales: el espacio donde se debate sobre lo que interesa a la colectividad. El foro de la opinión pública es un espacio abierto³⁹. Por otra parte, está el espacio del tipo de comunicaciones que, por desarrollarse mediante canales exclusivos, no abiertos, ni con posibilidad de intervención de terceros, son llamadas propiamente comunicaciones privadas.

Bajo esta forma, se articula también una de las manifestaciones de la propiedad, ya sobre bienes de uso público, aquellos cuya posibilidad de uso está abierta a todos; ya sobre bienes de uso privado, cuya posibilidad de uso está definida por la voluntad de su titular y que incluye un “derecho universal de exclusión” frente a terceros.

1.1.2.4 La visibilidad, la secrecía: la episteme del poder

El que algo pueda ser conocido, visto, escuchado o percibido de cualquier forma nos indica una vinculación con lo público, como aquello que es ostensible, susceptible de escrutinio, verificable, visible. Lo público es lo que está exhibido expuesto, lo que está afuera. En este sentido transparente, perceptible, conocido, exhibido se alinea con lo público. En cambio, lo secreto, lo oculto, lo que se mantiene por fuera del alcance de los sentidos, de la vista o la percepción está ligado a la idea de lo privado⁴⁰. Lo privado es lo que se resguarda, lo que se mantiene adentro. Lo oscuro, lo reservado, lo inaccesible y lo inapropiado-para-los-ojos-del-público⁴¹ se alinea con

the internet, which is our new public place. (...) I'm coming around to that point of view, that the internet is a new layer on the world, perhaps a new society, or a path to a different and more public future.”

³⁹ Rabotnikof, Nora, *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2011. Jarvis, *Public Parts... op., cit.*, (en el contexto de una crítica a la visión restringida ¿elitista? de la esfera pública en Habermas y en consonancia con el mundo post-web 2.0; ver en especial, pp. 73-77) p. 76 “Meet the real public sphere. We're not neat and orderly or lofty and literary. We are many publics, and now you can hear our diverse multiple voices, more than could ever be heard in salons or through printing presses. I believe we are at the next step in a progression of our conception of the public.”

⁴⁰ Arendt, *La condición... op., cit.*, p. 87 “La distinción entre las esferas pública y privada, considerada desde el punto de vista de lo privado (...) es igual a la diferencia entre cosas que deben mostrarse y cosas que han de permanecer ocultas (...) resulta sorprendente que desde el comienzo de la historia hasta nuestros días siempre haya sido la parte corporal de la existencia humana lo que ha necesitado mantenerse oculto en privado, cosas todas relacionadas con la necesidad del proceso de la vida.”

⁴¹ *Ibid.*, p. 72 “[H]ay muchas cosas que no pueden soportar la implacable, brillante luz de la constante presencia de otros en la escena pública; allí únicamente se tolera lo que es apropiado, digno de verse u oírse, de manera que lo

lo privado. Visibilidad-secrecía, exhibición-aislamiento, vulgar-discreto. Esta manifestación de la dicotomía puede llegar a caracterizar a la persona, al cuerpo humano, a las ideas, a los sucesos, a la información y a los espacios⁴².

Las personas públicas serán aquellas que se han expuesto a la mirada y a la crítica de sus congéneres, y que por tanto son conocidas y reconocidas. Políticos, celebridades, artistas, actores y actrices, entran en este grupo. La metáfora del teatro. Quien se exhibe, hace aparición, se presenta y representa, es público.⁴³ *A contrario*, la persona privada es discreta, guarda un bajo perfil, su persona o su conducta no es objeto de exhibición masiva o de conocimiento por parte de terceros en número considerable. En este sentido, lo público guarda relación con la idea del renombre, de la fama, del reconocimiento por parte de los otros⁴⁴, lo privado se alindera con la figura del anonimato.

Por último, desde la perspectiva del individuo, está la idea de lo privado como lo aislado, lo separado, lo singular. En este sentido, lo privado se asocia con la soledad, el aislamiento, el ensimismamiento⁴⁵. Por oposición a lo público, relacionado con la interacción social, la exposición, y la presencia frente a y con los otros.

inapropiado se convierte automáticamente en asunto privado. Sin duda, esto no significa que los intereses privados sean por lo general inapropiados; (...) existen numerosas materias apropiadas que sólo pueden sobrevivir en la esfera de lo privado. El amor, por ejemplo, a diferencia de la amistad, muere o, mejor dicho, se extingue en cuanto es mostrado en público.” Sobre la relación entre lo inapropiado y las dos esferas, también Nagel, Thomas, *Concealment and Exposure and Other Essays*. New York, Oxford University Press, 2002 (sobre la importancia de mantener la distinción entre las dos esferas como una forma de no distraer la opinión pública de los asuntos verdaderamente importantes) p. 18 “The public-private boundary keeps the public domain free of disruptive material; but it also keeps the private domain free of insupportable controls.”

⁴² Gavison, *Feminism and the... Op., cit.* p. 6 “A central sense of the public/private distinction concerns accessibility in the form of being known or observed. The private is that which is unknown and unobserved; the public is that which is known or observed, or at least is capable of being known or observed, because it occurs in a public place. (...) Of the many definitions of privacy that seek to use the terms “public” and “private” exclusively for concerns of accessibility, some focus on knowledge and information, while others focus on physical access and observability.” Esto, a pesar de que Gavison no marca por principio, la distinción entre la idea de ingresar, acceder, ocupar un espacio y la idea de observar, percibir y en este sentido acceder a algo. Su sentido de la distinción, coincide con el aquí desarrollado.

⁴³ Rabotnikof, *La dicotomía... Op., cit.*, p. 9 “Aparece una nueva caracterización de la vida pública, diferente de aquella que la identifica con la ciudadanía y la participación política. En este caso, predomina para el ámbito público la metáfora teatral: espacio en el que los actores sociales representan sus papeles públicos.”

⁴⁴ Para oponerla a la idea de la publicidad burguesa, Habermas afirma: “Distinta significación tiene la palabra [público, pública, publicidad] cuando se habla, pongamos por caso, de una «audiencia pública»; en tales oportunidades se despliega una fuerza de la representación, en cuya «publicidad» algo cuenta el reconocimiento público. También se remueve la significación cuando decimos que alguien se ha hecho un nombre público; la publicidad de la reputación o incluso la fama procede de otras épocas.” Habermas, *Historia y Crítica... op., cit.*, p. 42

⁴⁵ “Puedes recogerte dentro de ti mismo cuando lo desees. No existe retiro más tranquilo ni menos turbado que el que el hombre encuentra en su propia alma” Marco Aurelio, citado en: Urabayen, Miguel, *Vida Privada e Información: un Conflicto Permanente*. Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, p. 11. García, *Ensayo Sobre la... Op., cit.*, p. 146 “La soledad es la forma más perfecta de la vida privada (...) La soledad activa es la que “buscamos y procuramos precisamente para escuchar nuestro propio corazón, para conocernos a nosotros mismos, para descubrir nuestro auténtico ser, el ser que, al vivir, nos proponemos realizar. Su condición esencial es el *ensimismamiento*.”

La riqueza de la dicotomía público-privado nos lleva a cuestionar si se trata de *una dicotomía* provista de múltiples manifestaciones o si se trata más bien de *varias dicotomías* de lo público y lo privado reunidas por economía del lenguaje en un sólo saco⁴⁶. El reconocimiento de esta condición plural y la posibilidad de identificar nuevos sentidos o de trabajar sobre refinamientos más específicos nos lleva a preferir la idea de *las dicotomías*.⁴⁷ En lo que sigue del texto, sin embargo, utilizaremos de forma indistinta las expresiones “la dicotomía” y “las dicotomías”, para referirnos al complejo de manifestaciones de la oposición público-privado que venimos de presentar.

La función constitutiva de las dicotomías público-privado sirve para organizar algunos de los elementos del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. En especial, los relativos a las posibles clasificaciones de la información personal y a la caracterización de los derechos que la regulan.

1.1.3 Las dicotomías público-privado y la información personal en poder del Estado

El despliegue de las dicotomías público-privado como dispositivo ordenador es notorio en el caso de los problemas ligados a la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto es así, al menos en cuatro elementos relevantes al momento de resolver estos problemas, a saber: cómo son concebidos los derechos ligados al acceso y a la confidencialidad de la información en poder del Estado, cómo se clasifica la información personal, cuál es el estatus de los sujetos titulares de la información personal y cómo se entienden los intereses asociados a la información personal. Enseguida presentaremos cómo las dicotomías moldean, ordenan, y dan sentido a estos cuatro elementos. Para ejemplificar lo anterior no acudiremos a ejercicios teóricos o especulativos. En cambio, tomaremos algunos ejemplos del derecho positivo, de los casos estudiados y de las entrevistas a funcionarios del INAI.

⁴⁶ Mirada que puede fungir como alternativa a la crítica de la “inexistencia de la dicotomía”. Godoy, Esther, Dos interpretaciones de lo “público” y lo “privado” en la filosofía política de Aristóteles: Hannah Arendt y J. A. Swanson. En: *Hacer visible lo visible: Lo privado y lo público* (Ignacio Abello comp.) Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 47-88, 73 (sobre una crítica a la lectura “sesgada” de la dicotomía en Aristóteles, por parte de las dos autoras mencionadas) “Separar tajantemente la esfera de lo público y la de lo privado supone un error de base. En este sentido aceptamos las tesis del profesor Geuss así como las de Isaiah Berlin, quienes creen que no existe dicha separación radical entre ambas esferas, sino que existen cuestiones que se distinguen y que tal vez podríamos denominar “públicas” o “privadas”, pero que normalmente se superponen o, mejor aun, se desvanecen. (...) no es fácil distinguir entre asuntos puramente privados y aquellos totalmente públicos.” Según Geuss, Raymond, *Public Goods, Private Goods*. Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 106 “La distinción público-privado no existe como tal, es un gran error pensar que existe una única distinción substantiva que pueda ser usada para hacer trabajo filosófico o político alguno”, citado por Godoy.

⁴⁷ Agradezco a María Marván Laborde por hacerme notar este punto y por sus valiosos comentarios al respecto.

1.1.3.1 Concepción (absoluta) de los derechos concurrentes

La lógica polar de las dicotomías público-privado parece caracterizar la concepción jurídica de los derechos de acceso a la información pública y de protección a la vida privada y de los datos personales. Esto es notorio en la definición legal del derecho de acceso a la información pública tanto en Colombia⁴⁸, como en México⁴⁹. En ambos países fue reconocido el principio de “máxima publicidad”⁵⁰ que opera también como estándar interamericano. En estas definiciones legales gobierna una concepción absoluta del derecho, como lo indican el uso del universal positivo “toda” referido a la información, y la pretensión super-abarcadora de la información catalogada como “pública”.

Esta concepción absoluta del acceso es enfrentada, al menos en las leyes mexicanas, a una concepción también absoluta de la protección de la información personal. En donde impera la regla general de la protección de la información personal.⁵¹ La protección, bajo la figura de la clasificación por confidencialidad, pesa, en principio, sobre toda la información personal⁵². Esta confidencialidad sólo puede levantarse si media consentimiento del titular, mandato legal o judicial, si la información consta en fuentes de acceso público, o se supera una prueba de interés público. El fundamento material de esta regla en el caso mexicano parece alineado con la polaridad de la dicotomía. Al menos así se desprende de las entrevistas con los secretarios de ponencia del INAI, quienes coinciden en que la información personal solo interesa al sujeto, es propiedad de la persona, y su conocimiento no obedece, ni está llamada a satisfacer ningún interés público⁵³.

⁴⁸ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional”, Artículo 4. “[t]oda persona puede (...) acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados.”

⁴⁹ México. Diario Oficial. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante Ley General de Transparencia de 2015) 4 de mayo 2015. Artículo 4. “[t]oda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible a cualquier persona.”

⁵⁰ Ver al respecto, Capítulo VII, 7.1.1.2 El principio de máxima publicidad

⁵¹ México. Ley General de Transparencia de 2015, Artículo 116. “[s]e considera información confidencial la que contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identificable (...) sólo podrán tener acceso a ella los titulares de la misma.”

⁵² México. Ley General de Transparencia de 2015, Artículo 68. “[l]os sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información.”

⁵³ En las entrevistas hay convergencia en este punto. Los secretarios coinciden en fundamentar la confidencialidad de la información personal en la oposición de los pares individuo-colectivo, visible-oculto. Un típico argumento de las dicotomías público privado. Entrevistado 5, “[la información personal] es información que incide en la vida privada de las personas”, min 3:23. Entrevistado 2, “[la información personal es aquella] que cae en tu ámbito privado (...) sobre atributos que te pertenecen, te hacen identificable y te diferencian de las demás personas”, min 22:04. Entrevistado 6, “Lo que yo hago en mi esfera, en mi intimidad y que no tiene ninguna implicación hacia el exterior, no tiene nadie porque saberlo, lo que yo hago dentro de mi casa es algo mío”, min 14:40. Entrevistado 10, “El dato personal es una concepción técnica de parte de lo que es la intimidad o la privacidad de una persona (...) qué es eso que es más tuyo, lo que está más dentro de ti, una manera de ello es irlo aterrizando a los datos personales”, min 28:50.

La tendencia a favorecer una concepción absoluta de los derechos revela la existencia de preconcepciones afianzadas. Estas preconcepciones permiten advertir el estatus (normativo) de los argumentos de este tipo al enfrentar el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Por lo general, estos argumentos fungen como consideraciones normativas de primer orden. Esto es, como puntos de partida no sujetos a cuestión e inamovibles, una suerte de fundamentales de este tipo de problemas. En la redacción de las decisiones que resuelven sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado estos argumentos se emplean para direccionar los relatos hacia una específica solución según una prevalencia preordenada entre lo público y lo privado, y no tanto para encuadrar el problema en la existencia de una tensión en apariencia trágica e indisoluble⁵⁴. Sin embargo, el carácter absoluto de los derechos en los textos legales resulta enfrentado con el dato normativo básico del carácter relativo de los derechos fundamentales. “No existen derechos fundamentales absolutos” afirman sin fractura las Cortes y el INAI, y les acompaña la razón.

1.1.3.2 La clasificación de la información personal

Los intentos clasificatorios de la información personal son otro ejemplo del influjo de las dicotomías. La información personal en poder del Estado supone el encuentro de esas dos esferas que, si seguimos el uso de la metáfora, por definición, se encuentran separadas o son excluyentes. Por un lado, la información que detenta el Estado por cualquier razón (porque la produzca, recopile o posea) resulta inmersa, desde su caracterización hasta las reglas específicas para su accesibilidad, en la esfera de lo público. Sin embargo, cuando dicha información está referida a un individuo, la racionalidad de la esfera de lo público se enfrenta a la de la esfera de lo privado. Esta información aparece vinculada al espacio individual y al interés particular, y termina ubicada en un espacio vedado a la intromisión.

En el caso mexicano la calificación de (toda) la información personal en poder del Estado como información confidencial es una manifestación concreta de la dicotomía de lo público y lo privado⁵⁵. La información personal es aquella relativa al individuo y por tanto “ubicada” en la esfera privada. La confidencialidad es, por un lado, una manera de definir el carácter de la información, esto es, de afirmar su vinculación con la vida privada; y por el otro, una regla sobre la circulación de la información o sobre su accesibilidad por parte de terceros, esto es, una regla sobre sus condiciones de publicidad. Estos dos sentidos aparecen confundidos en la práctica jurídica mexicana. Ocurre aquí una especie de comunicación del poder normativo de la dicotomía de una a otra de las acepciones de la confidencialidad. A partir de la consideración de la información personal como información privada (ubicada en la esfera de lo privado) se

⁵⁴ Ver en especial, Anexo B, Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano.

⁵⁵ Con fundamento en la casuística del Órgano de Transparencia mexicano, Ver en especial, Capítulo III, 3.2.2.1 Por regla general toda pieza de información personal en poder del Estado es confidencial, y el Anexo B, Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano.

justifica (se interpreta) que dicha información debe permanecer en esta esfera y por tanto es obligatoria su confidencialidad (mantenerla en secreto)

La información personal pertenece a la esfera de lo privado incluso cuando es detentada por el Estado y solo excepcionalmente cambia su ubicación. El esquema clasificatorio está construido sobre la lógica polar de la dicotomía. La información personal en poder del Estado es por regla general confidencial (no accesible por terceros) salvo la existencia de una excepción legalmente reconocida⁵⁶, caso en el cual será pública (accesible por terceros).

En el caso colombiano, la clasificación de la información personal recogida en la Ley de Transparencia es también manifestación de la dicotomía público privado. Según esta ley, la información en posesión del Estado es pública, a partir del hecho contingente de estar bajo “custodia” del Estado. La información personal está cobijada por la regla general. Esta situación problemática intentó resolverse con la introducción del tipo “información pública clasificada” en el texto de la Ley⁵⁷; esto es, aquella información que, a pesar de estar en posesión del Estado, “pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural”. Toda la construcción (regla general de publicidad y excepción) está erigida sobre típicos elementos de las dicotomías, en especial, de las distintas manifestaciones de la bina Estado-Individuo. Esto es evidente si examinamos los criterios rectores en ambos casos. Por un lado, la “posesión” por el Estado es criterio rector de la regla general de publicidad, y por el otro, la “pertenencia” al ámbito privado es el criterio rector de la excepción.

1.1.3.3 El estatus de los sujetos titulares de la información personal

El estatus del titular de la información personal en poder del Estado es un dato relevante para decidir sobre su publicidad. Nuevamente la dicotomía público-privado despliega su poder normativo. La dicotomía está a la base de la llamada “teoría dual” originaria del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵⁸. Esta teoría toma cuerpo en el contexto de definir el

⁵⁶ México. Ley General de Transparencia de 2015, Artículo 116.

⁵⁷ Colombia. Ley Estatutaria 1712 de 2014, Artículo 6.

⁵⁸ La primera mención a la existencia de un “sistema dual”, específicamente referido a la distinción entre “personas públicas y personas privadas” para determinar diferencias relevantes en el ámbito de protección de la libertad de expresión, es de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, y fue incluido en el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 1999. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, 13 abril 2000. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 3-Capítulo II – Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, B, 1 Sistema Dual de Protección: Personas Públicas y Personas Privadas Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/indice.htm> (consultado 27-02-18) Consideró entonces: “La necesidad de un control completo y eficaz sobre el manejo de los asuntos públicos como garantía para la existencia de una sociedad democrática requiere que las personas que tengan a su cargo el manejo de los mismos cuenten con una protección diferente frente a las críticas que tendría cualquier particular que no esté involucrado en asuntos de interés público (...) Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.” En el mismo sentido la Comisión afirmó, en el principio 10 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, lo siguiente: “Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público.” Adoptada por la CIDH,

alcance de las limitaciones a la libertad de expresión por protección de derechos de terceros, en especial, los derechos a la reputación, al buen nombre y a la protección de la vida privada. Frente a este último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el derecho al respeto a la vida privada de los servidores públicos tiene un nivel de protección menor debido, entre otras, a la importancia de la libertad de expresión para debatir asuntos de interés público y controlar el ejercicio del poder público⁵⁹.

En el caso mexicano hay un desarrollo particular de la teoría dual, especialmente potenciado por el influjo de las dicotomías público-privado. En el centro de la concepción de la legislación en materia de transparencia en 2002, aun antes de las reformas constitucionales respectivas, estaba la necesidad de derrotar la opacidad de la actividad estatal. A partir de esta consideración la información personal de los servidores públicos no podía seguir, en todos los casos, la misma suerte que la información personal de los particulares. El poder de la dicotomía es evidente. La información personal de los servidores públicos se ubica en la esfera de lo público si guarda relación con dicho estatus o está ligada al ejercicio de sus funciones⁶⁰. Dicha información no está amparada por la regla general de confidencialidad. Es notable, sin embargo, que la publicidad de la información personal de servidores públicos aparezca como una excepción a la regla de confidencialidad de la información personal, y no como manifestación del mandato de máxima publicidad de la información en poder del Estado.

1.1.3.4 El tipo de interés asociado a la información personal

Finalmente, la caracterización del interés en el acceso a la información personal también aparece ordenada por la dicotomía. Los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado pueden ser reducidos a una típica tensión de intereses en donde el acceso y los derechos asociados están ordenados por la defensa y protección del interés público, mientras

en octubre de 2000, durante su período de sesiones 108. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm> (consultado 27-02-18)

⁵⁹ Corte IDH, *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas) 29 de noviembre de 2011, Serie c 238 (declara la violación de la Convención por la condena, por daños a la intimidad, decretada por la Corte Suprema de Justicia Argentina contra los periodistas que publicaron sendas notas sobre la existencia de un hijo extramatrimonial no reconocido del entonces presidente de la República, Carlos Menem) párr. 59, “[D]os criterios relevantes, tratándose de la difusión de información sobre eventuales aspectos de la vida privada, son: a) el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, más aún de aquellos que son elegidos popularmente, respecto de las figuras públicas y de los particulares, y b) el interés público de las acciones que aquellos realizan.”

⁶⁰ Anexo B, caso 10, IFAI, R 1655/10, CP Ángel Trinidad Zaldívar (sobre la publicidad de la información personal contenida en la cédula y título profesional de los servidores públicos). Anexo B, caso 25, INAI, RDA 5112/15, CP Areli Cano Guadiana (publicidad de los nombres de servidores públicos declarados penalmente responsables) En este último: “tratándose de servidores públicos dada la función que realizan están sujetos a un escrutinio por parte de la sociedad, durante y al término de su encargo (...) [pues] cuentan con un umbral de protección a su intimidad menor al de cualquier ciudadano.”

que la confidencialidad y los derechos asociados están ordenados por la defensa y protección del interés privado⁶¹.

La sola presencia de intereses alineados en el par conceptual público-privado es indicio de que los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado son susceptibles de configuración por los elementos de las dicotomías. El contenido de los términos de la dicotomía servirá como guía para precisar el contenido de los intereses⁶². Hay una suerte de comunicación semántica, de préstamo semántico de los elementos teóricos configuradores de la dicotomía público-privado a la definición de los contenidos de los intereses públicos y de los intereses privados.

La exaltación de alguno de los intereses suele servir como estrategia argumentativa al momento de decidir el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Como sucede en el despliegue de la “prueba de interés público”, empleada por el Órgano de Transparencia mexicano, y reconocida en la Ley General de Transparencia. Este método permite exceptuar la confidencialidad de la información personal en poder del Estado en casos no reconocidos explícitamente en la ley, cuando se advierta la necesidad de proteger el interés público⁶³. La prueba tiene dos elementos: establecer que la revelación de la información personal satisfaga un interés público y demostrar que los beneficios ligados a la satisfacción de dicho interés, vía la revelación de la información, justifican el sacrificio del interés individual de mantener la confidencialidad. En estos casos, parece inevitable no aproximarse al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado bajo el prisma de las dicotomías.

Visto bajo las dicotomías público-privado, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado es un caso especial de oposición de intereses. Un caso en que la articulación del conflicto está orientada por la adscripción de valor a la información personal según la importancia relativa de las esferas de lo público y de lo privado⁶⁴. No es un caso en

⁶¹ Rabotnikof, Nora, *En busca de un lugar común... op., cit.*, (sobre una aproximación al concepto de interés público en clave republicana y en el pensamiento de A. Harendt, en especial en las pp.150-154) p. 152 “El interés público atañe a la orientación de la acción como ciudadano, mientras que el interés privado tiene que ver con la orientación de la acción como individuo. La primera se orienta por el mundo (como mundo objetivo y como “mundo en común”). La segunda parece seguir un esquema de medios-fines y hace referencia al ámbito del interés y de la conciencia individuales.”

⁶² Como sucede en los casos de publicidad de la información sobre la evaluación docente, en donde el conocimiento de dicha información permite controlar el cumplimiento de la política pública de educación. Anexo B, caso 16, IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar. O en el caso de la publicidad de la información sobre médicos sancionados, en la que el “interés público” de proteger la dimensión colectiva del “derecho fundamental a la salud” funge como criterio normativo prevalente. Anexo B, caso 28, IFAI, RDA 3057/14, CP Francisco Javier Acuña Llamas.

⁶³ México. Ley General de Transparencia de 2015, Artículo 116.

⁶⁴ Como sucede en el caso de la confidencialidad de la información personal de niños y niñas que figuran en el padrón de beneficiarios de políticas públicas. Anexo B, caso 40, INAI, RDA 6302/15, CP Areli Cano Guadiana. O en el de la publicidad de la información sobre condonación de créditos fiscales. Anexo B, caso 30, IFAI, R 6030/09 CP Ángel Trinidad Zaldívar.

donde el derecho fundamental a la protección de la vida privada opere como dispositivo contramayoritario frente a un abstracto interés colectivo por acceder a la información. No es tampoco una forma de entender el enfrentamiento entre dos intereses particulares: el de quien solicita el acceso a la información y el del titular de la información personal solicitada.

1.1.4 Consideraciones finales

El influjo de las dicotomías público-privado es relevante en los estudios de transparencia. A pesar de ser un tema clásico de la teoría política, que parece atado al pensamiento liberal y a la construcción ideológica de la modernidad, sus coordenadas a menudo se ignoran o se toman por sentadas. Sin embargo, hay buenos indicios de que sus categorías son operativas. Tanto en la forma más básica y general de entender el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, como en las cuestiones más específicas de cualificar intereses y clasificar la información.

Tanto en Colombia, como en México, la comprensión del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado está fuertemente influenciada por las dicotomías público-privado. Esta influencia podría caracterizarse a partir de cuatro circunstancias comunes: a) La función constitutiva de las dicotomías inspira la configuración de dicho problema bajo la lógica de la polaridad, según la cual, los valores o los intereses aquí representados son entendidos como mutuamente excluyentes, y los derechos en juego (acceso a la información pública y protección de la vida privada y de los datos personales) como derechos absolutos. b) Que la dicotomía opera como teoría articuladora y tiene una importante función heurística, sin que esto suponga aceptar que la misma sea suficiente para fundamentar los derechos de base, o para ofrecer soluciones concluyentes al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. c) Que dichas dicotomías no se expresan en una sola línea de análisis, sino que por lo menos incluyen cuatro: estado-ciudadano, colectivo-individuo, accesible-cerrado, visible-secreto y que las mismas no siempre tienen efectos clasificatorios convergentes y d) Que el contenido específico de los moldes público y privado depende de forma fuerte de las construcciones y representaciones sociales de cada comunidad política, por lo que son, en un sentido relevante, culturalmente relativos. Por eso su poder definitorio es precario y en últimas su contenido depende de decisiones políticas, del Legislador, de las Cortes y de los Órganos de transparencia.

La tentación de reducir este tipo de problemas a un problema clasificatorio según los atractivos términos de las dicotomías, sin embargo, debe ser evitada. El uso de las dicotomías puede inducir lecturas reductoras que invisibilicen las particularidades de la compleja articulación jurídica de estos problemas. Las dicotomías, orientadas por una inspiración clasificatoria ontologizante y excluyente de la información, no permiten enfrentar aquellos problemas en donde sus niveles de análisis se traslapan, o aquellos en donde surgen diferentes variables que no pueden ser atendidas a partir de aproximaciones binarias. Pero, sobre todo, estas dicotomías no han sido diseñadas para enfrentar el tipo específico de problemas *jurídicos* relacionados con la publicidad de la

información personal en poder del Estado en clave constitucional. Para esto, parece mejor equipada la “Teoría de los principios”, que desarrolla un marco teórico *ad hoc* que permite entender estos problemas bajo la sugestiva idea de una colisión de derechos fundamentales que debe ser resuelta mediante ejercicios de ponderación.

1.2 El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado como colisión de derechos fundamentales, a partir de la Teoría de los principios de R. Alexy

La segunda alternativa teórica para enfrentar el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado la ofrece la Teoría de los principios desarrollada, en su versión canónica, por Robert Alexy. Según esta Teoría, estos problemas son diagnosticados, entendidos y procesados como casos de colisión entre derechos fundamentales. Principalmente, como una colisión entre los derechos de acceso a la información pública, por un lado, y a la protección de la vida privada y de los datos personales, por el otro. Todo ello bajo un doble entendido: que estos derechos, desde el punto de vista normativo, tienen el carácter de principios, y que tales colisiones se resuelven mediante el método de la ponderación. En este apartado describiremos brevemente los elementos centrales de la Teoría de los principios y del método conocido como ponderación.

1.2.1 Origen y contenido de la Teoría de los principios

Con el constructo “teoría de los principios” se comprenden varios fenómenos afines en la ciencia jurídica. Según Poscher se pueden “distinguir cinco diferentes aspectos de la teoría de los principios”⁶⁵ no circunscritos a autor, escuela o cultura jurídica en especial. En lo que nos interesa nos referiremos a tres⁶⁶ de estos aspectos, y lo haremos con énfasis especial en la Teoría de los principios defendida por Robert Alexy. Estos tres aspectos comprendidos bajo el rubro “teoría de los principios” son: una “teoría lógica de la estructura de las normas individuales” que las clasifica en el par reglas y principios; la expresión de un par de metodologías para la aplicación del derecho: subsunción y ponderación; y la concepción de los derechos fundamentales como normas tipo-principio, bajo la expresión “mandatos de optimización”.

Empleamos como punto de referencia la Teoría de los principios propuesta por Robert Alexy por tres razones. Por ser una teoría con un especial alcance explicativo y descriptivo del

⁶⁵ Poscher, Ralf, El autoconocimiento, los errores y las nociones erróneas que la teoría de los principios tiene de sí misma. (Danny Marrero trad.) En: *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 217-258.

⁶⁶ Los otros dos serían: a) un intento, en especial en la doctrina anglosajona, de caracterizar los sistemas jurídicos y (de)mostrar su independencia respecto de otros órdenes normativos y b) como una “teoría de la argumentación” bajo la idea de que los principios operan como “fundamentos del razonamiento jurídico”. Poscher, El autoconocimiento... *Op., cit.* p. 222.

funcionamiento del derecho constitucional de la posguerra⁶⁷. Por su influencia en el plano latinoamericano, y en especial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la Suprema Corte de Justicia mexicana. Y porque sus conceptos son de uso frecuente en las prácticas jurídicas donde se resuelven problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado, tanto en la Corte Constitucional colombiana como en el Órgano de Transparencia mexicano⁶⁸.

1.2.1.1 La distinción entre reglas y principios

La Teoría de los principios, como una teoría lógica de la estructura de las normas, tiene su origen en los debates anglosajones sobre el concepto de Derecho y sobre el carácter y la estructura de los sistemas jurídicos⁶⁹. Surge como un argumento central en el debate sobre el Derecho como un sistema (más o menos) independiente de la Moral. En este contexto, Ronald Dworkin en su famoso ensayo *The Model of Rules*, publicado en 1967, (re)introduce el concepto de “principios” para referirse a ciertos estándares, diferentes a los contenidos en la ley y en los precedentes, para resolver casos controvertidos. La existencia de estos estándares y su uso frecuente por los jueces sería la prueba reina contra la pretensión reductora del Derecho a un sistema basado exclusivamente en reglas positivas-legisladas. Lejos de las particularidades y de la pertinencia de este debate, interesa la forma en que Dworkin describe esos estándares y cómo, años después, Robert Alexy la tomaría para la construcción de su teoría⁷⁰. Estos “estándares” diferentes a las reglas del derecho positivo fueron descritos por Dworkin con una nominación muy ambigua donde incluía principios, directrices de política pública (policies) y estándares morales⁷¹. La

⁶⁷ Klement, Jan Henrik, El pensamiento del common law en la ciencia jurídica alemana. Sobre la teoría de los principios de Alexy (Jorge González Jácome trad.) En: *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 261-303 (Desarrolla la tesis del carácter descriptivo de la teoría de los principios dado el fenómeno de la constitucionalización del derecho, de la centralidad de los derechos fundamentales y de la inevitable aparición de conflictos entre estos).

⁶⁸ Ver en especial, Capítulo III. En el caso colombiano, 3.1.2.5 La ausencia de un método uniforme; y en el caso mexicano, 3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado; y también los Anexos A Digesto de casos de la Corte Constitucional colombiana, y B Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano.

⁶⁹ En especial, el interesante debate sobre el concepto de Derecho entre Herbert Hart y Ronald Dworkin. Hart, Herbert, El concepto de Derecho (Genaro Carrió trad.) Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964. Dworkin, Ronald, The Model of Rules, En: *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, pp. 14-46. Hart, Herbert, Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño (Josep Joan Moreso trad.) En: *El ámbito de lo Jurídico* (Pompeu Casanovas coord.) Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352. Poscher, El autoconocimiento... *Op., cit.* p. 223-227 (sobre la teoría de los principios como una “reacción” contra “una inadecuada teoría de la adjudicación” y no como una doctrina sobre los derechos fundamentales).

⁷⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés trad.) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, en especial, las pp. 81 a 99.

⁷¹ Dworkin, The Model... *Op cit.*, p. 22-23 “Most often I shall use the term “principle” generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. (...) I call a “policy” that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (...) I call a “principle” a standard

existencia y el uso de estos estándares normativos, en principio diferentes de las reglas, llevó a Dworkin a proponer una clasificación del material normativo de los sistemas jurídicos, o al menos del sistema jurídico norteamericano, a partir de considerar una diferencia (sustancial) en su estructura lógica. La diferencia se manifiesta en dos aspectos, uno ligado a la determinación de su obligatoriedad y el otro a su carácter dentro del sistema jurídico.

Las reglas se diferencian de los principios y de los otros estándares morales en que su obligatoriedad es definitiva. Una vez se identifica el caso y se produce la instanciación de los hechos en la regla, la razón para decidir contenida en la regla es concluyente⁷². Esto es, la regla resuelve (normativamente) el caso, concluye que algo está ordenado, permitido o prohibido. En cambio, los principios y los otros estándares morales apenas ofrecen una orientación del sentido en que el caso debe ser decidido, contienen razones no concluyentes para su decisión. El principio *per se* no resuelve el caso, no concluye si algo está ordenado, permitido o prohibido⁷³.

La segunda diferencia, según Dworkin, es que los principios tienen, en el contexto de un sistema jurídico determinado, un carácter axiológico que permite estimarlos según su importancia relativa. De este carácter carecen las reglas. Este carácter de los principios fue descrito con la metáfora física del peso. Según Dworkin, “los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas, la dimensión del peso o de la importancia”⁷⁴. Este, sin embargo, es un carácter que sólo tiene relevancia en el contexto de aplicación de los principios y de su relación de importancia con otras normas del sistema jurídico, y en especial, de su relación con otros principios que establezcan directrices incompatibles, a la luz de un caso concreto.

Alexy transplanta esta discusión a la arena del derecho constitucional y, en especial, a la teoría de los derechos fundamentales que estaba por proponerle a la cultura jurídica alemana, con la publicación en 1985 de su *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Reconoce haberse inspirado en la obra de Dworkin, al momento de plantear su propia distinción entre reglas y principios, a pesar

that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation, deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”

⁷² *Ibid.*, p. 25 “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, the either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted. (...) But this is not the way (...) principles operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met.”

⁷³ *Ibid.*, p. 26 “A principle (...) states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.”

⁷⁴ *Ibid.*, p. 27 “Principles have a dimension that rules do not -the dimension of weight or importance. When principles intersect (...) one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. (...) [I]t is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is. Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant. (...) But we cannot say that one rule is more important than another within the system of rules (...) If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule.”

de afirmar que su lectura es diferente⁷⁵. En efecto, la nueva distinción, alejada ya de su origen (el debate anglosajón sobre el concepto de Derecho y la caracterización de los sistemas jurídicos) será instrumentalizada para los fines específicos del proyecto académico de Alexy: una conceptualización del trabajo del Tribunal Constitucional Alemán, en el contexto de la constitucionalización del derecho y de la (nueva) centralidad de los derechos fundamentales⁷⁶.

El resultado del trasplante de un contexto a otro supondrá la transformación de la distinción entre reglas y principios en al menos dos aspectos relevantes. Alexy emplea la expresión “principio” como un dispositivo apto para la descripción del derecho positivo y para caracterizar los derechos fundamentales bajo el criterio de la optimización. Ninguno de estos elementos era el foco de atención en el argumento original de Dworkin⁷⁷. Se produce así una hibridación entre los aspectos lógico-formales de la distinción entre reglas y principios identificados por Dworkin para caracterizar los principios como entidades normativas singulares, y la propuesta conceptual de Alexy de los derechos constitucionales fundamentales como mandatos de optimización.

Hay, sin embargo, una comunión entre las dos nociones de “principio” en Dworkin y en Alexy: en ambos es definitiva la noción del peso y en ambos los principios son el anclaje normativo para el método de aplicación (o de determinación) del derecho conocido como ponderación. La distinción entre reglas y principios opera como una circunstancia determinante de un método (específico) para aplicar el derecho.

1.2.1.2 La subsunción y la ponderación como métodos para la aplicación del derecho

La reducción a una alternativa para la aplicación del Derecho subsunción o ponderación opera como un postulado de la Teoría de los principios de Alexy⁷⁸. Este postulado se origina en su comprensión reductora del material normativo de todo sistema jurídico a reglas y principios. El efecto práctico más importante de la distinción entre reglas y principios es la forma en que se aplica o determina el Derecho en uno y otro caso.

⁷⁵ Al defender la diferencia “cualitativa” entre reglas y principios, Alexy afirma que la misma “se parece a la de Dworkin (...) pero, se diferencia de ella en un punto esencial (...) en la caracterización de los principios como mandatos de optimización.” Alexy, *Teoría de los... op., cit.*, [np 70] p. 87.

⁷⁶ Klement, *El pensamiento... Op., cit.*, pp. 274-80.

⁷⁷ A pesar de su mención del caso de la prohibición al Congreso de limitar la libertad de expresión, contenida en la primera enmienda a la Constitución de Filadelfia, como un buen ejemplo de las dificultades de la distinción entre reglas y principios. Dworkin, *The Model... op., cit.*, p. 28 “It is not always clear from the form of a standard whether it is a rule or a principle. (...) Sometimes a rule and a principle can play much the same role, and the difference between them is almost a matter of form alone.”

⁷⁸ Según Alexy, “There are two basic operations in the application of law: subsumption and balancing” Alexy, Robert, *On balancing and Subsumption. A structural comparison.* En: *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, diciembre 2003, pp. 433-449.

La aplicación de las reglas, dada su estructura lógica condicional y su carácter concluyente, no es problemática si se emplea el esquema deductivo del silogismo *modus ponens*. Esta es la estructura lógica de la subsunción. Alexy, sin embargo, reconoce que pueden presentarse aquí varios problemas en la selección de las premisas que nutrirán el esquema deductivo, incluido el de la identificación de la regla aplicable, en caso en que existan reglas incompatibles⁷⁹. Estos problemas, sin embargo, no afectan la racionalidad de la subsunción como método para la aplicación del derecho.

La aplicación de los principios, dada su estructura lógica no condicional y su carácter no concluyente es más problemática. Los problemas surgen, según Alexy, en el momento en que un principio entra en colisión con otro u otros principios. Esta situación no se puede resolver como en el caso de las reglas apelando a meta-criterios para la solución de antinomias. Es necesario adelantar un proceso de argumentación que permita identificar la regla de prevalencia para el caso específico⁸⁰. Este proceso de argumentación es el que Alexy llama ponderación.

La ponderación supone una “consideración comparativa de posibilidades de acción y de sus consecuencias, con el fin de [lograr] un equilibrio lo más respetuoso posible de los intereses en conflicto.”⁸¹ En un sentido normativo, la meta de la ponderación es lograr “la relación adecuada entre el grado de afectación de un interés y el grado de importancia de la satisfacción del otro”. Este sentido normativo lo expresa Alexy mediante la llamada “ley de la ponderación”. Según esta ley, “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.”⁸² Ponderar es, en últimas, una forma de organizar juicios de valor en el contexto de una oposición de intereses a partir de estimar su importancia relativa. En términos más coloquiales su resultado podría expresarse con las expresiones populares: “X decisión vale la pena” o “aquello que se gana justifica lo que se pierde”, o según el viejo adagio anglosajón, “*whether the game is worth the candles*”.

El resultado de la ponderación será, para cada caso, el establecimiento de una regla de precedencia a favor del principio derrotante⁸³. La racionalidad del método para la determinación

⁷⁹ Alexy, *On balancing...* *Op., cit.*, p. 435. Estos problemas están relacionados con la llamada justificación externa, esto es, el proceso de selección motivada de las premisas que integrarán el silogismo. Frente al problema de reglas incompatibles Alexy retoma los metacriterios para la solución de antinomias.

⁸⁰ Alexy, *Teoría de los...* *op., cit.*, p. 87 y ss.

⁸¹ Hofmann, Ekkehard, Lenguajes formales en el derecho. Sobre la comprensibilidad de las decisiones estatales complejas. En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 349-387.

⁸² Alexy, *Teoría de los...* *op., cit.*, p. 161

⁸³ *Ibíd.*, p. 92 “[L]a solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada.” Koch, Hans-Joachim, La base teórica normativa de la ponderación (Luis Felipe Vergara Peña trad.) En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 93-115, 110 “La ponderación debe llevarse a cabo de tal forma que para cada uno de los principios haya prevalencia, según el grupo específico de casos, y de tal manera que las situaciones protegidas por

de la precedencia es, sin embargo, el punto más sensible de la ponderación. Para Alexy, el método de la ponderación se compone de tres etapas, orientadas a determinar: a) el grado de importancia de la no satisfacción del principio derrotado, b) el grado de importancia de satisfacer el principio derrotante, y c) si existe una relación proporcional entre uno y otro grados. A partir del análisis de casos del Tribunal Constitucional Alemán, defendidos como casos que proveen resultados “racionales”, Alexy intenta hacer explícito “el sistema que subyace a la ponderación”. Propone entonces la introducción de dos herramientas: una escala triádica (leve, media, alta) para la valoración de la afectación y la satisfacción de los principios en conflicto; y una “fórmula del peso”⁸⁴ que permita expresar “el peso de un principio en las circunstancias de un caso concreto.”⁸⁵ El presupuesto de Alexy es la conmensurabilidad de los argumentos acerca de la importancia constitucional de los intereses enfrentados. Dada la posibilidad de defender “un punto de vista común sobre la interpretación constitucional” y la plausibilidad de una escala que represente “las clases de evaluación de las pérdidas y ganancias constitucionales”⁸⁶.

Dejando de lado la plausibilidad de la fórmula del peso y sus condiciones reales de operatividad, el ejercicio de ponderación en la teoría de los principios de Alexy parece reducirse a una pregunta del tipo costo-beneficio en términos constitucionales. Eso sí, bien disgregada en preguntas específicas por el nivel de satisfacción del principio 1, el nivel de afectación del principio 2, y la justificación del consiguiente *trade-off*.

Por otra parte, en el contexto de la Teoría de los principios, la ponderación es un elemento dentro del método más comprensivo del principio de proporcionalidad⁸⁷. En este contexto es llamada “proporcionalidad en sentido estricto” y funciona como el último “nivel de análisis” del control de constitucionalidad de cualquier medida estatal que afecte derechos fundamentales. En un sentido muy amplio, el principio de proporcionalidad como método comprende cuatro niveles de análisis de toda medida estatal que afecte derechos fundamentales: 1. La legitimidad de los fines perseguidos con la medida. 2. La idoneidad de la medida. 3. Su necesidad y 4. La relación adecuada entre la satisfacción de los fines y el sacrificio del derecho fundamental. Para

los principios jurídicos puedan realizarse en el mayor grado posible. La prevalencia debe justificarse a través de reglas de prevalencia (sic) que, por razones de igualdad de trato y de seguridad jurídica, deben abstraer ciertas circunstancias de un caso concreto.”

⁸⁴ “La fórmula del peso señala que el peso concreto de un principio es un peso relativo (...) el peso concreto es el cociente de intensidad de la interferencia con el principio 1 y la importancia concreta del principio concurrente 2.” Alexy, *On balancing...*, *Op., cit.* Bernal Pulido, Carlos, La solución de colisiones entre derechos fundamentales por medio de la ponderación. En: *Lecciones de Derecho Constitucional* (Magdalena Correa, Néstor Osuna y Gonzalo Ramírez eds.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, t. 1, pp. 543-576.

⁸⁵ Las variables de la fórmula del peso provienen de tres tipos de argumentos. El primero relativo al valor asignado a la afectación y satisfacción de los principios enfrentados, el segundo relativo al llamado peso abstracto de cada uno de los principios enfrentados, y el tercero relativo a la fiabilidad de las premisas empíricas sobre la satisfacción y la afectación de los principios enfrentados. Alexy, *On balancing...* *Op., cit.*

⁸⁶ Alexy, *On balancing...*, *Op., cit.*

⁸⁷ Alexy, *Teoría de los... op., cit.*, p. 112.

la Teoría de los principios de Alexy, estos tres últimos pasos se conocen como los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El sub-principio de idoneidad supone un análisis de medio a fin. Esto es, la estimación en el plano empírico de la relación de causalidad entre la medida que limita el derecho fundamental y la satisfacción del principio que la justifica⁸⁸. El sub-principio de necesidad supone un análisis entre los medios disponibles. Esto es, la estimación en el plano empírico de la existencia de otras medidas para satisfacer el principio que las justifica que sean igualmente idóneas para alcanzar la realización del principio que las justifica⁸⁹. Y finalmente está el sub-principio de la proporcionalidad en sentido estricto, o ponderación, como la hemos descrito.

El principio de proporcionalidad entendido como una metodología compleja para el control del poder público tiene una relación estrecha con los conceptos de principio, entendido como mandato de optimización y de Estado constitucional⁹⁰. Esta relación está fundamentada en dos premisas: la operatividad del control de constitucionalidad como control efectivo del poder público con base en la Constitución y la centralidad de los derechos fundamentales como dispositivo normativo definitorio de los límites del poder público⁹¹. En este punto la Teoría de los principios toma la tercera de sus facetas, como teoría descriptiva de los derechos fundamentales entendidos como normas tipo-principio y, por tanto, como normas que deben ser objeto de ponderación al momento de su aplicación, si se advierte su colisión con normas del mismo tipo.

1.2.1.3 Los derechos fundamentales como mandatos de optimización y como normas tipo-principio

Al aceptar la normatividad de la Constitución, la consideración sobre el carácter de sus normas se torna central. La Teoría de los principios es una teoría sobre el carácter de las normas constitucionales, y en especial, sobre el tipo específico de normas constitucionales en las que se expresan los derechos fundamentales. Para la caracterización de las normas de derechos

⁸⁸ Schlink, Bernard, El principio de proporcionalidad (Nuria Pastor Muñoz trad.) En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 117-147, 135 “La constatación de que un medio es idóneo para alcanzar un fin requiere un pronóstico y únicamente un pronóstico; en ella no hay nada que valorar.”

⁸⁹ Ibid, p. 136 “Tal examen solamente puede plantear la pregunta de si un medio es necesario en el sentido de que no hay un medio más suave que pueda utilizarse en lugar de aquél y que *ceteris paribus* pueda alcanzar del mismo modo el resultado perseguido. En el conflicto de derechos fundamentales, este examen plantea la pregunta de si todavía existe margen de maniobra de tal manera que uno pueda mejorar su posición sin que por ello el otro sea conducido a una peor situación (...) si solamente existen otros medios que van ciertamente a favor de uno pero en perjuicio de otro, se ha agotado el potencial del examen de necesidad.”

⁹⁰ Alexy, *Teoría de los... op., cit.*, p. 111 a 115

⁹¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. 2005. (sobre una defensa del fundamento del principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales). Schlink, El principio de... *Op., cit.*

fundamentales Alexy se sirve de dos doctrinas: la del concepto semántico de norma⁹² y la de la distinción entre reglas y principios, recién descrita.

La doctrina del concepto semántico tiene su origen en la Jurisprudencia analítica y parte de la distinción básica entre disposición normativa, el texto del derecho positivo constitucional como material de interpretación, por un lado, y la norma como tal, entendida como el resultado de la interpretación del texto expresada en lenguaje deóntico, por el otro⁹³. La concepción semántica de la norma, aplicada a las disposiciones de derechos fundamentales reconocidas en el texto de la Constitución le permite a Alexy introducir el concepto de normas adscritas de derechos fundamentales⁹⁴. Esto, bajo la distinción recién indicada entre el texto del derecho fundamental -tal y como está en la Constitución- y la norma de derecho fundamental que puede atribuirse a dicho texto en un proceso legítimo de interpretación. A su vez, esta doctrina le permitirá a Alexy introducir el concepto de normas adscritas de derechos fundamentales *prima facie* y de normas adscritas de derechos fundamentales definitivas, como un valioso dispositivo analítico para explicar el proceso de la determinación del contenido de los derechos fundamentales en los casos concretos, y en especial, al momento de desplegar la metodología de la ponderación. En estas hipótesis, la decisión del caso será expresada mediante una norma adscrita de derecho fundamental definitiva, adscrita a la disposición de derecho fundamental que funge como principio derrotante. Dicha norma es al mismo tiempo, la que establece el contenido del derecho fundamental en el caso concreto y la que determina la relación de prevalencia frente al principio derrotado.

Por su parte, la doctrina de la distinción entre reglas y principios es el fundamento del concepto de derechos fundamentales como mandatos de optimización, propio de la Teoría de los principios de Alexy. Según este concepto, los derechos fundamentales tienen la estructura normativa de los principios, esto es, tienen un carácter obligatorio no concluyente y están caracterizados por la dimensión del peso. Su carácter obligatorio no concluyente junto con su peso (su especial importancia) prefigura su carácter de mandato de optimización. Esta es la nota definitoria de los principios, según Alexy:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”⁹⁵

⁹² Alexy, *Teoría de los... op., cit.*, pp. 50 a 55

⁹³ Crisafulli, Vezio, Disposición (y norma) (Mar Fernández Pérez trad.) En: *Disposición vs. Norma* (Susanna Pozzolo y Rafael Escudero eds.) Lima, Palestra, 2001, pp. 67-109. Guastini, Riccardo, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Jordi Ferrer i Beltran trad.) Barcelona, Gedisa, 1999. (Veáse el capítulo relacionado con el concepto de norma)

⁹⁴ Alexy, *Teoría de los... op., cit.*, p. 71, “Una norma adscrita vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una *fundamentación inusfundamental correcta* [que incluya criterios de validez jurídicos, sociológicos y éticos]”

⁹⁵ *Ibid.*, p. 86. Alexy ha reconocido la pertinencia de algunas críticas al concepto de principio como mandato de optimización, sin embargo, sostiene como aconsejable “mantener” dicha caracterización y “solo cuando el análisis

Si se entienden los derechos fundamentales como principios y estos como mandatos de optimización, el contenido ordenado por los derechos fundamentales está caracterizado por una especial *vis expansiva*. Sus contenidos obligatorios son múltiples y deben ser maximizados, su *vis expansiva* sólo puede ser limitada por la *vis expansiva* de otros derechos fundamentales o de otros principios de rango constitucional. Para lo cual, las metodologías del test de proporcionalidad y de la ponderación resultan indispensables.

1.2.2 *Los derechos de acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de datos personales, como principios y como mandatos de optimización en Colombia y México*

Según la teoría de los principios, los derechos fundamentales de acceso a la información pública y a la protección de la vida privada y de datos personales serían una especie de las categorías: a) normas tipo-principio y b) principios-mandatos de optimización. Frente al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado esta caracterización debe ser sometida a crítica.

1.2.2.1 La caracterización de los derechos como “principios” como un asunto problemático

El caso de la (eventual) colisión entre los derechos fundamentales de acceso a la información pública y a la protección de la vida privada y de datos personales es una buena especie para debatir la pertinencia de la distinción entre reglas y principios. La distinción entre reglas y principios ha sido criticada por artificiosa. Por ejemplo, Poscher la desestima como una inapropiada “ontologización” de las normas⁹⁶. Según Poscher, todas las normas de un orden jurídico tienen la estructura de las reglas, y lo que varía es la forma en que estas pueden ser representadas al momento de reaccionar a un conflicto, ya sea como reglas independientes o como cláusulas de excepción. Su argumento principal es que la “optimización por ponderación [sería] simplemente uno de los posibles contenidos de una de las cláusulas de excepción”⁹⁷. Según él, el contenido de las reglas de excepción por más diverso que sea no tiene el poder para “modificar la estructura de las normas”.

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, reconocido así en el artículo 6o de la Constitución mexicana, y en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana como un derecho fundamental innominado. El objeto de este derecho es (la obligación de permitir) el acceso a la información en poder del Estado. Este “objeto normativo” es fácilmente representable en la forma de una regla: “toda la información en poder del Estado es accesible”. Y aquella información que no lo sea es representable como una excepción: “salvo

lo exija, llevar a cabo diferenciaciones más refinadas.” Así, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre derechos fundamentales* (Carlos Bernal trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 110.

⁹⁶ Poscher, El autoconocimiento... *Op., cit.* Para el desarrollo de este argumento véase las pp. 229 a 239.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 230.

aquella que esté reservada o clasificada”. Esta regla y su excepción describen con bastante acierto la regla general del régimen jurídico del acceso a la información pública en México y en Colombia, como lo veremos en el capítulo siguiente.

La idea de incluir la clasificación de la información como una excepción a la regla general de la publicidad parece diluir la idea del derecho de acceso a la información pública como un principio. En este caso, la ley articula de forma aparentemente sencilla, bajo la estructura de una regla, el objeto del derecho de acceso a la información pública con el objeto de los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales.

Frente al mismo problema (la publicidad de la información personal en poder del Estado) en el caso de los derechos a la protección de la vida privada y de protección de datos personales, reconocidos en el artículo 16 de la Constitución mexicana, y en el artículo 15 de la Constitución colombiana, con los nombres derecho a la intimidad y habeas data, es posible afirmar que su objeto se restringe a un deber de confidencialidad sobre la información personal. A pesar de que estos derechos fundamentales se diferencian tanto en la forma, como en la extensión de su objeto de protección⁹⁸, por ahora nos interesa evaluar si estos derechos pueden ser caracterizados como principios.

El caso del derecho a la protección de datos con dificultad podría estimarse como un principio. El objeto de este derecho no es una cierta condición empírica o una libertad. Este es uno de esos “casos especiales” de derechos fundamentales, cuyo objeto “reposa sustancialmente en un contexto normativo, como la libertad de contratación o como la propiedad.”⁹⁹ En efecto, el objeto del derecho a la protección de datos personales es que el tratamiento de la información personal se adelante según un complejo grupo de reglas, que incluye derechos de participación (conocidos como derechos ARCO en México) y los mandatos de legalidad, confidencialidad, seguridad y el respeto por una finalidad legítima, entre muchos otros. Así entendido, es inútil, para efectos prácticos, traducir el objeto del derecho a un principio, en tanto su contenido está determinado por una extensa serie de reglas. No obstante la amplitud de su objeto, en el caso del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, el derecho a la protección de datos se concreta en la regla de confidencialidad. Todos los datos personales son confidenciales y por excepción pueden ser divulgados. Las excepciones, por lo general, están determinadas por la ley.

El caso del derecho a la protección de la vida privada no escapa tampoco a esta valoración. A pesar de que su objeto es mucho más amplio que el de la protección de los datos personales, y que su objeto no reposa en un contexto “sustancialmente normativo”¹⁰⁰, la indeterminación de

⁹⁸ Ver en especial, Capítulo VI, 6.1.2 *La comunidad de objeto protegido: la información personal*.

⁹⁹ Poscher, *El autoconocimiento... Op., cit.*, p. 235

¹⁰⁰ Como lo demuestra el hecho notorio de la inexistencia de leyes que lo regulen de forma más o menos exhaustiva y las dificultades para la expedición de alguna. Sobre esto, véase Urabayen, *Vida Privada e Información... op., cit.*, (al

su objeto no afecta la estructura normativa en que se expresa. En efecto, en la legislación sobre el derecho de acceso a la información pública, suele incluirse el derecho a la protección a la vida privada o el derecho a la intimidad, como una típica cláusula de excepción. En el caso colombiano esta es una práctica legislativa reiterada desde los años 80.

La crítica de Poscher a la teoría de los principios permite ilustrar las razones para desestimar la operatividad automática del constructo “principio” al momento de evaluar y caracterizar tanto el derecho fundamental de acceso a la información pública, como los derechos fundamentales a la protección de la vida privada y de los datos personales, por lo menos, de cara al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto, sin embargo, no significa desestimar la posibilidad de la ponderación en algunos casos, simplemente nos conduce a darle su “justo lugar” en la concepción de estos derechos, como una forma de expresar una regla general y un sistema de excepciones. Esto es muy claro en el caso mexicano, en donde la optimización por ponderación como excepción a la regla de confidencialidad de la información personal está reconocida por la propia ley, como una excepción¹⁰¹. La regla de confidencialidad puede ser exceptuada por el interés público en la revelación de la información. En estos casos la Ley General de Transparencia exige un ejercicio de ponderación. La operatividad de la ponderación entonces no depende de que el derecho a la protección de datos personales se entienda como un principio. Más bien, está incorporado en la regla de confidencialidad de toda información personal que, en algunos casos, dada la importancia del interés público en la revelación de dicha información haya lugar a una excepción. Cómo se determina la importancia del interés público es un problema de la justificación externa de las premisas para la identificación de la regla aplicable, no de la consideración de los derechos a la protección de datos personales o de acceso a la información pública como principios.

Si se atiende a la configuración legal del derecho de acceso a la información pública bajo un sistema de regla-excepción, tendríamos que la idea del derecho fundamental de acceso a la información pública o del derecho a la protección de datos como principios cualitativamente distintos a una regla resulta inoperante. En escenarios concretos y de super-regulación, la Teoría de los principios carece de suficiente poder descriptivo para efectos de diagnosticar el problema jurídico de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

Por otra parte, para estimar la cualificación de estos derechos como mandatos de optimización hay que precisar ¿qué es aquello que se optimiza? ¿Cómo se determina y quién determina el contenido de los derechos? En el caso del derecho de acceso a la información pública, lo optimizable es el acceso a la información y en el caso de los derechos a la protección de la vida

referir el fracaso de los intentos del Parlamento Inglés para expedir una ley sobre la protección a la vida privada en los años 60 del siglo XX).

¹⁰¹ Ver en especial, Capítulo II, 2.2.8 *Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia* (sobre una descripción de las excepciones a la regla general de confidencialidad de la información personal por “interés público” y en los casos de “colisión de derechos”)

privada y de datos personales, la confidencialidad de la información personal. Esto, en tanto objetos del mandato de optimización¹⁰². La *vis expansiva* de estos derechos apunta a hacer efectivo el acceso y la confidencialidad de la misma información. Alexy considera la ponderación como el método a seguir para determinar las “posibilidades jurídicas” de aplicación de los derechos fundamentales. Por esto, en casos de colisión de normas de derechos fundamentales “la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto.”¹⁰³

Para Alexy, tales posibilidades jurídicas, en principio, no pueden ser determinadas *motu proprio* por el Legislador: “si un legislador puede restringir arbitrariamente un derecho fundamental, no está entonces sujeto a él”¹⁰⁴. Esto es obvio. El punto crítico está en los criterios para definir cuándo una restricción es o no arbitraria, sobre todo si la propia Teoría de los principios parte de una definición de derechos fundamentales ligada al mandato de optimización según las “posibilidades jurídicas”. ¿Quién define estas posibilidades jurídicas entre Tribunal Constitucional y Legislador? ¿En qué momento son definidas? ¿Sólo con posterioridad al examen de constitucionalidad? El punto de la legitimidad de las “posibilidades jurídicas” (que constituyen el contenido de los derechos fundamentales) es crítico en la Teoría de los principios¹⁰⁵. Máxime si se espera que sea empleada de forma rutinaria por diversos operadores jurídicos para resolver las colisiones entre los derechos fundamentales de acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de datos personales. Sobre este punto no se llama suficientemente la atención. En efecto, en la práctica, determinar el elemento “posibilidades jurídicas” del constructo “derecho fundamental como mandato de optimización” es problemático, al menos por tres razones.

Primero, porque la determinación de los límites a partir de los textos constitucionales de los derechos que entran en colisión se enfrenta a que los mismos, al ser entendidos como mandatos de optimización, están caracterizados por su propia *vis expansiva*, por la obligación de “optimizar su objeto”. El enfrentamiento entre derechos caracterizados por su *vis expansiva* es problemático, en términos teóricos, porque su contenido está determinado de forma muy vaga por los textos

¹⁰² Alexy, *Tres escritos... op., cit.*, p. 118 “Los objetos que se optimizan son los objetos de la ponderación que pueden denominarse como un “deber ser ideal”.”

¹⁰³ Alexy, *Teoría de los... op., cit.*, p. 112

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 125 (al discutir el modelo puro de reglas, y en especial, al desarrollar la idea de derechos fundamentales sin reservas, con reservas simples o con reservas calificadas).

¹⁰⁵ Este problema ha sido enfrentado con la introducción de la doctrina de los márgenes de acción y de ciertos principios formales de la ponderación. Borowski, Martin, *La Estructura de los Derechos Fundamentales* (Carlos Bernal Pulido trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 59-60 “Sobre la base de una interpretación amplia del ámbito de protección de los derechos fundamentales, cada ley del Parlamento termina convirtiéndose en una intervención en el derecho fundamental. (...) la respuesta a esta objeción es que en la ponderación debe tenerse en cuenta un principio adicional, que ordena prima facie seguir las decisiones del legislador democráticamente legitimado. (...) surge así un margen de acción, en el que el legislador es libre; fuera de dicho margen, por el contrario, está sujeto a la Constitución. El resultado de la ponderación no puede vulnerar el principio democrático, ni con ello, las competencias del legislador, ya que dicho principio forma parte de la ponderación.”

constitucionales, y porque así, la operatividad del constructo “optimización” descansa en el reconocimiento implícito de un inmenso poder al intérprete de la Constitución, y en últimas, al Tribunal Constitucional.

Segundo, porque la idea del mandato de optimización de X según las posibilidades jurídicas, opera como un reconocimiento de poderes normativos diferentes al principio mismo, así provengan de normas que se puedan “reconducir a” o “fundamentar en” los principios en tensión. Esta definición de “principio” permite, paradójicamente, poner el acento en las condiciones normativas de la operatividad del principio, y no en un supuesto poder normativo (inmanente) del principio mismo. En este sentido, hay que reconocer que las tales “posibilidades jurídicas” le otorgan carácter constitutivo al contenido del principio. En este punto parece que las “posibilidades jurídicas” no son cosa distinta al régimen jurídico aplicable *in toto* a este tipo de problemas. En la práctica, tales “posibilidades jurídicas”, incluyen las normas que desarrollan los dos o más derechos en tensión, las doctrinas constitucionales que los caracterizan y los precedentes que los han concretado.

Y tercero, porque en el caso específico del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado visto como una colisión entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos a la protección de la vida privada y de datos personales la optimización es impracticable debido a que los objetos a maximizar son mutuamente excluyentes. En este escenario no es posible apelar a que la “norma sea cumplida en distinto grado”¹⁰⁶, no es posible garantizar algo, poco, mucho de acceso, o algo, poco, mucho de confidencialidad. En pocas palabras no es posible la optimización. Esto se debe al carácter polar de los objetos normativos a maximizar: acceso a la información por un lado y reserva por el otro.

1.2.2.2 Situaciones paradójicas

En la solución de los problemas sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado, en la práctica colombiana, ocurre una situación paradójica. Por un lado, parece haber operado una creciente desconstitucionalización de los debates sobre el alcance, tanto del derecho de acceso a la información pública como del derecho a la protección de datos personales. Fenómeno al parecer inducido por la expedición de sendas leyes estatutarias, tanto en materia de protección de datos, en 2012, como en materia de acceso a la información pública en 2014. Ambas leyes definen el contenido de dichos derechos y recogen algunas de las reglas jurisprudenciales con las que la Corte Constitucional los había caracterizado. La desconstitucionalización parece concretarse con la práctica de la Corte Constitucional de decidir asuntos que involucran estos derechos con base en las Leyes Estatutarias sobre la materia, y no tanto con atención a una adscripción deliberada de contenidos a las disposiciones constitucionales pertinentes o al uso de la metodología de la ponderación. Otro tanto puede

¹⁰⁶ Alexy, *Tres escritos... op., cit.*, p. 105

afirmarse *mutatis mutandis* de las decisiones de la autoridad nacional de protección de datos. Esta tendencia nos permite cuestionar, en términos prácticos, la pertinencia de la Teoría de los principios como un modelo explicativo operativo para la solución de este tipo de problemas.

Por el otro lado, sin embargo, y aquí está la situación paradójica, en el caso colombiano es plausible afirmar, al menos hasta hoy, que siempre existe la posibilidad de abrir los debates sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado. Incluso a pesar de la existencia de normas que establezcan la reserva o la apertura de cierta información personal y de la tendencia a extender y a precisar la regulación. En Colombia se acepta que todo caso de este tipo puede ser planteado como un caso de colisión de derechos fundamentales¹⁰⁷ y existe la facilidad procesal de activar el control de constitucionalidad en estos términos, ya sea por la vía de la acción pública de constitucionalidad, de la excepción de inconstitucionalidad o de la acción de tutela.

En el caso mexicano la situación también es paradójica por dos razones. Primero, porque la retórica de la ponderación y el discurso de los derechos fundamentales entendidos como mandatos de optimización es una importación tardía a la forma en que se había concebido originalmente la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. En México estos problemas no habían sido pensados como conflictos entre derechos fundamentales, sobre todo porque cuando el entonces IFAI empezó a resolverlos, tales derechos no habían sido formalizados en la Constitución. En cambio, la solución a dichos problemas ya había sido ofrecida por la Ley, el reglamento y los lineamientos mediante un sistema complejo de doble regla excepción, caracterizado por la hiper-regulación. Concomitante con el proceso de reforma a la Constitución que reconoce como derechos fundamentales el acceso a la información pública y la protección de datos personales, el entonces IFAI empieza a emplear los constructos de la Teoría de los principios en el año 2009¹⁰⁸. Sin que pueda pasarse por alto que el uso de los mismos, en función del volumen de casos resueltos había sido marginal hasta el año, 2016 último del que se tienen datos¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Esta tesis es compartida por Vivian Newman a partir de la (aparente) imposibilidad de articular las leyes estatutarias de protección de datos con la ley estatutaria de transparencia. Newman Pont, Vivian, *Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público*. Bogotá, Dejusticia, documentos 20, 2015.

¹⁰⁸ Anexo B, caso 19, IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde (considera de interés público el acceso a la información del expediente médico de personas fallecidas durante reclusión penitenciaria, conservando la confidencialidad de sus nombres). Anexo B, caso 30, IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar (levanta la confidencialidad de información personal relativa a cancelación de créditos fiscales por razones de interés público). Para una aproximación crítica a esta decisión, Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, El secreto fiscal y el IFAI: primer precedente de apertura por causa de interés público en México. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 16, julio-diciembre 2010, pp. 39-71. Sobre la oportunidad en el uso de técnicas de ponderación los secretarios-directores de ponencia del INAI coinciden en su relativa novedad. Entrevistado 3, “Meter estas cuestiones [de ponderación] es algo de verdad nuevo en todo el sistema jurídico mexicano, no vas a encontrar tanto de esto y tampoco en las primeras resoluciones del Instituto (...) las empezarán a ver a partir de 2009 (...) y poco a poco, cada vez más ha sido más una constante para hacer el análisis”, min 1:53:01.

¹⁰⁹ Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley General de Transparencia, en mayo de 2016, El INAI profería alrededor de 120 decisiones semanales. Con dificultad una o dos guardan relación con desclasificación de

Y segundo, porque a pesar de que el entonces IFAI apelara de forma muy marginal a estos constructos, en especial a la idea de la existencia de una colisión de derechos y de la pertinencia de la ponderación, su ejercicio perfiló una muy particular “prueba de interés público”. Esto, en términos prácticos, suponía que el IFAI estaba actuando como un órgano de control de constitucionalidad, y en principio, por fuera de sus estrictas y precisas atribuciones legales¹¹⁰. En efecto, el entonces IFAI había creado una excepción a la regla de confidencialidad de la información personal por interés público, no reconocida expresamente en la Ley. Esta excepción a la confidencialidad de la información personal vía ponderación de derechos en conflicto fue retomada por el actual INAI en algunos casos controvertidos y parecía operar como una práctica administrativa aceptada con carácter de precedente. Esto fue así hasta su reconocimiento formal en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública expedida en 2015, aunque de forma acotada a la protección de ciertos intereses.¹¹¹ La positivación de la “prueba de interés público” utilizando la retórica del principio de proporcionalidad es un curioso ejemplo de trasplante normativo, en donde algunos constructos de la Teoría de los principios terminan formalizados en el texto de la Ley General de Transparencia.

1.2.3 Consideraciones finales.

Tanto en Colombia, como en México, la comprensión del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado a partir de su diagnóstico como una colisión entre derechos fundamentales, a partir de la Teoría de los principios, podría caracterizarse por tres circunstancias comunes: a) la disfuncionalidad del constructo principio, como una estructura normativa diferente de las reglas, para caracterizar los derechos fundamentales en colisión. b) La (potencial) des-constitucionalización de tales problemas al aceptarse en la práctica jurídica, a pesar de la concepción de los derechos fundamentales como principios, el rol central de la Ley para definir sus contenidos. Y c) el carácter marginal de los casos en que estos problemas se

información personal por razones de interés público, casos en donde el INAI suele emplear elementos de la Teoría de los principios. Preguntados sobre la proporción de casos resueltos empleando metodologías de ponderación, los directores de las ponencias del INAI, coinciden en su carácter marginal. Entrevistado 4, “[Este tipo de] casos son muy esporádicos, muy por debajo del 1%”, min 1:25:58.

¹¹⁰ López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, Las Pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una perspectiva Comparada. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, enero-junio 2007, pp. 21-65, 54 “[N]i del lenguaje de la [Ley Federal de Transparencia] ni de su interpretación puede desprenderse que la LAI estableció la posibilidad de realizar una prueba de interés público en caso de la información confidencial.” Guerrero Amparán, Juan Pablo, Tecnología y Protección de Datos Personales. En: *Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho* (John Ackerman coord.) México, Siglo Veintiuno, 2008, pp. 324-352, 339 “[L]a Ley Federal de Transparencia es imprecisa con relación a la facultad del IFAI para ordenar la entrega de información confidencial. (...) A diferencia de su reglamento, la Ley no prevé expresamente la valoración del perjuicio al derecho a la privacidad por difusión, frente al beneficio social del acceso (llamada prueba de interés público).”

¹¹¹ México. Ley General de Transparencia, artículo 120. Adelantamos una descripción de esta figura en el capítulo II, 2.2.8 *Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia*.

deben resolver utilizando los constructos de la teoría de los principios, ya sea aceptando el grueso de la metodología de la teoría de los principios, ya sea bajo la caracterización de la “optimización por ponderación” como una excepción a las reglas generales de publicidad o de confidencialidad de la información.

Sin embargo, es innegable que la propuesta arquetípica de dos principios en tensión opera como una figura retórica exitosa porque funge como un reductor de complejidad. Su relativa aceptación estriba en presentar el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado de una forma elemental y consumible, pero con el costo de desviar la atención del operador jurídico por un camino diferente al de revisar los aspectos centrales que constituyen el fondo del asunto en este tipo de problemas.

1.3 Conclusión del capítulo I

En este capítulo hicimos explícitos algunos aspectos de dos concepciones teóricas centrales para la comprensión del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado: las dicotomías de lo público-privado y la Teoría de los principios. También quedaron expuestas algunas de las limitaciones de dichas concepciones teóricas y su imposibilidad para ofrecer soluciones definitivas para tales problemas.

En relación con las dicotomías de lo público-privado concluimos que: a) no ofrecen elementos suficientes para la fundamentación de los derechos de base, ni soluciones concluyentes a los problemas de la publicidad de la información personal en poder del Estado; b) que al expresarse en diferentes líneas de análisis (estado-ciudadano, colectivo-individual y accesible-secreto) por tener efectos clasificatorios divergentes, carecen de vocación para elevarse como criterio rector fiable, y c) que a pesar de lo que pueda orientar la teoría, el contenido específico de los moldes “público” y “privado” depende de forma fuerte de las construcciones y representaciones sociales de cada comunidad política, y su contenido es sensible a las decisiones político-jurídicas, en especial, del Legislador, las Cortes y los Órganos de Transparencia que son, por definición, circunstanciales y relativas.

En relación con la Teoría de los principios se hizo explícito que la misma: a) tiene un alcance marginal en escenarios de alta concreción del contenido de los derechos fundamentales, como es precisamente el caso de los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, b) que debido al carácter polar de los objetos protegidos por los derechos fundamentales que entran supuestamente en colisión, esto es, la publicidad, en el caso del derecho de acceso a la información pública, y la confidencialidad, en el caso del derecho a la protección de datos personales, la idea de la optimización resulta impracticable y la relación entre los derechos es mejor expresada bajo la forma clásica de la regla-excepción que bajo una ilusoria colisión de principios, y c) que en todo caso, la optimización de los principios depende de las condiciones jurídicas del caso, lo que en términos prácticos indica o reconoce la preeminencia

de otras fuentes, y en especial de la ley formal, para la precisión del contenido de los derechos y para la eventual solución de los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado.

En uno y en otro caso ambos esquemas epistémicos, pensados como herramientas para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, no pueden operar satisfactoriamente sin reconocer la importancia del orden jurídico y en especial de la Ley. No solamente porque se reconozca como hecho básico que cada orden jurídico determina el contexto normativo de su operación, sino porque en este caso en especial la técnica legislativa ofrece de forma implícita una propuesta de solución al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto parece ser así en Colombia y en México en donde, en contextos socio-políticos similares, en tiempos diferentes y con aproximaciones no necesariamente idénticas, se ha planteado el diagnóstico y la solución de estos problemas con la técnica legislativa de la regla-excepción. De cómo ha sido este proceso, en qué consiste esta aproximación legislativa y en qué medida ha sido idónea para resolver este problema, nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

•∞•

Capítulo II

2. Articulación legal del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

La información personal en poder del Estado es regulada de forma concurrente por los regímenes de protección de datos y de acceso a la información pública. Dicha regulación, en la dimensión objetiva, se caracteriza por la incompatibilidad normativa entre los mandatos de publicidad y de confidencialidad sobre la información personal. Otro tanto sucede en el plano subjetivo de los derechos fundamentales a la protección de datos personales, y al acceso a la información pública. La existencia de dos racionalidades contradictorias que caracterizan estos derechos, tanto en su dimensión objetiva, como subjetiva, es un dato que puede servir como punto de partida para el análisis, pero no es suficiente para describir con profundidad las regulaciones del derecho positivo. La legislación, en Colombia y en México, no puede ser (bien) descrita con base en este principio simplificador.

La pregunta por un método para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, elemento central de esta investigación, depende de las posibilidades normativas existentes en cada ordenamiento jurídico y de las concepciones teóricas de uso frecuente en su operación. En el capítulo anterior, nos ocupamos de un par de estas concepciones teóricas; en el presente nos concentraremos en la descripción del marco jurídico en el que surgen estos problemas y en el que deben ser resueltos. La que sigue es una descripción cronológica de la forma en que, tanto en Colombia, como en México, el Legislador (en sentido amplio) ha entendido este problema y ha planteado la forma de resolverlo.

La legislación estudiada en los dos casos bien podría caracterizarse con la idea sencilla del sistema regla-excepción, ordenado por la siguiente máxima: *toda la información en poder del Estado es pública, salvo la información personal que no revista interés público*. Sistema y máxima, consideramos, orientan y caracterizan la forma en que el Legislador, tanto en Colombia como en México, ha enfrentado el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. A pesar de esta circunstancia común, como veremos, los caminos andados en ambos países son disímiles y existen diferencias en la forma y oportunidad en que se han expedido las normas clave y, sobre todo, diferencias sustanciales, en el alcance y la interpretación de algunas categorías básicas. Todo esto a pesar de su identidad nominal y de la influencia (común) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2.1 El caso colombiano. La (ausencia de) articulación normativa entre los regímenes del derecho de acceso a la información pública y de los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales

En Colombia, el régimen jurídico de la información personal en poder del Estado no ha sido pensado bajo la necesidad de una articulación normativa entre las demandas y las racionalidades de los derechos concurrentes de la intimidad y el habeas data, por un lado, y del acceso a los documentos públicos y a la información pública, por el otro. En cambio, las decisiones fundamentales en la materia han ignorado el tema o en el mejor de los casos lo han abordado de forma fragmentaria. Ni siquiera en las reformas recientes de 2012, en materia de protección de datos, y de 2014, en materia de transparencia, se legisló pensando en la necesidad de articular los respectivos regímenes jurídicos. No obstante, esta ausencia de articulación normativa, no es sinónimo de anomia o de falta de regulación sobre la información personal en poder del Estado. Enseguida señalaremos las fuentes principales, leyes y decisiones judiciales, que han regulado la materia y que han determinado la concepción de las categorías jurídicas relevantes.

2.1.1 El punto de partida

La primera pieza de este rompecabezas es la (preconstitucional) Ley 57 de 1985, por la cual “se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”. Esta ley tiene dos elementos relevantes. Reconoce un derecho de acceso (universal) a los “documentos que reposen en las oficinas públicas” siempre que “no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional”¹; y crea un recurso de insistencia, ante tribunal administrativo, en caso de que se impida el acceso². La Ley reconoce por primera vez la existencia de un derecho de acceso a cierta información pública solamente limitado, de forma escueta, por la existencia de una reserva legal o constitucional, o por la protección de los intereses de “defensa y seguridad nacional”³ y, además, lo acompaña de una garantía judicial especial.

El marco interpretativo de este novel derecho será la, entonces vigente, Constitución de 1886, bajo la cual la centralidad de los derechos fundamentales y su garantía efectiva no fungían como

¹ Colombia. Diario Oficial. Ley 57 de 1985, “Por la cual se ordena la publicidad de los actos oficiales”, 5 de junio de 1985 (en adelante Ley 57 de 1985) Artículo 12. “Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”

² Ley 57 de 1985, Artículo 21.

³ El derecho de acceso a documentos públicos había sido incluido en el Código de lo Contencioso Administrativo expedido un año y medio antes como Decreto 01 de 1984, el 2 de enero de 1984. Su artículo 19 disponía: “Toda persona tendrá acceso a los demás documentos oficiales y podrá pedir y obtener copia de ellos. Sin embargo, la petición se negará si la solicitud se refiere a alguno de los documentos que la Constitución Política o las leyes autorizan tratar como reservados. La decisión negativa será siempre motivada.”

ideas rectoras. Esto permite entender que el Legislador no considerara el naciente derecho como derecho fundamental, ni que lo limitara por otros derechos fundamentales, como la protección del derecho a la intimidad, por ejemplo. En este escenario, la información personal contenida en documentos públicos seguía la suerte del documento público y, en ausencia de reserva legal explícita, tal información era pública y por tanto accesible, previa solicitud de tercero.

Estas condiciones de partida son reveladoras de cómo se entendió, en sus orígenes y por cerca de 30 años, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, en términos formales, la Ley 57 de 1985, junto con las disposiciones generales del Código Contencioso Administrativo, expedido en 1984, sirvieron como marco jurídico del derecho de acceso a la información pública, hasta la expedición de la Ley Estatutaria de Transparencia, en el año 2014.

2.1.2 La reforma constitucional y las decisiones de la Corte Constitucional

Esta inercia, sin embargo, fue resistida por varias decisiones normativas. Entre 1984 y 2014, varias reformas y algunas decisiones judiciales cambiaron los términos de la ecuación entre el interés público y el interés privado, y entre la publicidad y la confidencialidad de la información personal en poder del Estado.

La primera y la más importante fue la expedición, en 1991, de una nueva Constitución Política. La expedición de esta Constitución cambió por completo el marco de referencia jurídico del problema de la publicidad de la información en poder del Estado, al reconocer tres derechos fundamentales: el derecho a la intimidad, el derecho de habeas data y el derecho de acceder a documentos públicos⁴. La inclusión de estos derechos y la intensa actividad interpretativa de la Corte Constitucional operaron una progresiva constitucionalización del régimen de la información personal en poder del Estado y forzaron la mutación del esquivo esquema regulatorio de la Ley 57 de 1985.

La primera decisión del Congreso de la República, posterior a la expedición de la Constitución de 1991, relevante para nuestro estudio, tuvo lugar en el año 2000, con la expedición de la Ley General de Archivos. Esta Ley, en su artículo 27, reitera el derecho a “consultar los documentos públicos” siguiendo una redacción similar a la contenida en la Ley 57 de 1985, pero incluye el deber, en cabeza del responsable de los archivos, de “garantizar” la intimidad y demás derechos

⁴ Constitución Política de Colombia. 4 de Julio de 1991. “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. // En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.” y “Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. //El secreto profesional es inviolable.”

reconocidos en la Constitución⁵. Esta disposición es la primera en reconocer, al nivel de ley formal, la (posible) tensión entre el derecho de acceso a la información en poder del Estado y el derecho a la intimidad.

Para el año 2002, en sede judicial, la Corte Constitucional, en su sentencia T-729 de 2002, sistematiza su (para entonces abundante) jurisprudencia en materia de habeas data y en un caso relacionado con información personal en poder del Estado, en donde era evidente la tensión entre los derechos de acceso a la información pública y de habeas data, inclinó por este último su balanza protectora. Entonces, la Corte ordenó eliminar la posibilidad de acceso público, vía Internet, a la base de datos del catastro de la ciudad de Bogotá, bajo el argumento general de la protección del derecho de habeas data y de la circulación restringida de la información personal⁶. Esta decisión de la Corte ha tenido tres implicaciones para la comprensión y estructuración normativa de las relaciones entre los derechos de acceso a la información pública, intimidad y habeas data: a) la información personal en poder del Estado es susceptible de integrar (también) el objeto de protección del derecho al habeas data; b) toda información personal objeto de tratamiento que no sea pública está sometida al principio de circulación restringida (aunque sea debatible que la información catastral no sea en términos generales, pública); y c) el principio de circulación restringida de la información personal se justifica como una regla propia del habeas data que tiene una relación débil con el derecho a la intimidad. A partir de esta decisión quedó claro que, bajo la nueva Constitución, no existe un derecho al acceso, irrestricto e indiscriminado, a la información personal en poder del Estado; y que el fundamento para esta limitación se encuentra, de forma independiente, en los derechos a la intimidad y al habeas data.

En el año 2007, también en sede judicial, la Corte Constitucional, en su sentencia C-491 de 2007, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de gastos reservados de inteligencia, sistematiza su jurisprudencia en materia de restricciones constitucionales al derecho de acceso a documentos públicos. Esta sistematización estuvo influenciada por los estándares del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, como se desprende de las invocaciones explícitas a decisiones de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷. El

⁵ Colombia. Diario Oficial. Ley 594 de 2000, “Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos”, 14 de Julio de 2000. “Artículo 27. Acceso y consulta de los documentos. Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley. // Las autoridades responsables de los archivos públicos y privados garantizarán el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes.”

⁶ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett. (En un proceso de amparo, la Corte ordena a la oficina de catastro de Bogotá impedir el acceso indiscriminado, vía internet y a través de su portal, a información catastral del peticionario mediante la digitación de su número de identificación nacional. El argumento de la Corte fue la protección del derecho de habeas data del peticionario, y en especial, de su derecho a oponerse a la publicidad de información (catastral) sobre sus propiedades inmuebles)

⁷ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, consideraciones 15, 16 y 17. Con especial mención a la Sentencia *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, a la *Opinión Consultiva 05 de 1985*, y al *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2001*.

punto de partida de la Corte es el reconocimiento del derecho fundamental innominado al acceso a la información del Estado⁸ -más amplio que el constitucional derecho de acceso a documentos públicos-, y llamado a operar bajo el principio “pro publicidad”⁹. Esta declaración jurisprudencial es el antecedente más claro, en el derecho colombiano, del principio de máxima publicidad de la información en posesión del Estado.

A pesar de que el caso bajo estudio en la Sentencia C-491 de 2007, no versaba sobre límites al derecho de acceso a la información relacionados con información personal en poder del Estado, la Corte incluye, en *obiter dicta*, un par de menciones relevantes: a) el mandato según el cual las reservas al derecho de acceso a la información pública sólo pueden versar sobre información que “compromet[a] derechos fundamentales o bienes constitucionales” y b) la prohibición de reservar información “que por decisión constitucional” sea catalogada como información pública, independientemente de si se trata de información personal o no¹⁰. Con esta decisión, la Corte orienta el entendimiento de los derechos a la intimidad y al habeas data como posibles “límites legítimos” del derecho de acceso a la información pública.

Para el 2008, tanto a nivel legal, como a nivel jurisprudencial, hay ya una tendencia articuladora entre los regímenes jurídicos de la intimidad y del habeas data, con el de acceso a la información pública. Esta tendencia surge desde la perspectiva del derecho de acceso a la información pública, bajo la idea de que, en especial, es el derecho a la intimidad el llamado a operar como un límite a su ejercicio.

2.1.3 Las leyes de habeas data y la renuncia (implícita) a la articulación

En el año 2008, después de varios intentos, el Congreso aprobó la Ley Estatutaria 1266 de 2008, que regula el tratamiento de datos personales relacionados con el cumplimiento de obligaciones dinerarias. En principio, esta ley no tenía vocación regulatoria de la información personal en poder del Estado. Pero por decisión de la Corte Constitucional, el apartado de los principios de la administración de datos tendría un alcance general¹¹. Esto significó la extensión de dichos principios a bases de datos personales diferentes a las reguladas por la Ley, incluidas, las bases

⁸ *Ibid.*, consid. 11 “(1) Como regla general, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho fundamental de acceso a la información del Estado. En este sentido, dónde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información.”

⁹ *Ídem*, “(1) De la regla “pro publicidad” se derivan dos consecuencias: las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada.”

¹⁰ *Ídem*. “(5) La reserva legal sólo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales pero no sobre todo el proceso público dentro del cual dicha información se inserta. (...). 6) La reserva legal no puede cobijar información que por decisión constitucional deba ser pública.”

¹¹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1011 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño, consid. 3.1.2 “ámbito de aplicación” *in fine* “[E]n cada una de las actividades de gestión de datos personales deberá cumplirse con el plexo de derechos, libertades y garantías propias del derecho fundamental al hábeas data.”

de datos en poder del Estado. Esta situación, sumada a la riqueza de sus categorías, ha permitido que la misma haya sido utilizada para interpretar la Ley 1581 de 2012, general de protección de datos, y para adelantar ejercicios de hetero-integración normativa¹².

En lo que nos interesa, el aspecto más relevante de esta Ley es su apartado de definiciones. Claramente inspirado en la sentencia T-729 de 2002, ya citada, el Legislador incluyó una clasificación de los datos personales en: públicos, semi-privados y privados¹³. Esta clasificación había sido propuesta por la Jurisprudencia Constitucional desde al año 2002, con el fin de facilitar la articulación del régimen del derecho de acceso a la información *in genere* con el del derecho de habeas data. Propósito que se concreta en esta Ley. La introducida clasificación legal de la información personal tiene dos efectos prácticos: primero, que la información personal pública no está sometida al principio de circulación restringida, por lo que puede ser accedida y ofrecida sin limitaciones; y segundo, que la información personal semi-privada y privada, regulada por la ley, está protegida por un mandato de confidencialidad.

En el año 2012 se aprueba la Ley Estatutaria 1581, que regula el tratamiento de datos personales. Esta Ley tiene un carácter general y su ámbito de aplicación cubre por igual al sector público y al sector privado; no incluye, sin embargo, reglas especiales relacionadas con la información personal en poder del Estado. La única mención en este sentido está relacionada con la “naturaleza de los datos personales” y se incluyó en la definición del principio de circulación restringida¹⁴. La información personal pública, por su propio carácter, está excluida de cualquier limitación relacionada con sus condiciones de circulación, accesibilidad o divulgación. *A contrario*, el resto de los datos personales objeto de tratamiento y que sean catalogados como privados o semiprivados, estén o no en posesión del Estado, quedaban cobijados por las normas del régimen jurídico de la protección de datos.

Además del principio de circulación restringida, esta Ley incluye el principio de confidencialidad. La redacción de este principio se inspira en las cláusulas de confidencialidad del derecho privado. El “principio” tiene en realidad la forma de un mandato: toda persona que intervenga en

¹² Como ha sucedido en los casos de la sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.5 (sobre la Ley Estatutaria de Transparencia) y de la Sentencia C-951 de 2014, MP Martha Victoria SÁCHICA, consid. 5.12.2. (sobre la Ley Estatutaria del Derecho de Petición)

¹³ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1266 de 2008, “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países”, 31 de diciembre de 2008, (en adelante Ley Estatutaria 1266 de 2008) “Artículo 3. Definiciones. (...) e) (...) Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados [continúan definiciones]”

¹⁴ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1581 de 2012, “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, 17 de octubre de 2012 (en adelante Ley Estatutaria 1581 de 2012) “Artículo 4. Principios para el tratamiento de datos personales. (...) f) Principio de acceso y circulación restringida: El tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. (...) Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados.”

actividades de tratamiento debe guardar la reserva de los datos personales¹⁵. La confidencialidad en este contexto es un mandato, no una característica de la información; los datos personales objeto de tratamiento tienen carácter reservado. La Ley realmente crea una reserva, en este caso genérica, respecto del tipo específico “información personal” consistente en datos “privados y semi-privados”.

La oportunidad regulatoria que terminó con la expedición de la Ley 1581 de 2012, no fue aprovechada para articular el naciente régimen legal general de protección de datos, con el preconstitucional régimen legal del derecho de acceso a la información pública. No hubo una decisión del Legislador de enfrentar de forma explícita el problema de las posibles antinomias entre los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales. Entonces, la regulación de la información personal en poder del Estado quedó atada a la operatividad, por un lado, de la clasificación de la información personal en pública, semi-privada y privada, propuesta por la Corte Constitucional y aceptada por el Legislador desde 2008, y por el otro, al alcance otorgado a los principios de circulación restringida y de confidencialidad. Todo esto, en el marco del ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012, que, según el artículo 2, comprende “los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.” A esta situación se suma, para entonces, la inexistencia de una Ley Estatutaria de Transparencia. Por lo que la eventual articulación normativa entre el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos personales, debía operar en el plano de la aplicación de la ley al estudiar los mandatos, en apariencia contradictorios, de la Ley 57 de 1985 y de la recién creada Ley 1581 de 2012.

2.1.4 La reforma a la ley de transparencia y acceso a la información pública y la (gran) oportunidad perdida

En 2014, se expide la Ley Estatutaria 1712 de 2014, de transparencia y acceso a la información pública. En esta Ley, el régimen de protección de la información personal en poder del Estado descansa sobre la categoría “información pública clasificada”. Una nueva categoría para referirse a la información que, estando en poder del Estado, pertenezca “al ámbito propio, particular y privado o semiprivado” de las personas¹⁶. En esta nueva definición parece notorio el influjo de

¹⁵ Ley Estatutaria 1581 de 2012. “Artículo 4. Principios para el tratamiento de datos personales. (...) h) Principio de confidencialidad: Todas las personas que intervengan en el tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma.”

¹⁶ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional”, 6 de marzo de 2014, (en adelante Ley Estatutaria 1712 de 2014). “Artículo 6°. Definiciones. (...) c) Información pública clasificada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley”.

la teoría de las esferas, propia de las dicotomías público-privado. Apoyada en esta acotación, la información personal en poder del Estado fue regulada con la técnica ya ensayada de la regla-excepción y siguiendo la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública¹⁷.

El contenido del sistema regla-excepción en este caso es singular. La regla es la accesibilidad de la información en poder del Estado, bajo el mandato de máxima publicidad¹⁸ y la excepción es la reserva de la información personal (entendida como información pública clasificada) pero sometida a una doble condición: cuando se advierta que el acceso a la misma (primero) pueda causar un daño a los derechos a la intimidad, a la vida, a la salud o a la seguridad de una persona natural¹⁹, y (segundo) que dicho daño exceda el interés público en el acceso a dicha información²⁰.

El diseño de esta excepción tiene tres características: a) opera bajo los criterios generales de las excepciones admisibles al derecho de acceso a la información pública señalados en los estándares internacionales: reserva de ley, especificidad, legitimidad, proporcionalidad e interpretación restringida²¹; b) la relación de regla excepción no se plantea entre el derecho de acceso a la

¹⁷ OEA. Resolución AG/RES 2607 (XL-O/10). *Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública*. Junio 2010. Artículo 40. “Excepciones a la divulgación. Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias (...) a) Cuando el acceso dañare los siguientes intereses privados: 1. el derecho a la privacidad, incluyendo privacidad relacionada a la vida, la salud o la seguridad (...) Las excepciones de este literal no deberán aplicarse cuando el individuo ha consentido en la divulgación de sus datos personales o cuando de las circunstancias del caso surja con claridad que la información fue entregada a la autoridad pública como parte de aquella información que debe estar sujeta al régimen de publicidad. La excepción del literal (a) 1 no tendrá aplicación con respecto a asuntos relacionados con las funciones de los funcionarios públicos o bien cuando hayan transcurrido más de [veinte] años desde la defunción del individuo en cuestión.” La influencia de la Ley Modelo es reconocida explícitamente en los antecedentes del proyecto de Ley Estatutaria, en las diferentes exposiciones de motivos. Corte Constitucional, Expediente PE-036, 29 de junio de 2012, Proyecto de Ley Estatutaria 156 de 2011, Senado-228 de 2012 Cámara, 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, Cuaderno 1, Folios 17, 167 y 211.

¹⁸ Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Artículo 2. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley.”

¹⁹ Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos: a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011. b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad. (...) Parágrafo. Estas excepciones tienen una duración ilimitada y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable”.

²⁰ Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Artículo 28. Carga de la prueba. Le corresponde al sujeto obligado aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información.”

²¹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.18 “Dado que la posibilidad de que un sujeto obligado pueda mantener la reserva sobre información particular, es excepcional y

información pública y el derecho a la protección de datos personales. Ni siquiera se plantea con fundamento en la consideración específica de la naturaleza de la información personal. La excepción se construye con base en la noción de daño específico al derecho a la intimidad, a la vida, a la salud o a la seguridad de una persona física determinada, a partir de reconocer la oposición entre los ámbitos de lo público y lo privado²². Y c) al poner el acento en el concepto de daño, y más específicamente de daño presente, probable y específico, obliga a los sujetos obligados a adelantar, caso por caso, una valoración de causa-efecto entre otorgar acceso a la información personal y el daño a los bienes o intereses protegidos por los derechos mencionados²³. En otras palabras, sólo es legítimo negar el acceso a la información personal en poder del Estado, si se demuestra la potencialidad del daño.

Este diseño tiene dos consecuencias operativas: a) la excepción no se verifica de forma automática, está condicionada al éxito de la prueba de daño y b) la protección de la información personal debe ser reconducida a la protección del derecho a la intimidad o a los otros derechos allí enunciados. Lo que en últimas nos permite concluir que la Ley de Transparencia no protege la información personal *per se*; sólo se protege la información personal cuya divulgación pueda causar daños concretos y sustanciales, no hipotéticos y menores. A diferencia de lo que ocurre en la Ley 1581 de 2012, donde la información personal, privada o semiprivada, sometida a tratamiento, está protegida *per se*. Y a diferencia de lo que ocurre en el caso mexicano, donde la regla general es la protección de la información personal *per se*.

Con este diseño, es claro que el Legislador no estuvo guiado por un ánimo articulador de los derechos de acceso a la información pública y de habeas data, ni de sus respectivos regímenes legales²⁴. En cambio, parece haber creado el escenario para nuevas incompatibilidades

debe ser interpretada de manera estricta, la jurisprudencia ha señalado que es preciso acreditar que esa reserva obedece a un fin constitucionalmente legítimo, importante y hasta imperioso, y que la restricción es razonable y proporcionada. Estos criterios deberán ser empleados por el sujeto obligado para expresar los motivos de la restricción.”

²² *Ibid.*, “Uno de los límites admisibles al derecho de acceso a la información pública proviene de la necesidad de protección de otros derechos fundamentales que puedan ser afectados por el acceso y difusión de tal información. Tal es el caso de los datos personales que sólo pertenecen a su titular y cuya divulgación podría afectar un derecho legítimo de este último como el derecho a la intimidad.” La mención a los “datos personales” es apenas instrumental. La Corte no menciona como posible derecho afectado el habeas data o la autodeterminación informativa, los términos del derecho colombiano para referirse al derecho a la protección de datos personales.

²³ *Ídem.* “[L]a norma en examen exige que el riesgo para tales derechos “*pueda*” causar daño a un derecho, esa conjugación verbal implica que los motivos que debe consignar el sujeto obligado deben expresar necesariamente por qué la posibilidad de dañar esos derechos es **real, probable y específica**, que no es un riesgo remoto ni eventual. Adicionalmente, para asegurar que sea proporcional, a la luz de la doctrina constitucional en la materia, el sujeto obligado debe señalar que **el daño o perjuicio** que pueda producirse a esos derechos **sea sustancial**, pues no sería constitucional que un daño ínfimo conduzca a una restricción tan seria del derecho de acceso a la información.” (resaltados en el original)

²⁴ Esta conclusión se refuerza con el silencio que reinó al respecto durante el trámite legislativo del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia. En ninguno de los informes de ponencia para los debates respectivos se menciona de forma específica la necesidad de articular el régimen de acceso a la información pública con el régimen de protección de datos personales. Cfr. Corte Constitucional, Expediente PE-036, 29 de junio de 2012, Proyecto de Ley Estatutaria

normativas. En efecto, el diseño de la excepción al acceso a la información pública por daño a intereses de terceros introdujo nuevos problemas interpretativos para la articulación de los regímenes objeto de estudio.

2.1.5 La falta de concordancia legislativa como constante

Finalmente, en 2015, la regulación en la materia termina de enrarecerse con la expedición de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, sobre Derecho de Petición. Esta ley establece la reserva de “las informaciones o documentos (...) que involucren derechos a la privacidad o intimidad de las personas”, relacionados con “registros de personal” contenidos “en los archivos de las instituciones públicas”²⁵.

Esta reserva fue cuestionada ante la Corte Constitucional por su alcance genérico. La Corte consideró, sin embargo, que se ajustaba a la Constitución, bajo el entendido de que no todos los datos personales contenidos en los registros de personal de los archivos estatales estaban comprendidos por la reserva, sino solamente “aquellos que tocan con el ámbito privado e íntimo de las personas” considerados como “*datos sensibles*”²⁶. Esto, en una línea argumentativa parecida a la de la Sentencia C-274 de 2013 (sobre la Ley de Transparencia) que decidió no acoger la tesis de la reserva general de toda la información personal sometida a tratamiento por parte del Estado. El eje rector de la reserva en este nuevo caso sigue siendo, al parecer, el derecho a la intimidad y no el derecho a la protección de datos personales. Por lo cual, para resolver problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado y precisar si en un caso concreto se actualiza la reserva, sigue siendo necesario determinar la relación entre la información personal solicitada y el derecho a la intimidad de su titular.

Esta nueva causal de reserva es problemática al menos por dos razones. Primero, porque, al estudiar su constitucionalidad, la Corte no fue clara sobre el tipo de datos personales que, por su relación con el derecho a la intimidad, sí están cobijados por la reserva. La Corte afirma en principio que la reserva sólo cobija los datos sensibles, pero al desarrollar su argumento incluye también los datos privados y semiprivados, a partir de referencias a su jurisprudencia y a las

156 de 2011, Senado-228 de 2012 Cámara, 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, Cuaderno 1.

²⁵Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición”, 30 de junio de 2015, (en adelante Ley Estatutaria 1755 de 2015). “Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: (...) 3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.”

²⁶ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-951 de 2014, MP Martha Victoria Sánchez, consid. 5.12.2. “[N]o todos los datos que reposan en las hojas de vida, la historia laboral, los expedientes pensionales y demás registros de personal están cobijados por la reserva, sino solamente aquellos que tocan con el ámbito privado e íntimo de las personas, que se ha (sic) considerado como *datos sensibles*. Por el contrario, no estarán sujetos a reserva aquellos datos que tengan relevancia pública y no encajen en la categoría de datos personales sensibles.”

Leyes 1266 de 2008 (clasificación de la información personal en pública, semi-privada y privada) y 1712 de 2014 (clasificación de la información personal en pública y pública clasificada). Al final, la Corte decide condicionar la constitucionalidad de la reserva a aquellos datos personales que guarden relación con el derecho a la intimidad, “en la forma que ha sido precisada por las citadas leyes y la jurisprudencia constitucional.”²⁷ Lo anterior, en la práctica, opera un reenvío incluyente de la clasificación de la información personal privada y semi-privada, lo que descartaría una reserva limitada a la información personal sensible, como lo había afirmado inicialmente con aparente claridad.

2.1.6 Problemas interpretativos de los distintos regímenes legales en relación con la publicidad de la información personal en poder del Estado

En relación con los distintos regímenes legales que intentan regular la publicidad de la información personal en poder del Estado hay tres problemas interpretativos centrales. El primero, la antinomia entre la Ley de Transparencia y la Ley de Protección de Datos, en relación con el alcance genérico de la confidencialidad de la información personal. El segundo, la antinomia entre la Ley de Transparencia y la Ley del Derecho de Petición, en relación con el alcance específico de la confidencialidad de la información personal contenida en “registros de personal”. Y el tercero, la existencia de tres clasificaciones no convergentes de la información personal, que dificultan definir el alcance de las obligaciones de publicidad y de confidencialidad.

2.1.6.1 Primera antinomia

El primero de los problemas interpretativos es si la decisión del legislador, en la Ley 1712 de 2014, de limitar la protección de la información personal a la afectación de ciertos derechos una vez verificada la prueba de daño, subroga el principio de confidencialidad de la Ley 1581 de 2012, como mandato genérico de protección de la información personal en poder del Estado.

Este problema fue sugerido durante el control de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de transparencia y la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de abordarlo en la sentencia C-274 de 2013. Sin embargo, no fue lo suficientemente clara, ni en el diagnóstico del problema, ni en su solución. Para el caso, la Corte consideró que existía una suerte de comunidad de objeto de protección entre el derecho a la intimidad, concebido como límite al acceso a la información pública y el régimen de protección de datos sensibles, fijado en la Ley Estatutaria 1581 de 2012²⁸. Y a partir de aquí formuló un argumento “integrador”. El argumento de la Corte

²⁷ *Ibíd.*, *in fine*. “[El] numeral 3 del artículo 24 es compatible con el texto constitucional, en cuanto se justifica plenamente la reserva de cuestiones que reposen en las hojas de vida, expedientes pensionales u otros documentos de orden laboral, así como en las historias clínicas, que involucren el ámbito privado y de intimidad de las personas, en la forma que ha sido precisado por las citadas leyes y la jurisprudencia constitucional.”

²⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.5 “la Ley 1581 de 2011 (sic) (...) protege [...] ciertos datos considerados como “datos sensibles”, por afectar el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales.”

es que la Ley de Protección de Datos, en tanto incluye disposiciones específicas para la protección de los datos sensibles “cumple las exigencias constitucionales para el establecimiento de reservas al derecho de acceso a la información pública”, que son “compatibles con las reglas específicas” contenidas en la Ley de Transparencia²⁹. Con este argumento, concluyó que no era necesario incluir “como excepción al acceso a la información pública, por gozar de reserva legal, toda la información contenida en la Ley 1581 de 2012”.

Sin embargo, la Corte no consideró algunos elementos relevantes para regular de forma armónica la información personal en poder del Estado. En su argumento, la Corte emplea la clasificación de “datos sensibles” y no la de datos personales “privados y semi-privados”, que es más amplia por definición. Esto tiene como efecto dejar por fuera una porción importante de información personal en poder del Estado. Asimismo, la Corte no tuvo en cuenta las distintas reglas para la protección de la confidencialidad de la información personal con que operan la Ley de Protección de Datos y la Ley de Transparencia. La protección de la información personal en aquella opera *in limine*, y no está sometida a condición, mientras que en esta se encuentra condicionada a una prueba de daño. Por estas dos razones el argumento de la Corte tiene una debilidad material congénita y carece de vocación para lograr la articulación normativa entre los dos regímenes.

A pesar de que la situación era compleja y la Autoridad de Protección de Datos le solicitó a la Corte, con buenas razones, adoptar un fallo modulado que lograra una mejor articulación³⁰, la Corte decidió no tomar ese camino. La negativa de la Corte Constitucional de proferir un fallo modulado, incluyendo la reserva general de la información protegida por la Ley 1581 de 2012, se justificó porque una decisión en ese sentido implicaría incluir excepciones muy amplias o genéricas al derecho de acceso a la información pública, práctica considerada inconstitucional³¹.

²⁹ *Ibíd.*, “[L]a Ley 1581 de 2011 (sic), al ser una ley estatutaria que regula el derecho de hábeas data y fijar reglas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para proteger ciertos datos considerados como “datos sensibles”, por afectar el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales que pueden ser reservados, cumple las exigencias constitucionales para el establecimiento de reservas al derecho de acceso a la información pública, y que resultan compatibles con las reglas específicas que fijará este proyecto de ley estatutaria una vez sea sancionado.”

³⁰ En su escrito de intervención durante el proceso de control de constitucionalidad del proyecto de ley de transparencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad nacional de protección de datos, le solicitó a la Corte modular su sentencia de constitucionalidad para incluir como reservada la información personal objeto de regulación de la ley 1581 de 2012. En sus palabras: “es fundamental que se indique la obligación de mantener la confidencialidad de determinada información que pueda afectar derechos de índole constitucional como es la intimidad y el habeas data. (...) es necesario que la Corte Constitucional haga una alusión expresa en su sentencia, de las limitaciones al acceso a la información contenidas en las normas referentes a la protección a los datos personales, principio supremo que (...) debe consagrarse de forma expresa. (...) es necesario (...) que se incluya como excepción, por gozar de reserva legal, toda la información contenida (sic) en la Ley 1581 de 2012.” Corte Constitucional colombiana, Expediente PE-036, cit., Cuaderno 1, Escrito de Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio, Folios 503 a 505, y Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, III. Intervenciones de autoridades, 11, y consid. 3.2.5.

³¹ Este fue el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad del párrafo del artículo 5 del proyecto de Ley Estatutaria. Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.5. “Según el párrafo 2º [del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria de transparencia], bajo esta reserva ampliada estaría la siguiente información: (...) 5) Los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de

De lo cual se puede inferir que, para la Corte Constitucional, una regla general de confidencialidad de la información personal en poder del Estado, como la que existe en el derecho mexicano, sería inconstitucional.

La inexistencia de articulación de los derechos en juego no es un problema teórico. La falta de articulación y las decisiones normativas enmarcadas en este escenario de no articulación, han generado una incompatibilidad normativa en un punto crítico. Por un lado, la Ley de Transparencia ordena la entrega de la información personal en poder del Estado si no se supera la prueba de daño; y por el otro, la Ley de Protección de Datos Personales ordena la confidencialidad irrestricta de la información personal privada y semiprivada sometida a tratamiento. ¿Cómo resolver esta antinomia?

En relación con las condiciones para la divulgación de información personal en poder del Estado, en el plano de las reglas generales, podría arguirse que la Ley Estatutaria de Transparencia es ley posterior y ley especial, y por tanto, subroga la Ley Estatutaria de Protección de Datos. Así, mientras que la Ley de Protección de Datos establece como reservada toda la información personal sometida a tratamiento por parte de autoridades públicas (salvo la información personal pública), la Ley de Transparencia solo permite reservar la información personal, si “pertenece” al ámbito de lo privado y su divulgación puede causar un daño a intereses protegidos por el derecho a la intimidad, a la vida, a la salud o a la seguridad de una persona física. La Ley Estatutaria de Transparencia amplía el objeto protegido por el derecho de acceso a la información pública, a la vez que reduce el alcance del derecho a la protección de datos. Opera, en efecto, una subrogación parcial de la regulación protectora de la información personal, contenida en la Ley de Protección de Datos. Sin embargo, por su formalismo, esta alternativa no es satisfactoria. El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado subsiste.

2.1.6.2 Segunda antinomia

El segundo problema es la posible antinomia entre la Ley de Transparencia y la Ley del Derecho de Petición, en relación con las condiciones de acceso a la información personal contenida en los “registros de personal”. La Ley Estatutaria del Derecho de Petición no condiciona la efectividad de la reserva de la información que conste en “registros de personal”, a que el operador jurídico adelante una prueba de daño, como si lo exige la Ley Estatutaria de Transparencia.

naturaleza pública o privada (...) Para varios de los intervinientes, este párrafo impone restricciones inconstitucionales al derecho fundamental de acceso a la información, en la medida que la Constitución y la Jurisprudencia han determinado [que] las limitaciones que se impongan deben ser ciertas, proporcionales y razonables, lo que para el caso de la norma acusada no ocurre, ya que (...) la limitación impuesta (...) incluye una fórmula que impone una restricción genérica y a futuro de acceso a la información pública. La Corte Constitucional comparte esta apreciación.”

Habrían al menos dos razones para defender la reserva *in limine* de dicha información, sin necesidad de someterla a una prueba de daño. Primero, porque este tipo especial de información personal, contenida en registros de personal (laborales, hojas de vida, expedientes pensionales, historias clínicas, etc.), está doblemente protegida, por la Ley del Derecho de Petición, invocando su relación con el derecho a la intimidad y por la Ley de Protección de Datos, invocando su carácter de datos personales (privados y semi-privados, o incluso sensibles) sometidos a tratamiento estructurado. Segundo, porque la Ley de Protección de Datos, en relación con la definición del alcance del límite al acceso, basado en la afectación de la intimidad y demás libertades, opera como ley especial frente a la Ley de Transparencia. Es *lex specialis* porque la información personal objeto de protección, lo es, en tanto está contenida en archivos o bases de datos personales estructurados como tales. No se trata de la protección de cualquier información personal en poder del Estado, independientemente de su soporte o ubicación.

La tesis contraria, esto es, la de la obligación de aplicar la prueba de daño en estos casos, podría defenderse con dos buenas razones. Primero, porque la Ley de Transparencia es ley especial en materia de acceso a información pública, respecto de la Ley de Derecho de Petición, por tanto prevalece a partir del metacriterio *lex specialis* para solución de antinomias³². Segundo, porque la aplicación de la prueba de daño es una garantía del derecho de acceso a la información, cuyo despliegue no afecta el derecho a la intimidad. Solamente hace más exigente la labor de la administración pública en los casos en que se solicite acceso a la información personal en poder del Estado, en el sentido de que para negar el acceso debe demostrar, y no solo presumir, el daño al derecho a la intimidad. En cualquiera de los dos casos, la decisión, por su carácter formal, tampoco es satisfactoria. Nuevamente, como en el caso anterior, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado subsiste.

2.1.6.3 El aparato clasificatorio

El tercer problema está relacionado con el empleo de distintos aparatos clasificatorios de la información personal, lo que dificulta la uniformidad regulatoria de las obligaciones de publicidad y de confidencialidad.

El Legislador principalmente, pero también la Corte Constitucional, han empleado al menos tres aparatos clasificatorios diferentes para regular la información personal en poder del Estado. El primero, empleado en la ley 1266 de 2008 y retomado en la operación de la Ley 1581 de 2012, vía su decreto reglamentario 1377 de 2013, la clasifica con algunas variantes en datos personales “públicos, privados y semiprivados”. El segundo empleado en la Ley 1712 de 2014, la clasifica

³² Albarracín, Mauricio, Ángel, María Paula, Newman, Vivian, Ramírez, Ana María y Uprimny, Rodrigo, *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Bogotá, Dejusticia, 2017, Documentos 31, p. 81 “La Ley de Transparencia (...) es especial en su extensión material frente a la Ley Estatutaria de Derecho de Petición, pues esta última regula diferentes tipos de derechos de petición, incluida la petición de información que equivale a una modalidad especial: la solicitud de acceso a la información pública, regulada integralmente en la Ley de Transparencia. En esta medida, la antinomia jurídica (...) quedaría resuelta por el criterio de *lex specialis*.”

en “información pública e información pública confidencial”. Y el tercero empleado en la Ley 1581 de 2012 y en los intentos de articulación de la Corte Constitucional en las sentencias sobre la ley Transparencia y sobre la Ley de Derecho de Petición, es el de “datos sensibles”.

Las tres clasificaciones no son convergentes. Porque sus criterios clasificatorios no lo son. En el primer caso, el criterio diferenciador es la posibilidad de acceso a la misma por parte de terceros; se trata de una clasificación pensada en las condiciones de circulación de la información personal que nutre el principio de circulación restringida. En el segundo caso, el criterio diferenciador es la pertenencia de la información a la esfera privada o a la esfera pública, con miras a determinar la procedencia de una prueba de daño. Y en el tercero, el criterio diferenciador es el vínculo fuerte de esa información con el derecho a la intimidad y con el derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación³³. Un ejemplo de la falta de convergencia de estas clasificaciones puede ser el caso del dato personal sobre la afiliación a un partido político de un candidato a un cargo de elección popular, contenida en la base de datos de militantes. Este dato puede ser, según el primer aparato clasificatorio, un dato personal semi-privado, según el segundo, un dato personal público, y según el tercero, un dato personal sensible.

2.1.7 Conclusión

En conclusión, en el caso colombiano no existe una articulación de los regímenes jurídicos en torno al fenómeno de la información personal en poder del Estado. La primera regulación en la materia, la Ley 57 de 1985, ni siquiera lo consideró; y las leyes posteriores, Ley 594 de 2000 (General de archivos) Ley 1712 de 2014 (de Transparencia) y Ley 1755 de 2015 (del Derecho de Petición) parecen indicar una posible articulación en el plano de los derechos fundamentales entre el derecho a la intimidad y el derecho de acceso a la información pública. Esto, bajo el estándar Interamericano según el cual el derecho a la intimidad (o privacidad como se le llama en ese ámbito) está llamado a funcionar como un límite del derecho de acceso a la información pública.

En términos prácticos, por regla general, el poder de limitación del derecho a la intimidad sobre el derecho de acceso a la información pública no opera *ipso iure*, pues depende de la verificación de un posible daño. Esta es la propuesta normativa de la Ley de Transparencia, que fue avalada por la Corte Constitucional. Sin embargo, posteriormente se expidió la Ley de Derecho de Petición, que parece relevar la exigencia de prueba de daño en el caso de solicitudes de acceso a información personal contenida en “registros de personal”. El punto sin embargo, no ha sido aclarado aún, ni por una nueva Ley, ni por decisión de la Corte Constitucional.

Frente a la tendencia de articulación exclusivamente entre derecho a la intimidad y derecho de acceso a la información pública, sin embargo, no se puede descartar de plano el efecto protector

³³ Para una explicación más detallada de estos criterios clasificatorios, ver Capítulo V, 5.3.2 Primera gran clasificación: información personal pública y 5.3.3 Segunda gran clasificación: Información personal sensible.

del derecho de habeas data y del principio de confidencialidad de la información personal sometida a tratamiento en bases de datos personales estatales. La Ley de Protección de Datos y varias decisiones de la Corte Constitucional han afirmado la relevancia de este derecho y de esta ley para regular el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto sin que se pueda afirmar, con la claridad que existe en el caso mexicano, que por regla general y salvo expresas excepciones, los datos personales tienen carácter confidencial.

La ausencia de decisiones legislativas claras que articulen los regímenes jurídicos convergentes demuestra la ausencia de una política legislativa que tome en cuenta la importancia de la información personal en poder del Estado y el problema de su publicidad. Las decisiones del Legislador en esta materia no han sido pensadas teniendo en cuenta la concurrencia de diversos intereses ligados a la información personal. Ni bajo la necesidad de conciliar las distintas racionalidades que inspiran el derecho al habeas data, el derecho a la intimidad y el derecho de acceso a la información pública. Ni los posibles costos operativos o burocráticos de una política pública ambiciosa en la materia.

A esta situación se ha sumado la introducción de piezas de legislación con mandatos parciales e incompatibles en tres aspectos centrales de todo régimen jurídico de la información personal en poder del Estado: el alcance de la regla de confidencialidad de la información personal (si aplica para información personal sometida a tratamiento estructurado o no); el alcance de la garantía del derecho de acceso a la información pública (si la prueba de daño es exigible en todo caso, o solo en algunos, para que opere la excepción de publicidad); y la adopción de un aparato clasificatorio uniforme de la información personal en todos los regímenes concurrentes.

2.2. El caso mexicano. Articulación normativa entre los regímenes del derecho de acceso a la información pública y de los derechos a la protección a la vida privada y a la protección de datos personales.

2.2.1 La articulación deliberada como punto de partida

En el caso mexicano, a diferencia del caso colombiano, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado ha sido pensado bajo la necesidad de una articulación normativa entre los derechos concurrentes de protección de datos personales y de acceso a la información pública. La necesidad de esta articulación normativa ha sido punto de partida de los ejercicios legislativos.

La historia de la articulación inicia con la expedición, en 2002, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Aprobada en un contexto de apertura del

régimen político y favorable a la transformación de las relaciones Estado-ciudadanía³⁴, la Ley es en buena parte producto de la sinergia entre burócratas, académicos, activistas, medios de comunicación y legisladores³⁵. Su nota característica fue considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental³⁶, bajo el impulso de una “nueva” interpretación del artículo 6o de la Constitución que tomaba distancia de la que lo consideraba como una “garantía electoral” en cabeza de los partidos políticos³⁷.

Este nuevo entendimiento del derecho de acceso a la información pública estuvo acompañado, por lo menos en la propuesta presentada por el Ejecutivo Federal³⁸, por una reflexión acerca de

³⁴ Saltalamachia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, La Dimensión Internacional de la Reforma de Derechos Humanos: Antecedentes Históricos. En: *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma* (Pedro Salazar y Miguel Carbonell coords.) México, UNAM-IJJ, 2011, pp. 1-38 (sobre el cambio en el partido de gobierno del PRI al PAN y su impacto en la agenda de derechos humanos)

³⁵ Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*. México, UNAM-IJJ, 2009. López-Ayllón, Sergio, La creación de la Ley de acceso a la información en México: una perspectiva desde el Ejecutivo federal. En: *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (Hugo Concha, Sergio López y Lucy Tacher coords.) México, IJJ-UNAM, 2004, pp. 1-38, 7 “La formación de la LAI no fue un hecho aislado ni el esfuerzo de un grupo de iluminados. Se inscribe, por un lado, en un esfuerzo de muchos años de aclarar el sentido del derecho a la información, y por otro, en la necesidad y voluntad de fortalecer la joven democracia mexicana (...) A lo anterior se suman voces y esfuerzos que dentro de la administración habían abierto ya brecha en materia de transparencia y acceso a la información.” p. 19 “Un análisis comparativo de la iniciativa del Ejecutivo con el texto finalmente aprobado por el Congreso muestra que se retoma (sic) en su mayor parte el anteproyecto del presidente Fox (...) sin embargo, hubo algunas propuestas del Grupo Oaxaca que [lo] enriquecieron.”

³⁶ Luna, *Movimiento Social... op., cit.*, p. 79 “[E]l discurso del Grupo Oaxaca puso énfasis en que el acceso a la información es un “derecho” (...) En esto residió el triunfo democrático del Grupo Oaxaca, mientras que el enfoque predominante del Ejecutivo miró a los beneficios administrativos y financieros del gobierno que no involucraba directamente principios democráticos. (...) Esta diferencia de enfoque posicionó el discurso del Grupo Oaxaca en un *discurso de oposición*, reivindicando intereses sociales de participación ciudadana y de derechos fundamentales, que (...) encajó casi a la perfección con las necesidades de los legisladores que apoyaron la iniciativa del Grupo Oaxaca.”

³⁷ Para una buena síntesis de los cambios en la interpretación judicial del artículo 6 constitucional, hasta la expedición de la Ley Federal de Transparencia de 2002, véase: Cossío, José Ramón, El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del poder judicial de la Federación (1969-2001). En: *El poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1863-2001)*. México, Porrúa, 2002. pp. 103 a 160. Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en revisión 3008/1998, 7 de marzo de 2000, MP Juventino V. Castro y Castro. Amparo en revisión 2099/1999, 7 de marzo de 2000, MP Juan Díaz Romero. Tesis aislada de jurisprudencia XLV/2000. “Inicialmente, la Suprema Corte estableció [en 1992] que el derecho a la información instituido en el último párrafo del artículo 6o. Constitucional (...) estaba limitado por la iniciativa de reformas y los dictámenes legislativos correspondientes, a constituir, solamente, una garantía electoral subsumida dentro de la reforma política de esa época, que obligaba al Estado a permitir que los partidos políticos expusieran ordinariamente sus programas, idearios, plataformas y demás características inherentes a tales agrupaciones, a través de los medios masivos de comunicación (...) Posteriormente [en 1996] este Tribunal Pleno amplió los alcances de la referida garantía al establecer que el derecho a la información, estrechamente vinculado con el derecho a conocer la verdad, exige que las autoridades se abstengan de dar a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa, so pena de incurrir en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional. A través de otros casos [fallados en 1997 y 1999] la Suprema Corte ha ampliado la comprensión de ese derecho entendiéndolo, también, como garantía individual, limitada como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero”.

³⁸ López Ayllón, Sergio, Comentario a la Iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información presentada por el Ejecutivo federal al Congreso de la Unión. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, julio-diciembre 2002, pp. 261-274, 269 “La ley contiene un capítulo dedicado a la protección de los datos personales. Existe una relación difícil entre el acceso a la información y la protección de datos

su inevitable relación con el novísimo derecho a la protección de datos personales y de la necesidad de que su regulación fuera “complementaria”³⁹. Este punto de partida ha sido determinante para la comprensión de las relaciones entre ambos derechos y ha marcado el rumbo de las decisiones regulatorias posteriores, en donde la necesaria complementariedad de los derechos ha sido constante.

2.2.2 La limitación al acceso a la información: las técnicas de clasificación

La Ley Federal de Transparencia de 2002 utilizó dos técnicas diferentes para limitar el acceso a la información pública: la reserva y la confidencialidad. Estas técnicas fueron agrupadas bajo la expresión “clasificación” de la información en poder del Estado y en principio apuntan a dos tipos de información diferentes. Mientras la técnica de reserva se emplea para clasificar información por razones de interés público, la técnica de confidencialidad se emplea para clasificar información por razones de interés privado⁴⁰. En efecto, la técnica de reserva buscaba proteger los siguientes intereses: seguridad nacional, seguridad pública, defensa nacional, relaciones internacionales, estabilidad financiera, económica o monetaria del Estado, vida, seguridad o salud de cualquier persona, cumplimiento de la ley, prevención o persecución de delitos, impartición de justicia, recaudación de contribuciones y control migratorio.⁴¹ Mientras, que la técnica de confidencialidad estaba orientada a la protección de los datos personales de las

personales, en especial de aquella en posesión de los órganos de Estado. Así, (...) en la ausencia de una ley específica en materia de protección de la vida privada, se consideró pertinente establecer un principio general de protección a los datos personales.” Luna, *Movimiento Social... op., cit.*, p. 115 “El proyecto del Grupo Oaxaca no consideraba en extenso la protección de datos personales, aunque reconocía la necesidad imperante de regular la materia. (...) En contraste, los proyectos del Ejecutivo incluyeron la protección de los datos personales, confiando en que al abrir la información de gobierno existieran a la par medidas mínimas de protección a la información de las personas en manos del Estado.”

³⁹ México. *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados No 892*, Exposición de Motivos de la iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental presentada por el Ejecutivo Federal, 4 de diciembre de 2001. “Como último principio, y como parte del objeto de la Ley, se señala la protección de datos personales. Existe una clara relación entre el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales, no porque se trate forzosamente de dos realidades contrapuestas, sino porque la regulación de ambas debe ser complementaria. En efecto, la publicidad de la información debe respetar el derecho de privacidad que corresponde a los datos personales de cualquier individuo. Para lograr la correcta armonía entre uno y otro derecho, deben especificarse lo más posible sus alcances. // Existe la conciencia de que cada uno de estos derechos es de tal magnitud, que requeriría de una ley especial que regule su objeto y establezca su diseño institucional, por esta razón y mientras no se expida una ley en materia de datos personales, la iniciativa que se presenta incluye un capítulo específico relativo a este tema, en el que se recogen los principios fundamentales al respecto y que puede servir de base para la legislación futura.”

⁴⁰ Azuara Arai, Cecilia y Estrada Tanck, Mónica, Reflexiones en torno a la clasificación de información. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. LVIII, núm. 250, julio-diciembre 2008, pp. 101-136, 108-9 “En el caso de la información reservada, los supuestos de clasificación responden a materias que deben protegerse para el buen funcionamiento del Estado, es decir a cuestiones de Derecho Público, ya sea seguridad nacional, procesos en trámite, verificación del cumplimiento de las leyes, etc. Se refieren por tanto, a intereses legítimos que el Estado debe proteger (...) Por otro lado, la información confidencial protege directamente el derecho a la vida privada (...) es decir, se trata de un fin en sí mismo.”

⁴¹ México. Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 11 de junio de 2002 (en adelante Ley Federal de Transparencia de 2002). Artículo 13.

personas físicas y de ciertos intereses muy precisos del ámbito privado de las personas tanto físicas como morales⁴².

Esta doble técnica de clasificación de la información y de definición de límites al acceso a la información pública fue acompañada de algunas reglas específicas que terminaron por distinguirlas en términos operativos. Entre las diferencias están: la temporalidad de la excepción en el caso de la clasificación por reserva⁴³, por oposición a la intemporalidad en el caso de la clasificación por confidencialidad⁴⁴ y, sobre todo, la obligación de aplicar prueba de daño al interés público si se decide la limitación del acceso por causales de reserva⁴⁵, por oposición a la operatividad *ipso iure* de la excepción en el caso de confidencialidad.

La técnica clasificatoria de las limitaciones al acceso parece haber engendrado dos regímenes jurídicos diferentes para la protección de la información personal. Dos formas de enfrentar el problema de la publicidad de información personal en poder del Estado. Esto es evidente cuando la información personal en poder del Estado es susceptible de ser clasificada de forma simultánea como reservada, por actualizar una o más de las causales de ley y como clasificada, por consistir, precisamente en datos personales. El mejor ejemplo de la posibilidad de concurrencia de técnicas protectoras era el de la causal IV del artículo 13 de la (subrogada) Ley Federal de Transparencia de 2002 que disponía que, “como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda: (...) IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona”, que podía sumarse a la genérica del artículo 18, relativa a la confidencialidad de los datos personales.⁴⁶ A pesar de que el efecto neto de la clasificación es la clausura de la información, las razones para ello en uno y otro caso eran diferentes. Esto es de la mayor importancia en un escenario crítico sobre los fundamentos del deber de protección de la información personal⁴⁷. Sin embargo, no

⁴² Ley Federal de Transparencia de 2002. Artículo 18.

⁴³ Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 15. La información clasificada como reservada según los artículos 13 y 14, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de doce años.”

⁴⁴ México. Diario Oficial. Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 11 de junio de 2003. (En adelante Reglamento de la Ley Federal de Transparencia de 2002) “Artículo 37. La información confidencial no estará sujeta a plazos de vencimiento y tendrá ese carácter de manera indefinida.”

⁴⁵ El fundamento de esta obligación no es claro en el texto de la Ley. Azuara y Estrada la fundamentan en la exposición de motivos de la iniciativa gubernamental, en concordancia con el artículo 27 del Reglamento de la Ley Federal de Transparencia, que exige al sujeto obligado que clasifica información “tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18”. En, Azuara, Reflexiones en torno... *Op., cit.* Lo cierto es que para el año 2006, la aplicación de la prueba de daño como requisito de clasificación como reservada de información pública, estaba bien asimilada como práctica del entonces IFAI.

⁴⁶ Otro buen ejemplo de este doble estándar es el del Artículo 14, fracción II, relativo a la reserva del “secreto fiscal”, en concurrencia con el Artículo 18, en tanto la información protegida por el secreto fiscal consista en datos personales de personas físicas, ambos de la Ley Federal de Transparencia de 2002.

⁴⁷ Como se advierte en las diferentes razones para proteger la información personal a partir de distintas narrativas de los derechos relevantes, desarrolladas en el capítulo VI, 6.2. Alternativas de fundamentación de los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales.

ahondaremos en ello; pues la información personal quedó protegida por la técnica de clasificación por confidencialidad.

2.2.3 El sistema de doble regla excepción

En relación con la información personal en poder del Estado, la Ley Federal de Transparencia adoptó, por primera vez en México, la técnica de la regla-excepción. La regla será la accesibilidad de toda la información en poder del Estado según el mandato de máxima publicidad⁴⁸ y la excepción, la confidencialidad de los datos personales que los particulares entreguen a la autoridad con dicho carácter y de aquellos que “requieran del consentimiento de su titular para su difusión”, salvo que consten en “registros públicos o fuentes de acceso público.”⁴⁹

La regla general es clara. La excepción es más compleja; de su diseño resaltamos dos características: su definición a partir de términos absolutos (a) y su amplitud que parece engendrar una nueva regla (b).

a) La construcción de esta excepción, parte de concebir la relación entre los intereses protegidos por el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales en términos abstractos y absolutos. El acceso a la información personal en poder del Estado está prohibido porque dicha información se considera, por definición, privada y por tanto secreta, dado el mandato de la Ley de garantizar la “protección” de los datos personales y de prohibir su “difusión”⁵⁰. A diferencia de lo que sucede en el caso colombiano, el sujeto obligado no tiene que verificar que la entrega de tal información cause un posible daño al titular de la misma; es una información que por definición no es de interés público.

b) Por su amplitud, la excepción a la publicidad parece una nueva regla con sus respectivas excepciones. Por *default* la información personal en poder del Estado se considera confidencial,

⁴⁸ Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 2. Toda la información gubernamental a que se refiere esta Ley es pública y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala. (...) Artículo 6. En la interpretación de esta Ley se deberá favorecer el principio de publicidad de la información en posesión de los sujetos obligados.”

⁴⁹ Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 18. Como información confidencial se considerará: I. La entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, de conformidad con lo establecido en el Artículo 19, y II. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley. No se considerará confidencial la información que se halle en los registros públicos o en fuentes de acceso público.”

⁵⁰ No deja de ser paradójico el origen mexicano del derecho a la protección de datos. Antes de ser reconocido como derecho fundamental de rango constitucional es, si acaso, un derecho de rango legal que nace como un elemento del régimen jurídico del derecho de acceso a la información pública. Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 4. Son objetivos de esta Ley: (...) III. Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados.” Y “Artículo 21. Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por un medio de autenticación similar, de los individuos a que haga referencia la información.”

salvo que se presente una de tres circunstancias: que el titular haya prestado consentimiento para su divulgación, que la información personal conste en un registro público o en una fuente de acceso público, o que sea catalogada como pública-accesible por mandato legal expreso.

A este complejo regulatorio lo llamaremos el sistema de doble regla-excepción. En tanto, toda la información en poder del Estado es pública-accesible, salvo los datos personales (primera regla-excepción). Y los datos personales son confidenciales, salvo que: medie consentimiento del titular, exista mandato legal en contra, o consten en registros públicos o fuentes de acceso público (segunda regla-excepción).

2.2.4 Caracterización del sistema de doble regla excepción en las normas secundarias

El “sistema de doble regla-excepción” terminó de perfilarse con la expedición de dos normas: el reglamento de la Ley Federal de Transparencia y los lineamientos sobre clasificación. En junio de 2003, se expidió el “nuevo” reglamento de la Ley Federal de Transparencia. Destacamos tres disposiciones relevantes. La primera, contenida en el artículo 27, estaba relacionada con el deber de los sujetos obligados, al momento de clasificar información, de “tomar en consideración” el posible daño que la difusión de la información podía causar a los intereses tutelados en el artículo 18 de la Ley Federal de Transparencia⁵¹. Esta disposición es intrigante. Al incluirla, el reglamento parecía orientar la acción de las autoridades hacia valoraciones empíricas, caso a caso, en donde la clasificación estuviese precedida por una prueba de daño. La práctica administrativa, y en especial, las primeras decisiones del entonces IFAI revelarán la total ineficacia de esta directriz en relación con la clasificación de la información por confidencialidad⁵². Esto no fue así, sin embargo, en el caso de la clasificación por reserva, en donde la práctica administrativa se decantó por la exigencia de una prueba de daño. La segunda disposición, incluye el mandato de intemporalidad de la clasificación por confidencialidad, de tal forma que “no estará sujeta a plazos de vencimiento y tendrá ese carácter de manera indefinida”, salvo que su titular decida en contrario, o suceda revocación por autoridad competente⁵³. Esta disposición normativa descarta de plano la pertinencia de una prueba de daño de carácter circunstancial, y parece indicar que la excepción por confidencialidad opera *in limine*, no sometida a condición alguna. Y la tercera disposición, incluye la potestad del sujeto obligado de solicitar el consentimiento del titular de la

⁵¹ Reglamento de la Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 27. Al clasificar expedientes y documentos como reservados o confidenciales, los titulares de las unidades administrativas deberán tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley.”

⁵² La única mención que encontramos a la eventual aplicación de una prueba de daño en relación con la publicidad de información personal, fue un voto particular de Juan Pablo Guerrero Amparán, a la resolución R 412/06 CP Alonso Lujambio Irazábal. (En la cual el IFAI aplica una particular prueba de “interés social” para justificar la revelación de datos personales con valor histórico) Ver, Anexo B Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano, g. información del pasado, caso 32.

⁵³ Reglamento de la Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 37. La información confidencial no estará sujeta a plazos de vencimiento y tendrá ese carácter de manera indefinida, salvo que medie el consentimiento expreso del titular de la información o mandamiento escrito emitido por autoridad competente.”

información personal para proceder a su difusión⁵⁴. Su carácter discrecional permite abrir una ventana a la publicidad de la información personal, por la vía de incluir solicitudes de este tipo en determinados supuestos que impliquen recogida de información personal, y que sería legítima en tanto reafirma el carácter central del consentimiento del titular de los datos. En la práctica esta ventana ha permanecido cerrada.

Por otra parte, en agosto de 2003 se publicaron los lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de información. Estos lineamientos, elaborados en el seno del Órgano Federal de Transparencia, son indicativos del destino que tomará la interpretación autorizada de las normas pertinentes en materia de articulación de regímenes. Los lineamientos desagregan en un listado de 17 especies el concepto genérico de datos personales⁵⁵. A partir de entonces no quedaba duda de que prácticamente cualquier dato personal actualizaba la hipótesis de clasificación. Esta decisión evidencia la forma en que, en México, se fue construyendo el ámbito del derecho a la protección de datos personales. La protección de este derecho estará asociada de forma fuerte a la naturaleza de la información y de su relación con la vida privada, y no a su contexto, ni a la forma de su tratamiento, *i.e.*, sometida a tratamiento estructurado o contenida en un sistema o base de datos personales⁵⁶. La información personal, según el extenso listado del lineamiento citado, es objeto de protección *per se* independientemente de su soporte y de su lugar en las prácticas administrativas o de archivo de los sujetos obligados. Lo es también independientemente de si su acceso se persigue de forma deliberada o no.

2.2.5 La importancia originaria del derecho a la protección de la vida privada

⁵⁴ *Ibíd.* “Artículo 41. Cuando una dependencia o entidad reciba una solicitud de acceso a un expediente o documentos que contengan información confidencial y el Comité lo considere pertinente, podrá requerir al particular titular de la información su autorización para entregarla, quien tendrá diez días hábiles para responder a partir de la notificación correspondiente. El silencio del particular será considerado como una negativa. // El Comité deberá dar acceso a las versiones públicas de los expedientes o documentos a que se refiere el párrafo que antecede, en las que se omitan los documentos o las partes o secciones de éstos que contengan información confidencial, aun en los casos en que no se haya requerido al particular titular de la información para que otorgue su consentimiento, o bien se obtenga una negativa expresa o tácita del mismo.”

⁵⁵ México. Diario Oficial. Lineamientos Generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, 18 de agosto 2003 (en adelante Lineamientos Generales para la clasificación de 2003) “Trigésimo Segundo. Será confidencial la información que contenga datos personales de una persona física identificada o identificable relativos a: I. Origen étnico o racial; II. Características físicas; III. Características morales; IV. Características emocionales; V. Vida afectiva; VI. Vida familiar; VII. Domicilio particular; VIII. Número telefónico particular; IX. Patrimonio; X. Ideología; XI. Opinión política; XII. Creencia o convicción religiosa; XIII. Creencia o convicción filosófica; XIV. Estado de salud física; XV. Estado de salud mental; XVI. Preferencia sexual, y XVII. Otras análogas que afecten su intimidad, como la información genética.”

⁵⁶ Esta tendencia se afirmará de forma definitiva, con la reforma del 5 de Julio de 2010, a la definición de datos personales contenida en la Ley Federal. “Ley de Protección de Datos. Transitorios (...) Artículo segundo. Se reforman los artículos 3, fracci[ón] II (...) Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.” Se suprimían así los tipos de datos personales que en *numero apertus* traía la Ley Federal de Transparencia desde el año 2002.

Hasta agosto de 2003, el fundamento de la protección de la información personal parece ser el derecho a la protección de la vida privada y no tanto un novísimo y no consolidado derecho a la protección de los datos personales⁵⁷. Considérense los siguientes argumentos.

Para el año 2003, es innegable que la cultura jurídica mexicana estaba más familiarizada con la existencia y el contenido del derecho a la vida privada que con el novísimo derecho a la protección de datos personales. El derecho a la protección de la vida privada, a pesar de no gozar de reconocimiento expreso en el texto original de la Constitución⁵⁸, había sido reconocido antaño por la Suprema Corte de Justicia⁵⁹, como se desprende de la copiosa jurisprudencia sobre el alcance de la ley de imprenta⁶⁰. Este hecho es buena razón para pensar que su ascendencia en la cultura jurídica mexicana fue decisiva al momento de articular la protección de los intereses privados en la legislación sobre acceso a la información pública.

Por otro lado, es elocuente que sean los lineamientos sobre clasificación, la primera de las tres fuentes relevantes en invocar como fundamento del criterio de confidencialidad, el derecho a la protección de la vida privada⁶¹. Ni la Ley de Transparencia ni su Reglamento lo mencionan⁶². En este sentido no parece inverosímil que el listado de los datos personales objeto de clasificación contenido en los lineamientos estuviera inspirado por una idea del objeto protegido por el derecho a la vida privada. La selección de los tipos y una última mención a la intimidad refuerzan

⁵⁷ Sin negar el impulso de la Ley Federal de Transparencia a la agenda de la protección de datos. Como se desprende de la fracción III de su artículo 4: “Son objetivos de esta Ley:// III. Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados.”

⁵⁸ Escalante Gonzalbo, Fernando, Y que nos dejen en paz. Apuntes sobre el derecho a la privacidad. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar, coord.) México, UNAM-IJ, pp. 181-200, 182 “[E]n México, nos hemos preocupado sobre todo de garantizar el derecho a la información y proteger hasta donde es posible la libertad de expresión. Se ha dejado de lado como cosa secundaria, el derecho a la privacidad y la intimidad. Tanto que ni siquiera está enunciado de un modo inequívoco en la Constitución ni en la legislación federal”.

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 2223/33, 12 de abril de 1934. Unanimidad de cuatro votos. “El concepto de vida privada, no puede reducirse a una idea simplista, sino que, cuando se pretende determinarlo, hay que echar mano de tres criterios: 1º el hogar y la familia, 2º la publicidad misma del acto y 3º la oposición a una función pública o a lo que tiene relación con ésta.”

⁶⁰ [S.a] Criterios del Poder Judicial de la Federación en materia de Protección de Datos Personales y otros conceptos relacionados. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015. (cita decisiones de la Suprema Corte en materia de protección al derecho a la vida privada desde el año 1917. En especial, las pp. 164 a 225)

⁶¹ Así, en el primero de los considerandos de dichos lineamientos: “Que el acceso a la información pública favorece la democracia y la participación ciudadana (...) por lo que el compromiso de la Administración Pública Federal es lograr un equilibrio entre la transparencia de la gestión gubernamental, el buen funcionamiento del Estado y la protección del derecho a la vida privada.” Lineamientos Generales para la clasificación de 2003.

⁶² Aunque no de manera relevante. La Ley Federal de Transparencia de 2002 no tiene ninguna alusión a la vida privada. El reglamento alude a ella en el artículo 47, relativo a los procedimientos de acceso a la información personal por parte de su titular, circunstancia en la que la alusión al derecho a la vida privada es anodina.

esta conjetura⁶³. Y quizá no podía ser de otra forma. La familiaridad de la cultura jurídica con el derecho a la vida privada, contrasta con el (para entonces) extraño y novísimo derecho a la protección de datos. Un derecho de creación foránea, apenas trasplantado -como un apéndice del derecho al acceso a la información pública- en la (para entonces) recién expedida Ley Federal de Transparencia, que no había pasado por el tamiz de la experiencia ni judicial ni administrativa, y respecto del cual la doctrina local era, para el año 2003, por decir lo menos, incipiente.

Esta génesis del mandato de confidencialidad de la información personal y su fundamentación en el derecho a la vida privada ofrece una situación paradójica en relación con el rol que asumirá de forma progresiva el naciente derecho a la protección de datos personales, tanto en las tareas de fundamentación, como en la asimilación de la normatividad por parte del Órgano Federal de Transparencia.

2.2.6 El rol camaleónico del derecho a la protección de datos personales

A la orfandad original del derecho a la protección de datos y su extraño nacimiento como un apéndice del régimen jurídico del acceso a la información pública, le seguirá su reconocimiento en sendas reformas constitucionales.

La primera de estas reformas, aprobada en el año 2007, incluyó un segundo párrafo al artículo 6o, constitucional, con siete fracciones. Esta reforma constitucionaliza el derecho de acceso a la información pública e incluye directrices para todas las autoridades de la República. Entre ellas, el mandato de protección a “la información que se refiera a la vida privada y los datos personales” de conformidad con la ley, y el derecho de toda persona de acceder a (y de rectificar) “sus datos personales”, de forma gratuita y sin necesidad de demostrar interés⁶⁴. La reforma buscaba garantizar estándares mínimos nacionales en materia del derecho de acceso a la información pública, como reacción a la disparidad de las legislaciones estatales en el ámbito federal mexicano⁶⁵.

⁶³ Lineamientos Generales para la clasificación de 2003. “Trigésimo Segundo. Será confidencial la información que contenga datos personales de una persona física identificada o identificable relativos a: (...) XVII. Otras análogas que afecten su intimidad, como la información genética.”

⁶⁴ México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 20 de Julio de 2007. “Artículo Único.- Se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue: Artículo 6o.- (...) I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.”

⁶⁵Salazar Ugarte, Pedro y Vásquez Sánchez, Paula, La reforma al artículo 6° de la Constitución mexicana: contexto normativo y alcance interpretativo. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar, coord.) México, UNAM-III, pp. 35-70. Issa Luna, *Movimiento Social, op., cit.*, p. 179 “[L]a

La inclusión del *nomen iuris* “datos personales” en la fracción II, del segundo párrafo del artículo 6o constitucional, le daba algo de sentido a los ejercicios normativos anteriores (Ley Federal de Transparencia, Reglamento y Lineamientos). Situación que podría catalogarse como una peculiar legitimación constitucional retroactiva. En efecto, a partir de esta reforma, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado debe partir por considerar dos tipos de información: la información relativa a la vida privada y la consistente en datos personales⁶⁶. Es elocuente además que el Constituyente no utilizara la expresión deóntica “derecho a” o “derecho de” (seguida de las expresiones vida privada o datos personales). Este detalle gramatical no es anodino y sustenta la tesis de que la reforma no buscó como tal un reconocimiento de los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales como derechos autónomos⁶⁷. En cambio, es más razonable afirmar que el Constituyente reguló el fenómeno de la información personal como objeto de protección constitucional. Por esto es que el Constituyente emplea las expresiones vida privada y datos personales con el fin de establecer límites al derecho de acceso a la información pública. En últimas, para el reconocimiento formal del derecho a la protección de datos personales era necesaria una nueva reforma constitucional.

No tardaría, sin embargo. En 2009, se aprobó una reforma al artículo 16 constitucional, en donde se reconocen el derecho a la protección de datos personales, junto con los derechos a “acceder, rectificar, cancelar y oponerse” al tratamiento de, información personal, en los términos que establezca la ley. Esta reforma también habilitó al Legislador para regular estos derechos por la vía de limitar “los principios que rijan el tratamiento de datos”⁶⁸. La nueva reforma cambió los presupuestos de todo intento de articulación normativa, por lo menos en el plano formal. De ser un límite previsto en la ley para el acceso a la información pública, el derecho a la protección

reforma constitucional salió de los estados hacia la Federación, de los congresistas estatales hacia los federales. (...) La reforma establece los estándares básicos para garantizar una legislación federal, estatal y municipal con equivalencias a partir de la reflexión nacional.”

⁶⁶ Escalante, Y que nos dejen... *Op., cit.*, p. 183 (análisis de la iniciativa de reforma al artículo 6, distinción entre vida privada y datos personales) “La primera se refiere al ámbito de privacidad de las personas respecto de la intervención tanto del estado como de otros particulares. Los datos personales, en cambio, son una expresión de la privacidad.”

⁶⁷ Tenorio Adame, Manuel, La protección de datos personales desde el derecho al acceso a la información y como derecho fundamental autónomo, el caso mexicano. En: *Revista Internacional de Protección de Datos Personales RIPDP*, 2012, Universidad de los Andes, núm. 1, julio-diciembre 2012, pp. 1-12 (sobre la naturaleza dual del derecho a la protección de datos personales en la constitución mexicana) p. 8 “[con la reforma constitucional de 2007] la esencia del derecho a la protección de datos personales a nivel constitucional se establece como una excepción al derecho de acceso a la información, y solo mediante la segunda adición [reforma constitucional en 2009] fue concebido como patrimonio jurídico de sus titulares de forma positiva y autónoma a nivel de ley suprema”.

⁶⁸ México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1 de junio de 2009. “Artículo Único.- (...) Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”

de datos pasa a ser un derecho constitucional autónomo de una compleja configuración constitucional.

2.2.7 La consolidación del sistema de doble regla excepción

Con este nuevo horizonte constitucional y con la experiencia de más de 10 años de operación intensiva de la Ley Federal de Transparencia, en el año 2015, el Legislador aprobó la Ley General de Transparencia. La Ley está orientada por el doble propósito de fortalecer la institucionalidad en la materia y de unificar criterios sobre el acceso a la información pública en todos los niveles del gobierno. En lo pertinente, conserva el esquema regulatorio de la ley Federal de 2002: el sistema de doble regla-excepción. Esto es, toda la información en poder del Estado es pública-accesible, salvo los datos personales⁶⁹ (primera regla-excepción). Y los datos personales son confidenciales, salvo que: para su divulgación medie consentimiento del titular o mandato judicial, consten en registros públicos o fuentes de acceso público, exista mandato expreso de la ley en contra, o exista un interés público en su divulgación⁷⁰ (segunda regla-excepción).

Dos de las excepciones a la regla de confidencialidad de los datos personales que venían reconocidas en la Ley de tiempo atrás merecen un comentario. La primera excepción es la relativa a los datos personales que consten en “registros públicos o fuentes de acceso público”. Estas dos hipótesis son distintas por virtud del principio interpretativo del efecto útil. Determinar cuándo se verifica la hipótesis de información personal contenida en “registros públicos” no ofrece en principio mayor dificultad. Ahí está el registro público de la propiedad inmueble o el registro civil, que fungen como ejemplos recurrentes. Sin embargo, la accesibilidad a esta información personal puede verse limitada por reglas específicas de dichos registros y puede depender de las condiciones en que el administrador de estos registros permita el acceso⁷¹. La segunda hipótesis es más problemática; su alcance no ha sido precisado de manera uniforme por el actual INAI⁷², aunque podría afirmarse que existe una tendencia a proteger la información personal, incluso, cuando la información ha sido publicada “indebidamente” en fuentes oficiales⁷³. Para el INAI, la publicidad –entendida como un hecho- no es un camino de no

⁶⁹ México. Diario Oficial. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2015 (en adelante Ley General de Transparencia de 2015) “Artículo 116. Se considera información confidencial la que contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identificable.”

⁷⁰ Ley General de Transparencia de 2015. Artículo 120.

⁷¹ Azuara, Reflexiones en torno a... *Op. cit.*, p. 134 y ss. (discute el alcance de la protección de datos personales en los casos del registro público de comercio y del registro civil, bajo el doble argumento de la naturaleza no necesariamente pública de la información y de las condiciones restringidas para el acceso.)

⁷² Me refiero a la composición del INAI durante el periodo 2014-2018, consejeras Ximena Puente de la Mora, Areli Cano Guadiana y Patricia Kurzyn Villalobos, y consejeros Oscar Mauricio Guerra Ford, Francisco Javier Acuña Llamas, Rosendoevgueni Monterrey Chepov y Joel Salas Suárez.

⁷³ Véase los desacuerdos sobre el alcance de la publicidad de la información personal relacionada con la extradición de mexicanos en el caso del expediente RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, con votación 4-2. Caso 27, Anexo B, Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano.

regreso, ni tampoco un argumento que pueda desestimar el deber de protección de la información personal.

La segunda excepción que merece un comentario es la relativa a la publicidad de cierta información personal por mandato legal expreso. La Ley General ordena, como parte de las “obligaciones de transparencia comunes”, la publicidad de la siguiente información: el directorio de todos los servidores públicos, su remuneración neta, bruta y detallada, su información curricular, las sanciones administrativas definitivas, los viáticos y gastos de representación, los contratos de servicios por honorarios, el padrón de beneficiarios de programas sociales, el listado de personas que usen recursos públicos, los contratos públicos, el padrón de contratistas y proveedores, y el listado de jubilados y pensionados con el monto que reciben, entre otros.⁷⁴ A estas obligaciones “comunes” se suman las “específicas”, como la del poder ejecutivo, de publicar el nombre, RFC y monto de los beneficiarios de cancelación o condonación de créditos fiscales⁷⁵; la del poder legislativo, de publicar el padrón de cabilderos⁷⁶; la del INE de publicar el registro de candidatos a elección popular⁷⁷; la de la CNDH de publicar “toda la información con que cuente, relacionada con hechos constitutivos de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad”⁷⁸; la de las instituciones educativas de educación superior, de publicar la remuneración de los profesores, beneficiarios de licencia o sabático, y las evaluaciones del cuerpo docente⁷⁹; la de los partidos políticos, de publicar el padrón de sus afiliados, el listado de aportantes (con montos) a campañas y precampañas, el listado de personas que reciban ingresos con cargo a su patrimonio, el currículum de sus candidatos a elección popular, el currículum de sus dirigentes, los nombres de los responsables de selección de candidatos, y el estado, situación financiera y relación de bienes inmuebles de su propiedad⁸⁰; y finalmente, la obligación de las autoridades administrativas, respecto de los sindicatos, de publicar los documentos de registro y el padrón de socios⁸¹. Las hipótesis de publicidad de información personal ordenada por la ley tienden al aumento. Sobre el punto, el mero contraste entre el texto de la Ley Federal de 2002, con el de la Ley General de 2015 es elocuente⁸².

⁷⁴ Ley General de Transparencia de 2015. Capítulo II. De las obligaciones de transparencia comunes. Artículo 70, fracciones VII, VIII, XVII, XVIII, IX, XI, XIV literal q, XXVI, XXVII, XXXII, XLII, respectivamente.

⁷⁵ *Ibid.* Capítulo III. De las obligaciones de transparencia específicas de los sujetos obligados. Artículo 71, fracción I, literal d.

⁷⁶ *Ibid.* Artículo 72, fracción XVI

⁷⁷ *Ibid.* Artículo 74, fracción I, literal e.

⁷⁸ *Ibid.* Artículo 74, fracción II, literal e.

⁷⁹ *Ibid.* Artículo 75, fracciones III, IV y VIII.

⁸⁰ *Ibid.* Artículo 76, fracciones I, IX y X, XVI, XVII, XVIII, XXI y XXV.

⁸¹ *Ibid.* Artículo 78, fracciones I y IV.

⁸² El contraste con el artículo 7 de la Ley Federal de Transparencia de 2002 es notorio. No sólo en número, sino en la calidad y nivel de detalle de las obligaciones de transparencia relacionadas con información personal. La Ley Federal de Transparencia de 2002, escasamente reconoce la obligación de publicar “el directorio” y “la remuneración mensual por puesto” de los servidores públicos, y la información relativa a la celebración de contratos públicos que incluía “objeto, monto” y el “nombre del contratista o proveedor”.

La cuestión crítica de esta práctica, sin embargo, toca el corazón del sistema de doble regla-excepción, fundado en la premisa de entender los datos personales como objeto de protección *per se*. La consecuencia directa de este sistema es que cualquier regulación sobre piezas de información personal, por pequeña que sea, demanda la intervención del Legislador⁸³. Esto crea una presión regulativa muy exigente sobre cualquier especie de información personal cuyo conocimiento pueda revestir, bajo nuevas o inadvertidas circunstancias, un interés público. Por otra parte, el sistema cerrado de doble regla-excepción lleva implícito un reparto de competencias que favorece la toma de decisiones mediante el proceso legislativo, por sobre el proceso administrativo. Esto limita las oportunidades de debatir estos temas en clave constitucional, en especial, en la sede de los órganos garantes. La definición de excepciones de forma prevalente (y exclusiva) por parte del Legislador si bien garantiza algo de uniformidad y de seguridad jurídica impide que se abran discusiones *ad hoc*, caso por caso, sobre la pertinencia de publicar información personal. Frente a esta situación ya venía respondiendo el IFAI primero y el INAI después con la práctica administrativa de reconocer la apertura de cierta información personal por razones de interés público. En el 2015, el Legislador parece retomar el control. No sólo es más claro en la expresión de la excepción a la confidencialidad de la información personal cuando “por ley tenga el carácter de pública” sino que aumenta sus eventos. Asimismo, reconoce, como novedad, la competencia de los órganos garantes de adelantar pruebas de interés público y ponderación de derechos.

2.2.8 Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia

La Ley General de Transparencia trae varias novedades relacionadas con el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Destacamos dos: la exigencia de la prueba de interés público como requisito de la (legitimidad de la) clasificación de la información personal y el reconocimiento de la competencia de los órganos garantes para adelantar una prueba de interés público en el caso de “colisión de derechos”. La nueva Ley introdujo la prueba de interés público, aunque con dos versiones ligeramente diferentes.

La inclusión de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia es un reconocimiento formal, a nivel legal, de la práctica (excepcional) que tuvo el Órgano Federal de Transparencia de abrir datos personales por razones de interés público. Sin embargo, la regulación introducida por la Ley General de Transparencia es compleja y anti-técnica. En primer lugar, el Legislador generaliza la prueba de interés público, al convertirla en una metodología *ad hoc* aplicable por los órganos garantes para determinar la excepción a la regla de confidencialidad de la información personal en hipótesis muy específicas: “por razones de seguridad nacional y

⁸³ Kaplow, Louis, Rules Versus Standards: An Economic Analysis. En: *Duke Law Journal*, vol. 42, núm. 3, 1992, pp. 557-629 (Sobre las diferencias entre reglas y estándares como estrategias regulatorias, desde una perspectiva general). En especial véase las pp. 616 y ss. “Legislature were intentionally devised to make changing law difficult (absent rather broad agreement on the need of change)”

salubridad general, o para proteger los derechos de terceros”, según el artículo 120⁸⁴. Y, en segundo lugar, la desdobra, al crear una nueva especie de prueba de interés público a ser aplicada (exclusivamente) por los órganos garantes al resolver el recurso de revisión en los casos de “colisión de derechos”. En esta versión “desdoblada”, la prueba de interés público terminó asimilada con los términos del test de proporcionalidad, como se desprende del artículo 149⁸⁵.

La versión de la prueba de interés público del primer tipo es muy compleja. El Legislador la incluye no como regla general, sino como apéndice de una de las causales de excepción a la regla general de confidencialidad de los datos personales. Se trata de un requisito de la legitimidad de la decisión de otorgarle publicidad a la información personal en poder del Estado y consiste en un análisis costo-beneficio, ordenado bajo el criterio de proporcionalidad, entre el interés privado en mantener la confidencialidad de la información personal y el interés público en levantarla frente a determinado tipo de intereses.

Esta versión tiene las siguientes características: a) fue limitada a la protección de los “derechos de terceros” y a los intereses de “seguridad nacional y salubridad general”; en su diseño, el Legislador no reconoció otros intereses públicos que pudieran justificar la publicidad de la información personal; b) para que proceda la desclasificación de información personal, el órgano garante “además” debe “corroborar” la relación entre la información personal en cuestión y “un tema de interés público”; los términos de este deber de verificación parecen indicar un análisis incluyente de nuevos intereses junto con los ya enunciados de “seguridad nacional, salubridad general” y “derechos de terceros”; y c) el órgano garante tiene el deber de demostrar que existe una relación de proporcionalidad entre la satisfacción del “interés público de la información” y la “invasión” al derecho a la intimidad (que se supone existirá de permitirse publicidad sobre información personal).

⁸⁴ Ley General de Transparencia de 2015. “Artículo 120. Para que los sujetos obligados puedan permitir el acceso a información confidencial requieren obtener el consentimiento de los particulares titulares de la información. // No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando: I. La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público; II. Por ley tenga el carácter de pública; III. Exista una orden judicial; IV. Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación (...) // Para efectos de la fracción IV del presente artículo, el organismo garante deberá aplicar la prueba de interés público. Además, se deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información.”

⁸⁵ Ley General de Transparencia de 2015. “Artículo 149. El organismo garante, al resolver el recurso de revisión, deberá aplicar una prueba de interés público con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuando exista una colisión de derechos. // Para estos efectos, se entenderá por: I. Idoneidad: La legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido; II. Necesidad: La falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información, para satisfacer el interés público, y III. Proporcionalidad: El equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población.”

Esta versión de la prueba de interés público es problemática al menos por tres razones. Primero porque al parecer tiene un alcance limitado a las hipótesis del numeral IV del artículo 120 (seguridad nacional, salubridad pública, derechos de terceros). Bajo esta formulación, no podría emplearse con el fin de proteger el interés público de la moralidad administrativa o la lucha contra la corrupción, por poner un par de ejemplos críticos. Segundo, porque al incluir como hipótesis de excepción o como interés público a proteger, la protección a “derechos de terceros” rompe la lógica de la oposición entre intereses públicos e intereses privados, que precisamente es la que justifica la institución de la prueba de interés público en este tipo de casos⁸⁶. Y tercero, porque sus términos internos no son convergentes. El Legislador limita la prueba de interés público a la hipótesis del numeral IV del artículo 120 (seguridad nacional, salubridad general y derechos de terceros) pero a su vez exige el deber de corroborar la relación entre la desclasificación y “un tema de interés público”, y el deber de corroborar la relación de proporcionalidad entre “el interés público de la información” y la afectación de la intimidad. Es intolerable que el Legislador utilice la expresión interés público en al menos tres sentidos diferentes⁸⁷.

Esta cláusula es antitécnica porque no es claro si la expresión “un tema de interés público” se refiere o no a intereses diferentes de los indicados en el numeral IV del artículo 120 (seguridad nacional, salubridad general y derechos de terceros). Habría dos interpretaciones. La primera, según la cual dicha expresión se refiere a otros intereses, que encuentra sustento en el criterio de interpretación del efecto útil: el artículo 120 indica que debe tratarse de uno de los intereses del numeral IV y “además” se debe adelantar la verificación de relación entre la desclasificación y “un tema de interés público”. Esto es así, ya que el pronombre indeterminado universal “un”, que precede a la expresión “tema de interés público”, no se refiere a las tres hipótesis bien determinadas del numeral IV del artículo 120. La segunda alternativa es que dicha expresión no se refiere a otros intereses públicos, pues como se trata de una excepción a la confidencialidad de la información, su interpretación debe ser restringida y el Legislador parte de la premisa de limitar la procedencia de la prueba de interés público a tales intereses, como lo indica inicialmente de forma aparentemente clara⁸⁸.

⁸⁶ López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, Las Pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una perspectiva Comparada. *Derecho Comparado de la Información*, No. 9, enero-junio de 2007, pp. 21-65.

⁸⁷ Esta situación es crítica si se tiene en cuenta que a Ley General de Transparencia de 2015 incluyó su propia definición. “Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: (...) XII. Información de interés público: Se refiere a la información que resulta relevante o beneficiosa para la sociedad y no simplemente de interés individual, cuya divulgación resulta útil para que el público comprenda las actividades que llevan a cabo los sujetos obligados.”

⁸⁸ México. Diario Oficial. Acuerdo del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, por el que se aprueban los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas, 15 de abril de 2016. (en adelante Lineamientos en materia de clasificación de 2016) Lineamiento cuadragésimo noveno.

La otra novedad de esta Ley es la inclusión de una segunda versión de la prueba de interés público a desatarse en el marco de los recursos de revisión por parte de los órganos garantes. Esta prueba de interés público tiene tres características: a) presupone que, en materia de acceso a la información pública, existen casos que pueden ser descritos o categorizados como “colisi[ones] de derechos”; b) adopta de forma acrítica los elementos del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad); y c) incluye un par de criterios que orientan el desarrollo de la prueba no hacia la definición de una simple colisión de derechos, sino hacia la verificación del interés público y la afirmación de su importancia.

Así concebida parece una especie de hibridación entre prueba de interés público y test de proporcionalidad que ya parecía operar de facto en la práctica del Órgano de Transparencia. La formalización de esta suerte de hibridación le suma complejidad a la herramienta, pues mezcla (innecesariamente) elementos de aparatos teóricos disímiles. Esto puede advertirse en dos momentos. Primero, en la cualificación del “elemento” necesidad, en donde el análisis de los medios disponibles debe orientarse a “satisfacer el interés público” y no a la mayor realización del derecho de acceso a la información pública, como sería en un ejercicio ordinario de ponderación de derechos, según la teoría estándar. Y segundo, en la cualificación del “elemento” de la proporcionalidad, en donde la idea del equilibrio entre perjuicio y beneficio debe apuntarse “a favor del interés público”, bajo el criterio evaluativo del “perjuicio que [la decisión] podría causar a la población”, y no bajo la premisa de una relación paritaria de los intereses individuales, propios de una típica colisión entre derechos fundamentales según la teoría estándar.

Haber incluido dos versiones de la prueba de interés público, una como parte de la legitimidad de la clasificación por confidencialidad y acotada a la protección de ciertos intereses públicos, y otra para efectos de resolver colisiones de derechos en el escenario del recurso de revisión; y el haberlas caracterizado de forma similar con elementos de la Teoría de los principios, genera perplejidades interpretativas innecesarias que dificultan la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

2.2.9 La legislación secundaria de la Ley General de Transparencia

Entrado en funcionamiento el nuevo Sistema Nacional de Transparencia, el 15 de abril de 2016, el Consejo Nacional de dicho Sistema expidió el “Acuerdo por el que se aprueban los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas”. Estos nuevos lineamientos están en consonancia con las características generales del sistema regla-excepción que hemos descrito. Recogen algunas prácticas del Órgano Federal de Transparencia que habían servido para apuntalar la centralidad del derecho de protección de datos y del deber de protección *per se* de la información personal, como por ejemplo el deber de aplicar el principio de finalidad en caso de solicitudes de acceso a

información personal contenida en fuentes de acceso público o registros públicos⁸⁹. Y vuelven sobre la figura de la prueba de interés público. Hay dos disposiciones relevantes. La primera es un intento –insatisfactorio– de definición⁹⁰. Insatisfactorio porque además de que quedó mal redactado, no señaló de forma clara los términos (intereses-valores-derechos) a ponderar⁹¹, al oponer, de forma escueta, el “beneficio” en el acceso contra la “invasión” en “los derechos de las personas”. En aras de claridad podía haberse señalado, por ejemplo, el beneficio del interés público en la divulgación de la información contra la afectación del interés privado en la confidencialidad. No deja de ser sintomática la dificultad, del Legislador y del legislador secundario, para definir de forma clara la prueba de interés público. La segunda disposición relevante es una explicación de la primera versión de la prueba de interés público establecida en el artículo 120 de la Ley General de Transparencia⁹². En este caso, los lineamientos intentan aclarar los términos de la prueba de interés público del artículo 120 y si bien logran acotarla para la protección de la seguridad nacional, la salubridad pública y los derechos de terceros, la doble mención a los elementos del test de proporcionalidad “idoneidad, necesidad y proporcionalidad” por su redundancia y falta de técnica suma nuevos elementos para la confusión⁹³. Este ejercicio sigue la misma tendencia: una profunda dificultad para expresar de forma clara y comprensible los términos básicos de la prueba de interés público.

⁸⁹ Lineamientos en materia de clasificación de 2016. “Trigésimo noveno. (...) Ante las solicitudes de acceso en las que se requieran datos personales de terceros que obren en una fuente de acceso público o en un registro público, los sujetos obligados en cumplimiento al principio de finalidad deberán orientar al solicitante para que acuda a aquél en el que se encuentre la información y la obtenga mediante el procedimiento establecido para tal fin.”

⁹⁰ *Ibid.* “Segundo. Para efectos de los presentes Lineamientos Generales, se entenderá por: (...) XIV. Prueba de interés público: La argumentación y fundamentación realizada por los organismos garantes, mediante un ejercicio de ponderación, tendiente a acreditar que el beneficio que reporta dar a conocer la información confidencial pedida o solicitada es mayor (sic) la invasión que su divulgación genera en los derechos de las personas.”

⁹¹ Una de las críticas ya clásicas al método de la ponderación es la poca claridad con la cual intérpretes y teóricos abordan el problema del objeto de ponderación. Aleinikoff, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*. En: *Yale Law Journal*, Vol. 96, No. 5, abril-1987, pp. 943-1005, 946-7 “Which Interests Are Balanced? (...) While the individual/government conflict describes a large number of famous balancing cases (...) a surprising number of cases involve different sets of competing interests.”

⁹² Lineamientos en materia de clasificación de 2016. “Cuadragésimo noveno. En la aplicación de la prueba de interés público para otorgar información clasificada como confidencial por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación, de conformidad con el último párrafo del artículo 120 de la Ley General, los organismos garantes en el ámbito de sus respectivas competencias atenderán, con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, lo siguiente: I. Deberán acreditar el vínculo entre la información confidencial y el tema de seguridad nacional, salubridad general, o protección de derechos de terceros; II. Que el beneficio del interés público de divulgar la información es mayor que el derecho del titular de la misma a mantener su confidencialidad; (...) IV. Precisarán las razones objetivas por las que el acceso a la información generaría un beneficio al interés público; V. (...) deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que justifiquen el interés público de conocer la información, y VI. Deberán elegir la opción de acceso a la información que menos invada la intimidad ocasionada por la divulgación, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés privado, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información.”

⁹³ En el lineamiento Cuadragésimo noveno, hay una doble mención a los elementos del test de proporcionalidad, una nominal: “necesidad, idoneidad, proporcionalidad” y otra bajo la pretensión –infructuosa– de explicarlos: en el numeral II, hay una adaptación de la llamada ley de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto y en el numeral VI, hay un revuelto de los tres elementos necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

2.2.10 La nueva Ley Federal de Transparencia gemela de la Ley General de Transparencia

Para completar esta historia, al menos hasta el año 2016, el mismo Legislador de la Ley General aprobó la nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, finalmente publicada el 9 de mayo de 2016. En el ámbito de la Federación tuvieron un año para identificar las dificultades anotadas y corregir, en lo posible, la marcha. No fue el caso. En relación con el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado ocurrió una abrogación de la (buena) Ley Federal de Transparencia de 2002 en términos casi idénticos a la propuesta de la Ley General. Los textos pertinentes fueron copiados y pegados. Como pude advertirse al contrastar las hipótesis de confidencialidad de la información personal⁹⁴, la inclusión de la prueba de daño⁹⁵ y de las dos versiones de la prueba de interés público⁹⁶. Transcribir los textos de una u otra ley es tarea gemela. Cambia, levemente, la numeración del articulado. Quedan eso sí los problemas (ahora) comunes que venimos de mencionar.

2.2.11 Conclusión

En el caso mexicano, desde el origen, la regulación ha estado inspirada por la necesaria “complementariedad” entre los regímenes jurídicos que regulan la información personal en poder del Estado. La Ley Federal de Transparencia de 2002 tuvo esta inspiración y la misma se ha mantenido como una constante: en las normas secundarias expedidas en el año 2003 (Reglamento de la Ley Federal de Transparencia, y Lineamientos en materia de clasificación) en las reformas constitucionales subsecuentes (en especial en la del 2007, sobre límites al derecho de acceso a la información pública) en la Ley General de Transparencia de 2015, en los lineamientos en materia de clasificación, expedidos en 2016 y por último, en la Ley Federal de Transparencia, aprobada también en 2016.

La articulación normativa entre los regímenes de acceso a la información pública y protección de la vida privada y de los datos personales toma en México la forma del sistema de doble regla-excepción. Este sistema está vigente desde el año 2002, con algunas variaciones. La regla general es la publicidad de la información en poder del Estado, la excepción la confidencialidad de (toda) la información personal (primera regla-excepción). La regla general es la confidencialidad de la

⁹⁴ México. Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 9 de mayo de 2016. (En adelante Ley Federal de Transparencia de 2016) Artículo 117. Idéntico al Artículo 120 de la Ley General de Transparencia de 2015.

⁹⁵ Ley Federal de Transparencia de 2016. Artículo 102. Idéntico al artículo 103 de la Ley General de Transparencia de 2015.

⁹⁶ La primera versión, reconocida en el Artículo 117 de la Ley Federal de Transparencia de 2016 es idéntica a la del artículo 120 de Ley General de Transparencia de 2015; y la segunda versión, reconocida en el Artículo 155 de la Ley Federal de Transparencia de 2016, idéntica a la del artículo 149 de Ley General de Transparencia de 2015. Lo único que cambia en ambos es la sustitución de la expresión “organismo garante” por la muy federal (o nacional) de “Instituto”.

información personal en poder del Estado, la excepción es que medie el consentimiento del titular para su divulgación, conste en registros públicos o fuentes de acceso público, exista orden judicial o mandato legal en contra, o se supere la prueba de interés público (segunda regla-excepción).

El sistema de doble regla excepción se construyó bajo la premisa de la técnica de clasificación por confidencialidad de los datos personales. Esta técnica, en la práctica del sistema, supone que la información personal es un objeto de protección *per se*, independientemente de su relación con valores como la libertad, la intimidad o la igualdad. La forma en que se construyó y fundamentó esta técnica depende de una lectura particular de la Ley Federal de Transparencia de 2002 y de la legislación secundaria, impulsada por el entonces IFAI, respecto de la centralidad ¿fundamentalidad? del derecho a la protección de datos personales. Esto ha sido así desde el año 2003, aun y a pesar de que este derecho sólo fue reconocido, como un límite constitucional al derecho de acceso a la información, en la reforma constitucional de 2007, y como un derecho fundamental autónomo, hasta la reforma constitucional de 2009.

A pesar de su aparente solidez y de representar la idea de un sistema que tiende a ser cerrado, que agota todas las posibilidades interpretativas en sus propios términos, al sistema de doble regla-excepción lo aquejan algunos problemas interpretativos. Estos problemas se relacionan con dos de las causales de excepción a la regla general de confidencialidad de la información personal.

En primer lugar, advertimos dificultades con el alcance de la expresión “fuentes de acceso público”, en donde se han enfrentado diferentes ideas de la publicidad: una formal, ligada al quehacer institucional y otra material, ligada al reconocimiento de la difusión o conocimiento efectivo de la información personal. La selección de una u otra alternativa supone un ejercicio complejo de fundamentación de los derechos de base y de la operatividad de los conceptos de lo público y lo privado según las variantes de la gran dicotomía.

En segundo lugar, están las dificultades asociadas a la inclusión de dos versiones de la prueba de interés público, una que permite levantar la confidencialidad de la información personal para proteger ciertos intereses públicos: seguridad nacional, salubridad general y derechos de terceros; y la otra, en apariencia distinta, que permite a los órganos garantes, al estudiar el recurso de revisión, resolver colisiones de derechos bajo el criterio evaluativo del interés público. En ambos casos se amplía del alcance de la excepción a la confidencialidad de la información personal, dado el nuevo margen de maniobra de los órganos garantes; y en ambas casos la prueba de interés público se caracteriza por su complejidad, falta de técnica legislativa e hibridación con elementos de la Teoría de los principios.

2.3 Conclusión del capítulo II

En México, la técnica de articulación entre los regímenes de los derechos de acceso a la información pública y de protección a la vida privada y a los datos personales, concretada en el sistema regla-excepción fue desarrollada de forma deliberada desde el año 2002 y se mantiene en la actualidad. Este sistema ha garantizado un alto nivel de certidumbre en la intensa labor de las prácticas de acceso a la información de las administraciones públicas mexicanas. En Colombia, no ha existido una decisión deliberada de articular dichos regímenes. A pesar de que existe una tendencia fragmentaria y provisional en este sentido, la falta de articulación ha aumentado los problemas interpretativos, ahora no sólo en el nivel constitucional sino en el mismo nivel de la Ley. Todo ello con un alto costo en términos de seguridad jurídica y de criterios uniformes que puedan seguir las administraciones públicas.

No obstante la falta de articulación de los regímenes pertinentes en Colombia, el mantener fluidas las fronteras protectoras, tanto del derecho de acceso a la información pública, como de los derechos a la intimidad y al habeas data, permite a las autoridades un marco más amplio para debatir estos problemas en clave constitucional y para orientar los debates hacia la necesaria protección del interés público o privado, cuando existan suficientes razones en uno o en otro sentido. En México en cambio, la cerrazón del sistema de doble regla excepción, con énfasis en las excepciones a la confidencialidad establecidas en la Ley, a la vez de aumentar la presión regulatoria sobre el Legislador, ha limitado la posibilidad de debatir estos asuntos en las prácticas administrativas y cuasijudiciales de los órganos de control, con la importante excepción, aunque limitada, de la prueba de interés público.

Otra diferencia sustancial entre el caso mexicano y el colombiano es la forma en que se valora la información personal. Mientras que en México los datos personales son considerados como un objeto de protección *per se*, en Colombia la protección de los datos personales ha estado ligada al funcionamiento de archivos o bases de datos personales como tales, o a la protección de la información personal que afecte de forma importante el derecho a la intimidad. En México esta concepción ha conducido a una protección de datos irreflexiva, al extremo de proteger datos personales de forma incidental y recurrente, sin valoración efectiva de los posibles daños a sus titulares y a un alto costo administrativo. En Colombia esta concepción permite limitar la protección de la información personal a situaciones específicas de búsquedas selectivas en bases de datos o de afectación probada de la intimidad, bajo una lógica orientada a la prevención de daños realizables y no a la defensa de valores abstractos.

No obstante el acierto en el diseño del sistema de doble regla excepción en México, subsisten algunos problemas que podrían considerarse irreductibles. ¿Cuál es el alcance de la expresión “fuentes de acceso público” y en últimas, cuál es el tipo de publicidad que se puede oponer a la confidencialidad de la información personal? ¿Cuándo un interés público puede inclinar la balanza a favor de la publicidad de la información personal, a pesar de las fallas en la técnica legislativa con la que se reguló la prueba de interés público? ¿Qué rol cumplen las teorías sobre

el derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la protección de datos personales en la definición de la publicidad de la información personal en poder del Estado? ¿Hasta qué punto los ejercicios clasificatorios de la información personal inciden en esta definición? Estas preguntas, también son pertinentes en el caso colombiano. En últimas no hay un sistema de reglas preciso que resuelva el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado de forma concluyente. Entonces, atender la casuística parece más que obligatorio, necesario.

En el siguiente capítulo revisaremos la forma en que en la práctica judicial de la Corte Constitucional colombiana, y cuasijudicial del Órgano de Transparencia mexicano, ha operado el sistema de regla-excepción. Analizaremos varios casos (típicos) en los que se actualiza el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Precisaremos los criterios determinantes y el tipo de argumentos empleados para resolver este problema. E intentaremos identificar qué método(s) han seguido, si es que lo(s) hay, para resolver el conflicto entre los intereses privados y los intereses públicos, entre la prevalencia del derecho de acceso a la información pública o de los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales.

·∞·

Capítulo III

3. Casuística del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

Resolver problemas de publicidad de información personal en poder del Estado es tarea cotidiana de las administraciones públicas. Lo hacen al despachar solicitudes de acceso a la información pública y al discernir el alcance de las obligaciones de transparencia activa. Sin embargo, sobre la forma de resolver este problema no siempre hay consenso ni claridad. Entonces los órganos de cierre juegan un papel protagónico. Están en mejores condiciones institucionales para resolver estos problemas.

En México, la Ley Federal de Transparencia de 2002, al crear el IFAI generó un escenario institucional propicio para resolver controversias sobre el alcance del régimen de doble reglamente, y en especial, para determinar, en los casos contenciosos, la publicidad de la información personal en poder del Estado. Desde entonces, el IFAI (ahora INAI) es el órgano garante que con mayor intensidad, volumen y profundidad resuelve este tipo de problemas en las Américas. En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en funciones desde el año 1992, goza de amplia competencia para la selección de expedientes de tutela y para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. Esta Corte ha sido hasta ahora, en ausencia de una institucionalidad similar a la mexicana, el foro por excelencia (o por defecto) para la solución de este tipo de problemas. INAI en México y Corte Constitucional en Colombia, al identificar criterios para resolver estos problemas han jugado el papel de “órganos de cierre” en la materia.

Sin que puedan ser comparadas, ni en su naturaleza jurídica, ni en la intensidad y volumen de casos que sobre esta materia resuelven año tras año, el cuerpo de decisiones del IFAI-INAI en México y de la Corte Constitucional en Colombia son referente valioso para identificar las vicisitudes del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Lo son también para identificar las estrategias argumentativas empleadas para su resolución, los elementos específicos sobre los que descansa la decisión publicidad-confidencialidad, y para advertir la forma en que son empleadas, en la práctica, las concepciones teóricas y la articulación legal de los derechos que venimos de presentar en los dos capítulos anteriores.

En este capítulo se encuadra el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en una parte de su dimensión empírica. En el caso colombiano, tomamos como

referencia las prácticas de la Corte Constitucional, bajo la hipótesis de que dicha Corte ha apelado a distintas formas de resolver el problema, incluyendo las distinciones analíticas sobre la naturaleza de la información personal, (posibles tesis) de los límites de los derechos en cuestión y (una adaptación) del principio de proporcionalidad. A su vez, en el caso mexicano tomamos como referencia las prácticas del INAI bajo la hipótesis de que dicho Órgano de Transparencia y protección de datos ha sido, por lo general, un fiel aplicador del sistema de doble regla-excepción y solo en casos excepcionales ha apelado a la potencia liberadora de los argumentos en torno al interés público, por lo general combinados con (sus) concepciones de la ponderación, la prueba de interés público y (su) adaptación del principio de proporcionalidad.

Una reconstrucción del cuerpo de decisiones en esta materia permite entender, a partir del examen casuístico, dónde se ha puesto el acento en la solución de este problema. También permite identificar los criterios metodológicos seguidos por estas autoridades, ya sea porque dicen abrazar alguno, porque por decisión de política de protección de la información personal lo hayan ido perfilando, o simplemente porque al resolver los casos, la práctica y la necesidad lo hayan impuesto. En la tentativa (institucional) de adoptar un método encontramos valiosos elementos para la eventual formulación (teórica) de uno. Aquí advertimos insumos para la propuesta de un método específico para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, como elemento central de esta investigación.

3.1 Casos relacionados con el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado resueltos por la Corte Constitucional colombiana

3.1.1. La selección de la muestra

En instancia judicial, la Corte Constitucional colombiana, en su historia, se ha pronunciado en menos de 30 ocasiones sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Este número es pequeño si lo comparamos con el volumen de decisiones adoptadas en esta misma materia por el IFAI-INAI en toda su historia¹. Sin embargo, son indicio suficiente de la práctica judicial colombiana sobre este tema. Estas decisiones fueron identificadas a partir de una búsqueda exhaustiva en la página *web* de la Corte Constitucional, a partir de los siguientes criterios: “acceso a la información pública”, “acceso a documentos públicos”, “información personal”, “datos personales”, “habeas data” y “derecho a la intimidad”. Identificados los casos, se hizo una lectura rápida de las decisiones y se depuró el listado. Los casos no identificados por este método se incluyeron a partir de las citas que hace la propia Corte de sus precedentes. La presente descripción se construyó a partir de la selección de 25 decisiones, expedidas entre los

¹ Para marzo de 2016, el INAI expedía un promedio de 120 resoluciones a la semana sobre controversias en materia de acceso a la información pública. De estas, con dificultad una o dos guardan estrecha relación con el problema de investigación.

años 1992 y 2016 y reagrupadas en 10 temas. Están incluidas todas las decisiones relevantes sobre la materia.

Los 10 temas son los siguientes: a. Hojas de vida de servidores públicos (4 sentencias), b. Evaluaciones de servidores públicos (3 sentencias), c. Registros (públicos) sobre sanciones (3 sentencias), d. Registro público de la propiedad (4 sentencias), e. Seguridad social (2 sentencias) f. Operativos de la fuerza pública (2 sentencias), g. Beneficiarios de políticas públicas ligadas al conflicto armado interno (2 sentencias), h. Decisiones judiciales y procesos administrativos (3 sentencias), i. Censo indígena (1 sentencia) y j. Relación de visitas de persona privada de la libertad (2 decisiones).

La descripción de las 25 decisiones reagrupadas en los 10 casos mencionados constituye el Anexo A del presente trabajo. Dicha descripción recoge los elementos centrales de dichas decisiones en función de su relevancia para entender la práctica de la Corte Constitucional de diagnosticar y resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La descripción de los casos está entrecruzada con algunos comentarios de corte analítico y crítico, y está precedida, por lo general, de una breve explicación del contexto o de la temática respectiva, con el propósito de hacer su lectura lo más amable posible. Dada la extensión y minuciosidad de las descripciones, se consideró apropiado ubicarla por fuera del cuerpo del capítulo III, y darle vida al Anexo A.

3.1.2 Análisis de la casuística de la Corte Constitucional colombiana sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

La descripción más o menos minuciosa de los casos y de los temas (adelantada en el anexo A) nos ofrece importantes insumos para explorar la forma en que la Corte Constitucional ha diagnosticado, enfrentado y resuelto el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Adelantado el análisis, podemos afirmar que este cuerpo de casos se caracteriza por: a) el énfasis en el carácter de la información personal y en su clasificación, como criterio relevante para la solución de dicho problema en todos los casos; b) la relevancia de algunas reglas del contenido de los derechos a la intimidad y al habeas data; c) la relevancia de algunas reglas del contenido del derecho de acceso a la información pública; d) la indiferencia de la noción de interés público, con algunas excepciones; y e) la inexistencia de un método uniforme para resolver estos problemas.

3.1.2.1 La clasificación de la información personal: el elemento constante

La Jurisprudencia constitucional colombiana relacionada con la publicidad de la información personal en poder del Estado se apoya de forma fuerte en ejercicios clasificatorios de la información personal. El concepto de información personal y la definición de su contenido son determinantes para resolver estos problemas.

En relación con el constructo “información personal” la Jurisprudencia constitucional colombiana parte de tres supuestos: a) no toda la información personal pertenece al ámbito de la vida privada, o a la esfera de lo privado, independientemente de cómo se interpreten estos términos. Ya sea porque hay información personal con la cual la persona “se da a conocer en el ámbito social” o porque exista información personal que sea del “interés de terceros”, o porque se considere explícitamente como “información (personal) pública”; b) no toda la información personal hace parte del ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad o del derecho al habeas data. Esta situación ha permitido evitar traslapes entre estos derechos y el derecho de acceso a la información pública; y c) es operativa la distinción entre el carácter reservado de la información personal por mandato expreso de la ley, y el carácter reservado de la información por estar en el ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y al habeas data. Por eso ha sido posible exceptuar reservas legales de la información para permitir acceso a información no relacionada con el derecho a la intimidad (como en los casos de los archivos de Foncolpuertos, sentencia T-216 de 2004, y de la reparación administrativa de la ley de víctimas, sentencia T-828 de 2014), o proteger como reservada cierta información personal en ausencia de disposición legal (como en el caso del Registro Único de Desplazados, Sentencia T-705 de 2008).

Frente al fenómeno de la información personal, la Corte emplea tres criterios clasificatorios primordiales: a) La vocación de circulación de la información a partir del interés que terceros puedan tener en ella. Este criterio apela a una consideración funcional de la información de corte pragmático. Siguiendo este criterio la Corte construyó las categorías de: datos públicos, datos semi-privados, datos privados y datos reservados. b) La adscripción de la información a las esferas de lo público y de lo privado. Este criterio apela de forma indistinta a consideraciones de carácter ontológico y funcional-pragmático. Bajo este criterio, la Corte ha empleado las categorías de datos personales públicos y datos personales privados. Y c) la consideración de la sensibilidad de cierta información a partir de su relación con el constructo de lo íntimo (de corte ontológico) y de las posibilidades de discriminación (de corte funcional-pragmático). Bajo este criterio la Corte ha adoptado (del derecho europeo de la protección de datos) los constructos de datos sensibles y datos no sensibles.

A pesar de que los aparatos clasificatorios se pueden distinguir desde el punto de vista analítico, la Jurisprudencia constitucional no ha sido lo suficientemente rigurosa para usar los términos clasificatorios según sus criterios orientadores y de forma consistente de caso a caso. Estas clasificaciones fueron empleadas primero por la Jurisprudencia y después adoptadas por el Legislador. En el tránsito de su adaptación hubo algunos cambios en la terminología. Estas circunstancias han aumentado la complejidad tanto en su comprensión como en el uso de los mismos.

Estas clasificaciones tienen una importancia radical para la solución del problema de publicidad de la información personal en poder del Estado. Una vez que se logra la instanciación del supuesto de hecho en la categoría clasificatoria, se puede afirmar que el problema está

prácticamente resuelto. Si la información se clasifica como pública, la decisión será permitir el acceso, como en los casos de: las sanciones a abogados (C-060 de 1994) los embargos penales en el registro público de la propiedad (C-185 de 2003) los operativos de la fuerza pública (T-1025 de 2007, y T-511 de 2010) las placas de taxis (T-157 de 2010, y T-451 de 2011) los antecedentes penales vigentes (SU-458 de 2012) y el censo indígena (T-794 de 2013). Si en cambio se clasifica como privada o semi-privada, la decisión será impedir el acceso, como en los casos de las causales de retiro incluidas en la hojas de vida de servidores públicos (C-038 de 1996), las hojas de vida y la evaluación de los militares (C-872 de 2003), la información patrimonial de catastro (T-729 de 2002) la información sobre afiliación y prestaciones de la seguridad social (T-729 de 2002 y T-216 de 2004), el registro único de población desplazada (T-705 de 2007), los antecedentes penales no vigentes (SU-458 de 2012 y T-020 de 2014), y la relación de visitas a presos (T-902 de 2014).

3.1.2.2 El contenido de los derechos a la intimidad y al habeas data

Los casos en que la Corte ha resuelto limitar la publicidad de la información personal en poder del Estado se apoyan de forma fuerte en elementos de dogmática constitucional de los derechos a la intimidad y al habeas data.

En relación con el derecho a la intimidad, en algunos casos, la Corte utiliza argumentos relacionados con un supuesto “núcleo esencial” del derecho siguiendo una concepción esencialista. La afirmación de que cierta información “pertenece”, “afecta”, “guarda relación” con el núcleo esencial del derecho a la intimidad prácticamente resuelve el caso. Esto sucede por la positiva, en el caso de la relación de visitas a preso (T-902 de 2014), y por la negativa, en el caso de las hojas de vida de servidores públicos (C-326 de 2007). La definición del ámbito protegido por el derecho a la intimidad se vale de la teoría de las esferas y de la metáfora espacial, especialmente cara para las dicotomías público-privado. Las definiciones de lo íntimo, se apoyan en definiciones de lo privado, de la vida privada como un espacio o un fenómeno que “debe estar” exento de intervención por parte de terceros y del Estado. Algunos argumentos para definir lo privado, incluyen la mención a que los terceros no tienen “interés alguno” en la información, como en el caso de las prestaciones sociales (T-216 de 2004) a que la información “carece de interés general” como en el caso del registro de desplazados (T-705 de 2007) o que sobre la misma “no subyace un interés general, sino un interés de dominio particular” como en el caso de la relación de visitas a preso (T-902 de 2014). Nuevamente, si se logra definir la información personal como propia del ámbito de protección del derecho a la intimidad, el caso está prácticamente resuelto. Esta forma de argumentar difiere de la empleada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que no obstante reconocer que el conocimiento de cierta información puede constituir una injerencia en la vida privada, ello no es suficiente para considerar que la misma viola o desconoce dicho derecho².

² Con especial énfasis en la metodología, y el papel que juega en las consideraciones la interpretación del derecho a la vida privada. Cfr., Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Digital Rights Ireland* (Sentencia del

En relación con el derecho al habeas data la Corte ha intentado limitar su ámbito de aplicación al tratamiento estructurado de datos personales a partir de la existencia de una base de datos personales³. Aplicado de forma exclusiva a bases de datos personales, el habeas data tiene como propósito regular el tratamiento de la información personal. No parte de la premisa de que toda información personal está reservada o es confidencial. En este sentido se apoya de forma fuerte en la clasificación de la información personal a partir de su vocación circulatoria en datos personales públicos, semi-privados y privados. En relación con los primeros no son aplicables las reglas de circulación restringida, en relación con los siguientes sí. La regla de circulación restringida implica la no publicidad de la información personal, como sucede en los casos de catastro (Sentencia T-729 de 2002) y de antecedentes judiciales no vigentes (SU-458 de 2012). Además de las reglas de circulación restringida, el habeas data regula el tema de la publicidad de la información personal a partir de dos principios más: el principio de finalidad y el principio de caducidad. En el caso del principio de finalidad, la Corte ha afirmado que no se puede dar a publicidad información personal que no responda a una finalidad constitucionalmente legítima, como en el caso de los antecedentes judiciales no vigentes (SU-458 de 2012); y en el caso del principio de caducidad, se ha afirmado que cierta información, incluso y a pesar de ser pública, no puede seguir siendo objeto de tratamiento, por el carácter negativo de la misma y las consecuencias desproporcionadas que su tratamiento puede generar para el titular del dato personal, como en el caso de los antecedentes disciplinarios no vigentes (C-1066 de 2012) y de los embargos penales no vigentes en el registro público de la propiedad (C-185 de 2003).

A pesar de que el grueso de la Jurisprudencia está orientada por la idea de limitar el ámbito de operación del habeas data, hay algunas decisiones que han tomado la línea de la interpretación extensiva. En estos casos, el habeas data ha sido utilizado como un dispositivo protector de la información personal independientemente del medio en que se encuentre, como sucedió en el caso de la anonimización de la sentencia condenatoria en materia penal (Sentencia T-020 de 2014). En los casos en que la Corte ha considerado que la información personal está regulada por el habeas data, la verificación del desconocimiento de uno de los principios del tratamiento de información personal prácticamente resuelve el caso.

3.1.2.3 El contenido del derecho de acceso a la información pública

Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8 de abril de 2014. Asuntos acumulados Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) contra The Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda y el Attorney General, y Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros (C-594/12) contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform) párr. 33 a 38.

³ Al respecto, véase Capítulo VI, 6.1.3.2 El ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales en Colombia y México. En especial, las referencias al caso colombiano.

Los casos en que la Corte decidió la publicidad de la información personal en poder del Estado se apoyan de forma fuerte en elementos de la dogmática del derecho fundamental (innominado) de acceso a la información pública. La operación jurisprudencial del derecho de acceso a la información pública, hasta el 2014, tiene la particularidad de descansar de forma importante en las disposiciones legales preconstitucionales de la Ley 57 de 1985. La Corte ha utilizado el criterio de publicidad orgánica para considerar como regla general, pública y accesible, toda la información en poder del Estado, según su interpretación sistemática de la mencionada Ley, como en el caso del acceso al listado de placas de taxis (Sentencia T-157 de 2010). También ha considerado la obligación de entregar la información solicitada en virtud del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 25 de la misma Ley, como en el caso del nombramiento de notarios (Sentencia T-074 de 1997). Incluso, ha empleado argumentos del régimen de acceso a los documentos públicos, como la relatividad y la temporalidad de la reserva, para justificar la razonabilidad de la reserva de la información personal relacionada con las hojas de vida de los militares (Sentencia C-872 de 2003). En este caso, es indudable cierta preeminencia de las reglas legales para definir el contenido del derecho fundamental. Esta práctica parece desdibujar la idea de que los eventos de colisión de derechos sólo se resuelven en el plano del derecho constitucional; y que las “posibilidades jurídicas” de las que habla el “mandato de optimización” en el marco de la Teoría de los principios⁴, no sólo están determinadas por el contenido del otro derecho fundamental en colisión, sino y sobre todo, por el contenido del propio derecho definido en disposiciones de rango legal. Por último, el criterio más utilizado por la Corte para ordenar el acceso a la información (personal) es la “ausencia de una reserva legal” de la información. La verificación de esta situación prácticamente resuelve el caso, tal y como sucedió en los casos del nombramiento de notarios (Sentencia T-074 de 1997) la evaluación docente (Sentencia T-534 de 2007), los operativos de policía (Sentencia T-511 de 2010) y el censo indígena (Sentencia T-794 de 2013).

3.1.2.4 El rol (marginal) de la noción de interés público

En la jurisprudencia colombiana sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado la noción de interés público juega un rol poco protagónico. Es indicativo que la jurisprudencia no haga un uso intensivo de la expresión “interés público”, ni que se apoye en argumentos de este corte para resolver este problema. En los pocos casos en que se menciona, sin embargo, parece cumplir una función marginal dentro de los debates, al ser desplazada por la clasificación de la información. En este escenario, el carácter público de la información parece subsumir los atisbos de interés (público) que la difusión de la misma pueda tener. En algunos casos, el análisis emprendido por la Corte se remite a una consideración abstracta sobre el “interés general” que revista la información, a partir de su “trascendencia e impacto social”, importando los conceptos del régimen de libertad de expresión propios del Sistema

⁴ En relación con el derecho fundamental de acceso a la información pública, véase el capítulo I, 1.2.2.1 La caracterización de los derechos como “principios” como un asunto problemático.

Interamericano de Derechos Humanos, como en el caso de la relación de visitas a preso (Sentencia T-902 de 2014).

No obstante, la Corte sí utiliza argumentos que pueden alinearse con el interés público o reagruparse bajo su sombrilla, a pesar de que no lo diga expresamente. Esto es notorio al examinar las razones materiales para ordenar el acceso a la información. En el caso del acceso a la información sobre evaluaciones, el argumento de fondo fue asegurar la “legalidad del proceso y de los nombramientos” o la “selección de los mejores” bajo la idea de la protección del “interés general” (T-534 de 2007). En el de la publicidad registral, “la seguridad jurídica” y la prevención del “fraude” negocial (C-185 de 2003). En el del boletín de abogados sancionados, “la defensa de la sociedad” gracias a que esta herramienta facilita el proceso de contratación de abogados (C-060 de 1994). En el caso de las investigaciones disciplinarias y fiscales no concluidas, las posibilidades de “control del poder público” (C-038 de 1996). En el caso de las prestaciones sociales, “conocer cómo la administración dispone de sus recursos” (T-216 de 2004). Y en el caso de los operativos militares, facilitar el ejercicio de “los derechos a la verdad a la justicia y a la reparación” en el contexto de graves violaciones a los derechos humanos (T-1025 de 2007 y T-511 de 2010). En todos estos casos, las razones materiales del acceso están asociadas a la realización de un fin ulterior, que trasciende al interés particular en el acceso a la información, y que bien podrían considerarse manifestaciones concretas del “interés público”.

3.1.2.5 La ausencia de un método uniforme

La Corte Constitucional ha resuelto los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado, principalmente, a partir de las prácticas de clasificación de la información personal y de la definición previa del contenido de los derechos que aparentemente resultan en colisión. La definición de contenidos se apoya de forma fuerte en las normas legales que desarrollan los derechos, en algunas doctrinas constitucionales, y en los precedentes. Una vez la Corte ha precisado la clasificación de la información y el contenido de los derechos (supuestamente) en colisión resuelve los casos mediante ejercicios de subsunción.

Esta práctica desafía la idea según la cual, dado un conflicto entre derechos fundamentales *i.e.*, acceso a la información pública e intimidad, el operador jurídico debe ponderar y dicha ponderación está ordenada por el método del principio de proporcionalidad como alternativa canónica dentro de la teoría general de la decisión judicial. La práctica de la Corte Constitucional estudiada no concuerda con este imaginario. El método de la ponderación no ha sido indispensable para resolver *estos* problemas.

Sin embargo, en seis de los casos reseñados, al considerar un supuesto de “colisión” entre derechos fundamentales, la Corte propuso el principio de proporcionalidad como metodología de solución. Los mencionamos.

En el caso de la Sentencia C-872 de 2003 (reserva de hoja de vida de militares) la Corte dice aplicar un test de proporcionalidad, pero resuelve el caso bajo el argumento de que la información estaba protegida por el derecho a la intimidad, y la reserva era razonable por no ser absoluta, ni intemporal. No adelanta juicios de idoneidad, necesidad o una ponderación en estricto sentido. En el caso de la Sentencia T-216 de 2004 (acceso a actas que reconocen pensiones), en *obiter*, la Corte aplicó el test de proporcionalidad a la reserva legal de los documentos relativos a prestaciones sociales; consideró que la reserva “en principio” era constitucional porque: “resguarda la información personal relativa a ingresos de trabajadores estatales” (finalidad legítima), porque “sólo mediante la prohibición de acceder a tales documentos, se impide que se vincule a una persona con una situación laboral y prestacional concreta” (necesidad) y porque no existe “interés alguno en que las personas conozcan abiertamente dicha información” (proporcionalidad en sentido estricto). Los tres argumentos son típicos del carácter de la información personal y de la función de una reserva legal, solo que aparecen “engarzados” en el formato del test de proporcionalidad. En el caso de la Sentencia C-038 de 1996 (reserva de los expedientes administrativos sancionatorios) la Corte resuelve la tensión entre los principios de eficiencia de la investigación y presunción de inocencia y el derecho a controlar el ejercicio del poder público. La Corte emplea el principio de proporcionalidad para cuestionar el alcance de la reserva, que encuentra legítima, idónea, pero no necesaria ni proporcionada. Resuelve el caso limitando la reserva, a partir de estimar la relación de proporcionalidad entre beneficios y sacrificios de los intereses enfrentados. En el caso de la Sentencia T-1025 de 2007 (acceso a datos de operativo de la fuerza pública) la Corte resuelve un problema de tensión entre el derecho de acceso a la información y la presunción de inocencia, y la vida y seguridad personal. Entonces la Corte dijo aplicar un “test de proporcionalidad estricto”. El argumento que resuelve el caso es que la entrega de la información no afectaba los derechos a la presunción de inocencia, a la vida y a la seguridad de los militares, y que en todo caso habría una desproporción entre proteger estos derechos y no proteger los derechos a la verdad y a la justicia, ligados al acceso⁵. En el caso de la Sentencia T-828 de 2014 (acceso a expediente de reparación de víctima), la Corte aplica el test de proporcionalidad a una reserva legal, y al valorar la necesidad de la medida, advierte que tal reserva no protegía derechos constitucionales, por lo que decide no aplicarla en el caso. Para ello se vale de una de las clasificaciones de la información personal. Concluye que, en tanto la información que se solicitaba no era información personal privada, no estaba cobijada por la reserva y podía suministrarse. Por su parte, en el caso de la Sentencia T-902 de 2014 (relación de visitas a preso),

⁵ Al aplicar el test de proporcionalidad consideró la Corte: “[L]a protección del debido proceso y la presunción de inocencia de los agentes de la Fuerza Pública cuyos nombres solicita el actor podría lograrse a través de medidas menos lesivas del derecho de acceso a la información. Por otra parte, la decisión del Ministerio comporta una afectación extrema del derecho de acceder a la información, con lo cual obstaculiza también la realización del derecho de las víctimas a lograr la verdad, la justicia y la reparación.” Sin embargo, en la consideración siguiente, afirmó “no constituye una vulneración de los derechos fundamentales de las personas la publicación de sus nombres en relación con investigaciones que adelantan las autoridades competentes por un hecho delictivo”. Con lo cual, parece ser este último, el criterio que resuelve el caso. En últimas, no hay conflicto entre derechos, simplemente porque la entrega de la información (su publicidad) no tiene la virtud de afectar el derecho a la presunción de inocencia. Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 12 y 13.

la Corte aplica un test de proporcionalidad y una ponderación *ad hoc*, sin embargo, pasa, del análisis de la finalidad constitucional de la reserva, a la ponderación (no adelanta juicio de necesidad ni de idoneidad) y la ponderación la adelanta bajo la enunciación de cuatro criterios propios del régimen jurídico de los derechos en tensión. Sin embargo, el argumento que resuelve el caso es el carácter privado de la información solicitada comprendida en el “núcleo esencial” del derecho a la intimidad.

En ninguno de estos casos la Corte completa su argumento según la ortodoxia de la Teoría de los principios de Robert Alexy, indicada como teoría canónica y explicada en el Capítulo I. Por lo general, no entiende los derechos enfrentados como mandatos de optimización y no adelanta una argumentación en el exclusivo plano del derecho constitucional. Lo que la Corte llama ponderación guarda alguna relación con la ley de ponderación de Alexy, y apenas en un caso hay un análisis detenido de la relación satisfacción-sacrificio de los intereses enfrentados, que funge como criterio normativo decisorio.

El análisis detallado de estos casos, nos lleva a sostener la hipótesis de que el método del principio de proporcionalidad no ha sido adecuado para resolver el *problema específico* de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto no implica que no haya sido útil para otros fines, como limitar el ejercicio del poder público, sumar argumentos de razón práctica para la decisión de los casos, darle estructura y orden a la formulación de los argumentos o, incluso, prestar legitimidad a las decisiones, dado su prestigio de “método racional”.

3.1.3. Conclusiones

a.) Frente al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado la práctica de la Corte Constitucional colombiana se caracteriza por la ausencia de una metodología de decisión uniforme. A pesar de que es común que este problema se diagnostique como una “colisión” entre los derechos fundamentales al acceso a la información pública, y la intimidad y el habeas data, la Corte no ha seguido la receta de la ponderación de la teoría canónica de Robert Alexy.

b.) La “colisión” entre estos derechos, parece ser entendida no como una situación de derrotabilidad o de preferencias normativas transitorias, sino como un problema de la definición de los límites de cada derecho. Bajo este entendimiento, para resolver el problema de la publicidad de dicha información la Corte se ha valido de dos criterios principales: El carácter de la información personal, y el contenido de los derechos concurrentes o en “colisión”.

c.) La Corte Constitucional ha adoptado un complejo clasificatorio de la información personal mediante distinciones analíticas, según tres criterios: su capacidad de circular en función del interés de terceros, su pertenencia a la esfera de lo público o de lo privado, y su carácter sensible o no. Estas tres clasificaciones han sido el vehículo para aproximaciones ontológicas y pragmáticas del problema de la publicidad de la información personal de forma indistinta.

d.) Los ejercicios clasificatorios de la información personal, por lo general, se corresponden con atribuciones del contenido de los derechos fundamentales al acceso a la información pública, a la intimidad y al habeas data. Por lo que hay un elemento común entre clasificación y contenido del derecho que puede ser distinguido en aproximaciones analíticas, pero que es difícil de deslindar en la práctica del discurso jurisprudencial. Asimismo, los ejercicios clasificatorios de la información personal se corresponden con argumentos de las teorías del interés. La valoración de la existencia de un “interés público” en cierta información personal está implícita en la clasificación que se adelanta de dicha información como “pública”. En las prácticas clasificatorias de la información personal es advertible la presencia de argumentos de las dicotomías público-privado. Estas dicotomías en ocasiones parecen fungir como teoría material.

e.) El segundo criterio decisorio es el contenido de los derechos fundamentales que tienen vocación regulatoria concurrente sobre la información personal: el derecho de acceso a la información pública, y los derechos a la intimidad y al habeas data. La relevancia del contenido de los derechos para la resolución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, permite afirmar que la Corte resuelve los casos apelando a una concepción del contenido de los derechos y de sus límites recíprocos.

f.) Para la definición del contenido del derecho de acceso a la información pública la Corte se ha apoyado de forma fuerte en disposiciones de orden legal, en principio de la Ley 57 de 1985, sobre acceso a documentos públicos y desde el 2014, en disposiciones de la ley 1712 de 2014, estatutaria de Transparencia. El rol de la legalidad para definir el contenido de este derecho, y para resolver los problemas de “colisión” con otros derechos es protagónico. La Corte también ha acudido a estándares interamericanos. Entre ellos, los de legalidad de las restricciones y titular universal han jugado un papel relevante en la definición de su contenido.

g.) Para la definición del contenido del derecho a la intimidad la Corte se ha apoyado en sus propios precedentes y en la doctrina de las esferas propia de las dicotomías público-privado. Otro elemento notorio es la persistencia de la doctrina constitucional del “núcleo esencial”. Para la definición del contenido del derecho al habeas data la Corte se ha apoyado de forma fuerte, primero, en sus propios precedentes y después en las leyes de habeas data. Es destacable el rol jugado por los llamados “principios” de la administración o del tratamiento de datos, en especial, los de finalidad, caducidad y circulación restringida.

h.) La preeminencia de los dos criterios anteriores nos permite afirmar que el método del principio de proporcionalidad no ha sido indispensable para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. A pesar de que la Corte (efectivamente) resuelve el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado con los dos criterios anteriores, también es cierto que ha apelado al método del principio de proporcionalidad. El empleo de este método, sin embargo, no se ha ceñido a los términos de la Teoría de los principios. En ninguno de los casos estudiados, la ponderación o el principio de

proporcionalidad fueron determinantes o clarificadores para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, lo que parece indicar razones sobre su utilidad residual para dicho fin.

i) Sin embargo, la Corte ha ensayado de forma fragmentaria un método de ponderación *ad hoc* que prescinde de algunos de los presupuestos teóricos de la teoría canónica y que incluye elementos propios de este tipo de problemas. El mejor ejemplo de este ensayo es el del caso de la relación de visitas a un preso (T-902 de 2014) en donde propuso un ejercicio de “ponderación” a partir de cuatro criterios: la posición social del titular de la información, el carácter de la información, el contexto de su obtención, y la consideración especial del titular del acceso (periodista).

j.) Finalmente, el recurso de facto a los dos criterios principales: carácter de la información y contenido de los derechos, y la tentativa de utilizar el principio de proporcionalidad o sus adaptaciones o trasplantes (para este tipo de problemas y en el ámbito colombiano) deja entrever una lucha latente por afirmar un método adecuado, aceptable y uniforme para resolver el problema de la publicidad de la información en poder del Estado.

3.2 Casos relacionados con el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado resueltos por el Órgano de Transparencia mexicano

3.2.1. La selección de la muestra

En instancia cuasi-judicial, el Órgano de Transparencia mexicano, antes Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), y desde el año 2015 Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (INAI), en adelante Órgano de Transparencia, se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El volumen de estas decisiones hace difícil y estéril cualquier ejercicio de sistematización exhaustivo. Por esta razón el estudio de caso se concentró en cincuenta resoluciones reagrupadas en diez temas. Estas resoluciones por su calidad y volumen son reveladoras de los elementos centrales de la práctica administrativa mexicana para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

A diferencia del caso colombiano, la identificación y selección de las resoluciones del IFAI-INAI no fue fácil pues, a pesar de que son públicas, no están integradas en un sistema de datos abiertos que facilite su hallazgo. Intentamos lograr acceso al sistema de precedentes del INAI (una base de datos interna en donde están todas las resoluciones en datos abiertos y habilitada con buscadores eficientes) pero el INAI nos negó el acceso con el argumento de la “protección de

los datos personales”⁶, y aún al solicitar acceso a resoluciones específicas en datos abiertos, este solo nos fue concedido parcialmente con un argumento similar⁷.

El listado de las 50 resoluciones que integran la muestra lo consolidamos siguiendo diversas vías. Al preguntar en entrevista por casos relevantes a directores-secretarios de ponencia y otros funcionarios del INAI, y al advertirlas en las audiencias públicas del pleno del INAI o en las versiones estenográficas (etapa de captura de datos, primer semestre de 2016); mediante las referencias recíprocas de las resoluciones; en los criterios del INAI generados entre el año 2009 y 2013; y a partir de su mención en la literatura secundaria⁸.

Los 10 temas son los siguientes: a. Atributos de la personalidad e información curricular de los servidores públicos (7 resoluciones), b. Títulos y cédulas profesionales (6 resoluciones), c. Evaluaciones (5 resoluciones), d. Responsables o posibles responsables de comisión de delitos (9 resoluciones), e. Sanciones en materia médica (2 resoluciones) f. Información tributaria (2 resoluciones), g. Información del pasado (6 resoluciones) h. Beneficiarios de políticas públicas (4 resoluciones), i. Salud del presidente de la República (7 resoluciones), y j. Bitácoras de vuelo de helicóptero oficial (2 resoluciones).

La descripción de las 50 resoluciones reagrupadas en los 10 casos mencionados constituye el Anexo B del presente trabajo. Al igual que en el caso colombiano, esta descripción recoge los elementos centrales de dichas resoluciones en función de su relevancia para entender la práctica del Órgano de Transparencia de diagnosticar y resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La descripción de los casos está entreverada con algunos comentarios de corte analítico y crítico, y está precedida, por lo general, de una breve explicación del contexto o de la temática respectiva. Dada la extensión y minuciosidad de las descripciones, se consideró apropiado ubicarla por fuera del cuerpo del capítulo III, y darle vida al Anexo B.

⁶ México. INAI. Oficio INAI/CE/DGTI/292/16, 12 de Julio de 2016. “El sistema de precedentes es una herramienta de uso interno del INAI, al cual sólo tiene acceso el personal autorizado y que requiere utilizar la información que en el reside. Ahora bien, ésta Dirección General de Tecnologías de la información, debido a los datos personales que residan en dicho buscador (sic), únicamente puede brindar acceso al referido sistema a solicitud de un Servidor Público activo del [INAI], previa autorización de un superior jerárquico, por la que la DGTI no es competente para ponerlo a disposición pública.”

⁷ México. Resolución del Comité de Transparencia del INAI. Procedimiento 242/2016, 28 de noviembre de 2016, p. 22 “[E]ste comité de Transparencia considera que se clasifica como información confidencial (...) los datos personales relativos a nombre, fecha de nacimiento, estado civil, país y entidad federativa de nacimiento, nacionalidad y [CURP] de personas físicas, contenidos en las resoluciones que serán entregadas al particular”.

⁸ Entre otros: AAVV, *La importancia Social del Derecho a Saber: Preguntas y Respuestas en los Casos Relevantes del IFAI* (Ernesto Villanueva e Issa Luna Pla coords.) 2ª ed., México, Libertad de Información-México AC, 2005. Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, El secreto fiscal y el IFAI: primer precedente de apertura por causa de interés público en México. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 16, julio-diciembre 2010, pp. 39-71. Guerrero, Eduardo, Noriega, Guillermo y Luna, Issa, *Resoluciones Relevantes en materia de Acceso a la Información y de Protección de Datos Personales*. México, INAI, 2016.

3.2.2 *Análisis de la casuística del Órgano de Transparencia mexicano sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado*

Esta descripción de algunos de los casos y temas abordados por el IFAI-INAI ofrece insumos para explorar la forma como ha sido diagnosticado y resuelto el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Adelantado el análisis, este cuerpo de casos se caracteriza por: a) toda pieza de información personal en poder del Estado es confidencial, por regla general; b) la relevancia de algunas reglas del contenido de los derechos a la protección de la vida privada y los datos personales; c) la relevancia de algunas reglas del contenido del derecho de acceso a la información pública; d) la centralidad de la noción de interés público, como criterio clave para resolver excepcionalmente la publicidad de la información personal, y e) la existencia de varias metodologías para resolver estos problemas, y la de una cierta tendencia a la estandarización.

3.2.2.1 Por regla general toda pieza de información personal en poder del Estado es confidencial

La comprensión del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en México se caracteriza por una distinción aparentemente muy clara entre la información ubicada en la esfera de lo público y la ubicada en la esfera de lo privado. Esta distinción está a la base de la premisa según la cual toda pieza de información personal en posesión del Estado, en tanto pertenece a la esfera privada, debe estar protegida por la regla de confidencialidad. Esto ha sido así a pesar del principio de máxima publicidad de la información poseída por el Estado.

Equivalencia entre dato personal y dato confidencial. La operatividad de esta premisa ha dependido de un concepto de dato personal muy amplio, que incluye en su *definiens* “cualquier información de una persona física identificada o identificable”, y de haber aceptado, para la gran mayoría de los eventos, una suerte de equivalencia entre dato personal y dato confidencial. A pesar de que esta concepción estuvo apalancada en diversas disposiciones de la primera Ley Federal de Transparencia⁹ esto no era una fatalidad. Fue una decisión interpretativa del entonces IFAI que sentó una política de protección de datos. Como se infiere de los debates al interior del primer IFAI sobre la confidencialidad de las fotografías y de los títulos y cédulas profesionales de los servidores públicos (R 930/05, R 934/05 y R 1385/06). Entonces, la posición minoritaria, que afirmaba la necesidad de distinguir entre dato personal y dato confidencial, perdió el pulso. El debate se cerró desde entonces.

⁹ En especial, la disposición que define los datos personales. (Artículo 3 de la subrogada Ley Federal de Transparencia de 2002). La que establece como regla general su confidencialidad. (Artículo 18 de la subrogada Ley Federal de Transparencia de 2002). Y la que desagrega los tipos de datos personales, en prácticamente cualquier pieza de información personal. (Trigésimo Segundo, de los subrogados lineamientos sobre clasificación). Estas disposiciones se mantienen inalteradas en la Ley General de Transparencia de 2015

Fundamento material de la equivalencia entre dato personal y dato confidencial. El fundamento material de esta relación de equivalencia se nutre de elementos de las dicotomías público-privado. Los términos de las dicotomías propician y facilitan el vínculo información personal-derecho a la protección de la vida privada. Esto se advierte en el típico argumento X dato personal es confidencial porque está “ligado” a la vida privada, o “incide” en el derecho a la intimidad. Esta fórmula que se repite casi en la totalidad de las resoluciones examinadas, consulta al menos tres manifestaciones de la dicotomía: i) la relación de la información personal con un interés privado; de este tipo son argumentos como: el dato personal consistente en el sexo “no concierne a nadie más que a su titular” (R 1844/09) y por tanto es un dato personal confidencial; o “las capacidades cognitivas de una persona incumben únicamente a esta” (RDA 1312/15) y por tanto su divulgación afecta su intimidad; ii) la concepción de la información personal como objeto apropiable y por tanto exclusivo; de este tipo son argumentos como: el dato personal consistente en información sobre el estado de salud es “de la exclusiva pertenencia” de su titular (R 1326/04) y por tanto es confidencial; y iii) la ubicación de la información en la esfera privada; de este tipo son los argumentos como: el dato personal consistente en el estado civil o en el nombre de los familiares está relacionado con “la vida afectiva” o con la “vida familiar” (R 751/11) y darlo a conocer podría “afectar la intimidad”, o aquel según el cual, el nivel de ahorro familiar “corresponde a la esfera privada de ese núcleo” (RDA 6302/15). En los tres casos, los argumentos se refuerzan con el carácter polar de la dicotomía, de tal forma que la confidencialidad del dato personal es reafirmada ya sea porque no exista un interés público en su conocimiento, porque los terceros pueden ser excluidos de su conocimiento, o porque simplemente no ha migrado, o no pertenece, a la esfera pública.

La fundamentación material de la confidencialidad de la información personal con base en estas tres manifestaciones de la dicotomía público-privado es por lo general débil y poco persuasiva. Que la información concierna a una persona, o sólo a ella interese, no es un argumento concluyente para su protección. Es cuestionable en términos jurídicos que la información personal pueda ser objeto del derecho de propiedad y por tanto se aplique su carácter exclusivo¹⁰; en efecto, en términos técnicos no se tiene derecho de propiedad sobre la información personal, se tienen derechos personalísimos o fundamentales sobre la misma. Por su parte, la atribución de cualquier dato personal a la esfera íntima de la persona, como por ejemplo, el nombre, el domicilio, la edad, la nacionalidad o el estado civil es, en términos empíricos, altamente debatible;

¹⁰ Druey, Jean Nicolas, *Information Cannot be Owned*. Research Publication No. 2004-05, 4/2004, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, p. 8 “Information is (for legal purposes, letting aside economical aspects) not by itself a good: it has no imprinted value” p. 13 “Ownership grants exclusive title to an object. Exclusivity, however, is not obtainable for information, because others may have acquired it independently. These people cannot be barred from claiming the same rights (...) the person having received [information] cannot give it back; “forget it” cannot be a legal injunction.” Disponible en: https://cyber.harvard.edu/wg_home/uploads/339/Druey.pdf (consultado 03-03-18). Wells Branscomb, Anne, *Who Owns Information? From Privacy to Public Access*. New York, Basic Books, 1994 (en especial los capítulos 1, 2 y 3 sobre los derechos de distintos actores sobre el nombre, la dirección, el número telefónico y la historia clínica de las personas físicas, en el derecho de los EEUU)

con estos datos personales, los seres humanos se presentan y son reconocidos en los distintos escenarios en que actúan en la sociedad. Ninguna de estas alternativas es argumentativamente sólida. Sin embargo, dicha forma de fundamentación ha sido funcional a la confidencialidad de toda la información personal. Opera como un criterio normativo de preferencia y sirve como justificación de dicho punto de partida. En este escenario parece difícil responder la siguiente pregunta: si la información, no es de interés público, no es de dominio público, o no está en la esfera pública ¿cuál es el argumento material para no protegerla?

Indiferencia respecto del contenido de la información personal. A la decisión sobre la relación de equivalencia entre dato personal y dato confidencial, se suma la decisión de “indiferencia” en relación con el contenido de la información personal. La (abrogada) Ley Federal de Transparencia tenía entre sus objetivos “la protección de los datos personales”. Para el entonces IFAI esto era así, independientemente del tipo o naturaleza de los datos personales. Esta postura interpretativa sobre la “indiferencia” del contenido de la información personal la llevó a reafirmar: que toda pieza de información personal merecía *por default* el mismo nivel de protección, que su misión institucional era proteger los datos personales “de manera genérica” y que carecía de competencia para establecer distinciones a partir de eventuales “grados de afectación” del derecho a la intimidad en caso de difusión de datos personales (R 412/06 y R 413/06).

Irrelevancia de las clasificaciones de la información personal. Estas decisiones interpretativas permiten entender por qué, a diferencia del caso colombiano, el IFAI-INAI no acude al uso de tipologías o de clasificaciones de la información personal. Si toda la información personal merece la misma protección, las clasificaciones, en función de las condiciones de circulación, de los posibles interesados, de su mayor o menor relación con el derecho a la intimidad, son ociosas e innecesarias.

Esto es significativo incluso respecto de la tipología más elemental de la información personal: la de los datos personales públicos. En la práctica del Órgano de Transparencia esta tipología es inexistente y extraña. Es, en su marco de referencia, una excepción o una anomalía; un oxímoron, una típica contradicción en los términos. Que la información personal haya sido sometida a publicidad, porque se encuentre en un registro público o en una fuente de acceso público, no la hace información personal pública *per se*. Incluso en estos casos, la información personal es protegida, y si el sujeto obligado no es el encargado de administrar el registro público o la fuente de acceso público debe resguardar la información personal e instruir al eventual solicitante para que la obtenga directamente en la fuente. (R 1844/09)

La poca familiaridad con las clasificaciones de datos personales suscitará también perplejidades en relación con el concepto de “datos personales sensibles”. Su introducción en la Ley General de Archivos obligó al INAI a emplearlo; sin embargo, su uso no ha sido uniforme. En la RDA 3532/15, un caso sobre acceso a información personal histórica, se emplea para reforzar la confidencialidad como un argumento del tipo *a fortiori*: la regla general es que toda la información

personal es confidencial, con mayor razón la que consiste en datos sensibles. Y en la RDA 4347/15, frente a unos hechos muy similares, es empleada para exceptuar la confidencialidad como un argumento de distinción: como se trataba de información personal histórica, al haber pasado más de 30 años, la misma podía liberarse pues no consistía en “datos sensibles”. El INAI ha empleado este concepto en casos diferentes al acceso a información personal histórica, como sucedió en la RDA 6128/15, sobre acceso al expediente clínico del presidente de la República, en donde cumple una función retórica y legitimadora de la confidencialidad.

Divorcio analítico entre dato personal y contexto inmediato. Otra de las implicaciones de la protección de cada pieza de información personal que repose en archivos estatales ha sido el temprano divorcio entre la información personal y su soporte, entre la información personal y su contexto inmediato. Este divorcio ha conducido a la burocracia mexicana, con el INAI a la cabeza, a adelantar para cada solicitud de acceso a la información pública el más cuidadoso y detallado análisis de las documentales requeridas, con el fin de proteger todos y cada uno de los datos personales, incluso, los que simultáneamente consten en registros o fuentes de acceso público.

Ejemplo de la práctica del análisis detallado, son los casos R 522/06, en donde el IFAI llegó a identificar hasta 38 clases de datos personales, y R 751/11, en donde se pronuncia sobre cerca de una veintena de estas especies. Sin que sea si quiera posible estimar la publicidad a partir de la naturaleza y el carácter del documento o del soporte. Así, este divorcio parece haber revaluado el concepto de documento público, del que se presume su publicidad *in toto*, empezando por las sentencias judiciales y los contratos públicos. Ahora, frente a estos documentos se ha impuesto por *default* la obligación de testar los datos personales (como en el R 2178/12 en el que se entrega versión pública de los anexos de un contrato de obra pública).

También parece haber embarcado al Órgano de Transparencia en la desnaturalización de ciertos documentos, constituidos *in integrum* por datos personales, como la credencial de elector, el pasaporte, la cédula y el título profesional, la matrícula militar y la cartilla de vacunación, por mencionar los de uso más frecuente. En estos casos se ha impuesto la entrega de versiones públicas, en algunos casos generando un remedo de transparencia, pues la versión pública es un documento con casi toda la información testada, (como en el caso del pasaporte en donde solo se revela el nombre y el número, RDA 3142/12) o un remedo de protección de datos, cuando la versión pública solo testa una parte mínima y anodina de la información (como en el caso del título profesional en que solo se testa la firma, RDA 178/13, votos particulares).

Finalmente, donde el divorcio entre contexto inmediato y dato personal tiene las mayores repercusiones es en la falta de operatividad de la diferencia entre archivos estructurados y no estructurados para el tratamiento de información personal.

3.2.2.2 Relevancia de algunas reglas del contenido de los derechos a la protección de la vida privada y de protección de datos personales

Algunas reglas que integran el contenido del derecho a la protección de datos han sido centrales en la definición del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en el caso mexicano. Esto sucede con la regla de consentimiento y con el principio de finalidad. Ambos han apuntalado la regla de confidencialidad de toda la información personal en poder del Estado.

La regla de consentimiento ha tenido dos funciones estrechamente ligadas en la práctica del Órgano de Transparencia. La primera es haber servido como estrategia definitoria de la confidencialidad, a partir de la interpretación conjunta de los enunciados del artículo 18 (son confidenciales los datos personales que requieren del consentimiento de su titular para su difusión) y del artículo 22 (que enlista los casos en que no se requiere el consentimiento del titular, para la difusión de la información personal) ambos de la (abrogada) Ley Federal de Transparencia. Esta función es muy clara, en el diseño de los primeros ejercicios metodológicos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, como se puede evidenciar en los primeros casos relacionados con la negativa de proveer acceso a la información médica del presidente de la República (R 1326/04 y R 425/09). La segunda, es haber servido como base a la fundamentación material de la confidencialidad, en tanto la regla de consentimiento expresa una concepción filosófica del derecho a la protección de datos, que lo entiende como un dispositivo jurídico construido a partir de la idea del poder de control sobre el destino, el uso, y la divulgación de la (propia) información personal, y remonta su raíz a la idea de la libertad personal. (R 676/06 y R 1386/06 en donde se instruye al sujeto obligado para que solicite al titular de la información su consentimiento). En este sentido, al proteger la confidencialidad de X información personal se protege, en últimas, la libertad de sus titulares.

Por su parte, el principio de finalidad ha sido empleado por el Órgano de Transparencia para construir argumentos enderezados a limitar el acceso a la información personal en poder del Estado en tres escenarios diferentes.

El primero, que ya habíamos indicado, es el de limitar el acceso a la información personal que se encuentra en registros públicos o en fuentes de acceso público. Ante la eventual antinomia entre el último párrafo del artículo 18 (no confidencialidad de la información personal que se halle en registros públicos o en fuentes de acceso público), y el artículo 20, fracción II (los datos personales solo pueden tratarse para la finalidad para la que se obtuvieron), el IFAI, en su criterio 013 de 2009, afirmó que el principio de finalidad tenía prelación. “Si bien el hecho de que los datos personales obren en una fuente de acceso público no permite considerarlos información confidencial (...) lo cierto es que dicho supuesto no debe constituir una excepción al principio de finalidad que debe regir todo tratamiento de datos personales.” El argumento para esto es la posibilidad de “cumplir de manera armónica” los mandatos de acceso a la información y de protección de datos. Pues, en todo caso, el sujeto obligado puede “remitir” al solicitante “a la fuente de acceso público” para la obtención de la información solicitada. Esta parece una buena decisión salomónica, sin embargo, no es una buena razón para determinar la prelación. El IFAI, en un culto a las formas jurídicas, encarece la política de transparencia y de protección de datos,

al forzar la duplicación de esfuerzos de los sujetos obligados que detentan la información, uno como depositario incidental y otro como depositario principal. Y de paso dilata el acceso a la información pública y lo hace más confuso, violando “el principio de acceso sencillo y expedito que promueve la Ley”. Se trata nuevamente de una decisión de política de protección de datos en la línea de extremar la protección de (todos) los datos personales.

El segundo escenario es el de limitar el acceso a información personal que se encuentre inserta en un sistema de datos personales. En estos escenarios el principio de finalidad tiene la función de limitar el poder del sujeto obligado, y es aquí más entendible que el tratamiento de dicha información sólo pueda adelantarse de acuerdo con los “propósitos para los cuales se haya obtenido.” Esta situación prefigura un tipo de argumento que indicaría que cualquier solicitud de acceso sobre esta información, por la vía del derecho de acceso a la información pública, debería desecharse. La razón es simple: por lo general, dentro de los propósitos para los cuales se obtiene la información que integra un sistema de datos personales, no suele figurar “su difusión en atención a solicitudes de acceso de terceros”. Este tipo de argumento fue utilizado de forma conclusiva en la R 1844/09, también está presente en la R 934/05, pero sería fácilmente adaptable a cualquier caso en que se solicite acceso a información personal contenida en un sistema de datos personales, que no tenga el carácter de “registro público”. Sin embargo, el Órgano de Transparencia no ha tenido una posición uniforme sobre el alcance del principio de finalidad. Por ejemplo, en el caso del acceso al expediente clínico del presidente de la República, hay un uso de este argumento en este sentido (R 1326/04). En una línea similar, está el caso de la solicitud de acceso sobre el título profesional de un particular egresado del IPN, aunque con una decisión 3-2 (RDA 178/13). Pero en el caso de una solicitud de acceso sobre cédula y título profesionales y demás información académica de un particular, que suponía acceso a los sistemas de datos personales de la SEP, el IFAI pasa por alto el principio de finalidad, y decide otorgar versiones públicas de la información solicitada (R 295/07).

El tercer escenario, es el de limitar el acceso a cualquier pieza de información personal que se encuentre en cualquier documento en posesión de un sujeto obligado. En estos casos el principio de finalidad funciona como un argumento, adicional a la confidencialidad de la información personal, para negar el acceso o la divulgación de esta información. Sin embargo, es interesante advertir que, pudiendo serlo, no ha sido utilizado en los casos de liberación de información personal por interés público. Situación que parece indicar la práctica de su uso selectivo: invocándolo cuando se busca resguardar la información personal, e ignorándolo cuando se busca revelarla bajo la mampara del interés público.

Por último, no sobra mencionar que el resto de las disposiciones que le dan contenido al derecho a la protección de datos, como los otros principios a los que debe sujetarse el tratamiento de la información personal (licitud, necesidad, seguridad, etc.) así como los llamados derechos ARCO, no son ni han sido empleados para la resolución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

Por su parte, el empleo del derecho a la protección de la vida privada y de las reglas que constituyen su contenido no ha sido muy relevante en la práctica del Órgano de Transparencia para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Hay tres excepciones, sin embargo. El derecho a la protección a la vida privada ha sido empleado para: a) la fundamentación de la máxima según la cual, a mayor paso del tiempo menores posibilidades de afectación al derecho a la protección de la vida privada que, a su vez, fue empleada para liberar información personal en uno de los casos de acceso a la información del pasado (R 412/06); b) la fundamentación de la premisa de la confidencialidad de toda la información personal, y c) la construcción de la doctrina del “modelo dual” o de la “teoría dual” que supone niveles diferenciados de protección de la vida privada (y por tanto, de la información personal) de los particulares y de los servidores públicos, como lo veremos enseguida.

3.2.2.3 Relevancia de algunas reglas del contenido del derecho de acceso a la información pública

En la práctica del Órgano de Transparencia hay cinco figuras jurídicas, características del derecho de acceso a la información pública, que han sido relevantes para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado: la doctrina del modelo dual de protección, la potestad-mandato de elaborar versiones públicas, el principio de máxima publicidad, la regla de titular universal anónimo y las reglas sobre las finalidades de la ley.

Modelo dual de protección. El IFAI ha empleado la doctrina del modelo dual de protección, creado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como un argumento de refuerzo. Esta función del modelo dual es interesante. Dicho modelo no parece tener un valor autónomo, ni fungir como un criterio decisorio de la publicidad de la información personal. El argumento del modelo dual de protección se utiliza como parte de la estrategia para resolver el problema interpretativo de la confidencialidad-publicidad de la información personal de los servidores públicos, pero no constituye el criterio determinante.

Por una parte, el Órgano de Transparencia ha sostenido que los servidores públicos conservan el derecho a la protección de sus datos personales, pues el aceptar un encargo público no implica su renuncia (R 930/05, R 934/05 y R 1385/06). Esto en la misma línea de la protección de todos los datos personales. Por otra parte, se ha enfrentado a una doble situación: que la Ley Federal de Transparencia de 2002 establecía que ciertos datos de los servidores públicos estaban exceptuadas de la regla de confidencialidad (nombre e ingresos), y que existía cierta información personal de los servidores públicos enderezada a realizar los objetivos de transparencia y rendición de cuentas, bajo la forma de permitir constatar la idoneidad (capacitación y experiencia) o el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del encargo (edad, nacionalidad) de mostrar el ejercicio de la función pública (firma, nombre) o de ser reflejo de la conducta oficial (condenas, sanciones). Frente a estos casos el Órgano de Transparencia cambia la regla para sostener que los servidores públicos “cuentan con un umbral de protección a su intimidad menor

al de cualquier ciudadano” (R 5084/10, RDA 5112/15). Pero esta regla no opera por *default*, no es el punto de partida en la argumentación de este tipo de casos. En cambio, parece depender de la existencia de una razón justificante. Esto es, esta regla depende de que la información personal sea necesaria para satisfacer o la transparencia o la rendición de cuentas. Una vez verificado esto es que se emplea el modelo dual, como argumento de refuerzo.

Versiones públicas. La versión pública es la solución perfecta para armonizar el derecho de acceso a la información pública, con los derechos a la protección de la vida privada y de datos personales en la práctica de la burocracia mexicana. Es la forma de tener lo mejor de las dos esferas: la publicidad de la documental y la confidencialidad de la información personal. Inspirada en la Ley Federal de Transparencia de 2002, que la previó como una potestad de la administración pública¹¹, esta figura permite la coexistencia entre el principio de máxima publicidad de la información en poder del Estado, y el principio de mínima divulgación de la información personal. El Órgano de Transparencia la utiliza con asiduidad. En prácticamente todas las resoluciones en donde se resuelven casos que involucran información personal hay una consideración al respecto. O porque lo que se estudie sea la corrección de su elaboración, o porque sea ese el contenido de la instrucción final.

Principio de máxima publicidad. El principio de máxima publicidad tiene muy poco protagonismo en este tipo de casos. Lo que en principio parece una situación anómala, se diluye al partir de la premisa de la regla general de la confidencialidad de toda la información personal en poder del Estado. No obstante, es por lo menos extraño, que el principio de máxima publicidad, con toda su potencia, no haya sido empleado como un argumento relevante, o de soporte, en aquellos casos en que el Órgano de Transparencia ha resuelto ordenar la publicidad de cierta información personal, ya por razones de transparencia o rendición de cuentas, ya por motivos de interés público. De los casos estudiados identificamos apenas un argumento en este sentido. (R 412/06 voto particular).

Esta situación puede leerse al menos en dos sentidos. El primero, según el cual, hay un agotamiento de la fuerza normativa del principio de máxima publicidad que hace necesario acudir a otros recursos, como la noción de interés público, como si el principio de máxima publicidad no estuviera a su vez justificado en sólidas razones de interés público. El segundo, según el cual, la aparente postración del principio de máxima publicidad parece ser un indicio adicional de lo bien consolidada que está la división de la información personal en posesión del

¹¹ Ley Federal de Transparencia de 2002. Artículo 43, segundo párrafo, “Las unidades administrativas podrán entregar documentos que contengan información clasificada como reservada o confidencial, siempre y cuando los documentos en que conste la información permitan eliminar las partes o secciones clasificadas. En tales casos, deberán señalarse las partes o secciones que fueron eliminadas.” Esta norma se mantiene, aunque con una disposición diferente, en la Ley General de Transparencia de 2015. Así, en el artículo 111 “Cuando un Documento contenga partes o secciones reservadas o confidenciales, los sujetos obligados, para efectos de atender una solicitud de información, deberán elaborar una Versión Pública en la que se testen las partes o secciones clasificadas, indicando su contenido de manera genérica y fundando y motivando su clasificación.”

Estado entre la esfera pública y la esfera privada; en esta última el principio de máxima publicidad es inoperante, por definición.

Titular universal anónimo. La regla del titular universal anónimo del derecho de acceso a la información pública es un gran acierto, en términos generales, del régimen jurídico de este derecho. Pero en aquellos casos en que el peticionario tiene un interés legítimo para acceder a información personal en poder del Estado puede conducir a situaciones absurdas o injustas. El caso típico que ilustra estos problemas es el de quien necesita cierta información para poder ejercer su derecho de defensa o de acceso a la justicia. El caso de la guardería ABC (RDA 0621/12) es emblemático. El entonces IFAI se enredó en una discusión sobre el interés público de revelar o no la información personal, y el solicitante tan sólo la quería para hacerla valer a su favor en un proceso judicial.

Las finalidades de la Ley. El Órgano de Transparencia ha utilizado las finalidades de la (abrogada) Ley de Transparencia para morigerar la rigidez de la regla de confidencialidad de la información personal y la interpretación restrictiva de sus excepciones. Las finalidades de la Ley, establecidas en el artículo 4, en especial, las de “transparentar la gestión pública” y “favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos”, permitieron engendrar argumentos de tipo teleológico. Según este tipo de argumentos puede exceptuarse la confidencialidad de X información si su revelación permite alcanzar los fines de la Ley.

Este tipo de argumento ha sido empleado, sobre todo, en los casos de información personal de servidores públicos, y excepcionalmente en casos de información personal de particulares. En relación con los datos personales de los servidores públicos el Órgano de Transparencia ha creado una suerte de criterios puente o criterios intermedios, entre la información personal y los fines de la Ley. De tal forma que información personal que permita “acreditar la idoneidad de un servidor público para su cargo” (RDA 1385/06), refleje o guarde relación con el “ejercicio de sus funciones” (R 901/04, R 751/11, R 2168/11) o que permita conocer cómo desempeñan el encargo (R 5084/10, RDA 5112/15) sirven como criterios de excepción, en tanto, los mismos están ordenados por las finalidades de transparentar la gestión pública y favorecer la rendición de cuentas. Ejemplos de liberación de información personal de servidores públicos siguiendo estos criterios son: la información del currículum que da cuenta de “la trayectoria académica, profesional, laboral [o] que acrediten la capacidad, habilidades o pericia” del servidor público (R 2168/11) o, la relacionada con evaluaciones que permitieron el acceso a cargos públicos (R 643/04). Ejemplos de liberación de información personal de particulares son los de la condonación de créditos fiscales (R 6030/09 y RDA 1118/15). Por lo general el Órgano de Transparencia hace explícita la relación de medio fin, o de medio-criterio intermedio-fin.

El argumento teleológico, también ha sido utilizado para liberar información personal que permita el conocimiento de la verdad histórica, como sucedió en algunos casos de acceso a la información del pasado (R 412/06, R 413/06 y R 522/06). Esto a pesar de que tal objetivo no estaba reconocido explícitamente en la Ley Federal de Transparencia.

El argumento teleológico ha sido empleado también para afirmar la regla general de la confidencialidad de la información personal. En estos casos, se articula como un argumento teleológico por exclusión del tipo *a contrario*, según el cual, toda información personal cuya revelación quede por “fuera de los objetivos de la Ley” en especial “transparentar la gestión pública (...) y favorecer la rendición de cuentas”, debe considerarse confidencial, en tanto “no trasciende al ámbito público”. (R 751/11). La eficacia de este argumento reside en el carácter polar de la dicotomía público-privado.

3.2.2.4 La centralidad de la noción de interés público: criterio clave para resolver excepcionalmente la publicidad de la información personal

La noción de interés público ha sido capital para estructurar las excepciones a la regla de confidencialidad de la información personal. En el discurso del Órgano de Transparencia tiene la función de servir como fundamento material de la publicidad de la información personal. Esta es su función capital, sin que puedan negarse otros usos que están estrechamente ligados a este, como, por ejemplo, el de perfilar una clasificación *ad hoc* de datos personales (datos personales de interés público) o caracterizar una metodología para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, como la prueba de interés público.

La noción de interés público opera como un criterio de fundamentación material de las excepciones a la confidencialidad, tanto de las previstas explícitamente en la Ley, como de las identificadas por el Órgano de Transparencia en su casuística. Es empleado para justificar la publicidad frente a la información personal relacionada con: recursos públicos, servidores públicos, actuación de las autoridades públicas y asuntos que afecten a la colectividad.

El Órgano de Transparencia ha considerado que la información personal relacionada con el uso y destino de los recursos públicos es de interés público. Sin que mediara mandato legal, ha ordenado su publicidad en al menos dos tipos de casos: el de la información sobre cancelación de créditos fiscales (R 6030/09 y RDA 1185/15) al juzgar que la misma implicaba una “obtención de recursos públicos en sentido negativo” que suponía un “beneficio a un particular en perjuicio de la hacienda pública federal”; y el de la información sobre pasajeros, contenida en las bitácoras de vuelo de helicópteros oficiales (RDA 2219/15 y RDA 5141/15) al juzgar que la misma revelaba “la utilización de recursos públicos destinados a una actividad” no prevista en la ley, “con recursos de la Federación [y] con una finalidad de beneficio personal”. También lo ha hecho, mediando mandato legal, en el caso de los beneficiarios de los programas sociales, como en el del seguro popular (RDA 6302/15) en donde, sin embargo, exceptuó la publicidad del nombre de niños y niñas; o en el de beneficiarios de Prospera, en el que se pretendía facilitar el control ciudadano sobre el acceso a estos recursos por parte de personas que no tenían derecho a ellos (RDA 67/16).

En estos casos, sin embargo, no es fácil identificar un criterio decisorio único. No se hace pública la información porque la misma revele el posible incumplimiento de una norma jurídica, o porque exista un mandato legal y este subsuma en la forma la idea del interés público; tampoco el criterio del beneficio individual a costa de bienes públicos, o el desconocimiento del principio de igualdad de trato en la asignación o acceso a los recursos públicos. El interés público en estos casos parece una suma de todos estos argumentos. También parece posible afirmar que se protege el interés público de la transparencia en el uso y destino de los recursos públicos.

El Órgano de Transparencia también ha considerado que cierta información relativa a los servidores públicos reviste un interés público. Esto sucede al menos en dos casos: el de los resultados de la evaluación docente (R 4638/12) al considerar que dicha información refiere “habilidades y aptitudes para la enseñanza, de personas (...) que decidieron desempeñar un rol de interés público”, y el de la información personal de servidores públicos condenados penalmente (R 5084/10, RDA 5112/15), en tanto permite conocer la forma en que los servidores públicos “ejercen sus funciones.” En este caso, el criterio definitorio tampoco es uniforme; por un lado, parece ser el de verificar la idoneidad de quien recibe un encargo público, por el otro, el de permitir evaluar su desempeño. En estos casos, el criterio definitorio parece ser la transparencia de la función pública, concentrada en la persona y no en la actividad.

El Órgano de Transparencia también ha considerado de interés público cierta información personal que revela la actuación de las autoridades. Aquí el enfoque se traslada de la persona del servidor público, a la actuación pública como tal. Así fue, en el caso de la cancelación de créditos, en donde revelar la información personal sobre los beneficiados con esas decisiones permite “transparentar la manera en que el [SAT] determina cancelar créditos fiscales” (R 6030/09) o abonar “a la valoración del desempeño del sujeto obligado, respecto del nivel de eficiencia que tenga derivado de su atribución de recaudación fiscal” (RDA 1185/15). O en el caso de la información relacionada con el expediente médico de personas fallecidas en un penal, en tanto dicha información permite “constatar cuál fue el actuar de las autoridades a quienes se confía la integridad personal de quienes por razones penales se encuentran privados de su libertad” (R 3751/09). O en el caso de la evaluación docente, en el que la publicidad de dicha información permite “dar seguimiento a las acciones que lleva a cabo la Secretaría de Educación Pública en su toma de decisiones” y “corroborar si la autoridad hizo correctamente la evaluación” (R 4638/12). O en el caso de la información sobre condenas penales por delitos graves, en donde su revelación “permite la evaluación y seguimiento por parte de la ciudadanía, de tareas inherentes a la seguridad pública” (RDA 2445/15). En estos casos, el criterio definitorio parece ser la posibilidad de activar algún tipo de control sobre la implementación y ejecución de políticas públicas, ya en materia de educación, de recaudación tributaria o de persecución del delito.

Finalmente, el Órgano de Transparencia ha ordenado la publicidad de información personal por su vínculo con diversos intereses colectivos, no necesariamente concretados en alguna de las clásicas manifestaciones de lo público-estatal y que acabamos de revisar. El énfasis en la posible relación de la información con la idea de lo colectivo, como concepto republicano, de la

ciudadanía o de la “sociedad en general”, parece aquí el criterio definitorio. Así, en el caso de la publicidad de la información personal contenida en el título y la cédula profesional, que permite “que la sociedad pueda tener certeza respecto de que las personas que se ostentan como profesionistas reúnen las características para ello.” (R 1655/10). O en el de las sanciones en materia médica, en donde la revelación del nombre del médico sancionado integra la dimensión colectiva del derecho fundamental a la salud (RDA 3057/14) y permite conocer “la idoneidad de quienes salvaguardan [este derecho]” (RDA 6531/15). O en el caso de la información del pasado, en la cual su revelación permite “llegar a la verdad sobre lo sucedido con estas personas”, en casos de violaciones graves a los derechos humanos (R 522/06), o el “conocimiento de los acontecimientos que rodearon los movimientos [políticos y sociales del pasado]”.

Por otra parte, el Órgano de Transparencia ha empleado la idea de interés público para calificar cierta información personal, con miras a su eventual publicidad a partir de una prueba de interés público. Esta ha sido una toma de postura del Órgano de Transparencia, otra decisión de política de protección de datos, como lo demuestra el hecho de que es igualmente posible destacar la existencia de un “interés público” tanto en la publicidad, como en la confidencialidad de los datos personales.

3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado

El Órgano de Transparencia ha empleado al menos cuatro métodos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado: subsunción, ponderación de daños, prueba de interés público y proporcionalidad.

La subsunción. De uso recurrente, este método parte de dos premisas: que las fronteras entre los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales están bien delimitadas por el régimen jurídico aplicable y que no existe, o no es posible, la “colisión” entre dichos derechos. El método puede reducirse a la verificación de dos eventos: la presencia de información personal en la información solicitada, y la no existencia de una excepción a la confidencialidad. Si esto ocurre, está ordenada la clasificación de la información personal por confidencialidad. En los primeros casos sobre el acceso al expediente médico del presidente de la República es muy clara la aplicación de este método (R 1326/04 y R 425/09). También es muy claro en los casos de información personal de servidores públicos, cuya confidencialidad no fue exceptuada por la ley (R 751/11). O frente a la información personal cuya confidencialidad está explícitamente exceptuada en la Ley, como en el caso de los beneficiarios de los programas sociales seguro popular y prospera (RDA 6302/15 y RDA 67/16).

La aplicación de este método es sencilla y sigue la premisa según la cual prácticamente toda la información personal en poder del Estado se encuentra en la esfera privada y su publicidad está prohibida. Asimismo, es afín a los mecanismos de armonización concreta entre los derechos al acceso a la información pública y la protección de datos personales: la versión pública, la

anonimización y la disociación de la información. Buenos ejemplos de los dos últimos son: los casos del acceso a las calificaciones de los estudiantes del ITC (RDA 5599/15) y a los auxilios entregados a las víctimas del incendio de la guardería ABC (R 0621/12).

La ponderación de daños. Este segundo método es de uso muy esporádico. Parte de la premisa de una colisión entre derechos y consiste en ofrecer un criterio de preferencia dependiendo de una valoración entre las magnitudes del daño que implicaría privilegiar uno u otro derecho. Hay tres alusiones aisladas a esta metodología. En el caso del acceso a la información del pasado (R 412/06 voto particular) se consideró que “la prueba del daño obliga a valorar el daño de la divulgación” que solo puede apreciarse “frente a la ponderación del bien social de la desclasificación”. En el caso de la cancelación de créditos por parte del SAT, (R 6030/09) en donde consideró que “el daño” a la “privacidad fiscal no sería mayor al interés público por transparentar la manera en que el [SAT] determina cancelar créditos fiscales.” Y en el caso de la información de beneficiarios y montos de las ayudas a las víctimas de la guardería ABC, en donde fungió como argumento concluyente para anonimizar la información, pues de lo contrario “podría producirse un daño mayor a las personas involucradas con la publicación de sus nombres, que al interés público por conocer[los].”

La prueba de interés público. Este tercer método parte de dos premisas: aceptar que el conocimiento de cierta información personal puede revestir un interés público, y que una vez esto ha sido verificado, el caso debe ser resuelto mediante una ponderación de intereses. La prueba consiste en aplicar la ley de ponderación a los intereses enfrentados: el interés del particular en mantener la confidencialidad de su información personal y el interés público en su revelación. Buenos ejemplos de la aplicación de esta metodología son: el caso del acceso a la información personal relacionada con los decesos en un centro penitenciario (R 3751/09), en donde el IFAI consideró de interés público el acceso a la información del expediente médico, pero tras un ejercicio de ponderación decidió conservar la confidencialidad del nombre de las personas fallecidas. El caso de la información contenida en cédula y título profesional (R 1655/10), en el cual el IFAI precisó, primero, “determinar si es de interés público el conocimiento” del dato personal y segundo, “realizar una ponderación entre el derecho del titular [del dato personal] para que se guarde la confidencialidad (...) y el derecho de acceso a la información de los ciudadanos”. Y uno de los casos relacionados con información sobre cancelación de créditos del SAT (RDA 1185/15), en donde consideró que conocer la información personal “abonarían a la valoración del desempeño del sujeto obligado (...) [lo cual] tiene un interés público mayor al de la protección de los datos fiscales.”

Hay tres antecedentes de la prueba de interés público en la práctica del entonces IFAI, El primero es el caso sobre la confidencialidad de las fotografías de servidores públicos (R 934/05), en donde aparece, paradójicamente, como un argumento de refuerzo para mantener la confidencialidad de dichas fotos, al no verificar “un interés público mayor en conocer esta información al interés en proteger estos datos personales”. El segundo, está contenido en los casos sobre la información del pasado (R 412/06 y R 522/06) en donde se utiliza la figura del

“test de interés social” para exceptuar la confidencialidad de la información personal. Este “test” incluía tres variables: el paso del tiempo, la posibilidad de gradar la información personal, y el argumento teleológico orientado a la verdad histórica. El test se concreta con una aplicación de la ley de ponderación según la cual “conocer las circunstancias que rodearon los movimientos sociales y políticos del pasado (...) resulta de mayor importancia” frente “a la posible afectación [de la] intimidad.” Finalmente, está el primer caso de información personal sobre cancelación de créditos fiscales (R 6030/09) en donde, sin aplicarse al caso concreto, ya estaba perfilada la prueba de interés público.

La construcción discursiva de la prueba de interés público revela cómo el Órgano de Transparencia intenta morigerar los efectos de la rigidez de la regla general de la confidencialidad de toda la información personal en poder del Estado. Para su fundamentación empleó tres tipos de argumentos: el teleológico, según el cual la información personal debe darse a la publicidad si contribuye a la realización de la transparencia y la rendición de cuentas (como ya lo vimos), el originalista, según el cual, el propio constituyente al introducir la reforma al artículo 6o constitucional, habría previsto que, “fuera de las excepciones a la confidencialidad expresamente previstas en las leyes, determinados datos personales son susceptibles de divulgación si: 1 cuentan con un valor público y 2 las autoridades competentes realizan una cuidadosa ponderación que justifique [su] divulgación” (R 3751/09 voto disidente, R 6030/09 y R 1655/10). Y el argumento pragmático acerca de una cierta necesidad de resolver la “colisión” entre los derechos al acceso a la información pública y la protección de datos, cuando se presentan “casos frontera” en donde es “difícil discernir (...) cuándo termina uno y comienza el otro (...) o en qué supuestos debe ceder uno frente al otro” (R 4638/12).

El test de proporcionalidad. El cuarto método es una adaptación de la Teoría de los principios de Robert Alexy, para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. En la práctica del IFAI-INAI consta de tres pasos: la identificación de un interés público en la información personal objeto de acceso, la identificación o el diagnóstico del caso como una “colisión” entre derechos fundamentales, y el despliegue de los tres subprincipios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) que sirven para enmarcar y dirigir la argumentación. Algunos de los primeros casos en que se empleó esta metodología fueron: el de las condenas a personal militar (R 5084/10) en el que aparece como una paráfrasis del argumento del menor nivel de protección de los datos personales de los servidores públicos que permiten evaluar “el desempeño en el encargo”; el de la guardería ABC (R 0621/12) en el que su ejercicio concluye con la prevalencia del derecho a la protección de datos; y el del acceso al título profesional de un particular (RDA 178 de 2013) en donde alimenta el argumento de uno de los votos disidentes. En los tres casos la inspiración del IFAI fue una tesis del poder judicial de la federación¹².

¹² “Tesis I.4º.A.70 K emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Novena Época, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, agosto de 2006, página 2346. Suspensión en el amparo. Conforme a la teoría de ponderación de principios debe negarse si el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular.” IFAI, R 5084/10 CP Jacqueline Peschard Mariscal.

Para el año 2015, aumenta la frecuencia del uso del test de proporcionalidad por parte del INAI, situación que coincide con la publicación, en mayo de 2015, de la Ley General de Transparencia. Esto puede advertirse de la suma de los casos sobre evaluación docente (RDA 1312/15) condenados por delitos de lavado de activos (RDA 2165/15) de alto impacto (RDA 2445/15) y de terrorismo (RDA 6206/15) servidores públicos condenados (RDA 5112/15) sanciones a médicos (RDA 6531/15) y confidencialidad de la identidad de niños y niñas en el padrón del seguro popular (RDA 6302/15). No obstante que la Ley General de Transparencia entró en vigencia en mayo de 2016, antes de que estos casos fueron resueltos, durante su *vacatio legis* parece haber desplegado un efecto mostrativo.

Influenciado o no por la expedición de la Ley General de Transparencia, el INAI adapta elementos de la Teoría de los principios en un ejercicio de sincretismo metodológico. El método es más o menos el siguiente: se afirma el interés público de cierta información personal, se diagnostica el caso como una colisión de derechos fundamentales, se plantea su resolución por medio de la ponderación, (hasta aquí parecería que es la misma prueba de interés público), pero para adelantar el ejercicio de “ponderación” se utilizan los subprincipios del principio de proporcionalidad.

El uso de la terminología de la Teoría de los principios tiene dos funciones en esta fórmula ecléctica: organizar la argumentación y legitimar la decisión. Esto se desprende de una lectura detenida de lo que hace realmente el Órgano de Transparencia cuando despliega el test. Tomamos el caso de la evaluación docente (RDA 1312/15) como ejemplo paradigmático. En el “análisis” de la idoneidad ubica por lo general un argumento teleológico (si la publicidad de la información cumple el fin de realizar el interés público). En el caso: “al restringirse la protección de los datos personales de (...) los docentes (...) se tendría el conocimiento objetivo (...) de la capacidad de los profesores evaluados”. En el “análisis” de necesidad ubica un argumento empírico de la relación medio-medio-fin (si existen o no, otros medios menos lesivos para realizar el interés público). En el caso: “no existe otro medio de acceso menos lesivo al derecho a la protección de los datos personales (...) que el de obtener dicha información a través del procedimiento de acceso a la información”. Y finalmente, en el “análisis” de proporcionalidad en sentido estricto ubica un argumento de prevalencia (si el interés público satisfecho es más importante que la pérdida de privacidad). En el caso, “el beneficio de dar a conocer los resultados de los docentes (...) es mayor que la lesión que se pueda causar a la esfera de protección de datos personales (...) porque la educación otorgada por el Estado tiene consecuencias (...) en el desarrollo económico, político y social del país.”

consid. quinto, a); RDA 621/12 CP Sigrid Arzt Colunga, consid., octavo; RDA 178/13 CP María Elena Pérez-Jaén Zermelo (voto disidente de Jacqueline Peschard) (Casos 24, 38 y 13 respectivamente, Anexo B, Digesto de casos del Órgano de Transparencia Mexicano)

Bajo este formato, y en la práctica efectiva, los elementos del test de proporcionalidad no son empleados en el sentido de la Teoría de los principios de Alexy, descrita en el capítulo I. Son un molde que contiene los argumentos relacionados con el interés público, criterio que realmente resuelve el caso. Lo que nos permite afirmar que, en estos casos, el uso de la terminología del test de proporcionalidad es retórico¹³ (R 5084/10, RDA 2377/14, RDA 2445/15, RDA 5112/15).

3.2.3 Conclusiones

a.) En el caso mexicano, la práctica jurídica en relación con la información personal en poder del Estado se caracteriza porque, por regla general, todo dato personal que conste en un archivo estatal es objeto de protección *per se*, independientemente de su soporte o de su contexto. Esta protección se concreta en el mandato de confidencialidad. En este marco, la pregunta por la publicidad de la información personal en poder del Estado tiene, en principio, una respuesta fácil: la información personal en poder del Estado, por regla general, no puede revelarse.

b.) La regla según la cual la información personal en poder del Estado no puede revelarse, aunque predeterminada por el marco jurídico, es producto de una serie de decisiones de política de protección de datos del Órgano de Transparencia. Es una regla construida a partir de la práctica y de la solución de problemas en torno a la clasificación de la información personal. En especial aquellas que apuntan a: la equivalencia entre dato personal y dato confidencial, la indiferencia sobre el contenido de los datos personales para efectos de su protección, el divorcio analítico entre dato personal y contexto, y la prevalencia del principio de finalidad sobre la publicidad de la información en registros públicos o fuentes de acceso público.

c.) A la base de estas decisiones de política de protección de datos está la premisa de que (toda) la información personal, por regla general, está ubicada en la esfera de lo privado y que esta situación no se altera por el hecho de estar en posesión del Estado. La forma de entender la obligación de protección de datos personales del Órgano de Transparencia ha sido especialmente influenciada por las dicotomías público-privado.

¹³ El carácter “retórico” del uso de los sub-principios de la proporcionalidad, para adelantar ejercicios de ponderación en estos casos, no es extraño para los directores-secretarios de ponencia del INAI. Entrevistado 3, “No es que haya una cuestión retórica (...) si haces un estudio jurídico sensato te tiene que llevar a la mejor solución, son conceptos a lo mejor muy abstractos (...) cuando confrontas este tipo de derechos (...) cuando haces el análisis de necesidad no tienes mucho que analizar en esa parte porque no hay otro mecanismo para llegar al fin pretendido que es obtener la información o en su caso la protección del dato personal, pero sí creo que cuando tienes que hacer el análisis del interés o del fin legítimo (...) no diría que es una cosa tan subjetiva, si creo que es a qué principio le vas a dar más valor y eso va a depender mucho de tu bagaje y línea”, min 1:59:40. Entrevistado 4, “¿Qué opinas de que hacer un juicio de necesidad es más retórico que sustantivo? –Sí, claro, totalmente. La norma, la parte esta de los conceptos, de cómo debemos de realizar este ejercicio [de ponderación] están muy apartados de la realidad, lo que he llegado a concluir es que al final de cuentas cuando haces este ejercicio tiene mucho que ver el criterio personal de quien va a decidir”, min 1:36:38.

d.) La decisión de considerar cada dato personal confidencial, como una decisión de política de protección de datos, tiene algunos problemas de fundamentación material. El Órgano de Transparencia ha intentado justificarla, principalmente, con base en tres tipos de argumentos: su relación con un interés puramente individual, su carácter exclusivo, y su pertenencia a la esfera de lo privado. Estos argumentos han servido para dar contenido a los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales, pero aplicados a ciertas especies de datos personales (estado civil, relaciones de filiación, sexo, nacionalidad, CURP) son débiles y poco persuasivos.

e.) La decisión de considerar cada dato personal confidencial ha desplazado la posible relevancia del contenido de los derechos a la protección de la vida privada y de datos personales como herramientas pertinentes para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. En la práctica del Órgano de Transparencia, por lo general, no se emplean argumentos con base en estos derechos, salvo los relacionados con el principio de consentimiento y de finalidad (propios del derecho a la protección de datos personales). Sin embargo, el empleo de estos principios se ha orientado a fortalecer dicha regla general, ya por la vía de fundamentar la confidencialidad en el concepto de consentimiento, ya por la vía de interpretar el principio de finalidad como un dispositivo de la confidencialidad.

f.) Algunos elementos del derecho de acceso a la información han sido relevantes para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto es notable en el caso de la figura de la “versión pública” que, reconocida como una competencia de los sujetos obligados, ha terminado por convertirse en la mejor forma de realizar la armonización concreta entre los derechos a la protección de datos personales y al acceso a la información pública. También destacan las reglas de excepción a la confidencialidad establecidas en la Ley, que el Órgano de Transparencia aplica celosamente, salvo contadas excepciones. Finalmente están las disposiciones sobre las finalidades de la Ley, en especial, las de lograr la transparencia gubernamental y la rendición de cuentas. Con base en ellas, el Órgano de Transparencia ha hecho uso del argumento teleológico como punto de partida para exceptuar la confidencialidad de algunos datos personales.

g.) El Órgano de Transparencia ha considerado posible exceptuar la confidencialidad de los datos personales cuando su conocimiento revista un interés público. Esta postura tiene también su fundamento en las dicotomías público-privado. Bajo la idea de que, en algunos casos y de forma excepcional, la información personal cuyo lugar “natural” es la esfera privada “trasciende a la esfera de lo público”. En estos casos es posible considerar su publicidad, aunque la misma no opera *ipso iure*, al estar mediada por algún procedimiento justificatorio; en las primeras decisiones era la prueba de interés público, recientemente es el principio de proporcionalidad.

h.) El concepto de interés público ha sido central para fundamentar las excepciones a la confidencialidad de la información personal. Incluso, para justificar las decisiones del Legislador en este sentido. En la práctica del Órgano de Transparencia se pueden advertir cuatro situaciones

o conjuntos de casos en que el conocimiento de la información personal ha sido considerado de interés público, a saber, las relacionadas con: la persona del servidor público, la actividad de las autoridades, y el uso y destino de los recursos públicos, por un lado; y la que involucra intereses colectivos o de la sociedad en general, por el otro. En aquellas, gobierna una visión estatista de lo público; en esta una visión republicana.

i.) Acorde con la regla general de la confidencialidad de todo dato personal, el método para resolver los problemas sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado es la subsunción. El Órgano de Transparencia se limita a verificar que en la información solicitada exista al menos un dato personal, y que no se presente ninguna excepción (legal) a la confidencialidad, y ordena o mantiene su clasificación como confidencial. Para garantizar el principio de máxima publicidad de la información pública, y siguiendo la máxima de la armonización concreta, ordena que la información se entregue en versión pública, anonimizada o disociada.

j.) De forma muy excepcional, el Órgano de Transparencia ha considerado la publicidad de la información personal por fuera de los precisos términos de las excepciones de la ley. En estos casos ha utilizado principalmente el argumento teleológico y las metodologías de la prueba de interés público y del principio de proporcionalidad. Aunque también ha empleado argumentos de interés público *per se* de la información y la metodología de la ponderación de daños, estas alternativas no son características de la práctica del Órgano de Transparencia.

k.) La prueba de interés público, como ha sido diseñada y aplicada por el Órgano de Transparencia, consiste en dos pasos: identificar el posible interés público en la revelación de la información personal y aplicar la ley de ponderación entre dicho interés público y el interés de mantener la confidencialidad. La fundamentación de esta prueba descansa en la polaridad de los intereses enfrentados y en el influjo de las dicotomías público privado como marco interpretativo del fenómeno de la información personal en poder del Estado, por un lado. Y en la formulación de tres tipos de argumentos: uno teleológico de acuerdo a los fines de la ley, uno originalista-histórico sobre la voluntad del constituyente que reformó el artículo 6o constitucional, y otro pragmático relacionado con la necesidad de resolver “colisiones” de derechos, por el otro.

l.) El principio de proporcionalidad, como metodología para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, es una adaptación de la Teoría de los principios de Robert Alexy al ámbito mexicano. A pesar de que se utilizan los tres sub-principios, y que su invocación respeta sus términos originales, el uso general de estos elementos tiene una función sobre todo retórica. El contenido de los derechos aparentemente en conflicto está fuertemente definido por la Ley y por las normas secundarias y el uso de los sub-principios de idoneidad y de necesidad es redundante y acomodaticio. En los casos en que el Órgano de Transparencia utiliza la metodología del principio de proporcionalidad, el criterio que realmente resuelve los casos es la definición y la entidad del interés público en revelar la información personal.

m.) La decisión de considerar cada dato personal como confidencial precluye las posibilidades de acceso a la información personal (de terceros) en poder del Estado, que no esté previamente reconocida en la ley, o en la que no se advierta un eventual interés público en su difusión. Este diseño tiene varios costos: impone al Legislador la tarea de explicitar caso a caso las hipótesis en que determinada información personal pueda tener un interés público; cierra toda posibilidad de acceder a la información personal cuando exista un interés legítimo de acceder a ella, y dicho interés no necesariamente sea traducible en un interés público; traslada la carga de la prueba del interés público al solicitante y a los órganos de transparencia pasando por alto que se trata de información que eventualmente ha sido producida con ocasión de la actuación del Estado y en todo caso se encuentra en su poder; y obliga al Estado a destinar importantes recursos, de variada índole, para proteger cualquier pieza de información personal que conste en sus archivos, sin que existan razones materiales sólidas para ello.

3.3 Conclusión del capítulo III

La selección y lectura detallada de 25 casos en Colombia y 50 en México, y su reagrupamiento en 10 temas diferentes en cada país, encuadra el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en una de sus facetas empíricas: la forma en que los órganos de cierre, en la práctica, resuelven dicho problema. Este ejercicio, sumado al del capítulo anterior relacionado con el marco normativo, nos permite afirmar la existencia de una diferencia sustancial entre los modelos de protección de datos personales adoptados en ambos países. Mientras Colombia parece acercarse a un modelo orientado a la protección mínima de la información personal en poder del Estado, en el que la confidencialidad dependa de la valoración de daños, en México parece imperar un modelo de protección orientado a la protección máxima de la información personal en poder del Estado, en el que la confidencialidad es punto de partida e impera una lógica preventiva de su publicidad.

Son criterios decisivos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, en el caso colombiano: la clasificación de la información personal y la definición previa de los contenidos de los derechos de acceso a la información pública, habeas data e intimidad. No opera, como en el caso mexicano, una virtual equivalencia entre dato personal y dato confidencial, y entre derecho a la protección de datos personales y derecho a la protección de la vida privada. Lo que ha permitido (o impuesto) la flexibilidad interpretativa para la definición casuística del contenido y los límites de los derechos. La noción de interés público, a pesar de su importancia para fundamentar algunas decisiones orientadas a la publicidad, no juega un papel central en la resolución del problema. Estas particularidades del caso colombiano ponen de presente la importancia de profundizar en las concepciones teóricas de la información personal y de los derechos en cuestión, como herramientas metodológicas centrales para la resolución de este tipo de problemas.

En el caso mexicano, la casuística estudiada refleja una serie de decisiones de política de protección de datos, alineadas con el modelo de la doble regla-excepción. Estas decisiones han fortalecido la regla general de la confidencialidad de toda la información personal y la excepcionalidad de su publicidad. En este escenario, la definición interpretativa de los contenidos de los derechos de acceso a la información pública, a la protección de datos personales, y a la vida privada, se ha orientado hacia el fortalecimiento de esta regla general y de su excepción. Por otra parte, la noción de interés público es un concepto central. De él depende en gran medida la poca o mucha publicidad de la información personal que pueda haber en este contexto. Estas particularidades del caso mexicano ponen de presente la importancia de profundizar en las concepciones teóricas del interés público, y de reflexionar sobre las relaciones teóricas entre la información personal y los derechos a la protección de datos personales y a la vida privada.

Tanto en Colombia, como en México, el diagnóstico de los casos revisados como una “colisión” de derechos fundamentales no es tan frecuente como podría pensarse. Es regla general en ambos casos que este tipo de problemas se puede resolver por el cauce de la delimitación de las fronteras y la precisión de los contenidos de los derechos, sobre todo, con base en las leyes, en la legislación secundaria, en los contenidos de dichos derechos y en los precedentes. Constatado esto, el método principal para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado ha sido la subsunción. Este método opera, de forma más o menos sencilla en México, debido a la claridad de las reglas con que opera el sistema de doble regla-excepción, como han sido precisadas por el Órgano de Transparencia y, más o menos compleja en Colombia, debido a la falta de articulación legal entre los derechos concurrentes y la creatividad jurisprudencial en la definición de sus contenidos. A pesar de la primacía del método de subsunción, los órganos de cierre en Colombia y México han diagnosticado algunos de los casos estudiados como “colisiones” de derechos fundamentales y han acudido a alguna forma de ponderación.

En la búsqueda y apropiación de un método para adelantar los ejercicios de ponderación en este tipo de casos, tanto en Colombia, como en México, los órganos de cierre han adaptado elementos de la Teoría de los principios de R. Alexy. Sin embargo, en el caso colombiano, el uso del método de proporcionalidad y de las categorías de dicha Teoría, dista mucho de ser una buena adaptación. No hay en ninguno de los casos estudiados una aplicación rigurosa, completa y satisfactoria de dicho método. La función que cumple esta Teoría se acerca más al uso retórico que a la juiciosa aplicación. En el caso mexicano, sucede algo similar, aunque con la particularidad de que, antes de que empezara a utilizarse la Teoría de los principios, el Órgano de Transparencia empleaba ya la prueba de interés público, que incluye una clasificación de la información y una ley de ponderación aplicada, por lo general, de forma rudimentaria. Este antecedente influyó en la adaptación de la Teoría de los principios, en donde el uso de los sub-principios de la proporcionalidad ha sido instrumentalizado en función de los argumentos de interés público. La pobre adaptación de la Teoría de los principios es común en los dos casos y pone de presente la necesidad de someter a crítica el uso del método de la proporcionalidad para adelantar ejercicios de ponderación, necesarios para resolver este tipo de problemas.

La revisión de las soluciones ensayadas al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado por parte de los órganos de cierre en Colombia y México, ofrece valiosos elementos empíricos para su comprensión. Esta revisión ha permitido la identificación, en la práctica, de los presupuestos normativos y teóricos en estos asuntos, el tipo de argumentos desplegados y el esfuerzo por construir herramientas metodológicas *ad hoc*. Estos elementos constituyen nuevos insumos para la identificación de un método que permita resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, que sea a la vez sensible al contexto normativo de aplicación y que pueda integrar de forma sencilla los elementos característicos de este tipo de problemas.

En este momento es claro que esta tarea no puede emprenderse sin considerar las diferencias entre el modelo de protección de datos personales adoptado en cada país, sin incorporar las implicaciones de una lectura constitucional del problema, que incluya la dogmática de los derechos fundamentales concurrentes, y sin desconocer la importancia de alguna forma de ponderación para enfrentar el problema de la prevalencia. ¿Será posible identificar un método que, incluyendo estos aspectos, ofrezca orden y concierto para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado? Consideramos que sí. A definirlo dedicaremos el siguiente capítulo.

•∞•

Capítulo IV

4. Método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

El método que proponemos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado consta de dos escenarios: a) la aplicación del sistema regla-excepción, y b) la aplicación de criterios de interpretación constitucional correctora de dicho sistema.

La identificación de estos escenarios es producto de un trabajo de reconstrucción y de acople de los elementos metodológicos específicos advertidos en la casuística del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, analizada en el capítulo III. Está alimentado por la experiencia acumulada de los órganos de cierre en Colombia y México. Su prosapia es empírica y *ad hoc* y tiene una pretensión principalmente descriptiva.

Como ejercicio descriptivo reconoce el papel protagónico de las administraciones públicas como las primeras llamadas a operar el sistema regla-excepción, bajo la idea general de que su aplicación es sencilla y, en principio, no se presentan problemas interpretativos. Reconoce que la aplicación del sistema regla-excepción es susceptible de ajustes en la medida en que se adviertan mejores alternativas constitucionales para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, principalmente en dos tipos de eventos. Primero, cuando se advierta una falta de correspondencia entre los términos del sistema regla excepción y la dogmática constitucional de los derechos fundamentales concurrentes; y segundo, cuando se advierta la necesidad de alterar la regla de prevalencia de los derechos fundamentales prevista en la ley. En el primero de estos escenarios, la interpretación constitucional con base en la dogmática de los derechos fundamentales se erige como herramienta metodológica apropiada para resolver dicho problema; en el segundo, se impone adelantar ejercicios de ponderación. En este último caso la casuística arroja datos sobre la excepcionalidad de estos eventos y sobre la posibilidad de llevarla a cabo de forma simple.

El método propuesto integra la doble dimensión legal y constitucional del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Tiene un explícito carácter ecléctico, y combina en sus dos escenarios, las metodologías de la subsunción, la interpretación constitucional con base en la dogmática de los derechos y una forma de ponderación.

En el presente capítulo describiremos los elementos de este método. En primer lugar, presentaremos los elementos más relevantes del sistema regla excepción, teniendo en cuenta la diferencia con que opera dicho sistema en Colombia y México, y desarrollaremos la idea, apenas esbozada en los capítulos anteriores, de la existencia de dos modelos diferentes de concebir las relaciones entre publicidad e información personal en poder del Estado (4.1). Enseguida desarrollaremos la tesis según la cual el sistema regla- excepción está constitucionalmente justificado y presentaremos los argumentos formales y materiales que así lo soportan; asimismo, indicaremos por qué es importante dicha justificación en el contexto de una lectura dinámica del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (4.2). Enseguida, presentaremos las dos alternativas que caracterizan el escenario de la aplicación de criterios de interpretación constitucional correctora del sistema regla excepción; la primera, relacionada con los argumentos de la dogmática de los derechos fundamentales, donde además presentaremos algunos de los problemas dogmáticos advertidos en el examen de la casuística (4.3); y la segunda, relacionada con la ponderación, en donde defenderemos las tesis de su excepcionalidad y de la necesidad de hacerla más simple, como alternativa ante la utilidad marginal de la Teoría de los principios (en su versión canónica) para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (4.4).

4.1 El sistema regla-excepción como marco general para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

La descripción del conjunto de reglas de los regímenes de acceso a la información pública y protección de datos personales, bajo la figura del sistema regla-excepción, funciona como marco general interpretativo de los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado. El sistema regla-excepción, como vimos en el capítulo II, opera con base en contenidos normativos explícitos (en Leyes y en legislación secundaria) que tiende a la exhaustividad. Esto tiene dos implicaciones desde el punto de vista institucional.

En primer lugar, facilita el trabajo de las administraciones públicas al establecer con (aparente) sencillez la manera en que debe resolverse el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Nada parece más fácil de operar que un sistema claro de regla-excepción que tienda a la exhaustividad. En este escenario decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado no es un asunto problemático¹ y aparece como una tarea cotidiana de la ejecución de la ley²; no suelen plantearse problemas de conflictos entre leyes

¹ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho* (Juan Igartúa Salavarría trad.) México, Fontamara, 2001, p. 116. “[U]n incremento en el número de las situaciones que son motivo de duda y que requieren interpretación es uno de los síntomas de que algo no funciona bien en el campo del derecho.”

² *Ibid.*, p. 116 “[L]a inmediata correspondencia entre norma y situación factual se produce más frecuentemente cuando el derecho está mejor adaptado a la vida en general y es formulado en un nivel técnico apropiado.”

o problemas constitucionales, y supone que la actividad interpretativa tenga una ocurrencia marginal y “conciern[a] sólo a una proporción de casos relativamente pequeña”. La operación del sistema regla-excepción parte de la base de que por lo general “las normas jurídicas son bastante claras para poder ser aplicadas, sin interpretación, a situaciones factuales típicas o normales.”³ En segundo lugar, refleja el rol central del Legislador como encargado de solucionar el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El Legislador define la existencia de un sistema de regla-excepción, lo diseña con pretensiones de exhaustividad y precisa sus contenidos en el marco de sus competencias constitucionales.

En este apartado describiremos los términos del sistema regla-excepción en Colombia y en México.

4.1.1 Dos modelos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Colombia y México

La descripción del marco normativo y de la casuística del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, adelantados en los capítulos II y III, reveló la existencia de diferencias importantes entre el caso colombiano y el mexicano. Hemos reagrupado estas diferencias bajo la idea de dos modelos. Hacer explícitas estas diferencias elucidó las coordenadas del primer momento del método para resolver el problema mencionado.

4.1.1.1 El modelo colombiano de confidencialidad demostrada de la información personal

El modelo colombiano está caracterizado por la regla general de la publicidad de la información personal en poder del Estado, limitada excepcionalmente por un mandato de prevención de daños verificables. Presupone que sólo en casos excepcionales la revelación de información personal poseída por el Estado puede causar daños a sus titulares, y que sólo en esos casos se justifica la confidencialidad. Esta caracterización del modelo, sin embargo, no es netamente descriptiva. No lo es porque negaría los problemas interpretativos ligados a la falta de articulación normativa entre los regímenes de acceso a la información pública, derecho de petición y protección de datos personales que se indicaron en el capítulo II⁴. Por tanto, la exposición de este modelo tendrá un doble carácter descriptivo y normativo.

Como modelo normativo, propone la articulación de los regímenes jurídicos concurrentes en dos sentidos. Primero, afirma la primacía de la Ley estatutaria de Transparencia para regular el

³ Ídem. “[Q]ue la correspondencia entre hecho y norma sea inmediata es un hecho que comúnmente acontece en el derecho, si bien su relevancia ha quedado oscurecida por la aparente simplicidad con que tal correspondencia se verifica y por la preocupación de la teoría jurídica sobre los casos dudosos.”

⁴ Véase Capítulo II, 2.1.6 *Problemas interpretativos de los distintos regímenes legales en relación con la publicidad de la información personal en poder del Estado.*

acceso a la información personal en poder del Estado en términos generales⁵; esta primacía opera sobre las leyes que pretendan regular de forma general el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado –y en especial operaría sobre las Leyes estatutarias de protección de datos personales y del derecho de petición-. Segundo, dicha primacía se altera en aquellos casos en que el Legislador establece reservas puntuales sobre especies de información personal⁶; caso en el cual, los mandatos específicos del Legislador relevan a la administración del deber de demostrar un daño presente, probable y específico que exceda el interés público en el acceso a la información personal, y opera la confidencialidad *in limine* sobre dichas especies de información personal.

El modelo colombiano se concreta en: a) una protección minimalista de la información personal en poder del Estado, b) una estimación del valor superior de la publicidad de la información personal poseída por el Estado y c) una cultura administrativa ordenada por la transparencia como principio ordenador.

Protección minimalista de la información personal. El modelo colombiano está caracterizado por la regla general de la publicidad de la información personal en poder del Estado, salvo casos excepcionales. Dicha regla se desprende del régimen jurídico de la Ley Estatutaria de Transparencia y de la centralidad del derecho a la intimidad como límite legítimo del derecho de acceso a la información pública (como se describió en el Capítulo II). Con esto se invierte la presunción de confidencialidad de la información personal, característica de una interpretación maximalista del derecho a la intimidad o del derecho a la protección de datos personales, para favorecer la publicidad de la información (incluida la información personal) en poder del Estado. Lo anterior resulta de una toma de postura –una decisión de política de manejo de la información- caracterizada por la prevalencia (relativa) del valor de la publicidad sobre el valor de la confidencialidad.

La forma en que opera la excepción a la publicidad se concreta por dos vías: la clasificación de la información personal y la aplicación de una “prueba de daño”. Por definición, la información personal no se considera confidencial. El legislador y en general la práctica jurídica colombiana han adoptado (varias) clasificaciones de la información personal operativas para decidir el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Asimismo, la “prueba de daño” agrupa tres criterios que ordenan la protección de la información personal por la vía de la confidencialidad: a) solamente se puede enervar la publicidad de la “información pública

⁵ Una postura similar, también en términos de *lege ferendae*, es defendida por Guichot, Emilio, Acceso a la información en poder de la administración y protección de datos personales. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 173, mayo 2007, pp. 407-445 (Descripción de estrategias de armonización entre los mencionados derechos en el Derecho europeo, comparado y español) p. 439 “La normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública es la determinante de la legalidad o no de la comunicación de información que incluya datos personales desde la Administración a los ciudadanos.”

⁶ Agradezco a Catalina Botero Marino por indicarme esta posible solución al problema de la falta de articulación legal entre el régimen jurídico de transparencia y el de protección a la vida privada.

confidencial” cuando la autoridad demuestre “de manera motivada y por escrito” que su divulgación (b) pudiere causar “un daño presente, probable y específico” a los derechos a la intimidad, a la vida, a la salud, o la seguridad, de una persona concreta, y (c) que dicho daño excede “el interés público que representa el acceso a la información.”

La excepción a la publicidad de la información personal, por la vía de la prueba de daño, está limitada a la información pública confidencial, es de argumento específico y de ponderación acotada. Sólo procede en el caso de aquella información que, estando en poder del Estado, pertenezca “al ámbito propio, particular y privado o semiprivado” de las personas, lo cual impone al operador jurídico la carga de demostrar que la información personal del caso actualiza esta hipótesis legal. Es de argumento específico pues la administración sólo puede retener la información personal si demuestra un daño “presente, probable, específico” y “sustancial” a los derechos a la intimidad, la vida, la salud y la seguridad de una persona identificada. No es una prueba que habilite otro tipo de argumentos; no se trata de una prueba de justificación *in genere* para la confidencialidad. Es de ponderación acotada pues la administración debe demostrar que la magnitud del daño a dichos derechos excede el daño al interés público en el acceso a la información⁷. Al aplicarla corresponde a la administración hacer una valoración del tipo costo-beneficio limitada a una comparación de daños entre intereses privados específicos e interés público. No se trata de una ponderación entre intereses individuales articulados bajo la idea de una típica colisión entre derechos fundamentales. No es una ponderación cuyos términos se puedan articular libremente por el operador jurídico, pues el legislador al configurar este modelo ya ponderó los intereses y consideró la prevalencia *prima facie* de la publicidad de la información personal⁸.

El valor de la publicidad. La cuestión del valor de la publicidad de la información personal en poder del Estado es quizá el punto más crítico del modelo. Al apostar por la publicidad como regla general, el modelo colombiano refleja una toma de postura en una cuestión de principio. Esta idea puede aclararse parafraseando la pregunta de David Brin en *Transparent Society*: ¿Por qué existe o debería existir resistencia a la publicidad de la información personal en poder del Estado? ¿Dichas objeciones están fundamentadas en la inminencia de un daño tangible y real o en una cuestión de principio?⁹ Al adoptar como criterio operativo de la confidencialidad de la

⁷ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.18 “La determinación de qué tan sustancial es un daño se determina al sopesar si el daño causado al interés protegido es desproporcionado ante el beneficio que se obtendría por garantizar el derecho a acceder a documentos públicos.”

⁸ Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2000. (Sobre la tónica de la ponderación: qué es, quién, qué y cómo se pondera; con énfasis en la experiencia española) p. 67 “[E]l primado de la ponderación del legislador implica, entre otras cosas, que cuando existieran, en un plano abstracto, posibilidades diversas de dar prevalencia, en una situación de tensión entre dos principios, a uno de ellos sobre el otro, el Gobierno y la Administración están sometidos, en primer término, a una eventual solución del conflicto adoptada ya por el legislador.”

⁹ Brin, David, *The Transparent Society, Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom?* New York, Perseus Books, 1998, p. 57 (En 1990, al abordar el debate sobre la oferta de la empresa Lotus de comercializar *marketplace: households*, una base de datos con patrones de compras e información patrimonial de 120 millones de ciudadanos

información personal la noción de daño demostrado, el modelo colombiano adopta una clara inspiración pragmática-por-evidencia, y rechaza una aproximación idealista de la privacidad. En las sociedades abiertas, según Brin, “el flujo de información es vital y sólo puede bloquearse cuando exista evidencia suficiente de que se causarán daños y estos no pueden prevenirse por otro medio”¹⁰.

La práctica administrativa. En torno al dilema transparencia-protección de la información personal, de cara a las demandas de acceso a la información pública o a la ejecución de obligaciones de transparencia activa, este modelo perfila una cultura administrativa ordenada por la transparencia. El servidor público debe permitir el acceso a la información. El modelo incorpora una estrategia contra la opacidad como práctica administrativa. Por *default* la información personal debe liberarse; sólo por excepción y bajo la carga de motivación es posible enervar su publicidad.

Hacer depender la confidencialidad de la información personal de la prueba de daño, tiene dos implicaciones paradójicas. Por un lado, parece favorecer la litigiosidad en estos asuntos: administraciones públicas muy cautelosas y ciudadanos ávidos de información entrarán fácilmente en conflicto sobre los argumentos de la prueba de daño. Pero por el otro, al limitar las hipótesis de protección de información personal, racionaliza los recursos administrativos¹¹. Sólo debe ser protegida (resguardada, archivada especialmente, sometida a versiones públicas y demás medidas de control) aquella información personal cuya publicidad, esté demostrado, pueda generar daños.

4.1.1.2 El modelo mexicano de protección maximalista de la información personal

A diferencia del colombiano, el modelo mexicano: a) está caracterizado por una concepción maximalista de la protección de la información personal en poder del Estado; (b) presupone la existencia por *default* de un interés (privado) en toda la información personal que amerita protección, y (c) establece que la revelación de dicha información sólo es posible en casos

americanos, Brin pregunta: “How much of your objection is due to real, tangible harm –and how much of it is “on principle”?)

¹⁰ *Ibíd.*, p. 83 “There will surely be times when the only viable solution to some problem is to forbid the collection, distribution, and/or storing of certain kinds of knowledge, at least for limited time. My chief argument is that we should avoid doing this routinely, as a dubious but addictive habit. In principle, an open society sees information flow as a good thing, to be hampered only in the presence of strong evidence that harm cannot be prevented by any other means.”

¹¹ Birkinshaw, Patrick, *Freedom of information: the Law, the Practice and the Ideal*. Cambridge, Weidenfeld and Nicolson, 1988. (Entre otros, aborda el tema de los costos desde una aproximación general a la política de transparencia) p. 35 “[T]he cost factor is used as a leading argument against introduction. Cost may take a variety of forms. There is the sheer financial cost. Allow access and everyone will want to see everything. This will entail indexing, and staff to deal with requests, to provide reviews, to check that exempt material is not included, to deal with litigation, to check that filing is carried out correctly.” (Sin negar que el tema de los costos y la racionalización de los recursos es susceptible de diversas lecturas).

excepcionales, lo que determina una cultura administrativa ordenada por la confidencialidad de dicha información como principio ordenador.

Protección maximalista de la información personal. El modelo mexicano está caracterizado por la regla general de la confidencialidad de la información personal en poder del Estado, limitada sólo en casos excepcionales. Esta regla se desprende del régimen jurídico de la Ley General de Transparencia (ya precisado en el Capítulo II). A diferencia del colombiano, el modelo mexicano adopta la presunción de confidencialidad de (toda) la información personal, guiado por una interpretación maximalista del derecho a la protección de datos.

La forma en que opera la excepción a la confidencialidad de la información personal en poder del Estado se concreta en cinco hipótesis. Tres de ellas tienden a operar, en principio, sin mayores conflictos interpretativos: la existencia de un mandato legal, de uno judicial, o el consentimiento del titular de la información personal para su divulgación. La instanciación normativa de los hechos en estas hipótesis no es problemática, y permite que la operación del sistema regla excepción sea fluida. Esto no ocurre en el caso de las otras dos: la prueba de interés público y la de “colisión de derechos”. En estos casos el legislador instruye al operador jurídico a realizar una ponderación bajo la máxima de proporcionalidad. En el caso de la prueba de interés público, debe corroborarse la relación de proporcionalidad entre “el interés público de la información” y la afectación a la intimidad, y en el caso de la colisión de derechos, debe adelantarse por *default* un test de proporcionalidad. Además, la actualización de cada una de estas “excepciones” está condicionada a la verificación de otros requisitos ya precisados en el capítulo II¹². En últimas, la Ley habilita a los operadores jurídicos para que adelanten ejercicios de ponderación como un tipo específico de ejercicio corrector de la constitucionalidad del sistema regla-excepción. Situación, además, armónica con el mandato a las autoridades de proteger y garantizar los derechos humanos, contenido en la reforma al artículo 1º de la Constitución Mexicana¹³.

El valor de la confidencialidad. Al apostar por la confidencialidad como regla general, el modelo mexicano refleja una toma de postura en una cuestión de principio muy diferente a la del modelo colombiano. Alineado con el principio de mínima publicidad de la información personal, el modelo mexicano se erige sobre una decisión de política de protección de datos caracterizada por la prevalencia (relativa) del valor de la privacidad sobre el valor de la publicidad, como cuestión de principio.

¹² Ver Capítulo II, 2.2.8 *Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia.*

¹³ México. Diario Oficial. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011. Artículo 1, párr. 3 “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”.

Dos razones explican esta postura. La primera, parte de la posibilidad -teórica- de separar la esfera de lo público de la esfera de lo privado, y resulta de aceptar una interpretación de los derechos a partir de una interpretación liberal¹⁴. La división de las esferas de lo público y lo privado entra en acción para justificar la construcción del modelo: no existen razones (suficientes) para que el carácter privado de la información personal desaparezca por la contingencia de que dicha información esté en poder del Estado. La segunda razón es de corte pragmático. En el fondo del modelo descansa la necesidad de contener, en la mayor medida posible, la realización de daños¹⁵ originados en la difusión o mal manejo de la información personal¹⁶. Una decisión centrada en la potencialidad -no demostrada, ni urgida de demostración- del daño. Por cualquier camino, la conclusión de que el modelo resultó construido sobre una aproximación idealista del valor de la privacidad luce persuasiva.

La práctica administrativa. El impacto en la práctica administrativa de este modelo es profundo. Esto puede ilustrarse con la suerte de las llamadas “versiones públicas”. Su elaboración ha devenido práctica administrativa generalizada. Su alta demanda ha engendrado la práctica de doble archivo: la elaboración por *default* de dos tipos de documentos, el original íntegro, y la versión pública con los datos personales suprimidos o “testados”. La elaboración de versiones públicas de todo documento en posesión del Estado sobre el que se solicite acceso incrementa los costos administrativos de forma exponencial¹⁷. La elaboración de la segunda versión (la versión pública) demanda la inversión de miles de horas de trabajo de funcionarios y supone la experticia para saber reconocer qué dato personal -y bajo qué circunstancias- debe ser testado. Este costo administrativo del sistema no entra en la valoración de la tensión publicidad-confidencialidad. Está descontado como parte del funcionamiento del sistema regla-excepción. La concepción maximalista del derecho a la protección de datos personales sirve como justificación de los costos de administrar un sistema muy demandante de protección de dicha

¹⁴ Argumentos sobre la concepción liberal de las dicotomías público-privado fueron desarrollados en el capítulo I, 1.1.1. *Origen y carácter de la dicotomía público-privado*.

¹⁵ A partir de la valoración de riesgos, por ejemplo, Brin intenta desnudar el miedo como posible fundamento de las políticas maximalistas de privacidad. Brin, *The Transparent... op., cit.*, p. 156 “[N]ew models of risk assessment correlate much better with the value and/or dread that members of the public assign to certain dangers.”

¹⁶ Este argumento, llevado al extremo, ha sido empleado por el Órgano de Transparencia federal, como en el caso del R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal, en el que para justificar la confidencialidad de los “nombres de militares condenados penalmente”, hizo mención explícita a Melquisedec Angulo Córdoba, un marino que perdió la vida en el operativo para capturar a Arturo Beltrán Leyva. “El gobierno federal y los medios de comunicación otorgaron una amplia difusión a la muerte de Angulo Córdoba, su funeral y los actos que se llevaron a cabo para rendirle homenaje, lo que reveló [sus] datos personales, incluyendo su estado civil, domicilio y nombre e imágenes de sus familiares. Posteriormente, un grupo de sicarios acribillaron a su madre, a dos de sus hermanos y a una tía, en su domicilio, en Paraíso, Tabasco.” Citado en: Guerrero, Eduardo, Noriega, Guillermo, Luna, Issa, *Resoluciones Relevantes en materia de Acceso a la Información y de Protección de Datos Personales*. México, INAI, 2016, p. 33

¹⁷ La irreductibilidad de los costos no depende del modelo adoptado, como lo demuestra el contraste entre el modelo colombiano y mexicano. Aquí nuevamente la reflexión de Birkinshaw es pertinente. Birkinshaw, *Freedom of information... op., cit.*, p. 35 “(...) There is also the possible cost of creating greater secrecy: the spectre of the file behind the file, the meeting behind the meeting, the state behind the state. There is the possible cost of “the paperless environment” where record-keeping is minimized.”

información. Cada decisión de la administración sobre cualquier pieza de información personal es un acto de defensa del valor de la privacidad, tanto en su dimensión colectiva, como individual.

·∞·

Tanto el modelo colombiano como el modelo mexicano pueden ser descritos como sub-sistemas normativos completos¹⁸. Así lo indica la descripción de sus hipótesis normativas y su pretensión de exhaustividad bajo la forma de la regla-excepción. Situación funcional a la idea pragmática de facilitar el acceso a la información en poder del Estado, en tanto las normas pueden ser aplicadas con relativa facilidad por las administraciones públicas, mediante procesos simples de instanciación normativa.

Sin embargo, este primer escenario del método sólo puede ser operativo si el sistema regla-excepción es caracterizado como un sistema justificado constitucionalmente. Esto es así porque el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado es sobretodo un problema de índole constitucional. Un problema que no puede ser entendido en toda su dimensión sin tener en cuenta las narrativas sobre los derechos fundamentales concurrentes y la inevitable posibilidad de que existan tensiones entre ellos.

4.2. La justificación constitucional del sistema regla-excepción

El sistema regla-excepción debe estar justificado constitucionalmente por dos razones: por tener lugar en entornos de Constitución normativa¹⁹ y por el carácter fundamental de los derechos que le sirven de base. Tanto en Colombia²⁰, como en México²¹, se parte del presupuesto de que los derechos de acceso a la información pública, protección de datos personales y protección de la vida privada, son derechos constitucionales fundamentales. Asimismo, las leyes de transparencia

¹⁸ La completud de estos subsistemas está determinada por que el universo de conductas posibles (la publicidad o la confidencialidad de la información personal en poder del Estado) está regulado por un sistema regla-excepción que las abarca.

¹⁹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985.

²⁰ Corte Constitucional colombiana, Exp. PE-036, 29 de junio de 2012, Cuaderno 1, Folios 25 y 26. Exposición de motivos del proyecto de Ley Estatutaria 156 de 2011, Senado-228 de 2012 Cámara, 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, pp. 11 y 12. “La ley de acceso a la información debe estar dotada de una jerarquía superior de suerte que otras normas se supediten a ella (...) Lo anterior pues se trata de un derecho fundamental. (...) El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental.”

²¹ Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de la función pública, con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo sexto de la Constitución. En: *Reforma al artículo 6º constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos* (Alonso Lujambio Irazábal ed.) México, IFAI, 2007, p. 23 “IV. Análisis de la iniciativa (...) la adición buscada en el texto del artículo sexto constitucional [persigue] consolidar la idea de que el acceso a la información es un derecho fundamental que debe ser reconocido en la Constitución como una garantía de los individuos frente al estado mexicano en todos sus niveles, poderes, órganos y entidades.”

en ambos países han sido entendidas como ejercicios de concreción de dichos derechos. La intensa interacción entre el carácter constitucional-fundamental de estos derechos y la forma en que ha operado su concreción legislativa nos lleva a afirmar la tesis del sistema regla-excepción como un sistema (que debe estar) constitucionalmente justificado.

La justificación constitucional permite una doble lectura estática y dinámica del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La lectura estática considera que el sistema regla-excepción, desde una perspectiva abstracta, se encuentra constitucionalmente justificado. Y, por tanto, sus términos no deben ser alterados por los operadores jurídicos al momento de resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La lectura dinámica, por su parte, acepta que la justificación constitucional puede ser objeto de ajustes en función de las particularidades de los casos concretos y de los cambios en las narrativas constitucionales. En estos casos, de ocurrencia excepcional, la resolución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado puede concluir con un ajuste a la justificación constitucional del sistema regla-excepción, o incluso, con una alteración de sus términos.

Con la variable de las lecturas estática y dinámica, el método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado garantiza la coherencia del sistema regla-excepción, fundado en la supremacía de la Constitución, y flexibiliza su aplicación cuando las circunstancias del caso concreto lo ameritan, siempre que la alternativa pueda ser justificada constitucionalmente.

En el presente acápite defenderemos la tesis de la justificación constitucional del sistema regla-excepción en Colombia y México (4.2.1); precisaremos cómo la lectura dinámica de la justificación constitucional opera como elemento puente entre el escenario uno y el escenario dos del método para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (4.2.2); y finalmente, abordaremos el problema de la actualización de la justificación constitucional del sistema regla-excepción, a partir de las narrativas de la dogmática constitucional y de ocho problemas dogmáticos advertidos en el diseño y operación del sistema regla-excepción (4.2.3).

4.2.1 Tres argumentos sobre la justificación constitucional del sistema regla excepción

El sistema regla-excepción es una concreción, operada vía legislativa, de los contenidos de los derechos fundamentales al acceso a la información pública, a la protección de datos personales y a la protección de la vida privada. Por tanto, este sistema debe interpretarse a partir de una lectura integradora de las racionalidades de la Ley y de la Constitución²². Esto nos lleva a afirmar

²² Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales: Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México, Porrúa, 2011. (Sobre los rasgos generales del principio de proporcionalidad y las teorías sobre los límites de los derechos fundamentales en España) p. 19 “[E]l régimen jurídico de los derechos

la tesis de la justificación constitucional del sistema regla-excepción en tanto dicho sistema: debe presumirse constitucional y concreta la garantía de la reserva de ley, sus derechos de base son derechos fundamentales de configuración legal, y respeta el contenido mínimo de los derechos de base según la dogmática constitucional.

4.2.1.1 La presunción de constitucionalidad y la reserva de ley

Las leyes de transparencia, tanto en Colombia, como en México, son leyes en sentido formal, según el estándar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos²³. Si vemos el sistema de regla-excepción como el producto de un ejercicio de configuración y limitación recíproca de derechos fundamentales adelantado por el poder legislativo²⁴, dicho sistema es una concreción de la reserva de ley. Asimismo, si lo vemos como una manifestación de la voluntad popular expresada en la ley y en el contexto institucional de un Estado constitucional²⁵, dicho sistema se presume ajustado a la Constitución hasta tanto el Tribunal Constitucional no declare lo contrario.

En el caso mexicano, la relación entre el sistema regla-excepción y la garantía de la reserva de ley atiende a dos particularidades de su orden constitucional: la indeterminación del texto original del artículo 6o y el estatus de las leyes generales en el contexto federal. La indeterminación original de la cláusula del artículo 6o, que reconocía el “derecho a la información”, engendró intensos debates políticos y jurisprudenciales sobre su contenido, sólo superados con la expedición de la Ley de Transparencia de 2002²⁶. Sólo hasta la expedición de esta ley, el derecho

fundamentales no es sólo constitucional. Los derechos fundamentales son creados por la Constitución, pero también ordenados por la ley.”

²³ Corte IDH, Opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos*, párr. 38 “[L]a palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica, de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones.” Esta definición es operativa en relación con las restricciones a los derechos humanos que la propia Convención Americana permite, ver párr. 17 y ss.

²⁴ *Ibid.*, párr. 21 “[L]a protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.”

²⁵ Salazar Ugarte, Pedro y Vásquez Sánchez, Paula, La reforma al artículo 6° de la Constitución mexicana: contexto normativo y alcance interpretativo. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar, coord.) México, UNAM-IIJ, pp. 35-70 (sobre las consecuencias de la constitucionalización del derecho de acceso a la información pública: la rigidez y la supremacía, en especial, véase las pp. 49 y 50)

²⁶ Trejo Delarbre, Raúl, Treinta años de regateos. El derecho a la información desde su discusión inicial. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar coord.) México, IIJ-UNAM, 2008, pp. 89-118 (Sobre las dificultades para su reglamentación, en especial, porque las interpretaciones posibles del artículo 6° constitucional no se limitaban al “derecho de acceso a la información pública”)

al acceso a la información pública adquirió su carácter conocido y su posibilidad de eficacia²⁷. Por otra parte, el fundamento actual del sistema regla-excepción es la Ley General de Transparencia de 2015, esta ley tiene un estatus especial en el sistema de fuentes mexicano. Es una concreción de los poderes que el Constituyente le delegó al Congreso de la Federación para expedir “Leyes generales reglamentarias”, a partir de la reforma al artículo 73, XXIX-S constitucional, en materia de “transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales”²⁸.

En el caso colombiano, la Ley de Transparencia que le da fundamento al sistema regla- excepción es una ley estatutaria, circunstancia que tiene dos implicaciones directas sobre dicho sistema. En primer lugar, esta ley es producto de un procedimiento legislativo especial que incluye un control de constitucionalidad previo e integral por parte de la Corte Constitucional²⁹, por lo que sus términos gozan de una presunción de constitucionalidad reforzada por la cosa juzgada constitucional³⁰. En segundo lugar, sus términos tienen reserva de ley especial, al ser normas que

²⁷ López-Ayllón, Sergio, La creación de la Ley de acceso a la información en México: una perspectiva desde el Ejecutivo federal. En: *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*. (Hugo Concha, Sergio López y Lucy Tacher coords.) México, IJ-UNAM, 2004, pp. 1-38 (Con mención al debate sobre el carácter reglamentario del artículo 6° “en la parte relativa al derecho de acceso a la información pública.”) López-Ayllón, Sergio, El trayecto de la reforma constitucional del derecho incierto al derecho a parte entera. En: *Hacia el sistema nacional de Transparencia* (Jacqueline Peschard coord.) México, IJ-UNAM, 2016, pp. 3-32, 7 “[Pese a que la Suprema Corte de Justicia lo había reconocido después de 1995, como una garantía individual, e]l problema radicaba en que no existía procedimiento alguno en la ley que permitiera al ciudadano ejercerlo”.

²⁸ México. Diario Oficial. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, 7 de febrero de 2014, p. 4. “Artículo 73. (...) XXIX-S. Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de transparencia gubernamental, acceso a la información y protección de datos personales en posesión de las autoridades, entidades, órganos y organismos gubernamentales de todos los niveles de gobierno.” López-Ayllón, Sergio, El trayecto de la reforma... *Op. cit.* p. 27 y ss. (sobre el alcance de la reforma al artículo 73 constitucional y los retos específicos del legislador) p. 28 “[E]sta ley no puede sustituir a las leyes federal y estatal en la materia, sino que el Congreso Federal y los congresos de los estados deberán ajustarse a los “principios, bases y procedimientos” en las materias señaladas.”

²⁹ Constitución Política de Colombia, 1991, Artículos 152 y 241.8. Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-443 de 2011, MP Humberto Sierra Porto (sobre la procedencia excepcional de control de constitucionalidad sobre leyes estatutarias cuando se ha modificado el parámetro de constitucionalidad) “La Corte, a partir de la sentencia C-011 de 1994, ha consolidado una pacífica y reiterada jurisprudencia, en el sentido que una vez expedida una ley estatutaria, ésta no podrá ser demanda por ningún ciudadano, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. Los motivos de esta prohibición se encuentran en el mandato del artículo 241 N. 8 de nuestra carta política, que le ordena a esta Corte realizar un estudio integral y definitivo de la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria.”

³⁰ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle (Declara la constitucionalidad de la mayoría de artículos del proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, “por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional”)

regulan los “elementos estructurales esenciales” de los derechos fundamentales³¹, y en este caso, los “elementos esenciales” del derecho fundamental de acceso a la información pública³².

4.2.1.2 Los derechos fundamentales concurrentes como derechos de configuración legal

Desde el punto de vista de las teorías sobre los derechos fundamentales, los derechos concurrentes en el sistema regla-excepción no son fáciles de catalogar. Se trata de derechos de nuevo cuño, tanto en el contexto del constitucionalismo local³³, como en el del derecho internacional de los derechos humanos³⁴. Su novedad y las justificaciones a las que responden parecen un desafío a las categorías ordinarias empleadas para conceptualizar y analizar los derechos fundamentales. Desde el punto de vista estructural³⁵ en relación con su objeto, por ejemplo, su caracterización como derechos de abstención o de prestación no es evidente, ni

³¹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-748 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Sobre el carácter de la reserva de ley estatutaria en el contexto del control constitucional al proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”) consid. 2.1.1.3.1 “Respecto de los derechos fundamentales (...) la reserva de ley estatutaria no se predica de la regulación de *“todo evento ligado a los derechos fundamentales”* sino *“solamente los elementos estructurales esenciales de los derechos fundamentales”*, de modo que las leyes estatutarias no deben regular en detalle cada variante o cada manifestación de dichos derechos o todos aquellos aspectos que tengan que ver con su ejercicio.”

³² Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.4 “El artículo 4º define elementos esenciales del derecho fundamental de acceso a la información (...) establece que el titular del derecho es universal (...) El objeto sobre el cual recae la posibilidad de acceso a información en posesión o control de un sujeto obligado no sólo es la información misma, sino también su existencia (...) el derecho sólo puede ser restringible excepcionalmente por expreso mandato constitucional o legal. Tales restricciones deben ser además limitadas, proporcionales y acordes con los principios de una sociedad democrática.”

³³ En México, el derecho de acceso a la información pública como derecho constitucional fundamental fue introducido en el artículo 6 en 1977, aunque su caracterización actual solo fue posible con la reforma constitucional del año 2007. En Colombia está considerado como un derecho fundamental innominado, construido entre otros, a partir del reconocimiento del derecho de acceso a los documentos públicos, establecido en el artículo 74 de la Constitución de 1991. El derecho a la protección de datos personales fue reconocido como derecho constitucional fundamental en México sólo hasta la reforma constitucional del artículo 16, en 2009, en Colombia no se ha reconocido formalmente como tal, aunque existe el derecho fundamental innominado al habeas data, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución de 1991. El derecho a la protección a la vida privada es aún un derecho fundamental innominado en el caso mexicano; en Colombia fue reconocido, en su versión derecho a la intimidad, con la expedición de la Constitución de 1991.

³⁴ En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho de acceso a la información pública fue reconocido por primera vez, a partir de una interpretación de los términos del artículo 13 de la CADH, relacionado con la libertad de expresión, en la sentencia del caso Claude Reyes y otros Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) 19 de septiembre de 2006, Serie c 151, párr. 77; el derecho a la protección de datos personales, por su parte, no goza aún de reconocimiento formal. Esto último, sin desconocer los esfuerzos del Departamento de Derecho Internacional y del Comité Jurídico Interamericano de la OEA orientados a la elaboración de una ley modelo de protección de datos personales para las Américas. (Consultado 16-11-17) http://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales_ley_modelo.asp

³⁵ Borowski, Martin, *La Estructura de los Derechos Fundamentales* (Carlos Bernal Pulido trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

parece persuasiva³⁶; igualmente, desde el punto de vista de las teorías materiales clásicas³⁷, no son en estricto sentido derechos de corte liberal, ni tampoco derechos sociales, y sobre su carácter de derechos políticos, inspirados en la ideología democrática, no existe consenso³⁸.

La relación entre el sistema regla-excepción definido por el legislador y los derechos fundamentales es difícil de precisar. Esto se debe a que el contenido de estos derechos tiende a coincidir con su configuración legislativa. Quizá la categoría que más se aproxime a su descripción sea la de los “derechos de configuración legal”³⁹, según la cual estos derechos serían de la especie de aquellos que, a pesar de estar dotados “de un contenido constitucional indisponible, se ejercen en unas condiciones fijadas discrecionalmente por el legislador.”⁴⁰ Situación consistente con la circunstancia del objeto típicamente artificial de estos derechos, que no depende del reconocimiento de una esfera de libertad previa o de la identificación de una necesidad vital, sino de la existencia de prácticas de archivo y tratamiento de información por parte del Estado que presuponen un complejo entramado institucional⁴¹.

El carácter de derechos de configuración legal de los derechos concurrentes en el sistema regla-excepción puede verse como una función de los términos de su tipificación constitucional. En el caso colombiano, por ejemplo, las limitaciones del derecho de acceso a los documentos públicos sólo opera en “los casos que establezca la ley”⁴². En el caso mexicano, el derecho de acceso a la información pública, sólo puede ser limitado temporalmente, por razones de interés público y seguridad nacional “en los términos que fijen las leyes”⁴³, la información relativa a la

³⁶ López-Ayllón, Sergio, El derecho a la información como derecho fundamental. En: *Derecho a la Información y Derechos Humanos* (Jorge Carpizo y Miguel Carbonell coords.) México, Porrúa, 2003, pp. 157-181 (Intenta una definición “dogmática” del contenido del derecho de acceso a la información a partir de las categorías alexyanas de derechos de abstención y de prestación)

³⁷ Böckenforde, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Martínez trads.) Baden-Baden, Nomos, 1993.

³⁸ Una discusión sobre la fundamentación del derecho al acceso a la información pública y su vínculo con las teorías democráticas la adelantamos en el capítulo VII, 7.3.1 *Cinco criterios interpretativos*, con una resistencia al respecto al abordar el criterio de la libertad instrumental.

³⁹ Requejo Pajés, Juan Luis, Derechos de configuración legal. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. 2, Madrid, Civitas, 1995, p. 2385 “La expresión derechos de configuración legal suele reservarse a aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que éste arbitre los términos de su ejercicio (...) sino –antes aún– para que los conforme en su contenido.” Villaseñor, *Proporcionalidad y límites...* *op., cit.*, p. 34 “La configuración es una dotación del contenido material de algunos elementos integradores del derecho fundamental o de la sanción vinculada a su sentido prescriptivo. Presupone la ausencia o insuficiencia del contenido material del derecho fundamental y, por tanto, la imposibilidad de aplicación del sentido prescriptivo de este derecho.”

⁴⁰ Requejo, Derechos... *Op., cit.*, p. 2387.

⁴¹ Poscher, Ralf, El autoconocimiento, los errores y las nociones erróneas que la teoría de los principios tiene de sí misma. (Danny Marrero trad.) En: *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 217-258, 235.

⁴² Constitución Política de Colombia, art. 74.

⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos art. 6, A, I.

vida privada y los datos personales “será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”⁴⁴, y es la ley la que “establecerá aquella información que se considere reservada o confidencial”⁴⁵. Algo similar ocurre en el caso del derecho a la protección de datos personales que, junto con los derechos ARCO, se ejercerá “en los términos que fije la ley”, la cual además “establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos”⁴⁶. En este marco constitucional, y con menos dudas, en el caso mexicano, la articulación del sistema regla-excepción como una forma de resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado es el producto de una potestad entregada *ex professo* al legislador por parte del Constituyente.

La configuración legal –entendida en sentido lato- como elemento característico de los derechos concurrentes se ilustra muy bien con la forma en que se ha dado su tipificación constitucional en el caso mexicano. El derecho de acceso a la información pública fue reconfigurado en la reforma constitucional del año 2007, al sumarle 254 palabras a la expresión “el derecho a la información será garantizado por el Estado”, que venía desde la reforma de 1977⁴⁷. Con esto el constituyente mexicano abandona la técnica de la nominación lacónica del derecho y ensancha su universo semántico⁴⁸. Si la reforma del 2007 lo ensanchó, la de 2014, al incluir en su texto 1136 palabras⁴⁹, parece confirmar la intuición según la cual “la dinámica actual de reforma del texto constitucional [mexicano] ha topado con sus límites”⁵⁰. Una situación similar puede predicarse del derecho fundamental a la protección de datos personales, aunque en su caso su tipificación constitucional (solamente) ocupe 68 palabras⁵¹. En México, la densidad constitucional del derecho a la protección de datos personales y, sobre todo, del derecho de acceso a la información pública desafía el presupuesto de las disposiciones constitucionales

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos art. 6, A, II. Sobre este punto, anotan Salazar y Vásquez, Reforma al artículo 6º... *Op., cit.*, p. 57 “la regulación relativa a este tipo de informaciones –vida privada y datos personales- se encuentra delegada a la legislación secundaria, y, por lo mismo, su protección no se ubica en el mismo plano normativo que las garantías que la Constitución ofrece para el derecho de acceso a la información”

⁴⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 6, A, VII, párr. 7.

⁴⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 16 párr. 2.

⁴⁷ México. Diario Oficial. Decreto que reforma los artículos 6º (...) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 6 de diciembre de 1977, p. 2.

⁴⁸ México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al artículo 6º (...) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 20 de julio de 2007, p. 2.

⁴⁹ México. Diario Oficial. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, 7 de febrero de 2014, p. 2.

⁵⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto.* (Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés coords.) México, IJ, 2º ed., 2017.

⁵¹ México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1 de junio de 2009, p. 4. “Artículo 16. (...) Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”

lacónicas, y por ello altamente indeterminadas, del que por lo general parten los estudios sobre dogmática de los derechos fundamentales⁵² y sobre el que se asienta buena parte de su singularidad constitucional.

4.2.1.3 Respeto por el contenido mínimo de los derechos fundamentales concurrentes desde el punto de vista de la dogmática constitucional

La justificación constitucional del sistema regla-excepción puede demostrarse si se concluye que el mismo respeta el contenido mínimo de los derechos fundamentales concurrentes⁵³. Para llegar a esta conclusión es necesario hacer explícitos dichos contenidos, y esto sólo es posible con ayuda de la dogmática jurídica⁵⁴.

Entendemos la dogmática jurídica como la actividad de los juristas que se ocupan del estudio del derecho constitucional y para eso adelantan principalmente dos tipos de tareas: describen el derecho positivo y adaptan o critican teorías acerca de dicho objeto⁵⁵; en otras palabras, la dogmática tiene dos funciones la descriptivo-hermenéutica y la propositivo-correctiva⁵⁶. Reconocida en estos últimos términos, la dogmática permite activar la dimensión crítica sobre el objeto de estudio y sobre los constructos con los que se pretende describir o corregir dicho objeto de estudio⁵⁷. Y, en el caso de la dogmática constitucional, en razón al carácter privilegiado

⁵² Borowski, *La Estructura... op., cit.*, p. 148 “[C]uando se trata de averiguar en qué medida los derechos fundamentales de prestación pueden ser derivados de la literalidad de una Constitución que funda un estado constitucional democrático, sólo se cuenta con las disposiciones que los tipifican, que por lo general carecen de formas bien definidas y son bastante lapidarias. Tampoco puede derivarse prácticamente nada sobre el contenido de estos derechos de la voluntad del constituyente primario o secundario. Las disposiciones que los tipifican son casi siempre demasiado indeterminadas como para poder aplicarlas sin recurrir a la ponderación.”

⁵³ Salazar y Vásquez, *La reforma al artículo 6º (...) op., cit.*, p. 53 “[L]a Constitución contempla el derecho y traza los rasgos mínimos de las garantías para el mismo pero deja a los legisladores la tarea –y la responsabilidad– de precisar las particularidades de los procedimientos y autoridades especializados en la protección de este derecho fundamental”.

⁵⁴ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 98. “[L]a Constitución, como el resto del orden jurídico no es generalmente percibida a “ojo desnudo”, sino a través del prisma de la dogmática jurídica.” Escobar Roca, Guillermo, El futuro de la dogmática de los derechos. En: *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, diciembre 2014, pp. 60-83.

⁵⁵ Nino, *Fundamentos... op., cit.* p. 99 y ss. Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, IJ-UNAM, 1974.

⁵⁶ Agradezco a Enrique Cáceres Nieto el haber llamado la atención sobre la posibilidad de simplificar la descripción de las funciones de la dogmática.

⁵⁷ Nino, *Fundamentos... op., cit.* p. 101 “Las herramientas metodológicas a través de las cuales la dogmática pretende producir el milagro de reformular el sistema jurídico sin introducir en él nuevas normas, son espurias; ellas encubren el recurso a presupuestos valorativos. El encubrimiento (...) se produce gracias a una típica duplicidad de todas las herramientas utilizadas, que se definen en términos descriptivos o de análisis conceptual pero luego se emplean normativamente.”

de su objeto de estudio, permite activar una suerte de ajuste corrector del derecho legislado⁵⁸, y en nuestro caso, de los términos del sistema regla- excepción. En palabras de Nino:

“Una función latente, extraordinariamente relevante de la dogmática, consiste en adecuar las normas jurídicas a determinadas pautas que establecen soluciones valiosas. Esta función se ejerce no sólo en los casos de lagunas normativas, de contradicciones entre normas o de indeterminación semántica de las mismas, sino, incluso, en supuestos en los cuales hay una solución definida y precisa, pero que contradice postulados valorativos aceptados”⁵⁹.

Por lo pronto, la dogmática constitucional, entendida en su función descriptiva⁶⁰, nos permitirá elaborar el tercero de los argumentos de la justificación constitucional del sistema regla- excepción: que dicho sistema supone un respeto a los contenidos mínimos de los derechos de base a partir de la formulación de una regla de prelación.

El sistema de regla- excepción, como venimos de verlo tanto en el apartado anterior (4.1) como en el capítulo II, puede ser entendido como la definición legislativa de una regla de prelación entre los derechos fundamentales concurrentes. Esta regla de prelación tiene el propósito de articular los regímenes jurídicos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, pero, sobre todo, es la forma de articular los mandatos contradictorios de confidencialidad y publicidad propios de los derechos fundamentales concurrentes. Este sistema ha sido la opción tomada por el legislador para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado⁶¹.

En el caso colombiano, el sistema regla excepción establece una regla de prelación que favorece la publicidad de la información personal como punto de partida. Este sistema concreta los elementos mínimos de los derechos concurrentes: el principio de máxima publicidad de la información poseída por el Estado, la prohibición de establecer excepciones generales *tout court* al acceso a la información pública, el derecho de acceso universal sin necesidad de demostrar

⁵⁸ Nino, *Fundamentos... op., cit.*, p. 103 “La dogmática constitucional hace (...) lo que se puede hacer con provecho, desde el punto de vista teórico, con una práctica constitucional: proponer alternativas para adaptarla a exigencias de legitimidad subjetiva y objetiva.” Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Marina Gascón trad.) Madrid, Trotta, 5ª ed. 2003 p. 17 “[He defendido] la exigencia de una dogmática jurídica “líquida” o “fluida” que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional.”

⁵⁹ Correas, Oscar, Dogmática Jurídica. En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Porrúa-UNAM-IIJ, t. 2, 2007, p. 1451 “Hay consenso entre los teóricos del derecho en el sentido en que es posible la descripción de los discursos; esto es, es posible producir un metadiscurso respecto de un discurso objeto; es decir, es posible hablar científicamente de un discurso (...) Esta convicción proviene de que nadie niega la condición científica de las disciplinas que, como la semiótica o la lingüística p.e., tienen por objeto el estudio de discursos y lenguajes.”

⁶⁰ Nino, *Consideraciones... op., cit.*, p. 33.

⁶¹ Rodríguez, *La ponderación de bienes... op., cit.*, p. 59 “En nuestro sistema constitucional de división de poderes parece claro que el primer llamado a ponderar entre principios en situación de tensión recíproca, mediante el establecimiento de reglas que los concreten y den prevalencia a unos sobre otros en función de las circunstancias que deban considerarse determinantes para ello, es el legislador.”

interés y la posibilidad de limitar el acceso a dicha información de forma acotada frente a cierto tipo de información personal privada, previa prueba de daño⁶².

Esta regla de prelación es defendible en términos de la Constitución colombiana porque respeta el contenido del derecho de acceso a la información pública, tal y como ha sido definido por la propia jurisprudencia constitucional desde la sentencia C-491 de 2007⁶³, porque considera la protección de la información personal como una función de los derechos fundamentales a la intimidad, la integridad personal, la vida y la salud, y no como el objeto de un derecho fundamental autónomo, entre otras, porque dicho derecho no existe como tal en el constitucionalismo colombiano y, su sucedáneo, el derecho de habeas data no tiene el alcance del que goza en el orden constitucional mexicano, y finalmente, porque se aviene a los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en materia de articulación de estos derechos, según la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública⁶⁴.

En el caso mexicano, el sistema regla-excepción establece una regla de prelación que favorece la confidencialidad de la información personal como punto de partida. Este sistema concreta los siguientes elementos de los derechos concurrentes: el principio de máxima publicidad de la información poseída por el Estado, el deber de proteger la información relativa a la vida privada y los datos personales en los términos que indique la ley, y el mandato constitucional según el cual la ley definirá la confidencialidad de la información personal⁶⁵. Esta regla de prelación es defendible en los términos de la Constitución mexicana porque respeta el contenido de los derechos de acceso a la información pública, y de protección de datos personales, tal y como han sido explícitamente definidos en el texto constitucional, en donde la propia Constitución habilita al legislador para regular la materia, y la propia regla de prelación definida legalmente incluye la posibilidad de alterar sus términos por la vía de las excepciones legales y por la habilitación de mecanismos de ponderación por motivos de interés público, cuando se presenten colisiones de derechos.

·∞·

El sistema regla-excepción, tanto en Colombia, como en México, está constitucionalmente justificado. Actualiza la reserva de ley y la presunción de constitucionalidad, sus términos son una concreción de los derechos fundamentales concurrentes entendidos como derechos de

⁶² Newman Pont, Vivian, *Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público*. Bogotá, Dejusticia, documentos 20, 2015.

⁶³ Ver capítulo II, 2.1.2 *La reforma constitucional y las decisiones de la Corte Constitucional*.

⁶⁴ OEA. *Resolución AG/RES 2607 (XL-O/10)*. Junio 2010. Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública. Artículo 40. Excepciones a la divulgación.

⁶⁵ En tanto respeta los “principios, bases y procedimientos” contenidos en el texto vigente del artículo 6° constitucional, vigente desde 2014, en los términos de Sergio López-Ayllón, *El trayecto de la reforma constitucional... op., cit.*, en especial, p. 29

configuración legal y respetan el contenido mínimo de dichos derechos según el derecho positivo constitucional. Sin embargo, el sistema regla-excepción es susceptible de ajustes. Esto es así, si consideramos su justificación constitucional desde un punto de vista dinámico.

4.2.2 *Lectura dinámica de la justificación constitucional del sistema regla-excepción*

La justificación constitucional del sistema regla-excepción es susceptible de ajustes. Esta situación se advierte cuando entran en tensión las distintas narrativas constitucionales de los derechos fundamentales concurrentes. La dogmática constitucional presta un importante favor a la tarea de identificar y sistematizar las diversas narrativas plausibles de los derechos fundamentales. Entonces es posible una lectura dinámica de la justificación constitucional. Esta lectura se acepta como presupuesto de todo sistema constitucional pluralista⁶⁶, basado en el rechazo a la idea de que pueda definirse, de una vez y para siempre, el contenido y los límites de los derechos fundamentales, y en el reconocimiento de la existencia de varias lecturas de los derechos fundamentales que sean plausibles constitucionalmente⁶⁷. Esta cuestión de principio, que caracteriza la operación del derecho en los Estados constitucionales, está implícita en el método que proponemos para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

En una lectura dinámica de la justificación constitucional del sistema regla excepción el punto de inflexión es la pregunta por el tipo de razones que pueden justificar el tránsito del escenario uno (aplicación del sistema regla-excepción) al escenario dos (empleo corrector de elementos de dogmática constitucional y ejercicio de ponderación para alterar la regla de prevalencia). Formulada en otros términos es una pregunta acerca de cuándo es necesario ajustar la justificación constitucional de la solución al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Una pregunta por la oportunidad.

⁶⁶ Häberle, Peter, *El Estado constitucional* (Héctor Fix-Fierro trad.) México, IJ-UNAM, 2003. (En especial al concebir la Constitución como cultura, y como elemento “estructurador” del espacio público, concretada en la tesis de “la sociedad abierta” de sus intérpretes p. 149 y ss.) 153 “[L]a interpretación constitucional no es, ni en la teoría ni en la práctica, un proceso de naturaleza exclusivamente estatal, sino que potencialmente tienen acceso a él todas las fuerzas de la comunidad política” p. 156 “la interpretación es un proceso abierto, no una sumisión pasiva, ni la aceptación de una orden, sino que conoce posibilidades alternativas.” Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos* (Eduardo Loedel trad.) Buenos Aires, Paidós, 1957. (En especial el capítulo X, que da el título al libro, sobre el racionalismo crítico y las demás características de la sociedad abierta por oposición a la sociedad cerrada, a partir de la tensión entre la democracia y la oligarquía griega en el siglo V a.c.)

⁶⁷ Zagrebelsky, *El derecho dúctil... op., cit.* (La posibilidad de coexistencia de los grandes temas del derecho constitucional contemporáneo depende de su relativización) p. 14 “La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones o coexistencias posibles, es decir, “un compromiso de las posibilidades” y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política (...) La coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de esos valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.”

Podemos identificar que ha surgido una necesidad de ajuste cuando se presente una de las dos siguientes hipótesis generales: a) cuando se haga evidente un problema de fundamentación o de falta de coherencia de los elementos del sistema regla-excepción a partir de narrativas aceptables de los derechos fundamentales concurrentes. En estos casos el problema se puede resolver a partir de la presentación de dichas narrativas, desarrolladas por la dogmática constitucional, y de las razones por las cuales sus términos son más adecuados para justificar el sistema regla-excepción desde el punto de vista constitucional. Y b) cuando se discuta la adecuación constitucional de la regla de prevalencia. Esto es, cuando las razones iniciales para justificar la decisión de publicidad o de confidencialidad de la información personal resultan enfrentadas a razones constitucionales más poderosas. En este caso el problema debe ser resuelto mediante un ejercicio de ponderación, para el cual es indispensable, entre otras, la dogmática constitucional de los derechos concurrentes.

La dogmática constitucional a la cual nos referimos es una forma posible de las “narrativas constitucionales” que se ocupa principalmente de la *estructura* y de la *fundamentación* de los derechos fundamentales. Entre los elementos de la *estructura* se encuentran la titularidad, el objeto específico y el ámbito de protección de cada derecho fundamental⁶⁸. Las narrativas constitucionales sobre estos elementos se orientan a precisar (y a dar razones sobre) qué tipo de conductas están permitidas o prohibidas por el derecho fundamental, qué tipo de situaciones o de posiciones están protegidas y en qué contextos específicos el derecho fundamental respectivo tiene poder regulatorio. Por su parte, la *fundamentación* consiste en la expresión organizada de los presupuestos axiológicos que caracterizan, explican y dan sentido a los derechos fundamentales⁶⁹. Los ejercicios de fundamentación pretenden hacer explícitas las razones por las cuales tales derechos son constitucionalizados, apuntan, en términos de Pérez Luño, a dar cuenta de “su porqué, [de] su razón de ser”. Los ejercicios de fundamentación están asociados, por lo general, a la caracterización de los derechos fundamentales según diferentes ideologías o concepciones del mundo⁷⁰.

⁶⁸ Borowski, *La Estructura... op., cit.* p. 121 “El concepto de ámbito de protección se refiere al ámbito que abarca los bienes protegidos por un derecho fundamental. Los bienes protegidos con conductas, estados de cosas o posiciones jurídicas que se encuentran en el ámbito temático del derecho de defensa relevante en el caso”. De Otto y Pardo, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988 (En especial los argumentos relacionados con las posibilidades de delimitar los derechos fundamentales y su distinción frente a las limitaciones posibles de dichos derechos, por parte del legislador) p. 137 “Por mucho que ampliemos dogmáticamente el contenido del derecho siempre llegaremos a una línea más allá de la cual pisaremos otro terreno no amparado por la garantía, un territorio en el cual la norma constitucional ya no puede invocarse.”

⁶⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 9ª ed. 2005 (En especial, el capítulo 3 sobre una caracterización general del problema de la fundamentación de los derechos fundamentales y la descripción de las tres teorías (objetivista, subjetivista e intersubjetivista) “más significativas” sobre la materia)

⁷⁰ En este punto, la teoría constitucional alemana ha sido muy influyente. Véase Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. (Ernesto Garzón Valdés trad.). Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Böckenforde, *Escritos sobre... op., cit.* [np 37] en especial el capítulo 2, sobre las teorías de interpretación de los derechos fundamentales, liberal, axiológica, institucional y democrática). p. 36 “Las consecuencias para el contenido (concreto) de los derechos fundamentales son de gran trascendencia según cuál sea la teoría de los derechos fundamentales a cuya luz se realice la interpretación de un precepto de derecho fundamental.” Bernal Pulido, Carlos,

La dogmática constitucional facilita la comprensión de los derechos concurrentes al menos en dos sentidos generales: a) permite a los operadores jurídicos -y también a los legos- entender (mejor) el carácter y el funcionamiento de los derechos. Por ejemplo, permite dotar de sentido y justificar las expresiones “X información personal debe suministrarse en virtud del derecho de acceso a la información pública” o “X información no puede ser suministrada porque afecta el derecho a la protección de datos de Z”. Y b) facilita la definición del contenido de los derechos fundamentales, al fundamentar la validez de expresiones de exclusión o de inclusión en función de la fundamentación, el objeto y el ámbito de los derechos. Por ejemplo, permite afirmar la validez de expresiones como “X información personal no hace parte del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales” o “X información personal puede ser accedida en virtud del derecho al acceso a la información pública porque incorpora un interés del tipo Y”. En estos casos la dogmática constitucional funciona principalmente como una herramienta heurística, sin perjuicio de su función normativa.

Al generar buena parte de los argumentos materiales con los que operan los derechos fundamentales de base, las tareas de fundamentación y de precisión de los elementos estructurales prestan un favor central a la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La dogmática constitucional funciona aquí en su dimensión normativa: permite refinar la justificación constitucional del sistema regla-excepción o incluso justificar la alteración de sus términos. En otras palabras: permite concretar una lectura dinámica de la justificación constitucional.

4.2.3 Actualización de la justificación constitucional del sistema regla-excepción y los problemas dogmáticos (advertidos) en su diseño y operación

El protagonismo de la ley en la configuración del sistema regla-excepción, al definir el contenido de los derechos y caracterizar el comportamiento de la administración, parece resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Sin embargo, existen eventos en los cuales la operación de este sistema falla. Y falla porque se puede advertir un déficit en las narrativas de la dogmática constitucional empleada.

La actualización de la justificación constitucional del sistema regla-excepción tiene como objeto subsanar dicho déficit mediante el ajuste de sus términos a la narrativa constitucional más adecuada. Esto se logra a partir de la función crítica de la dogmática constitucional. En este

El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. 2005, p. 253 “[La] concepción material de los derechos fundamentales está constituida a su vez por un conjunto de valores pertenecientes a una ideología o a una visión general de la Sociedad, la Constitución y el Estado. En sentido metafórico, puede decirse que estas ideologías definen la “verdadera” función que los derechos fundamentales están llamados a desarrollar en una sociedad determinada, y que por tanto, pretenden ser el prisma adecuado para concretar la indeterminación de las disposiciones iusfundamentales.”

escenario no se persigue alterar la regla de prevalencia definida por dicho sistema. Se busca aclarar el sentido de las categorías constitucionales empleadas, promover su uso adecuado y optimizar la justificación constitucional.

Quizá nada sirva mejor como justificación de la importancia de la dogmática constitucional que señalar algunas fallas (dogmáticas) en el diseño y en la operación del sistema regla-excepción. En el capítulo III, dedicado al análisis de la casuística, advertimos al menos ocho problemas relacionados con aspectos dogmáticos. Los describiremos brevemente.

4.2.3.1 La aparente equivalencia entre información personal e información confidencial. Este problema lo advertimos sobre todo en el caso mexicano donde impera la concepción de que la información personal es confidencial, salvo excepciones específicas⁷¹. Este problema aparece debido a la práctica de adelantar interpretaciones extensivas del objeto y del ámbito de protección de los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales, sin suficiente fundamento. El problema dogmático es que la protección de cada pieza de información personal se muestra como justificada constitucionalmente, sin que existan suficientes razones constitucionales para ello.

4.2.3.2 La aparente equivalencia entre los contenidos del derecho a la protección de la vida privada y del derecho a la protección de datos personales. Este problema aparece porque ambos derechos comparten como objeto de protección la confidencialidad de la información personal en poder del Estado. Bajo esta premisa, tanto en Colombia, como en México, los dos derechos aparecen, con frecuencia, como realidades jurídicas intercambiables⁷². Esta situación lleva a desconocer diferencias acerca de: el fundamento de la confidencialidad, el objeto protegido, las reglas constitutivas y el ámbito de protección de dichos derechos. Esta circunstancia imposibilita distinciones de grado y de contexto útiles para regular el manejo de la información personal, e implica, para efectos prácticos, que uno de los derechos resulte redundante.

4.2.3.3 La indiferencia de la orientación de la solicitud de acceso. La indiferencia sobre la forma y la orientación de las solicitudes de acceso a la información -si la solicitud de información está deliberadamente dirigida a la obtención de información sobre una persona determinada, o si la existencia de información personal en los documentos solicitados es incidental a la solicitud- es problemática, pues desconoce la existencia de diferencias en los ámbitos de protección de los

⁷¹ Como en los casos sobre la fotografía de los servidores públicos (Anexo B, casos 1 y 2, IFAI, R 930/05 CP Alonso Lujambio Irazábal y R 934/05 CP Juan Pablo Guerrero Amparán, ver especialmente el voto disidente que insiste en no confundir dato personal con dato confidencial) y, en general, en los casos sobre datos personales de los servidores públicos (Anexo B, caso 3, IFAI, R 2887/06 CP Juan Pablo Guerrero Amparán).

⁷² Como en los casos sobre los datos personales generales de los servidores públicos, en donde aparecen protegidos, indistintamente, por los derechos a la vida privada y la protección de datos, sin suficiente argumentación (Anexo B, caso 3, IFAI, R 2887/06, CP Juan Pablo Guerrero Amparán) O en el caso en que se testa la información de la cédula profesional de un particular en tanto “incide en la esfera privada” (Anexo B, caso 13, IFAI, RDA 178/13 CP María Elena Pérez-Jaén Zermeno) O en el caso del acceso a la relación de visitas a un preso (Anexo A, caso 25, Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero)

derechos concurrentes y valora como irrelevante el contexto específico en que se encuentra la información, el tipo y la forma del archivo, el tipo y la forma del soporte, etc. Asimismo, impide valorar las razones por los cuales se persigue el acceso y limita las alternativas de fundamentación del derecho de acceso a la información pública; tales alternativas justifican diferentes posturas jurídicas según la orientación de la solicitud de acceso⁷³. En una primera hipótesis, por estar orientada hacia la información de una persona, el derecho a la protección a los datos personales y a la vida privada *debería tener* una suerte de primacía; en una segunda, por estar orientada hacia la información pública y la información personal es incidental, la primacía *debería tenerla* el derecho de acceso a la información pública.

4.2.3.4 La indiferencia de las circunstancias en que el Estado detenta la información personal objeto de acceso. Emparentado con el anterior, este problema se produce por ignorar la relevancia del contexto en que se encuentra la información personal -si se encuentra de forma incidental en los documentos solicitados, o estructurada en una base de datos especialmente diseñada para su recuperación-⁷⁴. Esta falta de valoración invisibiliza las diferencias entre el ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales y el del derecho a la protección de la vida privada. Desconoce que ambos han sido concebidos para operar en contextos diferentes: aquel, orientado a garantizar el tratamiento adecuado de la información personal, este, en un contexto más general, orientado a la protección de la esfera privada⁷⁵. Desconoce también que el Estado tiene en su poder información personal bajo distintas racionalidades de archivo. Una ligada a la conformación de sistemas de datos personales y bajo el criterio -y propósito- de tratar datos personales, y otras no organizadas bajo tales criterios. En aquellas, el derecho a la protección de datos *debería tener* un papel central, en estas, el derecho a la protección a la vida privada.

4.2.3.5 El titular universal anónimo del derecho de acceso a la información pública y la indiferencia del interés. La regla del titular universal anónimo ha generado en la práctica una

⁷³ Como en el caso en que la información personal se encuentra de forma incidental, en los anexos de un contrato de obra pública (Anexo B, caso 12, IFAI, R 2178/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar) o en un laudo arbitral sancionatorio (Anexo B, caso 29, INAI, RDA 6531/15, CP Joel Salas Suárez) O hace parte de un sistema de datos personales, como el expediente clínico (Anexo B, caso 45, IFAI, RDA 3451/12, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeno) o integra la base de datos de antecedentes judiciales (Anexo A, caso 10, Corte Constitucional, Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Arango Guillén).

⁷⁴ Tanto en Colombia, como en México, se protege la información personal indistintamente de la orientación de la solicitud. Ya sea que se solicite información o documentos sobre cierta persona, como en el caso de la solicitud de información sobre cédula, título, y estudios de un particular a la SEP (Anexo B, caso 9, IFAI, R 295 de 2007, CP Alonso Lujambio Irazábal) o sobre los documentos presentados por un tercero para obtener una prestación (Anexo A, caso 20, Corte Constitucional, Sentencia T-828 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz). O que la información personal sea incidental, como cuando se solicitan las bitácoras de vuelo de un helicóptero oficial (Anexo B, caso 50, INAI, RDA 5141/15, CP Oscar Mauricio Guerra) o la contenida en las actas de conciliación entre trabajadores y empresa (Anexo A, caso 16, Corte Constitucional, Sentencia T-216 de 2014, MP Eduardo Montealegre Lynett)

⁷⁵ Como en el caso de la anonimización de una sentencia judicial, colgada en un portal oficial, previa interpretación extensiva del derecho a la protección de datos (Anexo A, caso 22, Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero)

aparente indiferencia del interés de quien accede a la información. Es aparente porque se asume que el interés que existe en acceder a la información estará en consonancia con el carácter público de la misma. Esta regla ha facilitado el acceso a la información en poder del Estado en términos generales, pero al mismo tiempo ha dificultado el acceso a la información personal en poder del Estado en un tipo de casos: cuando existe un interés, no público pero legítimo, en acceder a información personal de terceros en poder del Estado⁷⁶, y ha limitado, en la práctica, la posibilidad de activar interpretaciones orientadas por finalidades legítimas –el interés individual legítimo– en la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

4.2.3.6 La lectura reductora del fundamento del derecho de acceso a la información pública al interés público. Este problema, ligado con el anterior, se advierte en la reducción de la fundamentación del derecho de acceso a la información pública al interés público. Según esta lectura el derecho de acceso a la información pública sólo es operativo si se satisface un interés público. Esta situación es problemática porque desconoce otras narrativas. Por ejemplo, que el derecho de acceso a la información pública es un derecho individual y por tanto puede ser empleado para la satisfacción de intereses individuales, como vía para el ejercicio de otros derechos: acceso a la justicia, educación, libertad de expresión, etc.⁷⁷

4.2.3.7 El uso de las dicotomías público-privado por default como racionalizador de la normatividad. Según estas dicotomías el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado está estructurado por una clara parcelación del mundo en los ámbitos público y privado. A estos ámbitos corresponden dos tipos de información: la impersonal y la personal; y dos tipos de interés en el acceso a la información: el interés público y el interés privado. La racionalización de la normatividad operada por el uso de las dicotomías tiene el efecto de encuadrar las discusiones sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado, como si se tratara de un mundo preexistente, claramente parcelado, en el que los fenómenos estuvieran destinados a ocupar su lugar⁷⁸. El uso por *default* de las dicotomías parece

⁷⁶ Como en el caso del incendio de la guardería ABC, en el que el peticionario requería la información para hacerla valer en su beneficio en un proceso penal y no para darla a la publicidad general (Anexo B, caso 38, IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga) y en el caso del acceso a la relación de visitas a preso, en el que la posible demostración del interés en acceder a la información, reconoce la Corte, hubiese facilitado el ejercicio de ponderación entre los derechos concurrentes (Anexo A, casos 25 y 25a, Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 2014 y Auto 537 de 2015, ambos MP Luis Guillermo Guerrero)

⁷⁷ Como en los casos de acceso a información sobre personal de la fuerza pública que participó en operativos (Anexo A, casos 17 y 18, Sentencias T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda y T-511 de 2010, MP Humberto Sierra Porto) o en el ya citado caso del incendio de la guardería ABC (Anexo B, caso 38, IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga) todos orientados a satisfacer el derecho de acceso a la justicia de los peticionarios.

⁷⁸ Como en los casos sobre asignación de recursos del presupuesto federal, por la vía de programas sociales, seguro popular (Anexo B, caso 40, INAI, RDA 6302/15, CP Areli Cano Guadiana) y prospera (Anexo B, caso 41, INAI, RDA 67/16, CP María Patricia Kurczyn Villalobos) o de asignación de computadores (Anexo B, caso 39, INAI, RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez) O sobre la clasificación de la información personal como pública, en los casos del RUNT (Anexo A, caso 14, Sentencia T-451 de 2011, MP Humberto Sierra Porto) del registro de la propiedad (Anexo A, caso 12, Sentencia C-185 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett) y de los antecedentes penales

impedir todo cuestionamiento sobre la validez de sus presupuestos e implicaciones. Las dicotomías organizan y predeterminan el contenido y la operación de los derechos fundamentales concurrentes⁷⁹. Esta situación implica una especie de tiranía de las dicotomías sobre el contenido de la Constitución. Impide hacer explícitas las relaciones y la toma de distancia de la dogmática de los derechos concurrentes con las dicotomías público-privado.

4.2.3.8 La ambigüedad de la expresión “información pública”. La expresión X información es pública tiene al menos cinco sentidos posibles. Estos sentidos operan como alternativas interpretativas plausibles del objeto de los derechos concurrentes. De la adopción de una de estas alternativas depende que la protección de dicho objeto se ensanche o se contraiga. El primer sentido se desprende del principio de máxima publicidad, según el cual, toda la información en posesión del Estado *es* pública y, por tanto, integra el objeto del derecho de acceso a la información. La fundamentación material de esta premisa es diversa: la información en tanto producida-poseída por el Estado se le comunica el carácter público de los recursos que permitieron su producción-posesión; la información en tanto poseída por el Estado se le comunica el carácter público de quien la detenta⁸⁰. El segundo sentido está referido a la atribución explícita por una norma; en este sentido, cierta información personal en posesión del Estado *es* pública debido a un juicio de atribución específico realizado por el legislador⁸¹. El tercer sentido está relacionado con el *deber* de poner a disposición del público cierta información, la publicidad así entendida tiene un carácter normativo y es independiente del hecho efectivo de haber sido puesta en conocimiento del público⁸², sentido que coincide con el deber de publicidad proactiva. El cuarto sentido está relacionado con el *hecho* de poner a disposición del público cierta información, independientemente de que exista el deber de ponerla en conocimiento y sin que incida el medio de difusión, su oportunidad o el número de personas que tomaron conocimiento efectivo de la misma⁸³. Finalmente, el quinto sentido está relacionado con la *divulgación efectiva* de

vigentes (Anexo A, caso 10, Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana María Guillén)

⁷⁹ Este efecto parcelador acríptico se puede ilustrar con el caso que decide al mismo tiempo testar y liberar la firma de una persona, con el argumento de que constaba en documentos diferentes, en uno como servidora pública, en otro como particular (Anexo B, caso 6, IFAI, R 2168/11, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño) o con el caso en que se decide testar la fotografía de la cédula profesional del director del IPN, a pesar de su carácter de personaje público, y de que existían múltiples fotografías suyas en la página web oficial del IPN (Anexo B, caso 8, IFAI, R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco)

⁸⁰ Como en el caso de la información sobre el RUNT, que acoge la tesis de la publicidad “orgánica” (Anexo A, caso 13, Corte Constitucional, Sentencia T-157 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva)

⁸¹ Como en los casos sobre asignación de recursos del presupuesto federal, por la vía de programas sociales, seguro popular (Anexo B, caso 40, INAI, RDA 6302/15 CP Areli Cano Guadiana) y prospera (Anexo B, caso 41, INAI, RDA 67/16, CP María Patricia Kurczyn Villalobos). O sobre la clasificación de la información académica y laboral como pública (Anexo A, caso 2, Corte Constitucional, Sentencia C-326 de 1997, MP Fabio Morón Díaz) o la información sobre el RUNT como información personal pública (Anexo A, caso 14, Sentencia T-451 de 2011, MP Humberto Sierra Porto).

⁸² Como en los casos sobre sanciones a abogados (Anexo A, caso 8, Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz) o del registro civil (Anexo B, caso 2, IFAI, R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán).

⁸³ Como en el caso de la publicación de las fotografías y nombres de los delincuentes “más buscados” (Anexo B, caso 26, INAI, RDA 2731/15 CP Francisco Javier Acuña Llamas) o de la disponibilidad del texto íntegro de las

la información, esto es, con el hecho de que cierta información ha sido objeto de conocimiento por parte de terceros (el público) en menor o mayor medida⁸⁴. El problema de la ambigüedad de la expresión “información pública” es crítico al momento de resolver las excepciones a la confidencialidad de la información personal. ¿A qué información pública se refiere la Ley, a qué información pública debería referirse en términos constitucionales? Las respuestas a estas preguntas tanto en México, como en Colombia, no son uniformes.

La presentación de estos ocho problemas de *dogmática constitucional*, acompañados de su verificación en algunos de los casos que integran la base empírica, nos permite afirmar que, en términos generales, la operación del sistema regla-excepción es susceptible de ajuste constitucional. Esto es, que los términos en que opera el sistema regla-excepción pueden ser corregidos mediante una mejor justificación constitucional proveída por la dogmática constitucional de los derechos fundamentales concurrentes.

Por otra parte, no podemos ignorar que la actualización de la justificación constitucional del sistema regla-excepción tiene, además de una función de ajuste de las narrativas constitucionales, una función correctora de dicho sistema. Esto último ocurre cuando la actualización de la justificación constitucional concluye con la alteración de la regla de prevalencia inicialmente propuesta por dicho sistema.

4.3 Actualización correctora de la justificación constitucional y modificación de la regla de prevalencia

Reconocer la posibilidad de una actualización correctora de la justificación constitucional del sistema regla-excepción implica aceptar que la regla de prelación puede ser alterada. En otros términos, esto equivale a reconocer la existencia de un problema concreto de constitucionalidad de la Ley. La forma en que este problema es articulado discursivamente echa mano de una metáfora bien conocida: la colisión entre derechos fundamentales.

Los casos de colisión de derechos, en términos de dogmática constitucional, pueden explicarse como casos en donde los derechos concurrentes tienen el mismo objeto protegido. En el presente caso dicho objeto sería la obligación simultánea de confidencialidad y de publicidad de cierta especie de información personal. La corrección de la regla de prevalencia, bajo el ajuste de

sentencias judiciales en Internet (Anexo A, caso 22, Corte Constitucional, Sentencia T-020 de 2013, MP Luis Guillermo Guerrero).

⁸⁴ Como en el caso de la publicación en medios de comunicación de la radiografía del hombro fracturado del entonces presidente Felipe Calderón, como argumento irrelevante al momento de resolver la confidencialidad de su expediente clínico (Anexo B, caso 43, IFAI, R 425/09 CP Jacqueline Peschard Mariscal) o el caso de la imagen fotográfica del director del IPN, en donde a pesar de que existían múltiples fotografías suyas en la página web oficial, se decide testar la fotografía de su cédula profesional (Anexo B, caso 8, IFAI, R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco)

la justificación constitucional del sistema regla excepción, sólo sucede en “casos trágicos” y cuando existen buenas razones para ello. Supone que la racionalidad del sistema regla-excepción y las precisiones dogmáticas de los derechos concurrentes son puestas a prueba frente a situaciones concretas que *ameritan ser* valoradas en términos constitucionales.

En el presente acápite nos ocuparemos de precisar cuándo resulta necesaria una modificación de la regla de prevalencia (4.3.1). Presentaremos cómo funciona la propuesta de simple ponderación como una forma de ajustar la justificación constitucional del sistema regla-excepción (4.3.2). Y por último defenderemos la tesis según la cual la Teoría de los principios en su versión canónica, tal y como ha sido adoptada por los operadores jurídicos en Colombia y México para adelantar ejercicios de ponderación, tiene una utilidad marginal para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (4.3.3).

4.3.1 La alteración de la regla de prevalencia y el problema de la oportunidad

La necesidad de alterar la regla de prevalencia del sistema regla-excepción depende del surgimiento de una objeción valorativa de carácter constitucional. Esto sucede cuando la solución a dicho problema, ofrecida por el sistema regla-excepción en un caso concreto, no es admisible en términos constitucionales.

La revisión casuística, adelantada en el capítulo III, reveló que los ejercicios de ponderación que concluyen con la alteración de la regla de prevalencia del sistema regla-excepción son excepcionales⁸⁵. En Colombia no encontramos ningún caso. En México hay algunos casos, aunque su *ratio* con la muestra y con el volumen de casos resueltos por el Órgano de Transparencia apunta a su excepcionalidad.

Entre los casos de la muestra hay dos reveladores: el de la confidencialidad de la información personal de las indemnizaciones a los afectados con el incendio de la guardería ABC⁸⁶ y el de la publicidad de la información personal relacionada con la condonación de créditos fiscales⁸⁷, ambos resueltos por el Órgano de Transparencia. Estos casos eran fáciles de resolver con el sistema regla-excepción. En el primero, la información debía entregarse al solicitante, en tanto actualizaba la regla general de transparentar la “información relativa a los montos y las personas a quienes se entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos” (art. 12, Ley Federal de Transparencia de 2002). En el segundo, la información no podía entregarse, al estar protegida por el secreto fiscal (art. 14, II, Ley Federal de Transparencia de 2002). En ambos casos, sin embargo, el Órgano de Transparencia decidió en contra de la ley. ¿Por qué lo hizo? Nuestra

⁸⁵ Aleinikoff, T. Alexander, *Constitutional Law in the Age of Balancing*. En: *Yale Law Journal*, vol. 96, núm. 5, abril 1987, pp. 943-1005, 1000 “[T]o recognize a role for balancing in the extreme and rare case its not to demonstrate its validity as a mode of interpretation for the vast majority of constitutional cases.”

⁸⁶ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, Anexo B, caso 38.

⁸⁷ IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, Anexo B, caso 30.

hipótesis es que consideró que la solución que ofrecía el sistema de regla-excepción era valorativamente objetable en términos constitucionales.

En el primero de los casos consideró que era *más importante* proteger la información personal de quienes recibieron la indemnización financiada con recursos públicos, entre otras, por la naturaleza sensible de dicha información (ligada al estado de salud y a la decisión de optar por recibirla) que garantizar en un 100% la transparencia en la asignación de dichos recursos. En el segundo, consideró que era *más importante* dar a conocer la información personal de quienes se habían beneficiado con la condonación de créditos fiscales, que proteger la confidencialidad de la información y el valor del secreto fiscal, entre otras, porque la publicidad permitía el control de la política de recaudo y el cuidado de los recursos públicos.

La atribución de un grado de importancia mayor a un interés, en un contexto determinado, es lo que determina la alteración de la regla de prevalencia. La particularidad de este juicio de valor es que se hace en términos constitucionales: está justificado constitucionalmente en las disposiciones de la Constitución y en la dogmática constitucional.

La objeción valorativa a la regla de prevalencia del sistema regla-excepción se fundamenta en una estimación de los intereses en juego en el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Tal estimación implica una adscripción de importancia a dichos intereses en términos constitucionales y es representada con la metáfora de una colisión de derechos fundamentales. Dicha colisión debe resolverse mediante un ejercicio de ponderación.

4.3.2 *La propuesta de ponderación simple*

La ponderación es el mejor mecanismo que existe para identificar reglas de prelación en casos de conflicto de intereses en un contexto fáctico determinado. Es la mejor vía, sino la única, en un régimen constitucional-pluralista, para establecer criterios para la protección prevalente de intereses constitucionales⁸⁸.

La simple ponderación que proponemos está inspirada en una lectura de lo que hace en realidad el Órgano de Transparencia mexicano al momento de resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, cuando dice adelantar ejercicios de ponderación. La simple ponderación consiste en determinar si, en términos constitucionales, para un caso concreto, es más importante la publicidad o la confidencialidad de la información⁸⁹. La simple

⁸⁸ Jansen, Nils, Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho (Daniel Oliver-Lalana trad.) En: *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. (Jan-R-Sieckmann edit.) Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 60 “Cabe preguntarse si pueden conciliarse las pretensiones normativas o los intereses contrapuestos de otra manera que no sea mediante una ponderación.”

⁸⁹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Arantxa Azurza, trad.) Madrid, Civitas, 1988. p. 111-3 “Una de las peculiaridades de la interpretación constitucional estriba en su carácter político (...) algo es político cuando genética y/o funcionalmente está conectado con las relaciones entre diversos grupos interesados

ponderación está ordenada por dos principios: parsimonia e interdicción de la arbitrariedad. Según el principio de parsimonia, la ponderación debe adelantarse de la forma más sencilla posible⁹⁰; según el principio de interdicción de la arbitrariedad, el resultado de la ponderación debe estar justificado⁹¹.

La *mayor* importancia constitucional de uno de los intereses enfrentados es por definición relativa. Está en función del valor subordinado y de las circunstancias del caso. La ponderación de intereses es un escenario trágico⁹²; implica elegir y sacrificar. La relación de importancia está determinada por el balance entre las razones para elegir o para sacrificar uno de los intereses enfrentados. La justificación de la elección es interna, relativa, en tanto, lo que se gana al proteger uno de los intereses, *justifica* lo que se sacrifica al no proteger el otro⁹³. Esta es la simple ponderación.

Los argumentos que concretan la ponderación deben actualizar las razones de fundamentación de los derechos concurrentes. “La metáfora de la ponderación no debería enmascarar el hecho de que la ponderación suele entrañar una discusión de razones saturada de teoría.”⁹⁴ La ponderación entre derechos fundamentales depende de manera fuerte, aunque no exclusiva, de consideraciones de dogmática constitucional. La fundamentación (necesariamente teórica) de los derechos concurrentes, sirve de soporte a los argumentos específicos (necesariamente empíricos) que soportarán la regla de preferencia que emerja del ejercicio de ponderación en el caso concreto.

en utilizar el poder del Estado en direcciones preferidas.” Zagrebelsky, *El derecho dúctil... op., cit.*, p. 17 “Más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías, el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional.”

⁹⁰ Baker, Alan, “Simplicity”. En: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.) “There is a widespread philosophical presumption that simplicity is a theoretical virtue (...) Contemporary philosophers have tended to reinterpret [Occam’s razor] as a principle of theory choice: OR implies that—other things being equal—it is rational to prefer theories which commit us to smaller ontologies.” Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/simplicity/> > (consultado 05-03-18)

⁹¹ Wróblewski, *Constitución... op., cit.*, p. 111 “[L]a interpretación constitucional debe presentarse como una decisión interpretativa apropiadamente justificada.” Rodríguez, *La ponderación de bienes... op., cit.*, p. 165 “Una prevalencia *prima facie* (...) permite al órgano aplicador considerar las circunstancias del caso para, en caso extremo, hacer incluso prevalecer el principio que no goza de la precedencia inicial. Para ello, sin embargo, se impone una *especial carga argumentativa*, que si no consigue cumplimentarse, hará que preceda el principio en favor del cual se ha instituido la prevalencia *prima facie*. Con ello se limita algo el carácter potencialmente abierto de la ponderación.”

⁹² Garzón Valdés, Ernesto, “Publicidad y Privacidad”. En: *Daxa*, núm. 21, 1998, pp. 223-244, 244 “[S]i se plantea la discusión en términos de conflicto entre el principio de privacidad y el principio de publicidad, no es posible formular reglas fijas o inmutables para resolverlo sino que se vuelve necesario buscar para cada caso concreto la solución moralmente más plausible sabiendo que, en algunas circunstancias, puede tratarse de una elección trágica con todo lo que ello implica desde el punto de vista moral.”

⁹³ Estos argumentos están soportados en la formulación de la ley de ponderación de Robert Alexy, presentados en el capítulo I, 1.2.1.2 La subsunción y la ponderación como métodos para la aplicación del derecho.

⁹⁴ Kumm, Mattias, Más allá del principio de proporcionalidad. El pluralismo estructural de los derechos fundamentales en el derecho constitucional de los Estados Unidos (Daniel Oliver-Lalana trad.) En: *La teoría principalista de los derechos fundamentales*. (Jan-R-Sieckmann ed.) Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 273-296, 286.

Para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado mediante la simple ponderación, los argumentos teóricos son identificados a partir de la dogmática de los derechos concurrentes. Por el lado del acceso a la información, ha de valorarse la medida en que la publicidad de la información permita la transparencia gubernamental, la rendición de cuentas, el ejercicio de otros derechos fundamentales y la vigencia del Estado de Derecho, e incluye una revisión del interés que exista en la revelación de la información⁹⁵. Por el lado de la protección de datos personales y la vida privada, ha de valorarse la medida en que la confidencialidad de la información permita la preservación de la libertad, la autonomía y la tranquilidad del sujeto concernido⁹⁶; e incluye la revisión del tipo y el uso potencial de la información personal concernida⁹⁷.

La fundamentación de los derechos sirve como marco de los argumentos empíricos que se emplean en todo ejercicio de ponderación. Aquí reside la singularidad de la ponderación para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, pues la ponderación permite incorporar todas las variables fácticas de un caso, en especial, las no previstas en la ley, ni en los términos del sistema regla-excepción⁹⁸. Sin embargo, los argumentos empíricos deben actualizar la protección de los intereses enfrentados en el caso concreto. De tal forma que así, una vez enlazados con los argumentos de dogmática constitucional, apuntalen la regla de preferencia gracias a su fuerza persuasiva derivada de la evidencia y el sentido común⁹⁹.

4.3.3 La utilidad marginal de la Teoría de los principios de R. Alexy para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

La Teoría de los principios de R. Alexy, tal y como la describimos en el capítulo I, es parcialmente inadecuada para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en los países bajo estudio, en especial, porque los derechos en supuesta colisión no encuadran en la definición de principios-como-mandatos de optimización¹⁰⁰. A esta razón se suman otras dos que, una vez revisada la casuística estamos en mejores condiciones de desarrollar, a saber: que los derechos en supuesta colisión tienen una relación de polaridad que no sólo impide su optimización, sino que hace inútil buena parte del test de proporcionalidad; y

⁹⁵ Ver Capítulo VII, 7.3.1 *Cinco criterios interpretativos*.

⁹⁶ Ver Capítulo VI, 6.2.1 *Cuatro criterios interpretativos*.

⁹⁷ Ver capítulo V, 5.3 Clasificaciones de información personal.

⁹⁸ Rodríguez, *La ponderación de bienes... op., cit.* p. 103 “[Al ponderar, la administración] tiene que atender a una relación de circunstancias potencialmente ilimitada, no delimitadas ni positiva (las que hay que tener en cuenta) ni negativamente (las que no deben tenerse en cuenta) por la norma. Se dice de hecho que, en el caso ideal, la ponderación ha de atender “todas las circunstancias del caso concreto”.”

⁹⁹ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de argumentación: la nueva retórica* (Julia Sevilla Muñoz trad.) Madrid, Gredos, 1989.

¹⁰⁰ Argumento desarrollado en el Capítulo I, 1.2.2.1 La caracterización de los derechos como “principios” como un asunto problemático.

que la evidencia empírica muestra que su empleo no solo es marginal, sino que es relativamente inútil para la solución de dicho problema¹⁰¹. Retomamos estos argumentos bajo la formulación de razones teóricas y empíricas.

4.3.3.1 Razones teóricas

La relación polar entre los derechos fundamentales concurrentes. La relación polar y, por tanto, excluyente de los intereses-mandatos enfrentados publicidad/confidencialidad en el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado es incompatible con la idea de los derechos fundamentales *como* principios *como* mandatos de optimización. Dicha relación de polaridad hace lógicamente imposible cualquier idea de optimización, si se entiende la optimización como algo posible a partir de consideraciones de grado del objeto “optimizable”.

El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado supone un raro ejemplo de oposición de intereses representados por una clara polaridad, en donde no son posibles ejercicios de “concordancia práctica” o de “armonización concreta” y cuya solución supone siempre el sacrificio total de uno de los derechos implicados. Esta situación es crítica cuando la fundamentación del derecho a la protección a la vida privada-intimidad se inspira en la idea del secreto¹⁰² y existen reglas especiales que ordenan la publicidad de la información personal. “Confidencial” y “secreto” tienen relación polar con “público” y “accesible”. Tal polaridad es irreductible.

La lógica binaria-excluyente en que opera la solución a este problema torna disfuncional el empleo del método de proporcionalidad, no diseñado para regular la tensión de intereses en clave binaria-excluyente. Esto lo advertimos en el análisis de la casuística del capítulo III. Entonces, tanto la Corte Constitucional colombiana¹⁰³, como el Órgano de Transparencia mexicano¹⁰⁴, tuvieron dificultades al aplicar el método de proporcionalidad en su versión canónica.

Esta disfuncionalidad se hace evidente al intentar desplegar el test de proporcionalidad, y en especial, los análisis de idoneidad y necesidad. En efecto, al examinar la idoneidad de *cualquier* medida que limite el derecho de acceso a la información pública (por ejemplo, resguardando la confidencialidad de la información) con miras a realizar el derecho a la protección de la vida

¹⁰¹ Hallazgo sintetizado en el Capítulo III, 3.1.2.5 La ausencia de un método uniforme (caso colombiano) y 3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado (caso mexicano).

¹⁰² Sobre las teorías de fundamentación de los derechos a la vida privada y a la protección de datos personales, ver el Capítulo VI, 6.2.1 *Cuatro criterios*.

¹⁰³ Ver Capítulo III, 3.1.2.5 La ausencia de un método uniforme (caso colombiano).

¹⁰⁴ Ver Capítulo III, 3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (caso mexicano)

privada por definición, dicha medida *siempre* será idónea, en tanto el goce del derecho a la protección de la vida privada *sólo* se alcanza manteniendo la confidencialidad de la información personal. Otro tanto ocurre al examinar la necesidad de dicha medida, la cual *siempre* será necesaria, en tanto no existe *ninguna* alternativa menos lesiva del derecho de protección de la vida privada que la de mantener la confidencialidad de la información.

Al aplicar el método de proporcionalidad a los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado, el operador jurídico resulta abocado a un razonamiento superfluo y prescindible. En todos los casos, el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad arrojarán el mismo resultado. Esto se debe a que el análisis desplegado en estas etapas versa sobre las relaciones de medio a fin entre opciones disponibles¹⁰⁵. Como las únicas opciones disponibles en este tipo de problemas son la publicidad o la confidencialidad, el análisis deviene superfluo pues el resultado ya está determinado por el carácter del problema. El método de la proporcionalidad con toda su justificación racional, con la grandilocuencia de sus tres subprincipios, no es adecuado para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en el marco normativo de los países estudiados.

4.3.3.2 Razones empíricas

El desconocimiento y la complejidad de la Teoría. Por otra parte, la Teoría de los principios de R. Alexy ha resultado inadecuada para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado porque los operadores jurídicos, en especial, los funcionarios

¹⁰⁵ Rodríguez, *La ponderación de bienes... op., cit.* p. 107 “[L]as exigencias de la proporcionalidad están presididas por la lógica de la relación medio-fin: se trata siempre de examinar si la utilización de un determinado medio (la limitación del ámbito de autodeterminación individual) es proporcional para la consecución de cierto fin (el bien público al que aquella limitación se ordena)”. Schlink, Bernard, El principio de proporcionalidad. (Nuria Pastor Muñoz, trad.) En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 117-147 (sobre los sub-principios de idoneidad y de necesidad como escenario para evaluar relaciones de medio-fin)

administrativos, no la conocen¹⁰⁶ y/o no la saben utilizar¹⁰⁷. Esto obviamente no es un problema de esta Teoría. Pero sí es relevante para efectos de la identificación de soluciones practicables al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

Se podría afirmar, con razón, que el escollo del desconocimiento de dicha Teoría se resuelve con una mejor capacitación de los operadores jurídicos. Consideramos que esta solución es desaconsejable, en especial, por su alto nivel de complejidad¹⁰⁸, cuya comprensión es esquiva incluso para expertos en Derecho constitucional¹⁰⁹. Si la complejidad de la Teoría de los principios es un dato, cabe preguntarse sobre la conveniencia de trasplantarla y de adoptarla como una buena herramienta para resolver, de forma cotidiana, los problemas de la publicidad de la información personal en poder del Estado¹¹⁰. El análisis de la casuística adelantado en el

¹⁰⁶ De los 12 funcionarios entrevistados en el INAI, solamente uno mencionó a R. Alexy como una de las fuentes doctrinales del método de la ponderación como proporcionalidad: entrevistado 8, “El choque, la confrontación de dos derechos fundamentales y la famosa fórmula de Robert Alexy para poder superarla en la parte práctica (...) nos podría llevar a decidir qué derecho tiene que prevalecer sobre el otro, que en realidad es lo que se quiere decir con el principio de ponderación (...) en el caso concreto qué derecho tendrá prevalencia en la aplicación sobre el otro”, min 38:00. Otro de los entrevistados mencionó el test de proporcionalidad pero no supo explicar sus términos: entrevistado 2, “es un test para acreditar el por qué una información debe permanecer cerrada (...) aunque [los sub-principios] suenan muy ambiguos se van a ir determinando, qué se debe entender por idóneo, por proporcional, por necesidad, porque finalmente si son muy abstractos”, min 1:04:40. Otro de los entrevistados lo explicó así: entrevistado 7, “proporcionalidad es que la invasión a uno de los derechos sea proporcional al fin que se persigue, no podrías afectar un derecho de una forma exponencial con respecto al fin que persigues; la necesidad es que sea necesario vulnerar ese derecho, el que vas a vulnerar o el que no vas a favorecer con respecto a otro (...) tiene que ser siempre necesario que no haya otro camino y otro fin para lograrlo (...) idoneidad que sea idóneo para obtener lo que necesitas, ese no lo recuerdo tan claramente”, min 1:15:06. Otro lo explicó en estos términos: entrevistado 10, “la manera como aplicamos estos principios (...) la necesidad significa que sólo derivado de una solicitud de acceso, sólo por esta vía es posible conocer la información, es necesario que sea por aquí, no por otro lado, la idoneidad solo el organismo garante o solo la autoridad puede garantizar el ejercicio de este derecho de acceso, la proporcionalidad es que verdad veamos que sea proporcional lo que pretendemos proteger en comparación del otro derecho que se pueda afectar, que sería el de la protección de datos personales, digamos que el nombre por sí mismo de los conceptos llevaría explícita la idea de cada uno de ellos”, min 1:35:20

¹⁰⁷ Ejemplos de aplicaciones heterodoxas de los elementos de la Teoría de los principios, y en especial, del método proporcionalidad en el caso mexicano, pueden apreciarse en las resoluciones R 5084/10 (publicidad de nombres de militares con condena penal en firme, Anexo B, caso 24), RDA 6206/15 (publicidad de nombres de personas con condena en firme por el delito de lavado de activos, Anexo B, caso 23) y RDA 2377/14 (publicidad de actas de entrega y recepción de computadores a niñas y niños con cargo a recursos públicos, Anexo B, caso 39). Reseñados con este énfasis en el Anexo B, Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano.

¹⁰⁸ Una muestra de dicha complejidad puede encontrarse en la llamada “fórmula del peso”, descrita a grandes rasgos en el Capítulo I, 1.2.1.3 Los derechos fundamentales como mandatos de optimización y como normas tipo-principio.

¹⁰⁹ Un ejemplo sobre las dificultades de los expertos para emplear con acierto los conceptos de la Teoría de los Principios para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado puede verse en Villaseñor, *Proporcionalidad y límites... op., cit.*, pp. 233 a 241 (al intentar describir un par de casos judiciales, relacionados con la oposición de un particular a la publicación de sus datos personales en una sentencia judicial, empleando los conceptos de la mentada Teoría).

¹¹⁰ Un *caveat* en este sentido en Rodríguez, *La ponderación de bienes... op., cit.*, p. 162 “Al juez ordinario debería ahorrarsele, en la medida de lo posible, la argumentación propia de la ponderación, aunque sólo fuera por el dato sociológico de que éste puede no estar tan cualificado para llevarla a cabo como el Tribunal Constitucional (...) esto puede ser verdad, pero también lo es que ya está aceptado en los sistemas jurídicos continentales que el último juez ordinario, es asimismo, juez constitucional (...) lo que en el enfoque que nos interesa, le obliga al enfoque propio

capítulo III parece responder esta pregunta por la negativa¹¹¹. Ni la Corte Constitucional colombiana, que empezó a familiarizarse con la Teoría de los principios de R. Alexy desde que inició sus funciones en 1992, ni el Órgano de Transparencia mexicano que la tomó prestada desde el 2009 de ciertas tesis del poder judicial mexicano, la han utilizado para resolver el problema de marras, con el rigor que demanda.

La posible innecesidad de la Teoría para resolver este problema específico. No deja de ser paradójico que, a pesar del uso inadecuado o anti-técnico de los conceptos de la Teoría de los principios en algunos casos¹¹², e incluso a pesar de ellos, tanto la Corte Constitucional colombiana, como el Órgano de Transparencia mexicano, han resuelto los problemas de publicidad de la información personal en poder del Estado de forma aceptable¹¹³. Por ejemplo, es sintomático que la Corte Constitucional colombiana no haya acudido al principio de proporcionalidad en sentido estricto (a la ponderación entre los derechos fundamentales concurrentes) en ninguno de los casos referenciados. A la decisión de estos casos la Corte llegó por la vía de precisar el contenido de los derechos concurrentes, empleando elementos legales y de dogmática constitucional¹¹⁴. En estos casos, dicho contenido no aparece determinado por la oposición de los derechos en tensión, como sugiere el modelo expansivo de los principios como mandatos de optimización de R. Alexy. También es sintomático que el Órgano de Transparencia mexicano haya empleado el molde del método de proporcionalidad para exceptuar la aplicación de su riguroso sistema regla-excepción y permitir la publicidad de cierta información personal por razones de interés público¹¹⁵. El despliegue del método de proporcionalidad en su última fase, esto es, la

de la ponderación. (...) hay que encontrar un adecuado punto de equilibrio que no permita ni obligue al juez a aplicar el Derecho como si sólo existiera la Constitución y no la ley ordinaria.”

¹¹¹ Lo cual desafía las tesis instrumentalistas de los trasplantes, y nos pone más bien en la arena del neocolonialismo. Twining, William, *Diffusion of Law: A Global Perspective*. En: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 39, núm. 49, 2004, pp. 1-45, 26 “The instrumentalist view sees the process [of diffusion of law] as being essentially one of problem solving in which solutions developed elsewhere are imported to solve local problems. In this view legal rules, institutions, and practices are essentially a form of technology.”

¹¹² Como en el caso de las resoluciones indicadas en la nota al pie 107.

¹¹³ Esta es una conclusión plausible a partir de la lectura de los casos que integran la base empírica de este trabajo en los que, tanto la Corte Constitucional colombiana, como el Órgano de Transparencia mexicano, dicen adelantar ejercicios de ponderación empleando los términos del test de proporcionalidad. En especial, véase Capítulo 3, en el caso colombiano, el numeral 3.1.2.5 La ausencia de un método uniforme (en donde se describen 6 sentencias) y en el caso mexicano, el numeral 3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado (en donde se referencian al menos 15 resoluciones). Igualmente, consúltense los Anexos A y B.

¹¹⁴ A una conclusión similar llega Mendoza al analizar la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales alemán y español, relacionada con el conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Lima, Palestra, 2007. p. 488 “Conclusión Décimo-novena. Tanto el Tribunal Constitucional alemán como el Tribunal Constitucional español resuelven el conflicto bajo la idea de que realizan una operación de ponderación. No obstante, se ha comprobado en ambos casos que, en realidad dicha operación no tiene lugar. Por el contrario, lo que se efectúa es una operación de subsunción (...) el conflicto bajo estudio debe ser descartado como un típico caso cuya solución se efectúa mediante una ponderación, tal como se ha venido realizando hasta ahora.” (italicas originales)

¹¹⁵ Como sucede en las pioneras resoluciones R 6030/09 (interés público de la información relacionada con condonación de créditos fiscales, Anexo B, caso 30) R 3751/09 (interés público de los expedientes clínicos de

ponderación entre los derechos concurrentes, no está alineado por los criterios de racionalidad establecidos por R. Alexy definidos en su “fórmula del peso”. En esta fase, el análisis que normalmente adelanta el Órgano de Transparencia se limita a estimar de forma simple cuál de los dos intereses (el público o el privado) resulta más importante en el caso concreto, utilizando la fórmula gramatical del “mayor beneficio” o del “interés mayor”¹¹⁶. Esto es, la nuda aplicación de la ley de ponderación alexyana, sin que haya un discernimiento del valor abstracto, ni de los valores relativos de los intereses enfrentados, ni tampoco de la fiabilidad de las premisas empíricas¹¹⁷.

El argumento de una relativa innecesariedad de la Teoría de los principios para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado tiene así un fundamento empírico. En efecto, en las prácticas estudiadas, la Teoría de los principios de R. Alexy no ha sido utilizada *in toto* para resolver de fondo dicho problema no se puede evidenciar un compromiso cognitivo con dicha Teoría, y el uso de algunos de sus conceptos parece servir más fines retóricos o de legitimación. Si este es el caso, es cuestionable afirmar que se va a resolver una colisión de derechos fundamentales mediante el método (canónico) de la ponderación. Máxime si una revisión detallada de la práctica indica que, en la mayoría de los casos no se pondera¹¹⁸ y en los casos excepcionales en que sí se pondera (y se altera la regla de prevalencia establecida por la ley) no se hace en los términos de dicha Teoría. Esto es crítico, entre otras, porque no se ha hecho explícita la estructura de la ponderación que realmente se utiliza, ni tampoco el tipo de argumentos que la soportan.

personas fallecidas en prisión, Anexo B, caso 19) R 1655/10 (interés público en la fotografía del título profesional, Anexo B, caso 10) y RDA 4638/12 (interés público de la información sobre la evaluación docente, Anexo B, caso 16).

¹¹⁶ Como sucede en las resoluciones RDA 1312/15 (“mayor beneficio” de la publicidad de la información sobre evaluación docente, Anexo B, caso 17) RDA 2165/ (“mayor beneficio” de la publicidad de la información sobre condenas en firme por el delito de lavado de dinero, Anexo B, caso 21) RDA 5112 (“mayor beneficio” de la publicidad de la información sobre condenas en firme contra servidores públicos, Anexo B, caso 25) RDA 6531/15 (interés público mayor en la publicidad del nombre de los médicos con laudos condenatorios, Anexo B, caso 29) RDA 1118/15 (“interés público mayor” en la información sobre condonación de créditos fiscales, Anexo B, caso 31) y RDA 5141/15 (“interés público mayor” en la información completa de las bitácoras de vuelo de un helicóptero oficial, Anexo B, caso 50).

¹¹⁷ Elementos de la fórmula del peso, explicados infra, Capítulo I, 1.2.1.2 La subsunción y la ponderación como métodos para la aplicación del derecho. Alexy, Robert, On balancing and Subsumption. A structural comparison. En: *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, pp. 433-49.

¹¹⁸ Esta situación no es exclusiva de los operadores jurídicos latinoamericanos, como lo demuestran Aleinikoff y Mendoza. El primero, en su estudio crítico de la ponderación en la práctica de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age... Op., cit.*, p. 976 “A third strategy is to set up a constitutional problem in balancing terms, but to decide the case without actually balancing. (...) In other cases, the Court sends up smoke, supplying words that look like a balance, but in fact are something quite different.” El Segundo, al analizar la práctica de los Tribunales constitucionales alemán y español. Mijail Mendoza, *Conflictos entre derechos... op., cit.*, p. 410 “Ambos Tribunales resuelven el conflicto [entre libertad de expresión y honor] bajo la idea de que realizan una operación de ponderación. (...) Por lo general, se realiza una introducción donde se anuncia que el caso requiere una operación de tal género, pero lo que efectúa es, por el contrario, una operación de subsunción.”

4.4 Conclusión del capítulo IV

El método propuesto para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado tiene dos escenarios. El primero, que constituye la forma de resolver el grueso de estos problemas, consiste en la aplicación del sistema regla-excepción definido por la Ley. Este escenario se caracteriza por dos presupuestos: que el sistema regla-excepción está constitucionalmente justificado y que su aplicación no está afectada por (mayores) problemas interpretativos. El segundo escenario, que constituye la forma excepcional de resolver estos problemas, sólo se activa cuando se desvirtúan los dos presupuestos anteriores. Esto es, cuando se advierta la necesidad de ajustar la justificación constitucional del sistema regla-excepción o de alterar su regla de prevalencia porque medie una objeción constitucional.

La formulación de este método está inspirada en la forma en que la Corte Constitucional colombiana y, en especial, el Órgano de Transparencia mexicano han resuelto el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Tiene, en este sentido, un carácter principalmente descriptivo.

La descripción de este método depende de la aceptabilidad de los siguientes cuatro constructos: el sistema regla-excepción, la justificación constitucional de dicho sistema, la dogmática constitucional y la simple ponderación. Estos constructos permiten describir *grosso modo* la forma de resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

Llamamos sistema regla-excepción al conjunto de normas con las cuales el legislador ha perseguido resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El principal objeto de este sistema es articular los regímenes jurídicos de los derechos de acceso a la información pública y de protección a la vida privada y a los datos personales, a partir de hacer explícitas reglas de prevalencia.

El sistema regla-excepción es sensible al derecho positivo de los dos países objeto de estudio. Esta situación nos llevó a reconocer la existencia de dos modelos diferentes. En el caso colombiano el sistema regla-excepción se caracteriza por una preeminencia del valor de la publicidad de la información personal, por una justificación pragmática de su confidencialidad excepcional y por favorecer una cultura organizacional de las administraciones públicas orientada por la transparencia de dicha información. En el caso mexicano el sistema regla-excepción se caracteriza por una preeminencia del valor de la confidencialidad de la información personal, por una justificación de dicha confidencialidad como cuestión de principio y por favorecer una cultura organizacional de las administraciones públicas caracterizada por el celo protector de dicha información.

Es característico del sistema regla-excepción permitir resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado de forma sencilla, bajo la idea de que sucede un

“acople espontáneo” entre los hechos de los casos y las normas por él definidas, y que, por regla general, sus términos están constitucionalmente justificados.

Consideramos que, tanto el modelo colombiano, como el mexicano, al adoptar sistemas de regla-excepción están constitucionalmente justificados a partir de tres argumentos: a) al ser definidos por el Legislador, sus términos actualizan la garantía de la reserva de ley en materia de limitaciones admisibles a los derechos fundamentales y se presumen constitucionales por tener lugar en el contexto de Estados democráticos con supremacía de la Constitución; b) porque los derechos concurrentes que le sirven de base, esto es, los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, son considerados derechos de configuración legal; su objeto no es una esfera de libertad (previa a la existencia del Estado) o la concreción de una necesidad vital (que todo Estado debe satisfacer) sino que depende de un entramado institucional relacionado con el tratamiento de información personal; y c) porque sus términos respetan el contenido mínimo de los derechos concurrentes según el derecho positivo constitucional y la dogmática constitucional.

La dogmática constitucional concreta las narrativas plausibles de los derechos constitucionales de base. Se ocupa principalmente de los elementos estructurales de dichos derechos (titularidad, objeto, ámbito) y de las diferentes teorías sobre su fundamentación, y tiene tres funciones: descriptiva, heurística y normativa. Al tener una función normativa permite la crítica de la justificación constitucional del sistema regla-excepción mediante la formulación de alternativas constitucionales plausibles.

En el escenario dos de la propuesta de método, la dogmática constitucional tiene una función heurística y normativa. En primer lugar, permite aclarar los términos en que se despliega la justificación constitucional del sistema regla-excepción. En segundo lugar, permite corregir los ocho problemas dogmáticos advertidos en la casuística del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Y, en tercer lugar, facilita la identificación de los argumentos necesarios para desplegar el mecanismo de simple ponderación o para criticar dichos ejercicios, cuando sus términos no han sido empleados de forma adecuada.

La simple ponderación es un método por el cual se decide la alteración de la regla de prevalencia del sistema regla excepción. Este método se emplea de forma excepcional cuando dicha regla de prevalencia es objetada en términos constitucionales. Se caracteriza por los principios de parsimonia e interdicción de la arbitrariedad. Y se concreta en la formulación ordenada de las razones constitucionales por las cuales uno de los derechos concurrentes es constitucionalmente “más importante” en función de los hechos del caso y, por tanto, permite justificar la alteración de la regla de prevalencia del sistema regla-excepción.

La simple ponderación puede adelantarse de forma adecuada sin necesidad de algunos elementos de la batería conceptual de la Teoría de los principios, defendida por R. Alexy. En especial, son innecesarios para desplegarla los “sub-principios” de idoneidad y necesidad, porque los términos

de solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado tienen una relación polar: confidencialidad o publicidad, lo cual impide la optimización de los derechos y el examen de mejores alternativas en el análisis de medio-fin. También es innecesaria la fórmula del peso, porque sus términos son muy elaborados y difíciles de operar incluso para expertos en derecho constitucional y porque el resultado de la misma se puede conseguir, como en efecto se ha conseguido, aplicando de forma más sencilla la también alexyana ley de ponderación, bajo la exposición de los argumentos por los cuales uno de los derechos concurrentes, y el interés que representa, se considera “más importante” que el otro, en función de las circunstancias del caso concreto. Para la formulación de estos argumentos, la dogmática constitucional es indispensable, al hacer explícitas las distintas narrativas constitucionales sobre los elementos estructurales y la fundamentación de los derechos que entran en colisión.

La lectura dinámica de la operación del sistema regla-excepción, que caracteriza el segundo escenario del método propuesto, acepta la necesidad ocasional de corregir la justificación constitucional de dicho sistema y, eventualmente, de alterar la regla de prevalencia que lo caracteriza. Esta lectura dinámica sólo es posible a partir de reconocer la dogmática constitucional y sus diferentes funciones. El éxito de esta propuesta de método depende de disponer de constructos dogmáticos adecuados y de la aceptabilidad de la dogmática constitucional de los derechos concurrentes. Estos constructos permiten: ajustar las racionalidades de la ley y de la Constitución -que parecían divorciadas por la alternativa subsunción o ponderación-, resolver las fallas dogmáticas advertidas e identificar el contenido y la justificación de los derechos fundamentales concurrentes.

En los capítulos restantes nos ocuparemos de esta dogmática. Comenzaremos con la *información personal* objeto de protección de los derechos concurrentes, nodal para la comprensión del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

•∞•

Capítulo V

5. Información personal

El término “información personal” funciona como un reductor de complejidad. Es un término que refiere especies de información que comparten el atributo de dar cuenta de algo en relación con una persona, de revelar algo que le atañe, la caracteriza o la identifica. Cuando se encuentra en posesión del Estado, la información personal constituye simultáneamente el objeto protegido por los derechos al acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de los datos personales. La existencia de regímenes jurídicos diferentes vincula la información personal –como fenómeno- con cuestiones normativas no siempre convergentes. Sobre la información personal en poder del Estado se reconocen intereses jurídicos diversos y en ocasiones contradictorios. La información personal, y en especial, la decisión sobre su publicidad, viaja en el centro de obligaciones jurídicas, legales y constitucionales, orientadas por racionalidades disímiles.

En el capítulo I concluimos, desde una perspectiva teórica, que el uso de las dicotomías público-privado para caracterizar la información personal y para definir sus condiciones de publicidad era relevante pero no concluyente para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. En el capítulo II concluimos, después de revisar el régimen jurídico, que el sistema regla-excepción en México y Colombia opera bajo valoraciones diversas de la información personal. Mientras que en México los datos personales son considerados objeto de protección *per se*, en Colombia sólo se protege la información personal que afecte de forma importante otros derechos fundamentales como la intimidad o la integridad personal. En el capítulo III concluimos, a partir del análisis de la casuística, que, a diferencia del caso mexicano, en el caso colombiano hay una cierta confianza en la utilidad de las clasificaciones de la información personal para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esto evidencia aproximaciones disímiles al rol de la definición y los conceptos operativos en torno a la información personal. En el capítulo IV, al plantear un método para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, concluimos la necesidad de refinar el análisis del fenómeno “información personal” como elemento básico de la dogmática de los derechos fundamentales concurrentes que, en conjunto con otros elementos, orienta la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

A esta altura, una exploración sobre el fenómeno información personal es indispensable. La que sigue está enmarcada por tres consideraciones generales: a) ser sensible al contexto del funcionamiento de las administraciones públicas; la información personal a la que nos referimos es aquella que el Estado administra, recopila, genera y custodia como parte de su quehacer institucional, orientado al cumplimiento de sus fines y adelantado bajo el principio de legalidad. b) Que a pesar de que la información personal está regulada simultáneamente por el derecho de acceso a la información pública, y por los derechos a la protección a la vida privada y a los datos personales, su abordaje teórico será adelantado (siguiendo una tendencia mayoritaria en la doctrina) bajo la óptica de estos últimos, y en especial bajo la sombrilla más amplia de los estudios sobre “privacidad”. c) Que esta aproximación tiene sobre todo un carácter analítico, bajo la confianza de aportar herramientas heurísticas, tanto para la comprensión, como para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

En el presente capítulo exploraremos el fenómeno “información personal”. En primer lugar, abordaremos algunos problemas ligados a la definición acogida por la legislación: su carácter maximalista, el énfasis en la función de identificar y su tensión con los soportes (5.1). En segundo lugar, desarrollaremos la relación entre la definición de información personal y el deber de protegerla, a partir de dos aproximaciones alternativas a la definición de información personal (5.2). Finalmente, indicaremos algunos argumentos sobre la posibilidad y la utilidad de las clasificaciones y presentaremos un par de aparatos clasificatorios: información personal pública e información personal sensible (5.3).

5.1. Problemas ligados a la definición de información personal

Definir la expresión “información personal” es una cuestión crítica. Esto es indispensable para precisar, tanto el alcance del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, como el ámbito de protección de los derechos fundamentales concurrentes¹. A pesar de su centralidad, en Colombia y en México los debates sobre este asunto han sido marginales². En

¹ Schwartz, Paul y Solove, Daniel, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personal Identifiable Information. En: *New York University Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 1814-1894, 1816 “PII is one of the most central concepts in privacy regulation. It defines the scope and boundaries of a large range of privacy statutes and regulations.” Gratton, Eloïse, If Personal Information is Privacy's Gatekeeper, Then Risk of Harm Is the Key: A Proposed Method for Determining What Counts as Personal Information. En: *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 24-1, 2014, pp. 105-210, 208 “Working on a common interpretation of the definition of personal information is tantamount to defining what falls inside or outside the scope of DPLs [data protection laws].” Davara F. de Marcos, Isabel, Protección de datos de carácter personal en México: problemática jurídica y estatus normativo actual. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 73-111, 79 “[L]a definición de dato de carácter personal es esencial, pues constituye el ámbito de aplicación objetivo de la normativa.”

² En la doctrina no encontramos mayores debates o aproximaciones críticas en torno a la definición de la expresión “información personal”. En México, Davara, Protección de... *Op., cit.*, (critica la expresión “protección de datos personales” como confusa) p. 74 “El dato, en sí mismo, no necesita protección alguna. Sin embargo, cuando el dato se une a una persona, es algo distinto. Ya no protegemos, entonces, al dato, sino al titular del mismo, a la persona. Es más, cuando el dato se une a una persona se convierte en información personal. (...) [El derecho a la protección de datos no persigue] una protección de la información per se.” Advertimos esbozos de debate en un par de casos

el caso mexicano la temprana influencia de la concepción europea de la protección de datos, acogida por el Legislador en la Ley Federal de Transparencia del año 2002, y potenciada por la lectura con sesgo europeo por parte del entonces IFAI, parecen haber clausurado el debate en la línea maximalista. En el caso colombiano, la influencia de la concepción europea es tardía, y se concretará con la expedición de la Ley de protección de datos personales hasta el año 2012. Lo anterior, no obstante que, durante cerca de 20 años, la Jurisprudencia constitucional intentó construir una definición vernácula de la expresión, a partir de la casuística y sin una influencia foránea notoria³.

Los legisladores, tanto en México, como en Colombia, optaron por una definición maximalista de información personal. En lo que sigue, explicaremos cómo ha sido esto a partir de las definiciones de los textos legales pertinentes, indagaremos por la compleja relación entre la definición de datos personales y el problema de la identidad, y desarrollaremos la tesis de por qué una aproximación maximalista es problemática.

5.1.1. La definición legal de información personal en Colombia y México

En México, la definición operativa de información personal, bajo la expresión “datos personales” es lacónica y universal; se trata de cualquier “información concerniente a una persona física, identificada o identificable”. Este ha sido el elemento básico de las definiciones utilizadas por el Legislador mexicano desde el año 2002 hasta el 2017.

La primera definición, contenida en el original artículo 3º, sobre definiciones, de la Ley Federal de Transparencia de 2002, además, venía acompañada de un listado de especies de información personal en *numero apertus*⁴. Esta técnica legislativa inspiró la elaboración del reglamento y, sobre todo, de los primeros lineamientos en materia de clasificación y desclasificación de información

del Órgano de Transparencia: el de acceso a información del pasado (Anexo B, caso 32, IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal) y el del acceso a los expedientes clínicos de presos fallecidos (Anexo B, caso 19, IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde).

En Colombia, sin mucho debate, pueden revisarse los intentos de definición en la decisión pionera sobre habeas data, relacionada con bases de datos de riesgo crediticio (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-414 de 1992, MP Ciro Angarita Barón) y en la decisión del caso de acceso por internet a la información de catastro (Anexo B, caso 11, Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett).

³ Upegui, Juan Carlos, *Habeas Data. Fundamentos, naturaleza y régimen*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008 (sobre la forma en que la Corte Constitucional definió el concepto “datos personales” a partir de la solución de casos con problemas jurídicos diversos, ver pp. 235 a 245).

⁴ México. Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 11 de junio de 2002. Artículo 3. “Para los efectos de esta Ley se entenderá por: (...) II. Datos personales: La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial, o que esté referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico, patrimonio, ideología y opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales, u otras análogas que afecten su intimidad.”

pública en los que el IFAI incluyó prácticamente cualquier especie de información relativa a una persona física⁵.

Esta definición tiene tres elementos que parecen inspirados en la Directiva Europea 95/46/CE, en especial en sus artículos 2º, sobre definiciones⁶, y 8º, sobre categorías especiales de datos⁷. En primer lugar, el uso del artículo indeterminado “la” para referirse al objeto información, que juega un papel similar al de un universal positivo. En segundo lugar, el uso del mismo atributo de la información como “concerniente a una persona física, identificada o identificable” y, en tercer lugar, la inclusión de algunas especies de información como los de “opiniones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas” y “los estados de salud”, que hacen eco de las categorías especiales de datos de la Directiva.

En el año 2010, el Congreso suprimió de la definición de datos personales de la Ley Federal de Transparencia el listado de especies que ejemplificaban el concepto⁸, para darle así su forma lacónica y universal característica: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”. Tanto la Ley General de Transparencia de 2015, como la Ley Federal de Transparencia de 2016, adoptan esta definición, aunque con un giro y una omisión particulares⁹. El giro que caracteriza las dos legislaciones es la no inclusión de esta definición en el artículo de definiciones de la ley; en cambio quedó acuñada como parte de la definición de la “información confidencial”. La omisión, consistente en no acotar dicha definición a las personas físicas, es exclusiva de la Ley General de Transparencia; el mismo camino seguirá la Ley general de protección de datos del sector público¹⁰.

⁵ Como lo explicamos en el capítulo II, 2.2.4 *Caracterización del sistema de doble regla excepción en las normas secundarias*.

⁶ Europa. 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”, 24 de octubre de 1995. (En adelante, Directiva 95/46/CE, o la Directiva) Artículo 2 “Definiciones. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.”

⁷ Directiva 95/46/CE. Artículo 8. “Tratamiento de categorías especiales de datos 1. Los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.”

⁸ México. Diario Oficial. Reforma a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 5 de Julio de 2010. Artículo 3. “Para los efectos de esta Ley se entenderá por: II. Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.”

⁹ México. Diario Oficial. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2015. Artículo 116. “Se considera información confidencial la que contiene datos personales concernientes a una persona identificada o identificable.” Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 9 de mayo de 2016. Artículo 113. “Se considera información confidencial: I. La que contiene datos personales concernientes a una persona física identificada o identificable.”

¹⁰ México. Diario Oficial. Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, 26 de enero 2017. Artículo 3. “Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: (...) IX. Datos personales: Cualquier

Por su parte, en el caso colombiano, dada la falta de regulación de la materia hasta el año 2008, cuando se aprueba la Ley de habeas data financiero, y se expide la primera regulación con pretensiones generales sobre el fenómeno “información personal”, la Corte Constitucional tuvo un rol protagónico. Hasta entonces, la Corte había construido varias definiciones de información personal, a partir de la interpretación del artículo 15 de la Constitución, siguiendo cuatro aproximaciones: la posibilidad de identificación, la nuda relación con una persona, el régimen jurídico aplicable y el tipo de interés.

La primera definición es temprana y aparece en el año 1992, -primero de labores de la Corte Constitucional-, entonces, con ayuda de un perito en teoría de la información, la Corte siguió un modelo similar al que adoptaría la Directiva Europea de 1995, centrado en las posibilidades de identificación, y con énfasis en la expresión dato personal. Para la Corte “el dato (...) constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella (...) [estos] datos combinados en un modelo, son equivalentes a una “huella digital” porque el individuo es identificable a través de ellos”¹¹. En el año 1995, la Corte formula una nueva definición a partir del criterio básico de su relación con la persona e incluye el elemento de indiferencia sobre su carácter público o privado. “De los datos personales – concepto genérico- hacen parte todas aquellas informaciones que atañen a la persona y (...) pueden ser, junto a las estrictamente reservadas, las referentes a aspectos que relacionan a la persona con la sociedad y que, por tanto, son públicas.”¹² En el año 2002, la Corte intenta una definición ecléctica al integrar diversos criterios: relación con la persona, posibilidad de identificación, titularidad y régimen jurídico aplicable. Para la Corte son “características del dato personal: i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular (...) y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales”¹³. Finalmente, en el año 2007, la Corte, inspirada en la especie de información del caso entonces bajo estudio –relacionada con personas en situación de desplazamiento- define el dato personal a partir del tipo de interés: “la información obtenida (...) es de carácter personal, en donde se consignan datos que carecen de interés

información concerniente a una persona física identificada o identificable. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente a través de cualquier información.”

¹¹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-414 de 1992, MP Ciro Angarita Barón, consid., 3 En este mismo sentido, podría incluirse la definición de la Sentencia C-567 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 6 “El dato personal corresponde a un elemento que, unido al conjunto más o menos amplio de otros datos que emigran fuera del sujeto y que son susceptibles de tratamiento informático, gracias a la tecnología moderna, puede contribuir a configurar un perfil virtual del sujeto o a generar una cierta impresión social con fundamento en la aplicación de estereotipos o etiquetas de distinta índole.”

¹² Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-261 de 1995, MP José Gregorio Hernández, consid. “La dirección y el teléfono de una persona o familia no son parte necesaria de su intimidad.”

¹³ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, consid., c) los datos personales y las diversas clasificaciones de la información.

general”¹⁴. La creatividad para las definiciones, que había mostrado la Corte, cesa con la aprobación de la ley de habeas data financiero en 2008.

En el 2012, el Legislador colombiano adopta una definición de dato personal que, sin ser contraria a la de la Jurisprudencia local, luce muy similar a la adoptada en México: “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.”¹⁵ La definición sigue el mismo esquema sintáctico: la formulación de un universal positivo, en este caso “cualquier”, la necesidad de una relación con una persona física “vinculada o que pueda asociarse a”, y el carácter de esa persona como “determinada o determinable”. El cambio de términos de identificada o identificable, por determinada o determinable, no parece sustantivo¹⁶. La similitud entre la fórmula lacónica y universal colombiana con la mexicana, por transitividad, termina emparentada con la definición europea.

En el caso colombiano, al triunfo de esta definición en la Ley estatutaria sobre protección de datos personales de 2012, se suma el silencio de la Ley Estatutaria de Transparencia de 2014. Esta ley no incluye definiciones de las expresiones “información personal” o “datos personales” y, sin preocuparse por la armonización entre los regímenes de los derechos fundamentales concurrentes¹⁷, introduce el término “información pública clasificada”¹⁸, con el cual restringe el universo de información personal exenta de publicidad.

5.1.2. *Implicaciones de adoptar el modelo europeo de definición de información personal*

Al seguir la fórmula europea para definir la información personal, concentrada en la idoneidad de la información para identificar a -o para determinar la identidad de- un ser humano, México

¹⁴ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-705 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, consid., 20.

¹⁵ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1581 de 2012, Artículo 3°. “*Definiciones*. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) c) Dato personal: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”. En unos términos muy similares a la definición contenida en la Ley Estatutaria 1266 de 2008, Artículo 3. “*Definiciones*. Para los efectos de la presente ley, se entiende por (...) e) Dato personal. Es cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica. (...) Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados.”

¹⁶ Quizá en el caso colombiano tenga el sentido de distinguir la figura de la correcta “identificación” para efectos de la aplicación de la ley penal, la cual está revestida de especiales características, como el cotejo por servidor público de las señas particulares de una persona, -la de la tarjeta decadactilar que reposa en la Registraduría del Estado Civil- con las muestras *ad hoc* que se toman a la persona sometida a un proceso penal.

¹⁷ Alternativa regulatoria que está en consonancia con la tesis desarrollada en el capítulo II, 2.1, sobre la ausencia de armonización entre los regímenes jurídicos de los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales en el caso colombiano.

¹⁸ Colombia. Diario Oficial. Ley 1712 de 2014, Estatutaria de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Artículo 6°. “*Definiciones*. (...) c) Información pública clasificada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley.”

y Colombia importan las valoraciones implícitas que trae esta definición, a la par con sus ventajas y desventajas operativas¹⁹.

Hay tres valoraciones implícitas problemáticas. La primera es que la definición europea de información personal tiene un marcado carácter maximalista²⁰. Este carácter maximalista se manifiesta al incluir toda la información orientada a permitir identificar a un ser humano, independiente del tipo de soporte, si consiste en imagen o sonido, o de la forma en que conste la información²¹. La posición del Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva ha sido clara en este sentido, a pesar de afirmar, más como una cuestión de forma, la precaución de no sobreestimar el alcance de la definición²².

La segunda valoración implícita es que esta definición de información personal renuncia a establecer una relación conceptual entre información personal y vida privada²³. Este punto de partida tiene dos implicaciones capitales. La primera es que prescinde de las dicotomías público-privado como elemento relevante para comprender y para regular el fenómeno de la información personal. En estos términos, la clasificación de la información personal por su relación con las esferas pública y privada es desechable por inútil e inoperante. La segunda, es el nuevo tipo de relación conceptual que tendrá la información personal con el derecho a la protección de la vida privada. Este derecho funge como uno de los elementos legitimadores del nascente derecho a la

¹⁹ Schwartz y Solove, *The PII Problem: Privacy... Op., cit.* (Al criticar la definición europea de información personal por su pretensión “expansiva”, y en especial por no distinguir entre información de personas identificadas de la de personas identificables, aspecto crítico para la regulación de la información personal en entornos digitales) En especial, las páginas 1873-7.

²⁰ Como lo ha sostenido el Tribunal Europeo de Justicia desde el asunto *Linqvist*, (Sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, Göta hovrätt (Suecia) contra Bodil Lindqvist) párr. 24 “El concepto de «datos personales» que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones.” En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su WP 136, Opinion 4/2007, 20 junio 2007, *On the concept of personal data*. p. 5-6 “[T]he text of the Directive invites to the development of a policy that combines a wide interpretation of the notion of personal data and an appropriate balance in the application of the Directive’s rules.” Igualmente, Banisar, David, *The right to information and privacy: balancing rights and managing conflict*. World Bank Institute governance working paper series, Washington D.C., 2015, p. 19 “Such breadth [of the personal information’s definition] can lead to a conflict with the RTI [right to information] because the core principle of data protection is that information collected for one purpose should not be used for other purposes without the consent of the individual –and this is often view as covering everything that mention a person.” Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/847541468188048435/The-right-to-information-and-privacy-balancing-rights-and-managing-conflicts-access-to-information-program> (consultado 03-11-17)

²¹ Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, *cit.*, p. 8 “[I]t is not necessary for the information to be considered as personal data that it is contained in a structured database or file. Also information contained in free text in an electronic document may qualify as personal data.”

²² *Ibid.*, p. 25 “The European lawmaker intended to adopt a broad notion of personal data, but this notion is not unlimited. (...) The scope of the data protection rules should not be overstretched, but unduly restricting the concept of personal data should also be avoided”

²³ *Ibid.*, p. 7 “[T]he rules on protection of personal data go beyond the protection of the broad concept of the right to respect for private and family life.”

protección de datos, pero no es un elemento definitorio del objeto “información personal”²⁴. La relación entre información personal, así definida, y el objeto de protección del derecho a la vida privada es contingente, no necesaria. Esta relación conceptual permitirá reafirmar el carácter singular del derecho a la protección de datos personales como un “nuevo” derecho o como un “derecho autónomo”²⁵. El objeto de ambos derechos no tendrá un carácter co-extensivo. No siempre que se afirme una violación del derecho a la protección de la vida privada se podrá afirmar una violación del derecho a la protección de datos personales y viceversa.

La tercera valoración implícita es el reconocimiento del valor de la identidad y el nuevo significado que parece tener el hecho de ser identificado, a través de la información personal, entendida como aquella que identifica o permite identificar a un ser humano²⁶. Esta definición parece reconocer que esto es importante *per se*²⁷. Así, la protección de cada pieza de información personal es una función de limitar las posibilidades de identificar a una persona. En este contexto, el valor de la identidad se protege *in nuce* frente a dos tipos de riesgos: la agregación de información personal, en tanto la misma permita elaborar una semblanza de una persona²⁸; y el empleo de esa información –hecha semblanza– para tomar decisiones que afecten a la persona concernida²⁹. Así entendida, la operatividad de la definición de información personal, junto con los otros elementos del régimen de protección de datos personales, parece inspirada por la necesidad de evitar la realización de riesgos ligados a la toma de decisiones sobre ese ser humano³⁰. No tanto, como una forma de proteger el carácter privado de cierta información, ni

²⁴ Ver Capítulo VI, 6.1.2 *La comunidad de objeto protegido: la información personal* (En especial lo relativo a la falla dogmática de la aparente equivalencia entre información personal e información confidencial, señalada en el capítulo IV, 4.2.3.1)

²⁵ Ver Capítulo VI, 6.1.2 *La comunidad de objeto protegido: la información personal*, (En especial lo relativo a la falla dogmática de la aparente equivalencia entre los contenidos del derecho a la protección de la vida privada y del derecho a la protección de datos personales, señalada en el capítulo IV, 4.2.3.2)

²⁶ Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, *cit.*, p. 12 “A natural person can be considered as “identified” when, within a group of persons, he or she is “distinguished” from all other members of the group.”

²⁷ Incluso el Grupo de Trabajo del Artículo 29 liga la protección de la información personal con unos supuestos “principios fundamentales de defensa de la identidad humana”. WP 20, Dictamen 3/1999, del 3 mayo de 1999. *Información del sector público y protección de datos personales*, p. 12

²⁸ Grupo de Trabajo del Artículo 29. WP 20, *cit.*, p. 6 “[L]a digitalización de las informaciones y las posibilidades de búsqueda en texto íntegro pueden, sin embargo, multiplicar *ad infinitum* las posibilidades de interrogación y selección, sin olvidar que la difusión por Internet aumenta los riesgos de captación y desvío de uso. Además, la aproximación a datos hechos públicos a partir de fuentes diferentes, cuando éstas se ponen a disposición del público, se ve facilitada en gran medida por la digitalización de los datos y permite, sobre todo, establecer perfiles sobre la situación o el comportamiento de los individuos.”

²⁹ Article 29 Data Protection Working Party. WP 105, 19 enero 2005, *On data protection issues related to RFID technology*, p. 8 “Data relates to an individual if it refers to the identity, characteristics or behavior of an individual or if such information is used to determine of influence the way in which that person is treated or evaluated.”

³⁰ Gratton, If Personal Information is... *Op., cit.*, p. 141 “[T]he ultimate purpose [of the Data Protection Laws already adopted] was in fact broader than protecting privacy and that it was the protection of individuals against the risk of harm.” Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, *cit.*, p.14 “Without even

la relación que dicha información guarde con la vida privada. Esto sin perjuicio de aceptar que la regulación de todo tratamiento de información personal está orientada por la protección de los derechos fundamentales, y en especial, de los derechos al respeto a la vida privada y a la intimidad³¹.

Tanto en México, como en Colombia, ha terminado por imponerse una definición de información personal maximalista y orientada por la capacidad de identificar a un ser humano, con una clara ascendencia europea. La efectiva recepción de las “valoraciones implícitas” de esta definición, en la forma de entender la operación de los derechos a la protección de datos y al acceso a la información pública en Colombia y México es un hecho que admite distintas lecturas. Por lo pronto, arroja algo de claridad sobre un par de los problemas dogmáticos advertidos en el capítulo III y descritos en el capítulo IV, y aporta elementos heurísticos para una mejor comprensión del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

5.1.3 El énfasis en la potencialidad de identificar y el carácter de los identificadores

Al entender la información personal como una función de identificar a un ser humano, la atención regulatoria tiende a concentrarse en una especie singular de datos personales: los marcadores de identidad, identificadores o *identifiers*. Los identificadores son los datos personales por antonomasia en tanto permiten identificar al sujeto del que se predica cierta información³². Describiremos tres: nombre, número único de identificación nacional (o sucedáneos) y datos biométricos.

5.1.3.1 Nombre

enquiring about the name and address of the individual it is possible to categorise this person on the basis of socio-economic, psychological, philosophical or other criteria and attribute certain decisions to him or her.”

³¹Como se afirma en los considerandos de la Directiva 95/46/CE, en especial, en el 10 (sobre su relación con el derecho al respeto a la vida privada) 11 (sobre su relación con el derecho a la intimidad) y 33 (sobre la prohibición general de tratamiento de datos personales que involucren la intimidad) y se repite en los documentos del Grupo de Trabajo del Artículo 29, en especial, en el WP 44, Opinión 5/2001, 17 mayo 2001, *On the European Ombudsman Special Report to the European Parliament following the draft recommendation to the European Commission in complaint 713/98/IJH*, y en el WP 20, *cit.* [np 27]

³² Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, *cit.*, p. 12. “Identification is normally achieved through particular pieces of information which we may call “identifiers” and which hold a particularly privileged and close relationship with the particular individual. Examples are outward signs of the appearance of this person (...) or a quality of the person which cannot be immediately perceived (...) The Directive mention those “identifiers” in the definition of “personal data” in Article 2.” Bostjan, Bercic y Carlisle, George, Identifying Personal Data Using Relational Database Design Principles. En: *International Journal for Law and Information Technology*, vol. 17, núm. 3 2009, pp. 233-251 (sobre la importancia de los identificadores y de su tipología para enfrentar el problema de la vaguedad estructural de la definición de información personal de la directiva europea) p. 235 “Even if we accept the fact that content-wise every item of information can be considered personal data provided it can be related to an individual, the Directive’s definition is still rather vague structurally since it is not always clear what kind of internal structure every ‘record’ of an individual has to have to be considered personal data”.

El nombre de una persona es el identificador más común³³. Precisar la doble función del nombre permite expresar la especial naturaleza de los identificadores. Por una parte, el nombre es una pieza de información en sí misma; por otra, tiene la función de permitir relacionar otras piezas de información con una persona. Esta doble naturaleza ha generado no pocos problemas interpretativos al momento de decidir, en casos concretos, si el nombre debe considerarse información confidencial o no³⁴. Entendido como una pieza de información en sí misma, no es discutible el carácter público y mostrativo del nombre. Mediante el nombre los seres humanos se presentan frente a los demás; el nombre es en muchas circunstancias un elemento imprescindible de la interacción social. Ser nombrado es uno de los actos performativos más trascendentales de los seres humanos como sujetos sociales³⁵. Nombrar a un ser humano ha tenido históricamente y en diferentes culturas un carácter ritual. En los Estados contemporáneos esta ritualidad incluye la exhibición de la persona ante servidor público y el asiento del acto en documento oficial, que por regla general tiene el carácter de documento público y es de acceso público.

Por otra parte, entendido como un identificador, el nombre tiene una función crítica, pues permite relacionar piezas de información con una persona; el nombre permite concretar la función de identificar. Esta función del nombre es la que da origen a la anonimización de la información, una práctica central en la elaboración de versiones públicas de documentos que contienen datos personales. En términos generales anonimizar una información es privarla de cualquier relación con una persona concreta³⁶. Esto es, anular la vocación de identificar o hacer identificable una persona a partir de piezas de información. Mientras la discusión entre los

³³ Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, *cit.*, p. 13 “[T]he name of the person is indeed the most common identifier, and, in practice the notion of “identified person” implies most often a reference to the person’s name. In order to ascertain this identity, the name of the person sometimes has to be combined with other pieces of information (...) to prevent confusion between that person and possible namesakes.”

³⁴ Como lo ilustra, en el caso mexicano, la entonces presidenta del IFAI. Marván Laborde, María, El acceso a la información: algunos problemas prácticos. En: *Transparencia: libros, autores e ideas* (Mauricio Merino coord.) México, IFAI, 2005, pp. 21-26, 24 “¿Es el nombre un dato personal? Al momento de resolver recursos, constantemente nos encontramos con ese dilema y lo que hemos ido resolviendo, por absurdo que parezca, es que se trata de una pregunta que no admite respuestas absolutas.” En México la cuestión permanecía abierta por lo menos hasta el año 2009, como se desprende de las opiniones divergentes en el caso del acceso a los expedientes médicos de personas fallecidas en cautiverio (Anexo B, caso 19, IFAI, RDA 3751/09, CP María Marván Laborde. “[E]l nombre de las personas por sí mismo no representa un dato personal sino el medio por el cual se identifica una persona.” (Voto disidente María Marván Laborde y Ángel Trinidad Zaldívar)). O en Canadá, la posición del legislador Quebecois. *Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information*, “56. The name of a natural person is not personal information, except where it appears in conjunction with other information concerning him.” Disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/A-2.1> (consultado 04-11-17)

³⁵ “When Eve walked among the animals and name them –nightingale, red-shouldered hawk, fiddler crab, fallow deer- I wonder if she ever wanted them to speak back, looked into their wide wonderful eyes and whispered, Name me, name me.” Limón, Ada, *A name*. (Tomado del subway de Nueva York)

³⁶ En un sentido más técnico, “Data anonymization is the process of transforming data so that it can be processed in a useful way, while preventing that data from being linked to individual identities of people, objects or organizations.” Sedayao, Jeff, *Enhancing Cloud Security Using Data Anonymization*, Intel IT White Paper, June 2002, p. 6, disponible en: <https://www.intel.com/content/dam/www/public/us/en/documents/best-practices/enhancingcloud-security-using-data-anonymization.pdf> (consultado 05-11-17)

expertos gira entre las posiciones que defienden la imposibilidad absoluta de la anonimización³⁷ y las posiciones que consideran lo contrario³⁸, el debate para los legos, y en especial, para efectos de la operatividad de un sistema de protección de información personal de las administraciones públicas, parece decantarse hacia la aceptación de un escenario donde la confidencialidad total es imposible. Si este es el punto de partida regulatorio, parece bastar con una limitación razonable de las condiciones de publicidad de la información personal³⁹.

De aceptar un escenario semejante, la anonimización sería más una función de dificultar el acceso a la información que de garantizar su plena confidencialidad. El cambio cualitativo que supone el paso de los archivos del medio físico al medio digital, y en especial, a la web⁴⁰, es un desafío a la operatividad de la confidencialidad de la información personal. En este contexto, cobran sentido algunas decisiones de política de tratamiento de información personal, como la elaboración de documentos públicos en formatos cerrados, el diseño de bases de datos con criterios de búsqueda restringidos⁴¹, el uso de herramientas que impidan la indexación de información personal⁴², la consulta *in situ* de documentos sin posibilidades de tomar copias o generar sucedáneos en medios digitales, o la práctica sistemática del Órgano de Transparencia mexicano de eliminar las oportunidades de revelar información personal, por inocua que sea,

³⁷ Ohm, Paul, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonimization. En: *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 1701-1777 (Desde la ciencia computacional, desarrolla el argumento de que toda medida de anonimización de información personal es reversible y por tanto inútil.) En un sentido similar Schneider, Bruce, *Data and Goliath, The Hidden Battle to Collect Your Data and Control Your World*. New York, Norton and Company, 2015, p. 52 “Using public anonymous data from the 1990 census, computer scientist Latanya Sweeney found that 78% of the population of the United States, 216 million of 248 million people could likely be uniquely identified by their five-digit ZIP code combined with their gender and date of birth.”

³⁸ Sedayao, *Enhancing Cloud...op.*, *cit.*

³⁹ Solove, Daniel, Taxonomy of Privacy. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, núm. 3, enero 2006, pp. 477-560 (en el contexto de la sociedad de la información, sugiere un cambio de enfoque en la protección de la información personal, al trasladar la atención del hecho de que una información ha sido publicada, a la idea de la mayor o menor disponibilidad de la información) en especial, pp. 536-538

⁴⁰ Tavani, Herman, *Ethics and Technology, controversies, questions and strategies for ethical computing*, [s.l.] Rivier University, 4a ed. 2013. (Sobre el impacto de la cyber-tecnología sobre la privacidad, a partir de la cantidad, la velocidad, la duración y el tipo de información personal que puede ser recolectada, almacenada y compartida) en especial, pp. 132-33

⁴¹ Grupo de Trabajo del Artículo 29. WP 20, *cit.*, p. 9 “[L]a consulta en línea de bancos de datos puede ser objeto de restricciones con miras a prevenir el desvío de la finalidad para la cual se hacen públicos los datos. Estas medidas, adaptadas a cada caso, pueden consistir, por ejemplo, en limitar el campo de búsqueda o los criterios de interrogación. (...) las bases de datos relativas a los registros de empresas no deben poder interrogarse según el criterio del nombre de una persona, pues ello podría conducir a una búsqueda de todas las empresas en las que figura dicha persona.”

⁴² Grupo de Trabajo del Artículo 29, WP 20, *cit.*, p. 10 “[I]mpedir la captación automatizada de datos accesibles en línea [mediante la implementación del] protocolo de exclusión de los motores de investigación (*The Robots Exclusion Protocol*) que tiene por objeto impedir la indexación automatizada por un motor de búsqueda de la totalidad o una parte de las páginas de un sitio.” Como lo ha ordenado la Corte Constitucional colombiana con el fin de proteger los derechos ligados al tratamiento de información personal. Sentencia T-277 de 2015, MP María Victoria Calle, consid. 9.8.3 y resolutivo tercero, *in fine*, “Ordenar [al responsable del portal de noticias en internet] que, por medio de la herramienta técnica “*robots.txt*”, “*metatags*” u otra similar, neutralice la posibilidad de libre acceso a la noticia (...) a partir de la mera digitación del nombre de la accionante en los buscadores de internet”.

incluso y a pesar de constar en fuentes de acceso público. Medidas todas orientadas por la finalidad de dificultar el acceso, y no tanto por la de garantizar una plena confidencialidad.

5.1.3.2 Número único de identificación nacional

El número único de identificación nacional o sucedáneos es otro tipo de identificador. México no ha adoptado un número único de identificación nacional. Sin embargo, desde el año 1982, adoptó el sistema de asignar a sus nacionales –y a los extranjeros residentes- una clave única de registro de población (CURP) de carácter alfanumérico. La CURP sirve como dispositivo de identificación para adelantar ciertos trámites con el Estado (expedición de documentos de identidad como la credencial de elector y el pasaporte) pero tiene otras funciones⁴³. La CURP tiene la particularidad de integrarse con datos personales: las iniciales de nombres y apellidos, la fecha y lugar de nacimiento, y el sexo⁴⁴. En el caso colombiano, desde 1952 existe un número único de identificación nacional –para los mayores de 18 años- que se asigna al tramitar la cédula de ciudadanía⁴⁵. Desde el 2003, la autoridad registral decidió cambiar la política de identificación de los nacionales, y empezó a asignarles, desde su nacimiento, un número único de identificación personal (NUIP)⁴⁶.

La forma en que ha incidido el debate internacional sobre la pertinencia de adoptar un sistema de identificación nacional, a partir de números, ha sido diferente en los países bajo estudio. En México, no ha existido mayor debate sobre los riesgos de adoptar un número único de identificación nacional; en cambio sí ha existido polémica sobre la existencia de un sistema integrado y confiable de identificación nacional⁴⁷. No obstante, después de la expedición de la Ley Federal de Transparencia en el 2002, la regla general de la confidencialidad de los datos

⁴³ Nájera Montiel, Javier, Los datos de carácter personal ante la Clave Única de Registro de Población. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, enero-junio 2010, pp. 91-123 (también se emplea para acceder a servicios financieros, registro escolar, expedición de la cartilla de vacunación, licencia de conducción, cartilla del servicio militar, y trámites laborales en el sector público y privado)

⁴⁴ Llamados también “talking codes”, así en Bostjan y Carlisle, Identifying Personal Data... *Op., cit.*, (sobre el carácter y la clasificación de los identificadores) p. 245 “The identifier can become personal data if it contains data about an identifiable individual. An example is an identifier that not only identifies an individual uniquely, but in addition conveys some information, such as the individual's age and sex (these identifiers are usually called 'talking codes' and are exemplified in SSN)”

⁴⁵ Registraduría Nacional del Estado Civil, Historia de la cédula de ciudadanía. Disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/-Historia-de-la-cedula-de.2468-.html>. (consultado 22-09-17)

⁴⁶ Registraduría Nacional del Estado Civil, comunicado de prensa 03-2003. *Avanza la aplicación del NUIP en Colombia*. Disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/Avanza-la-aplicacion-del-Nuip-en.html> (consultado 22-09-17)

⁴⁷ López, Lorena, Más del 60% de la población tiene doble Curp. En: *Sipse.com*, 19 de febrero de 2017, disponible en: <http://sipse.com/mexico/curp-registro-poblacion-mexico-243354.html>. Iglesias Flores, Ricardo, La Curp con más pena que gloria... 30 años después. En: *Revista Este País*, 7 de diciembre de 2009, disponible en: <http://archivo.estepais.com/site/2009/27064/>. Ortega Pizarro, Fernando, CURP, la clave del caos. En: *Revista Proceso*, 24 de agosto de 2002, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/188197/curp-la-clave-del-caos> (consultados 22-09-17)

personales terminó por abrigar como confidencial la CURP⁴⁸ cuando figurase en documentos en posesión de los sujetos obligados⁴⁹. No tanto por ser un dato personal *per se*, sino por estar conformada a su vez por datos personales⁵⁰. En Colombia ninguno de estos debates ha tenido lugar. El uso del número de cédula de ciudadanía como un número único de identificación nacional, indispensable para abrir una cuenta bancaria, inscribirse en una universidad, expedir el pasaporte, registrar a los hijos y participar en las elecciones, entre muchas otras, no ha sido cuestionado –por ahora-, y con la nueva política de la Registraduría Nacional del Estado civil, de asignar un NUIP desde que se asienta el registro civil de nacimiento, parece seguir gozando de aceptación generalizada. Por otra parte, el carácter público del NUIP y del número de la cédula de ciudadanía impide considerarlos como información sometida algún tipo de restricción en el contexto de la información personal poseída por el Estado⁵¹.

La diferencia entre la práctica mexicana y la colombiana en torno a la confidencialidad del número de identificación nacional muestra la importancia de la práctica local y de los argumentos empíricos. Ilustra la diferencia que existe entre los dos modelos de protección de la información personal y, sobre todo, señala la importancia de que en la adopción del modelo de protección de información personal se consulten elementos idiosincráticos⁵².

⁴⁸ México. IFAI, *Criterio 03-10 Clave Única de Registro de Población (CURP) es un dato personal confidencial*. “[L]a CURP se integra por datos personales que únicamente le conciernen a un particular como son su fecha de nacimiento, su nombre, sus apellidos y su lugar de nacimiento, y esta es información que lo distingue plenamente del resto de los habitantes, por lo que es de carácter confidencial.” La regla es estable, véase entre otras, en el caso de las actas de entrega de computadores a menores, IFAI, RDA 2377/14 (Anexo B, caso 39). Se ha revelado excepcionalmente, como en el caso de la información sobre evaluación docente IFAI, RDA 4638/12 (Anexo B, caso 16).

⁴⁹ En relación con la confidencialidad de la CURP, en contra: Nájera, Los datos de carácter personal... *op. cit.* (Los datos personales que integran la CURP: el sexo, la fecha y lugar de nacimiento (entidad federativa o extranjero) no son confidenciales, por estar contenidos en el Registro Civil “fuente de acceso público.”) En especial, pp. 26 a 31

⁵⁰ Sin embargo, en el sector justicia estos datos son tratados como identificadores. México. Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de transparencia, acceso a la información pública, protección de datos personales y archivos. 6 de febrero de 2014. Título cuarto, capítulo segundo, “De los criterios para la supresión de datos”. Artículo 56. “En la versión pública que se elabore de la información que tienen bajo su resguardo (...) podrán suprimirse, entre otros, los siguientes datos: (...) IV. Los números, letras, o cualquier carácter que conforme alguna clave permita identificar a una persona, tales como el Registro Federal de Contribuyentes y la Clave Única de Registro de Población.”

⁵¹ En este sentido se ha pronunciado la autoridad de protección de datos colombiana, al responder una solicitud de información sobre medidas de protección para evitar la publicidad en internet del número de cédula de ciudadanía que constaba en un contrato público. Delegada para la protección de datos personales SIC, *Radicado 13-244259-00001-0000*, 28 de noviembre de 2013, p. 5 “[E]l número de identificación personal asignado por la Registraduría General de la Nación, como lo puede ser el número de cédula, corresponde a un dato público, en este sentido el inciso primero del artículo 213 del Código Electoral establece: “Toda persona tiene derecho a que la Registraduría le informe sobre el número, lugar y fecha de expedición de documentos de identidad pertenecientes a terceros.”

⁵² Watson, Ian, A short history of national identification numbering in Iceland. En: *Bifröst Journal of Social Science*, vol. 4, 2010, pp. 51-89. (Defiende el uso de la kennitala, el número único de identificación de los islandeses, a partir de una reconstrucción histórica de los debates sobre su instauración, su relación con la regulación europea de protección de datos personales y la idiosincrasia del pueblo islandés).

El argumento clásico en contra de la adopción de un sistema de identificación nacional con número único es producto de un hecho incontestable: la posibilidad que permite la tecnología, desde los años 80', de elaborar perfiles individuales a partir del cruce de distintas bases de datos y la transferencia de poder que esto implica⁵³. Posibilidad que alcanza niveles dramáticos en escenarios de *big data* y *data mining*⁵⁴, multiplicando el tipo de riesgos, -la vigilancia activa por parte del Estado, las prácticas discriminatorias en diversos escenarios, el diseño de publicidad a la medida, y el robo de identidad, entre otros-⁵⁵. Este tipo de argumentos tienen la particularidad de magnificar los riesgos y de minimizar las ventajas de los sistemas de identificación nacional con número único. Y están en la misma línea que parece caracterizar el modelo mexicano de protección de datos, orientado por consideraciones de principio ligadas a una política de prevención de riesgos en abstracto, por oposición al modelo colombiano orientado por consideraciones pragmáticas ligadas a la prevención de riesgos concretos⁵⁶.

5.1.3.3 Datos biométricos

⁵³Pionero en esta aproximación es el ahora clásico texto de Gandy, Oscar H., *The Panoptic Sort: a Political Economy of Personal Information*. Boulder, Westview, 1993. Insuflado de retórica, por ejemplo, Martín Pallín, José Antonio, Constitucionalidad del número de identificación único. En: *Jueces para la democracia*, núm. 33, 1998, pp. 7-17 (Aunque con interesantes referencias al tratamiento del tema en el derecho español, portugués y alemán) p. 16 “Una invasión masiva e incontrolada en el mundo de la intimidad de la persona a través del número único, supone necesariamente un desconocimiento de su dignidad y de los derechos que lo son inherentes, convirtiendo al ciudadano (...) en un ser indefenso y frágil, en un número sin personalidad que está atezado por un Estado que acumula un poder absolutamente inmoderado, innecesario y excesivo.”

⁵⁴ El Grupo de Trabajo del Artículo 29 ha blandido este argumento desde sus primeros dictámenes, incluso en relación con la posibilidad de hacer pública en Internet la información poseída por el Estado. Véase el WP 20, *cit.*, p. 6 “[Al facilitar el acceso de datos personales por Internet] se beneficia a las nuevas técnicas de «*data warehousing*» y «*data mining*». Estos métodos permiten recoger datos sin ninguna especificación *a priori* de la finalidad, y es sólo en fase de la explotación cuando se definen las distintas finalidades. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta todo lo que es técnicamente posible hacer con los datos.” Tavani, *Ethics and Technology...op., cit.* (Sobre las implicaciones éticas del *data mining* sobre datos personales y la clasificación de la información personal en pública y no pública) en especial, pp. 150 a 162. Schneier, *Data and Goliath, op., cit.* (Con énfasis en la creación de un Sistema integrado de control total de las personas con participación activa del Gobierno y del sector privado) en especial, pp. 73 a 103.

⁵⁵ Mayer-Schönberger, Viktor y Cukier, Keneth, *Big Data*. New York, Mariner Books, 2014 (Al sugerir que el Big Data no sólo maximiza los riesgos a la privacidad, sino que cambia su carácter) p. 153 “The important question, however, is not whether big data increase de risks to privacy (it does), but whether it changes the character of the risk. (...) Unfortunately, the problem has been transformed. With big data the value of information no longer resides solely in its primary purpose.”

⁵⁶ Guardando las proporciones, estas dos posturas se actualizan en el debate islandés sobre el uso del número único de identificación nacional. Watson, A short history... *Op., cit.*, p. 74 “One could call these two perspectives the “protectionist” perspective and the “pragmatist” perspective, respectively. The pragmatist perspective is interests-based and favorable towards the kennitala, seeing it as practical and useful. The protectionist perspective is more rights-based and would like to limit use of the kennitala, seeing it as a threat to privacy. Those expressing the pragmatist perspective in Iceland have tended to be actually involved with the bureaucratic oversight of the kennitala system, whereas those expressing the protectionist perspective have tended to be interested in privacy and data protection issues.”

Además del nombre y del número único de identificación nacional, quizá sean los datos biométricos⁵⁷ los identificadores más problemáticos⁵⁸. Estos datos se construyen a partir de las características físicas, mecánicas y conductuales exclusivas de cada ser humano⁵⁹, a diferencia del nombre o de los números de identificación, que suponen la mediación de un acto oficial de atribución y un conjunto más o menos complejo de prácticas sociales. La construcción de los datos biométricos supone la interacción entre tecnología y rasgos físicos y/o conductas humanas. Esta compleja interacción entre tecnología y características específicas de los seres humanos se traslada como dificultad regulatoria. En efecto no ha sido fácil llegar a consensos sobre las definiciones básicas y ni siquiera la legislación europea en sus orígenes pudo enfrentar con éxito el problema⁶⁰. Una de las dificultades ha sido distinguir entre la característica física o conductual (el rostro, el iris, el cuerpo mismo del ser humano) la muestra biométrica (el asiento de esas características) y el dato biométrico como tal (el templete o la representación digital)⁶¹. Esta situación no ha sido ajena a los archivos públicos.

En México, la imagen del rostro de los servidores públicos -la fotografía- ha sido protegida celosamente, al igual que la firma de particulares y de servidores públicos cuando no actúan en condición oficial. Sin embargo, en esta discusión no ha entrado el carácter biométrico o no de la información⁶², a pesar de que firma e imagen facial son muestras que permitirían, con la tecnología adecuada, elaborar datos biométricos. Un caso, relacionado con la fallida política de

⁵⁷ Sigo la definición de la ISO. “*Biometric* (noun). Biological and behavioural characteristic of an individual from which distinguishing, repeatable biometric features can be extracted for the purpose of biometric recognition”. *ISO/IEC 2382-37 Information Technology-Vocabulary-Part: 37 Biometrics*. 3.1.2. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:-37:ed-2:v1:en> (consultado 05-10-17)

⁵⁸ Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, *cit.*, p. 8 “A particularity of biometric data is that they can be considered both as content of the information about a particular individual (...) as well as an element to establish a link between one piece of information and the individual (...). As such they can work as “identifiers”. Indeed, because of their unique link to a specific individual, biometric data may be used to identify the individual.”

⁵⁹ Jasserand, Catherine, Legal Nature of Biometric Data: From Generic Personal Data to Sensitive Data. En: *European Data Protection Law Review*, núm. 3, 2016, pp. 297-311. (Con interesantes datos sobre las dificultades en el contexto europeo para definir los datos biométricos hasta la expedición de la gran reforma al régimen europeo de protección de datos de 2016)

⁶⁰ Jasserand, Legal Nature of Biometric... *op.*, *cit.*

⁶¹ *ISO/IEC 2382-37, cit.*, “3.3.21 *Biometric sample*, analog or digital representation of biometric characteristics prior to biometric feature extraction. Example: A record containing the image of a finger is a biometric sample. 3.3.22 *Biometric template reference biometric feature set*, set of stored biometric features comparable directly to probe biometric features. Example: A record containing a set of finger minutiae is a biometric template.” Esto puede aclararse en el contexto de la operación del “reconocimiento biométrico”, como lo describe Jasserand, en *Legal Nature of Biometric... op.*, *cit.*, pp. 302-3. “The biometric characteristics are “captured” under the form of an image, such as a fingerprint image. The format resulting (...) is called a biometric sample. (...) the information contained in a sample is extracted, reduced and transformed into labels or numbers via an algorithm. (...) Only the “salient discriminatory information that is essential for recognizing the person” will be kept. The extracted features are kept in a biometric template under the form of a “mathematical representation of the original [biometric] characteristic”.

⁶² Ver el anexo B, Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano, con la descripción de varios casos sobre este tema. En especial, los temas: a. Atributos de la personalidad e información curricular de los servidores públicos, y b. Información sobre títulos y cédulas profesionales.

cédula de identidad para menores de edad⁶³, en donde a partir de muestras de imagen facial, huellas e iris fueron elaborados datos biométricos, era oportuno para estas distinciones⁶⁴. Sin embargo, el INAI no aprovechó la oportunidad; diagnosticó el caso como uno típico de protección de datos personales sin adelantar análisis sobre el carácter específico de la información y se limitó a citar la normatividad del caso⁶⁵. Los problemas de publicidad aquí no son menores. Una interpretación en sentido amplio de la definición de dato biométrico convertiría de plano, las fotografías, los registros de voz de las personas o incluso la imagen de las huellas dactilares en una fotocopia de un documento, en objeto de especial protección.

Los datos biométricos no sólo permiten identificar a una persona, permiten autenticar dicha identidad. El vínculo inescindible con los seres humanos y su calidad de identificadores muy eficientes hace de los datos biométricos una especie de información personal que amerita consideraciones regulatorias especiales. La forma de atender estas particularidades, en términos regulatorios, por lo menos en el caso colombiano, ha sido su inclusión en la categoría de “datos sensibles”⁶⁶.

En Colombia, la Registraduría Nacional del Estado Civil administra una base de datos para el reconocimiento biométrico con auxilio de un sistema AFIS –sistema para la identificación automatizada de huellas dactilares por su sigla en inglés-⁶⁷. La base de datos está integrada con los plantones de huellas dactilares de toda la población que ha tramitado cédula de ciudadanía o tarjeta de identidad⁶⁸. La operación de dicha base de datos ha sido promocionada como una

⁶³La política no estuvo exenta de polémica. El entonces IFAI se manifestó sobre el carácter desproporcionado de la captura de iris, con fines de identificación. Datos biométricos no garantizan plena identidad jurídica: IFAI. En: *Proceso*, 12 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/102485/datos-biometricos-no-garantizan-plena-identidad-juridica-ifai>(consultado 25-09-17)

⁶⁴México. INAI, RPD 0078/15, CP Francisco Javier Acuña Llamas, en especial, consid. sexto, *in fine*. (A petición de interesada instruye a la SEGOB cancelar “los datos biométricos (las fotografías, las diez huellas dactilares y los iris)” de dos menores de edad, contenidos en la base de datos del fallido programa de identificación nacional consistente en la expedición de una cédula de identidad para menores).

⁶⁵ Sin que la misma sea concluyente o ilustrativa. El artículo 52, del Reglamento de la Ley General de Población, menciona fotografía, huellas e iris, pero no los califica como datos biométricos. El artículo 11.4.3, de *El procedimiento técnico de captura de información*, menciona la “captura de biométricos” como sinónimo de la toma de muestras biométricas. INAI, RPD 0078/15, *cit. consid.*, cuarto, p. 45.

⁶⁶ Colombia. Ley 1581 de 2012, Estatutaria de Protección de Datos personales. Art. 5.

⁶⁷ Moses, Keneth, Higgins, Peter, McCabe, Michael, Prabhakar, Salil y Swann, Scott, *The Fingerprint Sourcebook*. National Institute of Justice. International Association for Identification, Washington D.C., 2009. En especial las páginas 20 a 22 del capítulo 6, dedicado al AFIS. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/225326.pdf> (consultado 25-09-17) (sobre el proceso de toma de muestras de las huellas digitales desde el uso de escáner, la impresión en papel o su recuperación a partir de su impresión en diversas superficies, y las diferentes tecnologías disponibles). Esta tecnología era utilizada en los EEUU de América, por el FBI, para la conducción de su política criminal, hasta el advenimiento de un sistema que incluye no solo huellas digitales, sino palma de mano y reconocimiento facial, entre otras. Ver, Next Generation Identification. Criminal Justice Information Services. Disponible en: <https://www.fbi.gov/services/cjis/fingerprints-and-other-biometrics/ngi> (consultado 25-09-17)

⁶⁸ Ver las entradas: Un cambio de rumbo en la identificación de los colombianos y, La huella dactilar: la base del sistema de identificación en Colombia. En: *Nuestra Huella, revista electrónica de la Registraduría Nacional del Estado Civil*.

política alternativa para optimizar la autenticación de la identidad de las personas⁶⁹. Desde 2012, la propia Ley autoriza a entidades, tanto del sector público, como del privado, que requieran autenticar la identidad de los ciudadanos, a celebrar convenios con la Registraduría para efectos de acceder a dicha base de datos⁷⁰.

Existen otros datos que pueden fungir como eficientes identificadores, como la fecha de nacimiento, la dirección postal y el número IP. Los dos primeros son problemáticos en el contexto del acceso a la información personal en poder del Estado. La presencia de estos datos en diversos documentos es frecuente. Sin embargo, los mismos no han atraído mayor atención como especie singular de datos personales y han terminado cobijados por la regla general de confidencialidad de la información personal. En México, con una tendencia a la protección en casi todos los eventos. En Colombia con una tendencia a la publicidad, siguiendo prácticas sociales y el carácter público de la información básica del registro civil de nacimiento.

5.1.4 La aproximación maximalista y la dilución de la importancia de los soportes: el caso del documento público

A partir de la aproximación maximalista a la definición de dato personal, la relación entre dato personal y publicidad de los documentos oficiales en el contexto europeo, terminó guiada por el principio de protección del dato personal. Según la fórmula lacónica del Grupo de Trabajo del Artículo 29: “un dato de carácter personal, incluso hecho público, sigue siendo un dato de carácter personal y goza, por lo tanto, de protección”⁷¹. El punto de partida es el deber de protección del dato. Según el grupo de trabajo, la protección puede tomar diversas formas que

No. 60, Año 6, Noviembre 2012, disponible en: http://www.registraduria.gov.co/rev_electro/2012/rev_elec_noviembre/revista_noviembre2012.html#09. (25-09-17) “Mientras que en el sistema manual se requería que el dactiloscopista, con lupa en mano, tomara las impresiones dactilares que llegaban a la Entidad y las convirtiera en una fórmula que servía como base para archivar esa tarjeta; el Afis archiva automáticamente las impresiones dactilares en el sistema, una vez que el ciudadano solicita su documento de identidad.”

⁶⁹ Colombia. Diario Oficial. Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, 10 de enero de 2012, Artículo 18. Registraduría Nacional del Estado Civil. Identificación biométrica: cada vez con más usos en la vida cotidiana, disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/Identificacion-biometrica-cada-vez.html> (consultado 25-09-17)

⁷⁰ La naturaleza específica de esta base de datos, *i.e.*, su extensión y su función de autenticación de la identidad a partir de datos biométricos, justifica las reglas de seguridad y de confidencialidad característicos de los convenios de interoperabilidad, ver Registraduría Nacional del Estado Civil. Resolución 5633 de 2016, “Por la cual se reglamentan las condiciones y el procedimiento para el acceso a las bases de datos de la información que produce y administra la Registraduría Nacional del Estado Civil”, 29 de junio de 2016.

⁷¹ Grupo de Trabajo del Artículo 29. WP 20, *cit.*, p. 12 “El legislador, cuando desea que un dato se vuelva accesible al público no considera sin embargo que haya de convertirse en *res nullius*. Tal es la filosofía del conjunto de nuestras legislaciones. El carácter público de un dato de carácter personal, resulte de una normativa o de la voluntad de la propia persona a la que alude el dato, no priva, *ipso facto* y para siempre, a dicha persona de la protección que le garantiza la ley en virtud de los principios fundamentales de defensa de la identidad humana.”

juegan con la ambigüedad de la expresión “publicidad”⁷², en todo caso, la protección ha de incluir la posibilidad de ejercicio de los derechos ARCO⁷³. Otra de las manifestaciones del deber de protección del dato personal es la forma en que terminan por articularse los derechos respectivos. A pesar de que el Grupo del Artículo 29 considera que ambos derechos, la protección de datos y el acceso a documentos públicos, tienen igual jerarquía, la obligación de armonizarlos en cada caso concreto, como punto de partida, supone limitar cualquier práctica de publicidad automática e indiscriminada de información personal⁷⁴.

Sin entrar a cuestionar la posición, necesariamente parcial, del Grupo del Artículo 29, la aceptación de una aproximación maximalista a la definición de información personal, tanto en Colombia como en México, ha terminado por alinear la lectura del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en una dirección muy similar a la europea. Uno de los efectos inadvertidos de dicha aproximación maximalista, ligado a la entronización de la información personal como objeto de protección *per se*, es la dilución de la importancia de los soportes. En la práctica de los regímenes de protección de datos personales, el dato personal se erige como una nueva entidad, llamada a gobernar la atención y a gozar de cierta autonomía respecto de su fuente o de su soporte. Esta situación es crítica en el caso de la publicidad de la información personal en poder del Estado en relación con un tipo específico de soporte: el documento público.

En su forma ideal, el documento público es una de esas especies que parecen el *summum* de la publicidad. Es público por diversas razones: porque es proferido por una autoridad pública, en ejercicio de funciones públicas, con cargo a recursos públicos, su contenido reviste interés público –entre otras por su especial valor probatorio– y además puede ser conocido y usado por el público⁷⁵. Las definiciones legales de documento público en México y en Colombia siguen

⁷² *Ibíd.*, p. 5 “Aunque el acceso a los datos pueda ser público, puede estar sujeto a condiciones (como la justificación de un interés legítimo) y su explotación, con fines comerciales [...] puede restringirse.”

⁷³ *Ibíd.* “[I]ndependientemente de una eventual publicación de datos personales, la persona interesada tiene siempre derecho de acceso a sus datos y el derecho a exigir, cuando proceda, su rectificación o el borrado de datos cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la Directiva.”

⁷⁴ Article 29 Working Party. WP 44, Opinion 5/2001, cit., (sobre la protección de datos personales y el acceso público a documentos en el contexto de las instituciones comunitarias) p. 5 “Given that the obligation of administrations to grant public access to documents is limited by their obligation to protect personal data, an unrestricted, automatic, unfettered public disclosure of personal data held by the administration without taking into account the need to protect privacy would no longer be in line with the provisions of Laws governing public access to documents (...) In other words, the compliance with a legal obligation cannot be used as a proper ground to make automatic, unrestricted public disclosure of personal data legitimate according to the Directive.”

⁷⁵ Blanquer Uberos, Roberto, Documento Público. En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Porrúa-UNAM-IIJ, t. 2, 2007, p. 2577-81 “Los documentos son públicos o privados (...) El criterio básico de distinción es el del autor; el documento es público cuando su autor sea funcionario público. (...) El documento es igualmente público (...) respecto a todos, partes y terceros (...) El documento despliega, ante todo, una eficacia fuera del proceso (...) se trata de una eficacia de todo el instrumento, en bloque.”

algunas de estas características⁷⁶; ninguna de estas definiciones, sin embargo, está recogida en las leyes de Transparencia⁷⁷. ¿Por qué las leyes de transparencia no se ocuparon de una definición en apariencia tan importante para el objeto regulado? La finalidad primordial de estas leyes, orientadas por el principio de máxima publicidad parece relevar la necesidad de considerar una tipología de documentos. Esto bajo la premisa de que todo documento en posesión del Estado se considera, por este solo hecho, accesible al público. Las leyes de transparencia al rehusarse a emplear el término documento público, paradójicamente, han terminado jugando en contra de la publicidad irrestricta de los documentos públicos.

La distinción básica entre documento público y documento privado era y sigue siendo relevante. Esta distinción aplicada a los documentos poseídos por el Estado está llamada a jugar un papel central para determinar el alcance y la intensidad de las restricciones al acceso a la información. En especial, cuando la causal alegada guarda relación con información personal de terceros. La naturaleza pública del documento, por el contexto en que se produce, por la forma en que se genera, por la calidad de quienes intervienen en él, y por su funcionalidad en la operación del Estado de Derecho, indica que la información allí contenida es pública, en el sentido de que su acceso no puede ser restringido. Esta publicidad debe operar por la naturaleza del documento y no por la naturaleza de la información allí contenida.

La anterior afirmación de *lege ferendae* termina enfrentada a la normatividad interpretada en la práctica. En ciertas arenas, el carácter de la plena publicidad de los documentos públicos parece diluido. Como sucede en México con la práctica de testar la información personal por *default* en el texto de las sentencias judiciales⁷⁸. O de testar, ante peticiones concretas de información,

⁷⁶ México. Diario Oficial. Código Federal de Procedimientos Civiles, 24 de febrero de 1943. Artículo 129, “Son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.” Colombia. Diario Oficial. Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, 12 de julio de 2012. Artículo 243, inc., 2 “Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo (sic), es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención” A su vez, la Corte Constitucional colombiana consideró, en la Sentencia T-473 de 1992, MP Ciro Angarita Barón, consid. A, que el concepto de documento público establecido en el artículo 74 de la Constitución no estaba “circunscrito” en su interpretación a su entendimiento por las disciplinas jurídicas (civil, administrativo, penal) y por tanto, “no cuenta tanto el carácter del sujeto o entidad que lo produce o la forma misma de su producción sino el hecho objetivo de que no contenga datos que por expresa disposición de la ley deban ser mantenidos en reserva.”

⁷⁷ En Colombia, ninguna de las leyes de acceso a la información pública trae una definición de documento público. La Ley 57 de 1985, se refiere a los “documentos oficiales”, y en la Ley 1712 de 2014, la expresión central es “documento”. No obstante, la mención de la expresión “documentos públicos”, para efectos de la gestión documental, y “documento público” al referirse a la posibilidad de reservar el contenido y no la existencia del documento, tales menciones no caracterizan el fenómeno. En México ocurre otro tanto. La Ley Federal de Transparencia de 2002, no menciona la expresión documento público, en su lugar define de forma amplia la expresión “documentos”, en el artículo 3, sobre definiciones. Patrón que se mantiene en la Ley General de Transparencia de 2015 y que es seguido por la Ley Federal de Transparencia de 2016.

⁷⁸ México. Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal cit. [np 50] Título cuarto, capítulo segundo, “De los criterios para la supresión de datos”. Artículo 56. “En la versión pública que se elabore de la información que tienen bajo su resguardo (...) los órganos jurisdiccionales, dependiendo del caso concreto podrán

información personal contenida en documentos públicos, como el acta del registro civil de nacimiento o del registro de la propiedad, con los argumentos del principio de finalidad, y de que, en todo caso, esta información puede ser obtenida directamente ante las oficinas de registro⁷⁹. En Colombia, por su parte, la decisión reciente de la Corte Constitucional, en el sentido de ordenar la anonimización de una sentencia de la Sala de Casación Penal, con el argumento de proteger la información personal, y demás derechos de quien había sido condenada⁸⁰, parece abrir camino por esta senda. En ambos casos, primero y de forma extendida en México, y después y aún de forma marginal en Colombia, hay evidencia de que una postura maximalista de la definición de información personal termina por diluir el atributo de publicidad propio de los documentos públicos cuando estos contienen información personal.

5.2 La definición de información personal y su relación con el deber de su protección

El carácter maximalista de la definición de información personal tiene como efecto aumentar las hipótesis y los escenarios de protección de la información personal. Esta situación es problemática en entornos constitucionales que también protegen, entre otros, el derecho de acceso a la información pública. En términos analíticos, la concepción maximalista ubica los límites del derecho a la protección de datos personales en el umbral en que la información deja de ser personal, porque no identifica ni permite identificar a un ser humano. Este es un umbral que no se compadece con ideas básicas, como la de que cierta información personal, por inocua, no merece la activación de medidas de protección (un argumento pragmático y de eficiencia económica), o que por su relación con el funcionamiento básico del Estado de derecho, (un argumento ligado al valor de la transparencia) o porque incorpora un interés público (un argumento ligado al valor de la formación de la opinión pública) no debería estar cobijada por la regla de confidencialidad y ser accesible sin restricciones. Estas hipótesis, que desafían en últimas el carácter maximalista de la definición de información personal y la protección maximalista que trae aparejada, demandan un tratamiento diferente de la especie “información personal”, como punto de partida y elemento básico de cualquier régimen jurídico orientado a su protección.

En este apartado revisaremos un par de aproximaciones alternativas a la definición de información personal, con el fin de introducir elementos analíticos que permitan ilustrar la compleja relación entre la definición de la información personal y el deber de su protección. La presentación de estas alternativas no tiene un afán normativo. No son alternativas que busquen

suprimirse, entre otros, los siguientes datos: I. Los nombres, alias, pseudónimos o cualquier otra denominación que identifique o haga identificable a una persona, así como las firmas del quejoso o partes en un juicio, víctimas y ofendidos, representantes y personas autorizadas, testigos, peritos, terceros mencionados en juicio...”

⁷⁹ México. IFAI, Criterio 13/09, “Datos Personales en fuentes de acceso público. De acuerdo con el principio de finalidad, ante solicitudes de acceso a datos personales, realizadas por personas distintas de su titular, procede su remisión cuando dichos datos obran en una fuente de acceso público.”

⁸⁰ Ver Anexo A, caso 22, Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero.

fungir como parámetros regulatorios aplicables ya al modelo colombiano, ya al modelo mexicano. Buscamos con ellas mostrar que la adopción de una concepción maximalista de la información personal no es una fatalidad regulatoria, y que, desde el punto de vista analítico, es posible diferenciar la definición de la información personal de su deber de protección, incluso, en modelos que no acogen concepciones maximalistas de la información personal. Con esto además sumamos argumentos para aclarar el problema dogmático de la equivalencia entre información personal e información confidencial, indicado en el capítulo IV; problema que nace precisamente de la confusión entre la definición de la información personal y el deber de su protección. En este apartado presentaremos dos aproximaciones alternativas al deber de protección de (toda) la información personal: una según el riesgo (5.2.1) y otra según el contexto (5.2.2).

5.2.1 Dos aproximaciones alternativas al deber de protección de la información personal

La definición de la información personal, ligada a la identidad y de corte maximalista acuñada por los europeos, ha sido acogida en México y Colombia como un elemento determinante para orientar el deber de protección de la información personal. Sin embargo, esta no es ni ha sido la única para orientar dicho deber de protección. Desde el punto de vista teórico existen aproximaciones alternativas. En este apartado presentaremos dos de ellas, una orientada por la necesidad de prevenir el riesgo de daños, otra por la necesidad de mantener la integridad del contexto. Ambas teorías cuestionan la definición de información personal ligada a la identidad y de corte maximalista, y la consideran inapropiada para la protección de los intereses que están en juego en todo tratamiento de información personal en los complejos escenarios de las sociedades de la información.

5.2.1.1 La definición de información personal a partir del riesgo de daño. La tesis de Eloïse Gratton

Eloïse Gratton propone una alternativa metodológica para definir la información personal a partir de la constatación de un riesgo de daño al titular de dicha información⁸¹. Su método parte de dos presupuestos: la insuficiencia de la definición de la información personal como función de la identificabilidad de un ser humano⁸², y la finalidad de las leyes de protección de datos personales de proteger al ser humano, en especial, contra los riesgos de daño anejos al tratamiento de información personal⁸³.

⁸¹ Gratton, *If Personal Information...* *Op., cit.* [np 1]

⁸² *Ibid.*, p. 115 “[A] literal interpretation of the definition of personal information and of the term “identifiable” has in many instances either an over-inclusive outcome, an under-inclusive one, or may trigger uncertainty as to which kind of information is in fact “identifiable.”

⁸³ *Ibid.*, p. 146 “[T]he ultimate purpose behind DPLs was to protect individuals against a risk of harm that may be triggered by organizations collecting, using and disclosing their personal information.” p. 152 “[W]hen legislators are attempting to limit the scope of DPLs, they are inclined to focus on the notion of “risk of harm”, probably because this is in fact the main goal at the heart of DPLs and its ultimate purpose.”

Para desplegar su método, Gratton incorpora la tipología general de daños en subjetivo y objetivo, y la adapta a las distintas etapas que comprende el tratamiento de la información personal: recolecta, divulgación y uso efectivo⁸⁴. En los dos primeros, el tipo de daño es de carácter subjetivo: en el caso de la recolecta está relacionado con la idea-sentimiento de estar sometido a vigilancia y en el caso de la divulgación, con la idea-sentimiento de estar expuesto o ser avergonzado⁸⁵. Para definir si el caso entra en una de estas hipótesis y, por tanto, la información es personal y debe ser protegida, incluye dos variables: la naturaleza íntima de la información y su grado de accesibilidad por parte de terceros o del público general⁸⁶. En el tercero, uso efectivo, el tipo de daño es objetivo, aquí el uso de la información personal guarda relación con distintas circunstancias⁸⁷ que pueden reagruparse en tres tipos de daños: daño físico, cuando la información es empleada para causar daño a la vida o a la integridad de la persona, daño relacionado con la información, cuando se emplea para realizar fraudes, robo de identidad, daños a propiedades, etc., y daños asociados a prácticas discriminatorias, cuando se emplea para incidir en la toma de decisiones sobre la persona o para afectar su reputación⁸⁸. Gratton se concentra en este último tipo de daños, al considerar que la variable relevante para definir si la información merece protección es la idoneidad para causar un impacto negativo sobre la persona⁸⁹. Las variables relevantes para determinar el riesgo de daño en estos escenarios son la precisión y la adecuación de la información en función de una eventual toma de decisión⁹⁰. En este escenario, afirma, no es necesario revisar el nivel de difusión de la información, ni su carácter íntimo.

El método propuesto por Gratton tiene algunas debilidades. Destacamos dos. Las dificultades para disolver la probable confusión entre la naturaleza de la información con el deber de su

⁸⁴ *Ibíd.*, p.156 “Regulating the “disclosure” and the “use” of personal information serve very different ends; protecting against subjective harm in the case of the former and objective harm for the latter.”

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 162 “In order to be harmful to an individual, a disclosure of personal information would therefore have to create some type of humiliation or embarrassment.”

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 163 “[A]dditional criteria are the “intimate” nature of the information, and the extent of its “availability” to third parties or the public upon being disclosed. To trigger the feeling of humiliation or embarrassment upon being disclosed, the data usually needs to focus on something of an “intimate nature”.”

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 187 “The second category is ‘objective’ in the sense of being external to the person harmed. This set of harms involves the forced or unanticipated use of information about a person against that person.”

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 190 “Information may be used to discriminate, remove a benefit, or tarnish a reputation and an individual may be subject to some type of discrimination, which could lead him to being refused for a job, refused for credit, mortgage or a loan, etc. Many have voiced their concerns about consumer profiling, as it may be a tool used to facilitate the practice of discrimination.”

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 194 “[The] criterion of “identifiability” is much less relevant when assessing if there is an objective harm upon information being used, and that this metric (“identifiable”) should instead be replaced by the following: whether the information used may have a “negative impact” (objective harm) on the individual.”

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 192 “Once it is determined that the use of information triggers an objective harm, then the information used should be “accurate” and “relevant” to the intended use.”

protección, y su operatividad limitada. Para ser aplicable, este método debe derrotar la interpretación maximalista, imperante, del concepto de información personal, y además desplazar otros elementos del régimen de protección de datos (en especial las reglas de confidencialidad y los derechos arco) que operan, no bajo la concepción de la prevención de daños, sino de la protección *per se* de la información personal.

Sin embargo, la propuesta de Gratton tiene especial valor como aproximación alternativa a la definición maximalista de la información personal y de paso, al modelo de protección en ella sustentado. La tesis de Gratton está inspirada en una crítica bien fundamentada a la interpretación literal de la definición de información personal ligada a su capacidad para identificar a un ser humano. Esta definición es problemática por tres razones, porque puede ser súper inclusiva (maximalista), porque puede excluir algunas especies que merecen protección, o porque genera discusiones que podrían y deberían ser evitadas. Ante esta constatación Gratton advierte la necesidad de desplazar la justificación del deber de protección de la información personal hacia la necesidad de proteger a la persona de la posible realización de daños, independientemente de si tales daños están relacionados con intereses ligados a los valores de privacidad y de identidad, pero sobre todo frente a riesgos de daño que sean verosímiles. En este desplazamiento, Gratton hace una lectura de las leyes de protección de datos a partir del principio de eficiencia, y sugiere la necesidad de aplicar los recursos (escasos) para la protección de datos, a eventos que estén realmente justificados. Por último, Gratton no sólo ofrece buenos argumentos para fundamentar el deber de protección de la información personal en el concepto de riesgo de daño a la persona, sino que intenta una tipología operativa de daños, bajo la bina subjetivo-objetivo, que dialoga con cierta finura con las prácticas concretas de tratamiento de información personal; e intenta ilustrar las diferentes implicaciones de un modelo orientado por la prevención de daños, según se trate de actividades relacionadas con el acopio, la divulgación o el uso específico de la información personal.

5.2.1.2 La protección de la información personal a partir de su relación con el contexto. La tesis de Helen Nissenbaum

Helen Nissenbaum considera que el deber de protección de la información personal es una función de las reglas de circulación de dicha información según determinados contextos⁹¹. Dicho deber de protección depende de una evaluación sobre el respeto a la integridad del contexto en donde ocurre dicha circulación.⁹² Para determinar cuándo se activa el deber de protección es

⁹¹ Nissenbaum, Helen, Privacy as contextual integrity. En: *Washington Law Review*, vol. 79, 2004, pp. 119-157 (como una posición alternativa a la conceptualización de la privacidad en el ámbito norteamericano, a propósito del problema de la video-vigilancia y de la privacidad en público). Nissenbaum, Helen, *Privacy in Context, Technology, Policy and the Integrity of Social Life*. Stanford, Stanford University Press, 2010, p. 130 “By contexts, I mean structured social settings with characteristics that have evolved over time (sometimes long periods of time) and are subject to a host of causes and contingencies of purpose, place, culture, historical accident, and more.”

⁹² Nissenbaum, *Privacy in Context... op cit.*, p. 140 “Contextual integrity is defined in terms of informational norms: it is preserved when informational norms are respected and violated when informational norms are breached.”

necesario agotar dos etapas una descriptiva –en donde el método de la integridad del contexto despliega su función heurística- y otra normativa – en donde despliega su función prescriptiva-⁹³. En la primera etapa se debe caracterizar el tratamiento de la información personal objeto de análisis en términos de circulación de la información personal, identificar el contexto general en que dicha circulación ocurre, los sujetos involucrados (titular, remitente, receptor), los principios de transmisión y las normas que regulan la circulación de la información⁹⁴. En la segunda etapa se examina si la práctica de tratamiento de información personal está en consonancia o no con las normas propias del contexto. Si no lo está, se considerará como una violación de la integridad del contexto que debe prohibirse a menos que pueda justificarse⁹⁵. Ocurre esto último al determinar que dicho tratamiento de información personal no riñe con los valores del contexto y no amenaza su existencia como unidad social viable.

Esta tesis tiene cuatro presupuestos destacables: primero, la insuficiencia de las elaboraciones – teóricas- del derecho a la privacidad -como el derecho a mantener el secreto o el control sobre la información personal-, para enfrentar los desafíos de las siempre cambiantes nuevas tecnologías de tratamiento de información personal⁹⁶; segundo, la comprensión del derecho a la protección de la información personal –la privacidad- como el derecho a la circulación apropiada de la información personal, según el contexto⁹⁷; tercero, la disfuncionalidad de las clasificaciones de la información personal, y en especial el uso de la dicotomía público-privado, para resolver los problemas relacionados con el deber de protección de la información personal⁹⁸; y cuarto, el

⁹³ *Ibíd.*, p. 129 “The heart of the framework of contextual integrity is an elaboration of its key construct: context-relative informational norms. Context-relative informational norms function descriptively when they express entrenched expectation governing the flows of personal information, but they are also a key vehicle for elaborating the prescriptive (normative) component of the framework of contextual integrity.” p. 140 “Given the myriad norms that govern activities and practices within and across contexts, consider those that are specifically concerned with the flow of personal information –transmission, communication, transfer, distribution, and dissemination- from one party to another, or others. I will call these informational norms.”

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 140-1 “Context relative informational norms are characterized by four key parameters: contexts, actors, attributes, and transmission principles. Generally, they prescribe, for a given context, the types of information, the parties who are the subjects of the information as well as those who are sending and receiving it, and the principles under which this information is transmitted.”

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 164 “For reasons of expectation, accumulated wisdom, and settled rationale, a presumption in favor of entrenched, context-relative informational norms makes sense. In recognition of this presumption, if a new practice breaches entrenched informational norms, I will say that there has been a prima facie violation of contextual integrity. At the same time, if a way can be found to demonstrate the moral superiority of new practices, this presumption could be overcome and what was recognized a prima facie violation may be accepted as morally legitimate.”

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 148 “Motivating this book is the challenge of socio-technical systems and practices that have radically altered the flow of information in societies and thereby affected institutions, power structures, relationships and more. Conceptions of privacy that have served adequately until now are, in my view, unable to adapt to the new landscape.”

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 127 “The central thesis of this book is that a right to privacy is neither a right to secrecy nor a right to control but a right to appropriate flow of personal information.”

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 141 “Public/private dichotomy can be understood as a cruder version of contextual integrity, postulating only two contexts with distinct sets of informational norms for each –privacy constraints in the private, anything

rechazo al uso de clasificaciones generales de la información personal, como objeto protegido por el derecho al flujo adecuado de dicha información, en tanto la determinación del deber de protección está en función del contexto y no del contenido de la información⁹⁹.

La tesis de Nissenbaum tiene dos debilidades. La primera está relacionada con el carácter especialmente indeterminado de los contextos donde suceden los flujos de información personal. Esto se suma a la renuncia de una definición *a priori* de la información personal y a la adopción de una postura intuicionista para ello. Así, los problemas de indeterminación del contexto terminan siendo también problemas de indeterminación del carácter de la información. El carácter indeterminado de sus conceptos básicos –dadas las dificultades empíricas para determinar los elementos relevantes de cada contexto-¹⁰⁰ hace que esta teoría sea impracticable o altamente riesgosa, por ejemplo, para ser defendida en el ámbito judicial¹⁰¹. La segunda es su inoperancia en contextos cuyas normas sobre tratamiento de información personal no estén todavía bien establecidas. Uno de estos casos críticos es el funcionamiento de la web. La web puede caracterizarse como el gran contexto de contextos de la sociedad de la información. Este gran contexto no tiene aún definidas sus reglas básicas de circulación de información personal; su “integridad” no ha sido precisada y es todavía escenario de un gran debate sobre lo que puede o no, -debería o no-, estar disponible y por tanto accesible¹⁰².

Sin embargo, la propuesta de Nissenbaum tiene un gran valor como alternativa a la definición maximalista de la información personal, al trasladar las consideraciones de su deber de protección de la naturaleza, los tipos, los atributos de la información personal, a la caracterización normativa de los contextos. Si el deber de protección de la información es una función del

goes in the public. The framework of contextual integrity, by contrast, postulates a multiplicity of social contexts, each with a distinctive set of rules governing information flows.”

⁹⁹ *Ibid.*, p. 143 “Informational norms render certain attributes appropriate or inappropriate in certain contexts, under certain conditions.” p. 144 “[A]ppropriateness is not one-dimensional nor is it binary. (...) The factor determining appropriateness are simultaneously variable. (...) Those who may be expecting a precise definition of information type or attribute will be disappointed, for I relay throughout on an intuitive sense.”

¹⁰⁰ Como la propia autora lo reconoce. Nissenbaum, *Privacy in Context... op cit.*, p. 134 “[T]he activity of fleshing out the details of particular types of contexts, such as education or health care, is more an exercise of discovery than of definition.” Jarvis, Jeff, *Public Parts, How Sharing in the Digital Age Improves the Way We Work and Live*. New York, Simon & Schuster, 2011 p. 100 “Nissenbaum’s thinking is good, but trying to set rules against all the possible permutation of information flow looks too complicated to manage and enforce.”

¹⁰¹ Ohm, Paul, Sensitive Information. En: *Southern California Law Review*, vol. 88, 2015, pp. 1125-1196. (sobre la (posible) incompatibilidad de la utilidad del tipo “información personal sensible” con la teoría de la integridad del contexto de Nissenbaum, para avanzar la agenda de la privacidad) p. 1144-6.

¹⁰² Nissenbaum, Helen, A contextual Approach to Privacy on Line. En: *Daedalus, The Journal of the American Academy of Arts and Sciences*, otoño 2011, 140(4) pp. 32-48 (En donde rechaza la idea de la que la actividad en línea supone un mundo totalmente nuevo, no sujeto a las reglas de ciertos contextos. Sin embargo, no aborda el problema de la accesibilidad indiscriminada que permite la web) p. 43 “Despite distinctive qualities of online movement, transactions, activities, relations, and relationships, when abstracted from particular these retain fidelity with the fundamental organizing principles of human practice and social life. Drawing on work from social theory and philosophy, the framework of contextual integrity conceives of these spheres as partially constituted by norms of behavior, among them norms governing the flow (sharing, distributing) of personal information.”

contexto, el análisis del tipo de información personal debe ser enriquecido con una serie importante de nuevas variables. No opera una protección de la información personal *per se*.

Además, como versión alternativa ofrece una nueva mirada al problema de la publicidad de la información personal, como punto de partida. Al aceptar la premisa de que cualquier información personal puede ameritar protección si se desconocen las reglas de la integridad del contexto, Nissenbaum defiende la necesidad de destronar “*debunk*” la idea de que exista información personal pública¹⁰³, de que la información personal pueda circular con independencia de quién la comunica y de quién la recibe; un concepto de información personal en donde la subjetividad y las relaciones de poder de los sujetos del ciclo informativo son indiferentes. Postura que nos conduce al tema de las clasificaciones de la información personal bajo un cuestionamiento de sus condiciones de posibilidad.

5.3 Clasificaciones de información personal

La importancia de las clasificaciones de la información personal en el caso colombiano y su indiferencia en el caso mexicano es una de las conclusiones del capítulo III (análisis de la casuística). Una de las razones que explica esta diferencia es la adopción de una concepción maximalista de la protección de la información personal. Si toda la información personal es protegida, la pregunta por las especies es redundante, y por tanto no amerita mayor atención. En efecto, en la primera parte de este capítulo (5.1) destacamos la forma en que, en los textos legales, tanto en Colombia, como en México, terminó por imponerse una definición maximalista de información personal. En México, la definición legal de información personal precedió la práctica del Órgano de Transparencia, en Colombia, la práctica de la Corte Constitucional, precedió la definición legal. Esta circunstancia sumada a otras, en especial, la preeminencia del derecho a la intimidad (y no tanto del derecho a la protección de datos) para definir las excepciones del derecho de acceso a la información pública en el caso colombiano, parecen haber determinado la diferencia entre los dos países en torno al rol de las clasificaciones de la información personal.

Tal diferencia también puede ser leída en los términos de un debate teórico en torno a la utilidad y a la posibilidad de las clasificaciones de la información personal. Este debate abre una alternativa para la política regulatoria: la de aceptar la introducción de clasificaciones como cuestión de excepción; o la de defender un sistema operativo de clasificaciones como parte de la

¹⁰³ Nissenbaum, *Privacy in Context... op cit.*, p. 216 “One of the most important contributions contextual integrity can make is to debunk the logic once and for all in the claim that information shared with anyone (any one) is, consequently, “up for grabs” (...) Whether the information is transmitted in raw form or assembled, digested, and mined, it makes an enormous difference whether the recipient of this information is your neighbor, your boss, your spouse, your business competitor (...) sensitivity to these differences means resisting, once for all, the idea of public information; that is, resisting the idea that recipients do not need to be explicitly spelled out.”

arquitectura del régimen jurídico. En otros términos, la alternativa se presenta entre un modelo de protección de la información personal erigido a partir de una concepción única y maximalista, y otro erigido sobre la importancia operativa de diferentes clasificaciones.

En el presente apartado presentaremos algunos argumentos teóricos a favor y en contra de la posibilidad y de la utilidad de las clasificaciones de la información personal (5.3.1) y describiremos dos aparatos clasificatorios de la información personal; uno construido sobre las condiciones de circulación-publicidad (información personal pública) (5.3.2), y el otro sobre su relación con (los derechos a) la intimidad y la igualdad de trato (información personal sensible) (5.3.3).

5.3.1. Argumentos en torno a las clasificaciones de información personal

5.3.1.1 Posibles argumentos en contra

El concepto maximalista de información personal presupone una cierta irrelevancia de las clasificaciones de la información personal. Esto es así por una consideración elemental: independientemente de la tipología elaborada, la misma no deja de ser información personal, por tanto, no deja de estar sujeta al régimen de protección respectivo. Las clasificaciones son útiles para la introducción de reglas especiales dentro del régimen general, como sucede con el caso estelar de la información sensible, pero no como un elemento estructural de dicho régimen.

Por otra parte, las condiciones de posibilidad de clasificar la información personal no dependen tanto de un juego de ontologías o de la pericia taxonómica del agente. Hay aproximaciones alternativas, como las que entienden la información personal como una variable dependiente de otros factores, como el riesgo de daño (y no de su relación con la identidad) según la tesis de Gratton; o la integridad del contexto (y no al secreto, o al control de la información) según la tesis de Nissenbaum. En ambos casos, desde diferentes aproximaciones teóricas, la posibilidad e incluso la utilidad de las definiciones es puesta a prueba y relativizada.

El argumento de Gratton contra la definición de la información personal ligada a la identidad, y por ahí derecho, contra las eventuales clasificaciones, es que dicha definición desorienta al operador jurídico, por ser súper inclusiva, por ser infra inclusiva y por no ofrecer criterios en casos polémicos¹⁰⁴. El argumento es pragmático: la definición y las clasificaciones son útiles sólo si permiten orientar la aplicación de la normatividad a los casos que merecen atención regulatoria: aquellos donde exista un riesgo de daño. Para lo cual, dice Gratton, la definición maximalista es inútil.

¹⁰⁴ Gratton, *If Personal Information...* *Op., cit.* p. 115

El argumento de Nissenbaum contra las clasificaciones de la información personal, y en especial contra aquella construida a partir de la dicotomía público-privado, es que la misma reduce artificialmente la complejidad de los problemas de circulación de la información personal, y distrae al operador jurídico de la tarea de analizar dichos problemas a la luz de las normas que caracterizan la integridad de los contextos¹⁰⁵. La clasificación de la información personal en pública y privada desconoce la complejidad –normativa- que caracteriza los flujos de información personal en las sociedades contemporáneas¹⁰⁶.

Sin embargo, ambas autoras no desechan por completo la utilidad de la caracterización de la información personal, y por esta vía, de la importancia de las clasificaciones. Esto es evidente, en el caso de Gratton al incluir, por ejemplo, el carácter “más o menos íntimo” de la información personal, o su nivel de “disponibilidad” como variables relevantes al momento de definir la inminencia de un riesgo de daño subjetivo¹⁰⁷. O en el caso de Nissenbaum, que incluye dentro de las variables que caracterizan las normas sobre el tratamiento de información según el contexto, las relacionadas con los “atributos de la información”, a pesar de rehusarse a introducir una definición o una tipología de información personal¹⁰⁸. La pretensión de generalidad de la Teoría de la integridad del contexto, no riñe, por ejemplo, con la posibilidad de que en ciertos contextos, definiciones y clasificaciones de información personal sean perfectamente operativos. Lo que no negocia Nissenbaum es la idea de que pueda afirmarse *ex ante* el carácter público de X información personal independientemente del contexto.

5.3.1.2 Posibles argumentos a favor

Frente a las posturas que cuestionan tanto la posibilidad, como la utilidad de las clasificaciones de la información personal se alzan algunas voces. Raymond Wacks ha defendido la utilidad de las clasificaciones de la información personal como un elemento relevante para avanzar la protección de los valores ligados a dicha información¹⁰⁹. La tesis de Wacks tiene dos argumentos, la sugestiva idea de abandonar la expresión “privacy” como término técnico-jurídico para

¹⁰⁵ Nissenbaum, *Privacy in Context... op cit.*, p. 159 “Because it invokes several parameters simultaneously and incorporate conceptual resources for resolving conflicts not found in many other theories, contextual integrity is a more sensitive instrument for identifying privacy breaches. In particular, it avoids the impossible mire into which overworked public/private dichotomy frequently leads when applied to the messy and contingent realms of privacy.”

¹⁰⁶ En un sentido similar, Tavani, Herman, *Philosophical Theories of Privacy: Implications for an Adequate Online Privacy Policy*. En: *Metaphilosophy*, vol. 38, núm. 1, January 2007, pp. 1-22, 14, 15 “[T]here is nothing in personal information per se as a particular category or kind of information, for example that can help us to determine whether it should be classified as public or private (...) it is always the situation or the zone, not the kind of information itself, that is used in determining whether information should be normatively protected”.

¹⁰⁷ Gratton, *If Personal Information... Op., cit.* p. 162-7

¹⁰⁸ Nissenbaum, *Privacy in Context... op cit.* p. 143-5

¹⁰⁹ Wacks, Raymond, *Personal Information: Privacy and the Law*. Oxford, Clarendon Press, 1989.

resolver los problemas relativos al tratamiento de la información personal¹¹⁰; y la importancia relativa de una definición y de una clasificación de la información personal para efectos de hacer operativo el régimen legal llamado a regularla¹¹¹.

Para Wacks, la posibilidad de la clasificación depende de la definición de información personal y su propuesta está ligada a la variable intimidad¹¹². La posibilidad de establecer niveles de intimidad de la información, como cuestión normativa, permite la elaboración de una clasificación por grados. Una clasificación de la información personal en estas coordenadas permite diversos niveles de protección para cada tipo de información¹¹³. La clasificación a partir del carácter más o menos íntimo de la información y el diseño de niveles más o menos exigentes de protección, dotan al sistema de cierta consistencia¹¹⁴ y permiten justificarlo por reconducción a un concepto de privacidad-traducido en una definición de información personal en torno a la idea de lo íntimo¹¹⁵.

La tesis de Wacks se fundamenta en una concepción ontológica del fenómeno de la información personal, según la cual es posible afirmar cierta “naturaleza” de la información personal, que no

¹¹⁰ Wacks, *Personal... op., cit.*, p. 10 “A more constructive means of resolving some of the legal problems encountered in regulating the collection, storage, and use of private facts about and individual might be found by avoiding –as a legal term of art– the concept of privacy altogether.” p. 13 “Instead of pursuing the false god of privacy attention should be paid to identifying what specific interests of the individual we think the law ought to protect.”

¹¹¹ *Ibid.*, p. 13 “The first way we can try to come to grips with [the problem of loss of privacy] is to develop a new way of classifying information to identify what is private and “no-circulating”, what is confidential, with limited circulation; and what is public or freely circulating. This could also be seen as a distinction between the facts about ourselves that are intimate, those that are part of our transactions (education, employment, family, etc.) and those that are formal public records.”

¹¹² *Ibid.*, p. 26 “Personal information consists of those facts, communications or opinions which relate to the individual and which it would be reasonable to expect him to regard as intimate or sensitive and therefore to want to withhold or at least to restrict their collection, use, or circulation.” (Incluso rechaza la definición de información personal ligada al concepto de identidad) p. 179 “While this broad notion of ‘personal information’ [information which relates to a living individual who can be identified from the information] obviously incorporate the category of sensitive or intimate information (that is the concern of this book) its very breadth neglects the peculiar problems of sensitive data and the special treatment they may call for.”

¹¹³ *Ibid.*, (sobre una escala de tres categorías: sensibilidad alta (datos íntimos), sensibilidad media (datos para toma de decisiones), sensibilidad baja (datos que permiten adquirir otros datos), a partir de 6 variables: la expectativa razonable del titular, el receptor, el nivel de difusión, la actualidad del dato, el contexto de tratamiento, y la finalidad del tratamiento). Ecos de esta clasificación pueden apreciarse en López Ayllón, Sergio (coord.) *Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México*. México, IFAI, 2007. En especial, el artículo 1009, sobre “niveles de seguridad de datos personales (...) de conformidad con el tipo de dato”, en bajo (datos de identificación y laborales), medio (datos patrimoniales, judiciales, académicos y migratorios) y alto (datos ideológicos, religiosos, de salud, características físicas y personales, y vida sexual) pp. 76-78

¹¹⁴ Wacks, *Personal... op., cit.*, p. 225 “Sensitivity is a function of the level of protection (...) The formulation of a hierarchy of sensitivity may suggest that certain types of personal data should not be collected at all.” p. 227 “The grading is normative rather than descriptive (as long as it embraces some characteristics of intimacy, sensitivity or confidentiality.”

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 13 “At the core of the problem of privacy is the interest claimed by the individuals to withhold certain info by virtue of its privateness or sensitivity.”

depende del contexto ni puede ser alterada por este. Refuerza su argumento con el ejemplo de la información relativa a la actividad sexual de una persona. El carácter de esta información no cambia así cambie el contexto, o los usos que le puedan dar a la misma, la información en todo caso sigue siendo íntima¹¹⁶. La apelación al sentido común, a la sencilla caracterización de ciertas especies de información¹¹⁷, desafía la complejidad de la aproximación funcionalista, que supone agotar para cada especie de información argumentaciones muy complejas ligadas al riesgo o al contexto.

Siguiendo una perspectiva pragmática, recientemente Paul Ohm ha defendido la posibilidad e incluso la necesidad de las clasificaciones de la información personal, más allá del debate sobre el poder identificador de la información¹¹⁸. La tesis de Ohm se centra en defender la importancia y el carácter estratégico del concepto de información sensible para avanzar la agenda de privacidad en los EUA. Parte de dos premisas, el carácter improbable de adoptar una regulación comprensiva de la privacidad, siguiendo el modelo europeo¹¹⁹, y el carácter probable de avanzar la agenda de la privacidad con el argumento de la necesidad de proteger la información sensible. Para ello se basa en una constatación empírica. En los EUA después del *boom* regulatorio de la privacidad en los años 70, la única forma regulatoria que ha tenido éxito a nivel federal ha sido la ampliación de las hipótesis comprendidas bajo el rubro “información sensible”¹²⁰. Bajo lo que metafóricamente llama “el único juego posible”, Ohm defiende como la mejor alternativa para fortalecer la protección jurídica de la información personal, la de dirigir los esfuerzos regulatorios al concepto de información sensible¹²¹.

Un último argumento en favor de las clasificaciones, en el contexto del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, es que éstas permiten decidir de forma simple

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 181 “Attempts to formulate an objective category of sensitive or personal information is futile or even impossible. The sensitivity is a function of the context in which the information is used rather than the type of information itself (...) Should the context change, it is not the nature of information that changes, but the attitude towards its use”

¹¹⁷ Wacks, Raymond, *Privacy: A Very Short Introduction*. Oxford, Oxford University Press, 2 ed., 2015 (sobre la categoría de datos sensibles, con una velada crítica al asunto *Linqvist* del Tribunal Europeo de Justicia) p. 115 “Data about the twisted ankle that sent you to the hospital is plainly less sensitive than your HIV-positive status. But a modest degree of common sense ought to ensure that distinctions such as this are drawn”

¹¹⁸ Ohm, Sensitive... *Op., cit.* [np 101]

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1131 “[I]f we are going to expand privacy law, sensitive information is probably the only game in town. In the United States, we are unlikely to enact a new, comprehensive privacy law along the lines of the European Data Protection Directive because we lack widespread agreement that the general problem of privacy invasion is significant enough to justify such a sweeping approach.”

¹²⁰ *Ibid.*, p. 1137 “Throughout the evolution of privacy law in this country, the vast majority of expansion has come from sensitive information approaches.” p. 1147 “Especially in the United States, the small victories for privacy we have achieved have come only when lawmakers have focused on concrete harm and specifically on sensitive information.”

¹²¹ *Ibid.*, p. 1146 “Privacy in context is an important approach to privacy, but it should not supplant efforts to craft rules that rely more on heuristics or second-best results, including rules that identify sensitive information, when these are all the political processes can produce.”

y para un importante número de casos, si cierta pieza de información personal merece protección o no, y en concreto, si debe ser publicada, entregada ante una petición de información, o resguardada como confidencial. Las clasificaciones permiten reducir la incertidumbre, racionalizan los recursos públicos y permiten mejores condiciones para la aplicación uniforme de los deberes de protección de la información personal de las Leyes de Transparencia.

·∞·

Independientemente de las razones teóricas o pragmáticas sobre la posibilidad o la utilidad de las clasificaciones, en los casos bajo estudio hay un uso más o menos intensivo de un par de clasificaciones: la información personal pública y la información personal sensible. El uso y la importancia relativa de estas clasificaciones nos impone formalizar los criterios clasificatorios que las caracterizan y juzgar su adecuación para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

5.3.2 Primera gran clasificación: información personal pública

5.3.2.1 Criterios clasificatorios.

El tipo “información personal pública” es el resultado de la aplicación de cuatro criterios clasificatorios al fenómeno información personal: el ámbito, el tipo de interés, la vocación circulatoria y la publicidad de facto¹²². Estos criterios son sentidos posibles de lo “público” y su concurrencia se explica por la ambigüedad del adjetivo “público” que califica la información.

Según el primer criterio clasificatorio (primer sentido de la expresión) la información personal pública es aquella que pertenece o se encuentra o es atribuible al ámbito o a la esfera de lo público, en el sentido de lo público-estatal¹²³. Este criterio tiene una función constitutiva de este tipo de información. La información es tal si se encuentra asociada a: el ejercicio de la función pública, los servidores públicos en cuanto tales, la obtención, resguardo y aplicación de recursos públicos, y en general, a cualquier manifestación concreta del poder público-estatal.

Según el segundo criterio clasificatorio (segundo sentido de la expresión) la información personal pública es aquella sobre la cual se predica la existencia de un interés público¹²⁴. La existencia de un interés público en el conocimiento de la información tiene dos funciones simultáneas: la

¹²²Identificamos estos cuatro criterios a partir de un trabajo analítico propio, sobre los casos que integran la base empírica de la investigación, reseñados en los anexos A y B, y con base en los elementos teóricos de las dicotomías público-privado, expuestos en el capítulo I.

¹²³ En el sentido definido en el capítulo I, 1.1.2.2 El Estado y el individuo: los sujetos del poder y VII, 7.2.2 *La información personal ligada a lo público como lo estatal*

¹²⁴ En el sentido definido en los capítulos I, 1.1.3.4 El tipo de interés asociado a la información personal y VII, 7.2.1 *El ámbito de lo público y el interés público*

función constitutiva, ligada a una lectura ontológica, en donde la presencia del interés público opera como un rasgo de la información; y una función justificatoria, ligada a una lectura normativa, en donde la existencia del interés público legitima su vocación circulatoria.

Según el tercer criterio clasificatorio (tercer sentido de la expresión) la información personal pública es aquella que tiene vocación circulatoria. Esto es, que está llamada a ser conocida y sobre la cual no pesa ningún deber de confidencialidad o secreto. El criterio de la vocación circulatoria de la información personal es de carácter normativo, carácter que permite distinguirlo del cuarto criterio clasificatorio.

Según el cuarto criterio clasificatorio (cuarto sentido de la expresión) la información personal pública es aquella sobre la que ha operado una publicidad de facto. Este sentido es problemático por dos razones. Porque supone, frente a ciertos casos, aceptar la facticidad y la ruptura del deber de confidencialidad de la información personal, y porque es muy difícil de precisar en términos empíricos debido a la vaguedad estructural del fenómeno de la publicidad: su determinación depende de una valoración del nivel de publicidad-entendida como disponibilidad o difusión de la información, para lo cual no existen criterios y los candidatos a criterios son discutibles¹²⁵.

5.3.2.2 Información personal pública y el modelo mexicano

La inexistencia del concepto “información personal pública” en las Leyes y reglamentos mexicanos, y su carácter extraño para la práctica del Órgano de Transparencia, encuentran sentido en la forma en que opera el modelo mexicano de protección de información personal en poder del Estado. No obstante, el carácter especialmente problemático de la expresión “información personal pública”, nos permite ilustrar las tensiones internas de dicho modelo. Veamos tres, a partir de los resultados del análisis de la casuística.

La cuestión conceptual. La expresión “información personal pública” es inexistente y extraña. Esto se desprende de la lectura de las resoluciones del Órgano de Transparencia y de las entrevistas con los secretarios de ponencia del INAI¹²⁶. Esta situación es paradójica, en tanto la ley desde el año 2002, reconoce un buen número de hipótesis de información personal pública, como el nombre, los ingresos y los datos de contacto de los servidores públicos, la información relacionada con la aplicación de los recursos públicos, etc. El carácter de la regla general de la confidencialidad de la información personal determina que, en la práctica, estos tipos de

¹²⁵ Este problema puede advertirse al intentar contestar las siguientes preguntas: ¿Cuántas personas deben conocer cierta información para que pueda ser considerada pública? ¿Un par, cientos, miles? ¿Por qué medio debe haberse comunicado cierta información para que pueda ser considerada pública? ¿Voz a voz, una red social, un periódico local, la aparición transitoria en una página web, un spot en televisión?

¹²⁶ Entrevistado 2, “No es que el dato personal sea en sí mismo público (...) no por el hecho de obrar en un registro público [los datos personales] van a ser públicos; en sí mismos no son públicos”, min 34:06. Entrevistado 8, “Se asemeja más a lo que nosotros entendemos por obligaciones de transparencia (...) más que un dato personal público es que la información por sí misma es pública”, min 21:18.

información personal sean vistos como una excepción¹²⁷, a pesar de que para efectos prácticos operen bajo los criterios materiales de su pertenencia a la esfera de lo público.

Vocación circulatoria, pero no tanto. Para el Órgano de Transparencia si ocurre que dentro de la información solicitada se encuentra información personal que, por su naturaleza o por su condición, consta en un registro público o en una fuente de acceso público, dicha información debe ser protegida y el ciudadano instruido para que acuda directamente a la fuente. El hecho de que la información personal sea la misma que consta en un registro público o en una fuente de acceso público no la hace información personal con vocación circulatoria¹²⁸. Esto, a pesar de lucir contradictorio con el “derecho a saber” y con el principio interpretativo de máxima publicidad, encuentra justificación en el modelo mexicano de protección de la información personal, y en la idea europea de que, a pesar de ser “público”, el dato personal no pierde su condición de objeto protegido.

La publicidad de facto. Frente al problema de la información personal pública-de facto, existen tres aproximaciones: la restrictiva total, que no acepta ningún tipo de publicidad de la información personal y es indiferente sobre si la publicidad ocurrió a partir de una fuente oficial o no; la restrictiva parcial, que solo considera como fuentes válidas de publicidad las fuentes oficiales, *i.e.*, el portal o los boletines oficiales de los sujetos obligados; y la amplia o material, que acepta la publicidad de la información personal por cualquier fuente, incluso las no oficiales. Por lo general, el Órgano de Transparencia toma la primera opción, como puede verse en los casos

¹²⁷ En contra, Davara, Protección de... *Op., cit.* p. 80 “[L]a LFTAIP protege los datos personales bajo la figura de la información confidencial. No estamos de acuerdo con ello: no todos los datos personales son confidenciales, ni viceversa. Un dato personal puede ser público o privado. No pierde su característica de dato personal por ser público, podría en algún caso tener que ceder algo de su protección.”

¹²⁸ Como es práctica del Órgano de Transparencia a partir de la expedición del criterio 013 de 2009, del entonces IFAI, *cit.* [np 79] “Si bien el hecho de que los datos personales obren en una fuente de acceso público no permite considerarlos información confidencial, según dispone el artículo 18 de la Ley Federal de Transparencia (...) lo cierto es que dicho supuesto no debe constituir una excepción al principio de finalidad que debe regir todo tratamiento de datos personales en posesión de los sujetos obligados, previsto en el artículo 20, fracción II de la Ley Federal de Transparencia.” Sobre el punto véase la resolución IFAI, R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, y el argumento del voto disidente de Juan Pablo Guerrero Amparán, Anexo B, caso 4.

sobre acceso a la información de personas extraditadas¹²⁹ y excepcionalmente toma la segunda¹³⁰. No encontramos resoluciones donde tomara la tercera. El celo por el deber de protección de la información personal tiene sus límites en el carácter ostensible de ciertos hechos, como lo ilustra la tensión entre las diferentes ideas de publicidad en el caso en que se decide testar la información personal del Chapo Guzmán, siendo nombre y foto del personaje hecho notorio¹³¹. El alcance de la expresión “fuentes de acceso público” muestra diferentes concepciones de la realidad por regular: una formal, de férreo credo en la ley y en el deber ser de la confidencialidad; otra, material, que acepta la inutilidad de desconocer hechos cumplidos, y que una vez publicada y difundida cierta información, la tutela jurídica que ofrece la clasificación es inocua.

5.3.2.3 Información personal pública y el modelo colombiano

¹²⁹ México. INAI, RDA 5502/15, CP Patricia Kurczyn Villalobos, consid séptimo. (Confidencialidad de nombres, fotos y media filiación contenidos en el oficio PGR/460/94 de la Procuraduría en la que solicitaba a la SRE formalizar petición de extradición de Manuel Muñoz Rocha). Voto disidente Joel Salas Suárez, p. 7 “[E]l nombre Manuel Muñoz Rocha en su carácter de inculcado, es información que costa en fuentes oficiales de acceso público, y por ende no puede ser considerado como confidencial (...) el nombre de José Francisco Ruiz Massieu en su carácter de víctima también (...) la fotografía y media filiación de Manuel Muñoz Rocha (...) no podían considerarse como información confidencial, ya que su nombre, imagen y características físicas deben ser públicas, puesto que fungió como representante de la Nación.” INAI, RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, consid., quinto. (Confidencialidad de los nombres de personas extraditadas que no cuenten con condena en firme, a pesar de que consten en fuentes de acceso público) p. 165 “[E]l hecho de que obren datos personales en fuentes de acceso público, ello (sic) no impide que se dejen de observar los principios que rigen el tratamiento de dichos datos, pues de lo contrario se corre el riesgo de vulnerar la intimidad de las personas, como en el caso que nos ocupa”. Voto disidente de Joel Salas Suárez, p. 1 “[N]o coincido con la clasificación de aquellos nombres que se hallen en fuentes de acceso público oficiales, pues considero que se actualiza la excepción a la confidencialidad prevista en el último párrafo [del artículo 18 de la LFTAIG, al ser posible] localizar diversos boletines en los que se publican los nombres de los extraditados [que] incluyen las fichas de las personas sujetas a ese procedimiento, mismas que contienen datos como el nombre del extraditado, delito cometido, lugar de extradición, fecha de extradición, además de la fotografía”. Voto disidente de Francisco Javier Acuña Llamas, p. 11 “[N]o concuerdo con que los nombres de extraditados cuyos datos se encuentren en fuentes de acceso público no sean entregados, inclusive, sin necesidad de hacer distinción si ya cuentan con sentencia ejecutoria o no” (ver Anexo B, caso 27)

¹³⁰ México. INAI, Resolución RDA 2731/15, CP Francisco Javier Acuña Llamas, consid., quinto. (Publicidad de nombres, fotografías y demás información incorporada en el portal de la PGR, relacionada con los “delincuentes más buscados del país”) p. 37 “[A]quellos datos personales que ya se hayan hecho de conocimiento público no podrán ser considerados como clasificados (...) aquellos datos publicados en el portal electrónico de recompensas de la PGR, como lo son las fotografías de los delincuentes más buscados del país, es información de naturaleza eminentemente pública.” (ver Anexo B, caso 26)

¹³¹ México. INAI, Resolución RDA 4667/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov, consid., cuarto (Confirma la clasificación de los datos personales de la solicitud formal de extradición de “El Chapo” Guzmán por parte del gobierno estadounidense, adelantada por la SRE, sin discutir la publicidad material, ni el hecho notorio de la publicidad de la información personal en este caso) p. 97-8 “[L]a información solicitada se relaciona de manera directa con una persona física identificada o identificable, por lo que puede considerarse que se trata de datos personales (...) los datos personales de una persona física identificada o identificable son confidenciales (...) En razón de lo anterior (...) es posible determinar que por lo que hace a los datos personales pertenecientes a la persona de la cual se solicita la extradición, dañaría su intimidad, pues implica conocer que (sic) información que ocasionaría un daño a la privacidad (...) Así las cosas, es que este Instituto considera que se actualiza la confidencialidad de los datos personales de Joaquín “El Chapo” Guzmán, persona de quien el gobierno estadounidense solicita la extradición”. En idéntico sentido, con copia literal del argumento, Anexo B, caso 27, INAI, RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, consid., quinto, “análisis del agravio del particular respecto a la negativa de acceso a la información”, p. 214-5.

A diferencia del mexicano, el modelo colombiano no parte de la premisa de que toda información personal es confidencial. Esta cuestión de principio permite explicar por qué la práctica clasificatoria de la información personal, y en especial, el tipo “información personal pública” ha sido tan importante para este modelo. En el caso colombiano la información personal pública hace parte de dos grandes sistemas clasificatorios. El primero, con énfasis en el ámbito, y el segundo con énfasis en su vocación circulatoria.

Clasificación a partir del ámbito. El primer sistema clasificatorio, con énfasis en el ámbito, tuvo un importante impulso en el año 2014, con la expedición de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que incluyó la expresión “información pública clasificada”. Esta expresión alude a una (nueva) categoría para referir la información que, estando en poder del Estado, pertenezca “al ámbito propio, particular y privado o semiprivado” de las personas¹³². La alusión a la figura de los ámbitos, es una clara referencia a la teoría de las esferas, propia de las dicotomías público-privado, y la seguidilla de adjetivos “propio, particular, privado o semiprivado” es una forma de afirmar el ámbito de lo privado. Formalizada en estos términos esta versión de la clasificación de la información personal en pública y privada, apela a consideraciones ligadas a la “atribución” de la información a cierto ámbito o a ciertas propiedades que comporta la información personal por su vínculo con dicho ámbito.

La novedosa categoría “información pública clasificada” parece también alojar una contradicción en los términos. Un nuevo oxímoron. La creatividad del legislador colombiano parece forzada por el ADN de las leyes de transparencia: el principio de máxima publicidad. Si toda la información en posesión del Estado se considera pública, -un típico acto constitutivo de la ley-, el problema de cierta información que no debería divulgarse se traslada a la formulación de las excepciones. Esto ya lo vimos al profundizar en el sistema regla-excepción. Sin embargo, subsiste el problema de las definiciones y de los términos operativos de la ley. En el caso colombiano, la Ley de Transparencia define la información pública¹³³. Esta situación de una u otra manera obligaba a construir una figura para representar las excepciones. Estas figuras son: la información pública clasificada y la información pública reservada. Esta sutileza legal, nos lleva a afirmar que el aparato clasificatorio información pública-información pública clasificada, es una subespecie del aparato clasificatorio información personal pública-información personal privada, diseñado *ad hoc* para la operación específica de la Ley de Transparencia.

¹³²Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1712 de 2014, Artículo 6°. “Definiciones. (...) c) Información pública clasificada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado o semiprivado de una persona natural o jurídica por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley.”

¹³³ Colombia. Ley Estatutaria 1712 de 2014, cit., Artículo 6°. “Definiciones. (...) b) Información pública. Es toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal.”

Ya sea que se utilice la expresión información pública clasificada o información personal privada o semi-privada, estos términos funcionan como pares conceptuales-dicotómicos del de información personal pública. Así entendidos, su operatividad es en apariencia sencilla: instruyen al intérprete a clasificar la información siguiendo como criterios de atribución alguna de las manifestaciones de las dicotomías de lo público y lo privado, en especial, las relacionadas con la distinción Estado-individuo, servidor público-particular e interés público-interés privado.

Clasificación a partir de la vocación circulatoria. El segundo sistema clasificatorio se erige a partir de los criterios de vocación circulatoria y tipo de interés, y es acogido por la Corte Constitucional en el caso de la Sentencia T-729 de 2002. Entonces se discutía el problema de la accesibilidad vía Internet de la información personal contenida en la base de datos del catastro de Bogotá¹³⁴. Como parte de su estrategia para resolver el caso, la Corte introduce cuatro tipos de información personal, organizados a partir de la vocación circulatoria y del tipo de interés, a saber: información pública, semi-privada, privada y reservada¹³⁵. Esta clasificación surge con la intención de romper la estrecha alternativa de la dicotomía público-privado para regular las demandas crecientes de circulación de información personal en diversos contextos. La estrategia empleada por la Corte fue desdoblarse estos términos e incluir dos categorías adicionales, para permitir condiciones regulatorias más flexibles. Estas (nuevas cuatro) categorías permitirían, según la Corte, introducir distinciones en relación con el carácter de la información (su relación más o menos estrecha con el derecho a la intimidad) y, sobre todo, distinciones sobre las condiciones de acceso (por parte del Estado frente a la fuente) y de circulación (entre particulares, entidades estatales y el público en general) de la información personal¹³⁶.

La clasificación propuesta combina el criterio de la vocación circulatoria, ligado al “principio de circulación restringida” como parámetro diseñado por la Corte para resolver el caso entonces bajo estudio, con una valoración del interés que terceros puedan tener en acceder ella. Esta combinación de criterios apela a una consideración funcional de la información, de corte pragmático. Reconoce que en muchos casos la información personal tiene vocación circulatoria y concluye que en el caso de la información personal pública esta vocación es total y está justificada en el tipo de interés que supone su conocimiento¹³⁷.

¹³⁴ Ver Anexo A, caso 11.

¹³⁵ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, consideración c) los datos personales y las diversas clasificaciones de la información. “La segunda gran tipología (...) es la dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma. En este sentido la Sala encuentra cuatro grandes tipos: la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta.”

¹³⁶ *Ibíd.* “[E]sta tipología es útil (...) porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al *habeas data*. [Y] porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información.”

¹³⁷ *Ibíd.* “[L]a información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por

La incorporación de esta clasificación de la información personal de corte funcional-pragmático, a partir de una combinación entre los criterios de vocación circulatoria y tipo de interés, enriqueció la forma de entender los problemas ligados a la publicidad de la información personal en poder del Estado. Vino a sumarse al criterio de clasificación a partir del ámbito, que operaba de tiempo atrás, en clave de las dicotomías público/privado.

Este nuevo aparato clasificatorio parece haber obtenido cuño legal al ser parcialmente reconocido en la Ley de habeas data financiero, siguiendo una clasificación tripartita en público, semi-privado y privado¹³⁸. Sin embargo, el Legislador conservó los nombres pero alteró los criterios clasificatorios. En el caso del dato personal público, son criterios definitorios la atribución legal y su relación polar con los datos privados y semiprivados, y no tanto la combinación entre vocación circulatoria e interés como lo había afirmado la Corte Constitucional. En el caso de los datos privados y semiprivados se conserva el criterio del interés, pero se incluye el criterio del ámbito. Este giro regulatorio alterará las herramientas disponibles para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, al incluir un nuevo aparato clasificatorio de la información personal. A pesar de que las definiciones de esta ley son operativas solamente en su ámbito de aplicación, el uso de estas categorías más allá de dicho ámbito se popularizó¹³⁹.

El uso de cualquiera de las variantes de estos dos aparatos clasificatorios para la solución del problema de publicidad de la información personal en poder del Estado ha sido central en el caso colombiano. Como lo vimos en el análisis de la casuística en el capítulo III, una vez se logra la instanciación del supuesto de hecho en la categoría clasificatoria se puede afirmar que el problema está prácticamente resuelto. Si la información personal se clasifica como pública -en alguna de las versiones aquí presentadas- la decisión se orientará a permitir el acceso, y si se

vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.”

¹³⁸ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1266 de 2008, Artículo 3°. “Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: e) Dato personal. (...) Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados; f) Dato público. Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas; g) Dato semiprivado. Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley. h) Dato privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular.”

¹³⁹ Esto se explica por dos razones: la ausencia, hasta el 2014, de una Ley que regulara específicamente el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, y el uso recurrente de mecanismos de heterointegración normativa por parte de los operadores jurídicos, en especial, de la Corte Constitucional.

clasifica como privada o semi-privada, a impedirlo, bajo la condición de que sea superada una prueba de daño.

5.3.3 Segunda gran clasificación: información personal sensible

5.3.3.1 Criterios clasificatorios

El tipo “información personal sensible” es el resultado de la aplicación de dos criterios clasificatorios generales al fenómeno información personal: su relación con la intimidad, y su potencial discriminatorio. Estos dos criterios generales están lejos de ser precisos y funcionan de forma diferenciada.

En el primer sentido, la información personal es sensible si se puede establecer un vínculo más o menos fuerte con la idea de intimidad. El carácter indeterminado de la expresión intimidad, y su doble condición descriptiva y normativa¹⁴⁰, aumentan las dificultades para el manejo uniforme del concepto y presentan un desafío a la pretensión de precisión analítica. En todo caso, en este primer sentido, la operación clasificatoria de la información personal sucede en clave ontológica, a partir de una caracterización de la información a partir de la idea de lo íntimo-secreto.

En el segundo sentido, la información personal es sensible si se puede establecer una relación, propia de los análisis de riesgo, entre sus atributos y un potencial uso discriminatorio. En este sentido, el criterio clasificatorio opera en clave pragmática, a partir de una valoración de los posibles usos de ciertas especies de información personal que afecten el derecho a la igualdad de trato o desconozcan la prohibición de discriminación.

5.3.3.2 Paradojas

La expresión “información personal sensible” es un nicho de paradojas. La primera y más evidente es su condición de alojar tipos de información personal que por lo general obedecen a razones para la publicidad de la información antagónicas, como por ejemplo, las relacionadas con la filiación política y con la actividad sexual¹⁴¹. Lejos de encontrar una justificación para ello en

¹⁴⁰ Gavison, Ruth, Feminism and the public/private distinction. En: *Stanford Law Review*, vol. 45:1 1992-1993, p. 1-45, 6-7 (Con referencia a los “sentidos complejos” de lo privado, con mención a los sentidos normativo y descriptivo) Tavani, *Ethics and Technology... op., cit.*, p 136 y ss. (Con referencia a la distinción de Moore entre situaciones “descriptiva y normativamente privadas”)

¹⁴¹ Rodotà, Stefano, Democracia y protección de datos (José Luis Piñar trad.) En: *Cuadernos de derecho público*, núm. 19-20, mayo-diciembre 2003, pp. 15-26, 20 “Entre estos datos sensibles están mencionadas «las opiniones políticas» y la «afiliación sindical», cuya tutela reforzada, sin embargo, no deriva de exigencias de secreto. Al contrario, las opiniones políticas o sindicales no pueden ser enmarcadas en la esfera privada: en los Estados democráticos pertenecen sobre todo a la esfera pública, forman parte de las convicciones que el individuo debe poder expresar en público, contribuyen a formar su identidad pública. Dotar a estos datos de una protección específica contra los riesgos de su tratamiento es consecuencia de su posible aptitud de ser utilizados con fines discriminatorios. De aquí deriva una aparente paradoja: a estos datos típicamente públicos se les atribuye el máximo de protección privada. Y

una “mutación de las razones de la tutela” y en una transformación de la concepción del “secreto como un bien en sí mismo”, como afirma Rodotà, la expresión “información personal sensible” así concebida, es un escenario de confusión.

El concepto de “información personal sensible” como escenario de confusión da lugar a la paradoja de la pretensión protectora. Esto ocurre cuando al regular una materia, la pretensión de maximizar la protección se tropieza con las dificultades técnicas de la regulación. Las definiciones de “información personal sensible” a partir de los criterios enunciados y con la técnica del *numero apertus*, son extremadamente complejas. Al consultarla, el operador jurídico encuentra un menú y no una precisa directriz. Puede escoger entre distintas especies de información personal –no aglutinadas por criterio común-, diferentes racionalidades de tutela –lo secreto y la no discriminación-, diferentes ámbitos lingüísticos –superposición de los planos descriptivo y prescriptivo- y diferentes derechos en operación –derecho a la protección de datos, derecho a la intimidad y derecho a la igualdad-.

Por último, el concepto de información personal sensible está expuesto a la paradoja del éxito, debido a la carga emotiva de sus términos¹⁴². Si ya el concepto de información personal es problemático como concepto descriptivo, -sobre todo por la similitud entre lo personal y lo privado-, la inclusión del adjetivo sensible parece una renuncia explícita a su pretensión descriptiva. Sin embargo, es precisamente la carga emotiva del concepto, la que lo ha posesionado como categoría central en la agenda del derecho a la protección de datos. Es también esta carga emotiva la que alienta su uso estratégico¹⁴³.

5.3.3.3 Información personal sensible en Colombia y México

En el caso mexicano, el tipo “información personal sensible” es tratado como una excepción del marco regulatorio del derecho de acceso a la información pública. Las leyes de Transparencia no lo mencionan. Apenas en el año 2012, la Ley Federal de Archivos lo reconoce en el contexto de la polémica figura de la información histórica confidencial¹⁴⁴. Los criterios empleados son los

esto conlleva una sustancial mutación de las razones de la tutela: el fin ya no es estimar el secreto como un bien en sí mismo, sino impedir posibles discriminaciones, hacer que la igualdad sea efectiva.”

¹⁴² Ohm, Sensitive Information, *Op., cit.*, p. 1129 “Sensitive information is a showstopper. Otherwise lax regulations become stringent when applied to it. Permissive laws set stricter rules for the sensitive. The label plays a central role in rhetoric and debate, as even the most fervent advocate for free markets and unfettered trade in information will concede that companies should refrain from selling certain forms of sensitive information-especially health information-regardless of the cost.”

¹⁴³ Tesis central de Paul Ohm en Sensitive Information... *Op., cit.*

¹⁴⁴ México. Diario Oficial. Ley Federal de Archivos, 23 de enero 2012. Artículo 27. “La información clasificada como confidencial con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, respecto de la cual se haya determinado su conservación permanente por tener valor histórico, conservará tal carácter por un plazo de 30 años a partir de la fecha de creación del documento que la contenga, o bien de 70 años tratándose de datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular o cuya utilización

mismos: la “afect[ación de] la esfera más íntima” y que su uso “pueda dar origen a discriminación”. La inclusión de este tipo en la Ley Federal de Archivos activó su empleo por el Órgano de Transparencia, pero en el contexto limitado de los casos sobre acceso a la información histórica¹⁴⁵. En este escenario, el tipo “información personal sensible” ha permitido la formulación operativa del argumento *a fortiori*: si es regla general que toda información personal es confidencial, la información personal sensible lo será-con-mayor-razón; y del argumento de distinción, si han pasado más de 30 años, solo será confidencial la información personal sensible. Desde el 2017, la definición logra una mayor cobertura tras su poca sorpresiva inclusión en la Ley de Protección de Datos Personales del sector público¹⁴⁶. Sus términos son idénticos a los empleados en la Ley Federal de Archivos, con los mismos criterios clasificatorios ya indicados, y una orientación muy similar a la del artículo 8° de la Directiva 46/95/CE.

En Colombia la definición de datos sensibles ha seguido los dos criterios clasificatorios enunciados. En el plano de la jurisprudencia constitucional, la expresión datos sensibles, apareció por primera vez ligada al criterio clasificatorio de la potencialidad de la discriminación como un *obiter dicta*¹⁴⁷. El uso del criterio clasificatorio del vínculo con la intimidad vendría después, en otro *obiter dicta*, en la ya citada sentencia sobre el catastro de Bogotá¹⁴⁸. Por su parte, el Legislador la introdujo como definición formal en la Ley de protección de datos, en un ejercicio que podría considerarse “integrador” de la Jurisprudencia¹⁴⁹, pero que en últimas es muy similar a la definición mexicana, inspirada en el modelo regulatorio europeo.

indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Estos documentos se identificarán como históricos confidenciales.”

¹⁴⁵ Ver Anexo B, casos 34 y 35, resoluciones RDA 3532/15 y 4347/15.

¹⁴⁶ México. Diario Oficial. Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, 26 de enero 2017. Artículo 3. “Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: (...) X. Datos personales sensibles: Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual.”

¹⁴⁷ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-307 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 20. (Relacionado con los deberes de diligencia en la conformación de una base de datos de beneficiarios de subsidios estatales en materia de salud) “[N]o puede recolectarse información sobre datos “sensibles” como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación.”

¹⁴⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, (en el contexto de la propuesta de clasificaciones de la información) “Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobretodo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.”

¹⁴⁹ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1581 de 2012, Artículo 5°. *Datos sensibles*. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o

Tanto en Colombia, como en México, los listados de datos sensibles, que acompañan las definiciones legales, pueden ser indicadores de preocupaciones endémicas o de la temperatura política de ciertos temas al momento de expedir la regulación. Sin negar que las listas son enunciativas, es dicente que en México no se considerara como sensibles la pertenencia a organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, la afiliación sindical, ni los datos biométricos, como sucede en el listado colombiano. Y que, en el caso colombiano, no se consideraran los datos genéticos o los relativos al estado de salud futuro, como sucede en el listado mexicano.

Por otra parte, en el análisis de la casuística colombiana adelantado en el capítulo III, advertimos un uso relevante de la tipología “datos sensibles” en tres casos. El tipo “información personal sensible” permite introducir diferencias sobre el alcance de la reserva de los documentos públicos, bajo la regla simple de que la reserva legal “no aplica respecto de todos los documentos, sino de los datos privados y sensibles contenidos en estos”, cuestión que en la práctica expande el alcance del derecho de acceso a la información pública¹⁵⁰. También juega como un argumento legitimador. Como sucede en la lectura expansiva de las reservas legales relacionadas con información personal, la contenida en la Ley del Derecho de Petición, y la contenida en la Ley de Transparencia que según la Corte no están limitadas “a los datos sensibles”, como sucedió en el caso en que se negó el acceso a la relación de visitas a un preso¹⁵¹. Finalmente, en el polémico caso del acceso a la información sobre un censo indígena solicitado por un miembro de la misma comunidad, juega un rol muy ambiguo. La Corte se enfrentaba al carácter sensible de la información que, en principio, indicaba su confidencialidad; no obstante, la Corte termina por ordenar el acceso, pues la aplicación de la norma sobre datos sensibles no “sería útil” en el caso, en tanto, era sobreentendido y existía claridad “sobre el origen [étnico] de las personas que fueron censadas”¹⁵². El carácter contra-fáctico del argumento resalta el poder del contexto sobre las pretensiones normativas, e invita a una reflexión sobre la operación del constructo “datos sensibles” como inhibidor efectivo de la publicidad de la información.

Por último, no es menor el papel jugado por el tipo “información personal sensible” en la definición de la constitucionalidad de las normas de las leyes de Transparencia y del Derecho de petición. En el caso de la Ley de Transparencia, el tipo “información personal sensible” parece ser uno de los criterios para desestimar la necesidad de introducir una excepción al derecho de acceso a la información pública que comprendiera “toda la información” regulada en la Ley de

que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”

¹⁵⁰ Ver Anexo A, caso 20, Sentencia T-828 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz.

¹⁵¹ Ver Anexo A, caso 25, Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero.

¹⁵² Ver Anexo A, caso 24, Sentencia T-794 de 2013, MP Eduardo Mendoza Martelo.

protección de datos personales¹⁵³. La Corte parece privilegiar este tipo de datos, respecto de los datos personales no sensibles, como los (únicos) llamados a ser exceptuados de la regla general de publicidad. Por su parte, en el caso de la Ley del Derecho de Petición el tipo “información personal sensible” termina confundido con la mezcla de los otros aparatos clasificatorios de la información personal, en especial, con la sub-especie introducida en la Ley de habeas data financiero, de “datos personales privados y semi-privados”, y con la sub-especie introducida en la Ley de Transparencia, de “información pública clasificada.”¹⁵⁴ Esta confusión no es gratuita. Es el precio que se paga por tener varios complejos clasificatorios de la información personal, que obedecen a diferentes criterios y racionalidades¹⁵⁵. Pero sobre todo es el precio que se paga por tener una definición de información personal sensible compleja y poco técnica.

5.3.2.4 Criterios alternos

Como pudimos apreciar, por la experiencia en el caso colombiano, proveer de fundamento teórico sólido a la expresión “información personal sensible” es una tarea urgente. Paul Ohm propone una serie de cuatro criterios para definir cuando un tipo de información personal debe ser considerada sensible: la potencialidad de daño, la verosimilitud y probabilidad de daño, su transmisión bajo las reglas de confidencialidad, y que el riesgo afecte a un número significativo de titulares¹⁵⁶. La formulación de los criterios busca servir de criterio *ex post* y *ex ante*, para la clasificación de información como información sensible. El aporte de Ohm es doble: pone el

¹⁵³ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid., 3.2.5 “La Corte considera que no es necesario este condicionamiento, como quiera que la Ley 1581 de 2011 (sic), al ser una ley estatutaria que regula el derecho de hábeas data y fijar reglas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para proteger ciertos datos considerados como “datos sensibles”, por afectar el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales que pueden ser reservados, cumple las exigencias constitucionales para el establecimiento de reservas al derecho de acceso a la información pública, y que resultan compatibles con las reglas específicas que fijará este proyecto de ley estatutaria una vez sea sancionado.”

¹⁵⁴ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-951 de 2014, MP Martha Victoria Sánchez, consid. 5.12.2, *in fine*. “[E]l numeral 3 del artículo 24 es compatible con el texto constitucional, en cuanto se justifica plenamente la reserva de cuestiones que reposen en las hojas de vida, expedientes pensionales u otros documentos de orden laboral, así como en las historias clínicas, que involucren el ámbito privado y de intimidad de las personas, en la forma que ha sido precisado por las citadas leyes [1266 de 2008 y 1712 de 2014] y la jurisprudencia constitucional.”

¹⁵⁵ Uno de los problemas críticos de la existencia de múltiples criterios clasificatorios es la divergencia de orientaciones; entonces son necesarios criterios de prevalencia. La Corte Constitucional colombiana fijó uno al adelantar el control de constitucionalidad de la norma que permitía el tratamiento de datos sensibles cuando su “titular los haya hecho manifiestamente públicos”. Este caso puede ser visto como el enfrentamiento entre dos criterios clasificatorios: dato personal público –publicidad de facto–, dato personal sensible. Para la Corte “el hecho de que un dato sensible se haga público, no lo convierte en un dato de naturaleza pública que cualquier persona pueda someter a tratamiento. Por tanto, pese a la divulgación de un dato por su titular, la posibilidad de someterlo a tratamiento debe sujetarse a su consentimiento expreso, previo e informado –principio de libertad– y a las (...) demás garantías del habeas data.” Sentencia C-748 de 2011, MP Jorge Pretelt Chaljub, consid. 2.3.1.4. Inexequibilidad del literal d)

¹⁵⁶ Ohm, Sensitive Information... *Op., cit.*, p 1161 “Those who promulgate privacy laws and rules—whether for the government or to order private behavior—tend to focus on four factors in assessing whether a given piece of information seems sensitive: the possibility of harm; probability of harm; presence of a confidential relationship; and whether the risk reflects majoritarian concerns.”

acento en una aproximación pragmática orientada por la necesidad de prevenir daños, e introduce una herramienta específica, diseñada en el campo de la ciencia de la computación, para la evaluación de dichos riesgos¹⁵⁷.

Otra aproximación para definir la sensibilidad de la información personal es la ensayada por Milne y otros, a partir de la realización de encuestas¹⁵⁸. A pesar de que la investigación de Milne se desarrolla en el campo del derecho privado, en la arena de los derechos del consumidor y en los EEUU, la tipología desarrollada tiene un importante valor heurístico. El estudio de Milne está orientado a rescatar la perspectiva del consumidor y la forma en que percibe los riesgos asociados al tratamiento de su información personal¹⁵⁹. El estudio se basa en una muestra final de 310 encuestas realizadas en línea empleando el sistema M-Turk, de uso común en estudios sobre consumidores¹⁶⁰. El instrumento consta de 52 especies de información personal sobre las cuales se preguntó por tres puntos, responder, si/no, si actualizaba algún tipo de riesgo: patrimonial, social, físico y psicológico¹⁶¹; en una escala de 1 a 10, si dicha información era nada sensible o muy sensible; y en una escala de 1 a 10, si estaba nada dispuesto o muy dispuesto a entregar dicha información a los proveedores. Para adelantar el análisis, las 52 especies de información fueron reagrupadas en 6 tipos: demográfica básica, preferencias personales, información de contacto, interacción social, patrimonial e identificadores. El estudio tiene tres conclusiones: la percepción del riesgo de los consumidores es multidimensional¹⁶², lo que significa que cada especie de información está ligada a distintos tipos de riesgo. Las percepciones de riesgo asociadas a las distintas especies de información son móviles, como lo demuestra la equivalencia de riesgo asociada a la información patrimonial y a la información sobre

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 1132 “The factors suggest we need better, more formal, and more rigorous frameworks for assessing the risk of privacy harm. Rather than focusing on anecdotes and intuition, we should design “privacy threat models” learning from computer scientists who study security and risk.” p. 1174 “My threat modeling process comprises four phases: threat enumeration, risk assessment, nonlegal remediation, and finally legal remediation. Many of these steps bleed into one another, and the model is not meant to be applied rigidly.”

¹⁵⁸ Milne, George, Pettinico, George, Hajjat, Fatima y Markos, Ereni, Information Sensitivity Typology: Mapping the Degree and Type of Risk Consumers Perceive in Personal Data Sharing. En: *The Journal of consumer affairs*, vol. 51, núm. 1, 2017, pp. 133-161

¹⁵⁹ Milne et al. Information Sensitivity... *Op., cit.*, p. 134 “What is missing from both PII/non-PII and information ecosystem perspectives is the consumer point of view—how do their privacy concerns vary regarding different types of personal information?”

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 141

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 139 “We define each of the privacy risks as the following: (1) monetary risk is the risk associated with potential financial loss, (2) social risk is the risk associated with threats to an individual’s self-esteem, reputation, and/or the perceptions of others, (3) physical risk is the risk associated with bodily injury, and (4) psychological risk is the risk associated with potential negative emotions such as anxiety, distress, and/or conflicts with self-image.”

¹⁶² *Ibid.*, p. 153 “Regarding one’s social network profile, over half associate this item with social risk. Yet, 25% associate it with psychological risk and 13% associate it with physical risk, reflecting that many individuals have information in their social profile which, if made public, could have significant impact upon their mental and physical well-being.”

interacciones sociales¹⁶³. Y, por último, la disparidad entre los resultados y la regulación protectora de la información¹⁶⁴.

Explorar criterios alternativos para la definición del constructo “información personal sensible” abre caminos para resolver los problemas regulatorios generados por su indeterminación. A pesar de que, en el caso de Ohm, consideraciones sobre lo íntimo o el riesgo de ser discriminado están implícitas en su aparato conceptual, el acento no está puesto en estas figuras. En cambio, parecen más relevantes los criterios de potencialidad de daño, y sobre todo de potencialidad de daño masivo y políticamente reconocido. Algo similar ocurre en el estudio de Milne *et al*, en donde la evidencia empírica lleva a refinar la forma en que se define la sensibilidad de la información personal a partir de una lectura multidimensional de los riesgos. Estas aproximaciones lucen extrañas frente a una lectura de la información personal sensible gobernada por la “dimensión objetiva” de los derechos fundamentales. En especial, de los derechos fundamentales a la intimidad, a la protección de datos y a la igualdad de trato, que parece estar latente en la concepción europea de “información personal sensible” que ha sido emulada, tanto en Colombia, como en México.

Si el propósito de la protección de la información personal reside allende su protección *per se*, el problema de sus usos concretos debe ser el punto de partida. Un nuevo enfoque que cuestione la utilidad tanto de la definición maximalista de la información personal, como de las aproximaciones ontológicas para la definición de tipologías operativas, se ofrece como alternativa. Apoyado en la evidencia, un enfoque que apele a nuevas tipologías de información personal según criterios pragmáticos y funcionales puede servir como estrategia regulatoria más eficiente para la protección de la información personal, y también, para la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

5.4 Conclusión del capítulo V

Los legisladores, tanto en México, como en Colombia, optaron por una concepción maximalista de la definición de la expresión información personal. Son términos (comunes) de dicha definición el uso de universales positivos y el énfasis en el poder para identificar a las personas. Además de su carácter maximalista, esta definición supone un deslinde entre los conceptos de

¹⁶³ *Ibid.*, p. 150 “Not surprisingly, consumers associate the greatest risk with information items in the Secure Identifier cluster, and the least risk with information items in the Basic Demographics cluster. What is more unexpected, however, is consumers’ view of the clusters in between. Overall, the Financial Information and Community Interaction clusters get fairly similar ratings in perceived risk. (...) For instance, consumers’ level of concern about keeping control of their face/visual image is higher than many Financial Information items, reflecting the current realities of visually based social media and the importance of one’s public reputation.”

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 152 “Home address is an interesting case in point. Home address has long been a highly public piece of information, viewed as standard contact information and for generations openly published in printed telephone directories. However, in our study, home address separates far from other contact information and falls into the Secure Identifiers cluster, with a high degree of associated physical risk.”

información personal y vida privada, y el reconocimiento implícito del hecho de ser identificado, mediante especies de información personal, como nuevo valor. En esta concepción ha sido notoria la influencia del Derecho europeo a la protección de datos personales.

El principal efecto de acoger una concepción maximalista del fenómeno “información personal” es el ensanchamiento del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales y, por tanto, el aumento de las hipótesis en donde las pretensiones protectoras de este derecho entrarán en conflicto con las pretensiones protectoras del derecho de acceso a la información pública.

Al concebir la información personal como una función de la posibilidad de identificar, ciertas especies como el nombre, los números de identificación nacional y los datos biométricos, “los identificadores”, cobran importancia. En el análisis de estas especies indicamos su carácter debatible de “datos personales” y algunos de los argumentos por los cuales su publicidad es problemática. Al abordar el problema de la posibilidad de la anonimización (mediante versiones públicas) de la información personal en poder del Estado, y al aceptar que un escenario de total anonimización es técnicamente imposible, identificamos que el principio que de facto parece guiar dicha práctica es el de dificultar su acceso, y no el de garantizar su plena confidencialidad. Asimismo, al abordar el problema de la publicidad de los números de identificación nacional se hizo evidente que el tema no tiene la sensibilidad política propia del ámbito europeo y que, por lo menos en el caso colombiano, un cambio en la forma de regular este tipo de información podría alterar de forma severa prácticas sociales que gozan (por ahora) de regular aceptación.

Otro de los efectos de la concepción maximalista de la información personal es la progresiva dilución de la importancia de los soportes. Esta situación es crítica en el caso del acceso a los documentos públicos en donde el deber de protección de la información personal contenida en ellos derrota *por default* el carácter público del documento. La provocada irrelevancia de los documentos públicos ha sido coadyuvada por la decisión de no incluir una definición de documento público en las leyes de transparencia, y por una paulatina erosión de su importancia en las prácticas burocráticas de la transparencia.

La concepción maximalista de la información personal y su efecto de orientar el deber de protección, en escenarios de tratamiento de la información personal, a la información personal *per se*, no es la única alternativa regulatoria. El hecho de que, en especial el modelo mexicano se haya inclinado por dicha concepción no supone aceptarla como la única o la mejor alternativa posible. La existencia de teorías alternativas que cuestionan la definición de información personal ligada a la identidad y de corte maximalista, y la consideran inapropiada para la protección de los intereses que están en juego en todo tratamiento de información personal en las sociedades de la información, permiten activar la función crítica de tal concepción y de su efecto sobre el modelo regulatorio vigente. En concreto, la tesis de Eloïse Gratton, orientada por la necesidad de prevenir el riesgo de daños, y la de Helen Nissenbaum, orientada por la necesidad de mantener la integridad del contexto, sirven de patrón de referencia para cuestionar, entre otros, el rol de la

definición de información personal, y su incidencia en la comprensión y operación del deber de protección de la información personal.

La concepción maximalista de la información personal parece diluir la importancia de las clasificaciones de la información personal. Esto es así, bajo un argumento de economía: si toda la información personal está protegida, la enunciación de las especies es redundante o a lo sumo secundaria. Esta afirmación se actualiza con valor descriptivo en el caso mexicano, pero contrasta con la importancia de las clasificaciones de la información personal en el caso colombiano. Situación que conduce a la existencia de dos énfasis regulatorios: uno en donde la concepción maximalista de la información personal torna secundarias las clasificaciones, y las trata como una cuestión de excepción; y el otro, en donde la concepción maximalista de la información personal no es operativa, y las clasificaciones de la información personal tienen un rol estructural dentro del régimen jurídico respectivo.

Aunque con diferente intensidad, tanto en México, como en Colombia son operativos dos aparatos clasificatorios de la información personal, compuestos por pares dicotómicos. El primero es el par conceptual información personal pública-información personal privada, que se construye a partir de cuatro criterios clasificatorios: el ámbito, el interés, la vocación de circulación y la publicidad de facto. Y el segundo, información personal sensible-información personal no sensible, que se construye a partir de dos criterios clasificatorios: relación con la vida privada, y posibles usos discriminatorios.

La definición de la información personal sensible es problemática por varias razones, por incluir criterios clasificatorios guiados por racionalidades no convergentes (el secreto y el trato igualitario), por el uso concurrente de los planos descriptivo y normativo en la definición de sus términos, y por ser una función de los derechos a la protección de datos personales, a la intimidad y a la igualdad y no discriminación. Frente a esta situación es imperiosa una mejor fundamentación del concepto, o incluso su reformulación, siguiendo criterios pragmáticos que apelen más a los usos concretos y al riesgo asociado a la información personal, que a su caracterización ontológica.

Por último, hubo una cuestión sobre la información personal que no abordamos en este capítulo de forma deliberada. Se trata de las circunstancias en que surge el deber de protección de dicha información, en especial de la circunstancia de estar sometida a “tratamiento”. La interpretación restrictiva o extensiva de la expresión “tratamiento” es clave para definir el ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales. Consideramos que esta cuestión podría ser mejor abordada como parte de la dogmática de los derechos a la protección de datos personales y a la vida privada, objeto del siguiente capítulo.

Capítulo VI

6. Los derechos a la protección de la vida privada y de datos personales, y el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

La información personal deviene objeto de regulación constitucional con el reconocimiento formal de los derechos (fundamentales) a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales¹. No obstante, la forma, el contexto y la justificación con que estos derechos protegen la información personal es diferente; tales diferencias permiten afirmar la independencia de dichos derechos a partir de distinciones sobre su objeto, su ámbito de protección y su función. La aceptación de estas distinciones no es generalizada y no ha sido fácil. Dos razones permiten explicarlo. La primera (histórica) está referida a la dependencia de origen del derecho a la protección de datos personales respecto del derecho a la protección de la vida privada. La segunda (analítica) está asociada, por un lado, a la comunión parcial del objeto protegido *qua* deberes de protección sobre la información personal; y por el otro, a la dificultad de precisar sus ámbitos de protección y de deslindar las razones que los justifican.

A esto se suma que, en el contexto del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, la distinción entre estos derechos parece a primera vista innecesaria. Primero, porque la confidencialidad de la información personal en poder del Estado, como mandato general, puede atribuirse a ambos derechos fundamentales como parte de su contenido normativo; y segundo, porque los mandatos de interdependencia de los derechos fundamentales e interpretación integral de la Constitución, ordenan la interpretación conjunta de los dos derechos, en aquellos casos donde sirven el propósito concurrente de proteger la información personal.

No obstante estas dificultades, en este capítulo defenderemos la tesis de la posibilidad analítica de la distinción entre estos derechos y presentaremos algunas razones por las cuales dicha distinción es importante. Defenderemos la idea de su utilidad para resolver un par de los problemas dogmáticos advertidos durante el análisis de la casuística y descritos en el capítulo IV.

¹ Para efectos metodológicos emplearemos el término “derecho a la protección de la vida privada” como equivalente al de derecho a la intimidad (como es reconocido en la Constitución colombiana, en su artículo 15), y el término “derecho a la protección de datos personales” como equivalente al de derecho al habeas data (como es reconocido en la práctica jurídica colombiana) y viceversa.

En especial, los relacionados con la aparente equivalencia del contenido, el ámbito de protección y la fundamentación de dichos derechos, y con la indiferencia de las circunstancias en que el Estado detenta la información personal.

El capítulo está dividido en dos partes. En la primera, nos ocuparemos de la distinción entre estos dos derechos a partir de precisar la relación de dependencia entre ambos, tanto histórica como analítica; en el caso de esta última, abundaremos en los problemas de la definición del objeto y del ámbito de protección de ambos derechos, con énfasis en el derecho a la protección de datos personales (6.1). En la segunda parte, abordaremos el problema de la fundamentación de dichos derechos a partir de cuatro criterios interpretativos y concluiremos con una descripción de su operación en los países bajo estudio (6.2).

Este capítulo busca aportar elementos para una mejor consideración dogmática de los derechos fundamentales relacionados con la protección de la información personal, con la esperanza de que esto facilite, por un lado, la comprensión del problema de investigación y, por el otro, la descarga de la segunda parte del método propuesto, la corrección de las fallas dogmáticas advertidas en la casuística y la construcción de mejores argumentos en clave constitucional.

6.1 Aproximación problemática a la distinción entre los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales

6.1.1 La dependencia de origen

El derecho a la protección de datos personales es una invención europea². Surge como una *forma* de garantizar el derecho a la protección de la vida privada³ (reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950) ante los riesgos de los avances científicos y la posibilidad de adelantar tratamiento automatizado de información personal⁴. Las reservas sobre los posibles usos de las (entonces) nuevas tecnologías de la computación impulsaron su desarrollo⁵. En

² Para un recuento sucinto, salpicado de interesantes datos sobre la historia europea del derecho a la protección de datos: Burkert, Herbert, *Privacy-Data Protection: A German/European Perspective*. En: *Proceedings of Second Symposium of the Max Planck Project Group on the Law of Common Goods and the Computer Science and Telecommunications Board of the National Research Council*. Wood Hole, 1999, pp. 43-69.

³ Convención Europea de Derechos Humanos, 1950, artículo 8 “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto (...)”

⁴ Lazpita Guturbay, María, *Análisis comparado de las legislaciones sobre protección de datos de los Estados miembros de la Comunidad Europea*. En: *Informática y Derecho*, núm. 6-7, 1994, pp. 397-420 (descripción de “dos generaciones de leyes” en los países europeos, la primera en los años 70, y la segunda posterior a la ratificación del Convenio 108 de 1981, hasta antes de la expedición de la Directiva Europea 95/46/CE, con énfasis en el tratamiento “automatizado” de datos personales)

⁵ Gregorio, Carlos, *Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina*. En: *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (Hugo Concha, Sergio López-Ayllón y Lucy Tacher coords.) México, UNAM-IIIJ, 2004, pp. 299-325, 307-8 “En la década de los cuarenta los nazis

especial, el temor a que los Estados pudieran cruzar bases de datos personales y construir perfiles virtuales, entre otras, a partir de la asignación de un número único de identificación nacional a sus ciudadanos⁶. Esta dependencia de origen será reconocida de forma explícita en las dos fuentes centrales del derecho a la protección de datos en Europa: el Convenio 108 del Consejo de Europa⁷ y la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁸.

Para finales de la década de los 90, sin embargo, el derecho a la protección de datos personales parecía gozar de rasgos propios y su importancia en la agenda política de la Unión Europea terminó por evidenciar, no sólo la necesidad de su reconocimiento como derecho autónomo, sino las razones analíticas para sustentarlo. Este paso se concreta con su reconocimiento a título propio, y de forma separada del derecho a la vida privada, en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea⁹. Sin embargo, en los discursos jurídicos relevantes, en especial el del

pudieron ejercer el control de la población con los datos del censo y los archivos del gobierno, que fueron utilizados para identificar a los judíos (...) Estos hechos motivaron que el derecho a la privacidad fuera incluido en la Constitución alemana de la posguerra y que luego las raíces de la teoría europea de protección de datos esté relacionada (sic) directamente con estas experiencias horribles ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial. Aun así, en 1970, la policía alemana fue pionera en el uso de perfiles computados para capturar a los miembros de la organización terrorista *Rote Armee Fraktion*. Pero esta forma de investigación generó muchas protestas y fue uno de los argumentos que llevó a Alemania a sancionar posiblemente una de las leyes más duras en el mundo en materia de protección de datos.” Van den Hoven, Jeroen, *Privacy and the Varieties of Moral Wrong-doing in an Information Age*, En: *ACM SIGAS Computers and Society*, vol. 27, núm. 3, Sept. 1997, pp. 33-37 (con una postura crítica sobre los fundamentos de las leyes de protección de datos personales, de forma exclusiva en la protección de la vida privada) p. 35 “It has always struck me as somewhat strange that the defenders of privacy here in Holland point to the second world war for a paradigm case of privacy violation. They relate the sad history of the occupation by the Nazi's, who found an easily accessible and well organized citizen administration, from which they could hand-pick jews, gypsies, criminals, mentally handicapped, homosexuals, trace them and send them off to the extermination camps. This part of our national past has for a long time effectively prevented the introduction of identification cards, registration of religion and sexual preference. But it seems somewhat odd to say that the Nazi's invaded the privacy of the Dutch Jews. They murdered, tortured innocent human beings.”

⁶ Así, en el caso de Suecia, Estado pionero en la materia. Burkert, *Privacy-Data Protection... Op., cit.*, p. 47. La cuestión era tan sensible en Europa que algunos países decidieron prohibir la existencia de un número de identificación personal a nivel constitucional, como en el caso de Portugal que, en el numeral 3 del artículo 35 de la Constitución de 1976, prohíbe la asignación de un número único de identificación a sus ciudadanos. Martín Pallín, José Antonio, *Constitucionalidad del número de identificación único*. En: *Jueces Para la Democracia*, núm. 33, 1998, pp. 7-17.

⁷ Convenio 108 del Consejo de Europa “para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”, 28 enero 1981, cuya finalidad, según su artículo 1, es: “garantizar (...) a cualquier persona física (...) el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.”

⁸ 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.” 24 de octubre de 1995. Considerando 10. “Considerando que las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de datos personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respeto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.”

⁹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 diciembre de 2000 (proclamada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión europeos) Artículo 7 “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”, y Artículo 8 “Protección de datos de carácter personal 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernen. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento

Tribunal Europeo de Justicia, este derecho continúa ligado, de forma aparentemente inescindible, al interés de proteger la vida privada de las personas. En los asuntos relacionados con el tratamiento de información personal por parte del Estado, por lo general, el Tribunal Europeo de Justicia interpreta el derecho fundamental a la protección de datos personales en el marco del derecho al respeto a la vida privada, bajo el siguiente método: verificar si el tratamiento de datos personales supone la existencia de una injerencia en el ámbito privado, identificar si esta injerencia está justificada y evaluar si la misma respeta el principio de proporcionalidad¹⁰. Una lectura sistemática de las decisiones del Tribunal Europeo en la materia puede caracterizarse por la tendencia a interpretar la normatividad relevante con el fin de “garantizar un nivel elevado de protección (...) de la vida privada (...) en relación con el tratamiento de datos personales”¹¹.

En el plano latinoamericano, donde la influencia europea ha sido notoria¹², esta dependencia de origen fue replicada. En Colombia, el reconocimiento del derecho al habeas data en la Constitución de 1991, junto con el derecho a la intimidad y al buen nombre es indicio de la existencia de esos límites borrosos. La Corte Constitucional colombiana, a pesar de haber

legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernen y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

¹⁰Como sucede en los asuntos *Rudfunk* (Sentencia del Tribunal de Justicia, 20 de mayo de 2003. Asuntos acumulados Rechnungshof (C-465/00) contra Österreichischer Rundfunk y otros y Christa Neukomm (C-138/01) y Joseph Lauer mann (C-139/01) contra Österreichischer Rundfunk) en el cual el Tribunal decidió proteger la información relacionada con el monto de salarios y pensiones de los trabajadores de una empresa pública de televisión; ver en especial los párrafos 74 y ss. *Schecke* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 9 de noviembre de 2010. Asuntos acumulados Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) y Hartmut Eifert (C-93/09) contra Land Hessen) en el cual decidió proteger la información relacionada con los subsidios recibidos por los peticionarios con cargo a fondos públicos de la Unión Europea; ver en especial los párrafos 58 y ss. Y *Digital Rights Ireland* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8 de abril de 2014. Asuntos acumulados Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) contra The Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda y el Attorney General, y Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros (C-594/12) contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform) en el cual declaró la invalidez de la Directiva Europea en materia de retención de datos de tráfico de telecomunicaciones; ver en especial los párrafos 33 y ss.

¹¹Como se advierte en recientes decisiones. Asunto *Google Spain* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12, Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González) en el cual consideró que la actividad adelantada por un buscador constituía tratamiento de datos personales a la cual era aplicable la normatividad europea. Sobre la relación entre este tipo de tratamiento y el derecho a la vida privada, ver en especial los párrafos 38 y 66 y ss. Y en el Asunto *Schrems* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14, Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner) en el cual consideró que la valoración de la protección adecuada que debe proveer un tercer país, cuando medie una transferencia internacional de datos, debe apreciarse a “efectos de la protección a la vida privada” del titular de los datos. Ver en especial los párrafos 69 a 71 y 78.

¹² Remolina Angarita, Nelson, *Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012*. Bogotá, Legis, 2013, p. 26 “En Colombia y en muchos otros países latinoamericanos ha tenido enorme influencia el modelo europeo, no sólo porque en Latinoamérica esta cuestión es de naturaleza constitucional, sino por la labor, entre otras de la Red Iberoamericana de Protección de datos personales, fundada en junio de 2003 (...) En esta gestión ha incidido positiva y permanentemente la Agencia Española de Protección de Datos.” Luna Pla, Issa, *Derecho de la Información como Disciplina en México*. En: *Derecho Comparado de la Información*, No. 10, enero-junio de 2007, pp. 161-186, 168 “No cabe duda que en México se ha escrito sobre el derecho de la información con una fuerte influencia de los autores españoles, de hecho, los autores mexicanos tienen en su mayoría, grados académicos otorgados por universidades españolas donde se enseña el derecho de la información.”

afirmado la relación de independencia entre el derecho al habeas data y el derecho a la intimidad desde el año 2002, aún tiene dificultades para operar su deslinde, como puede verse en el caso crítico del control de constitucionalidad sobre la Ley de Transparencia¹³. A su vez, en la Ley 1581 de 2012, General de Protección de Datos, el Legislador parece prolongar la confusión, con una críptica remisión al texto constitucional, al momento de definir el objeto de la Ley¹⁴. En México, por su parte, el caso de las reformas a la Constitución es indicativo de un intento de reafirmar la autonomía del derecho a la protección de datos. Sin embargo, su ubicación en el texto constitucional sugiere una innegable cercanía con el derecho a la vida privada¹⁵ y subsisten indicios de tal relación de dependencia en la ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados¹⁶. Finalmente, en el nivel regional ha habido un diálogo abierto sobre el tema. En algunos momentos se ha apuntado en la dirección de reconocer el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, como sucedió en la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno del año 2003, pero incluso entonces no fue posible deslindarlo del derecho a la protección de la vida privada¹⁷.

A pesar de los intentos por distinguir estos derechos, a veces en las fuentes formales, a veces en los ejercicios doctrinarios, las prácticas jurídicas revelan otra realidad. En el caso mexicano parece operar de facto una equivalencia entre protección de datos personales y protección a la vida privada. De las personas relevantes encuestadas en el Órgano de Transparencia durante el año 2016, todas coinciden en que el interés protegido por el derecho a la protección de datos personales es la vida privada. Todas consideran que el dato personal, a partir de recitar su definición canónica, es objeto de protección por estar ligado a cierta idea del ámbito de lo privado: “lo personal a nadie más le incumbe”. La forma en que perciben las relaciones entre uno y otro derecho es elocuente. Los entrevistados consideran que el derecho de protección de

¹³ A pesar de que la Corte Constitucional colombiana a partir de la Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre, reconoció la independencia entre estos derechos, en la Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, (control de constitucionalidad del proyecto de ley Estatutaria de transparencia) hay evidencia sobre la dificultad del deslinde, ver en especial la consid. 3.2.18.

¹⁴ Al incluir como objeto de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, en su artículo 1, la regulación del derecho a la intimidad, por la vía de la remisión a los “derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política”.

¹⁵ México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1 de junio de 2009. “Artículo Único.- (...) Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales...”

¹⁶ Al incluir sendos mandatos, uno de garantía de la privacidad, y otro de interpretación conforme con el derecho a la privacidad. México. Diario Oficial. Ley General de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, 26 enero 2017. “Artículo 6. El Estado garantizará la privacidad de los individuos y deberá velar porque terceras personas no incurran en conductas que puedan afectarla arbitrariamente” y “Artículo 8. La aplicación e interpretación de la presente Ley se realizará conforme a lo dispuesto en la Constitución (...) favoreciendo en todo tiempo el derecho a la privacidad, la protección de datos personales y a las personas la protección más amplia.”

¹⁷ Así, en el punto 45 de la Declaración de Santa Cruz de la Sierra, documento final de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (2003), que reconoce el “derecho fundamental a la protección de datos personales”, en el marco de “iniciativas regulatorias para proteger la privacidad”. Disponible en: <http://www.oei.es/xiiicumbreddec.htm> (consultado 01-02-18)

datos es “una parte del derecho a la vida privada”, “una forma de concretar el abstracto derecho a la intimidad” o “una especie del derecho a la vida privada”¹⁸.

Esta dependencia de origen, y su persistencia en los discursos jurídicos formales y en las prácticas jurídicas, tiene asidero en dos elementos propios de la dogmática de estos derechos fundamentales. Que ambos están orientados a proteger la información personal, esto es, que comparten un mismo objeto de protección; y que el derecho a la protección de la vida privada le sirve de justificación material al derecho a la protección de datos personales, esto es, que comparten parcialmente la misma fundamentación. Situación que nos obliga a adentrarnos en la cuestión dogmática de estos derechos a partir de una aproximación analítica.

6.1.2 La comunidad de objeto protegido: la información personal

Compartir la información personal como objeto de protección es una de las razones de la confusión entre los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales. A partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales¹⁹ y en el contexto del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, esta confusión se puede disolver por dos vías: precisar las formas en que cada derecho concreta el deber de protección de la información personal, y precisar la extensión del objeto protegido por tales derechos.

6.1.2.1 Formas jurídicas de proteger la información personal

La protección de la información personal operada por el derecho a la protección de la vida privada se concreta en un mandato específico: evitar el acceso no autorizado a (y la difusión de) la información personal que pertenezca al ámbito privado-íntimo de una persona. Nada más ni nada menos. La autoridad pública *respeta* el derecho a la vida privada al abstenerse de revelar, publicar o divulgar dicha información personal, lo logra simplemente con una conducta negativa. La autoridad pública *protege y promueve* el derecho a la vida privada, al generar las condiciones para impedir que dicha información sea objeto de conocimiento por parte de terceros; lo que incluye

¹⁸ Entrevistado 11, “El derecho de la protección de datos personales es como la base, es como el gran tema y ahí se encuentran inmersos el derecho a la intimidad, porque a través del derecho a la protección de datos, tu puedes proteger los demás derechos de la persona en su individualidad”, min 23:14. Entrevistado 8, “El derecho a la protección de datos personales forma parte del derecho a la privacidad”, min: 14:50. Entrevistado 3, “No tenemos una distinción como tal de intimidad-privacidad desde el punto de vista legal, bien raro, nosotros no teníamos nada constitucionalmente hablando en materia de privacidad-intimidad y nos metemos de lleno en la protección de datos personales”, min 27:29.

¹⁹ Gallego Anabitarte, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid, Civitas, 1994 (sobre la doctrina de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como mejor alternativa para explicar estos derechos, que la teoría de las garantías institucionales) p. 97 “[L]os derechos fundamentales son evidente y principalmente unos derechos subjetivos (...) La novedad en las últimas décadas es haber detectado que estos derechos fundamentales, o libertades públicas, no son sólo derechos subjetivos, sino también son principios o valores fundamentales del ordenamiento jurídico, y de esta afirmación se deduce la obligación del Estado de proteger, de dictar normas que permiten el ejercicio de estos derechos.”

conductas activas como la de adoptar medidas de seguridad físicas y técnicas, y la de capacitar a los funcionarios públicos, respectivamente²⁰.

Por su parte, la protección de la información personal operada por el derecho a la protección de datos personales no se restringe a respetar y promover la confidencialidad de la información personal, aunque pueda pensarse que esta sea la principal forma de protegerla. Otras formas jurídicas de hacerlo, que integran el objeto de este derecho, podrían resumirse en la obligación de ajustar toda conducta sobre la información personal a los principios de tratamiento de datos personales. Entre ellos el principio de finalidad, que incluye la prohibición de tratar datos personales para finalidades ilegítimas o diferentes de las comunicadas al titular, incluida, por ejemplo, la publicidad indiscriminada; el principio de proporcionalidad, que incluye, entre otros, la obligación de cancelar-suprimir los datos personales cuando no sean necesarios o pertinentes en función de la finalidad para la cual se recabaron y que supone eliminar toda posibilidad de publicidad cuando se den estas circunstancias; y el principio de seguridad, que incluye la adopción de medidas de seguridad físicas y técnicas, no sólo que impidan el acceso no autorizado, sino que garanticen la disponibilidad de la información para los fines para los cuales fue recabada (eventualmente su publicidad) incluido el ejercicio de los derechos ARCO.

Una presentación somera de algunos elementos de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales bajo estudio nos revela importantes diferencias en la forma en que se concreta el deber de protección de la información personal, como objeto de protección común. Esta diferencia apunta a que, por lo menos en lo que hace relación al deber de protección de la información personal, la dimensión objetiva del derecho fundamental al derecho a la protección de datos personales es, para todos los efectos prácticos, más compleja y más rica, que la del derecho a la protección de la vida privada.

6.1.2.2 La extensión de la información personal como objeto de protección

Vista en función del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, la extensión de la información personal, objeto de protección, no es igual en uno y en otro derecho. Por una parte, el derecho a la protección de la vida privada se concreta en el deber de no revelar la información personal que pertenezca al ámbito privado-íntimo de una persona²¹.

²⁰ El uso de los verbos respetar y promover es una paráfrasis de los términos del párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución Política mexicana. “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.” Que a su vez, es una paráfrasis de las obligaciones generales que surgen para los Estados, una vez ratifican un tratado internacional sobre derechos humanos.

²¹ Wacks, Raymond, *Privacy: A Very Short Introduction*. Oxford, Oxford University Press, 2a ed., 2015 (en el contexto de la definición de privacidad en el plano empírico) p. 45 “If a loss of privacy occurs whenever *any* information about an individual becomes known (the secrecy component), the concept is severely diluted. It is a distortion to describe *every* instance of the dissemination of information about an individual as a loss of privacy. To the extent, however, that privacy is a function of information or knowledge about the individual, this seems to be inescapable.

Por la otra, el derecho a la protección de datos personales se concreta en el deber de confidencialidad de (toda) la información personal²². En el primer caso la *vis-expansiva* del derecho está circunscrita al ámbito privado, en el segundo, la *vis-expansiva* no tiene límites internos. En otras palabras, el derecho a la protección de la vida privada tiende a proteger *menos* información personal que el derecho a la protección de datos personales.

Asimismo, no hace parte del objeto del derecho a la protección de la vida privada aquella información personal que ha migrado de la esfera privada (voluntaria o involuntariamente) o que ha sido catalogada como información pública por un mandato legal. En estos casos, esta información no integra el objeto protegido por el derecho a la vida privada. Y, por tanto, no pesa sobre ella el deber de no ser revelada o divulgada. Este no es el caso del derecho a la protección de datos personales, que continúa protegiendo la información personal, cuando ha salido de la esfera privada de forma no consentida por el titular o con desconocimiento de los principios que rigen el tratamiento de la información personal; y que incluso, protege la información personal que conste en registros o fuentes de acceso público, de conformidad con el principio de finalidad.

Otra diferencia entre ambos derechos es la relacionada con su objeto de protección. Mientras que el derecho a la protección de la vida privada tiene un objeto de protección que abarca otros fenómenos, diferentes de la información personal, como la inviolabilidad del cuerpo humano²³, del domicilio o de las comunicaciones privadas. Este no es el caso del derecho a la protección de datos personales cuyo *único* objeto de protección es la información personal.

Derecho a la protección de la vida privada	Derecho a la protección de datos personales
Protege solo la información personal relacionada con el ámbito privado	Protege toda la información personal
Protege, ente otros, información personal, cuerpo humano, espacios y canales de comunicación (en tanto relativos al ámbito privado)	Protege solamente información personal

In other words, in so far as the question of information about an individual is concerned, some limiting or controlling factor is required. The most acceptable factor is arguably that the information be “personal.”

²² Esto sin perjuicio de que la ley excluya ciertos tipos de información personal, en tanto el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental de configuración legal. Así, en el derecho positivo colombiano, la información personal pública no está cobijada por la regla de confidencialidad, ver 2.1.3 *Las leyes de habeas data y la renuncia (implícita) a la articulación*. Y en el derecho positivo mexicano, tampoco lo están ciertas especies excluidas taxativamente por la Ley General de Transparencia, ver capítulo II, 2.2.7 *La consolidación del sistema de doble regla excepción* (sobre los tipos de datos personales que deben ser publicados de oficio).

²³ Wacks, *Privacy... op., cit.* (en el contexto de la definición de privacidad en el plano empírico) p. 42 “[T]here are other issues that have increasingly entered the privacy arena (...) the concept of privacy includes the right to control access and use of bodies.”

Desagregado el objeto de protección de los dos derechos se hace evidente una paradoja. El derecho a la protección de la vida privada, a pesar de tener una variedad de objetos protegidos, no limitados a la información personal, despliega un poder protector de la información personal limitado a aquella que integra el ámbito de lo privado-íntimo. A su vez, el derecho a la protección de datos personales, que tiene una vocación regulatoria de lo privado limitada a la información personal, despliega en este campo un poder protector más comprensivo que el del derecho a la protección de la vida privada. Esta situación paradójica encuentra su explicación en la adopción de una definición de datos personales maximalista y no alineada con la idea de lo privado o de sus límites²⁴.

En suma, en el plano teórico, el derecho a la vida privada tiene vocación de proteger la información personal, aunque no toda; porque no toda información personal pertenece a la esfera de lo privado. A su vez, el derecho a la protección de datos personales tiene vocación de proteger (toda) la información personal que esté sometida a tratamiento, incluso si esta información ha salido de la esfera de lo privado²⁵.

La introducción de estos dos matices, la forma de proteger la información personal y la extensión de la información personal protegida, sin embargo, no es todavía satisfactoria para afirmar con claridad la distinción entre los dos derechos. Esto es así, en primer lugar, porque (parte) del objeto de ambos derechos es idéntico: la prohibición de no revelar la información personal o el mandato de guardar su confidencialidad, y porque dicho objeto, aunque parcial, hace parte de la naturaleza de ambos derechos. Y, en segundo lugar, porque introducidos los matices, la propuesta traslada el problema de la distinción a uno de clasificación de la información, a partir del criterio relación-más-o-menos-cercana con el ámbito de lo privado. Se precisan entonces otros elementos (dogmáticos) que permitan sostener la tesis de la independencia de estos derechos, y no sólo eso, que permitan justificar su importancia, en función de la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Entre ellos, precisar las diferencias sobre el ámbito de protección tiene un rol capital.

6.1.3 Algunas diferencias en el ámbito de protección

En el caso del derecho a la protección de la vida privada, el ámbito de protección ha sido construido a partir de referencias espaciales y de la verificación de ciertos marcadores que

²⁴ Ver, Capítulo V, 5.1.2. *Implicaciones de adoptar el modelo europeo de definición de información personal*

²⁵ Remolina, *Tratamiento de datos... op., cit.*, p. 35-6 “[L]a autonomía del derecho a la protección de datos personales tiene diversas consecuencias, entre las cuales destacamos (...) [que] no toda lesión del derecho a la intimidad implica una afectación al derecho de protección de datos personales, ni viceversa (...) [y que] la protección de datos personales se amplía a la información de cualquier naturaleza (privada, sensible, semiprivada, pública) lo cual implica que toda clase de dato personal debe ser tratada debidamente.”

permiten la aparición del ámbito de lo privado²⁶. De tal forma que el objeto de protección del derecho es todo aquello que tiene lugar o que sucede en el ámbito de lo privado. Aquí, objeto de protección y ámbito de protección tienen una relación co-dependiente. Lo que sucede en el ámbito de lo privado es a su vez constitutivo de ese ámbito y el ámbito predetermina el carácter privado de lo que allí sucede²⁷. La idea de la “expectativa razonable de privacidad”, proveniente del derecho estadounidense²⁸, es una forma de expresar la relación compleja entre el ámbito de protección y el objeto de protección del derecho a la vida privada, bajo la concurrencia de los criterios positivo, de la pertenencia al ámbito de lo privado, y negativo, de la no exposición pública²⁹.

Por su parte, en el caso del derecho de protección de datos personales, el ámbito de protección está definido por la actividad de *tratamiento*; la práctica compleja que supone el tratamiento de datos personales determina el ámbito de protección del derecho. En este caso, el objeto de protección se reduce a la información personal que haya sido o que esté sometida a tratamiento. El concepto de tratamiento es uno de los elementos técnicos que permiten precisar el ámbito material de aplicación del derecho a la protección de datos personales.

La definición europea de tratamiento³⁰ ha sido replicada en su vocación original maximalista, tanto en la legislación colombiana³¹, como en la mexicana³². Esta vocación maximalista se

²⁶ Altman, Irwin, Privacy, A conceptual analysis. En: *Environment and Behavior*, vol. 8, núm. 1, mar 1976, pp. 7-29. (concepción de la privacidad desde el plano más amplio de la conducta social, ligada con la disposición del ser humano a procurar y limitar la interacción social mediante la activación de barreras o “mecanismos de privacidad”: conductas verbales o no verbales, lenguaje corporal, diseño de espacios, puertas, persianas, etc.)

²⁷ Sobre este punto no abundaremos. La caracterización del ámbito de lo privado ha estado especialmente influida por diferentes expresiones de las dicotomías público-privado, para lo cual nos remitimos al Capítulo I, ver en especial 1.1.2 *Manifestaciones específicas de la dicotomía público-privado*.

²⁸ Solove, Daniel Conceptualizing Privacy. En: *California Law Review*, vol. 90, núm. 4, julio 2002, 1087-1155 (con referencia al origen del “reasonable expectation of privacy test” en el voto concurrente del juez Harlan en el caso *Katz vs. United States*, 389 U.S. 347 (1967) y a distintos casos de la Corte Suprema norteamericana) véase en especial, las pp. 1090, 1107, 1137 y 1151.

²⁹ Solove, Conceptualizing... *Op., cit.*, p. 1090 “[T]he numerous federal and state laws addressing privacy concerns depend upon an implicit conception of privacy, which informs what matters are protected and the nature and scope of the particular protections employed”, p. 1107 “In a series of cases, the Court has held there can be no “reasonable expectation of privacy” in things exposed to the public, even if it is highly unlikely that anybody will see or discover them.”

³⁰ En especial, la contenida en la Directiva 95/46/CE. “Artículo 2 Definiciones (...) b) «tratamiento de datos personales» («tratamiento»): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción.”

³¹ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1581 de 2012, Artículo 3. “Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) g) Tratamiento: Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión.”

³² México. Diario Oficial. Ley General de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, 26 enero 2017. Artículo 3. “Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: (...) XXXIII. Tratamiento: Cualquier

concreta en la pretensión de abarcar *cualquier* actividad adelantada sobre datos personales³³. El uso del universal positivo “cualquier” para calificar las conductas sobre los datos personales implica que toda actividad que involucre datos personales está comprendida por el ámbito de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, sin perjuicio de que la ley pueda señalar excepciones³⁴.

Esto, sin embargo, no siempre fue así³⁵. En sus orígenes europeos, por ejemplo, el ámbito del derecho a la protección de datos personales estaba limitado por la práctica social y la tecnología disponible en la década de los años 70. Entonces era claro que dicho ámbito se limitaba al tratamiento automatizado de datos personales contenidos en bases de datos personales³⁶. Para la década de los años 90 esta situación cambia, en tanto se incluye en la definición de tratamiento de información personal aquella operable de forma no automatizada y también aquella operable de forma automatizada pero no estructurada. La postura de la Directiva 95/46/CE, guiada por

operación o conjunto de operaciones efectuadas mediante procedimientos manuales o automatizados aplicados a los datos personales, relacionadas con la obtención, uso, registro, organización, conservación, elaboración, utilización, comunicación, difusión, almacenamiento, posesión, acceso, manejo, aprovechamiento, divulgación, transferencia o disposición de datos personales.”

³³ Remolina, *Tratamiento de datos... op., cit.*, p. 94 “Esta expresión [tratamiento] es de uso “técnico” en el ámbito de los datos personales (...) determina el campo de acción de la Ley 1581 de 2012 en la medida que, salvo algunas excepciones, cualquier actividad que se realice a través de medios manuales o tecnológicos, con o sobre los mismos debe observar unas reglas establecidas en la citada ley.”

³⁴ El Tribunal Europeo de Justicia ha mantenido una interpretación maximalista de la expresión tratamiento. Como se puede advertir en las decisiones en los asuntos *Linqvist* (Sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de noviembre de 2003. Asunto C-101/01, Göta hovrätt (Suecia) y Bodil Lindqvist), en el cual consideró que la publicación por un particular, en una página web de su propiedad, de un listado de al menos 18 personas, con sus nombres, dirección, hobbies y otros datos, satisfacía la definición de tratamiento, ver en especial párrs. 25 a 27. *Satakunnan* (Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala) 16 de diciembre de 2008. Asunto C-73/07, Tietosuojavaltuutettu y Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy) en la cual consideró como actividades de tratamiento de datos personales, las relativas a los ficheros estatales sobre información fiscal que “únicamente tengan por objeto información ya publicada tal cual en los medios de comunicación”, ver en especial párr 49. Y finalmente en el asunto *Google Spain*, cit., [np 11] en la cual consideró que la actividad de indexación a partir del nombre de una persona, adelantada por los buscadores-intermediarios de Internet, estaba comprendida en la “amplia” definición de tratamiento de la normativa europea, ver en especial, párrs. 28 y 37

³⁵ Mayer-Schönberger, Viktor, *Generational Development of Data Protection in Europe*. En: *Technology and Privacy: The New Landscape* (Phillip E. Agre y Marc Rotenberg eds.) Cambridge, the MIT press, 1997, 219-242 (descripción del régimen europeo de protección de datos en cuatro generaciones, la primera enfocada en los bancos de datos centralizados (1975), la segunda en los derechos individuales (1980), la tercera en la autodeterminación informativa (1985) y la cuarta en una regulación integral o de corte holístico (1995))

³⁶ Sören, Öman, *Protection of Personal Data: But How?* En: *Law and information Technology-Swedish views* (Peter Seipel ed.) Stockholm, IT Law Observatory, 2002, pp. 177-184, 177 y 179 “The first national legislation aimed at protecting the informational privacy of individuals when their personal data are processed in computers saw the light of day in Sweden in 1973. The Swedish 1973 Data Act only covered processing of personal data in traditional, computerised registers (...) [Then], the automatic processing of personal data was almost exclusively conducted in the form of traditional registers by authorities and corporations with large resources.” Lazpita, *Análisis comparado... Op., cit.*, p. 416 “Las primeras leyes [de protección de datos personales] eran rígidos instrumentos que surgieron como reacción ante las nuevas situaciones originadas por la utilización de la informática, caracterizada por una tecnología hoy casi obsoleta: unos bancos de datos muy caros, escasos, voluminosos y, por lo tanto, fácilmente localizables.”

el propósito de lograr una legislación uniforme en la materia, con miras a la formación de un mercado interno común europeo, y de evitar vacíos de protección o “riesgos graves de elusión”, fue incorporar *toda* la información personal sometida a *cualquier* tipo de tratamiento en el ámbito de aplicación de la Directiva, con independencia del tipo de información personal y de las técnicas empleadas para ello³⁷.

Esta decisión regulatoria tuvo como efecto neto ampliar el ámbito material de aplicación de la Directiva, y por esta vía, el ámbito de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales en el derecho europeo. Por su parte, tanto en Colombia, como en México, la definición del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales parece haber sido inducida a partir de un trasplante normativo, en tanto los legisladores adoptaron las definiciones maximalistas de las expresiones “datos personales”³⁸ y “tratamiento”³⁹, siguiendo el ejemplo europeo. No obstante, a pesar de las similitudes en la regulación, la práctica tanto de la Corte Constitucional colombiana, como del Órgano de Transparencia mexicano, no se puede explicar en los mismos términos del derecho europeo trasplantado. Primero, porque todo trasplante sufre transformación en el contexto de recepción⁴⁰; y segundo, porque la extensión del ámbito de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales ha sido y es diferente en Colombia y en México.

Definir la extensión del ámbito de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales es un asunto crítico para el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Sobre este punto existen al menos dos tesis que dan lugar a una alternativa interpretativa. Para la tesis extensiva, el ámbito de protección comprende todo tipo de tratamiento de datos personales; mientras que, para la tesis restrictiva, el ámbito de protección está limitado a ciertos tipos de tratamiento de datos personales. De cuál alternativa se siga depende, por un lado, el grado y el tipo de medidas de protección de la información personal y su correlativo nivel de publicidad (plano teórico-normativo) y, por el otro, la caracterización de las prácticas burocráticas de restricción y acceso a la información personal (plano práctico-

³⁷ Directiva 95/46/CE, considerando 27. “Considerando que la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento automático de datos como a su tratamiento manual; que el alcance de esta protección no debe depender, en efecto, de las técnicas utilizadas, pues lo contrario daría lugar a riesgos graves de elusión; que, no obstante, por lo que respecta al tratamiento manual, la presente Directiva sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas que no están estructuradas; que, en particular, el contenido de un fichero debe estructurarse conforme a criterios específicos relativos a las personas, que permitan acceder fácilmente a los datos personales; que, de conformidad con la definición que recoge la letra c) del artículo 2, los distintos criterios que permiten determinar los elementos de un conjunto estructurado de datos de carácter personal y los distintos criterios que regulan el acceso a dicho conjunto de datos pueden ser definidos por cada Estado miembro; que, las carpetas y conjuntos de carpetas, así como sus portadas, que no estén estructuradas conforme a criterios específicos no están comprendidas en ningún caso en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

³⁸ Sobre las definiciones y una crítica a la postura maximalista, ver el capítulo V, 5.1.1. *La definición legal de información personal en Colombia y México*, y 5.1.2. *Implicaciones de adoptar el modelo europeo de definición de información personal*.

³⁹ Sobre las definiciones de tratamiento en Colombia y México, ver las notas al pie 31 y 32.

⁴⁰ López Medina, Diego, et al. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Daniel Bonilla coord.) Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 18

operativo). Esto último tiene una relevancia capital si se consideran las distintas formas, formatos, soportes y prácticas archivísticas en que tiene lugar la posesión de información personal por parte del Estado.

6.1.3.1 La tesis restrictiva del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales de Sören Öman

En el contexto de una creciente computarización de las administraciones públicas y de la sociedad, aunado al protagonismo de la Internet, el jurista sueco Sören Öman ha defendido la tesis de restringir el ámbito de aplicación del derecho a la protección de datos personales (y su artillería de principios) a aquellas actividades de tratamiento de datos personales estructurados en formatos diseñados para su conocimiento, uso y comunicación⁴¹. Para ello Öman introduce dos distinciones concurrentes. En primer lugar, afirma, hay que distinguir entre el tratamiento de datos personales y el tratamiento de documentos que contienen datos personales; y, en segundo lugar, hay que distinguir entre los archivos centrados en la organización de documentos, de aquellos centrados en la organización de información personal⁴². A partir de defender estas distinciones, Öman sugiere que los principios del derecho a la protección de datos personales son adecuados y pertinentes para regular los datos personales contenidos en archivos diseñados específicamente para su tratamiento, pero no para regular el tratamiento de datos personales (contenidos en documentos) no organizados de forma estructurada para su tratamiento⁴³.

La *ratio* de su distinción es pragmática: aplicar el sistema comprensivo de reglas del tratamiento de datos a cada pieza documental que contenga datos personales supone una carga burocrática altísima para prevenir los pocos casos en que dicho tratamiento pueda causar daños⁴⁴. A esto

⁴¹ Sören, Öman, Trends in Data Protection Law. En: *Information & Communication Technology—Legal Issues Scandinavian Studies in Law*, vol. 56, 2010, pp. 209-225, en especial las pp. 212-216 (sobre una interpretación de la Directiva 95/46, que permite exceptuar algunas de sus reglas en casos de tratamiento no estructurado de datos personales, y sobre la definición de tratamiento no estructurado). Öman, Protection of Personal... *Op., cit.* (sobre los argumentos para orientar la legislación de protección de datos personales hacia una regulación acotada al abuso en las actividades de tratamiento de datos personales, y no a la protección de todos los datos personales.) Colonna, Liane, A Taxonomy and Classification of Data Mining. En: *SMU Science & Technology Law Review*, núm. 16, 2013, pp. 309-70 (descripción de diferentes técnicas de análisis de datos y sus diferencias con la minería de datos) 331 “Structured data “refers to the type of data that reside in fixed dimensions/ fields” (a dimension or a field represents a specific characteristic of an item such as a social-security number, the name of a patient or the address of an individual). A basic example of structured data includes a relational database. A relational database is a collection of related tables where data are stored in tables made up of rows and columns, which are related to one another by way of common fields. It is a two-dimensional structure and can be contrasted with a multi-dimensional database where data takes on a cube-like structure.”

⁴² Öman, Protection... *Op., cit.*, p. 182 “There is, regarding data protection aspects, a fundamental difference between the situation where the controller of the file focuses on personal data and its easy retrieval and the situation where focus of attention is on the text, whether or not it contains personal data.”

⁴³ *Ibíd.*, p. 180 “The principles work well when it comes to automatic processing of large amounts of personal data contained in traditional registers where the data are structured in order to facilitate retrieval of personal data. The principles were developed with such cases in mind.”

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 181 “It is therefore hard to understand why bureaucratic, and costly, rules and routines have to be applied to all handling of text just to prevent the few cases where the processing could be harmful. Anyone with the least

suma tres argumentos. Uno histórico: los principios de la protección de datos personales fueron pensados para el tratamiento de información personal en forma estructurada, no para regular la protección de información personal contenida en cualquier documento⁴⁵; uno sistémico: la necesidad de evitar colisiones con el derecho a la libertad de expresión en el contexto de la sociedad de la información post web 2.0; y el último, empírico: la percepción pública de que requerir la aplicación de dichos principios cada vez que cualquier persona o funcionario produce un documento es absurda y puede llevar a su pérdida de eficacia en aquellos casos en que sí sea necesaria.

Öman presenta su tesis en el contexto del proceso de implementación de la Directiva 95/46/CE en la legislación sueca y defiende la posibilidad de excluir las reglas generales de dicha Directiva en el caso de tratamiento de datos personales en formatos no estructurados. Sobre este punto valgan dos datos. Primero, que el mismo Öman ha aceptado que la definición de este concepto no es sencilla, porque los lenguajes de programación y los procesadores de palabra suponen *per se* la estructuración de la información⁴⁶, lo que a su vez facilita la operación de indexación de información adelantada por “buscadores”; y segundo, que, a pesar de esta dificultad, una definición de tratamiento de datos personales en formatos no estructurados fue incluida en la Ley de Protección de datos sueca de 2007⁴⁷, lo cual lleva su tesis más allá de la especulación teórica⁴⁸. Öman define el tratamiento de datos personales de forma estructurada como sigue:

knowledge about the realities of office work today also realizes that any attempt at strictly applying the data protection principles to all processing of personal data in the course of the everyday handling of text would be futile. (...) An overzealous application of the principles on the everyday handling of text would effectively paralyze any organization”.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 180 “When the data protection principles were developed some twenty years ago, the bulk of (the) word processing (of text) was done by non-automatic means and therefore not covered by the principles. But technological development has also moved the everyday production and publication of text into computers. Thus, the scope of application for the principles has been extended to areas for which they were not originally developed.”

⁴⁶ Sören Öman, *Trends in Data...* *Op., cit.*, p. 215 “One difficulty was to define the processing of personal data in unstructured material that is to be exempted. As soon as something has been put into a computer in binary format it has in some way been structured. The technological developments had made it easier to both automatically structure everything – i.e. through automatically applied indexing of text – and retrieve data in unstructured material, thereby structuring the data.”

⁴⁷ *Ibid.*, p. 216 “5(a) It is not necessary to apply the provisions in sections 9, 10, 13–19, 21–26, 28, 33, 34 and 42 to processing of personal data that do not form part of and are not intended to form part of a set of data that has been structured in order to significantly facilitate searches for or compilations of personal data specifically. // Such processing as is referred to in the first paragraph may not be carried out if it entails a violation of the personal integrity of the registered person.” Para una descripción de esta regla, ver la nota Sweden, Amendment to the Personal Data Act, en el observatorio *IRIS merlin* (sobre información jurídica relevante para medios audiovisuales europeos) Disponible en: <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/1/article33.en.html> (consultado 19-02-18) “Categories for processing which are excluded from the ordinary rules are for example personal data in e-mails, in running text in word processing programmes or on the Internet. The exemption applies to all sorts of personal data and in whatever form they occur.”

⁴⁸ Kosta, Eleni, *Consent in European Data Protection Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2013 (en especial, el capítulo V, sobre la necesidad de repensar el rol del consentimiento en la legislación sobre protección de datos personales en un contexto post web 2.0) p. 399 “The exemption of unstructured processing of personal data from several provisions of the relevant legislation in Sweden undoubtedly (...) makes the processing of personal information in electronic communication and especially on the Internet easier. (...) The role of the consent in this era is reduced,

“Material [a set of data] is structured with reference to personal data if personal data in the material has in some way been marked as personal data. This is the case, for example, when there is a field in a database where the name of a natural person – the client, a contact person, the person handling a particular case etc. – is to be entered. If a material has been structured only in general, there is no structure with reference to personal data. When every word on a hard disc has been indexed, there is no structure with reference to personal data but only a general structure, provided that no personal data have been in some way marked as such”⁴⁹.

El tratamiento de datos personales de forma estructurada depende de que el formato que contiene los datos personales haya sido diseñado con el propósito *específico* de permitir el tratamiento *significativo* de datos personales *i.e.*, organizar, usar y divulgar datos personales. En México, es posible emparentar esta definición con la de los conceptos “sistema de datos personales” (utilizado en la Ley Federal de Transparencia de 2002, hoy abandonado) y de “base de datos”, utilizada por la Ley General de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados de 2017, entendida como “conjunto ordenado de datos personales (...) condicionados a criterios determinados”; y en Colombia, por la Ley Estatutaria 1581 de 2012, que la entiende como “conjunto organizado de datos personales”. En todos estos casos, la existencia de un conjunto *organizado* de datos personales es criterio rector. La tesis del tratamiento de datos personales a partir de formatos estructurados para ello parece ofrecer la clave para entender cuándo estamos en presencia de un “conjunto organizado de datos personales”. Definición, además, que permitiría identificar si un caso entra o no en el ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales, al proveer un criterio relativamente sencillo: verificar si en el tratamiento de datos personales bajo estudio está de por medio una base de datos personales.

De ser aceptada esta tesis su impacto en la resolución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado sería notorio. Supondría que todo tratamiento incidental de información personal por parte del Estado no entraría en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la protección de datos personales. Con la consiguiente descarga de las autoridades públicas de observar el complejo de principios del tratamiento de datos en la gran mayoría de casos en los que se solicita acceso a documentos públicos en donde la información personal no es objeto de tratamiento de forma estructurada para ello. Esto no implicaría, sin embargo, que la información personal deje de estar protegida por el mandato de confidencialidad o por el derecho a la protección de la vida privada, en los términos que defina la ley; simplemente implicaría que el *fundamento* de dicha protección no sería el derecho fundamental a la protección de datos personales, sino la voluntad del legislador o, en su caso, el derecho fundamental a la protección de la vida privada.

as the control of the individual over his personal information is overcome by the facilitation of everyday activities in electronic communication and especially the internet, to the extent that the privacy of the individual is not infringed.”

⁴⁹ Sören Öman, Trends in Data... *Op., cit.*, p. 215.

6.1.3.2 El ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales en Colombia y México

La tesis de Öman, que defiende la tesis restrictiva del ámbito de protección y la práctica del derecho europeo, que se guía por la tesis extensiva del ámbito de protección, permiten explicar las diferencias entre Colombia y México sobre la extensión del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales.

Para el año 2017, en México, tanto la legislación, como la práctica del Órgano de Transparencia, parecen haberse decantado por la tesis extensiva del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales. Esta no era una consecuencia necesaria de la regulación parcial del derecho de protección de datos incluida en la (abrogada) Ley Federal de Transparencia del año 2002. Fue una decisión de política de protección de datos del Órgano de Transparencia⁵⁰. Para explicarlo nos valdremos de la expresión “sistema de datos personales”⁵¹.

La expresión “sistema de datos personales” era operativa en tres de los seis artículos del capítulo IV de la abrogada Ley Federal de Transparencia de 2002, titulado “protección de datos personales”⁵². Una interpretación sistemática de estos artículos parece indicar que el ejercicio de los derechos de acceso y modificación (primer esbozo de los que serían los futuros derechos ARCO) dependía de la existencia de sistemas de datos personales. En otras palabras, que el ámbito de protección de los derechos a acceder y a modificar los datos personales era, precisamente, el de los sistemas de datos personales. Esta situación, sin embargo, contrasta con el mandato de confidencialidad del artículo 21 de la misma Ley, también contenido en el capítulo IV⁵³. En este caso, el legislador no utiliza la expresión “sistema de datos personales”, sino la más amplia e indefinida “sistema de información”. Así, el mandato de confidencialidad de los datos personales se predicaba de aquellos que constaran en “sistemas de información”, mientras que los derechos de acceso y modificación se predicaba de aquellos que constaran en “sistemas de datos personales”. Mandato y derechos, dos elementos constitutivos de la dimensión objetiva

⁵⁰ Esta tesis fue desarrollada parcialmente durante el análisis de la casuística del caso mexicano adelantada en el Capítulo 3, ver en especial el acápite 3.2.2.1 Por regla general toda pieza de información personal en poder del Estado es confidencial

⁵¹ México. Diario Oficial. Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, 11 de junio de 2002. (En adelante Ley federal de transparencia de 2002) “Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por: (...) XIII. Sistema de datos personales: El conjunto ordenado de datos personales que estén en posesión de un sujeto obligado.” [S.a.] *Estudio sobre sistema de datos personales*. México, IFAI, 2004, p. 9 “El criterio que determina la existencia de un sistema o fichero de datos personales es el propósito con el que se tratan los datos personales.” Disponible en: http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/sist_datos.pdf (consultado 12-02-18)

⁵² Ley federal de transparencia de 2002. Artículo 23 (deber de notificar la posesión de sistemas de datos personales) Artículo 24 (el derecho de acceso del titular de los datos contenidos en sistemas de datos personales) y Artículo 25 (el derecho a modificar los datos contenidos en sistemas de datos personales)

⁵³ Ley federal de transparencia de 2002. Artículo 21. “Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso, por escrito o por un medio de autenticación similar, de los individuos a que haga referencia la información.”

del naciente derecho a la protección de datos personales, parecían en principio divorciados en función del ámbito de su operación. Sin embargo, este divorcio no era tan claro. No lo era, porque una interpretación sistemática permitía una lectura uniforme del ámbito de protección, reducido a los sistemas de datos personales, en el marco del objetivo de “garantizar la protección de los datos personales”, establecido en la Ley Federal de Transparencia⁵⁴. Y porque incluso, el mismo López-Ayllón, en distintos escenarios parece haber sugerido la centralidad de los “sistemas de datos personales” para explicar el contenido del naciente derecho a la protección de datos personales y su ámbito de protección⁵⁵.

El término “sistema de datos personales” era de una importancia capital. Haberla reconocido hubiera permitido limitar la extensión del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales, precisamente a las actividades de tratamiento de datos personales a partir de formatos estructurados para ello. ¿Por qué el Órgano de Transparencia mexicano tomó el camino de ampliar el ámbito de protección del naciente derecho a la protección de datos personales? La hipótesis más plausible parece la de la influencia del derecho europeo, según los textos y las fuentes que hemos comentado. Sin embargo, no es descartable que en la definición de esta postura hayan mediado consideraciones ideológicas sobre el valor de la información personal *per se* y consideraciones pragmáticas sobre las dificultades de una taxonomía de la información personal que fuera operable⁵⁶. En este último escenario, era más fácil, en términos

⁵⁴ Al interpretar sus competencias, el IFAI parece inclinarse por una versión amplia del ámbito de protección del derecho a la protección de datos, independientemente del formato en que consten los datos personales (sistemas de datos personales o archivos no estructurados para el tratamiento de datos personales). Lujambio Irazábal, Alonso y Ornelas Núñez, Lina, La protección de datos personales por el gobierno, la actuación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 121-130 (describe las dos formas de proteger los datos personales: la regulación de los sistemas de datos personales y la resolución de casos de tensión con el derecho de acceso a la información pública). Peschard Mariscal, Jacqueline, El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública como órgano garante en materia de protección de datos personales. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 113-118 (describe la experiencia de las primeras verificaciones sobre sistemas de datos personales en posesión de autoridades federales) p. 113 “La prioridad para los comisionados del IFAI en el arranque de la Ley (...) fue privilegiar la difusión del derecho a saber (...) Sin embargo, con el paso del tiempo y la especialización que fue dándose al interior de la Institución, la faceta de autoridad garante de la protección de los datos personales contenidos en ficheros públicos (denominados por nuestra normativa como sistemas de datos personales) comenzó a desarrollarse.”

⁵⁵ López-Ayllón, Sergio, La reforma y sus efectos legislativos: ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales? En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar, coord.) México, UNAM-IIJ, 2008, pp. 1-33 (comentario sobre las implicaciones de la reforma constitucional del año 2007, al artículo 6 constitucional) p. 18 “[E]l principio de licitud consiste en que las entidades gubernamentales sólo deben desarrollar o tener sistemas de datos personales relacionados directamente con sus facultades y atribuciones (...) El principio de confidencialidad establece que los sujetos obligados deben asegurar el manejo confidencial de los sistemas de datos personales.” López-Ayllón, Sergio y Ornelas Núñez, Lina, La recepción del derecho a la protección de datos en México: breve descripción de su origen y estatus legislativo. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 53-70, 67 “El ámbito de aplicación de Ley [de protección de datos personales] podría abarcar la regulación para aquellos sistemas (bases) de datos personales públicos como privados.”

⁵⁶ Wacks, *Privacy... op., cit.* (con un argumento pragmático -no analítico- para explicar las relaciones entre los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales) p. 118 “What does data protection have to do with privacy? The relationship between the two is not immediately obvious. They plainly overlap; indeed, the latter is routinely invoked as the interest that animates the former. But –even in our information society- it is not always

regulatorios y operativos proteger toda la información personal sin distinción y sin necesidad de un análisis caso por caso, que hacerlo solamente sobre aquella que fuera sensible o que afectara la intimidad de las personas, esta vez caso por caso. Es dicente, por último, que la expresión “sistema de datos personales” no haya sido retomada en la Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados de 2017⁵⁷.

En conclusión, en México, desde poco después de la expedición de la Ley Federal de Transparencia de 2002, el ámbito de protección del derecho de protección de datos personales no se limitó a la existencia de “sistemas de datos personales” sino que se extendió a toda la información personal que constara en expresiones documentales, estuviera o no sometida a tratamiento automatizado, estuviera o no guiada por la lógica de un tratamiento estructurado. Situación que terminó por ser reconocida formalmente en la Ley General de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados⁵⁸.

En Colombia la situación ha sido diferente. La Corte Constitucional había considerado que el ámbito de protección del derecho al *habeas data* era el de la existencia y la operación de las bases de datos orientadas a facilitar el acceso y la comunicación de información personal⁵⁹. La certeza

individual privacy that is violated by the collection, use, storage, or transfer of personal data. (...) The simple answer is that in seeking to protect this class of data, information of a genuinely private nature is willy-nilly caught in the net (...) a number of the problems defining privacy (...) might be more practicably resolved under the data protection umbrella.”

⁵⁷Aunque podría pensarse que simplemente fue reemplazada por la expresión más coloquial “bases de datos”. México. Diario Oficial. Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, 26 enero 2017. “Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: (...) III Bases de datos: Conjunto ordenado de datos personales referentes a una persona física identificada o identificable, condicionados a criterios determinados, con independencia de la forma o modalidad de su creación, tipo de soporte, procesamiento, almacenamiento y organización”

⁵⁸ México Diario Oficial. Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, 26 enero 2017. “Artículo 4. La presente Ley será aplicable a cualquier tratamiento de datos personales que obren en soportes físicos o electrónicos, con independencia de la forma o modalidad de su creación, tipo de soporte, procesamiento, almacenamiento y organización.”

⁵⁹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-414 de 1992, MP Ciro Angarita Barón, consid. 4 (sobre la centralidad de los bancos de datos y su relevancia en el derecho constitucional) “[U]n banco de datos no es otra cosa que un conjunto de informaciones que se refieren a un sector particular del conocimiento, las cuales pueden articularse en varias bases de datos y ser distribuidas a los usuarios de una entidad que se ocupa de su constante actualización y ampliación. (...) La incidencia de los bancos de datos en el derecho público informático se aprecia con mayor claridad en el surgimiento de conceptos tan específicos como los de poder informático y libertad informática.” Sentencia C-567 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 6 (sobre la reserva de ley para la creación de bases de datos personales por parte de la administración y su distinción con la creación de archivos de trámite) “[N]o es necesario que la ley expresamente autorice a las entidades públicas para abrir y mantener ordenadamente el trasunto documentario de su actividad. Sin embargo, tratándose de bancos de datos, a los cuales se aplica la técnica informática con miras a recoger, procesar y poner en circulación datos personales, que por consiguiente trascienden cuantitativa y cualitativamente el concepto clásico de archivo, la exigencia de que su creación se autorice por la ley, corresponde a una garantía mínima del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.” Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, consid. 4, a y b (que introduce los principios del tratamiento de datos personales, como “principios de la administración de bases de datos personales) “El ámbito de acción o de operatividad del derecho al *habeas data* o derecho a la autodeterminación informática, está dado por el entorno en el cual se desarrollan los procesos de administración de bases de datos personales.”

que existía sobre este punto pareció diluirse tras la aprobación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, General de protección de datos personales, inspirada en el modelo europeo. El legislador colombiano acogió la definición europea de tratamiento de corte maximalista y la Corte Constitucional, sin mayor reflexión y sin contrastarla ¿armonizarla? con su jurisprudencia previa, decidió que dicha definición y su interpretación extensiva, al menos en su literalidad, se ajustaba a la Constitución⁶⁰. Sin embargo, la interpretación extensiva de la expresión “tratamiento”, con miras a definir el ámbito material del derecho al habeas data debe ser apreciada en el contexto de la Ley 1581 de 2012 y a partir del énfasis puesto en la expresión “base de datos”⁶¹. La centralidad de esta expresión en el caso colombiano se explica por su reconocimiento en el artículo 15 de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental al habeas data. A partir de una interpretación sistemática de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1581 de 2012, el ámbito de protección del derecho al habeas data parece depender de la existencia de una base de datos personales y las actividades de tratamiento, objeto de su regulación, estarían circunscritas a las adelantadas por medio de una base de datos personales.

La tesis restrictiva del ámbito de protección toma fuerza con los argumentos expuestos en la Sentencia de unificación SU-458 de 2012, la primera de su tipo proferida con posterioridad a la expedición de la Ley Estatutaria 1581 de 2012. En un caso relacionado con la base de datos de antecedentes penales⁶² y al pronunciarse sobre el ámbito de protección del derecho al habeas data, la Corte mantiene su jurisprudencia en el sentido de acotar dicho ámbito a la existencia de una base de datos de carácter personal⁶³. O en términos de Öman, a actividades de tratamiento de datos personales en formatos estructurados para ello. Esto parecía aclarar el panorama en un

⁶⁰ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-748 de 2011, MP Jorge Pretelt Chaljub, consid. 2.5.9. “Constitucionalidad del literal g): definición de “tratamiento” “[C]uando el proyecto se refiere al tratamiento, hace alusión a cualquier operación que se pretenda hacer con el dato personal, con o sin ayuda de la informática (...) [L]o que se pretende con este proyecto es que todas las operaciones o conjunto de operaciones con los datos personales quede regulada (sic) por las disposiciones del proyecto de ley en mención (...) esta definición no genera problema alguno de constitucionalidad y por tanto será declarada executable.”

⁶¹ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, 17 octubre 2012. “Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos (...) “Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento (...) Parágrafo. Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos (...) Artículo 3°. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) b) Base de Datos: Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento.”

⁶² Ver Anexo A, caso 10, Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango.

⁶³ Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango, consid. 5 “[E]l derecho al habeas data opera en el contexto determinado de la administración de bases de datos personales. Por tanto, su ejercicio es imposible jurídicamente en relación con información personal que no esté contenida en una base o banco de datos, o con información que no sea de carácter personal. Estos presupuestos han permitido que esta Corte descarte la invocación del habeas data por ejemplo para proteger información personal que conste en distintos soportes, no organizados en una base de datos o en un fichero, o para proteger información de otro carácter, como información académica, científica, técnica, artística que, a pesar de estar contenida en base de datos o archivos, esté desvinculada de personas naturales o jurídicas.”

escenario jurisprudencial posterior a la expedición de la Ley que configuró legalmente el habeas data. Sin embargo, menos de dos años después, en el caso de la Sentencia T-020 de 2014, en una decisión 2-1, la Corte Constitucional se aparta de esta postura, para considerar que el derecho al habeas data, y en especial, los principios de finalidad y circulación restringida eran aplicables a una base de datos de decisiones judiciales. Para la Corte, este era un caso comprendido por el habeas data, en tanto las nuevas tecnologías (*i. e.* buscador de Internet) permiten “tender un vínculo entre una persona y los datos que reflejan una precisa situación jurídica”, ello con independencia de que la base de datos de sentencias o la lista de resultados indexados, fueran consideradas o no bases de datos personales⁶⁴. Este caso es revelador de las implicaciones que tiene definir el ámbito material del derecho a la protección de datos personales en el contexto de la Internet post web 2.0.

Si partimos del presupuesto de un escenario semejante, en donde los archivos públicos han migrado a la red, y en general, la información pública producida y poseída por el Estado es más accesible, es legítimo preguntar si este entendimiento del ámbito del derecho a la protección de datos personales como derecho de configuración legal, entendido en sus rasgos generales con las categorías del modelo europeo, es el más idóneo para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. En otra parte, hemos considerado que en principio no lo es o por lo menos no para todos los casos⁶⁵. Para enfrentar algunos de los problemas que engendra la Internet libre que hoy gozamos, por ejemplo, aquellos asociados a la indexación de información personal cuando esto sea realmente problemático, sería más apropiado diseñar nuevas categorías jurídicas y pensar en otros derechos fundamentales. Si es del caso nuevos derechos, como el derecho a la desindexación, previo un examen específico de las condiciones en que se pueden presentar estos conflictos y, sobre todo, de los diferentes intereses de los actores concurrentes⁶⁶. Es un error diagnosticar estos problemas a la luz de las (¿clásicas?) categorías del derecho a la protección de datos personales, que no fueron concebidas

⁶⁴ Ver Anexo A, caso 22, Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero.

⁶⁵ Upegui, Juan Carlos, Comentario a la sentencia T-020 de 2014 de la Corte Constitucional colombiana. Apuntes sobre el “tratamiento estructurado de datos personales”, En: *Revista Estudios en Derecho a la Información*, núm. 4, julio-diciembre 2017, pp. 93-102

⁶⁶ El carácter inadecuado de la regulación en materia de protección de datos personales para resolver los problemas relacionados con la indexación de información personal por los buscadores de Internet quedó al descubierto tras la resolución PPD 094/14, del entonces IFAI. En esta decisión, el IFAI ordenó a Google hacer “efectivos de manera indubitante los derechos de cancelación y oposición de datos personales del titular” que habían sido publicados en Internet por la revista Fortuna y otros, como parte de una nota periodística. El caso fue judicializado. En segunda instancia, al resolver el amparo en revisión 355 de 2016, el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con sentencia del 7 de julio de 2016 anuló dicha resolución, pues el IFAI no garantizó el “derecho de audiencia” a la revista Fortuna, titular de los derechos de la nota sujeta a desindexación. Disponible en:

http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1100/11000000188593240001001.docx_0&sec= Mercedes Santos Gonz%C3%A1lez&svp=1 (consultado 07-02-18) A pesar de que el Tribunal no se pronunció de fondo sobre los argumentos en torno a la afectación de la libertad de expresión y del derecho de acceso a la información, su decisión ha sido leída como una reivindicación de estos derechos por la Red en defensa de los derechos digitales, ONG que llevó el caso. Ver la nota *Tribunal anula resolución del INAI sobre el “derecho al olvido”*. Disponible en: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/> (consultado 07-02-18)

para la regulación de actividades que escapan a la dinámica del tratamiento de datos personales en formatos estructurados para ello.

·∞·

La posibilidad analítica de diferenciar el derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la protección de datos personales no es suficiente para enervar las prácticas jurídicas que insisten en su confusión. Si dejamos de lado aquellas hipótesis en las que el objeto protegido por ambos derechos es idéntico y los derechos tienen la misma vocación regulatoria, y nos concentramos en aquellas en las que las diferencias son claras y pueden ser operativas, nos preguntamos: ¿por qué subsiste la confusión? ¿Cómo evitar que el derecho a la protección de la vida privada sustituya en la práctica jurídica al derecho a la protección de datos personales o viceversa? Consideramos que para afinar mejor la distinción hace falta introducir variables ligadas a la finalidad y a la justificación de estos derechos; en términos de dogmática constitucional, hace falta una indagación sobre su fundamentación.

6.2. Alternativas de fundamentación de los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales

6.2.1 Cuatro criterios interpretativos

Los derechos a la protección de la vida privada y a la protección de datos personales (en adelante derechos relevantes) en tanto dispositivos jurídicos orientados a la protección de la información personal, son susceptibles de interpretación a partir de diferentes criterios⁶⁷. Estos criterios apuntan a su caracterización a partir de señalar las *razones* por las cuales tales derechos, definido su ámbito y su objeto, deben ser reconocidos *qua* derechos fundamentales y por tanto se justifica su protección en el marco de un Estado de derecho. En la literatura sobre el tema hemos identificado al menos cuatro criterios dominantes. Su exposición persigue ofrecer una lectura integrada y diferenciada del objeto, el ámbito de protección y la finalidad-justificación de estos derechos. Sus contenidos son perfilados a partir de diferentes concepciones sobre lo privado y los valores que dichos derechos buscan promover y concretar. Los criterios son: el secreto, el control, la participación y el tratamiento adecuado.

⁶⁷ La formulación de estos criterios está inspirada en la doctrina anglosajona sobre el complejo fenómeno “privacy”. Finn, Rachel, Wright, David y Friedewald, Michael, Seven Types of Privacy. En: *European Data Protection: Coming of Age* (Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert e Yves Pouillet, eds.) Springer, Bruselas, 2013, pp. 3-32. Tavani, Herman, Philosophical Theories of Privacy: Implications for an Adequate Online Privacy Policy. En: *Metaphilosophy*, vol. 38, núm. 1, enero 2007, pp. 1-22. Solove, Daniel, “I’ve Nothing to Hide” and Other Misunderstandings of Privacy. En: *San Diego Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 745-772. Clarke, Roger, *Introduction to Dataveillance and Information Privacy, and Definitions of Terms* (Xamax Consultancy, 1997) disponible en: <http://www.rogerclarke.com/DV/Intro.html> (consultado 14-02-18)

6.2.1.1 El secreto

Según este criterio, la información personal por revelar hechos o características de una persona no puede ser conocida por terceros y debe mantenerse bajo reserva, confidencialidad o secreto. Este criterio parte de la idea de que la información personal es del interés preponderante de su titular, quien puede oponer dicho interés a los terceros que, en todo caso, tendrán un interés circunstancial o de segundo orden para su conocimiento.

El secreto sobre esta información está ligado a la importancia de la existencia de la esfera privada como un espacio donde el sujeto no está sometido a las reglas de la interacción social, ni de las múltiples formas de control que toda interacción social supone. Esta esfera es reconocida como un ámbito necesario para el florecimiento de los seres humanos⁶⁸. Un espacio necesario de soledad o recogimiento, desde donde es posible marcar la diferencia entre una interacción social y otra⁶⁹ y, por tanto, un ámbito necesario para la vida en sociedad tal y como la conocemos hoy.

Para este criterio, la toma de conocimiento de información personal constituye una intromisión indebida en la esfera privada. La secrecía de la información es vista como un medio para proteger los valores de la inviolabilidad de la esfera privada, la autonomía individual y la dignidad humana.

Visto desde la perspectiva de la dimensión subjetiva, este criterio entiende los derechos relevantes como dispositivos protectores del secreto, según la concepción clásica, como libertades negativas. Así, el goce de la libertad es equivalente a la no intromisión o no injerencia de terceros⁷⁰. Por su parte, desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos relevantes, este criterio entiende el secreto como un valor social que debe protegerse con el fin de facilitar la convivencia ordenada y promover la civilidad⁷¹.

⁶⁸ Nagel, Thomas, *Concealment and Exposure and Other Essays*. New York, Oxford University Press, 2002, p. 4 “There is much more going on inside us all the time than we are willing to express, and civilization would be impossible if we could all read each other’s minds” p. 17 “The public gaze is inhibiting because, except for infants and psychopaths, it brings into effect expressive constraints and requirements of self-presentation that are strongly incompatible with the natural expression of strong or intimate feeling.”

⁶⁹ Schwartz, Barry, The Social Psychology of Privacy. En: *The American Journal of Sociology*, vol. 73, núm. 6, 1968, pp. 741-752, 742 “The dissociation ritual presupposes (and sustains) the social relation. Rules governing privacy, then, if accepted by all parties, constitute a common bond providing for periodic suspensions of interactions” 745 “A complete abandon of one’s self-information to another paralyzes the vitality of relations and lets their continuation really appear pointless.” 747 “The very act of placing barrier between oneself and others is self-defining, for withdrawal entails a separation from a role and, tacitly, from an identity imposed upon oneself by others via that role.”

⁷⁰ Solove, Daniel, *Nothing to hide. The false tradeoff between privacy and security*. New Haven, Yale University Press, 2011, p. 48 “Traditionally, rights have often been understood as protecting the individual against the incursion of society based on respect for the individual’s autonomy.”

⁷¹ Solove, *Nothing to hide... op., cit.* (defiende el argumento de que en un ejercicio de ponderación entre seguridad pública y derecho a la privacidad, los valores enfrentados son dos bienes colectivos, y no un bien colectivo contra un derecho individual) ver en especial, las pp. 47 a 52, p. 50 “I contend that the value of protecting the individual is a social one. (...) Part of what makes a society a good place to live is the extent to which it allows people freedom from intrusiveness of others (...) When the law protects the individual, it does so not just for the individual’s sake

6.2.1.2 El control o consentimiento

Según este criterio, la información personal puede ser conocida y utilizada por otros siempre y cuando su titular haya consentido en ello. El consentimiento es una manifestación de la libertad de la persona para decidir quién puede acceder y utilizar información sobre su persona, en qué circunstancias y para qué finalidad⁷². Este criterio es manifestación del régimen general de libertad, según el cual, la persona tiene poder de decisión sobre la información que le concierne⁷³, lo que incluye la libertad de revelar información que de otra manera permanecería en la esfera privada⁷⁴. Es el ejercicio de esta libertad lo que justifica la publicidad de la información personal así revelada y su uso posterior por parte de terceros⁷⁵.

Según este criterio, no existe conflicto jurídico si la información propia de la esfera privada ha migrado a la esfera pública por voluntad de su titular. Según este criterio, la idea de que el objeto de los derechos relevantes pueda circunscribirse a la información personal relativa a un ámbito más o menos fijo y delimitable, y en todo caso diferente a la posibilidad de control efectivo sobre la misma, es impracticable. Según este criterio, el objeto de los derechos relevantes se reduce a las potestades que concretan el poder del individuo de controlar lo que sale de su esfera privada, incluida, su información personal⁷⁶. Los valores preponderantes que lo justifican son la

but for the sake of society. Privacy thus shouldn't be weighed as an individual right against the greater social good. Privacy issues involve balancing societal interests on both sides of the scale." Spiros, Simitis, Reviewing Privacy in an information society. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, 1987, pp. 707-746, 709 "Modern forms of data collection have altered the privacy discussion in three principal ways. First, privacy considerations no longer arise out of particular individual problems; rather, they express conflicts affecting everyone."

⁷² Westin, Alan, *Privacy and Freedom*. New York, Atheneum, 1967 (en especial la célebre e influyente definición de derecho a la privacidad) p. 7 "[The right to privacy is] the claim of individuals (...) to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others". Westin, Alan, Social and political dimensions of privacy. En: *Journal of Social Issues*, vol. 59, núm. 2, julio 2003, pp. 431-453. Tavani, Philosophical Theories... *Op., cit.*, p. 7 "Perhaps the control theory's most important insight is recognizing the role of choice that an individual who has privacy enjoys."

⁷³ Nájera Montiel, Javier, Los Datos de Carácter Personal ante la Clave Única de Registro de Población. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, enero-junio 2010, pp. 91-123, 93 "La facultad de control y autodeterminación sobre los datos personales es asignada solo a un sujeto, cuya titularidad se configura y desprende del propio contenido del dato. Es decir, el sujeto facultado para ejercer control sobre un dato personal es aquel aludido por el mismo, dejando fuera la idea de interés jurídico o el grado de afectación como criterios externos determinantes para ejercer el control de un dato personal."

⁷⁴ Nagel, *Concealment... op., cit.*, p. 4 "The boundary between what we reveal and what we do not, and some control over that boundary, are among the most important attributes of our humanity."

⁷⁵ Flaherty, David, Visions of Privacy: Past, Present and Future. En: *Visions of Privacy. Policy Choices for the Digital Age* (Colin Benett y Rebecca Grant eds.) Toronto, University of Toronto, 1999, pp. 19-38, 34 "It is sometimes said that consent cures all in the field of privacy protection"

⁷⁶ Kosta, *Consent in European... op., cit.*, [np 48] p. 395-6 "[I]n the online world in general the reliance on consent for the processing of personal data (...) does not always safeguard the protection of (...) privacy. In fact it can be argued that there is currently a tendency to make use of consent as both part of a "bureaucratic process" and as a "lazy justification"."

autonomía individual y la dignidad humana⁷⁷, concretadas en el reconocimiento y el respeto por las decisiones sobre asuntos personales.

Desde la dimensión subjetiva, este criterio entiende los derechos relevantes como formas específicas de libertad, con énfasis en el reconocimiento al poder de decisión sobre la propia información personal. Y, por tanto, ha de incorporar las facultades para hacer efectivo ese poder de decisión, *i.e.*, evitar que la información personal sea objeto de tratamiento o enervar las consecuencias negativas del uso de información personal no consentido.

6.2.1.3 La participación

Según este criterio, la información personal puede ser empleada por otros siempre y cuando el titular de la misma pueda participar en todas las etapas del ciclo informativo: recogida, almacenamiento, uso y difusión. Este criterio presupone, como un dato, que el tratamiento de información personal es necesario para el funcionamiento de las sociedades actuales y que del mismo depende en muchos casos el goce efectivo de los derechos fundamentales y la distribución equitativa de los bienes y las cargas públicas⁷⁸.

Bajo tal premisa, el criterio de la participación está orientado a equilibrar las relaciones asimétricas de poder entre el titular de la información personal y quien la detenta materialmente⁷⁹. Este equilibrio se opera jurídicamente con el reconocimiento de derechos o potestades jurídicas

⁷⁷ Cohen, Julie, Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. En: *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, pp. 1373-1438 (crítica a las objeciones contra el (emergente) derecho a la protección de datos (informational privacy) a partir de las ideas de propiedad, conocimiento y libertad de expresión, y sugiere retomar su fundamento en una teoría dinámica de la autonomía individual) p. 1377 “On this theory, one must, if one values the individual as an agent of self-determination and community building, take seriously a conception of data privacy that returns control over much personal data to the individual”. Brownsword, Roger, The cult of consent: fixation and fallacy. En: *King's Law Journal*, vol. 15, 2004, núm. 2, pp. 223-251 (En una defensa del consentimiento, crítica a la práctica social que lo entiende como un valor en sí y como la llave que todo lo justifica en términos éticos o jurídicos) p. 228 “[Regarding consent] human rights theorists hold that what counts is respect for individual autonomy, entailing recognition of the right of individuals to make their own choices, to exercise control over their own person, property, and privacy, and to say “yes” or to say “no”. Taking individuals seriously, taking rights seriously, means taking consents and refusals seriously.”

⁷⁸ Burkert, Privacy-Data Protection... *Op., cit.*, [np 2] (sobre la descripción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán que reconoció, en 1983, el derecho a la autodeterminación informativa) p. 54 “In terms of constitutional politics, the judgment was an amalgamation of liberal and conservative attitudes towards the new information processing technologies. At the same time, it presented a modern view on the pervasiveness of information processing and its impact on the private sphere. The decision managed to leave behind a concept that the Court had developed in previous decisions: the sphere theory or the theory of the private self as a passive onion (...) In contrast with this decision, the Court had introduced a more active, more communication-oriented picture of the informational self in its exchanges in a communication society.”

⁷⁹ Pérez Luño, Enrique, *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Constitución*. Madrid, Tecnos, 9ª ed. 2005, p. 420 “[L]a protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el *equilibrio de poderes y situaciones* que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales”. Schwartz, The Social Psychology... *Op., cit.*, p. 751 “[P]ower need not to be exercised to be effective. The mere knowledge that another “knows” invokes in the treatment of that other certain amount of humility and deference.”

en cabeza del titular de la información personal: conocer, rectificar y cancelar la información personal, así como la posibilidad de oponerse a su tratamiento, en aquellos casos en que se presenten abusos del poder informático ahora traducidos como violaciones a los derechos del titular de la información. El valor reconocido en este caso también es la autonomía individual, pero entendida como libertad de agencia y participación.

Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, este criterio sigue el esquema de las libertades positivas⁸⁰. La participación del titular en los procesos de tratamiento de su información personal a partir del ejercicio de ciertas potestades (derechos ARCO) supone la existencia de obligaciones correlativas positivas por parte de los sujetos obligados⁸¹.

6.2.1.4 El tratamiento adecuado

Este criterio acepta como dato básico de las sociedades contemporáneas la necesidad de tratamiento de la información personal y considera indispensable una regulación general de esta actividad que incluya una serie de principios (siendo los de finalidad, calidad, confidencialidad y seguridad los más importantes) y la existencia de un sistema reforzado de garantías que, por lo general, incluye el reconocimiento de derechos de participación y una autoridad de control y supervisión con funciones de policía administrativa. Este criterio ha sido puesto en práctica por la Comunidad Europea y exportado con éxito a Latinoamérica.

A pesar de que los criterios del secreto, del control y de la participación parecen subsumidos en él, este criterio consiste en orientar la protección de la información personal según las normas jurídicas de un régimen comprensivo⁸². Es un criterio que pone su acento en la eficacia de normas

⁸⁰ Zúñiga Urbina, Francisco, Derecho a la intimidad y Hábeas Data, del recurso de protección al Hábeas Data. En: *Derecho PUCP*, núm. 51, diciembre 2013, pp. 193-221 (defiende la tesis del paso de una libertad negativa a una positiva, a partir de una presentación histórica de la intimidad en tres culturas jurídicas) p. 209 “En una sociedad informatizada en que el “poder informático” configura un verdadero poder invisible, el tradicional derecho a la intimidad conceptualizado como libertad negativa, adquiere una nueva faz, dada su dinamicidad, y deviene en libertad positiva, que se le denomina libertad informática.” En un sentido similar: Pérez Luño, Enrique, *Estado de Derecho... op., cit.* (En especial los capítulos 8 y 9 donde defiende un concepto “unitario de textura abierta y plural” de la intimidad para incluir los derechos “arco”) p. 336 [R]esulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (status negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al mismo tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan cada sujeto. [En este sentido] (...) se identifica la intimidad con la propia noción de la libertad, en cuanto define las posibilidades reales de autonomía y de participación en la sociedad contemporánea.”

⁸¹ Rodotà, Stefano, Democracia y protección de datos (José Luis Piñar trad.) En: *Cuadernos de derecho público*, núm. 19-20, mayo-diciembre 2003, pp. 15-26, 17 “En el tradicional derecho al respeto de la vida privada y familiar se expresa sobre todo un momento que se refiere al individuo, y el poder se limita a la exclusión de interferencias ajenas: la tutela es estática, negativa. La protección de datos, por el contrario, fija normas sobre las modalidades de tratamiento de datos, se concreta en poderes de intervención: la tutela es dinámica, y sigue a los datos durante su circulación.”

⁸² En esta línea, por ejemplo, Remolina, Tratamiento... *op., cit.*, (sobre argumentos para defender el *nomen iuris* “derecho al debido tratamiento de los datos personales”) pp. 39 a 41, 41 “[Este derecho] parte del supuesto de que la recolección y el uso de los datos personales no son algo que sólo le interesa al titular del dato. Reconoce que los datos son necesarios para realizar muchas actividades lícitas, legítimas y de interés general o particular, según el caso.

jurídicas generales. Y está justificado en la necesidad de evitar daños⁸³ ligados al uso indiscriminado de la información personal, que van desde la afectación a la integridad personal o a la propiedad⁸⁴, hasta la discriminación o la afectación a la autonomía de la persona, entendida ahora como la libertad del ser humano de reinventarse constantemente, libertad no sujeta a las posibilidades de juicio o de control derivados del uso de dicha información.⁸⁵ Está inspirado en la preeminencia de la dimensión objetiva de los derechos relevantes, en donde el cumplimiento de las normas basta para garantizar la protección (que se considera entonces adecuada) de los datos personales. Bajo este criterio, la dimensión subjetiva del derecho de protección de datos personales, equivalente a la del criterio de participación, cumple una función complementaria.

Este criterio no se limita a la protección de la información personal por la vía de salvaguardar el secreto o de verificar el consentimiento del titular. En múltiples circunstancias, la adecuada circulación de la información personal, con independencia de la participación de los titulares de la información, garantiza el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de derechos de terceros y de sus propios titulares, y es suficiente para considerar que dicho derecho ordena las prácticas sociales y es generalmente respetado.

•∞•

Hacer explícitos estos criterios es importante, primero, porque permite advertir la existencia de diversas formas de estructurar los elementos relevantes de los derechos en cuestión, en especial si aceptamos que no existe una relación funcional unidireccional entre la protección de información personal, la protección de la esfera privada y la función jurídica de los derechos relevantes. En tales casos, la elección de un criterio interpretativo es una elección que tiene consecuencias prácticas diferentes. Y segundo, porque permite afirmar que la protección del secreto -la confidencialidad- no es un elemento esencial del derecho a la protección de datos

Por eso no es un derecho para oponerse al tratamiento, sino para exigir un correcto tratamiento.” Cohen, *Examined Lives... Op., cit.*, p.1434 “[E]ffective data privacy legislation must incorporate other, non-consent-based requirements for fair information practice. The notion that informed consent alone is sufficient to protect individual interests in the uses of personally-identified data is a peculiarly American one. Internationally agreed principles of fair information practice require a variety of other substantive and procedural protections”

⁸³ Van den Hoven, *Privacy and the Varieties... Op., cit.*, (sobre cuatro tipos de daños asociados al uso indiscriminado de información personal: daño-informacional, inequidad, injusticia y limitación a la autonomía, y las distintas posturas entre comunitaristas y liberales en relación con esta última)

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 34 “There are forms of wrongdoing or harming which have as their necessary condition that the wrongdoer makes use of certain personal information about his victim. The fact that it is information about persons that is used to inflict the harm doesn't necessarily make it a privacy issue.”

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 36 “Information about Bill, whether fully accurate or not, facilitates the formation of judgements about Bill. Judgements about Bill, when he learns about them, suspects that they are made, fears that they are made, may bring about a change in his view of himself, may induce him to redefine his desires, to reorder his preferences or make him behave differently than he would have done without them (...) Dataprotection laws provides protection against to (...) the fixation of one's moral identity by others than oneself.” p. 37 “The identifications made on the basis of our data fall short of respecting the individual person, because they will never match the identity as it is experienced by the data-subject.”

personales, en al menos tres de los criterios expuestos. Esta situación nos revela una potencialidad discursiva sobre estrategias argumentativas orientadas a favorecer la accesibilidad de la información personal en poder del Estado, máxime si la información puede caracterizarse como pública en más de un sentido.

6.2.2 Los criterios interpretativos y el caso colombiano

En el caso colombiano, los criterios del secreto y del control han sido prevalentes al momento de interpretar la finalidad-justificación del derecho a la intimidad. La Corte Constitucional colombiana ha interpretado este derecho como un dispositivo jurídico para proteger la libertad y el secreto, sus dos componentes estructurales⁸⁶.

La Corte ha perfilado el derecho a la intimidad como una típica libertad negativa, donde es claro el eco de los textos de derecho internacional, en especial de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entienden este derecho como una inmunidad frente a las injerencias arbitrarias⁸⁷. En este sentido ha protegido el secreto sobre la información personal en circunstancias específicas⁸⁸. Asimismo, ha

⁸⁶ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-222 de 1992, MP Ciro Angarita Barón, (hostigamientos consistentes en apertura de correspondencia, vigilancia sobre movimientos o sobre encuentros con terceros, inspecciones no consentidas al lugar de trabajo, en el contexto laboral, desconocen el derecho a la intimidad) consid. B “[La intimidad es] un derecho que se proyecta en dos dimensiones a saber: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida como secreto, atentan contra ella todas aquellas divulgaciones ilegítimas de hechos propios de la vida privada o familiar o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual (...) trasciende y se realiza en el derecho de toda persona de tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.” Sentencia T-530 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz (el diseño de un puente peatonal a menos de un metro de distancia del inmueble de la actora, pudiendo construirse de otra forma, desconoce el derecho a la intimidad) consid. 3 “La finalidad principal de este derecho es resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular.”

⁸⁷ ONU. DUDH. 1948, “Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” OEA, CADH, 1969, “Artículo 11 Protección de la Honra y de la Dignidad (...) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

⁸⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-340 de 1993, MP Carlos Gaviria Díaz (la fijación de avisos relacionados con deudas insolutas en el lugar de residencia, como medio para presionar el pago, desconoce el derecho a la intimidad) consid. B “La obligación estatal y particular de respetar y garantizar el derecho a la intimidad, debe orientarse a permitir que la vida privada de las personas permanezca envuelta en el secreto que cada quien desee darle; tal secreto es soslayable únicamente bajo especiales circunstancias que, legalmente permiten el conocimiento general u oficial de tales hechos.” Sentencia SU-056 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell (el derecho a la intimidad no se vulnera por la publicación de una novela que contiene información personal que ha trascendido al conocimiento público) consid. 4.1 “[E]l autor no ha revelado aspectos íntimos de la vida privada de las peticionarias, simplemente recogió, en parte, un testimonio social y público, es decir, algo conocido por la comunidad que le sirvió parcialmente como punto de referencia a la narración contenida en el libro. (...) no ha realizado actos intencionados tendientes a obtener dolosamente la información para su obra literaria y si las demandantes tienen la cualidad de personas cuyas actuaciones son del dominio público del medio en donde ocurrieron los hechos, el concepto de vida privada con respecto a ellas se relativiza y se integra al de la vida pública.” Sentencia T-696 de 1996, MP Fabio Morón Díaz (el registro en video y posterior publicación en medios de comunicación, de una nota entregada por el abogado del Presidente de la República a un congresista en el salón del

asociado la protección de este derecho al reconocimiento de cierto poder de decisión sobre aquella información personal que por práctica social es considerada propia del ámbito privado⁸⁹.

El manto protector del derecho a la intimidad, entendido como inmunidad, desaparece, cuando la persona decide de forma libre dar a conocer o divulgar su información personal, cuando por su voluntad su información personal migra de la esfera privada, a la esfera pública⁹⁰. Funciona como la institucionalización jurídica básica de las libertades del individuo, en tanto reconoce que el individuo sea quien decida qué de todo lo complejo que constituye su ser queda resguardado por el secreto jurídicamente protegido, y qué es manifestación de la afirmación de su personalidad y de la forma en que elige ser visto, presentado o representado frente a sus congéneres⁹¹. El uso combinado de los criterios del control y del secreto ha permitido entender el derecho a la intimidad como una función de la protección de la esfera privada según los diferentes escenarios en que la persona actúa en sociedad⁹².

Congreso donde tenía lugar un debate, desconoce el derecho a la intimidad) consid. 1 “[T]res son las maneras de vulnerar el derecho a la intimidad. La primera de ellas es la intrusión o intromisión irracional en la órbita que cada persona se ha reservado; la segunda, consiste en la divulgación de los hechos privados; y la tercera, finalmente, en la presentación tergiversada o mentirosa de circunstancias personales” consid. 2 “Es perfectamente posible en un recinto público sostener correspondencia de carácter privado, aun entre personas con proyección pública (...) La correspondencia cuyo conocimiento el individuo se ha reservado, como elemento integrante de su intimidad, es susceptible de violación a través de cualquiera de las formas arriba señaladas.”

⁸⁹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-787 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil, consid. 14, en *obiter*, “[T]odo aquello relativo a la intimidad de las personas como son sus relaciones familiares, costumbres, prácticas sexuales, salud, domicilio, comunicaciones personales, los espacios para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales (...) [s]on ámbitos, en los que la sociedad como distinta al individuo, sólo tiene un interés secundario en la información o realidad que existe en dichas esferas, pues realmente son temas o acontecimientos que única y exclusivamente afectan o incumben al titular del derecho y que, en últimas, le permiten al hombre desarrollar su personalidad y sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto.”

⁹⁰ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-552 de 1997, MP Vladimiro Naranjo Mesa, consid. 2.1, en *obiter*, “[E]l derecho a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas.”

⁹¹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-233 de 2007, MP Marco Gerardo Monroy (considera ilícita la prueba consistente en una grabación de una reunión privada que sostuvo el imputado, en la cual no participa la presunta víctima del delito, y para la cual no dio su consentimiento) consid. 7.2 “[L]as grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho.” Sentencia T-634 de 2013, MP María Victoria Calle Correa (el uso en Facebook, por parte de un tercero, de fotografías de la titular (masajista) con fines publicitarios ambiguos sobre los servicios prestados por dicho tercero, y a pesar de la oposición de la titular, vulnera los derechos a la intimidad y a la propia imagen) (con énfasis en los requisitos del consentimiento para el uso de fotografías con fines publicitarios) consid. 9.6 “[A]unque las imágenes no dan a conocer aspectos de su vida íntima, su publicación y el acceso que ésta brinda a multiplicidad de públicos en la red social Facebook afectan su intimidad personal y social (...) porque las imágenes publicadas no corresponden a lo que ella (...) representa “*como ser humano*” (...) [y le han acarreado] “*innumerables comentarios ofensivos y denigrantes*” (...) el derecho a la intimidad garantiza una esfera de privacidad libre de intervenciones arbitrarias de terceros.”

⁹² Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-787 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil, consid. 13, en *obiter*, “[D]ependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (...) en la posibilidad de mantener en silencio o reserva, un

La prevalencia de los criterios del control y del secreto en el caso del derecho a la intimidad, contrasta con la prevalencia de los criterios de la participación y del tratamiento adecuado, para entender el derecho al *habeas data*.

En relación con el *habeas data*, la Corte Constitucional colombiana hace un tránsito de los criterios del secreto y del control hacia el criterio de participación. Esto sucede, en parte, por la ascendencia del Tribunal Constitucional alemán y su célebre caso del censo en materia de autodeterminación informativa⁹³. Al acoger esta concepción, la Corte entiende el derecho de *habeas data* como un dispositivo jurídico llamado a equilibrar las relaciones de poder entre el titular de la información personal y el sujeto que posee esta información en el contexto de la sociedad de la información⁹⁴.

Según este criterio, la función del derecho deja de ser la protección del secreto o del control sobre la información personal. La función del derecho es reconocer una serie de potestades para participar, con poder de decisión, en el tratamiento de la información personal⁹⁵. Estas

determinado acto, comportamiento o relación de la vida social (...) se encuentra la nota característica de la intimidad en sus distintos niveles.”

⁹³ Este giro inicia con la Sentencia C-567 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz (inconstitucionalidad de la norma que permitía a la administración incluir otro tipo de información personal al formato único de hojas de vida de servidores públicos y a la correspondiente base de datos, definidos en la Ley) consid. 6, “El derecho a la intimidad excluye del tratamiento informático asuntos o informaciones que sólo conciernen a la vida privada del sujeto. Por su parte, el derecho a la autodeterminación informativa, incorpora al sujeto cuyos datos se hacen circular como actor de ese mismo proceso con el objeto de que no discurra sin su conocimiento y control.”

⁹⁴ Esta consideración ha caracterizado una forma de entender el *habeas data*, desde la primera sentencia de la Corte Constitucional colombiana en la materia, hasta las sentencias posteriores a la aprobación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Sentencia T-414 de 1992, MP Ciro Angarita Barón (ordena la supresión de información personal desactualizada de una central de información del sector financiero-buró de crédito) consid. 4 “Como bien lo destaca el profesor Vittorio Frosini, la posibilidad de acumular informaciones en cantidad ilimitada, de confrontarlas y agregarlas entre sí, de hacerle un seguimiento en una memoria indefectible, de objetivarlas y transmitir las como mercancía en forma de cintas, rollos o discos magnéticos, por ejemplo, permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo, el denominado poder informático. Como necesario contrapeso, este nuevo poder ha engendrado la libertad informática. Consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.” Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango, consid. 11 “El poder informático, (...) es un fenómeno que está en la médula de la función-jurídico social de la administración de bases de datos de carácter personal. Frente al robustecimiento de dicho poder, característico de la sociedad de la información, el *habeas data* surge como un cuerpo normativo singular orientado a proteger las libertades individuales. Dada la existencia extendida de bases de datos de carácter personal, magníficas condiciones de interconexión y accesibilidad, y posibilidades de uso en tiempo real, el *habeas data* es la respuesta del constitucionalismo para enfrentar las amenazas que el ejercicio inorgánico de este poder supone para la libertad de los seres humanos.”

⁹⁵ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, Eduardo Montealegre Lynett, consid. 4 a, “El derecho fundamental al *habeas data*, es aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la[s] posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales.” Sentencia C-1011 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño, consid. 2.1 “El *habeas data* confiere (...) un grupo de facultades al

potestades, es bueno indicarlo, incluyen la posibilidad de exigir, en ciertos casos, el secreto en, o el consentimiento para, el tratamiento de cierta información personal⁹⁶, pero no se reducen a ellas. Entre estas potestades estarán el derecho a conocer si la información personal está siendo objeto de tratamiento, quién lo hace, para qué fines, a quién se entrega o a quién se puede entregar esta información, el derecho a controlar la calidad de la información, para exigir su rectificación o aclaración y, en algunas ocasiones, el derecho a solicitar la supresión de la información o su bloqueo⁹⁷.

Este criterio supone un cambio de enfoque en la forma de proteger el ámbito de lo privado. Reconoce la importancia del tratamiento de información personal para el funcionamiento de la sociedad contemporánea⁹⁸, que no toda la información personal debe ser protegida bajo el criterio del secreto o del control y que no toda información personal hace parte del ámbito de lo privado⁹⁹. Bajo este criterio se hace evidente que, en relación con la información personal y su régimen jurídico, la metáfora espacial de las esferas de lo público y lo privado es insuficiente para entender la función del derecho de habeas data.

Por último, y de forma reciente, el derecho de habeas data ha sido entendido según el criterio del tratamiento adecuado. Esto sucede una vez se profieren las leyes estatutarias en la materia: la Ley de habeas data financiero en 2008 y la Ley de habeas data general en 2012. Este criterio

individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información.”

⁹⁶ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2012, MP Eduardo Montealegre Lynett (prohíbe el acceso indiscriminado a la información personal del titular mediante la disponibilidad en Internet de las bases de datos de catastro y de la superintendencia nacional de salud, con fundamento en los principios de libertad-autorización y circulación restringida). Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango (ordena la supresión relativa de la información personal relacionada con antecedentes penales en el caso de condenas no vigentes). Anexo A, casos 11 y 10 respectivamente.

⁹⁷ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1066 de 2002 MP Jaime Araujo Rentería (declara la constitucionalidad condicionada de la norma que ordena la certificación de antecedentes disciplinarios, a que dicha certificación respete términos de caducidad de la información). Sentencia SU-458 de 2012, cit. Anexo A, casos 9 y 10 respectivamente.

⁹⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2012, MP Eduardo Montealegre Lynett, consid. 4 b “[L]a especial necesidad de disponibilidad de información mediante la conformación de bases de datos personales, unida a la potencialidad de afectar los derechos fundamentales que apareja el desarrollo de dicha actividad, tornan indispensable someter el proceso de administración de los datos a ciertos principios jurídicos, con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los derechos fundamentales de las administradoras, de los usuarios y de los titulares de los datos.” O más explícito, en el caso del funcionamiento de las centrales de información del sector financiero-burós de crédito, Sentencia C-1011 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño (estudia la constitucionalidad del proyecto de ley de habeas data financiero) consid. 2.8 “[L]a administración de datos personales sobre comportamiento crediticio es una actividad necesaria, a efectos de proteger el ahorro público y satisfacer los intereses del tráfico mercantil, actividades que *prima facie* no se oponen a los postulados constitucionales.”

⁹⁹ Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-082 de 1995, MP Jorge Arango Mejía (unifica las reglas jurisprudenciales relacionadas con la rectificación y supresión de la información negativa relacionada con el incumplimiento de obligaciones dinerarias) consid., segunda “[Q]uien obtiene un crédito de una entidad dedicada a esta actividad y abierta al público, no puede pretender que todo lo relacionado exclusivamente con el crédito, y en especial la forma como él cumpla sus obligaciones, quede amparado por el secreto como si se tratara de algo perteneciente a su intimidad.”

supone un sistema de protección de la información personal en donde participan varios sujetos de forma concurrente: el titular de la información personal, a quien se le reconoce el derecho de habeas data según el criterio de participación; el depositario de la información personal, que estará obligado a observar los principios de tratamiento y un extenso listado de obligaciones; y un órgano de control administrativo, que tendrá funciones especiales de vigilancia, protección y sanción¹⁰⁰.

Bajo este criterio, la función jurídica del derecho se desplaza hacia el cumplimiento de las leyes especiales en la materia. Por paradójico que parezca, la adopción de este criterio parece operar una suerte de des-constitucionalización del derecho de habeas data. El criterio funciona no con la finalidad de proteger la vida privada, ni la participación del sujeto en el proceso de tratamiento, aunque formalmente así lo reconozcan las leyes; la función jurídica del derecho de habeas data es la protección de los distintos intereses asociados al tratamiento de información personal (que incluyen, el correcto funcionamiento del mercado, la prestación efectiva de servicios públicos y la protección objetiva de diversas libertades individuales, incluida la intimidad) gracias a un complejo de reglas y principios.

Bajo este criterio, la interpretación del derecho de habeas data en Colombia se acerca a la que ha tenido el derecho a la protección de datos personales en México, a partir de su reconocimiento constitucional desde el año 2009.

6.2.3 *Los criterios interpretativos y el caso mexicano*

Al igual que sucede en el caso colombiano, los criterios del secreto y del control han sido prevalentes para interpretar el alcance y contenido del derecho a la protección de la vida privada en México.

El criterio del secreto quizá sea el criterio paradigmático. Impulsado por influyente doctrina sobre el derecho al respeto a la vida privada¹⁰¹, este criterio ha sido empleado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de forma extendida. La protección de la vida privada se restringe al ámbito de lo privado, enriquecido con información y demás circunstancias de la persona, cuyo

¹⁰⁰ Con repetidas referencias a la Ley 1581 de 2012, Sentencia T-987 de 2012, MP Luis Ernesto Vargas (ordena a una aerolínea abstenerse de configurar listados de “viajeros no conformes”, y de emplear la información personal de sus clientes para fines diferentes de los expresados al momento de la recogida) y Sentencia T-058 de 2013, MP Alexei Julio Estrada (ordena a una universidad a expedir el certificado de calificaciones separado del certificado de sanciones o buena conducta, y advierte a la titular de los datos sobre la posibilidad de acudir en trámite administrativo ante la delegada para la protección de datos personales)

¹⁰¹ Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un Conflicto de Derechos*. México, Siglo Veintiuno, 1981, p. 48 “[Dos aspectos de la vida privada] uno corresponde al derecho que tiene todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento, quietud que le permitan replegarse sobre sí mismo. (...) [Otro], consiste en el derecho de mantener fuera del conocimiento ajeno hechos o actos que pertenecen a lo privado de una persona.” Citado por la Suprema Corte en el caso del Amparo Directo en Revisión 402/2007, 23 mayo 2007, MP Olga Sánchez Cordero.

conocimiento por parte de terceros está prohibido¹⁰². Al igual que en el caso colombiano, se impone aquí el énfasis en la no injerencia en el ámbito privado como el objeto central de protección del derecho a la vida privada¹⁰³.

La Suprema Corte de Justicia ha empleado el criterio del control para precisar el objeto de tutela del derecho a la protección de la vida privada. Al adoptar una concepción relativa de lo “privado” como objeto de protección, la Suprema Corte supone la variabilidad intrínseca de dicho objeto y por tanto la imposibilidad de precisar interpretativamente su contenido de una vez por todas. Esta variabilidad intrínseca es expresada con la doctrina de los motivos internos y externos¹⁰⁴. A partir de esta doctrina el objeto de protección del derecho a la vida privada estará sujeto a una triple vicisitud: las diferentes concepciones que sobre lo privado existan en diferentes épocas y geografías, el diferente alcance que a lo privado decida darle el sujeto y el diferente alcance que pueda tener el deber de proteger lo privado, al entrar en relación con otros derechos que tengan pretensiones contradictorias.

La doctrina de los motivos internos es la forma en que la Suprema Corte hace explícito el criterio del control. Los motivos internos son aquella manifestación de la libertad del sujeto de decidir sobre aquello que integra su esfera privada, qué revela y qué no y bajo qué circunstancias. Para la Suprema Corte “forma parte del derecho a la privacidad (...) la posibilidad de que sus titulares

¹⁰² Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo Directo en Revisión 402/2007, 23 de mayo de 2007, MP. Olga Sánchez Cordero “La vida se constituye por el ámbito privado reservado para cada persona y del que quedan excluidos los demás, mientras que la intimidad se integra con los extremos más personales de la vida y del entorno familiar, cuyo conocimiento se reserva para los integrantes de la unidad familiar. Así, el concepto de vida privada comprende a la intimidad como el núcleo protegido con mayor celo y fuerza porque se entiende como esencial en la configuración de la persona, esto es, la vida privada es lo genéricamente reservado y la intimidad -como parte de aquella- lo radicalmente vedado, lo más personal; de ahí que si bien son derechos distintos, al formar parte uno del otro, cuando se afecta la intimidad, se agravia a la vida privada.” Amparo Directo en Revisión 6/2009, 7 de octubre de 2009, MP Sergio A. Valls Hernández. Consid. 8, “Lo que el derecho a la intimidad protege es precisamente la no divulgación de datos de la vida privada de una persona, que los demás no conozcan determinados aspectos, sin su consentimiento.”

¹⁰³ Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en revisión 134/2008, 30 de abril de 2008, MP Genaro David Góngora Pimentel. Tesis aislada 2a LXIII/2008. “En un sentido amplio, la referida garantía puede extenderse a una protección que va más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que se desenvuelve normalmente la privacidad o la intimidad, de lo cual deriva el reconocimiento en el artículo 16, primer párrafo, constitucional, de un derecho a la intimidad o vida privada de los gobernados que abarca las intromisiones o molestias que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida”. Amparo Directo en Revisión 2044/2008, 17 de junio de 2009, MP José Ramón Cossío. “[En relación con la interpretación de las fuentes del derecho positivo que incluyen el derecho al respeto a la vida privada] las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad —para el desarrollo de su autonomía y libertad—. A un nivel más concreto, la misma idea puede describirse apelando al derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás (o, a veces, dentro del círculo de la familia y de los amigos más próximos) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos), al derecho a que los demás no se inmiscuyan en ellas sin su expreso consentimiento.”

¹⁰⁴ Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo Directo en Revisión 2044/2008, *cit.*, “[E]l contenido del derecho a la “vida privada” está destinado a variar, legítima y normalmente, tanto por motivos internos al propio concepto como por motivos externos”.

modulen (de palabra o de hecho) el alcance del mismo”. De tal forma que el individuo concurre, con su comportamiento, a “la determinación de su ámbito de protección.”¹⁰⁵

Por su parte, el derecho a la protección de datos personales ha tenido una lectura especialmente orientada por los criterios del secreto y del tratamiento adecuado. El criterio del secreto ha sido predominante en las prácticas de acceso a la información personal en poder del Estado. Esta primacía se explica por varios factores. El derecho a la protección de datos personales fue entendido desde la expedición de la Ley Federal de Transparencia en el año 2002, como un mandato de secrecía de (toda) la información personal en poder del Estado. En la forma en que se concibió la Ley Federal y en las prácticas subsecuentes del Órgano de Transparencia es evidente el influjo de la metáfora de las dos esferas¹⁰⁶. Bajo la estricta separación de lo público y lo privado, la información pública será accesible y la información privada confidencial¹⁰⁷, salvo que sobre la misma se pueda establecer un “interés público”, como una manifestación adicional de la dicotomía¹⁰⁸ y en tanto “el secreto no puede pensarse sin la apertura”¹⁰⁹. Esta aceptación tomó la forma de un mandato estricto de confidencialidad de la información personal contenida en documentos públicos¹¹⁰, con algunas excepciones por la vía del “interés público” que, así justificadas, han terminado por reforzar discursivamente el criterio del secreto.

A esto se sumó la incorporación de un concepto maximalista de datos personales, como concepto técnico y sustituto del de información personal. De esta manera, y por arte definitoria,

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Como se desprende del criterio según el cual los datos personales relativos al estado civil, las relaciones de filiación y demás datos curriculares son confidenciales, en tanto “no trasciende[n] al ámbito público”, en la resolución 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga (Anexo B, caso 5) o del criterio del vínculo con el ámbito privado, para testar este tipo de datos personales en la resolución 1844/09, CP Jacqueline Peschard (Anexo B, caso 4), o del criterio según el cual, si la información “incide en la vida privada” y el titular es un particular, la información relacionada con la fotografía contenida en su título profesional es confidencial, en la resolución RDA 178/13, CP María Elena Pérez-Jaén (Anexo B, caso 13)

¹⁰⁷ A partir de adoptar como criterio básico que la información personal permita “corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendado”, en la resolución 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo (Anexo B, caso 8), o el interés público de “conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales”, en la resolución 1655/10, CP Ángel Trinidad Zaldívar (Anexo B, caso 10).

¹⁰⁸ Como sucede en los casos de publicidad sobre los resultados de la evaluación docente, en la resolución RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra (Anexo B, caso 17) y de publicidad de condenas penales contra servidores públicos, en la resolución 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal (Anexo B, caso 24)

¹⁰⁹ Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, *El Secreto Fiscal y el IFAI: primer precedente de apertura por causa de interés público en México*. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 16, julio-diciembre 2010, pp. 39-71, 61 (en el contexto de las críticas a la primera decisión del IFAI de exceptuar el secreto fiscal en el caso de cancelación de créditos fiscales)

¹¹⁰ Esto a partir de las interpretaciones del entonces IFAI sobre los artículos 18 y 21 de la Ley Federal de Transparencia de 2002. “Artículo 18. Como información confidencial se considerará: (...) II. Los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley.” Artículo 21. “Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información, desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso (...) de los individuos a que haga referencia la información.”

“cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable” quedaba entonces amparada por un estricto mandato de confidencialidad. Mandato que sólo podría relevarse mediando consentimiento del titular de los datos personales. Una excepción que la práctica del acceso a la información pública ha revelado como un mero adorno¹¹¹. Es el secreto y no la libertad el que opera por *default*.

Sin embargo, el criterio del secreto será subsumido por el criterio del tratamiento adecuado a partir de dos hechos. Primero, la orientación de la competencia del Órgano de Transparencia hacia la de Órgano de Protección de datos personales, a partir de la necesidad de interpretar los límites al derecho de acceso a la información pública¹¹². En la consolidación de esta competencia fueron definitivos los contenidos del (entonces legal) derecho a la protección de datos personales y la aprobación de los lineamientos en la materia en el año 2005¹¹³. Y segundo, la aprobación, en el año 2009, de la reforma constitucional del artículo 16 que incluyó: el derecho a la protección de datos personales, los derechos derivados a acceder, rectificar, cancelar y oponerse al tratamiento de información personal, y la permisión de restricciones al derecho por la vía de limitar “los principios que rijan el tratamiento de datos”¹¹⁴. Esta fórmula compleja es reveladora del criterio adoptado por el constituyente, al trasladar al legislador la potestad de articular el derecho y de regular los principios del tratamiento y sus excepciones. Expedidas las Leyes de protección de datos personales, en posesión de particulares en 2010, y en posesión de sujetos obligados en 2017, parece claro que el criterio del tratamiento adecuado es el llamado a gobernar el entendimiento del derecho a la protección de datos personales en el futuro próximo.

¹¹¹ Como se desprende de la práctica del Órgano de Transparencia que dejó de incluir la instrucción a los sujetos obligados para efectos de obtener el consentimiento del titular de los datos, previa decisión de negar su acceso. Uno de los pocos ejemplos de dicha inclusión en la R 676/05, CP María Marván Laborde (confidencialidad de información relacionada con exposición a material radioactivo contenida en un expediente laboral) ver Anexo B, caso 7.

¹¹² Lujambio Irazábal, Alonso y Ornelas Núñez, Lina, La protección... *Op., cit.*, p. 122 “Tal diversidad [de la demanda de información] ha llevado al [IFAI] a trazar los límites del acceso a la información frente a otros derechos (...) Dicha labor ha sido desarrollado fundamentalmente desde dos frentes: el normativo y el resolutivo.”

¹¹³ México. Diario Oficial. Lineamientos de Protección de Datos Personales, IFAI, 30 de septiembre de 2005. Véase en especial, el Capítulo II sobre “Principios rectores de la Protección de los Datos Personales”. Sobre todo, el principio de finalidad, empleado como un argumento para limitar la publicidad de los datos personales que constaran en fuentes o registros de acceso público. Ver, entre otras las resoluciones R 1844 /09, CP Jacqueline Peschard (sobre la clasificación por confidencial de la fotografía, el estado civil, el sexo y la nacionalidad, contenidos en la credencial oficial y el acta de nombramiento de un servidor público) y R 295/07, CP Alonso Lujambio Irazábal (versión pública de cédula, título, y estudios de un particular, existentes en los archivos de la Secretaría de Educación Pública) Anexo B, casos 4 y 9, respectivamente.

¹¹⁴ México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1 de junio de 2009. “Artículo único.- se adiciona un segundo párrafo al artículo 16 de la Constitución. (...) Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”

El criterio del tratamiento adecuado no riñe con el criterio del secreto, sin embargo, sí supone un cambio en el acento de la protección sobre la información personal. Incluso hasta el punto de flexibilizar la secrecía, por dos vías: la inclusión de reglas especiales sobre tipos de información personal considerados no confidenciales, que abundan en la Ley General de transparencia de 2015¹¹⁵, y la inclusión de metodologías para exceptuar la confidencialidad como la prueba de interés público y la ponderación de derechos. Por último, la Suprema Corte de Justicia no ha sido extraña a este criterio, como se desprende de la consideración según la cual, la función del derecho a la protección de datos personales no es exclusivamente la protección del secreto, sino el manejo correcto, ajustado a la ley, de la información personal por parte del Estado¹¹⁶.

6.3 Conclusión del capítulo VI

La equivalencia aparente entre el contenido del derecho a la protección de la vida privada y el contenido del derecho a la protección de datos personales puede explicarse por razones históricas y analíticas. Una exploración de estas razones permite, sin embargo, la identificación de distinciones entre dichos derechos a partir de la definición de su objeto protegido, ámbito de protección y fundamentación, en clave de dogmática constitucional.

Existen diferencias en la forma en que dichos derechos concretan su objeto (deber de protección de la información personal). Mientras el derecho a la protección de la vida privada lo hace mediante el mandato de confidencialidad y los deberes de respeto y promoción anejos; el derecho a la protección de datos personales lo hace a partir de los principios de tratamiento de datos personales.

Asimismo, existen diferencias en la extensión del objeto de protección. Mientras el derecho a la protección de la vida privada protege solamente la información personal propia del ámbito privado-íntimo; el derecho a la protección de datos personales protege toda la información personal, independientemente de su carácter íntimo o no, o de si ha salido o no de la esfera privada. Por otra parte, el objeto del derecho a la protección de la vida privada se extiende a fenómenos allende la información personal, como el domicilio o las comunicaciones; mientras que el objeto del derecho a la protección de datos personales está limitado al fenómeno información personal.

¹¹⁵ Ver, Capítulo II, 2.2.7 *La consolidación del sistema de doble regla excepción.*

¹¹⁶ Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo directo 9/2008, 12 de agosto de 2009, MP José Ramón Cossío Díaz. (Caso de la masacre de Acteal) “[S]ostenemos que todo Estado debe garantizar la tutela de los datos personales, entre los cuales están aquéllos relativos a las características físicas y el domicilio; de ahí que al respecto el Estado mexicano tiene por lo menos las dos obligaciones siguientes: a) solicitar o registrar información que contenga datos personales sólo en los casos previstos por la ley; b) dar trato confidencial a tales datos, lo que implica utilizarlos o revelarlos sólo con el consentimiento de la persona a quien correspondan.”

En relación con el ámbito, el derecho a la protección de la vida privada tiene vocación regulatoria sobre lo que sucede o constituye el ámbito de lo privado. Mientras que el derecho a la protección de datos personales tiene vocación regulatoria sobre la actividad de tratamiento de información personal. Sobre el ámbito del derecho a la protección de la vida privada no abundamos, al considerar suficiente una remisión al capítulo I, en lo relativo a las dicotomías de lo público y lo privado. Sobre el ámbito del derecho a la protección de datos personales identificamos dos posturas interpretativas. La primera, extensiva, abanderada por la comunidad europea, que incluye en dicho ámbito cualquier actividad realizada con y sobre datos personales. La segunda, restrictiva, abanderada por los suecos, que lo limita a las actividades realizadas sobre datos personales estructurados para su tratamiento.

México ha adoptado la interpretación extensiva del ámbito de protección, a partir de una serie de decisiones del Órgano de Transparencia primero, y del Legislador después, en las que ha sido notoria la influencia del Derecho europeo de la protección de datos. Defendemos la tesis de que esta opción no estaba predeterminada por el texto de la Ley Federal de Transparencia de 2002, y que entonces era posible adoptar la interpretación restrictiva, con base en la figura de los “sistemas de datos personales”.

En Colombia, en cambio, ha prevalecido (hasta ahora) la interpretación restrictiva del ámbito de protección del derecho al habeas data. La Corte Constitucional, por lo general, ha entendido que este derecho solamente opera frente a tratamiento de información personal a partir de bases de datos personales. Esta situación, sin embargo, ha sido desafiada por el trasplante, en la Ley 1581 de 2012, de la expresión “tratamiento” en términos muy similares a los del Derecho europeo de la protección de datos.

La diferencia entre México y Colombia al definir el ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales está en consonancia con la diferencia de criterios para resolver el problema de la publicidad de la información en poder del Estado descritos en el capítulo IV, y permite explicar el énfasis, en el caso mexicano, de tratar este problema en las coordenadas del derecho a la protección de datos personales y, en el caso colombiano, en las del derecho a la intimidad.

Para abordar las diferencias en la fundamentación de los derechos nos valimos de cuatro criterios interpretativos de los derechos relevantes, construidos a partir de una lectura integrada del objeto y la justificación. Estos criterios fueron caracterizados a partir de los valores predominantes en las prácticas relacionadas con información personal y del rol que juegan distintas facetas de los derechos fundamentales, ilustradas a partir de elementos de dogmática constitucional, en especial, de la teoría de las dos dimensiones (subjettiva y objetiva) y de la teoría estructural (libertades negativas y positivas) de los derechos fundamentales.

Para el criterio del secreto, la protección se dirige al ámbito privado y el valor predominante es la autonomía del ser humano concretada en la decisión (o en el simple hecho) de que la

información personal no sea objeto de conocimiento por parte de terceros, bajo la idea de que los derechos relevantes funcionan como derechos negativos o de abstención. Para el criterio del control, la protección se dirige al poder de decisión sobre el ámbito privado y el valor predominante es la autonomía del ser humano concretada en el poder de control sobre la propia información, bajo la idea de que los derechos relevantes funcionan como libertades. Para el criterio de la participación, la protección se dirige a la agencia del sujeto en relación con su información personal y el valor predominante es la autonomía del ser humano, como agente social que puede oponer pretensiones sobre su información personal frente a los poderes formales o fácticos que la detentan, bajo la idea de que los derechos relevantes funcionan como derechos positivos o de prestación. Finalmente, para el criterio del tratamiento adecuado, la protección se dirige a la información personal *per se*, en tanto estrategia para evitar daños a la integridad física y a la propiedad, evitar la discriminación y proteger la autonomía individual, por un lado, y también como una forma de garantizar que las actividades de tratamiento de datos personales satisfagan los intereses generales, la correcta distribución de bienes y cargas públicas y el florecimiento del mercado, todo ello bajo la preeminencia de la dimensión objetiva de los derechos relevantes.

En Colombia los criterios del secreto y del control permiten explicar la forma en que ha sido entendido y ha operado el derecho a la intimidad, en especial, en la práctica de la Corte Constitucional a partir de su caracterización según la bina secreto-libertad. Por su parte, el criterio de la participación permite explicar la forma en que ha sido entendido y ha operado el derecho al habeas data en su dimensión subjetiva hasta antes de la expedición de la Ley 1581 de 2012. La expedición de esta Ley ha reorientado la concepción de este derecho hacia el criterio del tratamiento adecuado, bajo la influencia del Derecho europeo de la protección de datos personales.

En México ha sucedido una situación muy similar a la colombiana en relación con el derecho a la protección de la vida privada en donde los criterios predominantes han sido los del secreto y el control, como se puede ilustrar con la doctrina de los “motivos internos y externos” adoptada por la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, en relación con el derecho a la protección de datos personales fue muy clara la preeminencia del criterio del secreto hasta la aprobación de la reforma constitucional de 2009. Esta reforma, junto con la aprobación de las leyes en materia de protección de datos personales, suponen una clara apuesta por el criterio del tratamiento adecuado.

La importancia de las distinciones entre los derechos analizados, en relación con el diagnóstico y solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, son las siguientes.

En relación con el objeto, estas distinciones abren la posibilidad de que cierta información personal poseída por el Estado, por no estar vinculada de forma fuerte al ámbito de lo privado y no ser objeto del derecho de protección de la vida privada-intimidad, pueda ser objeto del

derecho de acceso a la información pública. Casos en los que, por cierto, no habría tensión o colisión entre estos derechos fundamentales.

En relación con el ámbito, reconocer la existencia de las interpretaciones restrictiva y extensiva de la expresión “tratamiento” de datos personales, permite destacar la relevancia del contexto en que se encuentra la información personal -si se encuentra de forma incidental en los documentos solicitados o estructurada en una base de datos especialmente diseñada para su recuperación-. Si se acepta la tesis restrictiva del tratamiento, las solicitudes de acceso a la información pública en las que los datos personales se encuentren sólo de forma incidental no estarían cobijadas por el derecho a la protección de datos personales con toda su artillería de principios, caso en el cual, si se verifica la hipótesis del párrafo anterior, la información personal sería objeto del derecho de acceso a la información pública.

En relación con la fundamentación, las distinciones enunciadas permiten activar una función crítica de los argumentos por los cuales se justifica la confidencialidad de la información. En especial, exigen al intérprete hacer explícitos los argumentos valorativos que parecen sobreentendidos en las expresiones derecho a-la-protección-de-la-vida privada y derecho a-la-protección-de-datos-personales, al momento de decidir sobre la publicidad de la información personal. Exige, por ejemplo, argumentar sobre la forma en que la protección de la información personal, en cada caso concreto, actualiza alguna de las facetas del valor de la dignidad y de la autonomía individual que aparecen como los valores que fundamentan, justifican y dan sentido a estos derechos. En tal sentido, debería indicarse si son aspectos relacionados con el secreto y la reserva, con el control, o con la agencia y la participación, y de qué forma estos valores son afectados si cierta información personal es liberada. O de aceptarse que el resguardo de la información personal, por la vía del derecho a la protección de datos entendido bajo el criterio del tratamiento adecuado, es apenas un medio, un instrumento para proteger los valores superiores de la mejor distribución de beneficios y cargas públicas y del florecimiento del mercado, que esto sea dicho con claridad y no bajo la máscara de una supuesta protección a los valores asociados a la vida privada.

El plano de las distinciones deja al descubierto alternativas de lecturas restrictivas del alcance tuitivo de los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales. En el contexto del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado estos espacios no regulados parecen entrar en el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública. A explorar este y otros aspectos dogmáticos del derecho de acceso a la información pública dedicaremos el siguiente y último capítulo.

Capítulo VII

7. El derecho de acceso a la información pública y el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado

El derecho fundamental de acceso a la información pública tiene vocación regulatoria sobre la información personal en posesión del Estado; este derecho tiene un rol constitutivo, tanto en la regulación del fenómeno, como en la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esta aproximación toma distancia de lecturas del problema en clave de las dicotomías de lo público y lo privado, y desafía la posibilidad de catalogar por *default* la información personal como propia del ámbito de lo privado y, por tanto, inmune o no susceptible de regulación que apunte a su publicidad.

En este capítulo defenderemos la tesis de la vocación regulatoria del derecho de acceso a la información pública sobre la información personal poseída por el Estado. Señalaremos cómo este derecho ofrece argumentos de derecho constitucional que justifican la publicidad de cierta información personal y defenderemos la idea de su utilidad para resolver tres de los problemas dogmáticos advertidos en el capítulo III y descritos en el capítulo IV, aquellos relacionados con: el titular universal anónimo del derecho y la indiferencia del interés, la lectura reductora del fundamento del derecho al interés público y la ambigüedad de la expresión “información pública”.

El presente capítulo está dividido en tres partes. En la primera, desarrollaremos la tesis según la cual la información personal puede ser objeto de dicho derecho y revisaremos las posturas, restrictiva y de la indiferencia, como formas de concreción de dicha tesis en los países bajo estudio (7.1). En la segunda parte, analizaremos el problema del ámbito de este derecho en función del objeto-información-personal-poseída-por-el-Estado y abordaremos el problema de la extensión de lo público (7.2). Por último, nos ocuparemos de la fundamentación del derecho a partir de cinco criterios interpretativos y concluiremos con una descripción de su operación en los países bajo estudio (7.3).

Al igual que el anterior, este capítulo busca aportar elementos para una mejor consideración dogmática del derecho de acceso a la información pública con la esperanza de que esto facilite, tanto la comprensión del problema de investigación, como la descarga de la segunda parte del

método propuesto, a partir de la corrección de las fallas dogmáticas advertidas y de la construcción de mejores argumentos en clave constitucional.

7.1 La información personal poseída por el Estado como objeto del derecho de acceso a la información pública

7.1.1 El objeto del derecho de acceso a la información pública y el principio de máxima publicidad

7.1.1.1 La interpretación literal y el argumento a partir del *nomen iuris* del derecho

El objeto del derecho fundamental de acceso a la información pública está prefigurado por los términos de su consagración constitucional. En el caso mexicano, la disposición constitucional del artículo 6o, literal A, Fracción I, prescribe que, “para el ejercicio del derecho de acceso a la información [las autoridades estatales] se regirán por los siguientes principios y bases: Toda la información en posesión de cualquier autoridad [estatal] es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes.” Esta fórmula constitucional deja clara una apuesta maximalista en la caracterización del objeto del derecho, a partir del empleo de los universales positivos “toda”, para cualificar la información-objeto y “cualquier” para caracterizar a los sujetos que la poseen. Asimismo, el hecho de que sea la ley (y no la Constitución) la encargada de definir las excepciones, realza el carácter normativo-constitucional de la regla general según la cual *toda* la información en posesión del Estado constituye el objeto del derecho fundamental de acceso a la información pública¹.

En Colombia, el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental innominado. Este derecho fue inicialmente reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia C-491 de 2007, como el “derecho fundamental de acceso a la información del Estado”. Esto, gracias a una interpretación sistemática del artículo 74 constitucional, que reconoce el derecho de toda persona “a acceder a los documentos públicos”, con los tratados internacionales relevantes². Dicha decisión expandió el alcance del derecho, al sustituir el término “documentos públicos”, por el más amplio “información” del Estado. Esta creatividad jurisprudencial toma

¹ Esta afirmación no desconoce que la Constitución mexicana, en su artículo 6, literal A, fracción II, ordena la protección de la vida privada y de los datos personales; pero, insistimos, mediante la introducción de una cláusula diferida, al establecer una reserva de ley. A saber: “[l]a información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes”. Otro tanto sucede con el literal A, fracción VII, párrafo sexto, del mismo artículo, según el cual: “[l]a ley establecerá aquella información que se considere reservada o confidencial.”

² Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, consid. 11 “1) Como regla general, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Constitución, 13 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las personas tienen derecho fundamental de acceso a la información del Estado. En este sentido, dónde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información.”

carta de naturaleza al acuñarse el término “derecho de acceso a la información pública”, tanto en el plano legal, como en el de la jurisprudencia constitucional, con la aprobación de la Ley Estatutaria de Transparencia en el año 2014³. Independientemente de su carácter constitucional innominado, su objeto ha sido el acceso a cualquier información poseída por el Estado, salvo que sobre la misma exista una “reserva legal expresa”⁴.

Esta lectura constitucional del objeto del derecho coincide con su definición legal. Tanto en Colombia⁵, como en México⁶, el legislador ha utilizado universales positivos para su caracterización. Una interpretación literal de las disposiciones pertinentes permite concluir que su objeto es el acceso a *toda* la información poseída por *cualquier* autoridad pública, salvo que exista una excepción legal. En tales términos, por definición, la información personal poseída por el Estado tiene vocación de integrar su objeto de protección.

7.1.1.2 El principio de máxima publicidad

Al argumento de la información personal como parte del objeto protegido por el derecho de acceso a la información pública, a partir de la interpretación literal de las fuentes relevantes, se le suma el del criterio interpretativo del principio de máxima divulgación, máxima publicidad o “pro publicidad”.

El principio de máxima divulgación tiene el estatus de estándar interamericano. Ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso *Claude Reyes vs.*

³ Como se puede advertir en el acápite sobre el parámetro de constitucionalidad que empleó la Corte para adelantar el examen de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia. Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1. “Parámetro de constitucionalidad: El derecho a acceder a la información pública, en el marco constitucional colombiano.”

⁴ Corte Constitucional colombiana, Sentencias C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, consid. 11 [np 1] y C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.3 (sobre “las reglas jurisprudenciales que definen el alcance del derecho a acceder a la documentación e información públicas.”)

⁵ Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional”, 6 de marzo de 2014 (en adelante Ley Estatutaria 1712 de 2014) Artículo 4 “Toda persona puede (...) acceder a la información pública en posesión o bajo control de los sujetos obligados.”

⁶ México. Diario Oficial. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2015, (en adelante Ley General de Transparencia de 2015) Artículo 4 “[t]oda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible a cualquier persona.”

Chile⁷, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus informes anuales⁸, y por la Asamblea General de la OEA, al incorporarlo como directriz interpretativa, en la Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública⁹.

Según la Corte IDH, “toda la información en poder del Estado se presume pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones”¹⁰ las cuales deben “estar previamente fijadas por ley (...) ser necesarias [en una sociedad democrática] para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” (...) y [estar] orientadas a satisfacer un interés público imperativo.”¹¹ Según la Comisión, del principio de máxima divulgación “derivan las siguientes consecuencias: el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones (...) interpretado de manera restrictiva (...) corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y ante una duda o un vacío legal,

⁷ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) 19 de septiembre de 2006, Serie c 151 (Declara la violación del artículo 13 de la CADH, en su faceta “derecho a buscar y recibir información bajo el control del Estado”, en tanto una autoridad pública, encargada de la celebración de contratos de inversión extranjera, no entregó toda la información relacionada con un proyecto para la explotación maderera en el sur de Chile, en especial, los antecedentes sobre la seriedad e idoneidad de los inversionistas, ni justificó oportunamente dicha negativa) (inducida por la Comisión IDH, reconoce por primera vez el principio de máxima divulgación) párr. 92 “La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.” Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 24 de noviembre de 2010, Serie c 219 (Declara la violación del artículo 13 de la CADH, en su faceta “derecho de acceder a la información pública en poder del Estado”, en tanto las autoridades brasileñas impidieron el acceso a información relacionada con violaciones graves a derechos humanos cometidas en los años 70, contra los miembros de dicha guerrilla) (Reconoce el principio de máxima divulgación, en idénticos términos, en el párr. 199, y con no menos importantes cambios, en el párr. 230, “para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho es necesario que la legislación y la gestión estatales se rijan por los principios de buena fe y de máxima divulgación, de modo que toda la información en poder del Estado se presume pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones.”)

⁸ Comisión IDH, Informe Anual 2008, vol. II, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 de febrero de 2009 (en donde remonta su origen a la Declaración Conjunta de los Relatores Especiales sobre Libertad de Expresión de la ONU, la OEA y la OSCE de 2004) párr. 151. Comisión IDH, Informe Anual 2009, vol. II, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51, 30 de diciembre de 2009, Cap. IV (con una caracterización de sus implicaciones, párr. 9 a 14 y alusión a múltiples casos de aplicación judicial en el derecho interno de los Estados de la OEA, y en especial, en casos de acceso a información personal de terceros poseída por el Estado) párr. 185, 186, 194 a 215. Comisión IDH, Informe Anual 2011, vol. II, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 30 diciembre 2011, Cap. III (con un desarrollo intensivo de su contenido a partir de un estudio de derecho comparado de la legislación de los Estados de la OEA en la materia) párr. 13 a 82 (con alusión a la Ley Modelo Interamericana en la materia) párr. 14. Comisión IDH, Informe Anual 2016, vol. II, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17, 15 de marzo 2017, Cap. III (con una reiteración de su contenido en términos de “estándar internacional”) párr. 168.

⁹ OEA, Resolución AG/RES 2607 (XL-O/10). *Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública*. Junio 2010. Artículo 2 “Esta ley establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública. La ley se basa en el principio de máxima publicidad, de tal manera que cualquier información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, las que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática.”

¹⁰ Corte IDH, caso Gomes Lund, cit., párr. 230.

¹¹ *Ibid.*, párr. 229.

debe primar el derecho de acceso a la información.”¹² Y según la Asamblea General de la OEA: “cualquier información en manos de instituciones públicas [debe ser] accesible” y estar “sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones (...) definidas por ley (...) legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática.”¹³

Prima facie el principio interamericano de máxima divulgación está en consonancia con la caracterización del derecho de acceso a la información pública en el derecho positivo de los países bajo estudio. En términos políticos es una apuesta por la plena publicidad de la información poseída por el Estado como punto de partida. En términos de técnica regulatoria, aparece acompañado por una norma que habilita la introducción de excepciones que morigera los términos de su redacción.

Los países bajo estudio han reconocido el principio de máxima publicidad en su derecho interno. En el caso mexicano, desde la Constitución, aparece caracterizado como un principio interpretativo específico del derecho de acceso a la información pública¹⁴. Situación que se repite en la legislación, en donde funge como principio interpretativo de la Ley General de Transparencia¹⁵. La doctrina ha considerado que tiene una doble función: interpretativa¹⁶ y normativa. En este último caso, funciona como posible criterio de solución de antinomias que otorga prioridad a la norma que ordene el acceso¹⁷.

¹² Comisión IDH, Informe Anual 2009, cit., Cap. IV, párr. 10.

¹³ OEA, AG/RES. 2607 (XL-O/10) *Ley Modelo... cit.*, art. 2.

¹⁴ México. Constitución Política de los EEUU mexicanos, artículo 6, literal A, numeral I, “(...) En la interpretación de este derecho [de acceso a la información pública] deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.”

¹⁵ México. Ley General de Transparencia de 2015, Artículo 7, Párr. 2 “En la aplicación e interpretación de la presente Ley deberá prevalecer el principio de máxima publicidad, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...) favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

¹⁶ Kubli-García, Fausto, El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano. En: *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa* (Jorge Carpizo y Carol Arriaga coords.) México, UNAM-IIIJ, 2010, pp. 839-865 (Sobre una descripción general del principio de máxima publicidad a partir de su similitud con el principio *pro homine* y un comentario sobre su aplicación en el caso de las versiones preliminares) p. 860 “[L]a aplicación interpretativa del principio (...) tendría lugar cuando a alguna norma se le puedan atribuir varios sentidos, por lo que se aplicaría el sentido que más favorezca a la publicidad”. Carbonell, Miguel, La reforma constitucional en materia de acceso a la información: una aproximación general. En: *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia* (Jorge Bustillos y Miguel Carbonell coords.) México, UNAM-IIIJ, 2007, pp. 1-22 (considera el principio de máxima publicidad como un “canon hermenéutico” y como un “principio derrotable”) pp. 6-7 “Respecto de la regla del principio de máxima publicidad (...) se trata de una suerte de canon hermenéutico; es decir, el intérprete tendrá siempre que observar como guía de su exégesis el principio de publicidad o incluso más: el de la máxima publicidad. En caso de que decida no seguir este principio, tendrá que “derrotarlo” argumentativamente, ofreciendo las razones de interés público o bien demostrando que se trata de datos que afectan a la vida privada de las personas o de datos personales.”

¹⁷ Kubli-García, El principio de... *Op., cit.*, p. 860 “Estamos ante el escenario de la aplicación normativa del principio de máxima publicidad cuando hay dos normas que regulen el acceso a la información pública, en virtud del principio se optará por la norma que más favorezca la divulgación de la información.”

Por su parte, en el caso colombiano, fue reconocido por la jurisprudencia constitucional como “principio pro publicidad” y ha fungido como principio interpretativo específico del derecho innominado de “acceso a la información del Estado”¹⁸. Sin embargo, no fue caracterizado así en la legislación, en donde funge como criterio definitorio de la información en posesión del Estado como “información pública”. Funciona más como un dispositivo constitutivo, como un mandato por el cual la información, al entrar en posesión del Estado, se *vuelve* pública por virtud de su poder normativo¹⁹.

En cualquiera de sus cuatro versiones (como principio configurador de un régimen de regla-excepción en el cual la regla general es la publicidad de toda la información en poder del Estado; como una presunción *iuris tantum* sobre el carácter público-accesible de dicha información; como un principio interpretativo del derecho fundamental de acceso a la información pública o de las leyes de transparencia; o como un dispositivo constitutivo) el principio de máxima publicidad apunta a que la información personal, cuando la misma se encuentra en posesión del Estado, es objeto del derecho de acceso a la información pública, salvo que dicha información personal se encuentre cobijada por una excepción de carácter legal, que sea “clara”, “precisa”, “legítima” y “estrictamente necesaria en una sociedad democrática”. Por tanto, si no se verifica una excepción según estos requisitos o existe duda al respecto, dicha información debe entenderse como parte del objeto del derecho de acceso a la información pública²⁰. En este punto, una revisión del papel de la información personal dentro de las excepciones a la regla general de publicidad de la información poseída por el Estado, cobra especial relevancia.

7.1.2 Dos tesis sobre la información personal poseída por el Estado como objeto del derecho de acceso a la información pública

La información personal en poder del Estado está cobijada por la regla general de publicidad. Sin embargo, por su eventual relación con derechos de terceros es susceptible de ser protegida por el régimen de excepciones. La forma en que se articulan los derechos bajo el sistema regla-excepción en los países bajo estudio fue descrita en el capítulo II y caracterizada en el capítulo IV según dos modelos diferentes. En lo que sigue ilustraremos sus diferencias a partir de caracterizar dos formas de entender la información personal como objeto del derecho de acceso

¹⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, consid. 11 “(1) De la regla “pro publicidad” se derivan dos consecuencias: las normas que limitan el derecho de acceso a la información deben ser interpretadas de manera restrictiva y toda limitación debe estar adecuadamente motivada.”

¹⁹ Colombia. Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Artículo 2. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley.”

²⁰ Comisión IDH, Informe Anual 2009, cit., Cap. IV, párr. 10 “[Del principio de máxima divulgación] derivan las siguientes consecuencias: (1) el derecho de acceso a la información debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información; (2) toda decisión negativa debe ser motivada y, en este sentido, corresponde al Estado la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada; y (3) ante una duda o un vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información.”

a la información pública: la tesis de la indiferencia en el caso colombiano y la tesis restrictiva en el mexicano.

7.1.2.1 La tesis de la indiferencia

Según esta tesis, el hecho de que la información personal esté en posesión del Estado implica, de alguna manera relevante, aceptar su migración de la esfera de lo privado a la esfera de lo público. Del hecho de estar en posesión del Estado deriva la vocación, igual a la que tiene cualquier otro tipo de información en las mismas condiciones, de integrar el objeto de protección del derecho de acceso a la información pública. La tesis de la indiferencia es producto de la interpretación de los derechos concurrentes en el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado con un claro sesgo hacia la publicidad de toda la información, incluida la información personal.

Esta tesis se fundamenta en la indiferencia *prima facie* del tipo o del carácter de la información en posesión del Estado para ser considerada parte del objeto del derecho de acceso a la información pública. Supone también reconocer como indiferente la existencia de un determinado interés para su acceso. De esta doble indiferencia toma su nombre.

El modelo colombiano, descrito en el capítulo IV, actualiza la tesis de la indiferencia. Este modelo no le otorga un tratamiento especial, ni le asigna una protección prevalente a la información personal en poder del Estado. Por el contrario, la considera comprendida *prima facie* dentro del objeto del derecho de acceso a la información pública²¹. Este modelo es compatible con la concepción interamericana del derecho de acceso a la información pública a partir del principio de máxima divulgación. Esto es, mantiene inalterada la regla general según la cual toda la información en poder del Estado es susceptible de acceso y traslada la eventual protección de la información personal a la formulación de excepciones²².

7.1.2.1.1 La posibilidad de excepciones adicionales (y por fuera) de la prueba de daño. La tesis de la indiferencia interpreta de manera amplia el objeto del derecho de acceso a la información pública *qua* información poseída por el Estado. En el caso colombiano, y según la Ley Estatutaria de Transparencia, la forma de limitar este objeto para la protección de los derechos de terceros es la clasificación de la información en pública confidencial acompañada de una prueba de daño²³.

²¹ Capítulo IV, 4.1.1.1 El modelo colombiano de confidencialidad demostrada de la información personal.

²² Camacho Morales, J. Paola, Cano Martínez, J. José *et al.* La información reservada en el ordenamiento jurídico colombiano: reflexiones, prácticas e implicaciones para el derecho disciplinario. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, núm. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 145-185 (En especial, las pp. 163 a 166 sobre la inexistencia de un listado de las hipótesis legales de información sujeta a reserva en el derecho colombiano, incluida información personal, y un listado “enunciativo” de 17 especies de información reservada por leyes y otras fuentes)

²³ Una descripción general de esta prueba de daño en el Capítulo II, 2.1.4 *La reforma a la ley de transparencia y acceso a la información pública y la (gran) oportunidad perdida.*

La Ley Estatutaria de Transparencia no consideró otro mecanismo de excepción al principio de máxima publicidad. Esta situación, no debe entenderse como la imposibilidad de que ciertos tipos de información personal sean inmunes al derecho de acceso a la información pública, ni como la exigencia de prueba de daño para todos los casos en que se quiera proteger su confidencialidad.

Como lo advertimos al describir el modelo colombiano, en primer lugar, sus términos no tienen un carácter descriptivo definitivo, debido al problema de antinomias (en torno al mandato de confidencialidad de la información personal) entre las leyes estatutarias de protección de datos personales, de transparencia y del derecho de petición²⁴. Y, en segundo lugar, porque nada obsta para que el Legislador establezca excepciones al derecho de acceso a la información pública por la vía del mandato de confidencialidad o de la reserva de ciertas especies de información personal poseídas por el Estado, si cumple los demás requisitos del principio de máxima divulgación interamericano. Esto es, que la excepción sea precisa, clara y sea necesaria en una sociedad democrática para la protección de derechos de terceros.

El lugar ideal de estas excepciones es la Ley Estatutaria de Transparencia. Sin embargo, el hecho de que tales excepciones estén contenidas en otras piezas de legislación no es razón invalidante. Por el lado del derecho internacional, lo único que exige el estándar interamericano es que se trate de leyes en sentido formal. Por el lado de los requisitos constitucionales, no es cierto que exista una especie de reserva de ley estatutaria sobre cualquier excepción al derecho de acceso a la información pública relacionada con la protección de la información personal. Esto por dos razones. La primera de carácter constitucional, según la cual, si bien la regulación de los derechos fundamentales está sujeta a reserva de ley estatutaria, esto ocurre sólo frente a la regulación de elementos estructurales de los derechos fundamentales, como sería el caso de una excepción con alcance general, *i.e.*, la prueba de daño. La exclusión de tipos específicos de información personal poseída por el Estado, como objeto del derecho de acceso a la información pública, no tiene el carácter de una regulación general de dicho derecho, ni versa sobre sus elementos estructurales²⁵. Además, una exclusión de este tipo, puede justificarse en términos constitucionales materiales, si logra demostrarse que ese tipo específico de información personal hace parte del objeto protegido y del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y al habeas data, por ejemplo. La segunda razón es de técnica legislativa y de democracia deliberativa. La discusión sobre la confidencialidad de ciertas especies de información personal (historial laboral, historial académico, declaraciones patrimoniales, información tributaria, relaciones de parentesco, números de identificación, información sobre salud, antecedentes penales o disciplinarios, etc.) se puede dar con mejor calidad, de forma más precisa y con la elucidación

²⁴ Una descripción general de estas antinomias en el Capítulo II, 2.1.6 *Problemas interpretativos de los distintos regímenes legales en relación con la publicidad de la información personal en poder del Estado*.

²⁵ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 16 (La reserva parcial de los expedientes de las investigaciones disciplinarias y fiscales, como límite legítimo al derecho de acceso a la información pública, no requería trámite de ley estatutaria). Anexo A, caso 23.

suficiente de las razones que justifiquen la reserva, en la discusión de las leyes que regulen dichas materias *qua* leyes especiales, y no en el seno de la discusión de una Ley Estatutaria de Transparencia.

Quizás el mejor ejemplo de una especie de información personal poseída por el Estado, excluida del objeto del derecho de acceso a la información pública, sea la contenida en el expediente clínico²⁶. En este caso, el Legislador no buscaba regular el derecho de acceso a la información. Sin embargo, en el marco de la discusión de las normas en materia de ética médica consideró que la información contenida en el expediente clínico debía estar sometida a reserva, independientemente de que dicho documento se encontrara en posesión del Estado o de particulares. Esta especie, paradigmática del tipo información personal, permite poner a prueba el argumento de la posibilidad de exclusión de la prueba de daño como condición de la confidencialidad de la información personal, y como forma de limitar el objeto del derecho de acceso a la información pública. Primero, porque es el legislador, en un Estado democrático, el primer llamado a establecer la relación de prelación entre los derechos enfrentados (intimidad y acceso); segundo, porque lo hace por la vía de excluir del objeto del derecho de acceso a la información cierta información personal de forma precisa y específica, y da lugar a examinar sus razones de conformidad con el principio de máxima divulgación; tercero, porque su decisión está justificada *prima facie* en la protección del derecho a la intimidad de los pacientes, sobre lo cual existe un extendido consenso; y cuarto, porque su voluntad puede ser interpretada como la decisión de no incluir en este caso, pudiendo hacerlo, una prueba de daño similar a la incluida en la Ley de Transparencia.

7.1.2.2 La tesis restrictiva

La tesis restrictiva es también un producto de decisiones de política regulatoria de la información, y en especial, es el resultado de interpretaciones de los derechos fundamentales concurrentes con un sesgo hacia los derechos que protegen la esfera privada y la información personal²⁷. Estas

²⁶ Colombia. Diario Oficial. Ley 23 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, 27 de febrero de 1981. Artículo 34 “La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley.”

²⁷ Como parece entenderlo la doctrina mexicana, al interpretar los alcances del principio de máxima publicidad. López-Ayllón, Sergio, La reforma y sus efectos legislativos. ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales? En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar coord.) México, UNAM-IFAI, 2008 (comentario a la reforma constitucional al artículo 6o) p. 6 “Una primera precisión es que este principio [de máxima publicidad] sólo es aplicable a la información pública gubernamental, y que por ello no aplica a la información confidencial y los datos personales” p. 15 y 16 “La información confidencial (...) se encuentra indefinidamente sustraída del conocimiento público, y sólo su titular puede tener acceso a ella. Adicionalmente, la interpretación de la protección debe hacerse en sentido amplio, y no está sujeta al principio de máxima publicidad”. En un sentido similar, Kubli-García, El principio de máxima... *Op., cit.*, p. 860. En contra, Guerrero Amparán, Juan Pablo, Tecnología y protección de datos personales. En: *Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho* (Ackerman John coord.) México, Siglo Veintiuno, 2008, pp. 324-352 (con argumentos en defensa del principio de máxima publicidad aplicado a datos personales no confidenciales) p. 338 “[P]or lo general, me he

decisiones de política regulatoria parecen inspiradas en el poder constitutivo de la dicotomía de lo público-privado²⁸. En estos términos, la tesis restrictiva parece partir de dos premisas: que existe (o debe existir) una separación efectiva entre las esferas de lo público y lo privado, y que el lugar de la información personal es (o debería ser) la esfera de lo privado. Esta separación no se altera por el hecho circunstancial de que la información personal termine en posesión del Estado: aun en tales casos, la información personal no deja de pertenecer a la esfera de lo privado, ni pierde su protección jurídica²⁹.

El modelo mexicano, descrito en el capítulo IV, actualiza la tesis restrictiva de la información personal como objeto del derecho de acceso a la información pública³⁰. La particularidad de este modelo es que sustituye la regla general de publicidad de toda la información en poder del Estado, propia de la definición del derecho de acceso a la información pública y del principio de máxima publicidad, por la regla general de la confidencialidad de la información personal poseída por el Estado. Y a esta nueva regla general le incluye algunas excepciones: el consentimiento del titular, la orden judicial en contra, el mandato legal explícito en contra³¹, la constancia de la

opuesto al planteamiento que subordina el derecho a la información a su utilidad para la rendición de cuentas del gobierno. La concepción está equivocada porque invierte el razonamiento que favorece el principio de máxima publicidad, según el cual la información es pública salvo si comprobare (sic) un perjuicio a los valores que protege la Ley. Es decir que no se debe verificar (sic) mirar en primer lugar si hay o no beneficio con la apertura, pues ello favorece claramente a la negativa de acceso; se debe valorar si hay perjuicio y sólo entonces, en caso de que el daño se verifique, se puede ponderar el beneficio de la publicidad frente al daño del valor protegido. Ante la duda, el artículo seis establece un claro mandato de publicidad.”

²⁸Suprema Corte de Justicia mexicana, Contradicción de tesis 56/2011, MP Sergio A. Valls Hernández, 30 de mayo de 2013. (La información contenida en auditorías ambientales voluntarias entregada por particulares al Estado, si bien es pública, no podrá divulgarse si contiene información confidencial) “[L]a propia ley [de Transparencia] admite que no toda la información que obra en su poder es información pública, que deba o pueda estar abiertamente disponible ante cualquier petición. Esto se advierte cuando, por un lado, se distingue la información pública de la que no lo es; y entre la información pública, a su vez se distingue entre información de acceso público e información que, no obstante su carácter público, justifica su calidad de reservada en razón de su contenido. Así, existe información que si bien obra en poder del Estado, no es pública en razón de sus propios contenidos y/o en razón de su origen, misma que la ley refiere como información confidencial.”

²⁹Carbonell, La reforma constitucional... *Op., cit.*, p. 7, Kubli-García, El principio de máxima publicidad... *Op., cit.*, p. 860.

³⁰Capítulo IV, 4.1.1.2. El modelo mexicano de protección maximalista de la información personal.

³¹Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en Revisión 168/2011, 30 noviembre 2011, MP Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, (Ordena a la PGR otorgar acceso a la averiguación previa en el caso de Rosendo Radilla Pacheco, en tanto mediaba pronunciamiento al respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considerando la desaparición forzada de Radilla como una violación grave a los derechos humanos) “Existe un derecho de acceso a la información pública que rige como regla general, aunque limitado, en forma también genérica por el derecho a la protección de datos personales. Por la anterior, el acceso público –para todas las personas independientemente del interés que pudieren tener- a los datos personales distintos a los del propio solicitante de información sólo procede en ciertos supuestos, reconocidos expresamente por las leyes respectivas.” Sobre la forma de concretar esta hipótesis, a partir de las disposiciones de la Ley General de Transparencia de 2015, véase Capítulo II, 2.2.7 *La consolidación del sistema de doble regla excepción*.

información en registros públicos o en fuentes de acceso público³² y la existencia de un interés público prevalente³³.

7.1.2.2.2 *breve crítica a la tesis restrictiva en clave interamericana.* La tesis restrictiva del objeto del derecho de acceso a la información pública, propia del modelo mexicano, es incompatible con el principio de máxima divulgación. Esto es así, porque el modelo mexicano subvierte los términos del principio de máxima divulgación. Si lo examinamos *vis a vis* el estándar interamericano, dicho modelo, primero, incluye una excepción al derecho de acceso a la información pública que parece más una nueva regla general que una excepción; segundo, lo hace de forma poco precisa, en tanto la nueva regla no señala de forma determinada las especies de la excepción, al emplear la expresión “datos personales” que, como vimos en el capítulo V incluye por definición toda la información personal; y tercero, que dicha excepción al ser tan amplia impide el examen sobre la forma en que cada especie de información personal exceptuada cumple el requisito de ser “estrictamente necesaria en una sociedad democrática.”

Esta situación nos obliga a invocar la validez del principio de máxima divulgación como criterio regulatorio vinculante para los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptado la competencia de la Corte Interamericana. Nos obliga a preguntarnos, en últimas, si la tesis restrictiva puede superar un control convencionalidad.

Un problema jurídico semejante fue planteado en Colombia y la Corte Constitucional lo respondió de forma negativa, al examinar la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia. Entonces se puso a debate la extensión de las excepciones al principio de máxima publicidad, en concreto, la de la confidencialidad de *toda* la información personal “contenida en bancos de datos de carácter público”³⁴. Durante el juicio de constitucionalidad, la Autoridad nacional de protección de datos personales solicitó a la Corte una extensión de la excepción a “toda la información” protegida por la Ley de protección de datos personales³⁵. Por su parte, algunos intervinientes consideraron que dicha excepción era inconstitucional, entre otras, por estar redactada en términos genéricos. La Corte no sólo no acogió la propuesta de la Autoridad nacional de protección de datos, sino que le dio la razón a estos últimos³⁶. Para la Corte una excepción genérica es incompatible, por definición, con el requisito de que las excepciones al derecho de acceso a la información pública sean “claras”, “concretas” y “precisas”

³² Sobre la postura del Órgano de Transparencia mexicano en torno a la interpretación del alcance de la publicidad de facto en las fuentes públicas, véase igualmente, Capítulo II, 2.2.7 *La consolidación del sistema de doble regla excepción.*

³³ Sobre una descripción de las figuras de la prueba de interés público y la ponderación de derechos en la Ley General de Transparencia, véase, Capítulo II, 2.2.8 *Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia.*

³⁴ Una descripción somera de este asunto y del contexto de la decisión de la Corte Constitucional colombiana, en el Capítulo II, 2.1.6 *Problemas interpretativos de los distintos regímenes legales en relación con la publicidad de la información personal en poder del Estado.* 2.1.6.1 Primera antinomia.

³⁵ Ver Capítulo II, 2.1.6.1 Primera antinomia.

³⁶ *Ibíd.*

y, además, limita la posibilidad de examen sobre sus “razones” justificatorias³⁷. En estos términos, el argumento de la Corte parece prefigurado por el principio de máxima divulgación interamericano que proscribe las excepciones genéricas al derecho de acceso a la información pública, incluso tratándose de información personal³⁸.

El carácter de las excepciones ha sido un punto neurálgico de la construcción interamericana del derecho de acceso a la información pública. La Comisión Interamericana, en su informe anual de 2011, estimó que si bien el derecho de acceso a la información pública no es absoluto, las excepciones al mismo deben obedecer a criterios de “verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad”³⁹. Para la Comisión “Las excepciones no deben convertirse en la regla general, y debe entenderse, para todos los efectos, que el acceso a la información es la regla y el secreto la excepción”⁴⁰.

Si se acepta que las excepciones genéricas al derecho de acceso a la información poseída por el Estado están prohibidas por el Derecho Interamericano, y si no hay duda sobre el carácter genérico de la excepción que establece la regla general de confidencialidad de toda la información personal poseída por el Estado, tenemos en este caso una antinomia entre la ley mexicana y la Convención Americana de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretada por los órganos competentes del Sistema.

7.1.2.2.1 Paradojas de la tesis restrictiva y el principio de máxima publicidad. En la casuística mexicana del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado hay dos tipos de casos que, *vis a vis* el principio de máxima publicidad, develan por lo menos una situación

³⁷ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.5. “Según el párrafo 2º [del artículo 5 del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia], bajo esta reserva ampliada estaría la siguiente información: (...) 5) Los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada; (...) [L]a limitación impuesta (...) incluye una fórmula que impone una restricción genérica y a futuro de acceso a la información pública. (...) este listado genérico cobija todo tipo de información, sin precisar de manera clara y concreta el tipo de información cobijada por la reserva, ni las razones por las cuales esa reserva deba garantizarse. (...) Dado que se trata de excepciones al principio de publicidad, la posibilidad de establecer una reserva depende no solo de que una ley consagre esta opción de manera general, sino que precise qué información es la que goza de este tratamiento excepcional (...) este párrafo desconoce el principio constitucional que informa el ejercicio del poder público, según el cual el legislador puede establecer límites al acceso a la información pública que sean excepcionales, “razonables y ajustadas a un fin constitucionalmente admisible””.

³⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.2.5. “Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP (...) También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP)”

³⁹ Comisión IDH, Informe Anual 2011, cit., Cap. III, párr. 21.

⁴⁰ *Ibíd.* Criterio que ha sido reiterado con posterioridad: Comisión IDH, Informe Anual 2013, OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50, 31 diciembre 2013, Cap. II, párr. 81 “[E]n atención al principio de máxima divulgación, la ley debe garantizar que el acceso a la información pública sea efectivo y lo más amplio posible; y en caso de contemplar excepciones, éstas no deben convertirse en la práctica en la regla general.”

paradójica⁴¹. El primer grupo está relacionado con información personal que se encuentra en registros públicos y en fuentes de acceso público. En estos casos, el Órgano de Transparencia ha afirmado que dicha información solamente es accesible si es solicitada a la autoridad encargada de administrar dicho registro⁴². Asimismo, en los casos en que se solicitan documentos en los cuales consta información personal que también debe constar en dichos registros, como, por ejemplo, la relacionada con el sexo, la edad o la filiación de las personas, el Órgano de Transparencia ha decidido negar su acceso e instruye al interesado a solicitarla a la autoridad encargada de llevar el registro público pertinente⁴³.

Por su parte, en el caso de la información personal que se encuentra en fuentes de acceso público ha adelantado una doble interpretación restrictiva. Por un lado, ha restringido la interpretación de la expresión “fuente de acceso público” a fuentes oficiales, ignorando como posible argumento de publicidad el hecho de que la información solicitada haya sido publicada, por ejemplo, por un medio de comunicación masiva o se encuentre disponible en la Internet⁴⁴. Por el otro, ha restringido las hipótesis de acceso a la información en fuentes de acceso público oficiales y a que su inclusión en dichas fuentes se haya producido con apego a la ley, al mandato de confidencialidad de la información personal y al régimen jurídico del derecho a la protección de datos personales⁴⁵. Estas alternativas interpretativas son incompatibles con el principio de máxima publicidad, entendido como criterio interpretativo que debe “prevalecer” al interpretar el derecho de acceso a la información pública, según los términos del artículo 6, literal A, fracción II, de la Constitución, y que debe ser interpretado según los Tratados Internacionales de Derechos Humanos “de manera restrictiva, de forma tal que se favorezca el derecho de acceso a la información (...) y que ante una duda (...) debe primar el derecho de acceso a la

⁴¹ Guerrero, Tecnología y protección de datos... *Op., cit.*, [np 27] (Con una crítica a la práctica en este sentido del entonces IFAI con fundamento en el principio de máxima publicidad) p. 343 “[l]a no entrega de documentos que obran en registros públicos] hace de México un caso único: ningún país con Ley de Acceso a Información niega la entrega de copias de documentos que obran en registros públicos, se trate de copias del registro civil o del registro público de la propiedad.”

⁴²México. IFAI, Criterio 013 de 2009. “Datos Personales en fuentes de acceso público. De acuerdo con el principio de finalidad, ante solicitudes de acceso a datos personales, realizadas por personas distintas de su titular, procede su remisión cuando dichos datos obran en una fuente de acceso público”.

⁴³ Anexo B, caso 4, R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto (Ordena testar los datos relativos al sexo, la nacionalidad y el estado civil, en un acta de nombramiento de un servidor público del SAT, pues a pesar de que también figuraban en el registro de servidores públicos, su publicidad “no se hace extensiva a la información que al respecto obre en los archivos de dependencias y entidades, toda vez que el fin para el cual fueron recabados no es el mismo.”)

⁴⁴ Esta precaución está presente incluso en los casos con una clara tendencia a abrir la información personal. Anexo B, caso 26, RDA 2731/15, CP Francisco Javier Acuña Llamas (En la que ordena la entrega de la fotografía, delitos imputados, órdenes de aprehensión y centros de reclusión, relativa a los 91 “objetivos identificados por el Gabinete de Seguridad como los principales delincuentes del país”, entre otras, porque dicha información ya había sido publicada en los servidores de la PGR)

⁴⁵ Anexo B, caso 27, RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, CP encargada del engrose María Patricia Kurczyn Villalobos (Decisión 4-2, Ordena testar la información personal relacionada en una solicitud de extradición, incluso y a pesar de que la misma había sido publicada con anterioridad en una fuente oficial)

información”⁴⁶. La situación paradójica en estos casos es que ha sido el propio Órgano de Transparencia, actuando como tal, quien ha terminado por darle la espalda al principio de máxima publicidad.

El segundo grupo de casos está relacionado con la alteración de la regla de prevalencia, que originalmente favorecía la publicidad ya de por sí excepcional de la información personal, para ordenar su confidencialidad, después de adelantar ejercicios de “ponderación” de derechos. Se trata de dos casos relacionados con la información personal de beneficiarios de políticas públicas, uno de los supuestos excepcionales en que la Ley ha considerado que la información personal integra el objeto del derecho de acceso a la información pública. El primero de estos casos es el de los damnificados con el incendio de la Guardería ABC, en donde el entonces IFAI después de “ponderar” los derechos fundamentales en conflicto, decidió exceptuar la aplicación del artículo 12 de la entonces Ley Federal de Transparencia⁴⁷. Y el segundo, es el del padrón de beneficiarios del seguro popular, en donde el INAI después de “ponderar” los derechos fundamentales en conflicto, decidió exceptuar la aplicación del mentado artículo 12, vigente para entonces, y resguardar los nombres de niños, niñas y adolescentes⁴⁸. En el ejercicio de ponderación no hay siquiera una mención a los argumentos relacionados con el principio de máxima publicidad. Lo paradójico es que haya sido la excepción a la confidencialidad (es decir la que favorecía la publicidad de la información) la que terminó interpretada de forma restrictiva. El Órgano de Transparencia aplica el criterio según el cual la excepción a la regla debe interpretarse de forma restrictiva, pero en contra del principio de máxima publicidad.

Estas paradojas parecen diluirse, sin embargo, si consideramos los argumentos relativos al ámbito del derecho de acceso a la información pública. Esto nos enfrenta con el problema de cómo debe entenderse lo público desde la dogmática del derecho fundamental de acceso a la información pública.

7.2 El ámbito del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal

En principio, el ámbito del derecho de acceso a la información pública está prefigurado por el hecho de la posesión de información por parte del Estado. Esto es consecuencia del poder configurador del principio de máxima publicidad. Sin embargo, en la práctica, esta relación de co-extensión entre ámbito del derecho y circunstancia de ser poseída por el Estado no es suficiente para la efectiva determinación del ámbito del derecho. Para esto consideramos indispensable cuatro marcadores. El primero es el interés público; según este marcador, el ámbito del derecho de acceso a la información pública es el de la información personal poseída

⁴⁶ Según la interpretación de la Comisión IDH, Informe Anual 2009, cit., Cap. IV, párr. 10 [np 20]

⁴⁷ Anexo B, caso 38, IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid. Octavo.

⁴⁸ Anexo B, caso 40, INAI, RDA 6302/15, CP Areli Cano Guadiana.

por el Estado sobre la que exista (y hasta donde se pueda identificar) un interés público. El segundo es el de lo público como lo propiamente estatal; según este marcador el ámbito del derecho es el de la información personal poseída por el Estado que guarde relación con alguna de las manifestaciones relevantes de lo público como lo estatal. El tercero es el de la mera posesión por parte del Estado; según este marcador el ámbito del derecho de acceso a la información no sólo comprende la información personal de interés público o la que tenga una relación con lo público-estatal, sino también la información personal incidental a lo público-estatal. Y el cuarto es el de las publicidades excluidas, según el cual el ámbito del derecho de acceso a la información pública no incluye otros escenarios en donde la información personal poseída por el Estado se haya hecho pública, por parte de terceros, por la libre exposición de su titular o por el Estado de forma accidental o ilegal.

En el presente apartado abundaremos sobre estos cuatro marcadores con el propósito de advertir las diferentes concepciones de lo público y su incidencia en la comprensión dogmática del derecho fundamental de acceso a la información pública.

7.2.1 El ámbito de lo público y el interés público

Alcanzar una definición (general y operativa) de interés público es una meta esquivada⁴⁹. En el contexto anglosajón, una alternativa a esta dificultad ha sido enlistar algunos criterios orientados a su definición⁵⁰ y abandonar la pretensión de una definición totalmente operativa⁵¹. Siguiendo

⁴⁹ Barry, B. M. y Rees, W. J., Public Interest. En: *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, vol. 38, 1964, pp. 1-38 (El primero defiende el argumento de que puede existir interés público a pesar de que varios o la mayoría se opongan a él. El segundo intenta una definición de interés público a partir de su inclusión en sendas leyes en los EEUU, y propone al menos seis sentidos posibles) p. 26 “The concept of public interest is an extremely vague and ill-defined one.” p. 28 “[T]he public interest is the best total balance of the interest of all the members of the community” p. 29 “A further possibility is that the public interest is identical with what may sometimes be called state interests.” p. 30 “A further possibility is that the concept of public interest is identical with the concept of human interests.” p. 31 “On an approximate view of the matter, the public interest is simply the class of human interests of any group of human beings where the unity of the group is determined by its organisation under a common public authority.”

⁵⁰ Paterson, Moira y McDonagh, Maeve, Freedom of information and the public interest: the Commonwealth experience. En: *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 17, núm. 2, 2017, pp. 189- 210, 201 “Factors identified as favouring disclosure include the public interest in: contributing to a debate on a matter of public importance; accountability of officials; openness in the expenditure of public funds, the performance by a public authority of its regulatory functions, the handling of complaints by public authorities; exposure of wrongdoing, inefficiency or unfairness; individuals being able to refute allegations made against them; enhancement of scrutiny of decision-making; and protecting against danger to public health or safety”

⁵¹ Así, en el *Solomon Report*, un informe de un grupo de expertos sobre la Ley de Acceso a la Información en Queensland, Australia. *The Right to Information: Reviewing Queensland’s Freedom of Information Act, Report by the FOI Independent Review Panel*. State of Queensland, Department of Justice and Attorney-General, 2008 (Con un listado de criterios que indican el interés público en la publicidad de la información, en la no publicidad de la información, y de criterios considerados como irrelevantes para identificar el interés público, ver en especial las páginas 152 a 154) Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan032299.pdf> (consultado 28-05-18) p. 150 “While it may well be impossible to produce a legislative definition of the public interest, the Panel believes that it is possible to include in the Act a quite detailed (although not exhaustive) list of the factors which

esta alternativa, en lo que sigue, identificaremos algunos criterios para la determinación del interés público en el contexto específico del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Para esto nos valdremos de los usos de la expresión en la casuística de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión en los casos donde advertimos una relación entre información personal e interés público.

7.2.1.1 El interés público en la información personal como parte de los discursos especialmente protegidos y la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte Interamericana ha considerado información de interés público aquella sobre la cual “la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes”⁵², o aquella que versa sobre “cuestiones que afectan bienes sociales”⁵³. Bajo esta aproximación general es claro que la información de interés público no se restringe a lo estatal y que la Corte le ha reconocido un contenido más extenso.

Sin embargo, el grueso de los casos en donde ha reconocido la existencia de un interés público en la información personal versa sobre ejercicios de la libertad de expresión relacionados con servidores públicos o candidatos a serlo. Como sucedió en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en donde la Corte consideró de interés público la información “concerniente a servidores públicos”⁵⁴, incluidos los miembros del servicio diplomático. Una situación similar tuvo lugar en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, en el cual consideró de interés público la información relacionada con la “capacidad e idoneidad de un candidato” a la presidencia de la República⁵⁵.

might arise for consideration in the process of deciding whether the disclosure, on balance, would [favour or] be contrary to the public interest.”

⁵² Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas) 31 de agosto de 2004, Serie c 111, párr. 98. Esta consideración ha sido reiterada en idénticos términos en los Casos *Tristán Donoso Vs. Panamá* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 27 de enero de 2009, Serie c 193, párr. 121, *Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas) 29 de noviembre de 2011, Serie c 238, párr. 61, *Mémoli Vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 22 de agosto de 2013, serie c 265, párr. 146, y *Lagos del Campo Vs. Perú* (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 31 de agosto de 2017, Serie c 340, Párr. 110.

⁵³ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*, (Fondo, Reparaciones y Costas) 2 de mayo de 2008, Serie c 177. Párr. 88. “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales.”

⁵⁴ Corte IDH, *caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 2 de julio de 2004, Serie c 107. (Considera que la pena impuesta a un periodista por haber replicado información sobre la posible corrupción de un diplomático costarricense publicada en la prensa extranjera, era violatoria de la libertad de expresión) párr. 128. “[L]as expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público.”

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, cit., (Consideró que la condena judicial proferida contra quien fuera candidato a la presidencia del Paraguay con ocasión de unas declaraciones, en plena campaña electoral, sobre

Por su parte, en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, la Corte consideró de interés público la información sobre “la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas”⁵⁶. A su vez, en el caso *Kimel vs. Argentina* consideró de interés público la información sobre los “actos de funcionarios públicos en desempeño de sus funciones”, en tanto permitía dar cuenta de la forma en que los jueces “ejercen su cargo”⁵⁷. Asimismo, en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, consideró de interés público las “afirmaciones verdaderas sobre un hecho de un servidor público”⁵⁸, en tanto permitían el escrutinio público sobre la “forma en que [el Procurador General] (...) realiza sus funciones”⁵⁹. Y finalmente, en el caso *Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia* consideró de interés público las “imágenes de militares que participaban en actividades de control de [una] manifestación”, en tanto permitían controlar si los mismos estaban haciendo “un uso adecuado de la fuerza”⁶⁰. En todos estos casos la información sobre la conducta de candidatos a cargos públicos de elección popular o sobre la conducta de servidores públicos relacionada con el ejercicio de sus funciones es de interés público, se

la posible relación de su competidor con actos de corrupción relacionados con una hidroeléctrica, eran violatorios de la libertad de expresión) párr. 94. “[A] emitir las declaraciones por las que fue querrelado y condenado, el señor Canese estaba ejercitando su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en el marco de una contienda electoral, en relación con una figura pública como es un candidato presidencial, sobre asuntos de interés público, al cuestionar la capacidad e idoneidad de un candidato para asumir la Presidencia de la República.”

⁵⁶ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas) 22 de noviembre de 2005, Serie c 135. (Consideró que adelantar procesos judiciales contra un miembro de las fuerzas armadas por sus declaraciones relacionadas con las actuaciones judiciales a los que estaba sometido, en el contexto de un intento de censura a un libro de su autoría en temas de inteligencia militar, era violatorio de la libertad de expresión) párr. 82 “[L]as expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública go[za]n (...) de una mayor protección (...) Estos criterios se aplican (...) respecto de las opiniones críticas o declaraciones de interés público vertidas por el señor Palamara Iribarne en relación con las actuaciones realizadas por el Fiscal Naval de Magallanes en el marco del proceso penal militar seguido en su contra por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares. Además, los hechos del presente caso y las declaraciones del señor Palamara Iribarne suscitaron interés por parte de la prensa y, por consiguiente, del público.”

⁵⁷ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*, cit. (Consideró que la condena por la publicación de un libro en donde se critica el papel del poder judicial en la investigación de una masacre de religiosos durante la dictadura militar argentina era violatoria de la libertad de expresión) párr. 86. (...) “[L]as expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático.”

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, cit. (Consideró que la condena contra una persona por hacer una declaración sobre la relación del entonces Procurador General de Panamá con la interceptación ilegal de comunicaciones privadas, era violatoria de la libertad de expresión) párr. 124. “(...) En principio, una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en un tema de interés público (sic) resulta una expresión protegida por la Convención Americana.”

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, cit. párr. 121. “(...) [L]a forma en que un funcionario público de alta jerarquía, como lo es el Procurador General de la Nación, realiza las funciones que le han sido atribuidas por ley, en este caso la interceptación de comunicaciones telefónicas, y si las efectúa de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento jurídico nacional, reviste el carácter de interés público”.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 3 de septiembre de 2012, Serie c 248. (Consideró que los actos de hostigamiento y persecución contra un periodista por filmar a miembros de la fuerza pública cuando controlaban una protesta social eran violatorios de la libertad de expresión) párr. 145 (...) “La difusión de esa información permitía a sus destinatarios constatar y controlar si en la manifestación los miembros de la Fuerza Pública estaban cumpliendo de forma adecuada sus funciones y estaban haciendo un uso adecuado de la fuerza.”

interpreta de manera amplia e integra los discursos especialmente protegidos. Esta regla general se ensancha, en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, en el cual la Corte IDH consideró que la información personal⁶¹ que permita dar cuenta de la “integridad de los funcionarios”, no necesariamente relacionada con el ejercicio del poder público, ni con la conducta oficial, reviste un “legítimo interés social”⁶², en especial si el sujeto concernido es el presidente de la República. Con este caso, la Corte IDH rompe la frontera de la estricta relación funcional entre la información personal y el ejercicio del poder público, y revitaliza la libertad de expresión como un dispositivo legítimo para el control del poder público -y de quienes lo ejercen- en sentido lato.

A pesar de que la Corte ha afirmado una concepción no reductiva del interés público a lo estatal, no deja de ser paradójico que en el caso *Mémoli vs. Argentina*, el primero en que se debatía sobre el interés público de cierta información personal que no involucraba servidores públicos, ni el funcionamiento de entidades estatales, la Corte haya resuelto por la negativa⁶³. Para la Corte, el hecho de que la información personal bajo escrutinio no reportara un “notorio interés” para la población del municipio donde ocurrieron los hechos, ni trascendiera las relaciones entre los miembros de la asociación privada, era suficiente para afirmar que la misma no era de interés público⁶⁴. En este caso, la Corte IDH cierra una puerta, pero le quita el seguro a una ventana, al considerar la posible existencia de interés público en información personal sobre particulares, cuando la misma, por su contenido o sus efectos, trascienda el marco de las relaciones entre sujetos privados o revista un “notorio interés” para la población pertinente. Cuatro años más tarde, tomó este camino, al reconocer la existencia de interés público en cierta información

⁶¹ Corte IDH, *Caso Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*, cit. (Consideró que la condena, por daños a la intimidad, decretada por la Corte Suprema de Justicia Argentina contra los periodistas que publicaron sendas notas sobre la existencia de un hijo extramatrimonial no reconocido del entonces presidente de la República, Carlos Menem, era violatoria de la libertad de expresión) párr. 62. “(...) [A]ún sin necesidad de determinar si se hizo uso de fondos públicos para fines personales, la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos por parte de un Presidente de la Nación, así como con la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial, son cuestiones sobre las cuales existe un legítimo interés social en conocerlas.”

⁶² Corte IDH, *Caso Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina* cit., párr. 60 “El diferente umbral de protección del funcionario público se explica porque se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad (...) [y en el caso del presidente de la Nación] no solo sobre sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones sino también sobre aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a su vida privada pero que revelan asuntos de interés público.”

⁶³ Corte IDH, *Caso Mémoli Vs. Argentina*, cit. (No declara la responsabilidad internacional del Estado, en relación con el artículo 13 de la CADH, con ocasión de las sentencias judiciales en donde se condenó a Mémoli por los delitos de injuria) (Consideró que la información relacionada con la supuesta defraudación en la asignación de nichos de un cementerio municipal administrado por una sociedad particular, objeto de las condenas, no constituía información de interés público, por lo que no entraba en la categoría de los discursos especialmente protegidos)

⁶⁴ Corte IDH, *Caso Mémoli Vs. Argentina*, cit., párr. 146 “(...) las denuncias y expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una Asociación Mutual de carácter privado, sin que conste que el contenido de dicha información tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender a la sola Asociación y ser de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles.”

propia del ámbito laboral entre particulares. En el caso *Lagos del Campo vs. Perú*⁶⁵, la Corte IDH estimó de interés público la información relacionada con irregularidades en los procesos de elección de órganos de representación de los trabajadores en una empresa privada, al considerar que la misma implicaba “un interés colectivo para los trabajadores correspondientes” o para “un gremio determinado”⁶⁶.

Considerar el interés público de la información tiene dos grandes consecuencias para la Corte IDH. En primer lugar, hace que dicha información se considere como parte de los llamados “discursos especialmente protegidos” por el artículo 13 de la Convención Americana, que reconoce la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública⁶⁷. Y en segundo lugar, que cuando se trate de información personal, la tensión que pueda presentarse entre su publicidad y los derechos de terceros a la reputación y a la vida privada, debe resolverse de conformidad con las exigencias del pluralismo democrático⁶⁸, y en especial, a partir de la doctrina de la “teoría dual”, que establece un umbral de protección mayor a los discursos que puedan afectar la reputación o la vida privada de los personajes públicos y de los servidores públicos, no por la calidad en que actúan estas personas, sino por el interés público que revisten sus actuaciones o actividades⁶⁹.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, cit. (Consideró que el despido de un trabajador, por haber denunciado irregularidades en el proceso de elección de órganos de gobierno interno de una empresa privada en su condición de representante de los trabajadores, en tanto “agraviaron el honor y la imagen del empleador”, era una medida desproporcionada, violatoria de la libertad de expresión) párr. 116 “[E]n el contexto de dicho proceso electoral las manifestaciones del señor Lagos del Campo, como representante de los trabajadores, además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa, sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general (...) la información contenida en las declaraciones del señor Lagos del Campo eran de interés público y por ende contaban con un nivel reforzado de protección.”

⁶⁶ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*, cit., párr. 111.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, cit., párr. 127. “El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.”

⁶⁸ Corte IDH, *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, cit., párr. 123. “[E]l poder judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe “ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública.””

⁶⁹ La concepción original del interés público que subyace a la teoría dual defendida por la Corte IDH está alineada con una distinción operativa entre lo público y lo estatal. La principal consecuencia de esta doctrina, la de limitar los derechos a la vida privada y a la reputación para darle más espacio a la libertad de expresión y a la deliberación en asuntos de interés público, no está determinada por la “calidad del sujeto”, por la condición en que actúa, o por su naturaleza jurídica. Por esto, desde su primera expresión en el *Caso Herrera Ulloa*, la Corte es enfática en afirmar que “el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada” (párr. 129). Esto permite explicar por qué la Corte, en el *Caso Ricardo Canese*, incluye como destinatarios de este “umbral diferente de protección” a “políticos”, “funcionarios públicos”, “personas que ejercen funciones de una naturaleza pública” y a “personas que influyen en cuestiones de interés público” (párr. 103).

En conclusión, en el plano del Derecho Interamericano existe interés público en la información personal que permita dar cuenta de la idoneidad de los servidores públicos o de los candidatos a serlo, o que permita dar cuenta de su conducta oficial o de la forma en que ejercen sus funciones. En estos casos, el interés general que reviste esta información cabalga en el lomo de lo público como lo estatal y su precisión no es exigente en términos interpretativos. Existe también interés público en la información personal que da cuenta de la “integridad” del servidor público, a pesar de que no esté referida a su conducta oficial. Esta situación revela la complejidad de las fronteras entre el ámbito de la vida privada y de la vida pública, sobre todo en el caso de los servidores públicos de alto rango, las condiciones para su instanciación son más reducidas y su precisión exige cierta pericia interpretativa. Por último, existe también interés público en la información personal de particulares cuando sobre la misma exista un “legítimo interés de la sociedad”, porque “afecta intereses o derechos generales”, “bienes sociales” o le “acarree consecuencias importantes”. Precisar el interés público en estos casos es mucho más complejo y el criterio positivo de la Corte parece concentrarse en una lectura de la relevancia de la información para la colectividad o para un grupo identificable de personas. Sin embargo, por ahora, la jurisprudencia de la Corte IDH ofrece poca guía sobre las condiciones para su instanciación.

El interés público en estas especies de información personal permite enervar las consecuencias que su posible publicación acarrea. Tiene el efecto de sustraer la información personal del objeto de protección de los derechos al buen nombre y a la protección de la vida privada. A pesar de que ninguno de los casos reseñados versaba sobre el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, los criterios para definir cuándo una información personal es susceptible de encarnar un interés público le son trasladables. Permiten prefigurar, a partir del ámbito de lo público, el contenido del derecho de acceso a la información pública, máxime si aceptamos la interdependencia entre este derecho y la libertad de expresión.

7.2.1.2 El interés público como meta-criterio en el modelo mexicano

En el modelo mexicano, el interés público funciona como un meta-criterio para determinar la publicidad de la información personal en poder del Estado. Según este criterio, la existencia de un interés público en X información personal la ubicaría como parte del objeto protegido por el derecho de acceso a la información pública. El interés público actúa como un dispositivo re-clasificador de la información personal. Si se establece por ley o si se demuestra en sede judicial o administrativa que el conocimiento de cierta información personal poseída por el Estado es de interés público, la misma no se considerará ubicada en la esfera de lo privado sino en la de lo público. El interés público opera como un criterio material para definir la publicidad, a diferencia del criterio formal que caracteriza al principio de máxima publicidad, según el cual, la publicidad depende del mero hecho de estar-en-poseción del Estado.

El interés público actúa como un meta-criterio por dos razones. Porque sirve como criterio justificatorio de las excepciones incluidas en la ley, al servir como argumento material de las excepciones legales; y porque sirve como criterio habilitante de los ejercicios de ponderación

que, en caso de triunfar, se eleva a criterio justificatorio de la regla derrotante. En estos términos, el criterio del interés público tiene un rol determinante en la forma de concebir el objeto y la fundamentación del derecho de acceso a la información pública en México.

Los usos de la expresión interés público frente al problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado apuntan a dos grupos de criterios aglutinantes. En el primero, la calificación de cierta información personal como de interés público aparece asociada a lo público como lo estatal, en al menos tres de sus manifestaciones. Esto es, cuando la información personal esté inmersa en información o en documentos que den cuenta o revelen aspectos relacionados con: a) el ejercicio del poder público, b) las calidades, idoneidad y conducta de los servidores públicos, y c) el uso, destino o entrega de recursos públicos. En estas manifestaciones opera una suerte de co-relación entre el carácter estatal-constitutivo de estas especies de información personal y el surgimiento o la existencia de un interés público.

En el segundo, la calificación de cierta información personal como de interés público aparece asociada a lo público como lo colectivo o lo que concierne o afecta a un grupo de personas, cuya extensión puede variar según el contexto, los trabajadores de una empresa, los habitantes de un municipio o los integrantes de toda la comunidad política. En estos casos, la dimensión colectiva de los intereses relacionados con la información es el fundamento de su caracterización como información de interés público.

El primer grupo de criterios, el que asocia el interés público con ciertas manifestaciones de lo público como lo estatal, sirve como justificación de la mayoría de las excepciones a la regla general de confidencialidad de la información personal en poder del Estado, consideradas como “obligaciones de transparencia comunes”, en la Ley General de Transparencia de 2015⁷⁰

A su vez, el segundo grupo, el que asocia el interés público con aquello que concierne o afecte a un grupo de personas, sirve como justificación de algunas de las excepciones a la regla general de confidencialidad de la información, incluidas dentro de las obligaciones de transparencia “específicas”⁷¹, como la del poder legislativo de publicar el padrón de cabilderos⁷²; la del INE de publicar el registro de candidatos a elección popular⁷³ y finalmente, la de la CNDH de publicar

⁷⁰ A saber, la publicación *ex officio* de: el directorio de todos los servidores públicos, su remuneración neta, bruta y detallada, su información curricular, las sanciones administrativas definitivas, los viáticos y gastos de representación, los contratos de servicios por honorarios, el padrón de beneficiarios de programas sociales, el listado de personas que usen recursos públicos, los contratos públicos, el padrón de contratistas y proveedores, y el listado de jubilados y pensionados con el monto que reciben, entre otros. Ley General de Transparencia de 2015. Capítulo II. De las obligaciones de transparencia comunes. Artículo 70, fracciones VII, VIII, XVII, XVIII, IX, XI, XIV literal q, XXVI, XXVII, XXXII, XLII, respectivamente.

⁷¹ México. Diario Oficial. Ley General de Transparencia de 2015. Capítulo III. De las obligaciones de transparencia específicas de los sujetos obligados.

⁷² *Ibid.* Artículo 72, fracción XVI.

⁷³ *Ibid.* Artículo 74, fracción I, literal e.

“toda la información con que cuente, relacionada con hechos constitutivos de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad.”⁷⁴ En estas excepciones es fácil identificar la existencia de un interés legítimo de la sociedad en su conjunto. Pero es quizá el caso de la publicidad de (toda) la información relacionada con violaciones graves a derechos humanos el caso paradigmático. Precisamente porque es el interés público de los hechos en estos casos, en tanto afectan a la humanidad y a la comunidad política como un todo, lo que los constituye como violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad⁷⁵. Sin embargo, no deja de ser paradójico que el Órgano de Transparencia, al conocer de estos casos, haya considerado que la información personal relacionada con servidores públicos sujetos a investigación, víctimas y testigos es confidencial *por default*⁷⁶ y no haya estimado la posible existencia de un interés público en la misma.

Por otra parte, el interés público es uno de los criterios determinantes de la excepción a la regla general de la confidencialidad de la información personal conocida como “prueba de interés público”⁷⁷. En todas las modalidades de dicha prueba, el interés público funge como uno de los criterios determinantes de la publicidad de la información personal. Ya sea con que baste determinar su existencia y, como sucede en los casos de sus primeras aplicaciones por el IFAI, esto determine el carácter accesible o no de la información personal. Ya sea que la determinación de su existencia sea prerrequisito para agotar un ejercicio de ponderación, entre el interés público en la publicidad de la información personal y el interés privado en su confidencialidad, y de salir

⁷⁴ *Ibíd.* Artículo 74, fracción II, literal e.

⁷⁵ Pelayo Moller, Carlos María, El acceso a la información pública en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos en México. En: *Revista Estudios en Derecho a la Información*, núm. 5, enero-junio 2018, pp. 3-34 (sobre los giros de la jurisprudencia de la Corte IDH al intentar definir estos términos) (En especial en las pp. 16 y 17 al indicar los elementos contextuales para una definición ad hoc de violaciones graves a los derechos humanos, a saber: “[l]a afectación a grupos vulnerables o discriminados estructuralmente (...) si (...) son masivas, sistemáticas o pudieran ser parte de un patrón [y] si los hechos forman o formaron parte de una política de Estado”) (Crítica sobre las resoluciones del INAI, 4 en el caso Tlatlaya y 2 en el caso Ayotzinapa) Dejusticia. *Amicus Curiae Estudio de los estándares internacionales sobre la definición de graves violaciones a los derechos humanos aplicable en los Estados Unidos Mexicanos*, marzo de 2015. (Con especial énfasis en el sistema Interamericano, en la inexistencia de una definición al respecto, en la existencia de criterios cualitativos y cuantitativos y en el criterio de las obligaciones especiales de investigar, juzgar y sancionar las conductas de tortura, violencia contra la mujer y desaparición forzada) Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_706.pdf (consultado 28-05-18)

⁷⁶ A pesar de que el Órgano de Transparencia, por lo general, concede el acceso a la información solicitada, ordena la elaboración de versiones públicas para proteger la confidencialidad de la información personal. Pelayo, “El acceso a la información pública...” *Op., cit.*, p. 22 “En principio, las disposiciones mencionadas no prevén excepciones. Sin embargo, dichas salvedades podrían surgir en caso de que existiese una posible afectación a los derechos de forma desproporcionada (...) En este supuesto (...) la única posible excepción a la desclasificación de información relacionada con graves violaciones a derechos humanos sería que ese acto menoscabara los derechos de las víctimas de tales violaciones o de sus familiares. Lo anterior en el entendido de que los datos e identidad de los posibles imputados en un proceso quedarían protegidos.”

⁷⁷ Las dos modalidades de la prueba de interés público adoptadas en la Ley de Transparencia de 2015 fueron descritas en el Capítulo II, 2.2.8 *Las dos versiones de la prueba de interés público en la Ley General de Transparencia*. La modalidad “clásica” de la prueba de interés público, adaptada por el entonces IFAI, fue descrita en el Capítulo III, 3.2.2.5 Metodologías para resolver el problema de publicidad de la información personal en poder del Estado.

avante, dicho interés público opere como fundamento de la regla derrotante, como sucede en la fórmula acogida por la Ley General de Transparencia de 2015.

7.2.2 *La información personal ligada a lo público como lo estatal*

El ámbito del derecho de acceso a la información pública tiene una relación co-extensiva con la idea de lo público como lo estatal. No se trata solamente de que la información esté en posesión del Estado es necesario que la información guarde relación con las diferentes manifestaciones de lo estatal, en concreto, con el ejercicio del poder público, con el perfil de sus agentes o con el uso y destino de sus recursos. Esto permite distinguir entre información personal que tiene una relación relevante con dichas manifestaciones de lo estatal, de aquella que guarda una relación incidental con lo estatal. La existencia de una relación relevante con lo estatal es lo que determina el ámbito de lo público y, por tanto, el ámbito del derecho de acceso a la información pública. Estas tres manifestaciones de lo público como lo estatal fueron identificadas a partir del análisis de la casuística.

7.2.2.1 El ejercicio del poder público

La publicidad en el ejercicio del poder público es una nota característica del funcionamiento de los estados modernos. Ni el ejercicio del poder público, ni las condiciones de publicidad en que debe adelantarse pueden desligarse de los sujetos que lo despliegan. Toda información relacionada con el ejercicio del poder público, que constituya una manifestación de ese poder y que sea atribuible a una autoridad pública es por definición información personal de carácter público.

Desde el punto de vista del derecho administrativo, toda la información personal relacionada con las personas que, actuando en su condición oficial, expiden actos administrativos, realizan hechos (y omisiones) administrativos y celebran contratos públicos está comprendida en el ámbito del derecho de acceso a la información pública.⁷⁸ Asimismo, toda información personal de terceros que sea relevante para conocer, evaluar, criticar la forma en que ha sido ejercido el poder público estaría también comprendida en dicho ámbito. En especial, en los casos en que el ejercicio del poder público puede emplearse para favorecer a ciertas personas por sobre otras, o cuando el mismo entrañe un uso selectivo del poder público, discriminatorio o contrario a

⁷⁸ Guerrero, Omar, Publicidad y Secreto en la Administración Pública. En: *Derecho a la Información y Archivos Públicos* (Patricia Galeana, coord.) México, LIMAC, 2005, pp. 17-45, 28 “[L]a actividad de la administración pública está determinada en mayor medida que la gerencia privada por las relaciones con el exterior. Aquí reside “una de las razones en que se fundamenta el uso del término público”: [la idea] de nexos con el público. (...) La voz público suele usarse de dos modos: en el primero, que se emplea como adjetivo, lo público sirve para identificar el carácter de la actividad desempeñada por las instituciones administrativas, la naturaleza de los fines que buscan y la fisonomía de su trabajo. El segundo, usado como sustantivo, sirve para examinar la relación existente entre los ciudadanos y los administradores de la cosa pública. [relativa] a la esencia de la relación de la administración y la ciudadanía la representación de intereses y necesidades colectivas. Es aquí donde emana la razón de la acción pública, [y el fundamento del deber de] rendir cuentas.”

derecho. En estos casos, la información personal de los afectados-beneficiados, en tanto relevante para explicitar la forma como se ejerce el poder, integra el ámbito de lo público-estatal.

7.2.2.2 Los recursos públicos

Los recursos públicos tienen una suerte de poder contaminante de publicidad. Cualquier información personal poseída por el Estado y que esté asociada a ellos, por ese solo hecho, integra el ámbito del derecho de acceso a la información pública. Esto incluye a los receptores de dichos recursos, independientemente del título o de la condición en que los reciban, sean asignaciones salariales, contraprestaciones contractuales, indemnizaciones o asignaciones en el marco de políticas sociales y de asistencia.

El concepto “recursos públicos” tiene anchas espaldas. En él se encuentran desde el dinero asignado en el presupuesto de gastos y egresos por las leyes de la República, hasta los bienes de uso público de propiedad del Estado, o los llamados bienes fiscales, destinados al uso de las autoridades públicas para el cumplimiento de sus funciones. También han sido considerados recursos públicos “en sentido negativo” las sumas de dinero dejadas de percibir por el Estado por concepto de condonación y cancelación de créditos fiscales.

7.2.2.3 Los servidores públicos

Hay tres tipos de información personal relacionada con los servidores públicos que guardan especial relevancia con lo estatal. La primera es la relativa a las calidades, las habilidades y la idoneidad de la persona para ser investida como tal. La segunda es la relacionada con la forma en que la persona ejerce o ejerció el poder, que ya mencionamos. Y la tercera es la relacionada con la información que revele la “integridad” o “el carácter” de los funcionarios cuando el conocimiento de la misma suponga un interés público debido a la dignidad o a la jerarquía del servidor público⁷⁹.

Esta información personal integra el ámbito del derecho de acceso a la información pública por la mera razón de guardar relación con lo público como lo estatal, debido a la mera condición de la persona como servidor público. En este punto se diferencia del estándar interamericano que considera que la información personal de los servidores públicos integra la especie de discursos protegidos por la libertad de expresión, no por la “calidad del sujeto”, sino por “el carácter de

⁷⁹ Fiss, Owen, ¿Tienen los Servidores Públicos Derecho a la Intimidad? (Vanessa Díaz trad.) En: *Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho* (Ackerman John coord.) México, Siglo Veintiuno, 2008, pp. 311-323, 314 “[L]a decisión de dotar de poder discrecional a un individuo debe, en gran medida, despertar nuestro interés por la evaluación del carácter del individuo, ya que éste constituye la indicación más fidedigna de cómo será usado su poder. La información relacionada con las evaluaciones de carácter no tiene límites. Casi todos los aspectos de la vida de una persona, incluso el más íntimo, como las relaciones de familia, tienen relación con el carácter.”

interés público que conllevan [sus] actividades o actuaciones”⁸⁰; y se distingue también de otras teorías justificatorias de la publicidad de la información personal de los servidores públicos, como la tesis del panóptico defendidas por J. Bentham⁸¹ o la discusión sobre si es posible la titularidad del derecho a la intimidad de los servidores públicos⁸².

7.2.3 *La información personal incidental a lo público como lo estatal y el problema del interés*

Esta especie de información personal poseída por el Estado es problemática. Este tipo comprende toda aquella información personal que, a pesar de estar en posesión del Estado, no se puede vincular de forma clara, ni con el ejercicio del poder público, ni con el uso y destino de los recursos públicos, ni con la idoneidad o la conducta oficial de los servidores públicos. No es, en estricto sentido, información que permita entender el funcionamiento del Estado, ni controlar el ejercicio del poder, el uso de los recursos o la conducta de sus agentes. El argumento según el cual, por el sólo hecho de estar en posesión del Estado, y una vez se ha demostrado su carácter incidental a lo público-estatal incorpora el ámbito del derecho de acceso a la información pública y debe ser entregada a petición de parte, es, por lo menos, débil.

Esta situación revela una de las perplejidades dogmáticas del derecho de acceso a la información pública. ¿Qué es lo que define lo público? ¿Cómo se define que cierta información es pública? El criterio formal de la posesión por parte del Estado parece gozar de buena salud en términos generales⁸³, pero cuando se trata de información personal en poder del Estado este criterio no parece suficiente. Que no es suficiente es evidente en el caso mexicano. No sólo porque su esquema regulatorio subvierte la regla general del principio de máxima publicidad cuando de información personal se trata. Sino porque, tanto la formulación de las excepciones a la regla general de confidencialidad de la información personal poseída por el Estado, como la casuística en torno a la noción de interés público, así lo señalan. En últimas lo que parece existir detrás de esta práctica es una necesidad de criterios materiales de lo público para caracterizar el ámbito de

⁸⁰ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, cit., párr. 129

⁸¹ Goldschmidt, Maure L., *Publicity, Privacy and Secrecy*. En: *The Western Political Quarterly*, vol. 7, núm. 3, sep. 1954, pp. 401-416, 413 “[Bentham] disposes of a number of objections to publicity. (...) The second [objection] is that publicity expose to hatred a member of the assembly or of the government for actions which deserve other treatment (...) he maintains that the official must be prepared to accept criticism, even if unjust, in order to maintain the honesty and efficiency of the public service. “The military functionary is paid for being shot at, the civil functionary is paid for being spoken and written at. The soldier, who will not face musketry, is one sort of coward. The civilian, who will not endure obloquy, is another.””

⁸² Fiss, ¿Tienen los Servidores... *Op., cit.* (Con una visión crítica del argumento del “panopticon inverso” al que ingresan los servidores públicos al tomar posesión de sus cargos -por el poder discrecional que manejan y por el carácter simbólico de sus cargos- en tanto se afectan “intereses sistémicos de la democracia”: la calidad del servicio público y del discurso público)

⁸³ Stiglitz, Joseph. *On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*. Oxford Amnesty Lecture, Oxford, U.K. January 27, 1999. “[G]iven that the public has paid for the gathering of government information, who owns the information? Is it the private province of the government official, or does it belong to the public at large? I would argue that information gathered by public officials at public expense is owned by the public.”

operación del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal. Esta demanda por criterios materiales de lo público, lo público como lo estatal o el interés público, es lo que permite cualificar la información como información pública, propia del ámbito y del objeto del derecho de acceso a la información pública.

Este asunto es central en la dogmática del derecho de acceso a la información pública. Entre otras, porque está estrechamente ligado con la figura del interés-para-acceder-a-la-información. El derecho de acceso a la información pública es un derecho universal, llamado a operar sin requisitos especiales de *standing*⁸⁴, en especial, sin necesidad de demostrar el interés del titular en acceder a la información. Ello es así porque se presupone que la información-objeto-del-derecho es *per se* información pública⁸⁵. Y cuando es el caso que la información pública es información personal, lo que parecía claro ya no lo es, lo que parecía público sin duda, está rodeado de perplejidad.

Consideramos que esta perplejidad dogmática se puede resolver al introducir un ajuste *ad hoc* a los términos generales en que se ha definido el derecho de acceso a la información pública, como un derecho cuyo ejercicio no está condicionado por la demostración del interés en acceder a la información⁸⁶. En concreto, que en el caso en que se solicite acceso a información personal en posesión del Estado, que no tenga relación con lo público como lo estatal, ni tenga el carácter de información de interés público, el titular del derecho de acceso a la información pública, por un lado, tenga la carga de identificar las razones por las cuales solicita el acceso y de plantear los argumentos que soporten su interés, y el operador jurídico, por el otro, tenga la obligación de estimarlos como parte de un ejercicio de simple ponderación⁸⁷.

⁸⁴ López-Ayllón, Sergio, La reforma y sus efectos... *Op., cit.*, p. 8 “Como en cualquier derecho fundamental, el derecho a la información se construye como un derecho subjetivo; por ello, el sujeto activo es cualquier persona, sin importar nacionalidad, ciudadanía o edad.”

⁸⁵ Villanueva, Ernesto, Tendencia en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública. En: *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario* (Sergio López-Ayllón coord.) México, UNAM-III, 2006, pp. 19-43 (sobre las razones para constitucionalizar el derecho de acceso a la información pública en clave de derecho comparado) p. 27 “En otras Constituciones se condiciona el derecho a conocer que haya “un interés legal fundado” (...) esa postura ha sido dejada atrás en las discusiones sobre la materia, por la simple y sencilla razón de que se trata de información pública, y si se debe demostrar un interés legal dejaría precisamente de ostentar la característica “pública.”

⁸⁶ McDonagh, Maeve y Paterson, Moira, Freedom of Information: Taking Account of the Circumstances of Individual Applicants. En: *Public Law*, 2010, pp. 505-528 (cuestiona la rígida aplicación de los llamados “identity neutrality principles” en aquellos casos en que se busca acceso a la información personal en poder del Estado) (con discusión de casos del Reino Unido y Australia) p. 505 “It is generally inappropriate to consider an applicant’s identity or motives in making access decisions. However, there are a number of circumstances where an applicant’s identity or motives should logically make a difference as to whether they should be granted access. These fall into two broad groups: where the applicant is, or has a close relationship with, the person whose interests a specific exemption is designed to protect; and where the applicant has some individual interest in disclosure which is additional to, and different from, the general public interest in disclosure.”

⁸⁷ Piñar Mañas, José Luis, Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. En: *Transparencia, acceso a la información y protección de datos* (José Luis Piñar Mañas ed.) Madrid, Reus, 2014, pp. 45-62 (descripción general de la (nueva) Ley de Transparencia española y su relación con el derecho a la protección de datos) p. 61 “Pese a lo que establece el

Este ajuste no significa que se requieran reglas específicas para determinar la legitimidad, ni tampoco que la autoridad esté en la obligación de entregar la información en todo caso. Está orientado, en cambio, a que la autoridad tenga la obligación y la posibilidad de considerar estos argumentos⁸⁸. Asimismo, este ajuste no altera el carácter universal del derecho de acceso a la información pública para todas las otras hipótesis de información poseída por el Estado, incluso cuando se trate de información personal pública (porque actualiza la hipótesis de lo público como lo estatal o porque sobre la misma exista un claro interés público)⁸⁹. En estos últimos casos, esta información personal debe ser entregada a quien la solicite sin necesidad de que se demuestre un interés específico, siguiendo la regla general.

La solución que proponemos es compatible con el principio de máxima publicidad de la información en posesión del Estado, precisamente porque genera las condiciones para que no se presente una negación *in limine* del acceso a la información. Y, además, facilita el eventual ejercicio de ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos a la protección de la vida privada y los datos personales, en tanto le ofrece al operador jurídico la posibilidad de pronunciarse sobre argumentos orientados por fines, en situaciones concretas y no sólo sobre intereses en abstracto o bajo el requisito de que se trate de información de interés público, como sucede actualmente⁹⁰.

artículo 17.3 de la Ley [española] de Transparencia, en el sentido de no obligar a los solicitantes a motivar su solicitud de acceso, debe plantearse si en caso de que el acceso afecte a (sic) información que contenga datos personales podría exigirse algún tipo de motivación. Ello se debe a la doctrina que deriva de la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, Asunto C-28/08 P, *Bavarian Lager*. En ella, el Tribunal consideró que está justificado que el solicitante del acceso deba demostrar la necesidad de transmitir los datos personales en su caso implicados, y que la no presentación de justificación “expresa y legítima sin ningún argumento convincente para demostrar la necesidad de la transmisión de dichos datos personales” impide verificar si no existían motivos para suponer que esa transmisión podría perjudicar los intereses legítimos de los interesados.”

⁸⁸ McDonagh y Paterson, “Freedom of Information... *Op., cit.*, p. 528 “The taking into account of the circumstances of individual applicants does not mean that FOI requesters should have to pass any test of standing. Nor does it mean that all FOI requests in respect of which an applicant demonstrates a particular interest should automatically be acceded to.”

⁸⁹ Escalante Gonzalbo, Fernando, Y que nos dejen en paz. Apuntes sobre el derecho a la privacidad. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar coord.) México, UNAM-IIJ, pp. 181-200, 184-5 “Es fácil que se diga en la ley que el historial clínico de los funcionarios debe estar protegido, porque es información personal; pero es obvio que el estado de salud del presidente de la República es un asunto de interés público. La situación familiar, la información sobre cuentas bancarias y relaciones amistosas o de parentesco de los funcionarios son datos personales, pero no son irrelevantes si pueden implicar un conflicto de intereses en el área específica de su encargo.”

⁹⁰ Guichot, Emilio, Acceso a la información en poder de la administración y protección de datos personales. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 173, may-ago 2007, pp. 407-445. (Descripción de estrategias de armonización entre los mencionados derechos en el Derecho europeo, comparado y español) p. 441 “Aunque la no necesidad de motivar las solicitudes de acceso sea actualmente el principio general hoy vigente en nuestro Derecho —aunque, como hemos visto, otros Derechos, como el italiano, sí lo exijan—, cabe plantearse si debe motivarse la solicitud de acceso, bien desde un inicio, bien a requerimiento de la Administración, si comprueba que la información solicitada incluye datos personales, para permitir una ponderación más afinada. Por la misma razón, habría de darse traslado de la solicitud de acceso al afectado (regulando los plazos), de manera que pudiera alegar.”

7.2.3.1 El problema del tipo de intereses a ponderar y la idea de lo público

Definir si la información personal poseída por el Estado de forma incidental integra el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública debe superar otro escollo dogmático: la concepción de que una vez entregada, la información se entiende entregada al público en general⁹¹, precisamente, porque se considera información pública (libremente accesible).

Esta concepción supone un entendimiento del derecho de acceso a la información pública que riñe con su calidad de derecho fundamental, entendido como libertad individual. Dicha concepción pone el acento en el carácter de la información y no en las motivaciones del individuo para acceder a la información. En este caso, la idea de lo público (lo estatal, el interés público) ejerce una suerte de tiranía sobre la diversidad de motivaciones que puede tener un ser humano para perseguir acceso a la información, y en especial, parece excluir la posibilidad de que este derecho sirva para la defensa de intereses diferentes a los intereses públicos. Esta interpretación restringe el ámbito y el fin del derecho fundamental de acceso a la información pública sin mayor asidero constitucional. Porque no existen elementos concluyentes, en el entendimiento constitucional de dicho derecho, que nieguen la posibilidad de que a través suyo puedan agenciarse intereses privados, y porque se muestra contraria a una interpretación del derecho en clave del principio *pro persona* o *pro homine et libertatis*. Esto es, en contra de la interpretación del derecho que más favorezca al ser humano y a su libertad.

Esta falla dogmática, advertida en la casuística, está inspirada en una sobrestimación del interés público como (el único) elemento determinante del derecho de acceso a la información pública; ya porque permita la precisión del ámbito de su protección, ya porque funcione como un meta-criterio para justificar las excepciones al principio de confidencialidad, como sucede en el caso mexicano. La comparación entre los dos países permite ilustrar este argumento. Como concluimos en el análisis de la casuística, en el caso colombiano el criterio del interés público es empleado como un argumento de refuerzo de la publicidad, no como un argumento fundante⁹². Además, en el caso colombiano se ha aceptado que el derecho fundamental de acceso a la información pública *qua* información personal sirve a la defensa de otros derechos fundamentales, en especial, los derechos a la verdad y al acceso a la justicia, sin que para ello su efectividad esté mediada por precisar un determinado interés público en la información⁹³.

⁹¹ McDonagh y Paterson, “Freedom of...” *Op., cit.*, p. 506 “Three well known and interconnected principles of FOI legislation militate against the taking into account of the circumstances of individual applicants. The first is that FOI should operate in a manner that is “applicant blind”. The second is that disclosure under FOI should be treated as though it were disclosure to the world, while the third requires that the motives and identity of an applicant should be ignored when assessing whether or not disclosure is in the public interest in the context of claims for exemption which require public interest assessments.”

⁹² Capítulo III, 3.1.2.4 El rol (marginal) de la noción de interés público.

⁹³ Capítulo VII, 7.3.2 *Los criterios interpretativos y el caso colombiano*.

Aceptar que el derecho de acceso a la información pública, como derecho fundamental, también es una vía para la agencia de intereses individuales legítimos y que pueden existir intereses privados en el acceso a la información personal de terceros poseída por el Estado que son igualmente dignos de tutela, permite iluminar otras facetas del problema de la información personal incidental a lo público-como-lo-estatal. En especial, permite la expresión de dos soluciones al problema del acceso a este tipo de información que de lo contrario serían heterodoxas. La primera es la de aceptar el acceso condicionado como una fórmula posible de garantía del derecho; bajo la idea, por ejemplo, de que su entrega quede condicionada a finalidades específicas y que se excluya la opción de divulgación al público⁹⁴. La segunda, es la de aceptar una lectura del problema bajo la premisa de la equivalencia de intereses (privados) en conflicto: el interés privado de quien persigue el acceso a la información y el interés privado del titular de la información objeto de acceso; lo cual además facilita los términos para adelantar ejercicios de ponderación entre derechos. En estos casos (sí) sería indispensable garantizar al titular de la información personal su derecho de audiencia y defensa.

Este último punto no es menor. Sobre todo, porque permite hacer una distinción que en la Legislación mexicana parece haberse pasado por alto al introducir de forma concurrente las figuras de la prueba de interés público, de la ponderación de derechos y del test de proporcionalidad. La distinción es la siguiente: cuando se trate del ejercicio del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal (no por razones de interés público sino) por razones de interés privado, el operador jurídico debe plantear el caso como una típica colisión de derechos fundamentales en clave individual, en donde en principio existirá una oposición de intereses privados y donde el carácter de interés público en la información personal es un asunto secundario, pues no habilita la competencia del órgano, ni sirve como justificación a la regla derrotante. En estos casos no es posible aplicar una prueba de interés público, ni tampoco un test de proporcionalidad.

7.2.4 *Las publicidades excluidas*

El caso de las publicidades excluidas es una forma de afirmar el ámbito del derecho de acceso a la información pública por la negativa, al indicar que ciertos tipos de información, en determinados contextos, escapan al ámbito de protección de dicho derecho y que el hecho de que la información personal sea pública de facto no es criterio habilitante del derecho de acceso a la información pública.

⁹⁴ Como sucedió en el caso colombiano de la entrega de información personal sobre miembros del Ejército Nacional que participaron en un operativo, donde al parecer se cometieron violaciones a los derechos humanos; entonces la entrega fue condicionada a un uso responsable por parte del peticionario. Anexo A, caso 17, Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 18, “[E]sta sentencia no libera al actor de responder por el manejo que haga de la información que se le entregue. En especial, [el respeto por] los derechos de las personas incluidas en la lista.”

Esto es relevante en los casos en que la información personal ha migrado a la esfera pública *lato sensu* por diversas razones: porque su propio titular, con su conducta o por su voluntad la ha difundido, como sucede en el caso de cierta información de personajes públicos; porque un tercero la ha difundido, como sucede en el caso de su publicación en medios de comunicación masivos o en la Internet; o porque el propio Estado la ha hecho pública en desconocimiento del régimen jurídico aplicable, entre otras razones.

La publicidad de facto genera una situación paradójica que ataca directamente la razón de ser del derecho de acceso a la información pública. Esto es ¿si la información personal cuyo acceso se solicita ya es pública, en el sentido de que es de conocimiento público o que es fácilmente accesible por otra vía (Internet, por ejemplo) con qué razón material el Estado puede denegar su acceso?⁹⁵ En efecto, en estos casos, la protección de la vida privada, entendida como secreto, es de objeto imposible y a pesar de que persistan otras razones, como la obligación de mantener la confidencialidad o las derivadas del principio de finalidad, estos argumentos pueden parecer artificiosos por su carácter formal. En el plano de lo fáctico es innegable su vocación contraevidente al intentar evitar la publicidad de una información que ya es pública. Sin embargo, no debemos subestimar el hecho de que dichos mandatos, al sujetar la conducta del Estado, crean escenarios de debate sobre las piezas documentales y la información personal en ellas contenida. Estos debates se dan y pueden ser de mucha relevancia, tanto en el plano social, donde se debate sobre el carácter verídico o persuasivo de la información, como en el plano judicial o administrativo donde se debate la idoneidad probatoria de los documentos.

Desde una consideración dogmática del derecho de acceso a la información pública, el hecho de que cierta información personal haya experimentado una suerte de publicidad de facto no sirve como argumento para su entrega o su acceso formal, cuando esa misma información esté en poder del Estado. La razón es técnica: la publicidad de facto (en los medios de comunicación, en la opinión pública o en la Internet) no hace parte del ámbito del derecho de acceso a la información pública. Este derecho no tiene este alcance. No cobija este tipo de información. No fue diseñado para garantizar su acceso. Esto no significa que dicha información no pueda estar cobijada por otros derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión o el derecho de acceso a la información *in genere*. En estos casos, sin embargo, estaríamos frente a otros derechos, con objeto, ámbito y fundamentación diferentes.

7.3 Alternativas de fundamentación del derecho de acceso a la información pública

7.3.1 Cinco criterios interpretativos

Al igual que en el caso de los derechos a la protección de datos y a la vida privada, estos criterios subyacen a la concepción que de este derecho tienen las Cortes y el Órgano de Transparencia.

⁹⁵ Stiglitz, Joseph, *On Liberty, the Right to Know... op., cit.*, p. 6 “The modern economics of information emphasizes that once knowledge is made public, then it becomes a public good that cannot be made private again.”

Sin que sean uniformes, la elección de uno u otro, o la combinación de ellos, depende de la idea de lo público adoptada y de la justificación atribuible al derecho de acceso a la información pública. Asimismo, estos criterios permiten explicar algunas tomas de posición al momento de decidir sobre la apertura o la confidencialidad de información personal, de decidir cuáles son los límites admisibles. Son relevantes para la construcción de argumentos constitucionales para desahogar la parte dos del método para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado (capítulo IV). Sobre todo, porque sirven como fundamento material y como justificación de las órdenes específicas de acceso a la información. Los criterios son cinco: democrático, estado de derecho, gobernanza, transparencia y libertad instrumental.

7.3.1.1 Criterio democrático

El derecho de acceso a la información pública es entendido como un elemento básico del funcionamiento de todo régimen democrático. La disposición de información optimiza las condiciones para la conformación, el ejercicio y el control del poder público. Bajo este criterio, el derecho de acceso a la información pública guarda una especial relación con las posibilidades de formación de la opinión pública y de la expansión y el enriquecimiento de su contenido, como elemento definitorio de los estados democráticos⁹⁶. El acceso a la información, en tanto medio para alcanzar la “comprensión ilustrada” de los ciudadanos es una herramienta imprescindible para todo gobierno democrático⁹⁷, en tanto optimiza las condiciones de la democracia deliberativa⁹⁸.

Bajo los cánones democráticos la información pública es un bien esencial para el correcto funcionamiento del régimen político⁹⁹. Permite a las personas tomar parte en las decisiones que

⁹⁶ Garzón Valdés, Ernesto, Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas. En: *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 77-95, 85 “El ideal ilustrado de la publicidad se basaba en la concepción de que una ciudadanía informada y razonante podía servir de freno y de instancia de revisión a las decisiones del monarca. De lo que se trataba era de propiciar la discusión pública.”

⁹⁷ Dahl, Robert, *La democracia una guía para los ciudadanos* (Fernando Vallespín trad.) Madrid, Taurus, 1999 (Incluye el “acceso a fuentes alternativas de información” como una de las instituciones características de la democracia representativa moderna, y como uno de los medios para satisfacer la “comprensión ilustrada”, uno de los cinco criterios definitorios de todo gobierno democrático) pp. 91-2 “Si los ciudadanos han de ser competentes, ¿no precisarán de instituciones sociales y políticas que les transmitan esas capacidades? Indudablemente. Las oportunidades para obtener una comprensión ilustrada sobre las cuestiones públicas no sólo forman parte de la definición de democracia. Constituyen un requisito de la democracia.”

⁹⁸ Bovens, Mark, Information Rights: Citizenship in the Information Society. En: *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 3, 2002, pp. 317-341 (Defiende la tesis de los derechos a la información como propios de una nueva generación de derechos y de la expansión del concepto de ciudadanía necesario en la sociedad pos-industrial o sociedad de la información) p. 325 “[I]nformation rights are not only important because they support the traditional process of democratic steering and accountability, but also because they can serve as a tool in helping to expand the reflexive nature of democracy.”

⁹⁹ Cendejas Jáuregui, Mariana, El derecho a la información. Delimitación conceptual. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, enero-junio 2010, pp. 3-47, 43 “[E]n el Estado democrático la información se concibe como un bien de interés general necesario para la participación ciudadana en la democracia, y como tal bien, además de ser tutelado jurídicamente, debe ser prestado a todos los ciudadanos por los poderes públicos. Éste es el verdadero significado del derecho a la información. (...) Es necesario asegurar que los ciudadanos reciben una información

los afectan y genera condiciones de igualdad entre los diferentes actores al eliminar disparidades y asimetrías¹⁰⁰. Bajo este criterio se establece una relación directamente proporcional entre (mejores) condiciones para el funcionamiento del régimen político y (mejores) condiciones de acceso a la información pública¹⁰¹.

7.3.1.2 Criterio del estado de derecho

Bajo este criterio, el derecho de acceso a la información pública tiene como finalidad liberar la información que las autoridades públicas han generado como resultado del ejercicio de sus competencias establecidas en la Constitución y la Ley. El criterio supone una reinterpretación del complejo concepto de las competencias regladas, propio del estado de derecho, en una relación de funcionalidad dinámica con el derecho de acceso a la información pública. Toda competencia ejercida debe constar en diversas expresiones documentales. El derecho de acceso a la información pública es un derecho a conocer el contenido y la forma en que se ejercen las competencias estatales, como expresión del ejercicio del poder público ordenado jurídicamente.

Para este criterio la información detentada por el Estado, generada o acopiada en ejercicio de sus competencias, al haberse producido o acopiado con cargo a recursos públicos, debe considerarse de propiedad pública y por tanto accesible de forma universal¹⁰². La información pública pertenece, es debida, a los ciudadanos y los servidores públicos deben suministrarla, en tanto depositarios transitorios¹⁰³. En este sentido, resalta el carácter público de las expresiones documentales en que constan (o que revelan) todo aquello que supone el ejercicio del poder público.

7.3.1.2 Criterio de la gobernanza

Bajo este criterio, el objeto del derecho al acceso a la información pública es hacer más eficiente, optimizar, la operación general del Estado¹⁰⁴. Bajo este criterio el derecho de acceso a la información pública supone la especialización de las administraciones públicas y la adopción de

suficiente sobre los problemas que afectan a su comunidad, así como una información plural y relevante sobre las distintas alternativas existentes para la solución de dichos problemas.”

¹⁰⁰ Stiglitz, Joseph, Transparency in Government. En: *The Right to Tell: The Role of Mass Media in Economic Development*. Washington D.C., World Bank, 2002, pp. 27-44.

¹⁰¹ Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos* (Leandro Wolfson trad.) Barcelona, Paidós, 1992 (en especial el capítulo 8, “Una teoría del proceso democrático” donde desarrolla las ideas de la “participación efectiva” y de la “comprensión esclarecida”)

¹⁰² Stiglitz, Joseph, *On Liberty, the Right to Know... op., cit.* [np 83]

¹⁰³ Mendel, Toby, *Freedom of Information. A comparative Legal Survey*, UNESCO, 2a ed., 2008, p. 4 “[P]ublic bodies hold information not for themselves but as custodians of the public good.”

¹⁰⁴ Stiglitz, *On Liberty... op., cit.*, p. 15 “It is now generally recognized that better, and more timely, information results in better, more efficient, resource allocations.”

mejores técnicas de archivo y de gestión de la información¹⁰⁵, y está llamado a funcionar como una herramienta orientada al control del ejercicio del poder público, de la asignación del gasto y del cumplimiento de la ley.

Bajo este criterio, el derecho al acceso a la información pública es visto como un dispositivo jurídico para activar la rendición de cuentas. El poder público descansa en los ciudadanos que integran el cuerpo electoral y quienes detentan la información pública, en el marco de la institución estatal, lo hacen a título de representación¹⁰⁶. La rendición de cuentas, descansa sobre una versión del esquema principal-agente como forma de entender la relación entre el ciudadano y el servidor público¹⁰⁷, en donde el ciudadano está habilitado para exigir explicaciones por la actuación o la omisión de los servidores públicos¹⁰⁸. Supone un ejercicio calificado de control al poder que va más allá de la entrega de la información existente, para incorporar explicaciones sobre la conducta oficial¹⁰⁹. La rendición de cuentas puede ser provocada, por la vía de respuestas a peticiones individuales de acceso (dimensión subjetiva del derecho de acceso), o espontánea, por la vía de la publicación *ex officio* de información relacionada con el cumplimiento de funciones y la aplicación del gasto (dimensión objetiva del derecho de acceso).

7.3.1.4 Criterio de la transparencia

Bajo este criterio, el objeto del derecho al acceso a la información pública es dar a conocer, revelar, hacer visible todo aquello relacionado con la existencia y funcionamiento del Estado¹¹⁰.

¹⁰⁵ Luna Pla, Issa, A More Complex Definition of the Right to Information. En: *Comparative Media Law Journal*, UNAM-IIJ, núm. 9, enero-junio, 2007, pp. 101-121, 110.

¹⁰⁶ Carta de James Madison dirigida a W.T. Barry, 4 de agosto de 1822, “A people who mean to be their own governors must arm themselves with the power that knowledge gives. A popular government without popular information or the means of acquiring it is but a prologue to a farce or a tragedy or perhaps both”

¹⁰⁷ Guerrero, Publicidad y Secreto... *Op., cit.* [np 78] p. 28 “[Es de] la esencia de la relación de la administración y la ciudadanía, la representación de intereses y necesidades colectivas. Es aquí donde emana la razón de la acción pública y [el fundamento d]el deber de rendir cuentas.”

¹⁰⁸ Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, El secreto fiscal y el IFAI: primer precedente de apertura por causa de interés público en México. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 16, julio-diciembre 2010, pp. 39-71, 64 “[A]demás del [sistema de rendición de cuentas horizontal dispuesto en las leyes] las democracias contienen sistema de rendición de cuentas verticales, que se ejercen a través de varios mecanismos del derecho, entre ellos, del derecho de acceso a la información (...) la transparencia no siempre se trata de abrir documentos; también sirve para dar explicaciones de los actos del Estado. A esto se le conoce igualmente como rendir cuentas a la sociedad.”

¹⁰⁹ En lo que Schedler llama la “dimensión argumentativa” de la rendición de cuentas. La faceta donde el objeto del derecho de acceso a la información pública pasa del suministro de la nuda información, a la de información sobre “juicios y razones”. Schedler, Andreas, *¿Qué es la Rendición de Cuentas?* México, Cuadernos de Transparencia IFAI, núm. 3, 6ª ed. 2008, p. 16.

¹¹⁰ Barnes Vásquez, Javier, Procedimientos Administrativos y Nuevos Criterios de Gobierno. Algunas Consecuencias sobre la Transparencia. En: *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente* (R. García ed.) Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 49-79, 51 “La transparencia en el Derecho administrativo constituye una suerte de “abreviatura” que encierra cosas diversas. Se ha convertido en una palabra de “anchas espaldas” que soporta realidades y perspectivas distintas entre sí. Puede describir o designar a un tiempo un *proceso* de toma de decisiones, un *método* de trabajo interno y de dirección social, o un *resultado*. Y en cada uno de estos planos, como

El derecho es entendido como un mandato de publicidad y una prohibición de los secretos. Este criterio se inspira en una regla básica del comportamiento humano: en la presencia de otros, o con la conciencia de dicha presencia, los seres humanos tienden a comportarse dentro de los cánones normativos generalmente aceptados¹¹¹. Así, traducido a la operación de las administraciones públicas, este criterio entiende el derecho de acceso a la información pública como una garantía contra los abusos en el ejercicio del poder público¹¹² y como un límite a la corrupción¹¹³.

Está asociado al desarrollo de nuevas estrategias comunicativas en donde el poder pasa del mantenimiento de secretos a la revelación de información en forma, frecuencia e intensidad.¹¹⁴ Este criterio está orientado a transformar la cultura organizacional de las instituciones del Estado¹¹⁵ bajo la bandera de modificar las prácticas burocráticas y las actitudes en relación con el manejo de la información en poder del Estado¹¹⁶. Una de sus principales manifestaciones es el mandato de publicidad proactiva. Este criterio está orientado por la aspiración de otorgar

sucede con los abstractos valores y principios generales, es susceptible de expresarse en múltiples formas, máxime si se tiene en cuenta su carácter instrumental.”

¹¹¹ Goldschmidt. *Publicity... Op., cit.*, p. 412 “Of all the classical democrats, Bentham makes the best case for publicity and also indicates its proper limits. He argues that the regime of publicity would provide the best guarantee that the governors would perform their duty, since they would be under constant surveillance.” O según la célebre expresión de Louis Brandeis: “Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman.” <http://www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html> (consultado 28-05-08)

¹¹² Birkinshaw, Patrick, *Freedom of information: the Law, the Practice and the Ideal*. Cambridge, 1988, p. 15 “Secrecy was the climate in which, at worst, those placed in government would abuse the power which had been given to them.”

¹¹³ Stiglitz, *On Liberty... op., cit.*, p. 11 “Secrecy provides the opportunity for special interests to have a greater sway. In some societies, this takes the naked form of corruption and bribery.”

¹¹⁴ Luna, A more complex... *Op., cit.*, p. 111 “[T]he power to reveal is as valuable as the power to keep secrets, and creating the rules for sharing this information legitimizes government control of such data.”

¹¹⁵ Merino, Mauricio, Muchas políticas y un solo derecho. En: *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario* (Sergio López-Ayllón coord.) México, 2006, UNAM-III, pp. 127-155 (sobre la necesidad de comprender la eficacia del derecho de acceso a la información desligada de la política de transparencia) p. 146-7 “La política de transparencia no se agota en el derecho de acceso a la información pública (...) las posibilidades que ofrece la transparencia como política pública son mucho más amplias, pues no se limitan a la entrega de la información que produce el gobierno (...) sino que conduce a la incorporación deliberada de criterios explícitos de decisión y de acción en el ejercicio del poder público.” Stiglitz, *On Liberty... op., cit.*, p. 25 “If formal meetings have to be open, then all decisions can be made in informal meetings. If written material is subject to disclosure, there will be an incentive to insure that little is written down. (...) Because of these limitations of legalistic approaches, emphasis must be placed on creating a culture of openness, where the presumption is that public should know about, and participate in all collective decisions.”

¹¹⁶ Sommerman, Karl-Peter, La Exigencia de una Administración Transparente en la Perspectiva de los Principios de Democracia y del Estado de Derecho. En: *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente* (Ricardo García Macho ed.) Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 11-25, 17-18 “El cambio de paradigma conlleva una profunda transformación del modo de comunicación entre la Administración y los particulares, y de la cultura administrativa en general, que se produce no sólo a través de nuevas reglas de acceso a la información, sino también en base a una nueva ética y un nuevo comportamiento de la función pública. En este sentido podría suponerse que la transparencia exigida en cuanto a la Administración Pública corresponde igualmente a una sociedad que externaliza siempre más de lo que antes pertenecía, según consenso general, al *forum internum*.”

acceso a la mayor cantidad de información sobre los recursos con que cuenta el Estado, cuáles son sus funciones, quiénes las ejecutan y cómo lo hacen¹¹⁷.

7.3.1.5 Criterio de la libertad instrumental

Bajo este criterio, el derecho de acceso a la información pública se entiende como un dispositivo que permite la agencia de diferentes intereses, tanto de carácter particular como de carácter general. Este criterio no se agota en alguna de las finalidades objetivas propias de los otros cuatro criterios (el ejercicio de los derechos políticos, la vigencia del estado de derecho, la rendición de cuentas de los servidores públicos y la transparencia gubernamental)¹¹⁸. En cambio, permite la expresión de la subjetividad de su titular quien está en libertad de fijarle designio y propósito. En este sentido el derecho puede estar inspirado en la satisfacción de la curiosidad, de un interés puramente individual o de un interés público, de forma conjunta o alternativa¹¹⁹. Este entendimiento del derecho permite explicar la resistencia de catalogarlo como un derecho político, restringido a ser función de un sistema democrático de gobierno¹²⁰.

Según este criterio el derecho de acceso a la información pública se ha entendido también como un derecho procedimental o instrumental, en tanto la satisfacción de su objeto se entiende como el presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales. En especial, los derechos de contenido económico y social, el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso, el derecho a la verdad en contextos de graves violaciones a derechos humanos y, por supuesto, el derecho a la libertad de expresión¹²¹. En estos casos la justificación del derecho no viene determinada por

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 25 “La información sobre el funcionamiento de las instituciones y los actores responsables (transparencia institucional), sobre los procesos de formación de la voluntad (transparencia procedimental) y sobre el contenido de las decisiones y sus motivos (transparencia material) ayudan a los particulares a controlar mejor la actuación de los órganos públicos, a participar en los asuntos públicos y a facilitar la realización de sus derechos.”

¹¹⁸ Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*. México, UNAM-IJJ, 2009, p. 189 “Las normas de transparencia y buen gobierno son principalmente un tema de higiene pública, destinada a aumentar la transparencia de la administración pública en miras a fortalecer la rendición de cuentas y la democracia. A diferencia de lo anterior, el derecho de acceso a la información es en este contexto un concepto de responsabilidad y conciencia social, ligado a la protección de los derechos civiles.”

¹¹⁹ Guichot, Acceso a la información en poder... *Op., cit.*, p. 438 “Para la delimitación del alcance y contenido debe tenerse en cuenta que la publicidad que se pretende al ejercitar el llamado «derecho de acceso» puede dar cobertura a finalidades diversas. El solicitante de acceso lo puede hacer como puro ejercicio de participación y control democrático (que es propiamente el fundamento del reconocimiento constitucional de este derecho) o bien como medio para la defensa de otros derechos o intereses.”

¹²⁰ López-Ayllón, Sergio, La reforma y sus efectos... *Op., cit.*, p. 8 “Es importante destacar que el acceso a la información no es un derecho político, y que por ello su ejercicio no debe vincularse al estatus de “ciudadano”.”

¹²¹ Bovens, Information Rights... *Op., cit.*, (En contra de una lectura reductora del derecho a la información a la gobernanza y la transparencia) p. 327 “[Information rights] concern first and foremost the social functioning of citizens, not only in relation to the public authorities, but also in their mutual relations and their relations with private legal entities. Information rights should be part of the civil rights chapter of constitutions, together with the other individual rights.” p. 331 “The basic issue is whether the nature of the information in question is crucial to the social functioning of citizens.”

el carácter público de la información. Se justifica en tanto la información es útil para la realización de intereses individuales tutelados a su vez por otros derechos fundamentales.

7.3.2. *Los criterios interpretativos en el caso colombiano*

En el caso colombiano, al menos en el plano de la concepción constitucional del derecho de acceso a la información pública, existe una suerte de importancia equivalente de los criterios interpretativos. Así se desprende de la decisión sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de Transparencia. En esta decisión, la Corte caracteriza el derecho de acceso a la información pública como portador de tres “funciones esenciales”¹²²: a) garantizar “la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos”¹²³; b) garantizar “el ejercicio de otros derechos constitucionales”¹²⁴ y c) garantizar “que las autoridades y agencias estatales expliquen públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado” al poder y a los recursos públicos¹²⁵, así como garantizar “la transparencia de la gestión pública”¹²⁶. A partir de estas funciones, según la Corte, el derecho de acceso a la información pública permite alternativamente “formar un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico”, “conocer las

¹²² Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.2

¹²³ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.2, con una cita a la Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz (que declara la constitucionalidad condicionada de la norma que establece la reserva de todas las etapas de los procedimientos administrativos sancionatorios, hasta que se practiquen las pruebas o se venza el término para ello, consid. 13 a 16). “Si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.””

¹²⁴ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.2, con una cita a la Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño (que declara la constitucionalidad de la Ley de gastos reservados y sistematiza en *obiter* las reglas jurisprudenciales que caracterizan el derecho de acceso a la información del Estado) consid. 9, *in fine*, “El derecho de acceso a la información pública es una herramienta esencial para la satisfacción del derecho a la verdad de las víctimas de actuaciones arbitrarias y de violaciones de derechos humanos y para garantizar el derecho a la memoria histórica de la sociedad.”

¹²⁵ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.2, con una cita a la Sentencia C-957 de 1999, MP Álvaro Tafur Galvis (que declara la constitucionalidad de la norma que establece la eficacia de ciertos actos normativos a partir de su publicación) consid. 4 “El Estado de derecho se funda, entre otros principios, en el de la publicidad, el cual supone el conocimiento de los actos de los órganos y autoridades estatales (...) la certeza y seguridad jurídicas exigen que las personas puedan conocer, no sólo de la existencia y vigencia de los mandatos dictados por dichos órganos y autoridades estatales, sino, en especial, del contenido de las decisiones.”

¹²⁶ Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.2, con una doble cita a la Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, cit. consid. 9 “[L]a transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos.” Y a la Sentencia C-089 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz (que declara la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria “Estatuto básico de los partidos y movimientos políticos”, en lo pertinente, la norma que reconoce condiciones especiales para el acceso a la información pública a la oposición) consid. 7.4 “El acceso a la información y documentación oficiales, es condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos de gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición. No se entiende cómo se pueda controlar el poder político si los asuntos de interés público se mantienen ocultos a la oposición y a los ciudadanos.”

condiciones necesarias para [la] realización [de los demás derechos fundamentales]” y activar “un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal”¹²⁷.

En esta concepción de las “funciones” o finalidades de este derecho puede advertirse una suerte de concurrencia espontánea de los criterios recién expuestos. Uno que apela a su raigambre democrática, otro que exalta su carácter instrumental para la satisfacción de la libertad individual y otro orientado hacia la rendición de cuentas y la transparencia de la administración pública. Son en efecto, tres concepciones muy diferentes del derecho, que obedecen a distintas finalidades, pero que conviven en el discurso de la Corte, al menos en el plano de una concepción general del derecho.

Sin embargo, en la casuística del caso colombiano, el criterio que parece llevar ventaja es el de la libertad instrumental. En la práctica, el derecho de acceso a la información pública ha sido empleado como un medio para la protección de otros derechos fundamentales, en clave principalmente de agencia de intereses muy concretos de los peticionarios, que sólo de forma accidental parecen tener relación con la idea del correcto funcionamiento del sistema democrático o del aparato estatal. En este sentido hemos leído los casos relacionados con información sobre operativos de la Fuerza Pública¹²⁸, en donde la Corte consideró que el acceso a la información personal que permitiera la identificación de los servidores públicos involucrados en hechos relacionados con alegadas violaciones a los derechos humanos era indispensable para garantizar “el derecho de las víctimas a lograr la verdad, la justicia y la reparación”¹²⁹. Otro tanto se puede advertir en el caso del acceso a expedientes de la Unidad para Reparación de Víctimas, en donde la Corte consideró que el mismo era indispensable para el eventual ejercicio del derecho a la reparación, en tanto permitiría conocer “la existencia de otros posibles beneficiarios de la indemnización administrativa”¹³⁰ y, por ende, la agencia de los intereses del peticionario. En la misma línea del carácter instrumental está el caso de la publicidad de la lista de sanciones impuestas contra abogados, en donde la Corte consideró que la misma permitía a los ciudadanos mejores condiciones para la contratación de los profesionales del derecho “que por su nombre y reputación [sean] idóneos para defender sus intereses.”¹³¹ Otra muestra de ello la encontramos, en *obiter*, en el caso sobre acceso a antecedentes penales. Entonces, la Corte reconoció la posibilidad de obtener acceso a los antecedentes penales no vigentes, por regla general

¹²⁷ Todas las expresiones entre comillas son de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle, consid. 3.1.2.

¹²⁸ Anexo A, casos 17 y 18.

¹²⁹ Anexo A, caso 17, Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 12 “las víctimas tienen el derecho de indagar sobre las circunstancias y los presuntos autores de los delitos y ello significa que pueden acceder a los nombres de los agentes que ellos consideran que podrían estar implicados.”

¹³⁰ Anexo A, caso 20, Sentencia T-828 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz, consid. 23.

¹³¹ Anexo A, caso 8, Sentencia C-060 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz, consid. d.

confidenciales, si el titular del derecho de acceso a la información pública demuestra un interés legítimo en ello¹³².

En otros casos, la Corte ha considerado de forma simultánea que el derecho de acceso a la información pública sirve a la defensa de los derechos de los interesados y también para verificar que las autoridades públicas actúan conforme al principio de legalidad. Esto es así, en el caso de las evaluaciones a servidores públicos en el contexto de concursos públicos¹³³, en donde se protege el derecho fundamental al debido proceso administrativo de los peticionarios y, simultáneamente, se activa una forma de control del ejercicio del poder público¹³⁴.

Por último, no deja de ser paradójico que en los pocos casos en que se han empleado los criterios del estado de derecho o de la transparencia, al caracterizar la finalidad del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal, éstos hayan servido como argumento precisamente para limitar su alcance. Esto sucedió en el caso del acceso a las actas de conciliación colectiva de Foncolpuertos, en donde la Corte consideró que el acceso a la información personal de las actas no guardaba relación con “[l]a posibilidad de conocer cómo la administración dispone de sus recursos, [y] (...) liquida prestaciones o factores salariales”¹³⁵. Un argumento similar empleó la Corte en el caso de la anonimización de una sentencia de la Corte Suprema. Entonces, uno de los argumentos para limitar la publicidad de la información fue que la misma no era pertinente para “comprobar que el juzgador ejerció de manera adecuada sus funciones”¹³⁶. Estos casos muestran otra faceta de los criterios de fundamentación: pueden ser utilizados para restringir el objeto y el ámbito de protección del derecho.

7.3.3 *Los criterios en el caso mexicano*

En el caso mexicano los criterios de fundamentación más recurrentes han sido los de la gobernanza y la transparencia. Esto puede explicarse por la práctica recurrente del Órgano de Transparencia de darle primacía a los objetivos de “transparentar la gestión pública” y “favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos”, establecidos en la (subrogada) Ley de Transparencia

¹³² Anexo A, caso 10, Sentencia SU-458 de 2102, MP Adriana Guillén Arango, consid. 37. “[Existen] ciertos escenarios concretos en los cuales algunos particulares precisen tener conocimiento sobre si alguien registra antecedentes penales o no. Como mera hipótesis, la Corte se plantea el caso de la contratación de profesores o profesoras para un jardín infantil. En estos eventos, el deber de protección de los y las menores aunado a su interés superior, habilitarían a los particulares para exigir información suficiente en relación con la existencia o no de antecedentes penales.”

¹³³ Anexo A, casos 6 y 7.

¹³⁴ Anexo A, caso 7, Sentencia T-534 de 2007, MP Humberto Sierra Porto, consid. 6 “[El acceso a la información es] elemento indispensable para verificar que la provisión de los cargos directivos se hizo siguiendo de manera objetiva y estricta las disposiciones legales y reglamentarias que buscan asegurar que la Administración cuente con los profesionales que reúnan las mejores calidades.”

¹³⁵ Anexo A, caso 16, Sentencia T-216 de 2014, MP Eduardo Montealegre Lynett, consid. 25.2.

¹³⁶ Anexo A, caso 21, Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.2.2.

de 2002. Revela también un sesgo interpretativo del Órgano de Transparencia, pues la Ley también señalaba entre sus objetivos: el “acceso a la información” de forma “sencilla”, la “democratización del Estado” y la “vigencia del estado de derecho”¹³⁷.

En sus primeras resoluciones, el Órgano de Transparencia ordena liberar cierta información personal del currículo de los servidores públicos, en tanto la misma “acredita que el perfil del servidor público corresponde al cargo público que ocupa, lo que propicia el cumplimiento de los objetivos de la Ley, tales como la rendición de cuentas y la transparencia gubernamental”¹³⁸. Esto mismo ocurre, en el caso de la liberación excepcional de la fotografía de un servidor público cuyas funciones incluían la realización de “visitas domiciliarias”, al estimar dicha información “necesaria para acreditar la idoneidad del [servidor público] en el ejercicio de sus funciones”¹³⁹.

El mismo criterio, parece ser acogido por la Suprema Corte de Justicia en una sentencia de amparo, en donde se discutía la constitucionalidad de una condena penal contra el editor de un medio de comunicación por el “delito de ataques a la vida privada”¹⁴⁰. Para la Suprema Corte existen asuntos que a pesar de que puedan estar relacionados con la vida privada, su publicidad puede resultar amparada en la libertad de expresión en tanto “guardan clara conexión con aspectos que es deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones de juzgar adecuadamente la actuación [de] funcionarios o titulares de cargos públicos”¹⁴¹.

¹³⁷ México. Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia de 2002. Artículo 4. “Son objetivos de esta Ley: I. Proveer lo necesario para que toda persona pueda tener acceso a la información mediante procedimientos sencillos y expeditos; II. Transparentar la gestión pública mediante la difusión de la información que generan los sujetos obligados; III. Garantizar la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados; IV. Favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados; V. Mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos, y VI. Contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho.

¹³⁸ Anexo B, casos 2 y 6, IFAI, R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid., sexto, y R 2168/11, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño, consid., cuarto.

¹³⁹ Anexo B, caso 4, IFAI, R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid, cuarta “[El acceso a esta información] tiene como finalidad garantizar a los contribuyentes que la persona que está llevando a cabo facultades de verificación, inspección o fiscalización tiene las atribuciones suficientes para efectuarlas.”

¹⁴⁰ Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo Directo en Revisión 2044/2008, 17 de junio de 2009, MP José Ramón Cossío (considera inconstitucional la condena penal impuesta contra el director del periódico “la Antorcha” por el delito de ataques a la vida privada, en tanto el juzgador no consideró el posible interés público en la publicación de una nota donde, entre otras, se hacían alusiones a la posible orientación sexual diversa de un funcionario público, y el menor grado de protección del derecho a la vida privada que tienen los servidores públicos en una democracia representativa) Consid. Quinto, 3, e. “Debía haberse considerado, más específicamente, la posibilidad de que las declaraciones de un ex empleado de un Presidente Municipal (...) estuvieran respaldadas por un fuerte interés público ligado al hecho de que existiera un debate acerca de la regularidad o irregularidad de su gestión.”

¹⁴¹ *Ibid.* “[L]as personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas (...) así como los candidatos a desempeñarlas, tienen un derecho a la intimidad y al honor con menos resistencia normativa general (...) Y ello es así por motivos estrictamente ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades. Ello puede otorgar interés público (...) a la difusión y general conocimiento de datos que, pudiendo calificarse de privados desde ciertas perspectivas, guardan clara conexión con aspectos que es deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones [de] juzgar adecuadamente la actuación de los primeros como funcionarios o titulares de cargos públicos.”

En los casos relacionados con información del pasado, los criterios invocados para permitir el acceso a la información personal son también la gobernanza y la transparencia¹⁴². En el relativo a los documentos del Archivo General de la Nación que versaban sobre Elena Garro y Octavio Paz, el Órgano de Transparencia reconoce como finalidad del acceso el conocimiento de la “verdad histórica” y las condiciones para controlar la “actuación de las autoridades”¹⁴³. La importancia de la construcción de la memoria histórica, no obstante, está determinada más por la condición de personajes públicos de los titulares de la información, que por una reflexión sobre la fundamentación del derecho de acceso. Esta situación se repite en otro de esos casos, relacionado con los expedientes de 4 ciudadanos desaparecidos durante el periodo de la guerra sucia. La mayoría de la “información personal” de estos expedientes fue liberada bajo la consideración de que sobre sus titulares se habrían cometido graves violaciones a los derechos humanos, lo cual permitía “conocer las circunstancias que rodearon los movimientos sociales y políticos del pasado, así como la información con que contaban las autoridades al respecto (...) y [su desempeño] frente a dichas personas”¹⁴⁴. Nuevamente, el valor de la información personal como un medio para esclarecer los hechos y conocer la verdad está eclipsado por su valor para determinar la conducta de las autoridades. Es la condición instrumental de la información para evaluar el comportamiento de los agentes del Estado la que le sirve de fundamento al derecho.

La centralidad de estos criterios servirá también, como en el caso colombiano, para la formulación de argumentos *a contrario* al momento de estimar la publicidad o no de la información. Según este argumento, toda información personal cuya revelación quede por “fuera de los objetivos de la Ley”, en especial “transparentar la gestión pública (...) y favorecer la rendición de cuentas”, debe considerarse confidencial, en tanto “no trasciende al ámbito público”¹⁴⁵. Argumento empleado con frecuencia para justificar la confidencialidad de las fotografías de los servidores públicos¹⁴⁶. O para la toma de decisiones que parecen absurdas, como en el caso en que se decide al mismo tiempo publicar y conservar la confidencialidad de la firma de una persona, a partir de distinguir los documentos en que constaba; por un lado, en

¹⁴² Anexo B, caso 32, IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., cuarto. “[D]ebe hacerse una distinción entre datos personales que no contribuyen a la debida rendición de cuentas y transparencia en la gestión de las autoridades de esa época ni al conocimiento de los acontecimientos que rodearon los movimientos [políticos y sociales del pasado].”

¹⁴³ *Ibid.*, consid., quinto. “[P]or ejemplo, de dichos documentos se desprende que Elena Garro era informante del Gobierno Federal (...) a la vez que era espiada por el propio gobierno, lo que constituye información cuya difusión contribuye, sin duda alguna, a transparentar la gestión de las autoridades en aquella época y favorece la rendición de cuentas a los ciudadanos.”

¹⁴⁴ Anexo B, caso 33, IFAI, R 522/06, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid. séptimo (ordena liberar información relacionada con ideología, salud física y mental, relaciones familiares, y fotografías, en tanto la misma permita “llegar a la verdad sobre lo sucedido con estas personas” o “revelar actuaciones de las autoridades que pudiesen haber trascendido al aspecto físico”)

¹⁴⁵ Anexo B, caso 5, IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo.

¹⁴⁶ Anexo B, caso 8, IFAI, R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco, consid., cuarto (en tanto la fotografía, no permite “acreditar la idoneidad de un servidor público para su cargo” no es susceptible de publicidad)

un documento público¹⁴⁷, por el otro, en su *curriculum vitae*. En aquel ordenó su publicidad, en este no, al no haber sido estampada “en el ejercicio de sus funciones como servidora pública”.

En los casos relacionados con el secreto fiscal, el criterio central que guía la aplicación del derecho de acceso también es la gobernanza. En el primero de estos casos, el Órgano de Transparencia consideró que la publicidad de la información personal relacionada con créditos fiscales cancelados por imposibilidad práctica de cobro permitía “valorar el desempeño” del sujeto obligado como encargado de “recaudar eficientemente las contribuciones” y “proporcionar la información necesaria para la evaluación de la política tributaria”¹⁴⁸. En el segundo caso, el INAI consideró que la cancelación de créditos fiscales no es “un derecho del contribuyente sino un acto discrecional del SAT que debe motivarse” y “donde mayor control debe existir por parte de los particulares, para evitar actos de corrupción” y de “favoritismo”. Para el INAI, el suministro de dicha información “facilitaría evaluar la eficiencia en el actuar del [SAT] respecto de sus facultades de cobro”¹⁴⁹.

Una situación similar ocurre en los casos sobre evaluaciones de los servidores públicos. El Órgano de Transparencia ordena la publicidad de las “calificaciones” de las personas que fueron contratadas, tras aprobar el examen de ingreso al servicio exterior mexicano en 2002, en tanto ello “favorece la rendición de cuentas a los ciudadanos (...) el principio de eficiencia administrativa” y “la supervisión ciudadana”¹⁵⁰. Este mismo criterio guía la publicidad de la información de la evaluación universal de docentes de educación primaria de 2012, al que le suma un argumento marginal a partir del criterio democrático¹⁵¹, bajo la consideración de que liberar esta información “fomenta la participación” de la sociedad y contribuye a lograr una “opinión pública informada”. Este criterio, sin embargo, parece jugar un papel subsidiario frente al de “evaluar el papel de la autoridad” que practica el examen, que nuevamente parece gobernar el caso.

El otro gran criterio que guía la aplicación del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal es el del estado de derecho. Si bien, distinguirlo de los dos anteriores

¹⁴⁷ Anexo B, caso 6, IFAI, R 2168/11, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño, consid., cuarto. “[L]a firma de los servidores públicos, vinculada al ejercicio de la función pública, es información de naturaleza pública dado que documenta y rinde cuentas sobre el debido ejercicio de sus atribuciones”

¹⁴⁸ Anexo B, caso 30, IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., cuarto. “[E]l único mecanismo para que la sociedad pueda evaluar si el Servicio de Administración Tributaria está cumpliendo correctamente con su atribución de “recaudar eficientemente” y “evitar la evasión y elusión fiscal” -en el marco de la solicitud de información que nos ocupa-, es conocer a las personas físicas y morales a quienes les ha cancelado adeudos, así como los montos, número de crédito y motivos o razones de tal cancelación.”

¹⁴⁹ Anexo B, caso 31, INAI, RDA 1118/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov, consid., cuarto.

¹⁵⁰ Anexo B, caso 14, IFAI, R 643/04, CP María Marván Laborde, consid., cuarto.

¹⁵¹ Anexo B, caso 17, INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto. “La difusión de la información solicitada favorece la rendición de cuentas y fomenta la participación democrática de la sociedad, pues conocer los resultados o puntuaciones obtenidas por cada uno de los docentes (...) podría formar una opinión informada sobre las medidas adoptadas por la autoridad, para mejorar la calidad de la educación.”

(gobernanza y transparencia) no resulta sencillo, consideramos que es posible a partir de un énfasis en el enjuiciamiento de la conducta oficial a partir de la observancia del ordenamiento jurídico y, por tanto, de la posible responsabilidad jurídica, y no sólo política o social (más cercanas al criterio de gobernanza) que le pueda caber a los servidores públicos¹⁵².

El criterio de estado de derecho orienta el caso de la entrega parcial de información personal de los expedientes clínicos de quienes fallecieron estando privados de su libertad por el Estado. En este caso el IFAI estimó la existencia de un interés público “en transparentar y rendir cuentas respecto de las condiciones en que se suscita la muerte de personas que se encuentran bajo la custodia del Estado”¹⁵³ y, en facilitar que “la sociedad cuente con elementos que le permitan constatar cuál fue el actuar de las autoridades a quienes confía la integridad personal de quienes por razones penales se encuentran privados de su libertad”¹⁵⁴.

En relación con la información personal sobre condenas en firme contra servidores públicos el criterio imperante es también el de estado de derecho. Como puede advertirse en el caso de la publicidad del nombre de los militares condenados “por delitos contra la salud, crimen organizado y/o uso de recursos de procedencia ilícita” bajo el argumento de la existencia de un “interés público en conocer la forma en que estos ejercen sus funciones”¹⁵⁵. O en el caso en que ordena la publicidad del nombre de los servidores públicos condenados previa denuncia de la Secretaría de la función pública, ya que, “tratándose de servidores públicos dada la función que realizan están sujetos a un escrutinio por parte de la sociedad, durante y al término de su encargo”¹⁵⁶. En estos casos, sin embargo, el Órgano de Transparencia no contempla la posibilidad de que este mismo argumento se predique de la información personal relacionada con procesos abiertos o con sentencias no definitivas. La presunción de inocencia y la tendencia a proteger (toda) la información personal determinan la confidencialidad de dicha información. Que este sea el caso deja con muy poco juego a los criterios del estado de derecho y de la gobernanza que, al parecer, sólo operan una vez un juez ha dicho la última palabra sobre la

¹⁵² Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999 (sobre los criterios para diferenciar el control jurídico de otras formas de control, como el control político y el control social)

¹⁵³ Anexo B, caso 19, IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., noveno. “[L]a naturaleza de las circunstancias requiere hacer una valoración que justiprecie la conservación del monopolio o exclusividad en el acceso a los expedientes por parte de sus parientes y la apremiante demanda social de conocer y someter a escrutinio público la circunstancia de sus muertes [máxime] si los únicos servicios de salud que pudieron recibir son aquellos directamente proporcionados por el Centro.”

¹⁵⁴ Anexo B, caso 19, IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., décimo.

¹⁵⁵ Anexo B, caso 24, IFAI, R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., quinto, “[A]l haber sido servidores públicos que desempeñaban un cargo, que además era remunerado con recursos públicos, deben estar sujetos al escrutinio público respecto de la forma en que desempeñaron el quehacer que les fue encomendado, de tal suerte que resulta imprescindible que los gobernados puedan identificar a aquellos militares que incurrieron en faltas graves en contra de la Nación.”

¹⁵⁶ Anexo B, caso 25, INAI, RDA 5112/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “[Por] tratarse de información relacionada con el servicio que prestaban [la misma] da cuenta de la idoneidad de la persona respecto de las funciones que le fueron asignadas y, por lo tanto, (...) guarda una relación directa con la gestión del servicio público.”

responsabilidad (penal) de los servidores públicos. Para entonces, el papel fiscalizador de la ciudadanía es prácticamente inútil, el derecho de acceso a la información pública ha perdido la oportunidad de realizar sus fines como dispositivo de control de la conducta de los servidores públicos.

La centralidad de los criterios de gobernanza y transparencia, y también del de estado de derecho nos dicen mucho sobre la marginalidad de los otros dos criterios: el democrático y el de la libertad instrumental. No deja de ser paradójico que el criterio democrático, que suele presentarse como el argumento material más poderoso para justificar el derecho de acceso a la información pública, no tenga un rol relevante en los ejercicios de fundamentación del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal. ¿Cómo explicar esta suerte de argumento ausente? Quizá la respuesta nos la ofrezca la operatividad del modelo mexicano de protección maximalista de la información personal. En este contexto es entendible la poca disposición a discutir la publicidad de la información personal en poder del Estado como un medio para enriquecer el debate público y la opinión pública. Porque se ha considerado como una cuestión de principio que esta información no tiene vocación de publicidad. Este diseño, que sofoca la interpretación del derecho de acceso a la información pública como un vehículo para el fortalecimiento democrático, termina por impedir la existencia de un régimen vigoroso de libertad de expresión, donde se pueda conocer y se pueda debatir sobre cualquier asunto, incluidos los que suponen la revelación de información personal.

Una suerte similar ha corrido el criterio de la libertad instrumental. El Órgano de Transparencia no ha considerado el interés específico del titular del derecho de acceso a la información como un asunto si quiera relevante en la interpretación y aplicación del derecho. Así, por ejemplo, en un caso relacionado con el acceso a los resultados de exámenes para determinar la permanencia de miembros de la policía federal¹⁵⁷, el Órgano de Transparencia no valoró que el peticionario requería la copia de su expediente laboral para discutir ante los jueces la legalidad de la decisión de desvincularlo del servicio.¹⁵⁸ Adelantó el análisis de publicidad de la información como si la misma estuviera orientada únicamente por los fines de la gobernanza y la transparencia gubernamental y no se pronunció sobre la idoneidad de la información para la realización del fin perseguido por el titular del derecho. Otro caso muy similar es el de la guardería ABC. Entonces, el peticionario requería información sobre la asignación de los recursos federales del fideicomiso para la indemnización a las víctimas del incendio de la guardería, para hacerla valer en un proceso judicial. En específico, para ejercer su derecho de defensa como posible responsable de la

¹⁵⁷ IFAI, R 644/13 TER, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid. Sexta (ordena el acceso a una versión pública de su propio expediente en el que se testan entre otros las preguntas y reactivos de los exámenes psicológico y de polígrafo en tanto se encuentran “sujetas permanentemente a procesos deliberativos” y los nombres, número de cédula profesional, firma y clave de los médicos y evaluadores, en tanto se trata de “servidores públicos dedicados a actividades de seguridad”, cuya revelación podría afectar la seguridad nacional y la vida e integridad de sus titulares)

¹⁵⁸ IFAI, R 644/13 TER, CP Jacqueline Peschard Mariscal, anteced., II. “[D]ichos documentos no podrán negárseme a mí (sic) y menos si deberán usarse en un procedimiento en forma de juicio en los que los requiero para mi defensa.”

tragedia¹⁵⁹. Este dato no fue considerado por el Órgano de Transparencia, el cual, inducido por una forma de interpretar el derecho, orientado por los criterios de gobernanza y transparencia, ordenó la entrega de una versión pública sin valorar si la misma le permitiría al peticionario el ejercicio de su derecho de defensa. Sin valorar si la información así entregada era suficiente y pertinente para el interés específico que lo llevó a solicitarla. En estos dos casos, al ignorar el interés del particular y el criterio de libertad instrumental, el Órgano de Transparencia le otorga un entendimiento al derecho de acceso a la información pública que deja muchas dudas sobre su verdadero carácter de derecho fundamental. En la práctica, parece más un mero derecho legal diseñado para articular las relaciones entre la administración y los administrados, bajo los fines de la rendición de cuentas y la transparencia.

7.4 Conclusión del capítulo VII

Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, el derecho de acceso a la información pública tiene vocación regulatoria sobre la información personal poseída por el Estado. Esto con fundamento en dos argumentos: su tipificación en los textos constitucionales y en la jurisprudencia constitucional -que coincide con sus definiciones legales- y el alcance del principio de máxima publicidad -como estándar interamericano y como norma de derecho interno-.

A partir de las fuentes relevantes, el principio de máxima publicidad tiene un carácter proteico: a) es un principio que pre-configura la existencia de un régimen de regla-excepción, en donde la regla general es la publicidad de toda la información en poder del Estado; b) es una presunción *iuris tantum* según la cual la información poseída por el Estado se presume publica-accesible; c) es un principio interpretativo del derecho fundamental de acceso a la información pública y de las leyes de transparencia; y d) es un mandato constitutivo de la publicidad de toda la información en posesión del Estado. En cualquiera de sus facetas, el principio de máxima publicidad apunta a que la información personal poseída por el Estado tiene vocación para integrar el objeto del derecho de acceso a la información pública.

La definición del objeto del derecho de acceso a la información pública, sin embargo, está determinada por la existencia de posibles excepciones o límites. Estas excepciones, según el estándar interamericano, deben estar contenidas en una ley, ser claras y precisas y ser necesarias en una sociedad democrática. El carácter de estas excepciones aplica también para la información personal en poder del Estado.

¹⁵⁹ Anexo B, caso 38, IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, anteced., IV. Por cuestiones de procedimiento, se pudo saber que el peticionario requería la información para hacerla valer en su beneficio (cuestionar el monto de la caución para su libertad condicional) dentro del proceso penal al que estaba sujeto como posible responsable por la muerte y lesiones de algunos de los niños y niñas de la guardería ABC.

En este punto difieren el modelo colombiano y el mexicano. Ilustramos esta diferencia con la introducción de dos tesis sobre la información personal como objeto del derecho de acceso a la información pública: la tesis de la indiferencia en el caso colombiano y la tesis restrictiva en el caso mexicano. Aquella, alineada con los estándares interamericanos, concibe la información personal como posible excepción bajo tres (exigentes) requisitos: que la información personal sea pública confidencial, que su divulgación suponga un daño a determinados intereses de su titular y que el interés en evitar dicho daño supere en importancia el interés en su divulgación. Por su parte, el caso mexicano subvierte el contenido del principio de máxima publicidad, en tanto introduce como regla general la confidencialidad de (toda) la información personal poseída por el Estado al que acompaña un nuevo listado de excepciones.

El modelo colombiano así definido, enfrenta dos problemas: la incertidumbre sobre el alcance de las leyes estatutarias que regulan las reglas de prelación para resolver el problema de la publicidad de la información personal poseída por el Estado y la aparente necesidad de la prueba de daño en todo caso en que se persiga acceso a la información personal de terceros. Frente a este último problema advertimos la posibilidad de introducir excepciones al derecho de acceso a la información pública a través de normas específicas que puedan obviar la prueba de daño. Alternativa que acompañamos con razones de índole constitucional y de democracia deliberativa.

El modelo mexicano así definido enfrenta también dos problemas. El primero es el de la posible antinomia con los estándares interamericanos, en especial con el principio de máxima divulgación, al incluir la regla general de confidencialidad de (toda) la información personal, sin que la misma constituya como tal una excepción que sea clara y precisa, y que engendra dudas sobre su carácter necesario en una sociedad democrática. El segundo es que el Órgano de Transparencia ha interpretado las excepciones al derecho de acceso a la información a favor de resguardar la información y no de conceder el acceso, en contra del principio de máxima publicidad.

En relación con el ámbito del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal advertimos un problema de indefinición de lo que se considera público para efectos de definir el ámbito de operación de este derecho. Este problema intentamos resolverlo con la identificación de cuatro marcadores de publicidad: el interés público, lo público como lo estatal, lo incidental a lo público como lo estatal, y lo público como lo expuesto.

En el caso del interés público renunciamos a la posibilidad de alcanzar una definición operativa y optamos por la identificación de algunos criterios para su concreción a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos criterios son: a) permitir dar cuenta de la idoneidad de los servidores públicos o de los candidatos a serlo o de su conducta oficial o de la forma en que ejercen sus funciones; b) permitir dar cuenta de la “integridad” del servidor público, a pesar de que no esté referida a su conducta oficial, y c) permitir dar cuenta de asuntos que involucren un legítimo interés de la sociedad o de un grupo de personas.

En el caso de lo público como lo estatal identificamos la existencia de tres criterios para su concreción, esto es, si la información personal: a) tiene relación con el ejercicio del poder público, en tanto permite dar cuenta de cómo se ejerce dicho poder, b) tiene relación con los recursos públicos, y permite dar cuenta de la forma como se ejecutan y se usan dichos recursos y c) tiene relación con los servidores públicos, y permite dar cuenta de su idoneidad y de su conducta oficial.

En el caso de lo incidental a lo público como lo estatal, consideramos que, a pesar de que la información personal no incorpore un interés público, ni concrete alguna de las manifestaciones de lo público-como-lo-estatal, sigue siendo posible que la misma integre el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública. Esto sucede cuando existe un interés legítimo del titular del derecho en acceder a ella, sin que el mismo tenga que coincidir con un interés público. En estos casos es posible que se presente una colisión de derechos fundamentales, resultado de la oposición entre intereses privados, que debe ser resuelta mediante un ejercicio de ponderación diferente al de la prueba de interés público y en el cual las razones para el acceso a la información deben ser presentadas por su titular y valoradas por el operador jurídico. En estos casos, consideramos, hay que introducir algunos ajustes a la normatividad, justificados en una interpretación del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental *qua* libertad individual.

En el último de los marcadores, el caso de lo público como lo expuesto, consideramos, por la negativa, que el hecho de que cierta información personal haya sido exhibida o expuesta y que a su vez esté en posesión del Estado, no constituye un argumento suficiente, ni legítimo para obtener su entrega. Esto en razón a que, ni los medios de comunicación, ni la Internet, donde ocurre la publicidad de facto, constituyen el ámbito del derecho de acceso a la información pública.

En el plano de la fundamentación del derecho de acceso a la información pública identificamos cinco criterios interpretativos dominantes: democrático, estado de derecho, gobernanza, transparencia y libertad instrumental. Estos criterios permiten darle sentido y justificación al derecho; permiten responder a la pregunta por su importancia, su razón de ser y su función en los ordenamientos jurídicos que lo reconocen.

El criterio democrático resalta la función de este derecho para el correcto funcionamiento de la forma democrática de gobierno; en especial, para el debido ejercicio de los derechos políticos a participar en la conformación y control del poder público mediante la formación de la opinión pública y las mejores condiciones para el debate en asuntos de interés público. El criterio del estado de derecho resalta su importancia para darle seguimiento al funcionamiento de las instituciones bajo el imperio de la ley. El criterio de la gobernanza, pone el énfasis en su función como dispositivo para optimizar la eficiencia del Estado y para concretar la rendición de cuentas de los servidores públicos. El de la transparencia, resalta su importancia como medio para alcanzar una cultura organizacional de las administraciones públicas donde se privilegie la

publicidad, se restrinjan los secretos y se minimice la corrupción. Y finalmente, el criterio de la libertad instrumental expresa la importancia de este derecho para la agencia libre de las personas, para el ejercicio de otros derechos fundamentales y para la satisfacción de los intereses legítimos de su titular.

En la casuística del caso colombiano encontramos que, a pesar de que la concepción del derecho de acceso a la información pública incluye los cinco criterios, predomina el de la libertad instrumental. La Corte Constitucional colombiana le ha reconocido a este derecho un importante lugar en la agencia de los intereses individuales de las personas y lo ha reconocido como un genuino derecho fundamental *qua* libertad individual.

Por su parte en la casuística del caso mexicano los criterios dominantes son la gobernanza y la transparencia. El Órgano de Transparencia mexicano los emplea con asiduidad como criterios justificatorios del derecho de acceso a la información pública *qua* información personal. El criterio democrático es empleado de forma marginal y el criterio de la libertad instrumental no ha sido acogido. Esto último parece apuntar a que el derecho de acceso a la información pública opere más como una función de la eficiencia del aparato estatal, que como un auténtico derecho fundamental *qua* libertad individual.

Por último, en ambos casos, los criterios de la gobernanza y de la transparencia han servido para la elaboración de argumentos *a contrario* orientados a limitar el alcance del derecho de acceso a la información pública. Si se advierte que la información personal no permite realizar los fines de la gobernanza o de la transparencia, la información no es suministrada al peticionario, sin que en estos casos se valoren las demás finalidades que puede concretar el derecho. La fundamentación del derecho de acceso a la información pública cumple en estos casos un rol paradójico: genera el escenario propicio para que los argumentos sobre los derechos a la protección de la vida privada y de los datos personales ganen la partida y terminen por resolver, a su favor, el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

·∞·

Conclusión General

Sobre el argumento general de la tesis

Para comprender y resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado son imprescindibles al menos cinco herramientas: la legislación aplicable, la casuística, las dicotomías de lo público y lo privado, las técnicas de ponderación y la dogmática constitucional de los derechos al acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de los datos personales.

El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado tiene una naturaleza eminentemente polar. Su solución se ofrece en la forma de una alternativa nítida: o la información personal es publicada (léase, es permitido su acceso a terceros) o la información personal es resguardada (léase, no es permitido su acceso a terceros). Esta característica del problema hace que su solución suponga *siempre* el establecimiento de una relación de prevalencia entre los derechos (intereses, valores) enfrentados. En términos jurídicos esto se concreta en normas jurídicas de prevalencia.

El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado es, por regla general, diagnosticado y resuelto *in abstracto* a partir de un sistema de regla-excepción. Un sistema de regla excepción es un complejo de normas jurídicas que establecen las relaciones de prevalencia entre los derechos (intereses, valores) orientados ya a la publicidad, ya al resguardo de la información personal. En estados democráticos, con supremacía de la Constitución, el sistema de regla-excepción es definido por el legislador y en principio se encuentra justificado constitucionalmente.

El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado se resuelve *in concreto*, y por regla general, con la aplicación de un sistema de regla-excepción. Este sistema es operable de forma sencilla a partir de prácticas de instanciación normativa (subsunción) para lo cual basta conocimiento de la legislación aplicable y de la casuística, y no se requieren conocimientos especializados en Teoría del Derecho o en Derecho Constitucional.

El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado se resuelve, en casos excepcionales, a partir de una revisión *ad hoc* de los términos del sistema regla excepción. Esto sucede cuando los hechos de un caso permitan revelar la existencia de problemas de fundamentación o de validez (constitucional) de la regla de prelación. En estos casos, son

necesarios conocimientos específicos en Teoría del Derecho y en Derecho Constitucional, en especial, los relacionados con la dogmática constitucional de los derechos fundamentales al acceso a la información pública, y a la protección de la vida privada y de los datos personales.

Definir la existencia de un problema de fundamentación o de validez de la regla de prelación, esto es, la existencia de un problema de constitucionalidad del sistema de regla-excepción (con base en la inconstitucionalidad de sus términos o de la interpretación dada a sus términos) es un problema de política constitucional. Por el mandato de supremacía de la Constitución y de prevalencia de los derechos fundamentales, todas las instituciones del Estado deben dar aplicación prevalente a los derechos fundamentales. Sin embargo, en términos institucionales, son los órganos constitucionales de cierre los que tienen la última palabra sobre estas cuestiones. En el caso colombiano, la Corte Constitucional, en el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Órgano Nacional de Transparencia.

Para mantener dentro de la órbita del Derecho la solución de los problemas de validez de la regla de prelación, mediante el despliegue de ejercicios de ponderación, es indispensable una dogmática constitucional específica de los derechos de acceso a la información pública, y protección de la vida privada y de los datos personales. Esta dogmática permite mantener las decisiones que alteran la regla de prelación (esto es las que corrigen la decisión del legislador) en el cauce del Derecho Constitucional. En este sentido se afirma que la misma tiene una doble función heurística y normativa.

La dogmática de los derechos fundamentales de acceso a la información pública, y de protección de la vida privada y de los datos personales de la que hablamos se ocupa de dos aspectos centrales de estos derechos: su estructura y su fundamentación.

Argumentos específicos sobre el objeto y sobre el ámbito de los derechos fundamentales son indispensables para identificar los límites de estos últimos. Ninguno de los derechos mencionados tiene una vocación de regular de forma total el fenómeno de la información personal poseída por el Estado y el universo de conductas posibles en torno suyo. La posibilidad de identificar los límites y el alcance regulatorio de los derechos es un aporte concreto de la dogmática de los derechos fundamentales a la solución del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado.

Argumentos específicos sobre la fundamentación de los derechos fundamentales son indispensables para hacer explícita su razón de ser, para mostrar qué tipo de intereses y de valores los inspiran, y finalmente a qué ideología(s) son instrumentales. La centralidad de los ejercicios de fundamentación de los derechos cuestiona la idea de que existan objetos de protección *per se*. Rechaza las premisas según las cuales la información personal o el acceso a la misma sean objetos de protección *per se*. Torna imprescindible la exposición de las razones que justifican la protección de ciertos objetos y, por tanto, el debate y el control sobre la plausibilidad de dichas razones, en términos constitucionales.

Sobre otros hallazgos

El diseño del sistema regla-excepción para resolver el problema de la publicidad de la información en poder del Estado es diferente en Colombia y en México. La diferencia central es que en Colombia no se parte de la premisa según la cual toda la información personal en poder del Estado está en principio protegida por el mandato de confidencialidad, como sucede en el caso mexicano. Además de revelar la importancia de las lecturas locales del problema y la irreductible singularidad de cada experiencia, esta diferencia puede ser ilustrada a partir de conexiones globales. No es posible hacer una buena lectura de este problema en México sin soslayar la especial influencia que ha tenido el Derecho Europeo de la protección de datos personales y su apuesta por definiciones maximalistas. A su vez, tampoco es posible hacer una buena lectura de este problema en Colombia sin considerar la especial influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su apuesta por el principio de máxima divulgación.

Sesgo europeo o sesgo interamericano, nuevamente el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado aparece planteado en los términos de una alternativa. La cuestión por desatar en el futuro próximo es evaluar cuál de estas dos ofrece mejores herramientas para enfrentar el problema. Poco hemos escuchado de evaluación de la política de transparencia y protección de datos frente a este problema específico. ¿Cuánto de vida privada, de autonomía, de igualdad se está protegiendo realmente? ¿Cómo justificar, en términos empíricos, y no solo abstractos, el alto costo de una política de protección de todos los datos personales, en todos los documentos en posesión de los sujetos obligados? ¿Cómo acomodar de una mejor forma la protección de la información personal (que merece realmente ser protegida) con los demás derechos en juego y en especial con la libertad de expresión? Todas son cuestiones pendientes que esta investigación apenas permite vislumbrar.

El problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, tanto en Colombia, como en México, suele ser planteado como una colisión entre derechos fundamentales que debe resolverse mediante ejercicios de ponderación. Esto parece obedecer a una lectura sobredimensionada del problema, si tenemos en cuenta que, en su gran mayoría, los casos que lo actualizan se resuelven con el sistema de regla-excepción. El hecho de que una minoría realmente excepcional de casos termine por resolverse con una alteración de la regla de prevalencia, previo un ejercicio de ponderación, no le hace justicia a dicho planteamiento.

A esta lectura, que entiende el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado como un problema de colisión entre derechos fundamentales que debe resolverse mediante ejercicios de ponderación, se ha sumado una adopción irreflexiva de elementos de la Teoría de los principios, en especial en la versión canónica de Robert Alexy. Esto con tres agravantes, primero, que los elementos de esa Teoría no son adecuados para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, entendido como un problema de carácter eminentemente polar y para el cual es imposible una solución por optimización por

gradientes o mediante armonización concreta; segundo, que la definición de lo que sea un “ejercicio de ponderación”, cuándo es necesario desplegarlo y cómo hacerlo no ha sido lo suficientemente claro (ni en la Ley ni en la casuística). En México, la Ley General de Transparencia ha regulado el tema de forma anti-técnica y terminó por combinar elementos de la llamada prueba de interés público con elementos del test de proporcionalidad. Y tercero, que los términos de dicha teoría son difíciles de operar, incluso para expertos, situación ilustrada con algunos de los casos referenciados del Órgano de Transparencia mexicano.

Las dos conclusiones anteriores, deben llevar a una reflexión sobre cuál ha de ser el justo lugar de la ponderación para diagnosticar y resolver el problema de la publicidad de la información personal, por un lado, y por el otro, indican la urgencia de aclarar y simplificar lo que ha de entenderse por ponderación y la forma en que la misma debe desatarse. Esta tesis propone una forma sencilla de ponderación, muy emparentada con la formulación original de la “prueba de interés público” en el caso mexicano, centrada en definir la mayor importancia relativa de los intereses (públicos y privados) enfrentados y que prescinde de varios de los elementos de la Teoría de los principios.

En el plano de la dogmática del derecho fundamental a la protección de datos personales, la diferencia más notable entre Colombia y México está relacionada con su ámbito de protección. Esta diferencia se ilustra con las dos posturas (restrictiva y extensiva) sobre el alcance de la expresión “tratamiento de datos personales”. En el caso colombiano, que acoge la postura restrictiva, el ámbito de este derecho es el del tratamiento de datos que han sido estructurados para tal fin. En el caso mexicano, que acoge la postura extensiva, el ámbito de este derecho es el del tratamiento *in genere* de datos personales. Las implicaciones de esta consideración dogmática para el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado son enormes. En el caso colombiano permite descartar la necesidad de proteger, por *default*, cada pieza de información personal que se encuentre de forma incidental en los documentos sobre los cuales se pide acceso. En el caso mexicano, por el contrario, impone la necesidad de dicha protección.

En el plano de la dogmática del derecho fundamental al acceso a la información pública la diferencia más notable entre Colombia y México está relacionada con su fundamentación. Esta diferencia se ilustra con la posibilidad de considerar el derecho de acceso a la información pública como una típica libertad individual. En el caso colombiano, este derecho es considerado como tal y, en este sentido, se ha interpretado como una herramienta que permite la agencia de intereses individuales y el acceso a información personal de terceros poseída por el Estado, independientemente de que la misma revista o no un interés público. En el caso mexicano, a pesar de que se afirma que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental, no ha sido entendido como una libertad individual, sino como una herramienta para garantizar la transparencia o la gobernanza o el buen funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen democrático, esto bajo la premisa de que sólo es posible el acceso a información personal poseída por el Estado que revista un interés público.

Estas dos diferencias ilustran la importancia del alcance de los elementos dogmáticos de los derechos fundamentales, no sólo para definir el carácter constitucional o no de ciertas reglas propias del sistema regla-excepción, sino para orientar, en clave constitucional, la forma en que debe entenderse y en que puede ser resuelto el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. La dogmática constitucional cumple aquí funciones heurísticas y normativas, y permite avanzar un mejor diagnóstico y una mejor solución de dicho problema a partir de narrativas constitucionales.

Sobre algunos aspectos que quedaron pendientes y lo por venir

Varios de los temas pendientes del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado están relacionados con el macro-contexto del funcionamiento de la *web*. Indicamos dos. Uno, ligado a las implicaciones de la facilidad de acceso a la información personal a partir de servicios de indexación ofrecidos por los intermediarios de Internet (buscadores, redes sociales, etc), como serían, por ejemplo, la de definir cuál debe ser el alcance del mandato de publicidad proactiva o hasta donde el Estado puede (o incluso debería) desplegar técnicas de desindexación de la información que sube a la web. El segundo, está relacionado con la forma de enfrentar algunas de las paradojas de la sociedad de la información, como aquella representada en la euforia de los ciudadanos por la conectividad, vía redes sociales, que ha conducido a la entrega masiva e indiscriminada de datos personales a terceros y el inefable contraste que esto supone con políticas estatales de protección de datos personales, a veces celosas hasta el extremo; o como la del desafío tecnológico que suponen las técnicas de des-anonimización, el big data y la minería de datos frente a las prácticas rudimentarias de publicidad mediante versiones públicas y la misma publicidad proactiva, que parecen hacer del mandato de confidencialidad de la información personal un ilusorio ideal regulativo.

Por otra parte, consideramos que el potencial de la dogmática constitucional apenas ha sido esbozado. Aceptamos que dejamos de revisar múltiples aspectos dogmáticos de los derechos de base. Destacamos dos, muy evidentes. En el caso del derecho de acceso a la información pública extrañamos profundizar en el objeto “acceso”. Esto nos hubiera permitido ilustrar aspectos como los relacionados con el formato en que debe y puede ser entregada la información personal (físico, electrónico, con datos abiertos, con claves de bloqueo) en las vías para concretar este acceso (desde la publicidad proactiva en páginas web con datos abiertos, hasta la facilidad del correo electrónico o de buzones electrónicos asignados a los ciudadanos) o en la oportunidad y demás circunstancias espacio-temporales de dicho acceso (publicidad fragmentada, des-localizada, condicionada a confidencialidad, etc). En el caso del derecho a la protección de la vida privada y de los datos personales, por su parte, extrañamos análisis más detallados sobre el problema de la titularidad. Esto nos hubiera permitido abordar los casos polémicos en donde los titulares son niños y niñas, o los de su titularidad por parte de los servidores públicos y las sub-especies que pueden ser relevantes (candidato a, ex-servidor, de alto, mediano o bajo nivel, de elección popular, etc.) o incluso el caso de personalidades públicas o de personas morales-

jurídicas poderosas, en donde el argumento del interés público en su doble versión estatal o republicana perfila ser nicho fértil.

Análisis minuciosos de estos y otros elementos son imperativos dentro del proyecto de elaborar una gran tónica del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado en clave de dogmática constitucional. Nuevos y mejores estudios sobre este problema quedan en ciernes. Si este trabajo pudiese ser visto como un pequeño primer paso en esta dirección habrá honrado el esfuerzo cometido.

•∞•

Referencias

1. Biblio-hemero-grafía

Albarracín, Mauricio, Ángel, María Paula, Newman, Vivian, Ramírez, Ana María y Uprimny, Rodrigo, *Acceso a los archivos de inteligencia y contrainteligencia en el marco del posacuerdo*. Bogotá, Dejusticia, 2017, documentos 31.

Aleinikoff, T. Alexander, Constitutional Law in the Age of Balancing. En: *Yale Law Journal*, vol. 96, núm 5, abril 1987, pp. 943-1005.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés trad.) Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Alexy, Robert, On balancing and Subsumption. A structural comparison. En: *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, diciembre 2003, pp. 433-449.

Alexy, Robert, *Tres escritos sobre derechos fundamentales* (Carlos Bernal trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Altman, Irwin, Privacy 'A conceptual Analysis'. En: *Environment and Behavior*, vol. 8, núm. 1, marzo 1976, pp. 7-29.

Amstrong, Chris y Squires, Judith, Beyond the public/private dichotomy: relational space and sexual inequalities. En: *Contemporary Political Theory*, vol. 1, núm. 3, 2002, pp. 261-283.

Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder: introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Arendt, Hannah, *La Condición Humana* (Ramón Gil Novales trad.) Bogotá, Paidós, 2005.

Azuara Arai, Cecilia y Estrada Tanck, Mónica, Reflexiones en torno a la clasificación de información. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. LVIII, núm. 250, julio-diciembre 2008, pp. 101-136.

Baker, Alan, "Simplicity". En: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.) Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/simplicity/>>. (consultado 05-03-18)

Banisar, David, *The right to information and privacy: balancing rights and managing conflict*. World Bank Institute governance working paper series, Washington D.C., 2015. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/847541468188048435/The-right-to-information-and-privacy-balancing-rights-and-managing-conflicts-access-to-information-program> (consultado 03-11-17)

Barnes Vásquez, Javier, Procedimientos Administrativos y Nuevos Criterios de Gobierno. Algunas Consecuencias sobre la Transparencia. En: *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente* (R. García ed.) Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 49-79.

Barry, B. M. y Rees, W. J., Public Interest. En: *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, vol. 38, 1964, pp. 1-38.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed. 2005.

Bernal Pulido, Carlos, La solución de colisiones entre derechos fundamentales por medio de la ponderación. En: *Lecciones de Derecho Constitucional* (Magdalena Correa, Néstor Osuna y Gonzalo Ramírez eds.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, t. 1, pp. 543-576.

Birkinshaw, Patrick, *Freedom of information: the Law, the Practice and the Ideal*. Cambridge, Weidenfeld and Nicolson, 1988.

Blanquer Uberos, Roberto, Documento Público. En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Porrúa-UNAM-IIJ, t. 2, 2007.

Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad, por una Teoría General de la Política* (José Fernández Santillán trad.) México, FCE, 1989.

Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez trad.) Nomos, Baden-Baden, 1993.

Borges, Jorge Luis, *Arte Poética: Seis Conferencias*. Barcelona, Crítica, 2001.

Borowski, Martin, *La Estructura de los Derechos Fundamentales* (Carlos Bernal Pulido trad.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Bostjan, Bercic y Carlisle, George, Identifying Personal Data Using Relational Database Design Principles. En: *International Journal for Law and Information Technology*, vol. 17, núm. 3, 2009, pp. 233-251.

Botero, Catalina, El modelo mexicano de transparencia en el contexto latinoamericano. En: *Hacia el sistema nacional de Transparencia* (Jacqueline Peschard coord.) México, IIJ-UNAM, 2016, pp. XXVII-XLIII.

Bovens, Mark, Information Rights: Citizenship in the Information Society. En: *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10, núm. 3, 2002, pp. 317-341.

Brin, David, *The Transparent Society, Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom?* New York, Perseus Books, 1998.

Brownsword, Roger, The cult of consent: fixation and fallacy. En: *King's Law Journal*, vol. 15, 2004, num. 2, pp. 223-251.

Burkert, Herbert, Privacy-Data Protection: A German/European Perspective. En: *Proceedings of Second symposium of the Max Planck Project Group on the Law of Common Goods and the Computer Science and Telecommunications Board of the National Research Council*. Wood Hole, 1999, pp. 43-69.

Camacho Morales, J. Paola, Cano Martínez, J. José *et al.* La información reservada en el ordenamiento jurídico colombiano: reflexiones, prácticas e implicaciones para el derecho disciplinario. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, núm. 96, enero-junio 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 145-185.

Carbonell, Miguel, La reforma constitucional en materia de acceso a la información: una aproximación general. En: *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia* (Jorge Bustillos y Miguel Carbonell coords.) México, UNAM-IIJ, 2007, pp. 1-22.

Cendejas Jáuregui, Mariana, El derecho a la información. Delimitación conceptual. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, enero-junio 2010, pp. 3-47.

Clarke, Roger, *Introduction to Dataveillance and Information Privacy, and Definitions of Terms* (Xamax Consultancy, 1997) disponible en: <http://www.rogerclarke.com/DV/Intro.html> (consultado 14-02-18)

Coke, Edward, *Selected writings of Sir Edward Coke*, vol. 1 [1600]. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i--5> (consultado 28-02-18)

Cohen, Julie, Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. En: *Stanford Law Review*, vol. 52, 2000, pp. 1373-1438.

Colonna, Liane, A Taxonomy and Classification of Data Mining. En: *SMU Science & Technology Law Review*, núm. 16, 2013, pp. 309-70.

Cornes, Richard y Sandler, Todd, *The theory of externalities, public goods and good clubs*. Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

Correas, Oscar, Dogmática Jurídica. En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. México, Porrúa-UNAM-IIJ, t. 2, 2007.

Cossío, José Ramón, El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del poder judicial de la Federación (1969-2001). En: *El poder Judicial de la Federación y los medios de comunicación. Sentencias (1863-2001)*. México, Porrúa, 2002.

Crisafulli, Vezio, Disposición (y norma) (Mar Fernández Pérez trad.) En: *Disposición vs. Norma* (Susanna Pozzolo y Rafael Escudero eds.) Lima, Palestra, 2001, pp. 67-109.

Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos* (Leandro Wolfson trad.) Barcelona, Paidós, 1992.

Dahl, Robert, *La democracia una guía para los ciudadanos* (Fernando Vallespín trad.) Madrid, Taurus, 1999.

Davara F. de Marcos, Isabel, Protección de datos de carácter personal en México: problemática jurídica y estatus normativo actual. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 73-111.

De Otto y Pardo, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988.

Dewey, John, *Lógica. Teoría de la investigación* (Eugenio Ímaz trad.) México, FCE, 1950.

Druey, Jean Nicolas, *Information Cannot be Owned*. Research Publication No. 2004-05, 4/2004, The Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School. Disponible en: http://cyber.harvard.edu/wg_home/uploads/339/Druey.pdf (consultado 03-03-18)

- Dworkin, Ronald, The Model of Rules, En: *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, pp. 14-46.
- Escalante Gonzalbo, Fernando, Y que nos dejen en paz. Apuntes sobre el derecho a la privacidad. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar coord.) México, UNAM-IIIJ, pp. 181-200.
- Escobar Roca, Guillermo, El futuro de la dogmática de los derechos. En: *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, diciembre 2014, pp. 60-83.
- Finn, Rachel, Wright, David y Friedewald, Michael, Seven Types of Privacy. En: *European Data Protection: Coming of Age* (Serge Gutwirth, Ronald Leenes, Paul de Hert e Yves Poullet, eds.) Springer, Bruselas, 2013, pp. 3-32.
- Fiss, Owen, ¿Tienen los Servidores Públicos Derecho a la Intimidad? (Vanessa Díaz trad.) En: *Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho* (Ackerman John coord.) México, Siglo Veintiuno, 2008, pp. 311-323.
- Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego, (coords.) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*. México, IIJ, 2ª ed., 2017.
- Flaherty, David, Visions of Privacy: Past, Present and Future. En: *Visions of Privacy. Policy Choices for the Digital Age* (Colin Benett y Rebecca Grant eds.) Toronto, University of Toronto, 1999, pp. 19-38.
- Friedland, Roger y Alford, Robert, Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions. En: *The New Institutionalism in Organizational Analysis* (Walter Powell y Paul DiMaggio eds.) University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 232-267.
- Gallego Anabitarte, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Madrid, Civitas, 1994.
- Gandy, Oscar H., *The Panoptic Sort: a Political Economy of Personal Information*. Boulder, Westview, 1993.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 1985.
- García Morente, Manuel, Ensayo Sobre la Vida Privada. En: *Estudios y Ensayos*. México, Porrúa, 1992, pp. 121-152.
- Garzón Valdés, Ernesto, Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas. En: *Doxa*, núm. 14, 1993, pp. 77-95.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Publicidad y Privacidad". En: *Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 223-244.
- Gavison, Ruth, Feminism and the public/private distinction. En: *Stanford Law Review*, vol. 45, núm 1, nov. 1992, pp. 1-45.
- Geuss, Raymond, *Public Goods, Private Goods*. Princeton, Princeton University Press, 2001.
- Godoy, Esther, Dos interpretaciones de lo "público" y lo "privado" en la filosofía política de Aristóteles: Hannah Arendt y J. A. Swanson. En: *Hacer visible lo visible: Lo privado y lo público* (Ignacio Abello comp.) Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 47-88.

Gratton, Eloise, If Personal Information is Privacy's Gatekeeper, Then Risk of Harm Is the Key: A Proposed Method for Determining What Counts as Personal Information. En: *Albany Law Journal of Science & Technology*, vol. 24-1, 2014, pp. 105-210.

Gregorio, Carlos, Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina. En: *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (Hugo Concha, Sergio López-Ayllón y Lucy Tacher coords.) México, UNAM-IIJ, 2004, pp. 299-325.

Goldschmidt, Maure L., Publicity, Privacy and Secrecy. En: *The Western Political Quarterly*, vol. 7, núm. 3, sep. 1954, pp. 401-416.

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Jordi Ferrer i Beltran trad.) Barcelona, Gedisa, 1999.

Guerrero, Eduardo, Noriega, Guillermo y Luna, Issa, *Resoluciones Relevantes en materia de Acceso a la Información y de Protección de Datos Personales*. México, INAI, 2016.

Guerrero Amparán, Juan Pablo, Tecnología y Protección de Datos Personales. En: *Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho* (John Ackerman coord.) México, Siglo Veintiuno, 2008, pp. 324-352.

Guerrero, Omar, Publicidad y Secreto en la Administración Pública. En: *Derecho a la Información y Archivos Públicos* (Patricia Galeana, coord.) México, LIMAC, 2005, pp. 17-45.

Guichot, Emilio, Acceso a la información en poder de la administración y protección de datos personales. En: *Revista de Administración Pública*, núm. 173, may-ago 2007, pp. 407-445.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional* (Héctor Fix-Fierro trad.) México, IJ-UNAM, 2003.

Habermas, Jürgen, *Historia y Crítica de la Opinión Pública, la Transformación Estructural de la Vida Pública* (Antoni Domènech trad.) Barcelona, Gustavo Gili, 1981.

Hart, Herbert, El concepto de Derecho (Genaro Carrió trad.) Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1964.

Hart, Herbert, Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño (Josep Joan Moreso trad.) En: *El ámbito de lo Jurídico* (Pompeu Casanovas coord.) Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.

Hirschman, Albert, *Interés Privado y Acción Pública* (Eduardo Suárez trad.) México, FCE, 1986.

Hofmann, Ekkehard, Lenguajes formales en el derecho. Sobre la comprensibilidad de las decisiones estatales complejas. En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 349-387.

Iglesias Flores, Ricardo, La Curp con más pena que gloria... 30 años después. En: *Revista Este País*, 7 de diciembre de 2009, disponible en: <http://archivo.estepais.com/site/2009/27064/> (consultado 22-09-2017)

Jansen, Nils, Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho (Daniel Oliver-Lalana trad.) En: *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. (Jan-R-Sieckmann edit.) Madrid, Marcial Pons, 2011.

Jarvis, Jeff, *Public Parts, How Sharing in the Digital Age Improves the Way We Work and Live*. New York, Simon & Schuster, 2011.

Jasserand, Catherine, Legal Nature of Biometric Data: From Generic Personal Data to Sensitive Data. En: *European Data Protection Law Review*, núm. 3, 2016, pp. 297-311.

Kaplow, Louis, Rules Versus Standards: An Economic Analysis. En: *Duke Law Journal*, vol. 42, núm. 3, 1992, pp. 557-629.

Kennedy, Duncan, The Stages of the Decline of Public Private Distinction. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 1349-1357

Klement, Jan Henrik, El pensamiento del common law en la ciencia jurídica alemana. Sobre la teoría de los principios de Alexy. (Jorge González Jácome trad.) En: *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 261-303.

Koch, Hans-Joachim, La base teórico normativa de la ponderación (Luis Felipe Vergara Peña trad.) En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 93-115.

Kosta, Eleni, *Consent in European Data Protection Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2013.

Kubli-García, Fausto, El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano. En: *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa* (Jorge Carpizo y Carol Arriaga coords.) México, UNAM-III, 2010, pp. 839-865.

Kumar, Krishan y Makarova, Ekaterina, The Domestication of Public Space. En: *Sociological Theory*, vol. 26 núm. 4, diciembre 2008, pp. 324-343.

Kumm, Mattias, Más allá del principio de proporcionalidad. El pluralismo estructural de los derechos fundamentales en el derecho constitucional de los Estados Unidos (Daniel Oliver-Lalana trad.) En: *La teoría principalista de los derechos fundamentales*. (Jan-R-Sieckmann ed.) Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 273-296.

Lakoff, George y Johnson, Marck, *The Metaphors we Live by*. Chicago, Chicago University Press, 2003.

Lazpita Guturbay, María, Análisis comparado de las legislaciones sobre protección de datos de los Estados miembros de la Comunidad Europea. En: *Informática y Derecho*, núm. 6-7, 1994, pp. 397-420.

López-Ayllón, Sergio, Comentario a la Iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información presentada por el Ejecutivo federal al Congreso de la Unión. En: *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 7, julio-diciembre 2002, pp. 261-274.

López-Ayllón, Sergio, El derecho a la información como derecho fundamental. En: *Derecho a la Información y Derechos Humanos* (Jorge Carpizo y Miguel Carbonell coords.) México, Porrúa, 2003, pp. 157-181.

López-Ayllón, Sergio, La creación de la Ley de acceso a la información en México: una perspectiva desde el Ejecutivo federal. En: *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información* (Hugo Concha, Sergio López y Lucy Tacher coords.) México, IJ-UNAM, 2004, pp. 1-38.

López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro, Las Pruebas de Daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una perspectiva Comparada. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 9, enero-junio 2007, pp. 21-65

López Ayllón, Sergio (coord.) *Código de Buenas Prácticas y Alternativas para el Diseño de Leyes de Transparencia y Acceso a la Información Pública en México*. México, IFAI, 2007.

López-Ayllón, Sergio, La reforma y sus efectos legislativos: ¿Qué contenidos para la nueva generación de leyes de acceso a la información pública, transparencia y datos personales? En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar coord.) México, UNAM-IJ, 2008, pp. 1-33.

López-Ayllón, Sergio y Ornelas Núñez, Lina, La recepción del derecho a la protección de datos en México: breve descripción de su origen y estatus legislativo. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 53-70.

López-Ayllón, Sergio, El trayecto de la reforma constitucional del derecho incierto al derecho a parte entera. En: *Hacia el sistema nacional de Transparencia* (Jacqueline Peschard coord.) México, IJ-UNAM, 2016, pp. 3-32.

López Medina, Diego, et al. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Daniel Bonilla coord.) Bogotá, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

López, Lorena, Más del 60% de la población tiene doble Curp. En: *Sipse.com*, 19 de febrero de 2017, disponible en: <http://sipse.com/mexico/curp-registro-poblacion-mexico-243354.html> (consultado 22-09-2017)

Lujambio Irazábal, Alonso, (ed.) *Reforma al artículo 6º constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos*. México, IFAI, 2007.

Lujambio Irazábal, Alonso y Ornelas Núñez, Lina, La protección de datos personales por el gobierno, la actuación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 121-130.

Luna Pla, Issa y Villanueva, Ernesto (coords.) *La importancia Social del Derecho a Saber: Preguntas y Respuestas en los Casos Relevantes del IFAI*. 2ª ed., México, Libertad de Información-México AC, 2005.

Luna Pla, Issa, Derecho de la Información como Disciplina en México. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 10, enero-junio 2007, pp. 161-186.

Luna Pla, Issa, A More Complex Definition of the Right to Information. En: *Comparative Media Law Journal*, UNAM-IJ, núm. 9, enero-junio, 2007, pp. 101-121.

Luna Pla, Issa, *Movimiento Social del Derecho de Acceso a la Información en México*. México, UNAM-IJ, 2009.

Luna Pla, Issa y Ríos Granados, Gabriela, El secreto fiscal y el IFAI: primer precedente de apertura por causa de interés público en México. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 16, julio-diciembre 2010, pp. 39-71.

Macneil, Heather, *Without consent: The Ethics of Disclosing Personal Information in Public Archives*. Metuchen, The society of American archivists, 1992.

Martí Capitanachi, Luz del Carmen, Comentario a la reforma al artículo 6º de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. En: *Cuestiones constitucionales*, núm. 16, ene-jun 2007, pp. 499-507.

- Martín Pallín, José Antonio, Constitucionalidad del número de identificación único. En: *Jueces para la democracia*, núm. 33, 1998, p. 7-17
- Marván Laborde, María, El acceso a la información: algunos problemas prácticos. En: *Transparencia: libros, autores e ideas* (Mauricio Merino coord.) México, IFAI, 2005, pp. 21-26.
- Marván Laborde, María, Sindicalismo y Transparencia. En: *Más Allá del Acceso a la Información: Transparencia, Rendición de Cuentas y Estado de Derecho* (Ackerman John coord.) México, Siglo Veintiuno, 2008, pp. 353-393.
- Matus Arenas, Jessica, Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales. En: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 2, núm 1, 2013, pp. 197-228.
- Mayer-Schönberger, Viktor, Generational Development of Data Protection in Europe. En: *Technology and Privacy: The New Landscape* (Phillip E. Agre y Marc Rotenberg eds.) Cambridge, the MIT press, 1997, 219-242.
- Mayer-Schönberger, Viktor y Cukier, Kenetth, *Big Data*. New York, Mariner Books, 2014.
- McDonagh, Maeve y Paterson, Moira, Freedom of Information: Taking Account of the Circumstances of Individual Applicants. En: *Public Law*, 2010, pp. 505-528.
- Mendel, Toby, *Freedom of Information. A comparative Legal Survey*, UNESCO, 2a ed., 2008.
- Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Lima, Palestra, 2007.
- Merino, Mauricio, Muchas políticas y un solo derecho. En: *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario* (Sergio López-Ayllón coord.) México, 2006, UNAM-IIJ, pp. 127-155.
- Mill, John S., *De la Libertad, del Gobierno Representativo, la Esclavitud Femenina* (Pablo Lucas Verdú trad.) Madrid, Tecnos, 1965.
- Milne, George, Pettinico, George, Hajjat, Fatima y Markos, Ereni, Information Sensitivity Typology: Mapping the Degree and Type of Risk Consumers Perceive in Personal Data Sharing. En: *The Journal of consumer affairs*, vol. 51, núm. 1, 2017, pp. 133-161.
- Moses, Keneth, Higgins, Peter, McCabe, Michael, Prabhakar, Salil y Swann, Scott, *The Fingerprint Sourcebook*. National Institute of Justice. International Association for Identification, Washington D.C., 2009. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/225326.pdf> (consultado 25-09-2017)
- Nagel, Thomas, *Concealment and Exposure and Other Essays*. New York, Oxford University Press, 2002.
- Nájera Montiel, Javier, Los datos de carácter personal ante la Clave Única de Registro de Población. En: *Derecho Comparado de la Información*, núm. 15, enero-junio 2010, pp. 91-123.
- Newman Pont, Vivian, *Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público*. Bogotá, Dejusticia, documentos 20, 2015.
- Nieto Garrido, Eva, Transparencia y acceso a los documentos *versus* derecho a la protección de datos de carácter personal en la reciente jurisprudencia del TJUE. En: *Transparencia, acceso a la información y protección de datos* (Jose Luis Piñar Mañas ed.) Madrid, Reus, 2014, pp. 63-95.

- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México, IIJ-UNAM, 1974.
- Nissenbaum, Helen, Privacy as contextual integrity. En: *Washington Law Review*, vol. 79, 2004, pp. 119-157.
- Nissenbaum, Helen, *Privacy in Context, Technology, Policy and the Integrity of Social Life*. Stanford, Stanford University Press, 2010.
- Nissenbaum, Helen, A contextual Approach to Privacy on Line. En: *Daedalus, The Journal of the American Academy of Arts and Sciences*. Otoño 2011, 140(4) pp. 32-48.
- Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un Conflicto de Derechos*. México, Siglo Veintiuno, 1981.
- Ohm, Paul, Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonimization. En: *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 1701-1777.
- Ohm, Paul, Sensitive Information. En: *Southern California Law Review*, vol. 88, 2015, pp. 1125-1196.
- Olson, Mancur, *The logic of collective action, public goods and the theory of groups*. Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- Ortega Pizarro, Fernando, CURP, la clave del caos. En: *Revista Proceso*, 24 de agosto de 2002, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/188197/curp-la-clave-del-caos> (consultado 22-09-2017)
- Pateman, Carole, Críticas feministas a la dicotomía público/privado (Carme Castells trad.) En: *Perspectivas Feministas en Teoría Política* (Carme Castells, comp.) Barcelona, Paidós, 1996, pp. 2-23.
- Paterson, Moira y McDonagh, Maeve, Freedom of information and the public interest: the Commonwealth experience. En: *Oxford University Commonwealth Law Journal*, vol. 17, núm. 2, 2017, pp. 189- 210.
- Pelayo Moller, Carlos María, El acceso a la información pública en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos en México. En: *Revista Estudios en Derecho a la Información*, núm 5, enero-junio 2018, pp. 3-34.
- Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Tratado de argumentación: la nueva retórica* (Julia Sevilla Muñoz trad.) Madrid, Gredos, 1989.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 9ª ed. 2005.
- Peschard Mariscal, Jacqueline, El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública como órgano garante en materia de protección de datos personales. En: *Protección de Datos Personales*. México, Alonso editores-IFAI, 2010, pp. 113-118.
- Peschard Mariscal, Jacqueline, La expansión de un derecho fundamental: el Sistema Nacional de Transparencia. En: *Hacia el sistema nacional de Transparencia* (Jacqueline Peschard coord.) México, IIJ-UNAM, 2016, pp. 33-61.
- Piñar Mañas, José Luis, ¿Existe privacidad? En: *Protección de datos personales*. México, Alonso Editores, 2010, pp. 15-51.

Piñar Mañas, José Luis, Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario. En Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente (Ricardo García Macho ed.) Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 81-101.

Piñar Mañas, José Luis, Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno. En: *Transparencia, acceso a la información y protección de datos* (Jose Luis Piñar Mañas ed.) Madrid, Reus, 2014, pp. 45-62.

Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos* (Eduardo Loedel trad.) Buenos Aires, Paidós, 1957.

Poscher, Ralf, El autoconocimiento, los errores y las nociones erróneas que la teoría de los principios tiene de sí misma. (Danny Marrero trad.) En: *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 217-258.

Rabotnikof, Nora, La dicotomía público-privado. En: *Debate Feminista*, año 9, vol. 18, octubre 1998, pp. 3-13.

Rabotnikof, Nora, *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2011.

Remolina Angarita, Nelson, *Tratamiento de datos personales. Aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012*. Bogotá, Legis, 2013.

Requejo Pajés, Juan Luis, Derechos de configuración legal. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. 2, Madrid, Civitas, 1995.

Rodotá, Stefano, Democracia y protección de datos (José Luis Piñar trad.) En: *Cuadernos de derecho público*, núm. 19-20, mayo-diciembre 2003, pp. 15-26.

Rodotá, Stefano, Las lecciones de Weakileaks: nueva transparencia y nueva distribución del poder (José Luis Piñar trad.) En: *Transparencia, acceso a la información y protección de datos* (Jose Luis Piñar Mañas ed.) Madrid, Reus, 2014, pp. 9-17

Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid, Marcial Pons, 2000.

Salazar Ugarte, Pedro y Vásquez Sánchez, Paula, La reforma al artículo 6° de la Constitución mexicana: contexto normativo y alcance interpretativo. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar, coord.) México, UNAM-IIJ, pp. 35-70.

Saltalamachia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, La Dimensión Internacional de la Reforma de Derechos Humanos: Antecedentes Históricos. En: *La Reforma Constitucional en Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma* (Pedro Salazar y Miguel Carbonell coords.) México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 1-38.

Schedler, Andreas, *¿Qué es la Rendición de Cuentas?* México, Cuadernos de Transparencia IFAI, núm. 3, 6ª ed. 2008.

Schlink, Bernard, El principio de proporcionalidad (Nuria Pastor Muñoz trad.) En: *La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán* (Eduardo Montealegre comp.) Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 117-147.

Schneier, Bruce, *Data and Goliath, The Hidden Battle to Collect Your Data and Control Your World*. New York, Norton and Company, 2015.

Schwartz, Barry, The Social Psychology of Privacy. En: *The American Journal of Sociology*, vol. 73, núm. 6, 1968, pp. 741-752.

Schwartz, Paul y Solove, Daniel, The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personal Identifiable Information. En: *New York University Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 1814-1894.

Sedayao, Jeff, *Enhancing Cloud Security Using Data Anonymization*, Intel IT White Paper, June 2002. Disponible en: <https://www.intel.com/content/dam/www/public/us/en/documents/best-practices/enhancingcloud-security-using-data-anonymization.pdf> (consultado 05-11-17)

[S.a.] *Estudio sobre sistema de datos personales*. México, IFAI, 2004. Disponible en: http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/sist_datos.pdf (consultado 12-02-18)

[S.a.] Datos biométricos no garantizan plena identidad jurídica: IFAI. En: *Proceso*, 12 de agosto de 2010, disponible en: <http://www.proceso.com.mx/102485/datos-biometricos-no-garantizan-plena-identidad-juridica-ifai>.(Consultado 25-09-17)

[S.a.] Un cambio de rumbo en la identificación de los colombianos. En: *Nuestra Huella, revista electrónica de la Registraduría Nacional del Estado Civil*. No. 60, Año 6, Noviembre 2012, disponible en: http://www.registraduria.gov.co/rev_electro/2012/rev_elec_noviembre/revista_noviembre2012.html#09. (consultado 25-09-2017)

[S.a.] La huella dactilar: la base del sistema de identificación en Colombia. En: *Nuestra Huella, revista electrónica de la Registraduría Nacional del Estado Civil*. No. 60, Año 6, Noviembre 2012, disponible en: http://www.registraduria.gov.co/rev_electro/2012/rev_elec_noviembre/revista_noviembre2012.html#09. (consultado 25-09-2017)

[S.a.] *Amicus Curiae Estudio de los estándares internacionales sobre la definición de graves violaciones a los derechos humanos aplicable en los Estados Unidos Mexicanos*, Dejusticia, marzo de 2015. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/02/fi_name_recurso_706.pdf (consultado 28-05-18)

[S. a] Criterios del Poder Judicial de la Federación en materia de Protección de Datos Personales y otros conceptos relacionados. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

Solove, Daniel Conceptualizing Privacy. En: *California Law Review*, vol. 90, núm. 4, julio 2002, 1087-1155.

Solove, Daniel, Taxonomy of Privacy. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, núm. 3, enero 2006, pp. 477-560.

Solove, Daniel, “I’ve Nothing to Hide” and Other Misunderstandings of Privacy. En: *San Diego Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 745-772.

Solove, Daniel, *Nothing to hide. The false tradeoff between privacy and security*. New Haven, Yale University Press, 2011.

Sommerman, Karl-Peter, La Exigencia de una Administración Transparente en la Perspectiva de los Principios de Democracia y del Estado de Derecho. En: *Derecho Administrativo de la Información y Administración Transparente* (Ricardo García Macho ed.) Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 11-25.

Sören, Öman, Protection of Personal Data: But How? En: *Law and information Technology-Swedish views* (Peter Seipel ed.) Stockholm, IT Law Observatory, 2002, pp. 177-184.

Sören, Öman, Trends in Data Protection Law. En: *Information & Communication Technology—Legal Issues Scandinavian Studies in Law*, vol. 56, 2010, pp. 209-225.

Spiros, Simitis, Reviewing Privacy in an information society. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, 1987, pp. 707-746.

Stiglitz, Joseph, *On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*. Oxford Amnesty Lecture, Oxford, U.K. January 27, 1999.

Stiglitz, Joseph, Transparency in Government. En: *The Right to Tell: The Role of Mass Media in Economic Development*. Washington D.C., World Bank, 2002, pp. 27-44

Tavani, Herman, Philosophical Theories of Privacy: Implications for an Adequate Online Privacy Policy. En: *Metaphilosophy*, vol. 38, núm. 1, January 2007, pp. 1-22.

Tavani, Herman, *Ethics and Technology, controversies, questions and strategies for ethical computing*, [s.l.] Rivier University, 4a ed. 2013.

Tenorio Adame, Manuel, La protección de datos personales desde el derecho al acceso a la información y como derecho fundamental autónomo, el caso mexicano. En: *Revista Internacional de Protección de Datos Personales RIPDP*, 2012, Universidad de los Andes, núm. 1, julio-diciembre 2012, pp. 1-12.

Trejo Delarbre, Raúl, Treinta años de regateos. El derecho a la información desde su discusión inicial. En: *El derecho de acceso a la información en la Constitución mexicana: razones, significados y consecuencias* (Pedro Salazar coord.) México, IJ-UNAM, 2008, pp. 89-118.

Trujillo, Constanza E., Del espacio público al espacio privado en la ciudad moderna. En: *Hacer visible lo visible: Lo privado y lo público* (Ignacio Abello comp.) Bogotá, Universidad de los Andes, 2005, pp. 207-231.

Twining, William, Difussion of Law: A Global Perspective. En: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 39, núm. 49, 2004, pp. 1-45.

Upegui, Juan Carlos, *Habeas Data. Fundamentos, naturaleza y régimen*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Upegui, Juan Carlos, Comentario a la sentencia T-020 de 2014 de la Corte Constitucional colombiana. Apuntes sobre el “tratamiento estructurado de datos personales”, En: *Revista Estudios en Derecho a la Información*, núm. 4, julio-diciembre 2017, pp. 93-102

Urabayen, Miguel, *Vida Privada e Información: un Conflicto Permanente*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1977, p. 11

Van den Hoven, Jeroen, Privacy and the Varieties of Moral Wrong-doing in an Information Age, En: *ACM SIGCAS Computers and Society*, vol. 27, núm. 3, Sept. 1997, pp. 33-37.

Villanueva, Ernesto, Tendencia en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública. En: *Democracia, transparencia y Constitución. Propuestas para un debate necesario* (Sergio López-Ayllón coord.) México, UNAM-IIJ, 2006, pp. 19-43.

Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales: Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México, Porrúa, 2011.

Wacks, Raymond, *Personal Information: Privacy and the Law*. Oxford, Clarendon Press, 1989.

Wacks, Raymond, *Privacy: A Very Short Introduction*. Oxford, Oxford University Press, 2a ed., 2015.

Walzer, Michael, *Las Esferas de la Justicia, Una Defensa del Pluralismo y de la Igualdad*. México, FCE, 1993.

Watson, Ian, A short history of national identification numbering in Iceland. En: *Bifröst Journal of Social Science*, vol. 4, 2010, pp. 51-89.

Weintraub, Jeff, The Theories and Politics of the Public/Private Distinction. En: *Public and Private in Thought and Practice* (Jeff Weintraub y Krishan Kumar eds.) Chicago, Chicago University Press, 1997.

Wells Branscomb, Anne, *Who Owns Information? From Privacy to Public Access*. New York, Basic Books, 1994.

Westin, Alan, *Privacy and Freedom*. New York, Atheneum, 1967.

Westin, Alan, Social and political dimensions of privacy. En: *Journal of Social Issues*, vol. 59, núm. 2, julio 2003, pp. 431-453.

Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Arantxa Azurza, trad.) Madrid, Civitas, 1988.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho* (Juan Igartúa Salavarría trad.) México, Fontamara, 2001.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Marina Gascón trad). Madrid, Trotta, 5ª ed. 2003.

Zuiderveen Borgesius, Frederick, Gray, Johnathan y van Eechoud, Mireille, Open Data, Privacy, and Fair Information Principles: Towards a Balancing Framework. En: *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 30, núm. 3, 2015, pp. 2073-2131.

Zuñiga Urbina, Francisco, Derecho a la intimidad y Hábeas Data, del recurso de protección al Hábeas Data. En: *Derecho PUCP*, núm. 51, diciembre 2013, pp. 193-221.

2. Otras fuentes

2.1 Sistema Interamericano

OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES 2607 (XL-O/10) *Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública*. Junio 2010.

OEA, Departamento de Derecho Internacional, Proyecto de Ley modelo en materia de protección de datos personales http://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales_ley_modelo.asp

Comisión IDH, Informe Anual 1999, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3, 13 de abril de 2000.

Comisión IDH, Informe Anual 2008, vol. II, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1, 25 de febrero de 2009.

Comisión IDH, Informe Anual 2009, vol. II, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 51, 30 de diciembre de 2009.

Comisión IDH, Informe Anual 2011, vol. II, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69, 30 diciembre de 2011.

Comisión IDH, Informe Anual 2013, OEA /Ser.L/V/II.149, Doc. 50, 31 de diciembre de 2013.

Comisión IDH, Informe Anual 2016, vol. II, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17, 15 de marzo de 2017.

Comisión IDH, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, octubre de 2000. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>

Corte IDH, Opinión consultiva OC-6/86, 9 de mayo de 1986, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos*.

Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 2 de julio de 2004, Serie c 107.

Corte IDH, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas) 31 de agosto de 2004, Serie c 111.

Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) 22 de noviembre de 2005, Serie c 135.

Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas) 19 de septiembre de 2006, Serie c 151.

Corte IDH, Caso Kimel Vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas) 2 de mayo de 2008, Serie c 177.

Corte IDH, Caso Tristán Donoso Vs. Panamá (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 27 de enero de 2009, Serie c 193.

Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 24 de noviembre de 2010, Serie c 219

Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas) 29 de noviembre de 2011, Serie c 238.

Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) 3 de septiembre de 2012, Serie c 248.

Corte IDH, Caso Mémoli Vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 22 de agosto de 2013, Serie c 265.

Corte IDH, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) 31 de agosto de 2017, Serie c 340.

2.2 Colombia

Colombia. Constitución Política de Colombia, 4 de Julio de 1991.

Colombia. Diario Oficial. Ley 23 de 1981, “Por la cual se dictan normas en materia de ética médica”, 27 de febrero de 1981.

Colombia. Diario Oficial. Decreto 01 de 1984 “Por el cual se expide el Código de lo Contencioso Administrativo”, 2 de enero de 1984.

Colombia. Diario Oficial. Ley 57 de 1985, “Por la cual se ordena la publicidad de los actos oficiales”, 5 de junio de 1985

Colombia. Diario Oficial. Ley 594 de 2000, “Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos”, 14 de Julio de 2000.

Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1266 de 2008, “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países”, 31 de diciembre de 2008.

Colombia. Diario Oficial. Decreto Ley 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, 10 de enero de 2012

Colombia. Diario Oficial. Ley 1564 de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, 12 de julio de 2012

Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1581 de 2012, “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, 17 de octubre de 2012.

Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional”, 6 de marzo de 2014.

Colombia. Diario Oficial. Ley Estatutaria 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición”, 30 de junio de 2015.

Colombia. Delegada para la protección de datos personales SIC, *Radicado 13-244259-00001-0000*, 28 de noviembre de 2013.

Colombia. Registraduría Nacional del Estado Civil. Resolución 5633 de 2016, “Por la cual se reglamentan las condiciones y el procedimiento para el acceso a las bases de datos de la información que produce y administra la Registraduría Nacional del Estado Civil”, 29 de junio de 2016.

Colombia. Registraduría Nacional del Estado Civil, comunicado de prensa 03-2003. *Avanza la aplicación del NUIP en Colombia*. Disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/Avanza-la-aplicacion-del-Nuip-en.html> (consultado 22-09-2017)

Colombia. Registraduría Nacional del Estado Civil. Identificación biométrica: cada vez con más usos en la vida cotidiana, disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/Identificacion-biometrica-cada-vez.html>. (Consultado 25-09-2017).

Colombia. Registraduría Nacional del Estado Civil, Historia de la cédula de ciudadanía. Disponible en: <http://www.registraduria.gov.co/-Historia-de-la-cedula-de,2468-.html>. (consultado 22-09-2017)

Corte Constitucional colombiana, Expediente PE-036, 29 de junio de 2012, Proyecto de Ley Estatutaria 156 de 2011, Senado-228 de 2012 Cámara, 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.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-222 de 1992, MP Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-414 de 1992, MP Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-473 de 1992, MP Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-530 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-340 de 1993, MP Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-060 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-089 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-056 de 1995, MP Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-082 de 1995, MP Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-261 de 1995, MP José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-286 de 1995, MP Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-696 de 1996, MP Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-074 de 1997, MP Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-326 de 1997, MP Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-552 de 1997, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-567 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-307 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-337 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-957 de 1999, MP Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1066 de 2002 MP Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-185 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-872 de 2003, MP Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-787 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-233 de 2007, MP Marco Gerardo Monroy.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-491 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-534 de 2007, MP Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-705 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-1011 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-157 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-511 de 2010, MP Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-443 de 2011, MP Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-451 de 2011, MP Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-748 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-987 de 2012, MP Luis Ernesto Vargas.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-058 de 2013, MP Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-274 de 2013, MP María Victoria Calle.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-634 de 2013, MP María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-794 de 2013, MP Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-216 de 2014, MP Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-828 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-951 de 2014, MP Martha Victoria Sáchica.

Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-277 de 2015, MP María Victoria Calle.

Corte Constitucional colombiana, Auto 537 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero.

2.3 México

México. Constitución Política de los EEUU mexicanos.

México. Diario Oficial. Código Federal de Procedimientos Civiles, 24 de febrero de 1943.

México. Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 11 de junio de 2002.

México. Diario Oficial. Reglamento de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 11 de junio de 2003.

México. Diario Oficial. IFAI, Lineamientos Generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, 18 de agosto de 2003.

México. Diario Oficial. IFAI, Lineamientos de Protección de Datos Personales, 30 de septiembre de 2005.

México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo con siete fracciones al Artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 20 de Julio de 2007.

México. Diario Oficial. Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden, al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1 de junio de 2009.

México. Diario Oficial. Reforma a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 5 de Julio de 2010.

México. Diario Oficial. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011.

México. Diario Oficial. Ley Federal de Archivos, 23 de enero de 2012.

México. Diario Oficial. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia, 7 de febrero de 2014.

México. Diario Oficial. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4 de mayo de 2015.

México. Diario Oficial. Acuerdo del Consejo Nacional del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, por el que se aprueban los Lineamientos generales en materia de clasificación y desclasificación de la información, así como para la elaboración de versiones públicas, 15 de abril de 2016.

México. Diario Oficial. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 9 de mayo de 2016.

México. Diario Oficial. Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, 26 de enero de 2017.

México. *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados No 892*, Exposición de Motivos de la iniciativa de Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental presentada por el Ejecutivo Federal, 4 de diciembre de 2001.

México. Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de transparencia, acceso a la información pública, protección de datos personales y archivos, 6 de febrero de 2014.

México. Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, Amparo en revisión 355 de 2016, 7 de julio de 2016. Disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1100/11000000188593240001001.docx_0&sec= Mercedes Santos Gonz%C3%A1lez&svp=1 (consultado 07-02-18)

México. IFAI, Criterio 013 de 2009. “Datos Personales en fuentes de acceso público. De acuerdo con el principio de finalidad, ante solicitudes de acceso a datos personales, realizadas por personas distintas de su titular, procede su remisión cuando dichos datos obran en una fuente de acceso público.”

México. IFAI, Criterio 03 de 2010. *Clave Única de Registro de Población (CURP) es un dato personal confidencial.*

México. IFAI, Criterio 02 de 2010. *Cédula profesional de servidores públicos, documento susceptible de versión pública.*

México. IFAI, Criterio 06 de 2010. *Título profesional, documento susceptible de versión pública.*

México. IFAI, Criterio 01 de 2013. *Fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial.*

México. IFAI, Resolución R 643/04, CP María Marván Laborde.

México. IFAI, Resolución R 901/04, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco.

México. IFAI, Resolución R 1326/04, CP María Marván Laborde.

México. IFAI, Resolución R 375/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán.

México. IFAI, Resolución R 676/05, CP María Marván Laborde.

México. IFAI, Resolución R 930/05, CP Alonso Lujambio Irazábal.

México. IFAI, Resolución R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán.

México. IFAI, Resolución R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal.

México. IFAI, Resolución R 522/06, CP Alonso Lujambio Irazábal.

México. IFAI, Resolución R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco.

México. IFAI, Resolución R 2887/06, CP Juan Pablo Guerrero Amparán.

México. IFAI, Resolución R 295/07, CP Alonso Lujambio Irazábal.

México. IFAI, Resolución R 425/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal.

México. IFAI, Resolución R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal.

México. IFAI, Resolución R 3751/09, CP María Marván Laborde.

México. IFAI, Resolución R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar.

México. IFAI, Resolución R 1655/10, CP Ángel Trinidad Zaldívar.

México. IFAI, Resolución R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal.

México. IFAI, Resolución R 6389/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal.

México. IFAI, Resolución R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga.

México. IFAI, Resolución R 2168/11, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño.

México. IFAI, Resolución RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga.

México. IFAI, Resolución R 2178/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar

México. IFAI, Resolución R 1637/12, CP Jacqueline Peschard Mariscal

México. IFAI, Resolución RDA 3451/12, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño

México. IFAI, Resolución RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar

México. IFAI, Resolución RDA 178/13, CP María Elena Pérez-Jaén Zermeño

México. IFAI, Resolución RDA 1741/13, CP Sigrid Arzt Colunga.

México. IFAI, Resolución PPD 094/14 [s CP]

México. IFAI, Resolución RDA 1034/14, CP Areli Cano Guadiana,

México. INAI, Resolución RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez.

México. IFAI, Resolución RDA 3057/14, CP Francisco Javier Acuña Llamas.

México. INAI, Resolución RPD 0078/15, CP Francisco Javier Acuña Llamas.

México. INAI, Resolución RDA 1118/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov.

México. INAI, Resolución RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford.

México. INAI, Resolución RDA 2165/15, CP Areli Cano Guadiana.

México. INAI, Resolución RDA 2219/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov.

México. INAI, Resolución RDA 2445/15, CP Areli Cano Guadiana.

México. INAI, Resolución RDA 2731/15, CP Francisco Javier Acuña Llamas.

México. INAI, Resolución RDA 3532/15 y 3533/15, CP María Patricia Kurczyn Villalobos.

México. INAI, Resolución RDA 4347/15, CP Joel Salas Suárez.

México. INAI, Resolución RDA 4667/15, CP Rosendoevgueni Monterrey.

México. INAI, Resolución RDA 5112/15, CP Areli Cano Guadiana

México. INAI, Resolución RDA 5141/15, CP Oscar Mauricio Guerra.

México. INAI, Resolución RDA 5502/15, CP Patricia Kurczyn Villalobos.

México. INAI, Resolución RDA 5599/15, CP Ximena Puente de la Mora.

México. INAI, Resolución RDA 5610/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford.

México. INAI, Resolución RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, CP encargada del engrose María Patricia Kurczyn Villalobos.

México. INAI, Resolución RDA 6128/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford.

México. INAI, Resolución RDA 6206/15, CP María Patricia Kurczyn Villalobos.

México. INAI, Resolución RDA 6302/15, CP Areli Cano Guadiana.

México. INAI, Resolución RDA 6531/15, CP Joel Salas Suárez.

México. INAI, Resolución RDA 67/16, CP María Patricia Kurczyn Villalobos.

México. INAI, Oficio INAI/CE/DGTI/292/16, 12 de Julio de 2016.

México. INAI, Comité de Transparencia. Resolución en el Procedimiento 242/2016, 28 de noviembre de 2016.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en Revisión 2223/33, 12 de abril de 1934.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en revisión 3008/1998, 7 de marzo de 2000, MP Juventino V. Castro y Castro.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en revisión 2099/1999, 7 de marzo de 2000, MP Juan Díaz Romero.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo Directo en Revisión 402/2007, 23 mayo de 2007, MP Olga Sánchez Cordero.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en revisión 134/2008, 30 de abril de 2008, MP Genaro David Góngora Pimentel.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo Directo en Revisión 2044/2008, 17 de junio de 2009, MP José Ramón Cossío.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo directo 9/2008, 12 de agosto de 2009, MP José Ramón Cossío Díaz.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo Directo en Revisión 6/2009, 7 de octubre de 2009, MP Sergio A. Valls Hernández.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Amparo en Revisión 168/2011, 30 de noviembre de 2011, MP Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Suprema Corte de Justicia mexicana, Contradicción de tesis 56/2011, 30 de mayo de 2013, MP Sergio A. Valls Hernández.

2.4 Europa

Convención Europea de Derechos Humanos, 1950.

Convenio 108 del Consejo de Europa, “Para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”, 28 enero 1981.

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”, 24 de octubre de 1995.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 diciembre de 2000.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Rudfunk* (Sentencia del Tribunal de Justicia, 20 de mayo de 2003. Asuntos acumulados *Rechnungshof* (C-465/00) contra *Österreichischer Rundfunk* y otros y *Christa Neukomm* (C-138/01) y *Joseph Lauer* (C-139/01) contra *Österreichischer Rundfunk*)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Linqvist* (Sentencia del Tribunal de Justicia, 6 de noviembre de 2003. Asunto C-101/01, *Göta hovrätt* (Suecia) y *Bodil Lindqvist*).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Satakunnan* (Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia (Gran Sala) 16 de diciembre de 2008. Asunto C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu* y *Satakunnan Markkinapörssi Oy*, *Satamedia Oy*)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Schecke* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 9 de noviembre de 2010. Asuntos acumulados *Volker und Markus Schecke GbR* (C-92/09) y *Hartmut Eifert* (C-93/09) contra *Land Hessen*)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Digital Rights Ireland* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8 de abril de 2014. Asuntos acumulados Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) contra The Commissioner of the Garda Síochána, Irlanda y el Attorney General, y Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros (C-594/12) contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Google Spain* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 13 de mayo de 2014. Asunto C-131/12, Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González)

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto *Schrems* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 6 de octubre de 2015. Asunto C-362/14, Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner)

Grupo de Trabajo del Artículo 29. WP 20, Dictamen 3/1999, 3 mayo 1999. *Información del sector público y protección de datos personales*.

Article 29 Data Protection Working Party. WP 44, Opinion 5/2001, 17 mayo 2001. *On the European Ombudsman Special Report to the European Parliament following the draft recommendation to the European Commission in complaint 713/98/IJH*.

Article 29 Data Protection Working Party. WP 105, 19 enero 2005, *On data protection issues related to RFID technology*.

Article 29 Data Protection Working Party. WP 136, Opinion 4/2007, 20 junio 2007, *On the concept of personal data*.

2.5 Fuentes varias

ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), 1948.

Australia. Queensland. *The Right to Information: Reviewing Queensland's Freedom of Information Act, Report by the FOI Independent Review Panel*. State of Queensland, Department of Justice and Attorney-General, 2008 (Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan032299.pdf> (consultado 28-05-18))

Brandeis University. Louis D. Brandeis Quotes, Disponible en: <http://www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html> (consultado 28-05-08)

Canadá. Quebec, *Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information*. Disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/A-2.1> (consultado 04-11-17)

EEUU de América. FBI. Next Generation Identification. Criminal Justice Information Services. Disponible en: <https://www.fbi.gov/services/cjis/fingerprints-and-other-biometrics/ngi> (consultado 25-09-17)

Declaración de Santa Cruz de la Sierra, documento final de la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (2003). Disponible en: <http://www.oei.es/xiiicumbreddec.htm> (consultado 01-02-18)

ISO/IEC 2382-37 *Information Technology-Vocabulary-Part: 37 Biometrics*. 3.1.2. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:2382:-37:ed-2:v1:en> (consultado 05-10-17)

Limón, Ada, *A name* (Tomado del subway de Nueva York)

Observatorio *IRIS merlin*. Sweden, Amendment to the Personal Data Act. Disponible en: <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/1/article33.en.html> (consultado 19-02-18)

Red en defensa de los derechos digitales, Tribunal anula resolución del INAI sobre el “derecho al olvido”. Disponible en: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/> (consultado 07-02-18)

·∞

Anexo A

Digesto de casos de la Corte Constitucional colombiana

a. Hojas de vida de servidores públicos

El carácter-clasificación de la información personal contenida en el formato único de hoja de vida de los servidores públicos es el tema con el que la Corte Constitucional abre el debate en esta materia. Este fue el objeto de sendos pronunciamientos relacionados con la constitucionalidad de apartes de la Ley 190 de 1995. Esta Ley creó un sistema único de información personal de servidores públicos y de contratistas del Estado¹, incluyó la figura del “formato único de hoja de vida” y creó la obligación de todo aspirante a vincularse con el Estado de entregar la información personal allí requerida.

1. En el primero de los casos, resuelto en la Sentencia C-038 de 1996, la Corte consideró legítimo que el Legislador estableciera una especie de reserva de la información relativa a “la causa del retiro o de la terminación del contrato”, contenida en el formato único de hoja de vida². Según la Corte, el Legislador podía imponer una “reserva” “en beneficio de la administración y de la intimidad y buen nombre del servidor público”³, en tanto “[l]as hojas de vida, tienen un componente personal elevado, de suerte que así reposen en archivos públicos, sin la expresa autorización del datahabiente, no se convierten en documentos públicos destinados a la publicidad y a la circulación general.”⁴ Lo paradójico del caso es que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma que establecía esta reserva, aunque

¹ Este sistema se encuentra vigente y fue reemplazado por el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público (SIGEP), nuevo nombre del Sistema General de Información Administrativa, reorganizado por el artículo 18 de la Ley 909 de 2004 y creado por el artículo 36 de la Ley 489 de 1998. No existe ninguna disposición en estas Leyes que establezca el carácter reservado de la hoja de vida. El artículo 11 del Decreto 2842 reglamentario del SIGEP, establece que: “La información de la hoja de vida y bienes y rentas gozará de reserva en los términos que establece la ley”.

² El texto del artículo demandado es el siguiente: Artículo 3, Ley 190 de 1995. “(...) las hojas de vida de las personas que ocupan cargos o empleos públicos o de quienes celebren contratos de prestación de servicios con la administración, permanecerán en la unidad de personal de la correspondiente entidad, hasta su retiro. Producido éste, la mencionada unidad enviará al Sistema único de Información de personal de que trata el artículo anterior, la hoja de vida con la información relativa a la causa del retiro. Dicha información no podrá utilizarse como prueba en procesos judiciales o administrativos de carácter laboral y de ella sólo se comunicarán la identificación del funcionario y las causas de desvinculación del servicio o de la terminación anormal de sus contratos.” (se subraya el aparte demandado y declarado inexecutable)

³ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 1

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 2 “[E]l uso restringido, asegura que aspectos de la hoja de vida de quien es o ha sido funcionario o contratista del Estado, cuyo conocimiento indiscriminado puede vulnerar su intimidad y buen nombre, [no] circulen sin su autorización.”

por otros motivos⁵. Esta situación devaluaría esta consideración a simple *dicta*, aunque muy influyente en casos sucesivos⁶.

2. En el segundo caso, resuelto en la sentencia C-326 de 1997⁷, la Corte consideró que exigir la entrega de cierta información para nutrir la hoja de vida (estudios realizados, experiencia laboral previa y posibles circunstancias inhabilitantes) como requisito para contratar con el Estado, no desconocía el derecho a la intimidad de los interesados⁸. Para la Corte “[e]s incuestionable que la información de carácter académico y laboral no está sustraída al conocimiento público” pues “con base en ella la persona se da a conocer en el ámbito social y se promociona en el mercado laboral”⁹. Asimismo, consideró legítimo que el Estado creara un “sistema de información público” que permitiese “garantizar la vinculación de los más capaces y de los más idóneos” e “impulsar la realización de los principios rectores de la administración pública”, siempre que dicho sistema no desconozca derechos “fundamentales de las personas, y contemple [...] mecanismos de control que eviten un uso indebido de la información que los nutre”.

3. En el mismo año 1997, la Corte resuelve el primer asunto de tutela relacionado con acceso a información personal en poder del Estado. En la sentencia T-074 de 1997, la Corte tuteló el derecho de acceso a la información relativa al nombramiento de notarios en interinidad¹⁰. La Superintendencia de Notariado y Registro lo había negado alegando la protección del derecho a la intimidad de los notarios, al estimar que dicha información “necesariamente ha[b]ía de ser extraída de [sus] hojas de vida”. La Corte, sin embargo, no se pronunció sobre la naturaleza de la información. Con fundamento en el contenido (legal) del derecho de acceso a la información pública (con cita especial a la Ley 57 de 1985) ordenó la entrega de la información. Empleó dos argumentos: la operación del “silencio administrativo positivo”, pues la respuesta de la entidad había excedido el término de 10 días y la falta de motivación,

⁵ La Corte consideró que no existían razones constitucionales para privar de valor probatorio la información sobre retiro contenida en la hoja de vida, y en cambio, si podía afectarse el derecho al debido proceso del excontratista o exfuncionario. No obstante, la declaratoria de inexecutable también incluyó la “reserva” de la información.

⁶ Véase *supra*, Sentencia C-872 de 2003.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-326 de 1997, MP Fabio Morón Díaz. La Corte declaró la constitucionalidad de la norma que obliga a los candidatos a contratistas (de prestación de servicios) con el Estado a diligenciar el formato único de hoja de vida. Según la demanda, dicha información “se refiere a aspectos propios de la vida privada, que nada tienen que ver con la relación contractual con la administración pública”. Para la Corte la información solicitada refiere “aspectos todos que bien pueden ingresar en la órbita de lo público y que en nada afectan el núcleo esencial del derecho a la intimidad”.

⁸ El texto del artículo demandado es el siguiente: Artículo 1, Ley 190 de 1995. “Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad (...) el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita: 1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos. // 2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información. // 3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.”

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-326 de 1997, MP Fabio Morón Díaz.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-074 de 1997, MP Fabio Morón Díaz. La información solicitada fue la siguiente: “el nombramiento de los notarios de primera categoría realizado en el período (...) 1990 a 1994, precisando la modalidad de nombramiento, así : a) interinos sin determinar el tiempo hasta cuando desempeñaron el cargo, b) interinos hasta el vencimiento del período y c) interinos hasta proveer el cargo en propiedad mediante concurso, señalando en cada caso cada uno de tales actos, el nombre de la persona favorecida y la Notaría a la cual accedieron, así como las confirmaciones o remociones producidas.”

pues la entidad no indicó el “carácter reservado” de la información, ni “las normas jurídicas pertinentes que establec[ieran] excepcionalmente la reserva”.

4. Más adelante, en su sentencia C-872 de 2003, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma que establece la reserva sobre las hojas de vida y los documentos de evaluación de los miembros de las Fuerzas Militares¹¹. En el centro del debate estaba la posibilidad de que la ciudadanía pudiera controlar, mediante el acceso a sus hojas de vida, los ascensos de oficiales que tuviesen investigaciones por violaciones a derechos humanos. La Corte desagrega la información sometida a reserva en los cuatro formularios de la ley: “*Información básica*”¹², “*Programación personal de desempeño en el cargo*”¹³, “*Folio de vida*”¹⁴ y “*Evaluación y clasificación de oficiales y suboficiales*”¹⁵ todos con una importante cantidad de información personal¹⁶. Para resolver el caso la Corte dice aplicar un test de proporcionalidad. Considera que la reserva cumple un fin constitucionalmente legítimo y que la misma es razonable. En el análisis de la finalidad estima que la reserva persigue la protección de los derechos a la vida¹⁷ y a la intimidad¹⁸ de los miembros de la Fuerzas Militares, para lo cual se fundamenta con cita expresa en el *obiter dictum* de la Sentencia C-038 de 1996 que venimos de citar: las hojas de vida, al tener alto contenido de información personal, por el solo hecho de reposar en archivos públicos no se vuelven accesibles al público. *Obiter* que parece fungir como la *ratio* de la reserva. Para el análisis de razonabilidad, la Corte se apoya en las circunstancias normativas de la reserva: no es absoluta, al no ser oponible a servidores públicos; no es intemporal, al terminar a los 30 años; y no implica que la

¹¹ El texto del artículo demandado es el siguiente: Artículo 27, Decreto-Ley 1799 de 2000. “[documentos de evaluación] Carácter. Son documentos elaborados por las autoridades evaluadoras y revisoras en los que se consignan informaciones y juicios de valor acerca de las condiciones personales y profesionales de los oficiales y suboficiales regidos por este decreto. Los documentos de evaluación tienen carácter de reservado salvo para las partes que intervienen en el proceso.”

¹² Según la Corte contiene: “lugar y fecha de nacimiento, estado civil, número y edad de los hijos, el grado, arma, cuerpo y especialidad del servidor público, cursos, especialidades militares y civiles adquiridas, tiempo al mando de tropa, los cargos principales y adicionales desempeñados, la aptitud psicofísica, así como las situaciones administrativas pendientes de carácter penal y disciplinario”

¹³ Según la Corte contiene: identificación “del evaluado y el evaluador (...) funciones y responsabilidades del cargo, objetivos y logros alcanzados, adiciones, modificaciones al programa y/o funciones adicionales, y la enumeración de los objetivos y logros alcanzados.”

¹⁴ Según la Corte contiene: “actuaciones y desempeños significativos de carácter positivo o negativo del personal evaluado, fecha de presentación y traslado del evaluado; cargo principal y/o funciones adicionales y/o encargo asignado; felicitaciones, sanciones, condecoraciones; comisiones especiales y su actuación en cursos adelantados y sus resultados; *informativos o investigaciones penales, disciplinarias y administrativas que se adelanten y su estado*; vacaciones, permisos o ausencias al servicio y su justificación; resultados de interventorías en entrega de Unidades; anotaciones permanentes sobre desempeño, novedades administrativas y conceptos del evaluador sobre anotaciones de desempeño” (itálicas originales)

¹⁵ Según la Corte contiene: “los datos personales del servidor público, su tiempo de mando, la identificación plena del evaluador, unos indicadores de la labor profesional del militar las respectivas calificaciones que van desde deficiente hasta excelente, y finalmente, la sustentación de la evaluación de cada indicador”.

¹⁶ Sentencia C-872 de 2003, MP Clara Inés Vargas, consid. 5.2.1

¹⁷ Sentencia C-872 de 2003, MP Clara Inés Vargas, consid. 6.2.1 En el “*folio de vida* aparecen datos sobre las operaciones militares en las cuales ha participado el evaluado, así como el resultado positivo o negativo de las mismas. De allí que, dada la situación de conflicto armado que vive el país, la divulgación de esta información puede poner en grave peligro la vida e integridad física del evaluado”.

¹⁸ Sentencia C-872 de 2003, MP Clara Inés Vargas, consid. 6.2.1, entendida como “una esfera de protección del ámbito privado del individuo y de su familia, la cual se traduce en una abstención de conocimiento e injerencia en aquella órbita reservada que le corresponde a la persona y que escapa al conocimiento público.”

información relacionada con violaciones graves de derechos humanos no deba ser considerada en el proceso de evaluación¹⁹.

b. Evaluaciones de servidores públicos

5. En la sentencia C-872 de 2003, hay también una consideración especial sobre la reserva de los documentos de evaluación del personal militar. La Corte introduce la diferencia para justificar la reserva “que recae sobre los *juicios de valor* realizados por las autoridades evaluadoras y revisoras”. Para la Corte el fin de la norma es “garantizar la imparcialidad y la independencia de los servidores públicos que adelantan estas labores” por lo cual “el secreto se erige en un instrumento que permite el adecuado funcionamiento de las Fuerzas Militares”²⁰, cuerpo armado altamente jeraquizado y no deliberante. Este argumento, más ligado a la protección de la institución que de la persona, también es utilizado para afirmar la constitucionalidad de la norma que establece la reserva del proceso de toma de decisiones sobre ascensos de las fuerzas militares²¹. Para la Corte “[d]otar de publicidad el proceso de selección de oficiales y suboficiales para ascenso, e incluso permitir la intervención ciudadana en los mismos, conduciría a someter a un funcionario público a toda suerte de descalificaciones por parte de ciudadanos que no están familiarizados con la vida militar (...) Sería además desconocer que no se está ante un concurso abierto de méritos para la provisión de un cargo público; más aún, se podría llegar hasta entorpecer el buen funcionamiento de las Fuerzas Militares.”²²

6. De otra parte, en el caso de la Sentencia T-286 de 1995, la Corte consideró que la no publicación de los resultados de un concurso público para la asignación de una plaza docente en una Universidad Pública vulneraba el derecho al debido proceso de los participantes²³. En el caso, la Universidad decidió declarar desierto el concurso, a pesar de que al menos 5 candidatos llegaron hasta la última etapa; y en todo caso, no publicó los resultados, ni los puntajes asignados a los candidatos. Para la Corte, el objeto de los concursos es la selección “del mejor de los participantes”, con el fin de asegurar que el “Estado contará, entre sus servidores, con los más capacitados”²⁴. Para que esto suceda, estimó, es necesario permitir alguna forma de control ciudadano de los concursos, que sólo es posible si media la publicidad de los resultados²⁵. Para la Corte, “no pueden existir resultados ocultos”, incluso si los concursos

¹⁹ Sentencia C-872 de 2003, MP Clara Inés Vargas, consid. 6.2.1, “tanto en el formulario núm. 1 “*Información básica oficiales y suboficiales*” como en el núm. 3 “*Folio de vida*”, las autoridades evaluadoras están en la obligación legal de dejar constancia del inicio de las mencionadas investigaciones, es decir, constituyen *datos objetivos* que alimentan el proceso de evaluación.”

²⁰ La necesidad de proteger la “autonomía” de los evaluadores también fue esgrimida por la Corte al declarar la constitucionalidad de otra norma que establecía la reserva de los documentos del proceso de selección del personal del Instituto Nacional Penitenciario INPEC. En el caso de la sentencia C-108 de 1995, la Corte consideró: “se trata de una medida universalmente aceptada en los procesos de selección, y la reserva es apenas un mínimo razonable de autonomía necesaria para la independencia de los seleccionadores.”

²¹ Decreto-Ley 1799 de 2000, Artículo 42. Las sesiones decisorias de la junta clasificadora y las decisiones tomadas tienen carácter reservado, así como los documentos en que ellas consten.

²² Sentencia C-872 de 2003, MP Clara Inés Vargas, consid. 6.2.1.2

²³ Sentencia T-286 de 1995, MP Jorge Arango Mejía, consid. segunda.

²⁴ Sentencia T-286 de 1995, MP Jorge Arango Mejía, consid. segunda. “[Con cita a la Sentencia C-40 de 1995] Dado que la carrera administrativa se basa única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los aspirantes, es deber de la administración escoger o seleccionar a aquellas personas que por su capacidad profesional y condiciones personales, son las que requiere el servicio público, pues la eficiencia y eficacia del mismo, dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo.”

²⁵ Sentencia T-286 de 1995, MP Jorge Arango Mejía, consid. segunda. “Para lograr los fines del concurso, los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado. Pero, este control sólo podrá ser ejercido en la medida en que la

terminan de forma anormal, o con la declaratoria de desiertos. Este argumento le sirvió de fundamento para declarar la violación del derecho fundamental al debido proceso del peticionario (uno de los candidatos) y para ordenar la notificación de los resultados.

7. Por su parte, en el caso de la Sentencia T-534 de 2007, la Corte ordenó el acceso a la evaluación de los candidatos a ocupar el cargo de directivo docente en una institución de educación pública²⁶. La Secretaría de educación de Cúcuta negó el acceso alegando la protección “del derecho constitucional de los otros concursantes”. La Corte consideró que la negativa constituía “una violación del derecho fundamental de acceso a los documentos oficiales,” en tanto “no exist[ía] disposición alguna en la Constitución o la Ley que protej[iese] la información que fue negada al solicitante”. Para la Corte, la información solicitada era de “interés general” en tanto, fue “acopiada en el marco de la realización de un concurso público”, y su acceso constituía “elemento indispensable para verificar que la provisión de los cargos directivos se hizo siguiendo de manera objetiva y estricta las disposiciones legales y reglamentarias que buscan asegurar que la Administración cuente con los profesionales que reúnan las mejores calidades.”²⁷ Para la Corte el interés protegido, ligado a la selección de los mejores en el área crítica de la educación, impone “un incremento del deber de selección objetiva (...) y una ampliación del margen de protección del derecho de acceso a la información en cabeza de los ciudadanos interesados.”²⁸

c. Registros (públicos) de sanciones

La operación de los registros públicos de sanciones ha sido otro de los centros del debate sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado. En este caso el debate, más pronto que tarde, fue gobernado por el nascente contenido del derecho al habeas data. Del acento inicial sobre la dependencia fuerte del dato personal en relación con su soporte, se pasó a una valoración contextual del dato personal por su ubicación en el universo de las bases de datos y la dinámica de relación asimétrica de poder que estas bases de datos suponen.

8. En la sentencia C-060 de 1994, la Corte declaró la constitucionalidad de la norma que ordenaba la publicación, en boletín oficial, de las sanciones impuestas contra abogados por faltas contra el ejercicio de la profesión.²⁹ La Corte inicia con una consideración de publicidad derivada: “si los procesos disciplinarios que se adelantan contra los abogados, son públicos, no halla la Corte razón válida alguna para impedir la publicación de las sanciones”. No hay afectación del derecho a la intimidad ni al buen nombre, como afirma la demandante, pues “el buen nombre lo construye el mismo individuo de acuerdo con su comportamiento social y profesional”, por lo que “[n]o puede pretenderse una protección del honor cuando el sancionado ha incurrido en hechos censurables, que demuestran una actuación antiética y a todas luces contraria a la ley”, y concluye: “ni la Constitución ni la ley pueden proteger

administración dé a la publicidad los resultados del mismo, y que dichos resultados puedan ser analizados y, por consiguiente, controvertidos”.

²⁶ El actor había solicitado se le informara “en detalle” como se evaluaron los antecedentes de los participantes que le precedían en la lista oficial publicada “según la hoja de vida y anexos, teniendo en cuenta la valoración asignada por experiencia en administración, valoración de estudios superiores y demás procedimientos para dar un puntaje final a cada ítem.” Sentencia T-534 de 2007, MP Humberto Sierra Porto, anteced. 3

²⁷ Para elaborar este argumento la Corte se apoya en la sentencia T-286 de 1995, donde se discutía una situación similar, entonces la Corte consideró: “Para lograr los fines del concurso, los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener un interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado. Pero, este control sólo podrá ser ejercido en la medida en que la administración dé a la publicidad los resultados del mismo, y que dichos resultados puedan ser analizados y, por consiguiente, controvertidos.” Sentencia T-534 de 2007, MP Humberto Sierra Porto, consid. 6

²⁸ Sentencia T-534 de 2007, MP Humberto Sierra Porto.

²⁹ Decreto-Ley 196 de 1971 por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía. “Artículo 62. Las sanciones disciplinarias se anotarán en el registro del abogado y, excepto la amonestación, se publicarán en la Gaceta del Foro, o en su defecto en el Diario Oficial.”

al individuo contra la mala imagen, o el deshonor que nazca de sus propios actos”. Por último, la Corte sostiene que la norma se soporta en “la defensa y la protección de la sociedad”, finalidad “esencial” del listado. Ya que es “de señalada importancia que se publiquen las sanciones disciplinarias impuestas a los profesionales del derecho, pues de esta manera los ciudadanos [al] conocerlas (...) podrán seleccionar aquellos que por su nombre y reputación son idóneos para defender sus intereses.”³⁰

9. El segundo de estos casos fue resuelto en la Sentencia C-1066 de 2002. Entonces, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma que ordena la certificación de todos los antecedentes penales y disciplinarios, como requisito para acceder a cargos públicos³¹. El condicionamiento tuvo fundamento en la protección del derecho al habeas data, en su modalidad derecho al olvido-caducidad del dato negativo. Para la Corte el “derecho al olvido” propio de las bases de datos de deudores del sector financiero “debe aplicarse al registro unificado de antecedentes que (...) lleva la Procuraduría General de la Nación, integrado por documentos públicos y accesible a todas las personas (...) mediante el señalamiento de un término de caducidad razonable”³². Ello con el fin de que quienes fueron sancionados “no queden sometidos por tiempo indefinido a los efectos negativos de dicho registro.” La Corte considera que la norma es constitucional si se entiende que dicha exigencia tiene un límite temporal y sólo pesa en relación con las sanciones que se encuentren vigentes o que hayan sido impuestas “dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición”.

10. El tercero de estos casos es el de la sentencia SU-458 de 2012, un expediente acumulado de tutelas sobre la forma en que la autoridad encargada daba noticia de los antecedentes judiciales. En el año 2008, el entonces Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) adoptó un formato de antecedentes judiciales que permitía inferir la existencia de condenas penales ya cumplidas o prescritas. Lo que, al “revivir” información del pasado, generó prácticas discriminatorias. La Corte consideró que la disponibilidad de esta información en la base de datos de antecedentes penales públicamente accesible vía Internet³³ desconocía, entre otros, el derecho al habeas data de los peticionarios, en su modalidad supresión-relativa. La Corte no desconoció el carácter público de la información personal, pues “desde el punto de vista de su fuente, o de su soporte, los antecedentes penales tienen el carácter de información pública. La información en que consisten está consignada (soportada, escrita, contenida) en providencias judiciales en firme (...) caracterizadas por su carácter público, entendido este, como la condición de accesibilidad de su contenido, por cualquier persona, sin que medie requisito especial alguno.”³⁴ Sin embargo, esta valoración cambia cuando la información personal sobre condenas penales ha perdido vigencia y aparece sometida a tratamiento en la base de datos especializada de antecedentes judiciales. “[E]n el contexto del habeas data la administración de información personal debe estar sometida a una finalidad estricta y precisa, y en este asunto, la Corte extraña la existencia de norma que regule en debida forma las condiciones de acceso a dicha información por

³⁰ Sentencia C-060 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz, consid. d.

³¹ Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único. Artículo 174. (...) “Cuando se trate de nombramiento o posesión en cargos que exijan para su desempeño ausencia de antecedentes, se certificarán todas las anotaciones que figuren en el registro”.

³² Sentencia C-1066 de 2002 MP Jaime Araujo Rentería, consid. 3.3

³³ En el curso del proceso que terminó con la Sentencia SU-458 de 2012, se expidió el Decreto Ley 019 de 2012, para “suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios”, que modificó el carácter, de reservada a pública, de la información personal contenida en el registro de antecedentes penales, relativa a condenas que estuvieran vigentes (no cumplidas o no prescritas). “Art. 94. Consulta en línea de los antecedentes judiciales. Las entidades públicas o los particulares que requieran conocer los antecedentes judiciales de cualquier persona nacional o extranjera podrán consultarlos en línea en los registros de las bases de datos a que se refiere el artículo siguiente. Para tal efecto, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional responsable de la custodia de la información judicial de los ciudadanos implementará un mecanismo de consulta en línea que garantice el derecho al acceso a la información sobre los antecedentes judiciales que allí reposen, en las condiciones y con las seguridades requeridas que establezca el reglamento.”

³⁴ Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango, consid. 6

parte de terceros no autorizados expresamente.”³⁵ La Corte ordenó modificar la forma del certificado, para impedir el conocimiento de antecedentes penales por parte de terceros cuando la pena esté cumplida o prescrita.

d. Registro público de la propiedad

11. La forma de acomodar las nuevas reglas del derecho al habeas data en el funcionamiento de los clásicos registros públicos sobre la propiedad ha desafiado algunos inamovibles de la publicidad. El telón de fondo de la discusión fue el tránsito de este tipo de archivos a la Internet. El primero de estos casos versa sobre la disponibilidad en internet de parte de un archivo de catastro. En la sentencia T-729 de 2002, al resolver una tutela interpuesta por un ciudadano que tenía sendos inmuebles en la ciudad de Bogotá, la Corte consideró que la disponibilidad de la información catastral en Internet desconocía el derecho de habeas data. Para la Corte esta situación vulneraba el derecho a controlar la propia información personal ya que “con la digitación de un sólo dato (el número [único] de identificación [nacional]) y la disponibilidad de varias bases de datos personales, es posible en contados minutos elaborar un “perfil virtual” de cualquier persona.”³⁶. En este caso la Corte ignoró el posible carácter público de la información catastral, minimizó los requisitos técnicos que había dispuesto Catastro para su acceso, exaltó el carácter personal de la información³⁷ y maximizó las nacientes reglas del derecho al habeas data, en especial los principios de circulación restringida³⁸ e individualidad³⁹. Al final, ordenó a Catastro “absten[erse] de publicar, con posibilidad de acceso indiscriminado y sin el consentimiento previo y libre, información personal [del ciudadano]”. A partir de esta decisión, el acceso a la base de datos de Catastro vía internet debió proveerse de manera controlada (mediante registro previo del titular de la información, asignación de usuario y contraseña). Esta regla inspiraría la práctica subsecuente y la inclusión, en las leyes de habeas data, del principio de circulación restringida en Internet⁴⁰.

12. En la sentencia C-185 de 2003, la Corte se pronunció sobre la norma que ordena al registrador de instrumentos públicos dar noticia de todas las inscripciones que consten en el folio de matrícula de un inmueble⁴¹. El demandante consideraba que no exceptuar las inscripciones sobre embargos decretados en procesos penales que hubiesen sido

³⁵ Sentencia SU-458 de 2012, MP Adriana Guillén Arango, consid. 27

³⁶ Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett.

³⁷ Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett. “Los datos personales, por sus condiciones especiales, prima facie se encuentran fuera de la órbita de conductas protegidas por el régimen general del derecho constitucional a la información. En consecuencia, la colisión entre derecho al habeas data o derecho a la autodeterminación informática y derecho a la información, deberá resolverse atendiendo las particularidades tanto de la información, convertida en datos personales, como de los rasgos y poder de irradiación del derecho a la autodeterminación informática.”

³⁸ Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett. “Catastro, al facilitar el acceso a información personal de manera indiscriminada, distorsiona la finalidad a la cual estaba llamada la base de datos, pues permite que extraños, sin intereses visibles, accedan a la información sin que sea posible ningún tipo de control por parte de sus titulares.”

³⁹ Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett. “Catastro, con la publicación de información patrimonial de [el actor], al facilitar las condiciones para que la misma sea sumada a otra, con el concurso de diversas fuentes de información, vulnera su derecho a la autodeterminación informática.”

⁴⁰ En un texto que prácticamente parafrasea la Sentencia T-729 de 2002, el Legislador, en el art. 4, literal c, de la Ley 1266 de 2008, estableció el principio de circulación restringida, así: “Los datos personales, salvo la información pública, no podrán ser accesibles por [estar disponibles en] Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o los usuarios [terceros] autorizados conforme a la presente ley.”(Los corchetes son del texto del mismo principio, pero tomados del art. 4, literal f, de la Ley 1581 de 2012)

⁴¹ Decreto-Ley 1250 de 1970 “Por medio del cual se expide el estatuto de instrumentos públicos”. Artículo 54. Las oficinas de registro expedirán certificados sobre las situaciones jurídicas de los bienes sometidos a registro mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas.

levantados y que no estuviesen surtiendo efectos, desconocía el derecho al habeas data. La Corte declaró la constitucionalidad de la norma, en virtud de la importancia del principio de publicidad del registro de la propiedad inmueble. Consideró que “la función registral, al estar inspirada por el principio de publicidad, garantiza condiciones de seguridad en el tráfico económico y en la circulación de la riqueza inmobiliaria, facilita el perfeccionamiento de todo tipo de negocios jurídicos y asegura las condiciones que evitan la clandestinidad y el fraude negocial”⁴². Sin embargo, abrió la puerta para que caso a caso se pudiese controvertir esta obligación en la hipótesis sugerida por el demandante, bajo el argumento de que se trata de información personal⁴³, y de que la misma, al ser objeto de tratamiento, debe respetar los principios de utilidad y de caducidad, propios del habeas data.

13. Por último, están las decisiones sobre el acceso al listado de las matrículas de automotores que constan, en el Registro único nacional de tránsito (RUNT), como vehículos de transporte público-tipo taxi, incluyendo, la marca del vehículo, su modelo y la ciudad de su registro. En la primera decisión, la Sentencia T-157 de 2010, la Corte concedió el acceso a la información apoyada en una lectura legal del derecho de acceso a la información pública, con base en dos argumentos, primero, el carácter orgánico de la publicidad de la información según el cual “la información que se encuentra en una entidad pública tiene, salvo reserva legal, la posibilidad de ser conocida por todos”⁴⁴; y segundo, porque “el uso que los peticionarios den a la información no es una razón admisible constitucionalmente para negar el conocimiento y entrega de copias de documentos que son públicos”, con lo que desvirtuaba las (supuestas) razones de seguridad alegadas por la Secretaría de Movilidad de Bogotá para negar la entrega de la información.

14. En la segunda decisión, la Sentencia T-451 de 2011, la Corte concedió el acceso a esta misma información, pero ahora en el nivel nacional. En este caso, la Corte suma un par de argumentos a su línea decisoria: en primer lugar, el carácter público de la información, no por una consideración orgánica, sino por su calificación legal *ex professo*. Según la Corte: “lo primero que se debe esclarecer es si la información solicitada es de carácter público y al respecto no cabe duda alguna, pues así lo señala expresamente el artículo 9 de la Ley 769 de 2002, cuyo tenor literal es el siguiente: Toda la información contenida en el RUNT será de carácter público.”⁴⁵ Y en segundo lugar, que, dada la naturaleza de la información y el estándar internacional en la materia, no era necesario “acreditar un interés directo o una afectación particular para requerir la información.” La Corte ordenó a la autoridad nacional encargada del manejo del RUNT, la entrega de la información.

e. Seguridad social

15. El acceso a la información relacionada con la seguridad social ha sido objeto de pronunciamiento en dos ocasiones. La primera es la citada Sentencia T-729 de 2012, en la cual la Corte consideró que la posibilidad de acceder por Internet, con la sola digitación del número único de identificación nacional, a la base de datos sobre afiliaciones al sistema de seguridad social, desconocía el derecho al habeas data del demandante. Entonces, la Superintendencia de Seguridad Social había colgado una de sus bases de datos en Internet, la Corte consideró que la disponibilidad de dicha información en la red al “revelar aspectos de [la] órbita privada se enc[ontraba] sometida

⁴² Sentencia C-185 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett, consid. 4

⁴³ Sentencia C-185 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett, consid. 7 “[E]l reconocimiento de la naturaleza pública de los datos contenidos en escrituras públicas y en providencias judiciales, que serán posteriormente objeto de inscripción en el respectivo folio de matrícula en la oficina de instrumentos públicos, no implica de manera alguna que tales datos pierdan su naturaleza de datos personales, en tanto son reveladores de realidades patrimoniales concretas que pueden ser fácilmente asociadas al nombre de una persona.”

⁴⁴ Sentencia T-157 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva, consid. 17 “[L]a publicidad de la información est[á] dada por lo que la Corte Constitucional ha denominado un carácter orgánico. Esto, significa que la información que se encuentra en una entidad pública tiene, salvo reserva legal, la posibilidad de ser conocida por todos.”

⁴⁵ Sentencia T-451 de 2011, MP Humberto Sierra Porto, consid. 5

a los principios de la administración de datos personales”⁴⁶ y en especial, al principio de circulación restringida⁴⁷. En este contexto consideró que del “interés público” que pueda existir en el conocimiento de dicha información para los sujetos del sistema de seguridad social en salud, tales como “fines de control en los pagos, de cobertura, de volumen de beneficiarios y demás utilidades de tipo estadístico, (...) no se desprende la posibilidad de conocimiento indiscriminado de la información.” Esto, sumado a la posibilidad de que dicho acceso facilitaba la elaboración de perfiles virtuales, llevó a la Corte a ordenar a la Superintendencia “cesar la conducta vulneratoria” del derecho al habeas data del demandante.

16. El segundo caso fue resuelto mediante sentencia T-216 de 2004, donde la Corte se pronunció sobre una tutela contra el Ministerio de Trabajo como encargado del archivo del liquidado Foncolpuertos. El actor había solicitado acceso a las actas de conciliación colectiva mediante las cuales se habían reconocido cuantiosas pensiones a los extrabajadores de dicho Fondo público. Hacían parte del contexto del caso la inexistencia como tal de un archivo y la sospecha pública sobre irregularidades en la asignación de recursos públicos. El Ministerio de Trabajo había creado un grupo especial para la organización y depuración del archivo. La Corte consideró que el actor tenía derecho a acceder a un índice de los documentos que lograran organizarse, pero consideró en *obiter*, que el acceso a la información personal contenida en las actas de conciliación estaba reservada, según la disposición del artículo 51 del Decreto-Ley 1045 de 1978, según el cual “[l]as historias clínicas y los documentos relativos a prestaciones sociales quedan amparados por el principio de reserva profesional”⁴⁸. La Corte decidió hacer un test de proporcionalidad *ad hoc* de la reserva y consideró que la misma era constitucional⁴⁹. Consideró, sin embargo, que el “acceso a información no personal contenida en tales documentos” podría ser exceptuado. En lo que sería el primer precedente de la Corte sobre versiones públicas de documentos públicos. Para la Corte “el interés que existe en reservar estos documentos estriba en la necesidad de evitar que se vincule a una persona con una situación prestacional determinada. Por lo tanto, si es posible que se acceda a los documentos de manera que se desvincule a la persona de la situación prestacional, la negativa absoluta al acceso a los documentos públicos resulta desproporcionada.”⁵⁰ A esto sumó el eventual interés público representado en “[l]a posibilidad de conocer cómo la administración dispone de sus recursos, [y de acceder] a la información sobre la manera en que, dadas las circunstancias del caso, liquida prestaciones o factores salariales”.

f. Operativos de la Fuerza Pública

⁴⁶ La información disponible era la “condición de afiliado, de beneficiarios, EPS a la cual se encuentra afiliado, si está o no en mora, fecha de afiliación, y posibles modificaciones en la afiliación.” Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁷ El cuál, según la Corte, “no obsta para que la Superintendencia Nacional de Salud pueda adelantar la actividad de administración de la referida base de datos, siempre y cuando la misma se desarrolle en el ámbito propio del sistema integral de seguridad social en salud, de tal forma que la base de datos pueda ser conocida por las personas autorizadas para ello.” Sentencia T-729 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁸ Este artículo no debió ser considerado para el análisis, pues había sido declarado inexecutable, por extralimitación de facultades extraordinarias del presidente de la República, según sentencia del 29 de mayo de 1986, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, MP Fabio Morón Díaz.

⁴⁹ “Para la Corte, resulta claro que la medida persigue un fin legítimo, cual es resguardar la información personal relativa a ingresos de trabajadores estatales. La medida resulta idónea (...) en cuanto el sigilo documental efectivamente impide el conocimiento de tal información. También se estima necesaria, en tanto que sólo mediante la prohibición de acceder a tales documentos, se impide que se vincule a una persona con una situación laboral y prestacional concreta. Tampoco, prima facie, se reputa desproporcionada, pues no existe, salvo circunstancias especiales y que demandan intervención administrativa o judicial, interés alguno en que las personas conozcan abiertamente dicha información.” Sentencia T-216 de 2014, MP Eduardo Montealegre Lynett., consid. 25.1

⁵⁰ Sentencia T-216 de 2014, MP Eduardo Montealegre Lynett., consid. 25.2

17. El contexto de estos casos es sabido. Un conflicto armado interno prolongado y la violación recurrente de derechos humanos por parte de todos los actores armados. El primer caso fue resuelto en la sentencia T-1025 de 2007. Entonces, la Corte concedió el acceso a los nombres, códigos, unidades y líneas de mando de quienes tomaron parte en operaciones militares en el territorio de la comunidad de paz de San José de Apartadó en horas y fechas determinadas. El telón de fondo era el esclarecimiento de violaciones a derechos humanos ocurridas durante tales operaciones; la existencia de medidas cautelares de la Comisión IDH a favor de los miembros de la comunidad de paz y un clima de abierta desconfianza de éstos, frente al Estado. Después de considerar que el peticionario si tenía legitimidad en la causa (se trataba de un jesuita públicamente reconocido por ser defensor de derechos humanos y en especial de dicha comunidad de paz) la Corte articuló su argumentación bajo la metodología del principio de proporcionalidad⁵¹. En el caso, los intereses en conflicto eran el derecho de acceso a la información (pública) por un lado, y la presunción de inocencia y el derecho a la vida y la seguridad de los militares involucrados, por el otro. Ni el Ejército ni la Corte consideraron que dicha información personal estuviera protegida por el derecho a la intimidad. La Corte consideró que la negativa del acceso no era necesaria para proteger aquellos derechos, ya que tal protección “podría lograrse a través de medidas menos lesivas del derecho de acceso a la información”, máxime, si con la negativa se obstaculizaba “el derecho de las víctimas a lograr la verdad, la justicia y la reparación”. La Corte consideró que “las víctimas tienen el derecho de indagar sobre las circunstancias y los presuntos autores de los delitos y ello significa que pueden acceder a los nombres de los agentes que ellos consideran que podrían estar implicados”⁵². La Corte, además, echó mano de un viejo precedente según el cual la publicación de los nombres de personas que están siendo investigadas no afecta sus derechos “siempre y cuando ni las autoridades de policía ni el medio de comunicación procedan a hacer acusaciones o calificaciones que corresponden a la justicia”⁵³, regla que “se aplica también a los miembros de la Fuerza Pública, que son servidores públicos y están sometidos al principio de publicidad.” Finalmente, en relación con la posible afectación del derecho a la vida y a la seguridad de los militares, la Corte también consideró que la medida de negar el acceso era desproporcionada, por dos razones, “porque las personas cuyos nombres son solicitados por el actor son agentes de la Fuerza Pública” y porque “[s]i el Ejército y la Policía Nacional consideran que la identificación de sus agentes puede acarrearles riesgos para su vida e integridad personal, deben diseñar los mecanismos necesarios para impedir que cristalicen esos riesgos. Y, ciertamente, pocas instituciones cuentan con mejores condiciones para lograr este objetivo.”⁵⁴ La Corte finaliza sus consideraciones recordando la responsabilidad por el manejo de la información: “esta sentencia no libera al actor de responder por el manejo que haga de la información que se le entregue. En especial, [el respeto por] los derechos de las personas incluidas en la lista.”⁵⁵

18. En el segundo caso, resuelto en la sentencia T-511 de 2010, la Corte ordenó el acceso a los nombres, patrullas y órdenes de labor, de los miembros de la Policía Nacional que se encontraban asignados en una zona de la ciudad de Bogotá, en la hora y fecha en que ocurrió la desaparición forzada de una persona. La Dirección de Policía de

⁵¹ “El carácter preferente de la libertad de expresión – en todas las formas que asume - ha conducido a la Corte a establecer que el examen de proporcionalidad que se adelanta sobre las medidas que la restringen debe ser estricto. (...) El hecho de que en este caso el examen de proporcionalidad sea estricto implica que el juicio no se reduce a observar si la decisión del Ministerio de la Defensa persigue un fin acorde con la Constitución y es adecuada para lograrlo, sino que también implica observar si esa medida es necesaria para lograr un fin que, más que legítimo, es imperioso, y si los beneficios logrados con ella en materia de protección de un derecho constitucional están en una relación de proporcionalidad estricta con los derechos y bienes constitucionales que afecta.” Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 12

⁵² Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 12

⁵³ Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 13

⁵⁴ Sin embargo, si consideró una hipótesis en que la información podría ser negada: el caso de los agentes de la policía y de sus familiares que no residan en cuarteles o guarniciones militares. Esta consideración es producto de una interesante prueba de daño que la Corte diseña y aplica *ad hoc*. Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 14

⁵⁵ Sentencia T-1025 de 2007, MP Manuel José Cepeda, consid. 18

Bogotá negó el acceso bajo el argumento de que dicha información había sido entregada a las autoridades judiciales. Para la Corte, dicha información, extraída de libros y minutas sobre control vehicular, de personal y de vigilancia, y de cámaras de seguridad de la zona donde fue vista la persona desaparecida por última vez, tenía “carácter público”, pues no estaba “sometida a reserva legal, y por el hecho de haber sido aportada como elemento probatorio dentro de una investigación de carácter penal no pierde tal naturaleza”⁵⁶. En este caso la Corte no advirtió un caso de colisión de derechos, similar al caso anterior, ya que en Bogotá no existía riesgo alguno para la vida o la seguridad de los miembros de la policía que fueran mencionados.

g. Beneficiarios de políticas públicas ligadas al conflicto armado interno

El desarrollo de políticas públicas para atender las consecuencias del conflicto armado interno forzó la elaboración de ciertos archivos y bases de datos personales, indispensables para su correcta implementación. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la publicidad de la información personal frente al registro único de población desplazada, y los archivos de la Unidad para la reparación de víctimas.

19. Sobre el primero de estos repositorios, la Corte se pronunció en la Sentencia T-705 de 2007. Entonces, varias personas solicitaron expedición de certificado de su condición de desplazados. Acción Social lo negó alegando reserva legal. La Corte advirtió que no existía reserva legal sobre el punto (la que existía tenía fundamento en actos administrativos) y que de existir, no podría oponerse al titular de la información en virtud del habeas data. La Corte concedió el amparo de este derecho y ordenó la certificación. Sin embargo, consideró que, respecto del registro único de población desplazada, existía “una reserva constitucional oponible frente a terceras personas que pretendan acceder a esta información”. Esta reserva se fundamenta en la situación de “especial vulnerabilidad” de la población en situación de desplazamiento, y en el “carácter personal” de la información. Para la Corte se trata de “datos que carecen de interés general y que tienden a definir las condiciones particulares de cada persona víctima del desplazamiento”⁵⁷, por lo que “guarda[n] una estrecha relación con los derechos [a] la vida, la intimidad y la seguridad personal.” *A contrario* “la información que se deriva de este registro y que no se refiera a datos personales (...) está amparada por el principio de publicidad y por lo tanto carece de reserva, siendo posible acceder a ella por mandato expreso del artículo 74 constitucional”⁵⁸.

20. En el segundo caso, en la Sentencia T-828 de 2014, la Corte ordenó el acceso a la información contenida en un expediente de indemnización a víctimas del conflicto armado. El actor solicitaba a la Unidad para la Reparación de Víctimas UARIV que le entregara copias de los documentos presentados por la persona que resultó beneficiada con la indemnización por la muerte de uno de sus hijos. La UARIV había negado el acceso alegando la reserva legal de la información, ordenada en la Ley 1448 de 2011⁵⁹. La Corte decidió exceptuar la reserva al considerar que no superaba el “test de proporcionalidad”. No obstante que la finalidad de la reserva es proteger el derecho a la intimidad de las víctimas y que es idónea para ello, no es necesaria “porque el hecho de que cierto documento esté sujeto a reserva, no quiere decir que toda la información que en él reposa sea reservada, por cuanto ésta sólo opera respecto de la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales.” Para la Corte con

⁵⁶ Sentencia T-511 de 2010, MP Humberto Sierra Porto, consid. 7

⁵⁷ El contenido de la declaración de desplazamiento, según el artículo 6 del decreto 2591 de 2000 incluye: “los generales de ley” y entre otros los siguientes: “1. Hechos y circunstancias que han determinado en el declarante su condición de desplazado. 2. Lugar del cual se ha visto impelido a desplazarse. 3. Profesión u oficio. 4. Actividad económica que realizaba y bienes y recursos patrimoniales que poseía antes del desplazamiento, 5. Razones para escoger el lugar actual de asentamiento.”

⁵⁸ Sentencia T-705 de 2007, MP Jaime Córdoba Triviño, consid. 20

⁵⁹ El parágrafo 1º del artículo 156 de la Ley 1448 de 2011, dispone que “[d]e conformidad con el artículo 15 de la Constitución Política, y con el fin de proteger el derecho a la intimidad de las víctimas y su seguridad, toda la información suministrada por la víctima y aquella relacionada con la solicitud de registro es de carácter reservado.”

la información solicitada se buscaba “conocer las declaraciones relativas a que se desconocía la existencia de otros posibles beneficiarios de la indemnización administrativa (...) y no a que fueran revelados datos privados [de la víctima reclamante que] sí están sujetos a reserva”⁶⁰. La Corte soportó su decisión en una valoración del tipo de la información contenida en el documento, al concluir que la UARIV “desconoció que la reserva legal a la que se sujeta la información de las víctimas no aplica respecto de todos los documentos, sino de los datos privados y sensibles contenidos en estos.”⁶¹

h. Decisiones judiciales y procesos administrativos

El caso de la información personal contenida en decisiones judiciales ha sido abordado desde la regla general de la publicidad, tanto del proceso como de la decisión final. Además de las excepciones establecidas explícitamente por la Ley, la Corte Constitucional ha seguido una práctica excepcional de anonimización de la información personal contenida en sus propias decisiones. La inspiración general es la necesidad de evitar la exposición pública de los sujetos procesales, en aquellos casos que guarden estrecha relación con su derecho a la intimidad.

21. Son decenas los casos en que la Corte ha tomado este camino. Aquí referenciamos la Sentencia SU-337 de 1999, una de las primeras y más importantes. En este caso, la Corte tuteló el derecho fundamental de una niña a decidir si se sometía o no a un procedimiento de readecuación de sexo, debido a una extraña condición biológica de ambigüedad sexual. Durante el proceso, la madre de la niña solicitó que el trámite judicial no fuera publicado con el propósito de proteger su intimidad y la de su hija. La Corte accedió, pues el caso versaba sobre “un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de comunicación, así como una malsana curiosidad y rechazo a la menor y a la propia peticionaria en el medio social en donde viven”⁶². Esto, sumado a lo “contradictorio” que resultaría que “una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos”, llevó a la Corte a pensar en la conveniencia de “la reserva completa de estas actuaciones”. Sin embargo, consideró que “[l]a protección del sosiego familiar de la peticionaria no [podía] llevar a la prohibición de la publicación de la sentencia (...) por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y [la] propia función institucional” de la Corte. Para armonizar los intereses enfrentados, ordenó la “reserva absoluta del expediente” y la publicación de la sentencia con la supresión de “todos los datos” que permitieran “la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso.”

22. Desde otro frente, el debate sobre la publicidad de la información personal contenida en sentencias judiciales ha sido renovado a partir del uso masivo de la Internet y de las herramientas de sus intermediarios. En especial, ante el nuevo escenario de la disponibilidad en la red de las sentencias judiciales y la facilidad de acceder a información personal de forma deliberada con el auxilio de “buscadores”. Esta situación fue estudiada en la Sentencia T-020 de 2014, en donde la Corte se pronunció sobre el caso de una persona que, al digitar su nombre en el motor de búsqueda de *Google*, descubrió que en la página *web* de la Corte Suprema de Justicia estaba el texto de una sentencia judicial de 2000, en la que se confirmó su condena como responsable de los delitos de falsedad, concusión y fraude procesal. Requerida por la actora, la Corte Suprema se negó a eliminar dicha información con base en el deber de publicidad de las sentencias judiciales. La Corte Constitucional tuteló el derecho al habeas data de la actora, al constatar el desconocimiento de los principios de finalidad y circulación restringida, y ordenó reemplazar su nombre por números o letras que impidieran su identificación. La Corte consideró que la información

⁶⁰ Sentencia T-828 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz, consid. 23

⁶¹ Sentencia T-828 de 2014, MP Gloria Stella Ortiz, consid. 25

⁶² Sentencia SU-337 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero, consid. 2

personal sobre antecedentes judiciales era del tipo “información semiprivada”⁶³ que, si bien “consta en un documento público, no tiene esa misma naturaleza, pues más allá de identificar a una persona (...) por los efectos negativos que le son propios, es inadmisiblesu acceso o divulgación general o ilimitada.”⁶⁴ Para la Corte una sentencia “es susceptible de ser analizada desde la perspectiva del habeas data” en tanto “es posible tender un vínculo entre una persona y los datos que reflejan una precisa situación jurídica”⁶⁵. La disponibilidad de las sentencias de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, sumado al uso del buscador, ha creado “una nueva fuente de consulta de antecedentes judiciales, por fuera de los controles limitados que existen sobre la materia”, lo cual impone una “carga desproporcionada” sobre los ciudadanos. Esto desconoce el principio de finalidad propio del habeas data, porque la divulgación de la información personal se hace para fines distintos “a los que justifican la publicidad de los fallos judiciales”. Para la Corte, el argumento de la publicidad de la sentencia no es persuasivo; es “indiferente para efectos de pedagogía o consulta que se publiquen de forma masiva datos que permitan identificar a la persona, pues en el fondo lo que importa es comprobar que el juzgador ejerció de manera adecuada sus funciones (...) sin que finalmente tenga trascendencia el nombre del sujeto involucrado.”⁶⁶

23. Por otra parte, en la Sentencia C-038 de 1996, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma que establecía la reserva sobre los expedientes en que consten investigaciones disciplinarias y fiscales, “hasta que se produzca el fallo”⁶⁷. Consideró que esta medida era desproporcionada y habilitó la posibilidad de la publicidad de dicha información después de que se hubiera surtido la etapa de recolección de pruebas. La Corte diagnosticó el problema como una colisión de principios. Por un lado, la eficacia e imparcialidad de las funciones de investigación y la presunción de inocencia de las personas sujetas a investigación (por regla general servidores públicos) y por el otro, los derechos a controlar el ejercicio del poder público y a acceder a los documentos públicos⁶⁸. Consideró que la introducción de dicha reserva perseguía una finalidad constitucionalmente legítima y era adecuada para la consecución de dichas finalidades, pero era desproporcionada⁶⁹. Apuntaló su decisión en una consideración sobre

⁶³ Para la caracterización de los antecedentes judiciales como dato semiprivado, la Sentencia T-020 de 2014, se apoya en la Sentencia T-632 de 2010, según la cual esta información: “pertenece a una esfera de la personalidad que [aunque] no es íntima o reservada, tampoco es pública ya que no puede ser divulgada indiscriminadamente.”

⁶⁴ Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 3.4.1

⁶⁵ Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 3.5.1

⁶⁶ Sentencia T-020 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.2.2

⁶⁷ Diario Oficial. Ley 190 de 1995. “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa en Colombia”. Artículo 33. “Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos. (...) Parágrafo segundo. Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo.”

⁶⁸ Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 13 “La Corte debe determinar si el Legislador, tratándose de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, tiene libertad para consagrar un régimen de reserva que se levante sólo después de emitido el fallo respectivo o si, por el contrario, el interés público comprometido en dichas actuaciones, no es compatible constitucionalmente con otro sistema distinto al de su completa publicidad.”

⁶⁹ Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 16 “A juicio de la Corte, el “derecho a ejercer el control político” (...) resulta desproporcionadamente limitado por la norma legal. Se comprende que las investigaciones preliminares, se sujeten a reserva. Sin existir un grado razonable de certeza sobre la comisión y autoría de la falta, la publicidad, puede afectar su desarrollo y anticipar sin justa causa imputaciones personales. Inclusive, hasta que se reciban los descargos por parte de las personas inculpadas y se practiquen las pruebas a que haya lugar, podría fundamentarse la reserva en los aludidos principios de la eficiencia y de la presunción de inocencia. Sin embargo, a partir de este punto, mantener el secreto, se estima excesivo desde el punto de vista del necesario y legítimo derecho ciudadano al control del ejercicio del poder público.”

el derecho al control del ejercicio del poder público y sobre la oportunidad para de su ejercicio⁷⁰. Al igual que sucede en los procesos penales, una vez se ha surtido buena parte del procedimiento, se han practicado las pruebas y rendido los descargos por parte de la persona investigada, las posibilidades de afectar, tanto la eficacia e imparcialidad de la investigación, como la presunción de inocencia disminuyen, y aumentan las razones para permitir el ejercicio del derecho al control del poder público. Esto último, en beneficio tanto de los “encartados como de la comunidad”, ejercicio que devendría “imposible si lo investigado se mantiene en la clandestinidad” y solo se permite después de que el proceso haya concluido⁷¹. Según la Corte, el legislador llevó hasta su máximo los principios “de eficiencia y respeto a la presunción de inocencia” restándole “toda virtualidad y eficacia al principio de publicidad y al derecho fundamental que éste nutre: el control del poder público por parte de las personas y ciudadanos”, ante lo cual “el balance de costos y beneficios, es demasiado oneroso para el interés general y para los mencionados derechos.”

La Corte se pronuncia además sobre un par de temas relevantes para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El primero, relacionado con la naturaleza jurídica de la reserva introducida por la ley, *i.e.*, si este tipo de reserva, en tanto suponía restricción al derecho de acceso a la información pública requería ser expedida mediante una ley estatutaria, como lo planteó la vista fiscal⁷². Para la Corte este no era el caso, en tanto se trataba de “deberes anejos” al derecho de control del ejercicio del poder público.⁷³ El segundo, relacionado con la eventual afectación de los derechos de las personas mencionadas o referidas en las investigaciones a partir de dicha publicidad. Para la Corte la publicidad (total) de la información, no exime a quien la utilice y la publique, especialmente a los medios de comunicación, de hacerlo de forma responsable, en especial de informar “de manera objetiva y completa.”⁷⁴

i. Censo indígena

24. La solicitud de acceso a información censal de una comunidad indígena, contenida en el registro de censos de las comunidades indígenas del Ministerio del Interior fue objeto de pronunciamiento en la Sentencia T-794 de 2013. El telón de fondo era la supuesta falta de información sobre el procedimiento liderado por el Ministerio del Interior para la realización del auto-censo en la comunidad indígena Mokaná. La Corte tuteló el derecho de acceso a la

⁷⁰ Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 14 “[N]o sería posible en ningún sistema excluir una instancia o momento de control social y político. Inclusive, se reitera, el modelo de la publicidad restringida, lo contempla, pues dictado el fallo se levanta la reserva que hasta entonces amparaba la investigación. Si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (C.P. art. 40). La publicidad de las funciones públicas (C.P. art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales.”

⁷¹ Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 16 “Pierde toda relevancia la vista pública, cuando ella se contempla sólo después del fallo, vale decir, finiquitada ya la actuación pública y rendidas las cuentas por los responsables. Se desconoce así que los ciudadanos no son meros espectadores del ejercicio del poder; también, como actores, concurren a conformarlo y a controlarlo.”

⁷² Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, cargo contra el artículo 33 de la Ley 190 de 1995, Posición del Procurador General de la Nación.

⁷³ Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 16 “Sobre el conjunto de las disposiciones que se declararán exequibles, falta señalar que no era necesario recurrir al trámite dispuesto para las leyes estatutarias, en razón de que simplemente se trataba de establecer algunos deberes anejos al ejercicio de la función pública de control.”

⁷⁴ Sentencia C-038 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, consid. 16 “Levantada la reserva, la divulgación de los hechos materia de investigación, a través de los diferentes medios, deberá hacerse de manera libre, pero responsable. A juicio de la Corte, la información sesgada, particularmente la que se basa en elementos aislados que no pueden ser cabalmente entendidos por fuera de su contexto, no satisface las exigencias de la Constitución, aparte de que podría violar los derechos constitucionales de los inculpados.”

información de un miembro de la comunidad sobre los documentos preparatorios y sobre el auto-censo⁷⁵ realizado. El Ministerio había negado el acceso porque, “algunas comunidades [estaban] haciendo mal uso” de los censos, se requería permiso del gobernador de la comunidad, el Ministerio solo fungía como “custodio” de la información, y finalmente, por la existencia de una “reserva especial” de la información, al consistir en “datos personalísimos de los integrantes de la comunidad”, cuya publicidad desconocía “su derecho a la intimidad”. La Corte confirmó las decisiones que ordenaban el acceso al censo, pues “si bien las copias requeridas por el accionante son contentivas de información indígena, estas se encuentran en poder del Ministerio del Interior, razón por la que tienen el carácter de documento público”⁷⁶, según la Ley 57 de 1985. Citando el precedente de la sentencia T-074 de 1997 (notarios) consideró que al no haber sido indicada reserva legal alguna, no podía negarse el derecho de acceso a documentos públicos. A esto sumó que la Ley 1581 de 2012, general de habeas data, no era aplicable a los censos y que si lo fuera, en gracia de discusión, la aplicación de las normas sobre datos sensibles o sobre datos de menores no “sería útil”, al existir claridad “sobre el origen [étnico] de las personas que fueron censadas”, y sobre la “naturaleza pública” de los datos de los menores.

j. Relación de visitas de persona privada de la libertad

25. El último de los 10 temas seleccionados en esta muestra es el abordado en la Sentencia T-902 de 2014. Entonces la Corte confirmó la denegación judicial del acceso a la relación de visitas de una persona privada de la libertad. El solicitante de la información se identificó como periodista, y la persona sobre la cual se solicitó la información había sido elegida en el 2006 como senador de la República y para la fecha de la solicitud (octubre de 2011) era investigado como posible responsable del delito de concierto para delinquir agravado. Según el Instituto Nacional Penitenciario INPEC, “la información que se encuentra consagrada en las hojas de vida y archivos de los internos contempla, aspectos susceptibles de no ser divulgados, tales como la residencia, la familia, los números telefónicos, el personal que lo visita que no son indispensables para el manejo de todo público, debido a [que] se encuentran dentro de la órbita de la intimidad personal.” La Corte debía resolver si la decisión judicial que confirmó la denegación incurrió en un “defecto de protección al derecho de acceso a la información pública”. Sin embargo, terminó por diagnosticar el caso como una “colisión de derechos” que debía resolverse “mediante un juicio de ponderación, en el que se maximicen de manera concreta y armónica los derechos enfrentados, sobre la base inicial de la primacía de la libertad de información”⁷⁷. Para esto último, propuso un test *ad hoc* con base en cuatro criterios: “la posición que tiene la persona cuya intimidad se protege dentro de la sociedad (...) el contenido de los datos que se solicitan (...) el contexto en el que la información es objeto de tratamiento, esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ha sido captada o fue sometida a circulación, [y] la especial connotación que adquiere el derecho de acceso a la información cuando es ejercido por un periodista.”⁷⁸ Sin embargo, al resolver el caso, incluyó también la metodología del test de proporcionalidad.⁷⁹ La Corte consideró que la información solicitada “contiene información que involucra la intimidad (...) cuyo conocimiento y control permite inferir los vínculos personales, familiares y

⁷⁵ Según la normativa aplicable, los (posibles) datos constitutivos del auto-censo serían: “número de familia, nombre y apellido de las personas que hacen parte del hogar y viven en la comunidad, comenzando por el jefe de hogar, fecha de nacimiento, parentesco con el jefe de hogar, tipo de identificación, número del documento de identidad, estado civil, sexo, nivel educativo, estado de adscripción y pertenencia a la comunidad (alta o baja), causas de la alta o la baja, EPS, dirección de la casa donde reside el hogar, vereda o corregimiento.” Circular Externa No. CIR09-301-DAI-0220 del Ministerio del Interior, Sentencia T-794 de 2013, MP Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁶ Sentencia T-794 de 2013, MP Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁷ Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.9.4

⁷⁸ Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.9.4

⁷⁹ Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.10.3 “el examen propuesto iniciará con la verificación de si la restricción invocada está previamente definida en la Constitución o la ley de manera clara y expresa; luego se comprobará si la misma está destinada a proteger bienes u objetivos superiores constitucionalmente valiosos; y finalmente, si por su naturaleza se entiende como necesaria y proporcionada para alcanzar dichos objetivos superiores.”

sociales en que se ha desenvuelto su vida en reclusión (...) en cuyo acceso no subyace –en principio– un interés general, sino un interés de dominio particular, circunscrito a la construcción de un entorno social y familiar ajeno a la lógica de una exhibición pública”⁸⁰, consideró además que dicha información estaba reservada, por el artículo 24 del CPACA (que establece la reserva de las hojas de vida y demás archivos de personal), y por el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014, al actualizar la hipótesis de información pública clasificada, en tanto datos del “ámbito propio, particular y privado de una persona”, reservas ambas no limitadas a los “datos sensibles”. Para la Corte, “[s]i este tipo de información fuese de carácter público, sin lugar a dudas se podría comprometer el núcleo esencial del derecho a la intimidad del interno, pues éste no podría desarrollar una vida personal ajena al conocimiento de terceros que soliciten la entrega de dicha relación de visitas”⁸¹. No adelantó juicio de necesidad ni de idoneidad, sin embargo. Adelantó al ejercicio de ponderación según los criterios *ad hoc* señalados. Concluyó que “en la actualidad el [ciudadano] no es un funcionario público ni un personaje de la vida pública”⁸² por lo que no aplicaba el criterio de mayor escrutinio público; que el contexto de la información era el “ámbito de la privación de la libertad,” en donde “deb[ía] protegerse el reducto mínimo de intimidad” y, respecto al “contenido de los datos”, afirmó que el periodista no explicó “la transcendencia e impacto social de la información, ni tampoco se especificó dentro del contexto amplio de visitas, aquellas que justificaran su acceso para realizar fines de interés general.”⁸³ Con estos argumentos confirmó la decisión denegatoria.

25a. Inconforme con esta decisión, el periodista presentó incidente de nulidad por “cambio de jurisprudencia”. Alegó que la Corte disminuyó “el estándar de escrutinio público aplicable” e introdujo una inexistente “carga de motivación” al solicitante de información pública. La Corte, en Auto 537 de 2015 desestimó los cargos. Frente al primero, porque inicialmente dicho estándar sí fue considerado, solo que se decidió que “no resultaba aplicable y procedía una solución distinta”, y porque “a pesar de descartar [su] plena aplicación” ello no implicaba “desconocer que existía un eventual “interés público” en el acceso a la información” aunque no se considerara así, al evaluar “el contenido de los datos” solicitados.⁸⁴ Y frente al segundo, porque “el fallo demandado parte [de] que la información que se solicita no es pública, sino que se trata de datos sometidos a reserva por virtud de la ley” y, una vez adelantado el ejercicio de ponderación, la Corte “decidió brindar una alternativa para acceder a datos de relevancia pública o de interés general, levantando la citada reserva.”⁸⁵

·∞·

⁸⁰ Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.10.4

⁸¹ Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.10.4

⁸² Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.10.6.2, (i)

⁸³ Sentencia T-902 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 4.10.6.2, (iii)

⁸⁴ Auto 537 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 3.5.2

⁸⁵ Auto 537 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero, consid. 3.5.3

Anexo B

Digesto de casos del Órgano de Transparencia mexicano

a. Atributos de la personalidad e información curricular de los servidores públicos

La información personal (básica) de los servidores públicos será el primer gran tema que plantea el debate sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México. Un caso típico para debatir la accesibilidad de dicha información que, además, fue determinante en el camino seguido por el IFAI de adoptar una metodología para resolver este tipo de problemas. Desde sus primeras decisiones el IFAI se concentró en el dato personal, individualmente considerado, como punto de partida y centro de gravedad de los debates, y dejó de lado otras aproximaciones como la naturaleza e integridad de las piezas documentales o la pertenencia del dato personal a un “sistema de datos personales”.

La información personal básica de los servidores públicos examinada como objeto de protección, por la vía de la clasificación de confidencialidad, es la relacionada con los atributos de la personalidad (nombre, fecha de nacimiento, sexo, domicilio, nacionalidad y estado civil), con la información curricular (experiencia académica y laboral) y con la fotografía, la firma y la huella digital.

1. El primer caso de los siete referenciados fue resuelto en el expediente R 930/05 CP. Entonces se solicitó a la Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas obtener “todos los datos de los empleados de la Dependencia hasta el nivel de subdirector o similar” incluidos “nombre completo, profesión, fotografía, currículo, fecha de nacimiento, puesto, nivel de ingreso por categoría y salario bruto y neto, entre otros”. El sujeto obligado indicó que la mayoría de dicha información podía encontrarse en la página web de la entidad y en la de la Secretaría de la función pública. Sin embargo, se abstuvo de entregar la fotografía de los servidores públicos al considerarla confidencial. El IFAI confirmó la clasificación, al considerar que: a) la fotografía es un dato personal que debe ser protegido, en los términos del artículo 4 de la Ley, que señala como una de sus finalidades, la protección de los datos personales; b) le era aplicable el principio de finalidad, en tanto dicho dato integra un “conjunto ordenado de fotografías que obra en los archivos” de la entidad, c) los servidores públicos también son titulares del derecho a la protección de datos¹, d) que su entrega no servía para cumplir los fines de la transparencia o la rendición de cuentas², y que, e) “la

¹ IFAI, R 930/05, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid, tercera “[D]e conformidad con la legislación actual, las excepciones a la protección de datos resultan cuando la publicidad de algún dato de los servidores públicos es necesaria para transparentar la gestión gubernamental o para favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados.”

² IFAI, R 930/05, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid, tercera “[P]ensar que mediante la difusión de la fotografía de los servidores públicos se fortalece la responsabilidad y la rendición de cuentas es un error. Las deficiencias en ciertos marcos institucionales no se subsanan con la publicidad de imágenes. Dar la cara en términos “democrático-institucionales” no es dar la foto. Nada indica que en democracia alguna se distribuye la fotografía de sus servidores públicos sin su consentimiento.”

experiencia internacional sugiere que la difusión de esta información requiere del consentimiento del individuo titular de la información”³. Finalmente consideró que las fotografías de 3 de los servidores de la Institución, “al hallarse en una fuente de acceso público [sitio web de la entidad], no constituyen información confidencial”, situación similar predicable de las “fotografías que hayan sido capturadas durante eventos públicos en los que éstos hayan participado en ejercicio de sus funciones.”⁴

2. En el caso del expediente R 934 de 2005 se resolvió un asunto muy similar al anterior. Entonces, el IFAI se pronunció sobre la clasificación por confidencialidad de la fotografía, el currículum y la fecha de nacimiento de servidores públicos. El peticionario solicitó acceso a la base de datos de todos los empleados del Fideicomiso del Fondo Nacional de Habitaciones Populares. En concreto, nombre, profesión, fotografía, fecha de nacimiento, currículum, puesto, salario, fecha de ingreso, subordinados y superiores inmediatos, y datos de contacto oficiales. El sujeto obligado dio acceso a la información que ya estaba publicada en Internet y clasificó por confidencial la fotografía, el currículum y la fecha de nacimiento. El IFAI ordenó la desclasificación de la fecha de nacimiento, por estar contenida en el registro civil de nacimiento que, por mandato del artículo 48 del Código Civil de la Federación, es de acceso público⁵; y de “cierta información contenida en el currículum”, por dos razones, porque debía constar en el registro de servidores públicos de que trata la Ley Federal Administrativa de Servidores Públicos el cual, por mandato de su artículo 40, tiene carácter público⁶, y porque dicha información “acredita que el perfil del servidor público corresponde al cargo público que ocupa, lo que propicia el cumplimiento de los objetivos de la Ley, tales como la rendición de cuentas y la transparencia gubernamental”.

Sin embargo, en relación con la confidencialidad de la fotografía del servidor público no hubo consenso, aunque sí un nutrido debate⁷. La mayoría consideró que la fotografía del servidor público, contenida en la “cédula de registro del servidor público federal” es información confidencial por cuatro razones: porque al contener “la imagen de [la persona], constituye un dato personal”, en los términos del artículo 18 de la Ley Federal de Transparencia⁸; porque al integrar un sistema de datos personales debe tratarse según el principio de finalidad, pues la autoridad, al obtener

³ El IFAI elevó consultas a 15 “comisiones de acceso a la información y de privacidad” de terceros países. A esta conclusión llegó a partir de las 11 respuestas recibidas. IFAI, R 930/05, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid, tercera.

⁴ IFAI, R 930/05, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid, tercera. “[T]ampoco se considera información confidencial las fotografías de los servidores públicos que se ubiquen en dicho supuesto.”

⁵ IFAI, R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid, quinto. “[D]ado que la fecha de nacimiento se registra en las actas de nacimiento y éstas se ubican en los Registros Civiles correspondientes, no se puede clasificar como confidencial”

⁶ IFAI, R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid, sexto. “[D]ebe aclararse que “datos curriculares” no es lo mismo que currículum, pues los primeros constituyen elementos de este último sin constituirse como el currículum en su totalidad. (...) [L]os “datos curriculares” a los que hace referencia el artículo 40 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, son los siguientes: a) Grado máximo de estudios (nivel, institución educativa, carrera, estatus, entre otros). b) Experiencia Laboral, tanto en el sector público como en el privado. c) Logros laborales o académicos, en su caso. d) Experiencia académica, en su caso. En este sentido, los “datos curriculares” que por disposición legal son públicos no pueden considerarse confidenciales, por lo que la parte correspondiente del currículum de un servidor público en el que se hagan constar dichos datos también es pública.”

⁷ La decisión del IFAI fue 3-2. Este debate se alimentó con lo resuelto en el Recurso 930/05 CP Alonso Lujambio Irazábal. Al que se sumaron nuevos argumentos de derecho comparado y se advierte el carácter no “conclusivo” de los mismos.

⁸ IFAI, R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid, séptimo. En el mismo sentido, se agrega otro argumento en el consid, octavo: “[E]s difícil considerar a la fotografía es (sic) como información profesional o relativa al servicio público ya que de ninguna manera se encuentra ligada al desempeño de un funcionario, puesto que no se relaciona con sus responsabilidades o tareas asignadas. Dicho dato es considerado como información propia del individuo, no de un puesto en la estructura laboral.”

datos personales “concernientes a sus empleados sólo debe utilizarlos para los fines para los cuales fueron obtenidos”; porque los servidores públicos también tienen derecho a la protección de sus datos personales; y porque no hay razón para exceptuar su carácter confidencial sin el consentimiento de su titular, pues no existe “una disposición jurídica expresa”, y no se verifica que “el interés público en difundir la información sea superior al interés en proteger el derecho a la privacidad”⁹. La minoría consideró que dicha información no era confidencial por cinco razones: porque el retrato de los servidores públicos contenido en archivos gubernamentales no guarda relación con el derecho a la intimidad¹⁰; porque no por ser un dato personal, “en forma automática” debía considerarse información confidencial¹¹; porque no se demostró el daño que se causaría con su divulgación, en los términos del artículo 27 del reglamento de la Ley Federal de Transparencia; porque no se desconocía el principio de finalidad, en tanto el objetivo de la toma de fotografías en este contexto es la identificación oficial; y porque la divulgación de la fotografía sí permite la rendición de cuentas, en tanto facilita “la vigilancia pública” de la conducta oficial y la identificación de “un acto con su autor responsable”¹². La posición mayoritaria se mantiene hasta la fecha de elaboración de esta tesis, con algunas excepciones.

3. En el expediente R 2887 de 2006, el IFAI ratificó la clasificación por confidencialidad de los datos relativos al domicilio particular, edad, sexo, fotografía, referencias familiares y estado civil contenidos en la cédula de registro de un servidor público del INEGI¹³. Las razones son ahora más elementales. Para el IFAI dicha información “refiere efectivamente a datos personales que conciernen a la intimidad de una persona física identificada e identificable, razón por la cual actualiza las causales de clasificación previstas en el artículo 18, fracción II de la Ley.”¹⁴ A esto suma que, la mayoría del Pleno “ha resuelto en reiteradas ocasiones que [dicha información] es información confidencial, independientemente” del carácter de servidor público de su titular. Para el 2006 el IFAI había consolidado su posición interpretativa sobre el carácter confidencial del grueso de los datos personales básicos de los servidores públicos, bajo dos premisas: los servidores públicos también son titulares del derecho a la protección de datos, y por regla general, todos los datos personales de las personas físicas tienen carácter confidencial, al estar ligados a los derechos a la vida privada o a la intimidad.

4. En el expediente R 1844 de 2009, el IFAI se pronunció sobre la clasificación por confidencial de los datos relativos a la fotografía, el estado civil, el sexo y la nacionalidad, contenidos en la credencial oficial y el acta de nombramiento de un administrador central de fiscalización estratégica del SAT. Frente a la inconformidad del ciudadano respecto de las versiones públicas, el IFAI consideró que en este caso específico la fotografía contenida

⁹ IFAI, R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid, séptimo. “[L]as excepciones a la protección de datos resultan cuando la publicidad de algún dato de los servidores públicos es necesaria para transparentar la gestión gubernamental o para favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos, de manera que puedan valorar el desempeño de los sujetos obligados. (...) es claro que la fotografía de un servidor público no refleja su desempeño ni acredita su idoneidad en el cargo, por lo que no puede decirse que exista un interés público mayor en conocer esta información al interés en proteger estos datos personales.”

¹⁰ IFAI, R 930/05, CP Alonso Lujambio Irazábal, y R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán. En este punto coinciden los disidentes Horacio Aguilar y Juan Pablo Guerrero Amparán.

¹¹ “La resolución incurre en el exceso de asumir que el dato personal es equivalente a información confidencial, a pesar de que los datos personales no siempre lo son.” IFAI, R 930/15 CP Alonso Lujambio Irazábal y R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán. Voto disidente de Juan Pablo Guerrero Amparán.

¹² IFAI, R 930/15, CP Alonso Lujambio Irazábal y R 934/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán. Voto disidente de Juan Pablo Guerrero Amparán.

¹³ IFAI, R 2887/06, CP Juan Pablo Guerrero Amparán. “La cédula de registro es la hoja de filiación de una persona con una institución del Gobierno Federal y contiene el nombre del servidor público, fecha y entidad de nacimiento, sexo, estado civil, nacionalidad, foto, acta de nacimiento (número de acta, foja, libro y el año de registro), número de matrícula del servicio militar, domicilio, nombre de padres, cónyuge y dependientes económicos, nivel máximo de estudios, cédula profesional, institución, fecha de inicio y terminación, idiomas.”

¹⁴ IFAI, R 2887/06, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid, sexta.

en la credencial oficial no debía testarse, en tanto permitía corroborar la identidad de la persona. Según la ley, entre las funciones de dicho servidor público está la de “realizar visitas domiciliarias”. El IFAI consideró que, a pesar de que la fotografía es un dato personal, “en el caso concreto, ésta es necesaria para acreditar la idoneidad del [servidor público] en el ejercicio de sus funciones”. El acceso a esta información “tiene como finalidad garantizar a los contribuyentes que la persona que está llevando a cabo facultades de verificación, inspección o fiscalización tiene las atribuciones suficientes para efectuarlas.” Por otra parte, consideró que los datos relativos al sexo, la nacionalidad y el estado civil, sin embargo, debían testarse. En la formulación de los argumentos para afirmar la clasificación hay una notoria influencia de las dicotomías público-privado. Para el IFAI se trata de información, que “solo incumbe a su titular”, que “no concierne a nadie más que a su titular”, o que es “relativa a la vida afectiva y familiar”¹⁵. Por último, frente a las condiciones de acceso a esta información el IFAI advierte la existencia de criterios divergentes. Por un lado, son datos personales, contenidos en el Registro de Servidores Públicos que tiene la calidad de un registro público, por tanto, no confidenciales; por el otro, son datos personales cuyo tratamiento está sometido al principio de finalidad. Se decanta por este último. Para el IFAI “la publicidad de los datos personales contenidos en dichos registros, no se hace extensiva a la información que al respecto obre en los archivos de dependencias y entidades, toda vez que el fin para el cual fueron recabados no es el mismo.”¹⁶ La posición mayoritaria del IFAI efectúa un compromiso entre el régimen de acceso a la información y el de protección de datos personales¹⁷. Esta posición adoptada desde el año 2006, será acogida finalmente como criterio 013 de 2009 del IFAI, bajo el encabezado “datos personales en fuentes de acceso público”¹⁸ y es emblemática de las dificultades para articular las distintas racionalidades de los derechos concurrentes.

5. En el expediente R 751 de 2011, el IFAI se pronunció sobre “la procedencia” de las versiones públicas de las actas de nombramiento y los currículos del equipo de trabajo del delegado de la PROFECO en Ciudad Juárez. Esta resolución revela la complejidad práctica del alcance interpretativo del derecho a la protección de datos, al llevar el escrutinio de las versiones públicas a un sofisticado nivel de detalle. Para la fecha, es revelador el uso intensivo de los lineamientos sobre clasificación de la información y de los criterios elaborados por el IFAI¹⁹. El argumento para decidir la confidencialidad de cada dato personal se apoya de forma conclusiva en el Trigésimo Segundo de los

¹⁵ IFAI, R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid, cuarta “[E]l estado civil es un dato personal, toda vez que refiere información relativa a la vida afectiva y familiar de una persona. Por lo que resulta procedente su clasificación. (...) [L]a información relativa al sexo de una persona es un dato personal, que no concierne a nadie más que a su titular (...) Respecto de la nacionalidad, no cabe duda que se trata de un dato personal que sólo incumbe al titular; sin embargo, cuando este dato personal constituye un requisito para ocupar un cargo público, surge un interés público por conocer si el servidor público que ocupa tal puesto, cumplió con todos los requisitos (...) “cabe señalar que el “domicilio” es el lugar en el que una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él (...) información relativa a la vida privada de las personas” por lo que se considera un dato personal”.

¹⁶ IFAI, R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto En este caso “la finalidad consiste en la correcta integración del expediente laboral del servidor público, mas no para su difusión en atención a solicitudes de acceso de terceros.”

¹⁷ El argumento de la posición minoritaria es como sigue: “En el caso que nos ocupa, el estado civil, la nacionalidad y el sexo de (...) obran en fuentes de acceso público, por lo que el acceso a dicha información está contemplado en la Ley, al no ser clasificada; entonces remitir al solicitante a la fuente donde obra la información, cuando la misma se encuentra en los archivos del sujeto obligado, es violar el principio de acceso sencillo y expedito que promueve la Ley.” IFAI, R 1844/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, Voto disidente Juan Pablo Guerrero Amparán.

¹⁸ IFAI, criterio 013 de 2009. “Datos Personales en fuentes de acceso público. De acuerdo con el principio de finalidad, ante solicitudes de acceso a datos personales, realizadas por personas distintas de su titular, procede su remisión cuando dichos datos obran en una fuente de acceso público. Si bien el hecho de que los datos personales obren en una fuente de acceso público no permite considerarlos información confidencial, según dispone el artículo 18 de la Ley Federal de Transparencia (...) lo cierto es que dicho supuesto no debe constituir una excepción al principio de finalidad que debe regir todo tratamiento de datos personales en posesión de los sujetos obligados, previsto en el artículo 20, fracción II de la Ley Federal de Transparencia.” (resaltado en el original)

¹⁹ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo.

lineamientos sobre clasificación y desclasificación de información²⁰. A este recurso argumentativo se suman dos más: la existencia de algún criterio del IFAI sobre el tema, como los criterios 03/09 “currículum vitae de servidores públicos”, 010/10 “firma de los servidores públicos” y 018/10 “fecha de nacimiento de los servidores públicos”. Y un argumento teleológico por exclusión del tipo *a contrario*, a partir de los “objetivos fundamentales” de la Ley Federal de Transparencia definidos en su artículo 4. Según este argumento, toda información personal cuya revelación quede por “fuera de los objetivos de la Ley”, en especial “transparentar la gestión pública (...) y favorecer la rendición de cuentas”, debe considerarse confidencial, en tanto “no trasciende al ámbito público”. En el caso concreto, el IFAI consideró que las versiones públicas de las actas de nombramiento y de los currículos estuvieron mal elaboradas por exceso y por defecto. Consideró confidenciales el estado civil, la huella y los nombres de los hijos del Delegado de la PROFECO²¹, así como la fecha de nacimiento²², la nacionalidad²³, las referencias personales²⁴, el número de matrícula militar²⁵ y otros datos contenidos en el currículum²⁶ de los servidores públicos. No consideró confidenciales el sexo²⁷ y la firma²⁸ de los servidores públicos.

6. Finalmente, en el expediente R 2168 de 2011, el IFAI se pronunció sobre las versiones públicas del acta de nombramiento y el currículum de la directora jurídica de la Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación. Los

²⁰ Este lineamiento establece un mandato de confidencialidad de prácticamente cualquier dato personal. Así: “Será confidencial la información que contenga datos personales de una persona física identificada o identificable relativos a: I origen étnico o racial (siguen 16 hipótesis más) incluida la de “otras análogas que afecten su intimidad”.

²¹ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “El nombre de los hijos [del Delegado de la Profeco] están relacionados con la vida familiar; el estado civil, con la vida afectiva y familiar; la huella, con características físicas (...) [por lo tanto] son datos confidenciales”

²² IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “Tanto la fecha de nacimiento como la edad son datos personales (...) confidenciales, en virtud de que al darlos a conocer se afectaría la intimidad de la persona titular de los mismos. En el caso que nos ocupa, los servidores públicos referidos tienen el derecho de mantener en su esfera privada su fecha de nacimiento y edad.”

²³ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “[L]a nacionalidad [al igual que el lugar de nacimiento] es un dato personal confidencial, toda vez que se trata de información concerniente a una persona física identificada; y dar a conocer el mismo, podría afectar la intimidad de esa persona.”

²⁴ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “En los casos en que dichos datos pertenecen a personas físicas que son particulares, (...) sus teléfonos y domicilios son datos personales confidenciales. Asimismo, su nombre es un dato personal confidencial, toda vez que consiste en información de una persona física identificada o identificable y al dar a conocer dicho dato relacionándolo con un servidor público, afectaría su intimidad.”

²⁵ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “El número de matrícula se refiere a un número distintivo de identificación de cada mexicano al haber llevado a cabo la obligación de integrarse al servicio de las armas (...) dicho dato constituye un dato personal confidencial, en tanto que se refiere a una persona física, identificada o identificable”.

²⁶ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “Por último, cabe señalar que el sujeto obligado en la versión pública de un currículum vitae omitió testar el período de vigencia de la visa láser, la vigencia de la licencia y los pasatiempos de uno de los servidores públicos. Al respecto, es necesario precisar que dicha información son datos personales confidenciales, toda vez que se trata de información concerniente a una persona física identificada; y dar a conocer la misma, podría afectar la intimidad de esa persona.”

²⁷ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “En un primer momento podría considerarse que el sexo es un dato personal confidencial (...) toda vez que se trata de información de una persona física identificada o identificable relativa a sus características físicas. No obstante, tratándose de servidores públicos, (...) el nombre de los mismos es información de naturaleza pública. Al respecto, es necesario precisar que al conocer el nombre de una persona es posible determinar si ésta [es] del sexo femenino o masculino. En este sentido, se advierte que el sexo de servidores públicos no es un dato personal confidencial.”

²⁸ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “[L]a firma que plasmaron los servidores públicos en [el acta de nombramiento], se vincula con el ejercicio de la función pública, por lo que no se puede considerar como dato personal confidencial.”

argumentos están estandarizados en el criterio 03 de 2009 del IFAI, “currículum vitae de los servidores públicos”. Para el IFAI, están clasificados como confidenciales, “a manera de ejemplo (...) el domicilio particular, el teléfono particular, el estado civil, la edad, la nacionalidad, el lugar de nacimiento.” Asimismo, afirma que según el criterio citado, “no podrán clasificarse los datos del currículum vitae relativos a la trayectoria académica, profesional, laboral, así como todos aquellos que acrediten la capacidad, habilidades o pericia de la servidora pública de referencia, para ocupar el cargo público que ostenta.”²⁹ Sin embargo, en relación con la firma, reiteró la regla general según la cual “la firma de los servidores públicos, vinculada al ejercicio de la función pública, es información de naturaleza pública dado que documenta y rinde cuentas sobre el debido ejercicio de sus atribuciones con motivo del empleo, cargo o comisión que le han sido encomendados.” Sin embargo, incluyó una distinción a partir del contexto, finalidad y tipo de soporte. Para el caso, la firma de la servidora pública que constaba en su *currículum vitae* al no haber sido “emitida en el ejercicio de sus funciones como servidora pública” debía clasificarse como confidencial “en virtud de que constituye información que incide en la privacidad de un individuo.”

La metodología para resolver la publicidad de la información personal se mantiene: el centro de gravedad del problema es el dato personal. En función de este se analiza la naturaleza, finalidad y contexto del soporte (documental, sistema de datos personales). Este tipo de análisis orienta sus argumentos a decidir sobre la publicidad del dato personal y no acerca de la publicidad del documento. Por otra parte, es contra-intuitivo que en la misma resolución se decida publicitar y testar el mismo dato personal, y que la decisión dependa del carácter del soporte en el que consta el dato. La firma es pública si aparece en los documentos oficiales signados por la servidora pública, es confidencial si aparece en su *currículum*. Entonces es lícito preguntar ¿qué es lo que se protege con la confidencialidad de la firma? ¿Qué intimidad se protege aquí? ¿Cuál elemento propio, particular de la esfera privada? ¿Qué secreto? Ninguno. Se protege el valor de la normatividad que ordena proteger los datos personales.

7. En relación con la información de los expedientes laborales de servidores públicos hay un caso que muestra la diversidad de las especies de información personal. En el expediente R 676/05, el IFAI aborda el problema de la publicidad de la información relacionada con la exposición a material radioactivo en la Central Nuclear de Laguna Verde. El peticionario había solicitado información sobre los permisos de trabajo en las áreas de radiación de la alberca de supresión de dicha Central. La CFE entregó los valores de referencia “de las dosis individuales, máxima y promedio”, y testó la información sobre “las dosis individuales [recibidas] por cada entrada a la zona de trabajo”. Para el IFAI esta clasificación por confidencialidad se ajustaba a derecho pues hacía “parte del historial dosimétrico del personal ocupacionalmente expuesto”³⁰ y a pesar de que integraba el *dossier* de los trabajadores, se trataba de información “a partir de la cual se puede llegar a conocer cuál es el estado de salud del personal”³¹. El IFAI ordenó a la CFE entregar “un listado innominado sobre las dosis recibidas por sus trabajadores.”³² si de la consulta a los “propietarios de los datos personales solicitados”³³, no fuese posible obtener su consentimiento con fines de publicidad.

b. Títulos y cédulas profesionales

²⁹ IFAI, R 2168/11, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño, consid., cuarto. En paráfrasis al Criterio 003 de 2009 “currículum vitae de servidores públicos”, del IFAI.

³⁰ IFAI, R 676/05, CP María Marván Laborde, consid., cuarto.

³¹ IFAI, R 676/05, CP María Marván Laborde, consid., quinto “[E]xiste una relación directa entre las dosis de radiación a que se encuentra expuesta una persona y los efectos que se producirán en esa persona (...) reflejando en todos los casos el estado físico de dichos sujetos.”

³² IFAI, R 676/05, CP María Marván Laborde, consid., quinto “[En tanto,] no se estarían revelando datos personales, pues no existiría vínculo directo entre la dosis de radiación recibida con el nombre del servidor público expuesto.”

³³ IFAI, R 676/05, CP María Marván Laborde, consid., sexto.

El debate sobre la publicidad de los títulos y las cédulas profesionales siguió el mismo camino metodológico adoptado para definir la publicidad de los datos básicos de los servidores públicos: el análisis fragmentado de la información personal contenida en las piezas documentales. Esto ha consolidado la práctica de disociar, por la vía de las versiones públicas, los datos personales contenidos en documentos constituidos *in toto* por datos personales, tales como la credencial de elector, la cédula de registro, o los títulos y las cédulas profesionales.

8. En el caso del expediente R 1385 de 2006, el IFAI confirmó la elaboración de una versión pública del título y la cédula profesional del Director General de Instituto Pedagógico Nacional (IPN) en la que se suprimió la fotografía. Soportó su decisión en dos argumentos: que la fotografía, al revelar “ciertas características físicas de la persona”, encuadra en la definición de datos personales confidenciales, en los términos del artículo 3 de la Ley Federal y del Trigésimo Segundo de los lineamientos sobre clasificación y desclasificación de información, y que la información personal contenida en el título y en la cédula profesional estaba sometida al principio de finalidad, que para el caso era “corroborar que se cumplía con el perfil específico para el puesto-Director General”, de tal forma que la fotografía, al no permitir “acreditar la idoneidad de un servidor público para su cargo”³⁴ no era susceptible de publicidad. El IFAI, sin embargo, tiene dificultades para sostener la razonabilidad de esta decisión³⁵. El Director del IPN a la sazón era un personaje público³⁶ y además, existían múltiples fotografías suyas publicadas en el sitio web del IPN. Es difícil encontrar un argumento material para la protección de esta información personal. El IFAI enfrenta esta aporía mediante una distinción desconcertante: que las fotografías que constan en título y cédula “corresponden a las características físicas [del Director del IPN] de hace veinte años, por lo que constituyen datos personales que no obran en fuentes de acceso público.”

9. En el expediente R 295 de 2007, el IFAI se pronuncia sobre la solicitud de información sobre cédula, título, y estudios de un particular, existentes en los archivos de la Secretaría de Educación Pública. Inicialmente la SEP informó al peticionario el número de cédula profesional como licenciado en derecho de dicho particular. El peticionario, inconforme, recurre. En el entretanto la SEP entrega versiones públicas del título y del certificado global de estudios del particular. El IFAI considera indispensable “analizar la posible existencia de causales de clasificación aplicables a la información solicitada” teniendo “como base el principio de finalidad”. Según el IFAI los datos personales suministrados “fueron recabados por la [SEP] para efectos de un trámite de carácter personal realizado por una persona física ante una autoridad educativa, por lo que los mismos deben ser utilizados únicamente con esa finalidad”³⁷. Y en una palmaria contradicción con esta afirmación, despliega un análisis dato por dato objeto de clasificación en la versión pública (foto, nacionalidad, firma, número de cuenta, nombre de escuelas secundaria y preparatoria). En relación con la fotografía consideró: “la fotografía constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual, por lo tanto es un dato personal (...) ya que se trata de la representación gráfica de las características físicas de una persona.”³⁸ Si el fundamento de esta

³⁴ IFAI, R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco, consid., cuarto.

³⁵ Como se desprende de los argumentos de los comisionados disidentes Juan Pablo Guerrero Amparán y Horacio Aguilar Álvarez. En especial el relacionado con la función de la cédula profesional, en donde defienden la integridad del documento en relación con su función: la acreditación ante terceros. “La cédula profesional es expedida con efectos de patente y acredita el ejercicio de una profesión, lo cual es de orden público; en efecto, el acceso a las cédulas permite conocer la debida autorización para el ejercicio de una profesión, y mas aún, en el caso de servidores públicos, permite conocer el nivel de preparación profesional de quienes ostentan puestos en el servicio público.” IFAI, R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco.

³⁶ IFAI, R 1385/06, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco, antecedentes, 4. El solicitante estimó “ridículo el argumento del IPN, como va a ser confidencial la foto si el referido señor es director general, todo México conoce su rostro.”

³⁷ IFAI, R 295/07, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., tercero.

³⁸ IFAI, R 295/07, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., tercero. Sobre este punto, hay un voto disidente de Juan Pablo Guerrero Amparán. “la fotografía que aparece en un título profesional se toma con el objetivo específico de

decisión es el principio de finalidad, es extraño que el IFAI no se preguntara si la SEP tenía competencia para entregar si quiera versiones públicas de la información. El IFAI no invoca en este caso argumentos que indiquen la publicidad así sea parcial de la información; parte del hecho cumplido de la entrega de versiones públicas.

La recurrencia de casos en donde se discutía la accesibilidad a los datos personales contenidos en el título y la cédula profesional avivó el debate sobre la confidencialidad-publicidad de las fotografías y demás información en ellos contenida. Esto llevó al IFAI a adoptar los criterios 02/10 “Cédula profesional de servidores públicos documento susceptible de versión pública”³⁹ y 06/10 “Título profesional documento susceptible de versión pública”⁴⁰, en consonancia con el modelo dual, a partir de una distinción del régimen jurídico aplicable a particulares y a servidores públicos. El criterio guía sería distinguir entre la información que permite “corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendada” y la que no. Finalmente el INAI adoptó los criterios 032/10 y 01/13 “La fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial”⁴¹, en donde el fundamento de la publicidad de la fotografía será “el interés público” que reviste “conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales de referencia.” Este nuevo criterio parece abandonar la aproximación de la teoría dual, sin embargo, el debate sobre la materia persiste como veremos a continuación.

10. El criterio 032 de 2010 se soporta en la decisión del expediente 1655 de 2010. Esta resolución es un parteaguas en la materia. El IFAI decidió por primera vez que no debía testarse la fotografía en el título y en la cédula profesional de un servidor público. En concreto se discutía la procedencia de la versión pública del título y la cédula profesional de la Directora General de Delegaciones del Registro Agrario Nacional. Tras adelantar una compleja argumentación, el IFAI concluye que en este caso se verificaba una excepción a la regla de la confidencialidad de los datos personales⁴². El punto de partida es un argumento originalista por interpretación histórica, con

demostrar que cierta persona identificada e identificable ha acreditado el nivel de conocimientos requerido para ostentar un cargo académico.”

³⁹ IFAI, Criterio 02 de 2010. “Considerando que la cédula profesional es un documento que tiene por objeto acreditar que una persona cuenta con la autorización para ejercer la profesión indicada en la misma, a través del conocimiento de algunos de los datos ahí contenidos se puede corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendada. En tal sentido, ante una solicitud de acceso a la información que se relacione con la cédula profesional, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán elaborar una versión pública en la que se omitirán los datos personales que no refieran al perfil profesional de su titular tales como la fotografía, clave única de registro de población y firma.”

⁴⁰ IFAI, Criterio 06 de 2010. “Considerando que el título profesional es un documento que tiene por objeto acreditar que una persona cuenta con el nivel académico determinado, es posible afirmar que a través del conocimiento de algunos de los datos personales ahí contenidos se puede corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendada. En tal sentido, ante una solicitud de acceso a la información que se relacione con el título profesional, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán elaborar una versión pública en la que se omitirán los datos personales que no refieran al perfil profesional de su titular tales como la fotografía.”

⁴¹ Los dos criterios tienen el mismo encabezado. Aunque su redacción es ligeramente distinta, el fundamento materia es idéntico. IFAI, Criterio 01 de 2013. “La fotografía contenida en un título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con el carácter de confidencial, en términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, no obstante ser un dato personal, en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales de referencia. Lo anterior es así, ya que en el momento en que una persona se somete a un registro fotográfico con el objetivo de recibir una identificación oficial que lo avala como profesionista, consiente que tanto la imagen de su rostro como su nombre y profesión, sean elementos de acreditación e identificación frente a terceros.”

⁴² IFAI, R 1655/10, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., quinto, numeral 3. Requisito 3 Cédula y/o título profesional o certificado de estudios.

fundamento en el Dictamen de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de reforma constitucional al derecho de acceso a la información, en particular, lo relacionado con el régimen de excepciones⁴³. Según el IFAI, el Constituyente habría previsto que, “fuera de las excepciones a la confidencialidad expresamente previstas en las leyes, determinados datos personales son susceptibles de divulgación si: 1 cuentan con un valor público y 2 las autoridades competentes realizan una cuidadosa ponderación que justifique la divulgación de los datos personales.” Por lo tanto, se considera “procedente efectuar una prueba de interés público que justifique para el caso específico, la publicidad de los datos personales.” Una vez habilitada su propia competencia para introducir una excepción a la confidencialidad de los datos personales (fotografía en título y cédula profesionales) el IFAI precisa: primero, “determinar si es de interés público el conocimiento” del dato personal en cuestión y en “qué casos esto es así”, y segundo, “realizar una ponderación entre el derecho del titular [del dato personal] para que se guarde la confidencialidad (...) y el derecho de acceso a la información de los ciudadanos”. En relación con el primer requisito concluye por la positiva: “en el ámbito de la vida económica de la sociedad, la publicidad de determinada información relativa a las personas, sus actividades o sus bienes es un requisito necesario para el correcto y eficiente desarrollo de las transacciones entre los individuos [en tanto genera certidumbre y] reduce las asimetrías de información.” Además “la expedición de [título y cédula profesionales] obedece a la (...) necesidad de permitir que la sociedad pueda tener certeza respecto de que las personas que se ostentan como profesionistas reúnen las características para ello.” En relación con el segundo, consideró que “al ponderar el derecho del titular de la fotografía [con el derecho del público a saber que el profesionista sí lo es] se tiene que debe prevalecer el interés público por encima del particular”⁴⁴. Esta “ponderación” está acompañada también de un argumento sobre (el cumplimiento de) los principios de finalidad y consentimiento. “[A] someterse a registro fotográfico con fines de recibir identificación oficial como profesionista el individuo consiente que la imagen de su rostro sea, a partir de la generación del documento gubernamental, asociada con su nombre y con la profesión a desempeñar para fines de acreditación ante el público”.

11. La estabilización del criterio 032 de 2010, cuando el titular de los datos personales es servidor público es evidente en el expediente 751 de 2011. Al pronunciarse sobre la procedencia de las versiones públicas de los títulos profesionales de servidores públicos de la PROFECO, el IFAI consideró que “el contenido de la cédula y del título profesional se encuentra directamente relacionado con información que por mandato de la Ley es de naturaleza pública”. Esto después de una revisión de la normatividad relacionada con la expedición de títulos y cédulas profesionales. En relación con la fotografía esgrime el argumento de interés público, parafraseando el criterio 032 de 2010. “La fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con el carácter de confidencial, en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en dichos documentos.”⁴⁵

12. Por su parte, el expediente R 2178 de 2012 es lacónico sobre el punto. Entonces el IFAI se pronunció sobre la versión pública de los títulos profesionales contenidos en un anexo de un contrato de obra pública solicitado a la CONAGUA. El IFAI no distingue si se trata de servidores públicos, contratistas o particulares, simplemente

⁴³ Cámara de Diputados. Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de la función pública por el que se reforma el artículo 6 de la Constitución. “En otros casos, la ley deberá prever la posibilidad de que, algunos datos personales, puedan ser divulgados cuando un órgano jurisdiccional o administrativo determine que existen razones particulares que justifiquen su divulgación, previa garantía de audiencia del implicado. De cualquier forma, las autoridades deberán realizar una cuidadosa ponderación que justifique el hecho de que una información que pertenece al ámbito privado, puede ser divulgada por así convenir al interés público.” IFAI, R 1655/10 CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., quinto, numeral 3.

⁴⁴ IFAI, R 1655/10, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., quinto, numeral 3. Argumento que se refuerza con el siguiente “Lo anterior es así toda vez que la propia Constitución (...) reconoce la necesidad de la existencia de un sistema de control basado en el interés público de dar a conocer la preparación profesional de quienes ejercen determinados oficios.”

⁴⁵ IFAI, R 751/11, CP Sigrid Arzú Colunga, consid., séptimo, literal m.

transcribe el criterio 032 de 2010, y concluye que “las fotografías contenidas en el título o cédula profesional son datos que no actualizan las hipótesis de clasificación”⁴⁶ previstas en la Ley Federal de Transparencia. Con lo cual, parecía que el tema era pacífico y que primaba el criterio de interés público, independientemente de que el titular de la fotografía fuera servidor público o particular.

13. Sin embargo, en el caso del expediente RDA 178 de 2013 se vuelve a abrir el debate. En una decisión 3-2, el IFAI decidió confirmar la decisión del Instituto Pedagógico Nacional que negó el acceso al título profesional de uno de sus egresados. La posición mayoritaria del IFAI consideró que el título profesional contiene información sobre la “situación académica” de una persona, la cual “incide en la esfera privada del individuo”. Insistió que el titular del dato era un particular y se apoyó en el principio de finalidad. Concluyó que en el caso no existía una “justificación sustentada” que permitiera la “satisfacción” del derecho de acceso a la información. Según la posición mayoritaria, se trata de información “que sólo corresponde conocer a su titular, ya que se refiere a aspectos de su intimidad y su conocimiento, por tanto, no resulta de interés público alguno.”⁴⁷ Los disidentes consideraron que la información debía entregarse en una muy generosa versión pública; aunque llegaron a esta conclusión por diversos caminos. Esta alternativa en la disidencia deja ver al menos dos métodos, ya maduros, para resolver el problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El primero es el de la prueba de interés público según las coordenadas definidas en la citada resolución 1655 de 2010, esto es, determinar que la revelación de cierta información personal revista interés público, y adelantar una ponderación entre dicho interés, y el de mantener la confidencialidad.⁴⁸ El segundo es el de la ponderación bajo la retórica del test de proporcionalidad, apoyado en las tesis del poder judicial de la federación que han acogido su terminología⁴⁹: “cuando dos derechos fundamentales entran en colisión, se debe resolver el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”⁵⁰ Una vez explicado el test, lo despliega: “Tener acceso al título profesional (...) es idóneo en virtud de que, a través de este, se puede corroborar si la persona en cuestión está autorizada para ejercer la profesión con la que se ostenta bajo dicho título. (...) es necesario en tanto que funcionaría como un mecanismo que complementaría la vigilancia del ejercicio profesional que lleva a cabo la Secretaría de Educación Pública” y para decidir si es proporcional, identifica los intereses en conflicto⁵¹ y concluye que “existe un interés público mayor en tener acceso a los títulos profesionales, en este caso (...) [pues] la afectación que se ocasionaría al titular de la información consistiría en la revelación del campo de estudio que eligió, lo cual, cabe destacar no revela mayor información sobre su vida privada.”

c. Evaluaciones

⁴⁶ IFAI, R 2178/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., cuarto.

⁴⁷ IFAI, RDA 178/13, CP María Elena Pérez-Jaén Zermeño, consid., cuarto.

⁴⁸ Para el comisionado disidente la misma razón que guió la decisión en la resolución 1655 de 2010, debía guiar esta, pues aquella no se restringe “solo a servidores públicos” en tanto el criterio relevante es que “existe un interés público que beneficia a la sociedad de conocer [los datos personales] porque le garantiza a ésta la certeza [pues permite] comprobar que los que dicen ostentarse bajo una determinada profesión efectivamente cuentan con las credenciales para ejercerla.” IFAI, RDA 178/13 CP María Elena Pérez-Jaén Zermeño. Voto disidente de Ángel Trinidad Zaldívar.

⁴⁹ IFAI, RDA 178/13, CP María Elena Pérez-Jaén Zermeño. “Novena Época Registro: 174 338 Instancia: Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Tesis Aislada (común) Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Agosto de 2006. Suspensión en el amparo. Conforme a la teoría de ponderación de principios debe negarse si el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular.” Voto disidente de Jacqueline Peschard Mariscal.

⁵⁰ IFAI, RDA 178/13, CP María Elena Pérez-Jaén Zermeño. Voto disidente de Jacqueline Peschard Mariscal.

⁵¹ IFAI, RDA 178/13, CP María Elena Pérez-Jaén Zermeño. “El interés público de clasificar como confidencial el título profesional de un particular consiste en preservar la esfera de privacidad de éste (...) Por su parte, el interés público de tener acceso a información (...) consiste en identificar a aquellas personas que, sin tener título profesional legalmente expedido actúen habitualmente como profesionistas.” Voto disidente de Jacqueline Peschard Mariscal.

Los casos sobre acceso a información relacionada con evaluaciones cuando sus titulares son servidores públicos son problemáticos. Por un lado, esta información permite “corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendada”, criterio que funge como la llave que abre la puerta de la publicidad de la información personal. Por el otro, es información personal muy delicada pues revela la capacidad, instrucción y competencia de la persona. Sin embargo, es el contexto de las evaluaciones el que guía la aproximación del Órgano garante. Una es la realidad de los concursos públicos, otra la de la formación profesional, y otra las de evaluaciones generales, como la evaluación docente. No existe ni regla ni posición uniforme, pero sí distintas alternativas metodológicas para definir la publicidad o no de la información.

14. En el expediente R 643 de 2004, el IFAI ordenó a la Secretaría de Relaciones Exteriores la entrega de información relacionada con las “calificaciones” de las personas que aprobaron la primera y tercera etapa del examen de ingreso al servicio exterior mexicano en la convocatoria 2002. El IFAI consideró que no procedía la causal de reserva por confidencialidad, establecida en el artículo 42 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, pues la misma, “de aplicarse en términos absolutos, impediría la difusión de información de carácter público” en contravía de la Ley Federal de Transparencia, ley especial en la materia⁵². Invocando el objetivo de “favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos (...) el principio de eficiencia administrativa” y el que “la publicidad de la información se traduce en un mecanismo de supervisión ciudadana”, el IFAI ordenó la entrega completa de la información solicitada frente a las personas que ingresaron al servicio exterior mexicano (servidores públicos), y frente a las que no ingresaron ordenó “la elaboración de una versión pública en la que se establezcan las calificaciones y se omitan (...) los nombres de los participantes.”⁵³

15. En el caso del expediente R 1637 de 2012, el IFAI confirmó la confidencialidad de la información relacionada con las calificaciones obtenidas por un Sargento del Ejército, que constaban en su expediente académico. El particular había solicitado copia de dicho expediente. El IFAI avaló la versión pública elaborada por la SEDENA donde testó las calificaciones. Para el IFAI “las calificaciones son una forma de evaluación individual (...) que tiene el efecto de determinar las capacidades y el aprendizaje de cada individuo (...) son datos que únicamente conciernen al particular, pues son un reflejo del desempeño académico desarrollado. [Por lo que su difusión] podría afectar la intimidad de [sus] titulares”⁵⁴ Y concluye, “[s]i bien los estudiantes de las escuelas militares deben prestar sus servicios al Ejército una vez concluidos sus estudios, lo cierto es que las calificaciones que obtuvieron (...) no reflejan el grado de desempeño que éstos tienen al ejercer como servidores públicos de la SEDENA, pues el mismo no guarda relación con el aprovechamiento escolar.”⁵⁵ Fija aquí el IFAI una frontera que es móvil, y lo hace con una distinción temporal, al poner el énfasis en que se trata de información que califica a la persona antes de ser servidor público. Sin embargo, el IFAI no considera si esta información permite al público conocer la idoneidad de los servidores públicos o un control de su selección, y si se sirven las finalidades de transparencia y rendición de cuentas. Se le confiere a la información un peso específico que termina por resolver el caso.

Por su parte, el caso de la evaluación docente es indicativo del carácter determinante del contexto socio-político en la definición del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. El rechazo por parte del magisterio al proceso de evaluación de 2012, y la agitación social que produjo llevaron al IFAI, en un primer momento, a reservar la información. Sin embargo, desde la primera decisión hubo consenso sobre el “interés público” de la misma. Esta situación desencadenará una interesante serie de argumentos para exceptuar la confidencialidad de la información personal.

⁵² IFAI, R 643/04, CP María Marván Laborde, consid., cuarto.

⁵³ IFAI, R 643/04, CP María Marván Laborde, consid., quinto.

⁵⁴ IFAI, R 1637/12, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto.

⁵⁵ IFAI, R 1637/12, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto.

16. En la primera decisión sobre este asunto (expediente RDA 4638 de 2012) el IFAI modificó la clasificación, como reservada, de los resultados del Examen de preparación profesional de la Evaluación Universal de Docentes y Directivos de Educación Básica del año 2012. En relación con dicho examen, el solicitante había requerido acceso a la base de datos de la SEP que incluyera: nombre, RFC o CURP, tipo y clave de plaza (docente o directivo), lugar de asignación, escuela o centro de trabajo, vinculación con la carrera magisterial, calificación obtenida, número de aciertos y errores en general, así como en cada unidad de diagnóstico y punto de corte en el examen. La SEP entregó la base de datos, pero reservó la información relacionada con la “calificación obtenida”, con fundamento en el artículo 14, fracción VI, al considerar que hacía parte de un “proceso deliberativo”. El IFAI modificó la clasificación y advirtió que se verificaba la causal del artículo 13, fracción IV, al estimar que, en tanto “las actuaciones por una pequeña parte del magisterio ha[bian] resultado en un caos social”, la difusión de la información podría “poner en riesgo la seguridad y la vida de las personas”, y la reservó por un término de 3 años. Sin embargo, en *obiter*, consideró que “si bien la asociación del nombre del docente evaluado con sus respectivos resultados (...) envuelven la naturaleza de datos personales, también es cierto que envuelven una relevancia pública y por ello este tipo de información no debe ser susceptible de confidencialidad.”⁵⁶ A esta conclusión llegó después de una extensa consideración, que podría sintetizarse en 4 pasos: a) diagnóstico del asunto como un caso “frontera” entre los derechos al acceso a la información pública y la protección de datos⁵⁷, b) necesidad de adelantar un ejercicio de “ponderación” entendido como un ejercicio de armonización concreta⁵⁸, c) discernimiento sobre la existencia de un interés público en el conocimiento de los datos personales⁵⁹, y d) adecuación *ad hoc* de la frontera entre los derechos⁶⁰. Finalmente, el IFAI no adelanta un ejercicio de ponderación en los términos de la teoría de los principios de Alexy; resuelve el caso a partir de sumar argumentos sobre el interés público en la publicidad de la información⁶¹. Esta decisión es reveladora del sincretismo metodológico del IFAI. Hay por lo menos tres alternativas diferenciables para resolver la excepcionalidad de la confidencialidad. La ponderación según la teoría de los principios, la prueba de interés público, y la delimitación de las fronteras del ámbito protegido de los derechos en conflicto. El caso no se resuelve con ninguna de las tres, pues como se indicó, la excepción a la confidencialidad quedó plasmada en un

⁵⁶ IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo.

⁵⁷ IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo. “[E]n algunas ocasiones se presentan estos casos "frontera" en los que pareciera difícil discernir respecto a cuándo termina uno y comienza el otro de los derechos o más aún, en qué supuestos debe ceder uno frente al otro.”

⁵⁸ IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo. “[C]uando un derecho humano entra en colisión con otro, debe buscarse el justo medio a través de un ejercicio de ponderación, con miras a obtener el mayor beneficio de uno y el menor perjuicio posible para el otro, sin que en forma alguna pueda llevar al extremo de anular uno frente al otro.”

⁵⁹ IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo. “[La información sobre calificación] lleva implícita una relevancia pública porque refiere a la identificación, en cuanto a sus habilidades y aptitudes para la enseñanza, de personas (...) que decidieron desempeñar un rol de interés público, [como] responsables de la ejecución [del derecho fundamental a la educación]” La publicidad de dicha información permite “estudiar y entender cómo se generan los resultados, [y así] dar seguimiento a las acciones que lleva a cabo la Secretaría de Educación Pública en su toma de decisiones, (...) corroborar si la autoridad hizo correctamente la evaluación; y (...) ampliar el debate informado para la reforma reglamentaria del marco jurídico vigente en materia de evaluación.”

⁶⁰ IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo. “[E]n el caso de los docentes y en relación con los resultados obtenidos por éstos, en el marco de la Evaluación (...) debe advertirse una reducción en su esfera privada, por el interés público que representa el tipo de responsabilidades que voluntariamente han decidido desempeñar.” O como se puede advertir en esta cita al doctrinante Joaquín Urías acogida por la ponencia: “la relevancia pública, ontológicamente, es un elemento que excluye la invasión en la intimidad de las personas”

⁶¹ IFAI, RDA 4638/12, CP Ángel Trinidad Zaldívar, como también lo señala, en su voto particular, Gerardo Laveaga Rendón: “En el recurso no se desarrolla de manera lógica el tema de "interés público", ni se hace la ponderación adecuada que exige este concepto. Tal y como se plantea, parecería que el "interés público" está por encima de la Ley.”

obiter, pero es claro que la metodología dominante es la que gira en torno a la afirmación del interés público en la comunicación de la información. Este camino inspirará la postura del futuro INAI.

17. Dos años después, en el expediente RDA 1312 de 2015, en una cuestión muy similar, el ahora INAI modificó la postura anterior y ordenó la entrega de la información. El solicitante requirió acceso a la base de datos de la evaluación universal de educación primaria de 2012 que incluyera “número de aciertos y puntajes por cada uno de los módulos” con nombre e identificación de los maestros. La SEP entregó la información, pero reservó “la asociación del nombre del docente evaluado (...) con sus respectivos resultados”, de conformidad con lo resuelto en el expediente RDA 4638/12. Según el INAI, la causal de reserva del artículo 13, fracción IV, de la Ley Federal de Transparencia era “inaplicable” en tanto “las causas que la motivaron dejaron de existir” y porque “los puntajes de cada uno de los módulos de los profesores que presentaron el examen (...) es información de interés público que favorece la transparencia y la rendición de cuentas.” Para llegar a esta conclusión, el INAI reafirma el carácter de datos personales de la evaluación individual, en tanto “inciden directamente en la intimidad” y en el “honor de las personas”, pues “muestran las capacidades o conocimientos que el personal docente tiene sobre un tema determinado”⁶², y plantea el caso como “una colisión de derechos fundamentales”. En esta arena toma en préstamo el aparato conceptual de la Teoría de los principios⁶³ y bajo los rótulos, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, organiza sus argumentos. En el de idoneidad, establece la relación entre el acceso a la información y la satisfacción del derecho a la educación⁶⁴, en el de necesidad, la inexistencia de otro medio menos lesivo⁶⁵, y en el de proporcionalidad, privilegia la publicidad de la información por las consecuencias que tiene la educación en el

⁶² Según el INAI habría un vínculo entre los derechos a la intimidad y al honor, y la información sobre evaluaciones, en tanto, “al conocer el nivel de conocimientos o capacidades que se tienen para desarrollarse o realizar algún trabajo, se ve afectada la esfera personal y la imagen que tiene el resto de las personas sobre el titular de la información, toda vez que está relacionada con capacidades cognitivas de una persona que incumben únicamente a ésta y en su caso a quien realice la evaluación correspondiente (...) es justamente la imagen que pudiera generarse, la que afecta la intimidad o reputación de los titulares de la información.” INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto.

⁶³ INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto. “La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen estructura de mandatos de optimización. (...) La ponderación conlleva a realizar un ejercicio en el cual quede demostrado que (...) si bien existe un conflicto entre dos principios, la determinación que se adopta al darle preferencia a un derecho sobre el otro nos permite tener una ganancia frente a la restricción del otro, así como que el hecho de que entre los diferentes medios existentes, el elegido sea el que menos desconocimiento ostenta al principio que se restringe (...) [L]a determinación que se toma al ponderar dos derechos de esta naturaleza sin duda afecta en alguna medida a uno de ellos, es decir en principio “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.”

⁶⁴ INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto. “Idoneidad.- (...) al restringirse la protección de los datos personales de un grupo como son los docentes evaluados es evidente que por otra parte se tendría el conocimiento objetivo de parte de la sociedad de la capacidad de los profesores evaluados que están formando e instruyendo a la mayor parte del alumnado a nivel nacional. (...) [con lo cual] se beneficia el derecho fundamental a recibir una educación de calidad. (...) es de importancia mayor el conocer los datos relativos a los resultados de la evaluación universal (...) a efecto de que la sociedad en general cuente con los elementos suficientes para determinar si el Estado cumple con su obligación constitucional de proporcionar una educación de calidad.”

⁶⁵ INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto. “Necesidad.- (...) no existe otro medio de acceso menos lesivo al derecho a la protección de los datos personales de los titulares de esos resultados que el de obtener dicha información a través del procedimiento de acceso a la información a efecto de satisfacer el interés público de acceder a esta información de suma relevancia.”

desarrollo del país, y porque la educación debe ser de calidad y los maestros están sometidos al escrutinio público⁶⁶ y, finalmente, porque la información favorece la rendición de cuentas y la participación de la sociedad⁶⁷.

18. Por último, en el expediente RDA 5599 de 2015, el INAI explora una forma alternativa de analizar las versiones públicas de documentos contentivos de información personal: la anonimización y la disociación. Esta estrategia permite optimizar los derechos concurrentes, al garantizar igual protección a los datos personales y mayor acceso a la información. En este caso, se pronunció sobre la versión pública de un acta de calificaciones de un curso del Instituto Tecnológico de Chetumal, dependiente del Instituto Nacional de México, órgano desconcentrado de la SEP. La SEP había entregado versión pública del acta, testando nombre, calificación y número de control de los estudiantes. El INAI adelantó el análisis de la versión pública y decide modificarla parcialmente y revelar el número de control y las calificaciones. ¿Cómo pueden ser públicas las calificaciones? Sólo si se entregan anonimizadas. ¿Cómo se garantiza esto si también es público el número de control? Con la técnica de la disociación de la información. El INAI adelanta el estudio dato por dato, como es práctica. En relación con el nombre, consideró que debía testarse porque de lo contrario se revelaría “si una persona en específico estuvo inscrita en una determinada institución educativa, el periodo y la carrera que optó por cursar”, información “directamente relacionada con la vida privada y la intimidad de las personas.”⁶⁸ En relación con el número de control, asignado a cada estudiante para efectos de su identificación, consideró que al no estar asociado “a otros datos personales” no “incide” en la intimidad o en la privacidad de una persona, por lo que no se trataba de información confidencial. Máxime si dicho número ya había sido publicado por el ITC, asociado al nombre de los estudiantes, en su página web⁶⁹. En relación con las calificaciones consideró que “en principio” eran confidenciales, al revelar “el desempeño académico y la preparación del alumno (...) y la capacidad de aprendizaje o aprovechamiento escolar (...) estrechamente relacionadas con [la] intimidad”. No obstante, consideró que, en el contexto del caso, al haber sido testados los nombres, “no se podría relacionar la calificación que aparece en el acta con algún estudiante”, por tanto, no procedía la clasificación de las calificaciones. Finalmente, como medida de salvaguarda, el INAI instruyó al sujeto obligado entregar la información (calificaciones y número de control) de forma “disociada” con el fin de evitar su vinculación con personas determinadas.

d. Responsables o posibles responsables de comisión de delitos

La información negativa, relacionada con la responsabilidad por comisión de delitos (posible o comprobada) ha sido objeto de especial protección por el Órgano de Transparencia. Sólo de manera excepcional, en caso de condenas en firme y vigentes, y una vez advertida la existencia de un interés público, ligado a la gravedad de ciertos delitos -definida por especiales consideraciones de política criminal-, el Órgano de Transparencia ha permitido la

⁶⁶ INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto. “[E]l beneficio de dar a conocer los resultados de los docentes en la evaluación universal (...) es mayor que la lesión que se pueda causar a la esfera de protección de datos personales que tienen todos los profesores, esto es así ya que (...) al elegir impartir clases tienen conocimiento que dicha impartición debe ser de calidad y que están sometidos a un escrutinio público, lo anterior así se asegura porque la educación otorgada por el Estado tiene consecuencias (...) en el desarrollo económico, político y social del país.”

⁶⁷ INAI, RDA 1312/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto. “La difusión de la información solicitada favorece la rendición de cuentas y fomenta la participación democrática de la sociedad, pues conocer los resultados o puntuaciones obtenidas por cada uno de los docentes (...) podría formar una opinión informada sobre las medidas adoptadas por la autoridad, para mejorar la calidad de la educación.”

⁶⁸ INAI, RDA 5599/15, CP Ximena Puente de la Mora, consid., tercero. En paráfrasis de la tesis de la Suprema Corte de Justicia, puntualizó “[S]e considera que la vida privada es todo aquello que no constituye vida pública, es decir, a aquello que se desea compartir únicamente con aquellos que la persona elige, o bien, a aquello que las personas no desempeñan con el carácter de servidores públicos.”

⁶⁹ En este sentido véase los votos particulares de las comisionadas Areli Cano Guadiana y María Patricia Kurczyn Villalobos. INAI, RDA 5599/15, CP Ximena Puente de la Mora.

publicidad de esta información. Las decisiones aquí referenciadas dan cuenta de esta posición bajo una consideración general: esta información es confidencial, no sólo porque se trata de datos personales, sino porque cabe en el ámbito de protección de los derechos a la vida privada y al honor, y en algunos casos, de la presunción de inocencia. Esto ha sido así, incluso, en el caso de servidores públicos y de personas que fallecieron estando privadas de la libertad.

19. En el expediente R 3751/09, el IFAI, en una decisión dividida, confirma la confidencialidad de los nombres de las personas privadas de la libertad fallecidas en el Centro de Readaptación Social Número 1 “Altiplano”, y ordena a la Secretaría de Seguridad Pública la entrega de versiones públicas de sus expedientes clínicos. El peticionario había solicitado acceso a “la lista de prisioneros fallecidos (...) desde el año 2000” y a la “copia de sus expedientes médicos”. La SSP clasificó como confidencial dicha información y se limitó a entregar el dato de “diecisiete defunciones” en el periodo anotado. El IFAI llega a la primera conclusión después de adelantar un “ejercicio de ponderación”⁷⁰ entre el derecho de acceso a la información y los derechos “a la protección de datos personales y de los derechos que corresponden a las personas que tuvieran algún parentesco con el difunto.”⁷¹ La posición mayoritaria utilizó al menos cuatro argumentos: la imposibilidad de obtener el consentimiento de la persona para la revelación de sus datos personales, la vigencia del principio de finalidad -que no decae por el hecho del fallecimiento del titular de la información personal-, la necesidad de proteger dicha información para proteger derechos de terceros⁷², y el deber de respeto a la “memoria de los muertos”⁷³. Para el IFAI, “en el caso de las personas que guardan parentesco con el fallecido, es más importante proteger los datos personales del sujeto que fallece en reclusión, porque en caso de que se divulgara la pena privativa de la libertad tendría una suerte de efecto infamante y trascendental en quienes no son responsables”⁷⁴. De tal forma que “al realizar una ponderación jurídica [entre los mentados derechos] se llega a la conclusión de que es posible el ejercicio del primero de los derechos sin que se vulneren los derechos de los demás (...) cuando (...) sólo se considera información confidencial a aquella que permita identificar (...) a las personas que fallecieron cuando estaban recluidas (...) y hacer público su estado de salud física o mental precedente.”⁷⁵ En relación con el expediente clínico, el IFAI parte de dos premisas: que el

⁷⁰ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., quinto. “[El cual] implica atender a los bienes y valores jurídicos que en el caso concreto están relacionados y atender a sus propiedades relevantes para arribar a una determinación correcta (...) [que asegure] que coexistan y se ejerzan plenamente todos los derechos involucrados, mediante interpretaciones extensivas que permitan su manifestación con toda la fuerza expansiva que corresponde a los derechos humanos”.

⁷¹ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., quinto. “En este recurso (...) están implicados dos aspectos fundamentales. Por una parte, el dato personal de un sujeto que estuvo privado de la libertad deambulatoria por la comisión de un delito personal y, por la otra, los derechos de las personas que tuvieran algún parentesco con el difunto”.

⁷² IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., sexto. “[L]os derechos y las obligaciones de una persona no se extinguen por entero con el hecho de su muerte -nada jurídica-, porque existen justificaciones suficientes para la subsistencia de algunos derechos [como sería el caso de los datos personales que pueden involucrar a terceros] porque se revelen datos relacionados con el estado de salud físico o emocional (derivado del expediente médico), o su situación jurídica (procesado o condenado) que pueda involucrar a dichas personas con el fallecido y que provoque una afectación a su dignidad, honra o intimidad ya sea porque pueda ser causa de discriminación o afecte sus sentimientos, afecto, decoro, reputación, vida privada o la consideración que de sí misma tienen los demás”.

⁷³ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., séptimo. Con una interesante mención al Dictamen 4/2007 del Grupo de trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

⁷⁴ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., octavo.

⁷⁵ La posición minoritaria desarrolló nueve argumentos destacables. Primero, que “el nombre de las personas por sí mismo no representa un dato personal sino el medio por el cual se identifica una persona”; segundo, “que el nombre de las personas que han sido sentenciadas por la comisión de un delito, tiene naturaleza pública por devenir de una sentencia judicial que constitucionalmente tiene la características de pública”; tercero, que “las muertes que se suscitan en el contexto del ejercicio del poder punitivo del Estado requieren de especial supervisión, exigen una mayor fiscalización ya por parte de las instituciones ya por parte de la ciudadanía”; cuarto que “existe un interés

mismo “o su equivalente dentro del expediente único de los centros de Máxima Seguridad, es considerado legalmente como [confidencial]” y que según los lineamientos “el acceso a los datos personales de una persona fallecida lo tienen en exclusiva el cónyuge superviviente y los parientes en línea recta ascendente y descendente.” Sin embargo, también estimó la existencia de un interés público “en transparentar y rendir cuentas respecto de las condiciones en que se suscita la muerte de personas que se encuentran bajo la custodia del Estado”⁷⁶ y, en facilitar que “la sociedad cuente con elementos que le permitan constatar cuál fue el actuar de las autoridades a quienes confía la integridad personal de quienes por razones penales se encuentran privados de su libertad”⁷⁷. Planteó entonces una alternativa metodológica entre ponderación y armonización concreta⁷⁸. Para el IFAI, no estaba en juego el derecho a la vida privada del difunto, sino el de sus familiares; estaba en pugna “la exclusividad del derecho de acceso a los expedientes médicos por parte de los familiares versus el acceso público”. Por tanto, bastaba con “garantizar que la información a que se conceda el acceso público excluya los datos personales que permitan asociar al titular de los mismos (fallecido)” con sus familiares, y en especial, “resguardar aquella información de salud que por las características –genéticas, por ejemplo, pudiera develar información sobre los familiares”⁷⁹. De esta forma, considerando que existía “un interés público superior” en la publicidad de la información⁸⁰, era posible la armonización concreta de los derechos concurrentes⁸¹.

público [en] saber quiénes han perdido la vida en los penales, [pues] con ello se fortalece la vigilancia que los particulares ejercen sobre los órganos del Estado”; quinto, que según “el Dictamen (...) por el que se reforma el artículo sexto de la Constitución (...) “es perfectamente posible considerar que cierta información privada o datos personales, que adquieran un valor público podrán ser divulgados””; sexto, que los argumentos en torno al “derecho al olvido” sobre el que se fundó la posición mayoritaria “son insuficientes” e “improcedentes” en tanto “el derecho de los familiares a la protección de los datos personales de una persona fallecida no existe en la legislación mexicana [y] la única mención al derecho al olvido que aparece explícitamente en el orden jurídico mexicano excluye del mismo a quienes tuvieron sentencia penal firme”; séptimo “que no existe una vinculación directa entre la publicidad y la certeza de la discriminación a las familias [las cuales] deben enfrentar una realidad que no muta por agregar a ella la opacidad (...) Los efectos de publicidad provienen de la sentencia de origen, no de la ejecución de la pena”; octavo “la finalidad con la que fue recogido el dato es la de control de la gestión de la administración pública en su ejercicio de ejecutora de la sanción o custodiante de la persona en prisión (...) la develación de los nombres de los reos que fallecen permite fiscalizar la actuación de la administración”; y noveno, que “para algunas familias la publicidad respecto a la permanencia de sus familiares en los centros de reclusión de alta seguridad, más que una amenaza, significa un candado o una protección ante posibles violaciones a derechos humanos”. IFAI, RDA 3751/09, CP María Marván Laborde. (Voto disidente María Marván Laborde y Ángel Trinidad Zaldívar).

⁷⁶ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., noveno. “[L]a naturaleza de las circunstancias requiere hacer una valoración que justiprecie la conservación del monopolio o exclusividad en el acceso a los expedientes por parte de sus parientes y la apremiante demanda social de conocer y someter a escrutinio público la circunstancia de sus muertes [máxime] si los únicos servicios de salud que pudieron recibir son aquellos directamente proporcionados por el Centro.”

⁷⁷ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., décimo.

⁷⁸ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., décimo. “Es tarea de este Instituto determinar si en este caso ha de realizarse una ponderación o si es posible [garantizar el ejercicio de] ambos derechos tomando medidas de protección específicas de tal manera que el ejercicio de alguno de ellos no necesariamente anule el del otro sino que pueda permitir su ejercicio con algunas restricciones.”

⁷⁹ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., décimo.

⁸⁰ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., undécimo. “[E]n conocer los detalles y circunstancias de las muertes de las personas privadas de su libertad por el Estado; [y] en contrastar el actuar de los agentes gubernamentales y los procedimientos seguidos con el cumplimiento de sus obligaciones,”

⁸¹ IFAI, R 3751/09, CP María Marván Laborde, consid., undécimo. “[E]n forma pacífica y plena, coexisten el derecho a la información y el derecho a la dignidad de toda persona, mediante una interpretación extensiva que no implica el privilegio de uno de esos derechos a costa de otro.”

20. En el expediente RDA 1034/14, el IFAI confirma la clasificación como confidencial de los datos personales relacionados con la condición de persona condenada o sujeta a un proceso penal, contenidos en los documentos de autorización de traslados entre centros de reclusión. El particular había solicitado al Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social todos los oficios de traslados expedidos al amparo de un convenio interadministrativo. El IFAI adelantó el análisis de las documentales solicitadas distinguiendo el estatus judicial de los sujetos concernidos. Frente a personas sujetas a proceso penal consideró que publicar su nombre, al no haberse acreditado que cometió un delito, “vulneraría la protección a su intimidad, honor y presunción de inocencia, ya que puede generarse un juicio a priori por parte de la sociedad.” Frente a los nombres de las personas condenadas, consideró también su carácter confidencial, con base en la reforma constitucional de 2011 (art. 18) sobre la política criminal del Estado, orientada a la “reinserción del sentenciado a la sociedad” y en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de derecho a la intimidad, propia imagen y derecho al honor. Para el IFAI “la publicación de [la] condición de ex convicto mermaría [la] capacidad de reinserción en la sociedad y afectaría [la] capacidad de interactuar nuevamente en esta sin ser juzgado por [el] pasado delincencial.” A esto sumó cuatro argumentos, el carácter confidencial de la información de los registros penitenciarios, la práctica del poder judicial de la Federación de omitir la publicación del nombre de los condenados en sus sentencias⁸², el carácter y finalidad de la audiencia pública de juzgamiento que no permite inferir la publicidad de esta información⁸³, y una norma de *soft law* del sistema universal de Derechos Humanos que sugiere la no publicidad de información sobre traslado de reclusos.⁸⁴ Finalmente, concluyó que esta información no revestía “interés público alguno”, pues “por un lado no rinde cuentas sobre el debido proceso, y por otro, la finalidad de la reinserción no se lograría si la sociedad tiene la posibilidad de conocer quienes han tenido la calidad de reos, pues ello podría provocar conductas discriminatorias en los diversos ámbitos sociales.”

21. Una de las excepciones a la regla general de confidencialidad de la información sobre responsabilidad penal es la de los nombres de las personas con condenas en firme por la comisión de delitos relacionados con lavado de dinero, como se desprende del expediente RDA 2165/15. En este caso, el INAI se pronuncia sobre la confidencialidad de la información relacionada con 38 personas detenidas que operaban estructuras financieras de organizaciones delictivas y que fueron relacionadas en el segundo informe de labores del presidente Peña Nieto. El solicitante requirió, nombre, organización delictiva, estatus judicial, y número de expediente asignado. La PGR indicó que esa información la tenía la Policía Federal. El INAI revocó la decisión y le ordenó a la PGR entregar la información de los nombres de las personas que no tuviesen una condena en firme de forma disociada⁸⁵, e íntegra respecto de las demás. Para ello distinguió 5 hipótesis de estatus judicial. En relación con las personas que no

⁸² IFAI, RDA 1034/14, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “De los criterios para supresión de datos”, artículo 87, Acuerdo General de la Comisión para la Transparencia, Acceso a la Información Pública Gubernamental y Protección de Datos Personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9 julio de 2008.

⁸³ IFAI, RDA 1034/14, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “[El] derecho a la audiencia pública no puede llegar al extremo de que actúe en contra del propio reo y se llegue a la consideración equivocada de que este principio tiene como consecuencia la publicidad irrestricta del nombre de todos los sentenciados. (...) la audiencia pública garantiza el debido proceso; sin embargo, esto no se traduce en que cualquier persona pueda conocer el nombre de todas las personas que se encuentren o estuvieron purgando una pena, pues no es la finalidad de las audiencias públicas.”

⁸⁴ IFAI, RDA 1034/14, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “En las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, se prevé lo siguiente: “45.1. Cuando los reclusos son conducidos a un establecimiento o trasladados a otro, se tratará de exponerlos al público lo menos posible y se tomarán disposiciones para protegerlos de los insultos, de la curiosidad del público y para impedir toda clase de publicidad.”

⁸⁵ INAI, RDA 2165/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “[C]uando el resto de contenidos de información se encuentra desvinculado de una persona física identificada o identificable, no pueden ser susceptibles de protección.” Lineamientos de Protección de Datos Personales. Vigésimo.

hubiesen sido condenadas (absueltas, con proceso pendiente, o sobreseído, o con condena impugnada) consideró que la información era confidencial, pues de lo contrario “implicaría revelar un aspecto de su vida privada que las vincula con una acusación cuya procedencia no se ha determinado en definitiva. [Lo cual] afectaría su intimidad, puesto que podría generar una percepción negativa sobre su persona, así como un juicio a priori por parte de la sociedad (...) vulnerando además su presunción de inocencia”. En relación con las personas condenadas con sentencia irrevocable determinó su publicidad. Frente a esta última información el INAI diagnosticó el caso como una “colisión” de derechos fundamentales, debido al interés público⁸⁶ de la información relacionada con los delitos de lavado de dinero, por lo que “resulta necesario realizar una ponderación de los dos intereses jurídicos tutelados”. Tomando el ejemplo del poder judicial, despliega el test. En una interesante repetición del mismo argumento consideró que la publicidad era idónea⁸⁷, necesaria⁸⁸, y proporcionada en sentido estricto⁸⁹. El INAI refuerza su argumento con la práctica de la PGR de hacer pública información sobre responsables de la comisión de delitos de operación con recursos de procedencia ilícita, situación que “cobra relevancia” en tanto una de las “recomendaciones para evitar dicho ilícito es mejorar la transparencia y disponibilidad de información.”

22. Una situación similar ocurrió en el expediente RDA 2445/15, en el cual el INAI liberó los nombres de condenados por delitos de “impacto trascendente en la sociedad” como secuestro, delincuencia organizada, y narcotráfico. En el caso, el solicitante requirió el listado de los mexicanos extraditados a los EEUU por el delito de narcotráfico, y si estas personas tenían cuentas pendientes con la justicia mexicana. La PGR entregó un listado de 188 extraditados cuyo nombre había sido publicado en boletines de prensa; no obstante, el registro total era de 285. El INAI se pronuncia sobre la procedencia de la clasificación de los 97 nombres que se mantenían como confidenciales. Para esto sigue el mismo método: distinguir el estatus judicial de la persona frente a las autoridades mexicanas, según tres hipótesis: si no tenía proceso penal abierto, si lo tenía, y si tenía condena en firme. En relación con el primer caso, la información era confidencial, pues darlo a conocer “implicaría revelar un aspecto de su vida privada que las vincula con una acusación imputada en otro país, a la cual la Procuraduría General de la República no da seguimiento.” En relación con el segundo, también porque “vulnera la presunción de inocencia de sus titulares, pues al vincularseles con un proceso penal suspendido, se permite que se les atribuya la calidad de autores o partícipes en los hechos que se les imputan.” En relación con la información sobre extraditados con condena en México por purgar, respecto de 6 se había hecho pública, restaban 3. El INAI resuelve su publicidad, por el “impacto trascendente en la sociedad” de los delitos por los cuales fueron condenados, a saber, “delincuencia organizada, contra la salud, portación de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército y Fuerzas Armadas y secuestro”, y por la existencia de “un interés ciudadano en el conocimiento de la información” que permita

⁸⁶ INAI, RDA 2165/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “[E]l interés público que tenga cierta información, será el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad o la vida privada, en donde el derecho a la intimidad o a la vida privada debe ceder a favor del derecho a comunicar y recibir información, [según] las circunstancias de cada caso concreto.”

⁸⁷ INAI, RDA 2165/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “a) Idoneidad. Existe un fin constitucionalmente válido para hacer público el nombre de las personas [condenadas por el] delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, en virtud del interés público de conocer a quienes han realizado dicha conducta, (...) dada la relevancia social del delito en cuestión, cuya comisión impacta en la estabilidad económica, seguridad del sistema financiero del país, e incluso en la seguridad nacional, causando un perjuicio en el ámbito nacional e internacional.”

⁸⁸ INAI, RDA 2165/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “b) Necesidad, (...) sólo por esta vía una persona podría lograr conocer a las personas que a través de su conducta lesionaron [dichos] bienes jurídicos tutelados.”

⁸⁹ INAI, RDA 2165/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “c) Proporcionalidad en sentido estricto. El sacrificio de la protección al nombre de las personas (...) se justifica en razón de que se satisface el interés público en identificar a quienes de manera comprobada, atentaron contra la estabilidad económica, la seguridad del sistema financiero del país y la seguridad nacional. (...) se logra un mayor beneficio en proporción del otro derecho que se verá restringido, logrando publicitar un dato no sólo de interés nacional sino también internacional, (...) contrario a afectar el derecho al buen nombre (...) la identificación de dicho dato permite colmar el interés público, puesto que atañe a la sociedad en su conjunto.”

“identificar a personas, respecto de las cuales, un tribunal en última instancia convalidó las tareas de seguridad pública.” Al igual que en el caso anterior, este asunto es entendido como una colisión de derechos fundamentales que obliga un ejercicio de ponderación. Para el INAI la medida de la publicidad es idónea⁹⁰, necesaria⁹¹ y proporcional⁹². Como en el caso anterior, es el mismo argumento que se repite en los tres estadios. La estructura de la argumentación es idéntica, el INAI ha estandarizado el ejercicio de ponderación-como-test-de-proporcionalidad como vehículo del “interés público”.

23. Una situación similar ocurrió en el expediente RDA 6206/15, en relación con el nombre de condenados por delitos relacionados con la financiación del terrorismo y con el lavado de activos. Entonces, el INAI instruyó a la Secretaría de Hacienda que facilitara al solicitante el listado de las personas condenadas por el delito de financiamiento del terrorismo en México. Para llegar a esta conclusión, el INAI se pronunció sobre el delito de terrorismo, los compromisos internacionales del Estado mexicano para combatirlo y sancionarlo, su carácter de “delito contra la seguridad de la Nación”, el papel del GAFI (grupo de acción financiera internacional) y sus recomendaciones contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, el compromiso internacional de México de “aumentar el número de investigaciones” en la materia y la publicidad en fuentes oficiales de algunos nombres de personas condenadas por este delito. En este contexto, el INAI consideró que existía una colisión de derechos fundamentales, por lo que consideró “imperioso realizar una ponderación” entendida como un “procedimiento de decisión, en donde la ley de ponderación exige que, a mayor intensidad de la intervención, las razones para la afectación deben tener un peso mayor”. Desplegó el test⁹³ y consideró que en el caso “se cumple con los elementos de la ponderación”. Finalmente, insistió en que la difusión de esta información “trasparentaría la gestión pública y permitiría la rendición de cuentas, [del sujeto obligado] en cuanto al cumplimiento no sólo al interior del Estado de brindar paz y seguridad a los ciudadanos, sino a nivel internacional a efecto de evidenciar que se están siguiendo las recomendaciones y que México es un estado comprometido con los estándares internacionales [en la materia]”

⁹⁰ INAI, RDA 2445/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “a) Idoneidad. Existe un fin constitucionalmente válido para dar a conocer el nombre de [estas] personas [cual] es el interés público que reviste la evaluación y seguimiento por parte de la ciudadanía, de tareas inherentes a la seguridad pública, para coadyuvar en la materia. (...) la Constitución (...) a través de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, permite la participación de la sociedad civil organizada y de la comunidad en general -tenga o no estructura organizativa- en la evaluación, seguimiento y coadyuvancia con las políticas e instituciones en materia de seguridad pública, lo cual se consigue, en el caso concreto, identificando a personas [extraditadas y condenadas en México por delitos graves].”

⁹¹ INAI, RDA 2445/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “b) Necesidad, No existe un medio menos oneroso para lograr el fin constitucionalmente válido señalado previamente, que identificar, a través del ejercicio del derecho de acceso a la información [a estas personas]”

⁹² INAI, RDA 2445/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “c) Proporcionalidad en sentido estricto. El sacrificio de la protección al nombre de las personas señaladas, como medio para lograr el fin constitucionalmente válido, se justifica en razón de que se satisface el interés público de identificar a

quienes [fueron condenados por delitos graves] (...) De esta manera, se logra un mayor beneficio en proporción del otro derecho que se verá restringido, logrando publicitar un dato no sólo de interés nacional sino también internacional (...) contrario a afectar el derecho al buen nombre (...) se estima que debe conocerse, en tanto que la identificación de dicho dato permite colmar el interés público, puesto que atañe a la sociedad en su conjunto.”

⁹³ INAI, RDA 6206/15, CP María Patricia Kurzcyn Villalobos, consid., cuarto. “Idoneidad; (...) es de interés público que se conozcan las personas que atentaron contra la seguridad de la nación con acciones terroristas, (...) conductas criminales de alta peligrosidad para el Estado Mexicano y la comunidad internacional. Necesidad; ya que no existe un medio menos oneroso, para alcanzar el fin deseado, que es la transparencia y la rendición de cuentas. El derecho que resulta satisfecho; implica un mayor beneficio en proporción del otro derecho que se verá restringido, (...) al estar compurgando una pena (...) es de interés hasta en el ámbito internacional (...) y si se conoce a ese nivel, no se advierte de que manera el hecho de que la ciudadanía mexicana conozca qué personas realizaron conductas contrarias al estado de derecho, afecte su intimidad, puesto que incluso, están pagando por tales hechos.”

La regla anterior tiene un par de variaciones en relación con los servidores públicos. En su caso, sólo es posible la publicidad de los nombres si media condena en firme, aunque la misma no se encuentre restringida a delitos de “alto impacto social”. En cambio, se aplica la teoría dual, según la cual, los servidores públicos “cuentan con un umbral de protección a su intimidad menor al de cualquier ciudadano”; no obstante, este criterio no es suficiente, por lo que ha de resolverse la respectiva colisión de derechos fundamentales.

24. Esta forma de proceder está consolidada para el 2015, y tiene un interesante antecedente en el expediente R 5084/10. Entonces, el IFAI revocó la clasificación como confidencial del nombre de los militares condenados “por delitos contra la salud, crimen organizado y/o uso de recursos de procedencia ilícita” cuya sentencia estuviera en firme, y confirmó la confidencialidad en el caso de militares absueltos o con sentencias que no estuviesen en firme. Además, revocó la clasificación de dicha información como reservada, al considerar, en contra de lo estimado por la SEDENA, que la revelación de la misma, no afectaba la seguridad nacional, ni tampoco la seguridad o integridad personal de sus titulares o familiares⁹⁴. Para revocar la clasificación por confidencialidad el IFAI dijo adelantar un ejercicio de ponderación a partir de dos premisas: que “no todo dato personal es confidencial”⁹⁵ y que, en el caso de los servidores públicos, existe un “interés público en conocer la forma en que estos ejercen sus funciones”⁹⁶. Los términos de la ponderación se toman de una tesis del poder judicial de la federación⁹⁷. Antes de desplegar el test, sin embargo, el IFAI parece haber resuelto el caso, al afirmar “que los militares sentenciados, al haber sido servidores públicos que desempeñaban un cargo, que además era remunerado con recursos públicos, deben estar sujetos al escrutinio público respecto de la forma en que desempeñaron el quehacer que les fue encomendado, de tal suerte que resulta imprescindible que los gobernados puedan identificar a aquellos militares que incurrieron en faltas graves en contra de la Nación”. Dicho lo cual el IFAI adelantó el ejercicio de ponderación que bien podría describirse como una paráfrasis del argumento anterior, ordenada por el esquema del test, en la cual se intercalan en orden y a conveniencia las expresiones “idoneidad y necesidad” y se emplea la forma gramatical del “mayor beneficio”⁹⁸.

⁹⁴ IFAI, R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto. “[N]o es admisible considerar que la difusión de los nombres de los servidores públicos (...) sea un factor por el cual se ponga en peligro la vida o la seguridad de éstos o de sus familiares, ya que el crimen organizado como son los cárteles del narcotráfico pueden allegarse, por diversas vía ilícitas, de información (...) de tal suerte que no existe un nexo causal concreto, sino generalizado, entre la difusión de los nombres de los militares sentenciados con posibles riesgos a su vida o seguridad.” Además “la SEDENA no precisión ningún caso inminente que dé cuenta de que la vida o seguridad de algún sentenciado, o su familia esté en peligro.”

⁹⁵ IFAI, R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., quinto, a). “[N]o todo dato personal es confidencial, tratándose de servidores públicos, dada la función que realizan, están sujetos a un escrutinio por parte de la sociedad, durante y al término de su encargo. Lo anterior es así, ya que se busca una eficiente rendición de cuentas del (sic) quiénes, cómo, con qué y para qué, dentro de un esquema normativo, se realiza un quehacer gubernamental.”

⁹⁶ Este argumento es soportado en el modelo dual de protección, acogido en una tesis aislada por la Suprema Corte de Justicia, en el Amparo Directo en Revisión 2044/2008, MP José Ramón Cossío Díaz. IFAI, R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., quinto, a). “[L]os linderos de la protección de la intimidad, el honor y, en el mismo sentido, de los datos personales de los servidores públicos, pueden verse reducidos dado el interés público que reviste conocer la forma en que éstos ejercen sus funciones, pues una vez que asumen un cargo público, tácitamente aceptan ser sometidos a la evaluación público (sic) del desempeño de su encargo.”

⁹⁷ IFAI, R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal. consid. quinto, a) “Tesis I.4º.A.70 K emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Novena Época, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Agosto de 2006, página 2346. Suspensión en el amparo. Conforme a la teoría de ponderación de principios debe negarse si el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular.”

⁹⁸ IFAI, R 5084/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal. consid. quinto, a) “1. Idoneidad, ya que el carácter de servidor público de los sentenciados legitima la causa por la cual debe privilegiarse la publicidad de su nombre, pues es de interés público que se conozca la forma en que éstos desempeñan su encargo. 2. Necesidad, ya que no existe un medio menos oneroso, para alcanzar el fin deseado, que es la transparencia y la rendición de cuentas. 3. El derecho que resulta satisfecho implica un mayor beneficio en proporción del otro derecho que se verá restringido, más si se

25. En el expediente RDA 5112/15 el INAI se pronuncia sobre la confidencialidad de los nombres de los servidores públicos del orden estatal denunciados por la Secretaría de la Función Pública ante la PGR. Nuevamente el INAI hace la distinción entre absueltos, procesados y condenados. Frente a los procesados reitera su posición: se trata de información confidencial, cuya revelación “implicaría revelar un aspecto de su vida privada que los vincula con una acusación cuya procedencia no se ha determinado en definitiva. [Lo cual] afectaría su intimidad”, no obstante, tratarse de servidores públicos. En relación con los condenados consideró que la información no podía clasificarse como confidencial, pues “tratándose de servidores públicos dada la función que realizan están sujetos a un escrutinio por parte de la sociedad, durante y al término de su encargo (...) [pues] cuentan con un umbral de protección a su intimidad menor al de cualquier ciudadano”⁹⁹. Para el INAI, el “límite” de los derechos a la intimidad y al honor y a los datos personales de los servidores públicos “puede verse reducido” debido al “interés público que reviste el conocer la forma en que estos ejercen sus funciones, pues una vez que asumen un cargo público, tácitamente aceptan ser sometidos a la evaluación pública del desempeño de su encargo”. Dicho esto, considera la existencia de una colisión de derechos que ha de resolverse “conforme al principio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios” de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad. Sin embargo, antes de desplegar el test insiste en que los servidores públicos “deben estar sujetos al escrutinio público respecto de la forma en que realizan el quehacer que les fue encomendado” además, por “tratarse de información relacionada con el servicio que prestaban [la misma] da cuenta de la idoneidad de la persona respecto de las funciones que le fueron asignadas y, por lo tanto, (...) guarda una relación directa con la gestión del servicio público.” Dicho esto, el test de proporcionalidad deviene redundante¹⁰⁰; una mera formalidad.

La otra gran excepción a la regla de confidencialidad de la información relacionada con la responsabilidad penal posible o comprobada es la de la publicidad-de-facto de la información por parte de los sujetos obligados, ya sea en boletines oficiales o en sus portales de Internet. Dos casos.

26. En el caso del expediente RDA 2731/15, el INAI ordenó la entrega de información consistente en fotografía, delitos imputados, órdenes de aprehensión y centros de reclusión, relacionada con los 91 “objetivos identificados por el Gabinete de Seguridad como los principales delincuentes del país.” La PGR había dado acceso a la información, pues la misma había sido publicada en sus servidores; sin embargo, no estaba completa. El INAI consideró que “aquellos datos personales que ya se hayan hecho de conocimiento público no podrán ser considerados como clasificados (...) aquellos datos publicados en el portal electrónico de recompensas de la PGR, como lo son las fotografías de los delincuentes más buscados del país, es información de naturaleza eminentemente pública.” A la publicidad de esta información le sumó un argumento material, según el cual “la finalidad que persigue su difusión, es mayor al interés de preservar su protección, ya que estriba en hacer identificables a aquellos que, en la actualidad, continúan sustraídos de la justicia (...) por lo que su plena identificación permitiría que la sociedad pueda brindar información que pueda conllevar a su detención.”¹⁰¹

considera que al ejercerse un cargo público se acepta implícitamente que se estará sujeto a un escrutinio social.”

⁹⁹ INAI, RDA 5112/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto.

¹⁰⁰ INAI, RDA 5112/15, CP Areli Cano Guadiana, consid., cuarto. “1. Idoneidad, ya que el carácter de servidores públicos de los sentenciados legitima la causa por la cual debe privilegiarse la publicidad de su nombre pues es de interés público que se conozca la forma en que éstos desempeñan su encargo. 2. Necesidad, toda vez que no existe un medio menos oneroso, para alcanzar el fin deseado, que es la transparencia y la rendición de cuentas. 3. Proporcionalidad, el derecho que resulta satisfecho implica un mayor beneficio en proporción del otro derecho que se verá restringido, más si se considera que al ejercerse un cargo público se acepta implícitamente que se estará sujeto a un escrutinio social.”

¹⁰¹ INAI, RDA 2731/15, CP Francisco Javier Acuña Llamas, consid., quinto.

27. Otro interesante debate sobre el alcance de la publicidad de la información se desata en el caso del expediente RDA 5950/15. Donde el INAI, en una decisión 4-2 instruye a la SRE sobre la confidencialidad de la información contenida en los acuerdos de extradición de personas a terceros países. Reitera, en lo general, su posición. Solamente podría abrirse a publicidad la información de personas con sentencia condenatoria en firme, por un delito grave o de trascendencia social, en el caso, terrorismo y lavado de activos, previa la realización de una ponderación. La otra información personal se consideró clasificada, “independientemente de que [constara] en fuentes de acceso público oficiales”¹⁰². Este último punto motivó la disidencia¹⁰³, con dos argumentos: la “actualización” de la causal de excepción de la confidencialidad del último párrafo del artículo 18, de la Ley Federal de Transparencia, sumado a la excepcionalidad del tipo de información¹⁰⁴.

Este caso es emblemático de la férrea posición de protección de este tipo de datos personales y plantea un interesante debate sobre el alcance de las publicidades. No sólo de la publicidad previa de la información, entendida como la mayor o menor difusión que tuvo entre el público vía, por ejemplo, medios de comunicación; también de la publicidad en fuentes oficiales y, en especial, en los mecanismos de difusión del sujeto obligado. Pero también, del sentido que tendría ordenar/prohibir su publicidad por la vía de una solicitud de acceso, si se tiene en cuenta que la misma ya había sido comunicada. El INAI parece afirmar aquí que la publicidad de una información no es un camino sin regreso, que la publicidad es una cuestión de grado, y que en todo caso sigue siendo posible proteger los datos personales. Así, el valor del derecho a la protección de datos, va más allá de proteger el secreto de la vida privada. Se protege la protección de datos personales. El derecho a la protección de datos personales parece caracterizar una forma de ser de la burocracia mexicana.

e. Sanciones en materia médica

Reseñamos 2 casos sobre sanciones en materia médica. Estos casos, resueltos en el mismo sentido, permiten advertir un interesante reacomodo de los argumentos que llevaron al Órgano de Transparencia a considerar su publicidad. Nuevamente el interés público es el criterio rector. En el primero de los casos, sin más consideraciones; en el segundo, el interés público aparece eclipsado por la retórica del principio de proporcionalidad.

28. En el expediente RDA 3057/14, el IFAI ordenó la publicidad del nombre de los médicos condenados por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y la confidencialidad de la sanción impuesta. Según el IFAI, los procesos arbitrales seguidos ante la CONAMED se inician por la “presunta irregularidad en la prestación de los servicios médicos” y si concluyen con una condena es porque “hubo una mala praxis médica”. En este contexto, revelar el nombre del médico reviste un “interés público” en “atención a que el derecho a la salud representa uno de los derechos humanos fundamentales”¹⁰⁵. Sin embargo, el monto de la sanción, al consistir en el pago de “daños y perjuicios” y en tanto “incide directamente en el patrimonio del médico”, conserva su carácter confidencial.

29. En el expediente RDA 6531/15, el INAI aborda un caso muy similar. El argumento para resolver la publicidad de la información sigue siendo el mismo, sin embargo, hay un cambio en el estilo, caracterizado ahora por la retórica del principio de proporcionalidad. En este caso el INAI ordenó la publicidad de nombres y números de cédula

¹⁰² INAI, RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, CP encargada del engrose María Patricia Kurczyn Villalobos consid., cuarto.

¹⁰³ INAI, RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, CP encargada del engrose María Patricia Kurczyn Villalobos votos disidentes Joel Salas Suárez y de Francisco Javier Acuña Llamas.

¹⁰⁴ Como se indica en el voto disidente de Francisco Javier Acuña Llamas: “no cualquiera es extraditado, en virtud de que resulta ser una cuestión extraordinaria y la mayoría de las veces, el mismo Gobierno, los mismos estados publicitan por todos lados, como un éxito de su aparato de justicia.” INAI, RDA 5950/15, CP Joel Salas Suárez, CP encargada del engrose María Patricia Kurczyn Villalobos.

¹⁰⁵ IFAI, RDA 3057/14, CP Francisco Javier Acuña Llamas consid., cuarto.

profesional de médicos, contenidos en laudos condenatorios expedidos por la CONAMED. Consideró que existía un interés público en “conocer qué médicos en el ejercicio de su profesión, incurrieron en una mala práctica, dada la importancia que tiene dicha información para garantizar a las personas la idoneidad de quienes salvaguardan [el derecho a] la salud”¹⁰⁶. Advertido el interés público, “sobreviene una colisión entre derechos fundamentales” que ha de ser dirimida con atención al “principio de proporcionalidad en sentido amplio”. En este caso, nuevamente, los elementos del test de proporcionalidad permiten organizar los argumentos en torno al interés público detectado. En el examen de la idoneidad se insistió en la relación entre el conocimiento de la información y la satisfacción del derecho a la salud¹⁰⁷, en el de necesidad, en la inexistencia de otro medio para alcanzar dicho fin¹⁰⁸, y en el de proporcionalidad en sentido estricto, en el carácter “prioritario” del interés público.¹⁰⁹

f. Información tributaria

El caso de la información personal de los contribuyentes que no han honrado sus obligaciones fiscales ha sido punta de lanza para afirmar la excepción a la confidencialidad. Además, plantea el problema de la intersección entre las causales de clasificación por reserva (basadas en el “secreto fiscal”) y por confidencialidad (basadas en el generoso concepto de “datos personales”). En la primera resolución, el IFAI plantea dos alternativas de solución al problema de la publicidad de la información: los límites de los derechos, bajo la tesis de la no actualización de la causal de reserva; y la prueba de interés público *in nuce*. En la segunda, el INAI mantiene la metodología de la prueba de interés público, a pesar de que para entonces había hecho carrera en el INAI la práctica de mezclar las consideraciones de interés público, con la terminología del test de proporcionalidad.

30. En el primero de estos casos, expediente R 6030/09, el IFAI se pronuncia sobre la reserva del listado de créditos fiscales cancelados por imposibilidad práctica de cobro o incosteabilidad, con nombre, número de crédito y, desglose de montos y motivos, con fundamento en el artículo 14, fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia, en concordancia con los artículos 2, fracción VII de la Ley Federal del Contribuyente, y 69, relativo al secreto fiscal, del Código Fiscal de la Federación. Para ello propone una metodología en tres pasos, analizar: los objetivos de la ley en función de la información solicitada, la naturaleza del secreto fiscal como causal de reserva y la vocación regulatoria del secreto fiscal sobre la información solicitada. Consideró que la entrega de esta información permitía la rendición de cuentas del SAT, en tanto incluía información sobre hechos y razones, y permitía “valorar el desempeño” del sujeto obligado, como encargado de “recaudar eficientemente las contribuciones” y “proporcionar la información necesaria para la evaluación de la política tributaria”.¹¹⁰ A esto

¹⁰⁶ INAI, RDA 6531/15, CP Joel Salas Suárez, consid., quinto.

¹⁰⁷ INAI, RDA 6531/15, CP Joel Salas Suárez, consid., quinto. “Idoneidad. Existe un fin constitucionalmente válido para dar a conocer el nombre y cédula del médico que obtuvo un laudo condenatorio -ya sea del sector público o privado-, que es el derecho fundamental a la salud.”

¹⁰⁸ INAI, RDA 6531/15, CP Joel Salas Suárez, consid., quinto. “Necesidad. No existe un medio menos oneroso que el ejercicio del derecho de acceso a la información para lograr el fin constitucionalmente válido, que es el que las personas estén en aptitud de conocer qué médicos han sido sujetos de un laudo condenatorio por una mala praxis, en tanto que ello permite tener certeza de que el profesionista que estará a cargo de un bien máximo humano como es la salud, tiene los conocimientos y la habilidad necesaria para ello.”

¹⁰⁹ INAI, RDA 6531/15, CP Joel Salas Suárez, consid., quinto. “Proporcionalidad en sentido estricto. El sacrificio de la protección al nombre y cédula de los médicos referidos (...) se justifica en razón de que se satisface el interés ciudadano en conocer al personal médico que haya incurrido en una mala práctica profesional causando afectaciones al derecho fundamental a la salud de sus pacientes.”

¹¹⁰ IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., cuarto. “[E]l único mecanismo para que la sociedad pueda evaluar si el Servicio de Administración Tributaria está cumpliendo correctamente con su atribución de “recaudar eficientemente” y “evitar la evasión y elusión fiscal” -en el marco de la solicitud de información que nos ocupa-, es conocer a las personas físicas y morales a quienes les ha cancelado adeudos, así como los montos, número de crédito y motivos o razones de tal cancelación.”

sumó dos argumentos, que la decisión de cancelación era “contingente” pues beneficia a unas personas y a otras no, y que el “monto cancelado en 2007 ascendió a \$73,906.4 millones de pesos”. En relación con el secreto fiscal, afirmó su carácter no absoluto, ni indefinido, lo cual se refuerza con la decisión del Legislador de no incluirlo “en los artículos que establecen cuál es la información que se considerará confidencial”¹¹¹. Estimó a su vez, en una audacia interpretativa, que no se actualizaba el “supuesto de reserva” por secreto fiscal, por cuanto los sujetos sobre los que versaba la información, al no haber honrado sus obligaciones fiscales, no eran “contribuyentes” para efectos de la Ley Federal de Transparencia¹¹². Para el IFAI “existe una íntima conexión entre la protección del secreto fiscal y la acción de contribuir a sufragar los gastos de la colectividad, de forma que quien no cumple no goza de la protección del gobierno respecto de la información fiscal”. Finalmente, el IFAI consideró que la cancelación de créditos fiscales por el SAT equivalía a una “obtención de recursos públicos en sentido negativo”, por lo cual, en los términos del artículo 12 de la Ley Federal de Transparencia se imponía su publicidad. Por lo que consideró que existía un “interés público” en conocer esta información, en tanto dicha cancelación suponía un “beneficio a un particular en perjuicio de la hacienda pública federal”, a pesar de estar permitido por la ley. Esta consideración le permite, en *obiter* afirmar la primacía del interés público¹¹³ y abonar el terreno a una cierta concepción de la ponderación “por daños” como criterio relevante del régimen de excepciones a la publicidad de la información¹¹⁴.

31. En el expediente RDA 1118/15, el INAI instruyó al SAT entregar información relacionada con el número de créditos fiscales firmes (no pagados y no garantizados) y los montos por créditos cancelados o condonados a favor de ciertas personas físicas y morales, en el periodo enero 2007-febrero 2015. El SAT había reservado la información “por tratarse de datos protegidos por el secreto fiscal” y porque dicha información debía “considerarse como confidencial” al estar “directamente relacionada con cuestiones patrimoniales”. Para el INAI, la información relacionada con los montos cancelados o condonados está protegida por el secreto fiscal, “al tratarse de información que concierne únicamente a las personas físicas y morales, en virtud de que los hace identificables en relación con una situación determinada”. Sin embargo, consideró que la misma debía ser “sometida a una ponderación de interés público”¹¹⁵, por lo que decidió evaluar “los beneficios y perjuicios” que ocasionaría su divulgación. Consideró que la cancelación de créditos fiscales no es “un derecho del contribuyente sino un acto discrecional del SAT que debe motivarse y “donde mayor control debe existir por parte de los particulares, para evitar actos de corrupción” y de “favoritismo”; que la transparencia en este caso, permite “que la sociedad se informe y evalúe el desempeño del sujeto obligado”, sobre todo, porque se trata de actos “contingentes” que suponen una “transferencia de recursos públicos en sentido negativo”. Por tanto, “es de interés público” conocer tales montos “toda vez que el dinero que el Estado dejó de percibir, afecta a la sociedad mexicana en general, y directamente a los contribuyentes a quienes no se otorgó dicho beneficio.” En relación con los créditos fiscales no pagados y no garantizados en el periodo 2007-2013, consideró que “conocer el número de éstos asociados a las personas morales (...) abonaría a la

¹¹¹ IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., quinto.

¹¹² IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., sexto. “[E]n términos de transparencia y acceso a la información, para contar con la calidad de contribuyente es preciso que medie la acción de contribuir, de tal forma que quien no contribuye al gasto público de conformidad con la Constitución Política (...) no puede decirse contribuyente, para efectos de transparencia y acceso a la información”.

¹¹³ IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo. “[A]ún en el supuesto de que las personas físicas y morales contaran con la protección del secreto fiscal -hecho que quedó desacreditado en el anterior considerando- el daño a su privacidad fiscal no sería mayor al interés público por transparentar la manera en que el [SAT] determina cancelar créditos fiscales.”

¹¹⁴ IFAI, R 6030/09, CP Ángel Trinidad Zaldívar, consid., séptimo. Según este “criterio de ponderación” deberá decidirse la clasificación de la información “siempre que exista el riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público por conocer la información de que se trate.”

¹¹⁵ INAI, RDA 1118/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov, consid., cuarto. “[E]n el caso concreto, se está frente a derechos que pudieran considerarse contrarios; por un lado, el de mantener la privacidad, respecto de diversas personas físicas y morales, el monto por concepto de adeudos fiscales cancelados o condonados, por el otro, el de conocer este tipo de información tributaria para rendir cuentas sobre el desempeño de la autoridad.”

valoración del desempeño del sujeto obligado, respecto del nivel de eficiencia que tenga derivado de su atribución de recaudación fiscal. [lo cual] tiene un interés público mayor al de la protección de los datos fiscales de dichas empresas.” En relación con la información sobre el número y monto de los créditos fiscales posteriores al 1 de enero de 2014, el INAI consideró que dicha información “es pública” por mandato del reformado artículo 69 del Código Fiscal de la Federación. A esto sumó que el suministro de dicha información “facilitaría evaluar la eficiencia en el actuar del [SAT] respecto de sus facultades de cobro de dichos créditos”. Finalmente, consideró, de forma contradictoria con su propia resolución, que la entrega de dicha información no implicaba revelación de datos personales, “puesto que no se estaría proporcionando (...) información patrimonial de las personas físicas o morales requeridas.”¹¹⁶

g. Información del pasado

Hay cuatro elementos que hacen de estos casos escenarios proclives a que se active una excepción a la confidencialidad: la información es susceptible de revestir carácter histórico, plantea la dificultad de la protección de los datos personales de personas fallecidas, suele estar relacionada con violaciones a los derechos humanos y, sobre todo, incluye la variable “paso del tiempo” que parece morigerar la rigidez de la regla de intemporalidad de la clasificación por confidencialidad. Reseñamos 6 casos, cuatro relacionados con información personal contenida en documentos depositados en la Galería 1 del Archivo General de la Nación (AGN), y dos relacionados con información sobre actividades y servidores públicos de las fuerzas militares.

En los casos de acceso a documentos contenidos en la Galería 1 del AGN, el Órgano de Transparencia no ha tenido una posición uniforme. Esto se puede explicar por varios factores, el cambio periódico de su integración, la expedición de la Ley Federal de Archivos y la complejidad propia de este tipo de casos. Los primeros dos casos, resueltos por el primer IFAI, son especialmente interesantes para el análisis del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado, sobre todo, porque muestran la creatividad del Órgano de Transparencia para justificar una excepción a la confidencialidad de la información personal con fundamento en el “interés social”, claro antecedente de la prueba de interés público.

32. En el expediente 412/06, el IFAI se pronunció sobre la versión pública elaborada por el Archivo General de la Nación, de los documentos que versaban sobre Elena Garro y Octavio Paz, entre los años 1962 a 1970. Dicha información forma parte de la Galería 1 del AGN y estaba contenida en el acervo de la entonces Dirección Federal de Seguridad que fue transferido en el año 2002, por medio de un acuerdo del presidente de la República. Dicho acervo, entregado por el Centro de Investigación y Seguridad Nacional al AGN, no siguió “el proceso normal de valoración de un archivo histórico”¹¹⁷. Además, dicho acervo no estaba estructurado sobre la base de información personal, sino por “eventos” o “sucesos”, por lo que “para encontrar el conjunto documental relativo a una persona [fue] necesario hacer un “peinado” de las tarjetas catalográficas de aproximadamente 4.5 millones”¹¹⁸. Una vez hallado el material, el AGN elaboró versiones públicas y así indicó que facilitaría el acceso. El peticionario recurrió. El IFAI consideró necesaria una “revisión del alcance de la excepción de confidencialidad (...) en virtud del interés general de conocer con toda amplitud la información contenida en dichos documentos, que en este caso prevalec[ía] sobre el derecho a la privacidad de las personas físicas involucradas”¹¹⁹, y propuso para entonces un novedoso test

¹¹⁶ INAI, RDA 1118/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov, consid., cuarto. “[La información solicitada] no incluye conceptos a partir de los cuales sea posible determinar con precisión datos sobre el haber patrimonial de los contribuyentes, en virtud de que únicamente se daría cuenta de aquellas personas a las que se les determinó un crédito fiscal, y en su caso, si se constituyeron acreedores de un beneficio fiscal, además de que, como ya fue señalado, se haría público el gasto fiscal que dicha circunstancia representó para los ingresos del país.”

¹¹⁷ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid. tercero.

¹¹⁸ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, anteced., XIV.

¹¹⁹ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., cuarto. “[E]n el presente caso, el interés público se verá mejor servido al otorgar acceso a la información solicitada que al negar el acceso a ciertos

de “interés social” con fundamento “en los objetivos que persigue la Ley, en la naturaleza *sui generis* de los archivos a los que se solicita acceso¹²⁰ y en el principio de máxima publicidad”. Hay tres elementos clave en el test. Primero, la temporalidad de la información, bajo una regla simple: a mayor paso del tiempo, menor incidencia en la privacidad de las personas¹²¹; segundo, la posibilidad de “gradación” de la protección de los datos personales, según el carácter y contenido de la información¹²²; y tercero, la función de la información desdoblada en facilitar, el conocimiento de la “verdad histórica” *per se* y las condiciones para controlar la “actuación de las autoridades”¹²³. Sobre este punto el IFAI consideró que dicha información servía este interés pues “por ejemplo, de dichos documentos se desprende que Elena Garro era informante del Gobierno Federal (...) a la vez que era espiada por el propio gobierno, lo que constituye información cuya difusión contribuye, sin duda alguna, a transparentar la gestión de las autoridades en aquella época y favorece la rendición de cuentas a los ciudadanos.”¹²⁴ El IFAI procedió a clasificar la información personal contenida en los documentos en cuatro tipos, a partir del nombre de las personas físicas: “1) en relación con circunstancias referidas a la vida pública, institucional, escolar, (...) investigadas por la autoridad (...) [e] involucradas en procesos judiciales”, “2) [junto con] datos de identificación de agentes extranjeros involucrados en el movimiento estudiantil”, “3) en relación con sus domicilios, números de pasaporte, teléfonos y números de placa de automóvil” y “4) en relación con cuestiones relativas a su vida sexual, afectiva, familiar o estado de salud mental y preferencias sexuales.” Frente a los grupos 1, 2 y 3 consideró que dicha información no era confidencial, en tanto permite “conocer las circunstancias que rodearon los movimientos sociales y políticos del pasado, así como la información con que contaban las autoridades al respecto, cuestión que permite además conocer el desempeño de las propias autoridades frente a dichas personas” lo que “resulta de mayor importancia” frente “a la posible afectación a su intimidad.” Ello, con excepción de la información relacionada con el domicilio de las personas, en tanto “pueden seguir siendo tales a la fecha de la presente resolución (...) y su difusión no contribuye a conocer la verdad sobre hechos ocurridos en el pasado.” En relación con el grupo 4, consideró que “constituyen cuestiones estrechamente vinculadas con la vida íntima de las personas y (...) no contribuye[n] a conocer la gestión de las

datos personales cuyo conocimiento es necesario para dilucidar los hechos ocurridos alrededor de los movimientos sociales y políticos del pasado (...) y que el público conozca la forma en que actuaron sus autoridades. Permitiendo a la ciudadanía valorar su desempeño.”

¹²⁰ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., cuarto. “El interés social, general, de conocer la información relativa a movimientos sociales y políticos del pasado, queda claramente plasmado en el propio Acuerdo Presidencial, mediante el cual se ordenó la transferencia de la información solicitada al [AGN], cuyo valor subyacente es el de dar a conocer a la sociedad la verdad histórica de hechos ocurridos en el pasado. (...) El derecho a conocer la Información relativa a un movimiento social y político del pasado, en el cual se verificaron violaciones a derechos humanos como la desaparición forzada de personas, es parte de la reparación del daño ocasionado por los agentes del Estado.”

¹²¹ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., cuarto. “Un elemento de temporalidad que debe tomarse en cuenta en el presente caso es que la información objeto de la solicitud versa sobre incidentes ocurridos hace más de tres décadas, por lo que resulta en principio razonable que exista una baja posibilidad de que su divulgación constituya una expectativa de daño actual a la privacidad de las personas.”

¹²² IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., cuarto. “[D]ebe precisarse que aun cuando este Instituto no es competente para pronunciarse en particular sobre los grados de afectación a la intimidad de una persona con la difusión de sus datos personales sino sólo protegerlos de manera genérica, en este caso en particular sí corresponde a este Instituto determinar si, por lo que se refiere a ciertos datos, éstos deben ser dados a conocer por su importancia para el conocimiento y esclarecimiento de hechos sociales y políticos del pasado.” Pues, por ejemplo, “si en el pasado ya fueron vulnerados los derechos de un particular, no deben vulnerarse nuevamente al dar a conocer resultados de espionaje en asuntos específicos relacionados con la vida íntima, familiar, preferencias sexuales y conducta sexual de las personas.”

¹²³ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., cuarto. “[D]ebe hacerse una distinción entre datos personales que no contribuyen a la debida rendición de cuentas y transparencia en la gestión de las autoridades de esa época ni al conocimiento de los acontecimientos que rodearon los movimientos [políticos y sociales del pasado].”

¹²⁴ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., quinto.

autoridades ni a aclarar los hechos relativos a los movimientos sociales y políticos del pasado.” Por último, hizo una mención especial sobre la “referencia efectuada por Elena Garro respecto de su vida familiar y afectiva”, pues a pesar de que la escritora falleció en 1998, su publicidad “podría afectar la privacidad de sus familiares.”¹²⁵

Sin embargo, hubo una lectura paralela de la metodología para resolver este caso que quedó plasmada en un voto particular. Para el caso, no era necesario invocar un “interés social” a ponderar, sino hacer valer el principio de máxima publicidad. Tampoco era necesario adelantar una “prueba de interés social”, bastaba con la prueba de daño¹²⁶, y por último, no era necesario limitar el derecho a saber a uno de los objetivos de la ley, en tanto “el valor histórico de la información solicitada supera[ba el de] la rendición de cuentas”¹²⁷.

Es claro que la variable “paso del tiempo” le permite al IFAI una cierta licencia en la aplicación de las categorías legales. Pero esto sólo es posible por todos los elementos del contexto, el valor histórico *per se* de la información al tratarse de dos connotados personajes públicos, el contexto de agitación social y política en que vivieron, y la eventualidad genuina de que la información personal de marras fuera indispensable para entender y reconstruir hechos de especial relevancia para la historia de México. Este caso muestra la relación especial que puede llegar a tener la información personal con la historia y con la memoria colectiva y el riesgo que implica la práctica sistemática de testar la información personal en todos los documentos públicos, el riesgo de incubar una historia sin protagonistas.

33. El ejercicio del test de interés social se repetirá en el caso del expediente R 522/06. Entonces, el IFAI se pronunció sobre las versiones públicas, elaboradas por el AGN, de las tarjetas personales y expedientes de 4 ciudadanos que fueron detenidos-desaparecidos durante el periodo de la “guerra sucia”, y que estaban contenidos en la Galería 1. Estos cuatro ciudadanos aparecen mencionados y caracterizados, en el “Informe Especial sobre las Quejas en Materia de Desapariciones Forzadas Ocurridas en la Década de los 70 y principios de los 80 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, como miembros de las Fuerzas Armadas de Liberación Nacional, antecedente del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). En dicho informe se mencionan circunstancias específicas que indican su desaparición forzada por agentes del Estado mexicano. En el estudio de las versiones públicas, el INAI adelanta la misma metodología del caso anterior bajo la figura del test de interés social¹²⁸. Identifica

¹²⁵ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid., quinto. “[S]i bien, en principio, una vez que fallece un individuo, se extingue el derecho de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados, ello debe determinarse de manera casuística al analizar si con la publicidad de los datos personales se afecta la privacidad de personas vivas. En estos casos, los datos personales protegidos pasan a ser de la persona cuya privacidad podría verse afectada con su difusión. En otras palabras, el grado en el que la privacidad de los parientes u otros terceros podría verse afectada con la publicidad de ciertos datos debe ser considerado caso por caso, tomando en cuenta el interés público de difundir la información versus el grado en que se afecta la privacidad de alguna persona o de un conjunto de personas sean o no parientes de quien ha fallecido.”

¹²⁶ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, voto particular de Juan Pablo Guerrero Amparán “[L]a llamada prueba de interés social es otra forma de hacer la prueba del daño. La primera enfatiza el bien social que se obtiene al otorgar acceso a la información solicitada: mientras que la segunda subraya el perjuicio que se causaría al permitir el acceso. La prueba del daño obliga a valorar el daño de la divulgación; pero este daño sólo es apreciable frente a la ponderación del bien social de la desclasificación. En todos los casos, se lleva a cabo una compleja ponderación.”

¹²⁷ IFAI, R 412/06 y R 413/06 acumulados, CP Alonso Lujambio Irazábal, voto particular de Juan Pablo Guerrero Amparán, “[En tanto dicha información] incorpora consideraciones relativas a dos notables personajes que trascendieron su tiempo y dejaron un legado que va más allá del papel social o político que tuvieron en su época. Su significado tiene valor literario, cultural, artístico y por supuesto histórico. Desde esta perspectiva, lo que debe revelarse con la resolución no se debe sólo a consideraciones de rendición de cuentas de la autoridad, sino a conocer mejor a dos personajes que contribuyeron a la cultura literaria universal.”

¹²⁸ IFAI, R 522/06, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid. cuarto.

38 clases de datos personales, agrupadas en 8 tipos¹²⁹ y adelanta su análisis “a partir de la naturaleza de la misma, el criterio de interés general en conocer[la], así como las características especiales que tiene el archivo contenido en la Galería 1 del [AGN]”¹³⁰. La mayoría de esta “información personal” fue liberada bajo la consideración de que sobre sus titulares se habrían cometido graves violaciones a los derechos humanos, lo cual permitía “conocer las circunstancias que rodearon los movimientos sociales y políticos del pasado, así como la información con que contaban las autoridades al respecto (...) y [su desempeño] frente a dichas personas.” Incluso, fue liberada información relacionada con ideología, salud física y mental, relaciones familiares y fotografías, en tanto “permitan llegar a la verdad sobre lo sucedido con estas personas” o “revelar actuaciones de las autoridades que pudiesen haber trascendido al aspecto físico”. Únicamente, fueron considerados confidenciales los datos relacionados con domicilios destinados a casa habitación, y con las preferencias sexuales y la vida íntima sexual.

El IFAI consideró “de mayor importancia conocer quiénes fueron las personas que se encontraron involucradas en los movimientos sociales y políticos del pasado y la actuación de las autoridades respecto de ellas, que la posible afectación a su intimidad.”¹³¹ Este caso es un buen ejemplo de un análisis funcional de la información personal. La razón para decidir la publicidad de la información no depende de su contenido *per se*, de si “incide” o no en la intimidad de las personas, sino de su utilidad para la satisfacción de un fin: esclarecer hechos relacionados con violaciones graves a los derechos humanos. Esta forma de analizar el problema de la publicidad de la información personal es excepcional. La regla general en la práctica del Órgano de Transparencia ha sido el análisis de tipo ontológico, orientado a identificar la “naturaleza” de la información personal, como es evidente en el siguiente caso.

34. En el expediente RDA 3532/15, el INAI decidió clasificar prácticamente la totalidad de los datos personales contenidos en los expedientes de dos personas, contenidos en el acervo de la extinta Dirección Federal de Seguridad, ubicados en la Galería 1 del AGN. Según el INAI, dicha información no tenía el carácter de información histórica, ni tampoco era susceptible de clasificarse como histórica confidencial, en los términos del artículo 27 de la Ley General de Archivos¹³². Sin más, el INAI aplica el régimen general de protección de datos, según la Ley Federal, el reglamento y el trigésimo segundo de los lineamientos sobre clasificación, y tras una breve reseña de cada dato personal contenido en dichos expedientes¹³³ concluye su confidencialidad, con excepción de los nombres de los servidores públicos. Por último, trae a colación la posible caracterización de tal información como “datos sensibles”, con base en una consideración contextual¹³⁴, lo que termina por apuntalar su confidencialidad. La *ratio* de este caso

¹²⁹ IFAI, R 522/06, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid. séptimo. Todos a partir de nombres propios, ya sea en relación con 1) múltiples circunstancias, desde su concurrencia a reuniones hasta su ideología, 2) domicilios, 3) estado de salud 4) vuelos dirigidos a y desde Cuba, 5) placas de automóviles y números telefónicos, 6) fecha y lugar de nacimiento, datos sobre matrimonio, unión libre e hijos, nombres de los padres y parientes, señas particulares, características físicas, firma de diversas personas físicas. 7) Fotografías, 8) preferencias sexuales, y “vida íntima sexual”.

¹³⁰ IFAI, R 522/06, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid. séptimo.

¹³¹ IFAI, R 522/06, CP Alonso Lujambio Irazábal, consid. séptimo.

¹³² Diario Oficial. Ley Federal de Archivos. 23 enero 2012. “Artículo 27. La información clasificada como confidencial con fundamento en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, respecto de la cual se haya determinado su conservación permanente por tener valor histórico, conservará tal carácter por un plazo de 30 años a partir de la fecha de creación del documento que la contenga, o bien de 70 años tratándose de datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. Estos documentos se identificarán como históricos confidenciales.”

¹³³ INAI, RDA 3532/15 y 3533/15, CP María Patricia Kurczyn Villalobos, consid. cuarto. A saber: nombres de particulares, firma, domicilio, teléfonos de particulares, lugar de nacimiento, edad, huella digital, sexo, estado civil, alias, parentescos, ideología política, nacionalidad, y números de forma migratoria, licencia vehicular, registro federal de vehículos, y de placas de circulación.

¹³⁴ INAI, RDA 3532/15 y 3533/15, CP María Patricia Kurczyn Villalobos, consid. cuarto. “[S]i bien es cierto que,

es abiertamente contraria a la de los casos anteriores. No hay aquí ninguna sensibilidad por el contexto de la información, ni por su posible carácter histórico, no en el sentido archivístico, sino temporal, del término. El INAI sigue fiel a la regla general de adelantar un análisis de tipo ontológico del problema de la publicidad de la información personal. Sin embargo, el mismo INAI, en un caso muy similar a este y posterior apenas en unas cuantas semanas, adoptaría una orientación distinta.

35. En el expediente 4347/15, el INAI ordenó al AGN elaborar una versión pública del expediente de un ciudadano que habría fungido como infiltrado en el movimiento estudiantil y que estaba contenido en el acervo “Dirección Federal de Seguridad”, ubicado en la Galería 1, en la que solamente se testaran los datos personales sensibles. El INAI consideró que, al tratarse de “documentos históricos”, debía aplicarse la regla del artículo 27 de la Ley Federal de Archivos, relacionada con la información “histórica-confidencial”¹³⁵ y, por tanto, sólo podrían clasificarse como confidenciales los “datos personales sensibles”, ampliando así la cantidad de información a ser revelada¹³⁶. Los datos que consideró “sensibles” fueron la cartilla de vacunación, los alias de terceros y de servidores públicos¹³⁷, y todos aquellos “relacionados con el estado de salud, sexo, religión, lugar de nacimiento (...) y características fisiológicas.” El punto de inflexión es la consideración del carácter histórico de los documentos, independientemente de que hubiesen surtido el proceso técnico para esto. La diferencia en el resultado es sustancial en términos de publicidad de la información personal. El INAI adelanta un análisis de grado de la información personal en función de su posible afectación de los derechos a la intimidad y a la no discriminación, permitida por la norma sobre información histórica confidencial y que restringe la protección a los “datos sensibles”. Y aunque no aparece de forma explícita como una razón para la publicidad, no es inverosímil que el carácter del titular de la información personal en este caso (infiltrado en el movimiento estudiantil)¹³⁸, haya jugado un papel decisivo en la apertura de la información.

Por otra parte, referenciamos un par de casos sobre acceso a información sobre personal de las fuerzas militares. En el primero se ordena la publicidad, en el segundo no. La discordancia entre los criterios es *per se* relevante; máxime si se tiene en cuenta el paso del tiempo y la importancia histórica de la información.

como tal los datos relativos al nombre, apellidos, firmas y alias de particulares no se consideran datos "sensibles" (...) también lo es que al relacionarlos con el contexto en el cual se encuentran previstos, darían cuenta de información de tal envergadura. Lo anterior, ya que la asociación de dichos datos al contexto en que se encuentran, podría dar cuenta de la afiliación política y de asociación de dichos particulares, por lo que su difusión, vulneraría la esfera de privacidad de los mismos.”

¹³⁵ INAI, RDA 4347/15, CP Joel Salas Suárez, consid. quinto. “[L]os documentos con datos personales que hayan sido transferidos a un archivo histórico o al [AGN] antes de la entrada en vigor de la Ley [Federal de Archivos] conservarán su carácter de confidenciales hasta que se cumpla el plazo de 30 o 70 años que establece el artículo 27 de la ley, y (...) el acceso a los mismos será conforme a lo dispuesto por la Ley Federal de Transparencia.”

¹³⁶ INAI, RDA 4347/15, CP Joel Salas Suárez, consid. quinto. “[C]ontrario a lo manifestado por el sujeto obligado respecto a los datos que se propuso testar en la versión pública que originalmente se puso a disposición del hoy recurrente, la clasificación con carácter de confidencial sólo resulta aplicable respecto de los datos de naturaleza sensible contenidos en el expediente.”

¹³⁷ INAI, RDA 4347/15, CP Joel Salas Suárez, consid. quinto. “[E]ntre los datos que este Instituto identifica [como sensibles] se encuentra el alias de terceros, así como el alias de servidores públicos, cuando este refiere a información que denota alguna condición tanto física, emocional o de personalidad que afecte directamente el ámbito de privacidad de su titular. (...) [Y] la Cartilla Nacional de Vacunación (...) que se utiliza para el registro y control de las acciones de vacunación (...) contiene además de nombre, apellidos, domicilio, origen, información relativa al peso, talla, mismos que son considerados como datos sensibles.”

¹³⁸ INAI, RDA 4347/15, CP Joel Salas Suárez, consid. quinto. “[A] manera de contexto, este Instituto efectuó una búsqueda de información pública con el propósito de situar temporalmente el expediente al cual se solicita acceso (...) este Instituto localizó las siguientes notas periodísticas: “Volver al 68” Nexos de fecha 01 de Octubre de 1993 [y] “México 68- El arte de la represión” El Universal de fecha 01 de octubre de 2008” En esta última se lee: “Ajax Segura Garrido [nombre del titular de la información personal en este caso] un agente de la DFS infiltrado en el CNH como estudiante de la Escuela Normal Oral.”

36. En el primero de estos casos, el expediente R 901/04, el IFAI ordenó entregar el listado de personas civiles que estuvieron detenidas en los años 1972 a 1976 en la prisión del Campo Militar Número Uno en el Distrito Federal, o en su defecto, que declarara su inexistencia. Asimismo, ordenó la entrega de la lista de militares detenidos en dicha prisión, en el periodo 1973 a 1976, que había sido clasificada como confidencial por la SEDENA. En el caso de los civiles detenidos, el IFAI se allegó de información que indicaba la existencia de dicha información, por lo que instruyó en este sentido. En el de los militares detenidos, a pesar de que la información consistía en “datos personales”, consideró que era pública en tanto “se trataba de servidores públicos, remunerados con recursos públicos federales, actuando en ejercicio de atribuciones” por lo que “si el ejercicio del servicio público, como su nombre lo indica es público, cualquier consecuencia, positiva o negativa, también lo es.”¹³⁹

37. Por su parte, en el expediente RDA 5610/15, el INAI confirmó la clasificación de la información personal relacionada en el expediente A/390 (documentación relacionada con el levantamiento armado en el Estado de Chiapas en el año 1994). La SEDENA clasificó la información relacionada con nombres, apellidos, matrículas y firmas de los militares; de personal de seguridad y de la policía judicial del Estado y de dos agentes del Ministerio Público Federal, con base en el artículo 13, fracción IV, de la Ley Federal de Transparencia. Para el INAI publicar esta información “implicaría exponerlos a situaciones de vulnerabilidad que pudiera poner en riesgo su integridad física, su vida, o bien, la de sus respectivas familias. [En tanto] podrían ser identificados y eventualmente obligados a revelar estrategias implementadas en el desempeño de sus funciones, (...) hasta el grado de causar un daño físico irreparable a los implicados o a sus respectivas familias, por razón de posibles represalias o revanchismos.”¹⁴⁰ Lo paradójico del caso, es que en relación con el otro tipo de información solicitada, relacionada con “referencias cuantitativas” sobre la operación militar, a saber, número de operaciones, pasajeros, vehículos y aeronaves militares, carga transportada, civiles detenidos y fallecidos, etc., consideró que la misma no actualizaba ninguna causal de clasificación, incluida la de la afectación a la seguridad nacional, por razones ligadas al paso del tiempo y a la importancia histórica del suceso¹⁴¹. El INAI no pone bajo crítica la verosimilitud de la prueba de daño. Máxime si en la propia resolución acepta que el EZLN había dejado de ser una amenaza para la seguridad nacional, y que ya habían transcurrido más de 22 años. La falta de consideración de la posible importancia histórica de la información personal y de la variable temporal afecta la consistencia de la decisión y deja preguntas abiertas sobre el método para resolver este tipo de casos.

h. Beneficiarios de políticas públicas

38. En el expediente 621/12, el IFAI confirmó la clasificación por confidencialidad de la lista de los lesionados y familiares afectados por el incendio de la Guardería ABC, correlacionados con los recursos económicos, apoyos médicos y demás que recibieron con cargo a recursos federales¹⁴². La Guardería ABC había sido subrogada a

¹³⁹ IFAI, R 901/04, CP Alonso Gómez-Robledo Verduzco, consid., tercero.

¹⁴⁰ INAI, RDA 5610/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid. cuarto. En esto sigue el criterio 06-09 “Nombres de servidores públicos dedicados a actividades en materia de seguridad, por excepción pueden considerarse información reservada.”

¹⁴¹ INAI, RDA 5610/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid. cuarto. “[A]l día de la fecha ya han transcurrido más de cuatro lustros desde que el Estado Mexicano respondió a la provocación civil encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, lo cual, como es lógico concluir y por el solo transcurso del tiempo, torna la eventualidad que nos ocupa como un hecho histórico de trascendencia Nacional cuyos pormenores, (...) deben darse a conocer tanto a la parte solicitante, como a la Sociedad Mexicana en general, a fin de que ambas se encuentren en posibilidad de fiscalizar el proceder adoptado por el hoy Sujeto Recurrido en aquella ocasión.”

¹⁴² IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, anteced., IV. Por cuestiones de procedimiento, se pudo saber que el peticionario requería la información para hacerla valer en su beneficio (cuestionar el monto de la caución para su libertad condicional) dentro del proceso penal al que estaba sujeto como posible responsable por la muerte y lesiones de algunos de los niños y niñas de la guardería ABC.

particulares por parte del IMSS. En el incendio murieron 49 niños y más de un centenar sufrieron lesiones. El Gobierno Federal creó un Fideicomiso especial para indemnizar a las víctimas¹⁴³. El IFAI dice fundamentar su decisión en un ejercicio de ponderación, que solo adelanta hasta el octavo de los considerados. Previamente, el IFAI realiza: a) una valoración sobre la publicidad de los nombres de los niños y adultos afectados; estima que tal información fue suprimida en los pronunciamientos que la Suprema Corte de Justicia¹⁴⁴ y la Comisión Nacional de Derechos Humanos¹⁴⁵ emitieron sobre el caso, y considera que la publicidad incidental en medios de comunicación de algunos de estos nombres, no podría fungir como argumento en contra de la obligación estatal de proteger la información personal¹⁴⁶; b) un recuento *in extenso* de diversas fuentes relacionadas con los derechos al acceso a la información pública y a la protección de datos personales¹⁴⁷; c) la constatación de una antinomia entre el mandato del artículo 12 de la Ley Federal, que ordena a los sujetos obligados “hacer pública toda aquella información relativa a los montos y las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos”¹⁴⁸, y el mandato del artículo 18, que ordena la confidencialidad de los datos personales; d) una caracterización de los datos personales¹⁴⁹ y de las implicaciones de su publicidad, según la cual “dar el nombre de las personas que recibieron alguna ayuda de las establecidas, no sólo haría cuantificable un monto determinado con un individuo, sino que revelaría además cuestiones inherentes a la vida afectiva, familiar e incluso de salud mental y física tanto de los lesionados como de los padres de aquellos menores que perdieron la vida”¹⁵⁰. Para esto, organizó sus consideraciones en cuatro grupos:

¹⁴³ Decreto por el que se otorgan ayudas extraordinarias con motivo del incendio ocurrido el 5 de junio de 2009, en la Guardería ABC, sociedad civil, en la ciudad de Hermosillo, Sonora.

¹⁴⁴ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., cuarto. Dictamen de la Facultad de Investigación 1/2009. Caso Guardería ABC, los nombres de los menores fallecidos fueron testados y de los menores lesionados o expuestos fueron omitidos “a fin de preservar su intimidad”

¹⁴⁵ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., cuarto. Recomendación 49/2009 sobre el caso de la Guardería ABC, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, los nombres de los menores fallecidos fueron omitidos y sustituidos por una clave alfanumérica.

¹⁴⁶ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., cuarto “Aun cuando algunos padres de los menores fallecidos y lesionados hayan aparecido en la escena pública con motivo de emitir su opiniones de lo sucedido y las acciones tomadas por el gobierno, revelando su nombre y el de sus hijos y en algunas ocasiones dando a conocer incluso el estado de salud de los niños, esto no debe entenderse como una omisión para el resguardo de los datos personales que por obligación deben proteger las entidades y dependencias de la administración pública federal. (...) dentro de esta publicidad personal, ninguno de los implicados ha ventilado públicamente los montos recibidos por los conceptos de indemnización.”

¹⁴⁷ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., quinto. Es indicativo de la función del concepto de ponderación, el siguiente argumento respecto del derecho a la protección de datos personales. Para el INAI este derecho refiere “a bienes jurídicos muy genéricos o conceptos esencialmente controvertidos, en virtud de que tienen alcances no unívocos, poco asibles o de sentido equívoco, de ahí que a fin de establecer su contenido se debe realizar un ejercicio de ponderación jurídica en el que se atiende a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la restricción de que se trata.”

¹⁴⁸ Ley Federal de Transparencia. “Artículo 12. Los sujetos obligados deberán hacer pública toda aquella información relativa a los montos y las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos, así como los informes que dichas personas les entreguen sobre el uso y destino de dichos recursos.”

¹⁴⁹ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., sexto. “[E]s la vinculación del nombre con los montos otorgados a cada niño lesionado, adulto lesionado o familiar de niño fallecido o lesionado con su nombre, la que constituye un dato personal, en tanto se trata de información que atribuye una cantidad económica (patrimonial) o de ayuda médica (estado físico y mental), a una persona en específico y redundante en su plena identificación.”

¹⁵⁰ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., sexto. “[D]ebe velarse por el respeto de los datos personales, de aquellas personas que en virtud de una adversidad en su persona o familia, han recibido beneficios por parte del estado como reparación de los daños causados.”

menores lesionados¹⁵¹, menores fallecidos¹⁵², adultos lesionados y familiares de los menores fallecidos y lesionados¹⁵³; y e) una alternativa de solución del caso, bajo la idea de maximizar la transparencia y minimizar la revelación de los datos personales¹⁵⁴ mediante la anonimización de la información; a lo que añade un argumento apelando al contexto y a las causas por las que se generó la información¹⁵⁵. Concluyó que “el daño a la protección de datos sólo se produciría al entregar los nombres de los afectados o sus familiares, no así, si se entregan los montos individualizados de los recursos públicos destinados sin personalizarlos”.

Hasta aquí la decisión está saturada de buenos argumentos, no obstante, el IFAI dice adelantar la ponderación entre los derechos fundamentales concurrentes. En el análisis de idoneidad, considera que la obligación de transparencia del IMSS “se vería satisfecha, en principio, entregando de forma individualizada los montos correspondientes, sin mencionar los nombres de las personas”, en tanto la revelación del “nombre de las personas beneficiadas con los recursos en cuestión, no es un elemento que sea idóneo para transparentar la gestión pública”¹⁵⁶. En el análisis de necesidad, consideró no encontrar “un medio menos limitativo para satisfacer la privacidad de las personas a quienes les han sido entregados recursos públicos”. En el análisis de “proporcionalidad entre medios y fines”, estimó “de mayor peso la procuración del sano desarrollo, libre de injerencias, de la población apoyada con los recursos de mérito (...) que el cumplimiento integral de la obligación de transparencia a cargo del IMSS”. Y, por último, incluyó un argumento de daños, al afirmar que “existe un riesgo de daño sustancial a los intereses y bienes jurídicamente tutelados por el principio de protección de datos personales (...) y podría producirse un daño mayor a las personas involucradas con la publicación de sus nombres, que al interés público por conocer los mismos.”¹⁵⁷

El caso se decidió por mayoría 3 contra 1. El voto disidente se apoyó en dos argumentos. El primero es que el caso se había soportado en una inadecuada interpretación del artículo 12 de la Ley Federal¹⁵⁸, que condujo a evitar

¹⁵¹ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., sexto. “[A] dar acceso al nombre de los mismos, se revelaría per se su calidad de lesionado. Por otro lado, al atribuirse un monto específico a cada uno de ellos por cada (...) rubro (...) se pondría de manifiesto su condición de salud física e incluso mental (...) un monto mayor asignado a un menor en relación con otro, significaría un mayor nivel de complicación o de gravedad en su estado de salud.”

¹⁵² IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., sexto. “[A] hacer públicos los nombres de los menores fallecidos o de sus padres en relación con los montos específicos invertidos en cada uno de ellos por concepto de la atención médica (...) se revelarían condiciones específicas de su muerte.” En este caso, se protege el derecho de los “parientes” a que “no resulte perturbada su vida privada por la difusión de información que les concierne.”

¹⁵³ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., sexto. “[S]i bien revelar [sus] nombres no da cuenta de sus condiciones de salud física como en los casos anteriores. De igual forma pone de manifiesto sus convicciones y decisiones personales, lo anterior en virtud de que no todos los familiares han aceptado los apoyos solidarios ofrecidos por el gobierno en atención a su percepción individual de las condiciones en las que sus hijos fallecieron o resultaron lesionados.”

¹⁵⁴ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “La transparencia y la publicidad inherente a la actuación de la Administración Pública (...) debe estar sujeta a la mínima divulgación de datos personales (...) de hacerse públicos los nombres en relación con los montos otorgados a cada uno de ellos (...) se revelarían innecesariamente datos personales adicionales de carácter sensible, tales como las condiciones de su muerte, estado actual de salud física y mental, ideologías y convicciones. Lo cual se ve agravado por el hecho de que se trata de menores de edad en su primera infancia.”

¹⁵⁵ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., séptimo. “[E]n el caso de la guardería ABC, se demostró que fueron violados derechos fundamentales de los menores y adultos involucrados, por lo que su situación es en extremo delicada y se vería además agravada mediante la publicidad de sus nombres”

¹⁵⁶ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., octavo.

¹⁵⁷ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga, consid., octavo.

¹⁵⁸ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga. Voto disidente Ángel Trinidad Zaldívar. “Mientras el precepto refiere con toda propiedad la publicidad de los datos de identificación de las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos, mis colegas aseveran que estos receptores de recursos públicos necesitan tener una cualidad previa no referida en la Ley, que es la de ser reconocidos como beneficiarios, mientras en este asunto

“conocer si tales recursos efectivamente están siendo entregados a quienes tienen el más legítimo derecho de recibirlos”. Para el disidente, al parecer, en este caso no había una colisión de derechos fundamentales¹⁵⁹. El segundo, es que la confidencialidad de la información lejos de evitar una revictimización de los afectados, bajo el supuesto de que “serían tildados por la sociedad como que permitieron que se tasara por parte del Estado, la integridad y la vida de sus familiares o de su propia salud” terminó por contribuir “a denostar a quienes tienen el derecho de recibir estos recursos, [como una] consecuencia de la responsabilidad en que incurrió el Estado.”¹⁶⁰

39. En el expediente RDA 2377/14, el INAI le ordena a la SEP entregar en versión pública las “cartas de recepción individual de beneficiario” de computadores portátiles firmadas por estudiantes de 5º y 6º de primaria, en los Estados de Colima, Tabasco y Sonora. En el año 2013, en estos Estados, fueron entregados 240.000 computadores como parte del “compromiso número 11 del Pacto por México”. La SEP negó el acceso a la información alegando un trámite interno de “verificación y revisión de los documentos solicitados” en razón al volumen de la operación. El caso suponía una supuesta incompatibilidad entre el mandato de confidencialidad de la información personal, de niños y niñas, según el artículo 18, -en concreto su nombre y firma- y el mandato de publicidad, según los artículos 7, fracción XI y 12, de la Ley Federal de Transparencia, por tratarse de computadores entregados con cargo a recursos públicos. Sin embargo, después de invocar disposiciones de tratados internacionales, el control de convencionalidad, el artículo 1 de la Constitución, la Ley Federal de Transparencia y la legislación secundaria, el INAI optó por diagnosticar el caso, bajo la idea de la “protección [concurrente] de dos derechos fundamentales”, lo que hacía “necesario” un ejercicio de ponderación¹⁶¹. Para desplegar la supuesta ponderación el INAI invocó cuatro criterios de la Suprema Corte de Justicia, uno relacionado con el interés público y la libertad de expresión¹⁶², y otros tres relacionados con el test de proporcionalidad¹⁶³. La mención a la forma en que el INAI interpreta los elementos del test de proporcionalidad es indicativa de las dificultades para comprender esta herramienta. Según el INAI, el principio de idoneidad indicaría que “el ejercicio de ponderación contemple el análisis que tienen dos derechos en el orden constitucional”; el principio de necesidad que dicho ejercicio “persiga una finalidad particular (...) Es decir, el grado de intervención que tiene un derecho sobre otro apunta a la obtención de un beneficio, derivado de la confrontación de los mismos”; y el principio de “oportunidad” (sic) “la obtención de un beneficio sustancialmente mayor en comparación con la disminución que se producirá sobre el derecho intervenido”. Con

se les alude como afectados.”

¹⁵⁹ IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga. Voto disidente Ángel Trinidad Zaldívar. “[H]ay casos en los que basta con analizar a conciencia los elementos sometidos a consideración para advertir si en realidad existe o no este conflicto de preminencia entre principios.” (sic)

¹⁶⁰ Este argumento se acompaña con la exhibición de la carta, disponible en Internet, que los padres de los niños fallecidos y lesionados dirigieron al Secretario General de la ONU, en donde aparecen sus nombres y firmas, y el nombre de los 49 niños fallecidos. Afirma el disidente: “El documento mostrado en forma alguna vulnera la protección a los datos personales (...) por el contrario, hace visible y patente sus exigencias para con las autoridades del Estado mexicano”. IFAI, RDA 0621/12, CP Sigrid Arzt Colunga. Voto disidente Ángel Trinidad Zaldívar.

¹⁶¹ INAI, RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez, consid. sexto “resulta necesario efectuar una ponderación jurídica, a fin de establecer el contenido de ambos derechos y atendiendo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la restricción de que se trata (...) en el presente caso se requiere de modular (sic) el grado de intervención de la obligación que tiene el Estado de proteger los datos personales de sus gobernados, en función de los objetivos que persigue el derecho de acceso a la información.”

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Derecho a la intimidad o vida privada. Noción de interés público como concepto legitimador de las intromisiones sobre aquel. Tomado del amparo directo 6/2009. 7 de octubre de 2009. Ponente Sergio A. Valls Hernández (según la citación del expediente RDA 2377/14, consid. séptimo).

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Libertad de expresión, derecho a la información y a la intimidad. Parámetros para resolver mediante un ejercicio de ponderación (...) Tomado del amparo directo 6/2009. 7 de octubre de 2009. Ponente Sergio A. Valls Hernández. Tesis de Jurisprudencia 2ª./J.42/2010, novena época, número de registro 164779. Tesis aislada de jurisprudencia I.4o.A.666 A, novena época, tomo XXIX, enero de 2009, número de registro 168069.(según la citación del expediente RDA 2377/14, consid. séptimo).

esta extrañísima caracterización de la idea de ponderación, el INAI desata la aparente colisión de derechos, y decide darle prelación al acceso a la información¹⁶⁴. Es insólito que el INAI haya tomado este intrincado camino para concluir que “dar a conocer los nombres de los alumnos (...) permitiría transparentar la gestión pública”¹⁶⁵. Solo entonces, el INAI retoma lo que era claro desde el principio: que uno de los objetivos de la Ley Federal de Transparencia es “transparentar la gestión pública y favorecer la rendición de cuentas”, que hay información personal que “reúne también características de información pública”¹⁶⁶, y que no se requería “el consentimiento de los alumnos a los que fueron entregados los equipos de cómputo, para hacer de conocimiento público su nombre.”¹⁶⁷ Al final, el INAI ordena, entregar las cartas de recepción y sus anexos, con publicidad de nombres y firmas de estudiantes y de padres o acudientes¹⁶⁸, y confidencialidad del domicilio y la CURP.

40. En el expediente RDA 6302/15, el INAI le ordenó a la Comisión Nacional de Protección Social en Salud entregar una versión pública del padrón de beneficiarios del Sistema de Protección Social en Salud, conocido como “seguro popular”. Según la ley el padrón contiene los siguientes datos: nombres, apellidos, fecha de nacimiento, sexo, CURP, domicilio, posición en el hogar, clave única de identificación familiar, vigencia de derechos, nivel de cuota y establecimiento médico de adscripción. El INAI consideró que el nombre de los beneficiarios, a pesar de ser un dato personal, debía “ser revelado sin restricción alguna (...) ya que permite conocer aquellas personas que, reciben un beneficio que supone la erogación de recursos públicos.”¹⁶⁹ Igualmente consideró que, en tanto para ser beneficiario es requisito “no ser derechohabiente de la seguridad social”, la publicidad de esta información permite saber quiénes “cuentan con el seguro para evitar que se dupliquen prestaciones en detrimento de la población que tiene derecho a percibirlo.” Para el INAI, de conformidad con el artículo 7, fracción XI, de la Ley Federal de Transparencia¹⁷⁰, “la información relacionada con la identificación de beneficiarios de programas sociales que establezca el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación, resulta en principio y, por definición, pública”. Esta interpretación restrictiva de la fracción XI del artículo 7 es de la mayor importancia. La Ley de Transparencia

¹⁶⁴ INAI, RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez, consid. séptimo. “[En el caso] se cumple el principio de proporcionalidad *stricto sensu*, toda vez que es posible advertir un margen de beneficio mayor al favorecer el derecho de acceso a la información, respecto del derecho de protección de datos personales. De tal suerte, que la intervención que subsume este ejercicio de ponderación apunta a la obtención de mayores efectos positivos y una afectación menor en la esfera de privacidad de los menores que suscribieron las actas entrega-recepción de los equipos de cómputo.”

¹⁶⁵ INAI, RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez, consid. séptimo “[E]n el presente caso, la información solicitada (...) permite conocer la actuación del sujeto obligado, respecto de los destinatarios de los recursos entregados, así como comprobar que éstos en efecto son quienes debían ser objeto de entrega de un equipo de cómputo”.

¹⁶⁶ INAI, RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez, consid. séptimo. “[Pues] si bien está referida al ámbito personal de algún individuo, [es] generada con motivo del ejercicio de facultades gubernamentales”

¹⁶⁷ INAI, RDA 2377/14, CP Joel Salas Suárez, consid. séptimo. “[T]oda vez que aquellos son beneficiarios de un programa social, y recibieron recursos públicos, por lo que el dato relativo a su nombre tiene el carácter público por mandato de ley.”

¹⁶⁸ No obstante, consideró que la firma de padres o acudientes debía ser pública. INAI, RDA 2377/14 CP Joel Salas Suárez, consid. octavo. “[C]uando se trata de la firma de personas con las que el sujeto obligado celebró actos jurídicos, como lo es la entrega de los equipos de cómputo portátiles, ésta debe ser conocida, ya que constituye un elemento que da certeza sobre las partes que actuaron en la celebración del contrato referido (...) lo que favorece la transparencia y rendición de cuentas de los sujetos obligados.”

¹⁶⁹ INAI, RDA 6302/15, CP Areli Cano Guadiana, consid. cuarto. “Si bien en el presente caso, el beneficio obtenido por el empadronamiento no supone la entrega directa de recursos públicos a los beneficiarios del Sistema de Protección Social en Salud, lo cierto es que los beneficios obtenidos suponen la erogación de éstos ante alguna eventualidad o hecho que cubre la prestación.”

¹⁷⁰ LFTAIPG. “Artículo 7 (...) los sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar (...) entre otra, la información siguiente: (...) XI (...) los padrones de beneficiarios de los programas sociales que establezca el Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación.”

establece la publicidad del “padrón de beneficiarios” y no solamente del nombre de quienes integran el padrón. Sin que el INAI se preocupara por esta sutileza interpretativa, procedió a analizar uno a uno los datos personales que integran el padrón y consideró que los mismos, al tratarse, obvio, de datos personales¹⁷¹, actualizaban la causal de confidencialidad. El INAI ordena, en concreto, entregar los nombres de los beneficiarios del seguro popular, con excepción del nombre de niñas y niños, y resguardar el resto de la información.

En este caso, el INAI consideró que la regla de publicidad de los nombres del padrón del seguro popular no era aplicable en el caso de niñas y niños, y exceptuó el claro mandato del artículo 7 de la ley Federal de Transparencia. Para ello, consideró *in extenso* el principio del interés superior del menor y adelantó un ejercicio de ponderación. En el análisis de idoneidad consideró que “la protección de los datos personales de los menores de edad debe prevalecer, [pues lo contrario] implicaría revelar circunstancias particulares de un menor, como el hecho mismo de ser beneficiario [del programa social] así como su núcleo familiar,” lo cual iría en contra del efectivo cumplimiento del principio de interés superior del menor”, que ordena una “protección especial por parte de las leyes e instituciones” frente a los menores, dada su “inmadurez física y psicológica” y su impedimento legal para “oponerse a la difusión de la información que les concierne”. En el de necesidad, consideró no encontrar “un medio menos limitativo para satisfacer la privacidad [de los menores]” que el resguardo de su información. Y en el de proporcionalidad, consideró que “el principio de protección de datos personales (...) resulta de mayor relevancia frente al menoscabo que sufriría el principio de transparencia gubernamental” y reitera los mismos argumentos del análisis de idoneidad: la inmadurez de los menores, la ausencia de su voluntad para ingresar al sistema y la importancia de la protección para su sano desarrollo.

41. En el expediente RDA 67/16, el INAI se pronunció sobre un caso de control ciudadano del uso de los recursos de programas sociales. El peticionario solicitó a la Secretaría de Desarrollo Social SEDESOL le informara las razones por las cuales un servidor público, a la sazón, regidor del ayuntamiento de Acayucan, Veracruz, se encontraba inscrito como beneficiario en el programa PROSPERA. También solicitó las evaluaciones realizadas para la vinculación a este programa de otras personas, incluidas familiares de este servidor público y otros servidores públicos de la municipalidad. SEDESOL entregó parcialmente la información y se declaró incompetente frente a la información relacionada con las evaluaciones. Frente a la información de su competencia, el INAI le ordenó entregar la información adicional a los nombres de beneficiarios del programa PROSPERA que ya habían sido entregados, en donde se indiquen los montos y las fechas de ingreso al programa. Asimismo, le ordenó entregar la información que indicara si los servidores públicos mencionados en la solicitud estaban inscritos como beneficiarios en otros programas sociales, en tanto la SEDESOL “cuenta con atribuciones para integrar el padrón único de personas beneficiarias de programas de desarrollo social a partir de los padrones de cada uno de los programas sociales”¹⁷². En este caso es tan claro que la información personal solicitada es pública, que en los considerandos de la resolución no hay ni siquiera una mención al respecto.

i. Salud del presidente de la República

El estado de salud del presidente de la República es uno de los temas capitales para discutir la publicidad de la información personal en poder del Estado. El IFAI en su momento, y ahora el INAI se han pronunciado en al menos siete oportunidades acerca de solicitudes de acceso a esta información. En todas ellas ha privado la idea de la confidencialidad. Es extraño, sin embargo, que en alguno de estos casos no se hubiera planteado, ni siquiera de forma hipotética, la existencia de un interés público en conocerla.

¹⁷¹ Un buen ejemplo es la razón para decidir la confidencialidad de la cuota familiar. INAI, RDA 6302/15, CP Areli Cano Guadiana, consid. cuarto. “[e] dar a conocer el nivel de cuota familiar deviene en que se pueda advertir la situación económica en la que se encuentran los beneficiarios, lo que desde luego es un aspecto íntimo que corresponde a la esfera privada de este núcleo.”

¹⁷² INAI, RDA 67/16, CP María Patricia Kurczyn Villalobos, consid. cuarto.

42. En el expediente R 1326/04, el IFAI ratificó la decisión de negar el acceso a “una constancia del estado de salud, expediente médico o cualquier otro documento que refleje el estado de salud físico y mental del presidente de la República, Vicente Fox”. La metodología que fundamenta esta decisión es emblemática de la práctica del Órgano de Transparencia, como un fiel aplicador del sistema de la doble regla-excepción. Esta metodología tiene los siguientes pasos: a) definir si el tipo de la información solicitada actualiza las hipótesis de los artículos 3, fracción II y 18, fracción II, de la Ley Federal de Transparencia, y del trigésimo segundo de los lineamientos para la clasificación; esto es, si la información solicitada es confidencial al consistir en “datos personales” relativos a los “estados de salud físicos o mentales”¹⁷³; lo que sucede en el caso; b) considerar si excepcionalmente, y por mandato de la ley, cierta información personal de los servidores públicos¹⁷⁴ “que per se es relativa a su privacidad” debe ser pública, como sucede con su nombre y remuneración mensual, en los términos del artículo 7 de la Ley Federal de Transparencia; lo que no sucede en el caso; c) considerar si esta información se “encuentra disponible en registros públicos o en fuentes de acceso público”, según la excepción a la confidencialidad prevista en el artículo 18 de dicha Ley; lo que no sucede en el caso; d) considerar si se encuentra contemplada entre las hipótesis del artículo 22 de la Ley Federal de Transparencia, en las que “no se requiere el consentimiento de los individuos para la divulgación de sus datos personales”; situación que tampoco se verifica; e) constatar si dicha información se encuentra en un sistema de datos personales, caso en el cual se aplicaría la regla del principio de finalidad, de conformidad con el artículo 20, de la Ley Federal de Transparencia; para el caso, dicha información está “incluida en el sistema [de datos personales] que al efecto se registró como “Sistema de seguros” ante [el IFAI]”, por lo que la misma solo puede ser tratada “en relación con los propósitos para los cuales se haya obtenido”¹⁷⁵. A lo anterior, el IFAI añade dos argumentos generales: f) que no existe disposición legal o constitucional que disponga la renuncia de la confidencialidad de la información personal de quien toma posesión como presidente de la República; y g) que en “materia de protección de datos personales, la Ley (...) no prevé el que se acredite o no un daño con la divulgación de los datos personales.”¹⁷⁶

43. Idénticas consideraciones emplearía el IFAI al resolver el caso del expediente R 425/09. Entonces, se había solicitado “copia simple del expediente médico del Presidente Calderón integrado con motivo de su lesión en el hombro sufrida durante el 2008, al caer de una bicicleta”. Para resolver este caso, el IFAI, sin mencionar la Resolución 1326/04, la utiliza como plantilla y reitera idénticos sus argumentos. Esta práctica le impide, entre otras, pronunciarse sobre el hecho de que en un diario de circulación nacional se había difundido “la radiografía del hombro izquierdo del Presidente Calderón”¹⁷⁷, lo que ameritaba, al menos una reflexión sobre el carácter público de parte de la información solicitada.

44. Una situación similar ocurrió en el caso del expediente R 6389/10, entonces el peticionario solicitó “el o los documentos que certifiquen el estado de salud del titular del poder ejecutivo, que consigne si (...) tiene cualquier padecimiento o afección que eventualmente pudiese obstaculizar o limitar la labor pública que desempeña, o si goza

¹⁷³ IFAI, R 1326/04, CP María Marván Laborde, consid., tercero. “[A] ser la información solicitada (...) de la exclusiva pertenencia del servidor público que ejerce las funciones de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en tanto individuo, la misma constituye información confidencial.”

¹⁷⁴ Para el IFAI, del hecho de ser servidores públicos no se deriva la obligación de “divulgar toda la información relativa a sus personas”. En este sentido, la publicidad prevista en la ley está relacionada “con el ejercicio del cargo público”. Por otra parte, también “debe ser pública la información de los servidores públicos que de manera directa incide en el debido desempeño de sus encargos, no así de la información que se circunscribe a la esfera privada de los mismos.” IFAI, R 1326/04 CP María Marván Laborde, consid., tercero.

¹⁷⁵ IFAI, R 1326/04, CP María Marván Laborde, consid., sexto.

¹⁷⁶ IFAI, R 1326/04, CP María Marván Laborde, consid., séptimo.

¹⁷⁷ IFAI, R 425/09, CP Jacqueline Peschard Mariscal, anteced., III, y consid., segundo.

de cabal salud para trabajar”. Presidencia resolvió la confidencialidad de la información, y el IFAI, con argumentos similares a los ya anotados¹⁷⁸, avaló la clasificación y solo agregó el argumento por precedente¹⁷⁹.

45 y 46. En el expediente RDA 3451/12 el peticionario solicitó “información relacionada con los tratamientos médicos que ha recibido el Presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa” desde su posesión hasta la fecha. A su vez, en el expediente RDA 1741/13 el peticionario solicitó acceso al “expediente clínico actual del Presidente Enrique Peña Nieto”. En ambos casos, al igual que los anteriores, Presidencia clasificó como confidencial la información y el IFAI lo confirmó en la misma línea de las resoluciones anteriores¹⁸⁰. Agregó, sin embargo, el argumento del carácter confidencial del expediente clínico, con base en el artículo 45 de la Ley General de Salud, y el numeral 5.6 de la NOM 168-SSA1-1998, según la cual “la información contenida en el expediente clínico será manejada con discreción y confidencialidad (...) y sólo podrá ser dada a conocer a terceros mediante orden de la autoridad competente”¹⁸¹.

47. En el expediente RDA 6128/15 el INAI confirma la clasificación del “expediente clínico y/o resumen clínico del Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas” adelantada por la SEDENA. En este caso el peticionario fundamentó su petición en la noticia de que el Presidente Peña Nieto había sido intervenido quirúrgicamente por una “colecistitis aguda alitiásica”, y en que, según su interpretación del artículo 87 constitucional, relacionado con la toma de protesta¹⁸², se “desprende el derecho de todos los mexicanos a contar con un presidente que cuente con la salud suficiente para cumplir sus funciones”, norma que servía de fundamento a la excepción de confidencialidad de la información personal en este caso¹⁸³. El INAI reitera sus argumentos sobre el carácter de datos personales contenidos en el expediente clínico, e invoca lo dispuesto por la NOM 004-SSA3-2012, la cual señala que los datos personales contenidos en el expediente clínico, “que posibiliten la identificación del paciente, no deberán ser divulgados o dados a conocer.” Asimismo, reiteró que las normas que regulan el asunto “no establecen una excepción a la protección cuando los titulares de los datos personales contenidos en los expedientes clínicos sean servidores públicos”¹⁸⁴. De otro lado, consideró “infundado” el argumento derivado del artículo 87 constitucional que invocó el particular; después de citar sendas tesis de la Suprema Corte de Justicia, precisó que de dicho artículo no se sigue el derecho a contar con un presidente sano, sino “el compromiso que debe asumir el presidente de la República de cumplir con todo el orden jurídico.” Por último, consideró que los datos contenidos en el expediente

¹⁷⁸ Hay, sin embargo, cambios ligeros en la redacción que resultan interesantes. Por ejemplo, consideró que “La divulgación prevista en la LFTAIPG de esos datos [personales de servidores públicos] está relacionada, en todo momento, con el ejercicio de un cargo público. Por lo tanto, adquiere carácter público toda aquella información que de manera directa incide en el debido desempeño de sus encargos, no así la información que se circunscribe a la esfera privada de los mismos.” IFAI, R 6389/10 CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto.

¹⁷⁹ IFAI, R 6389/10, CP Jacqueline Peschard Mariscal, consid., cuarto. “Refuerza el sentido de la presente resolución el criterio sostenido en los precedentes de este Instituto en los que se han resuelto solicitudes relacionadas con expedientes médicos de titulares del poder ejecutivo; particularmente los recursos de revisión 1326/04 y 425/09.”

¹⁸⁰ En el caso del RDA 1741/13, CP Sigríd Arzt Colunga, el peticionario se inconformó alegando el interés público de la información. El IFAI no se pronunció al respecto.

¹⁸¹ IFAI, RDA 3451/12, CP María Helena Pérez-Jaén Zermeño, consid., cuarto y RDA 1741/13 CP Sigríd Arzt Colunga, consid. cuarto.

¹⁸² CPEUM, “Artículo 87 El Presidente, al tomar posesión de su cargo, prestará ante el Congreso de la Unión (...) la siguiente protesta: “Protesto guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Presidente de la República que el pueblo me ha conferido, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión; y si así no lo hiciere que la Nación me lo demande.”

¹⁸³ INAI, RDA 6128/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, result., IV y consid., cuarto.

¹⁸⁴ INAI, RDA 6128/15, CP Oscar Mauricio Guerra Ford, consid., cuarto.

clínico, tenían el carácter de “sensibles”, lo que reforzaba su carácter confidencial “al corresponder a un ámbito no sólo privado, sino también sensible” que impone a la autoridad la obligación de “mantener su secrecía”.

48. Por último, en el expediente R 375/05 el IFAI confirmó la versión pública entregada por la Presidencia de la República de la relación “de las facturas de los medicamentos, que se han cubierto con recursos públicos, que son consumidos por el personal que labora en la Secretaría Particular del C. Presidente” de los años 2001 y 2004, en donde se testaron los nombres de los medicamentos. Según el IFAI, “la divulgación de los medicamentos que consumen servidores públicos, aun cuando éstos sean pagados con recursos públicos, podrían revelar información relativa al estado de salud de las personas.”¹⁸⁵

j. Bitácoras de vuelo de helicóptero oficial

En este último tema se pueden advertir las no siempre explícitas relaciones entre la información personal y la corrupción, entendida como el uso indebido de recursos públicos. El contexto de este caso es la sanción administrativa que impuso la Secretaría de la Función Pública al entonces director de CONAGUA por haber utilizado el helicóptero de la entidad con fines personales. Una vez hecha pública esta información, algunos ciudadanos solicitaron al INAI información sobre las bitácoras de vuelo de los helicópteros de la entidad durante el encargo del funcionario sancionado. Era posible que la conducta indebida fuera reiterada, y existía un claro derecho a saber. Es paradójico que en este caso la posición del Órgano de Transparencia no haya sido más contundente.

49. En la resolución RDA 2219/15, el INAI modifica la decisión de CONAGUA de reservar las “bitácoras de vuelo de todos los helicópteros de la dependencia desde que está al frente David Korenfeld”, y ordena entregar versiones públicas, en donde se testen los datos relativos a los lugares de salida y de llegada de los helicópteros y los datos personales de la tripulación, cuando estos no sean servidores públicos. CONAGUA alegó que la información actualizaba las causales del artículo 13, fracciones I y IV (afectación a la seguridad nacional y posible riesgo de daño a la vida e integridad física de las personas mencionadas). Después de precisar la información contenida en dichas bitácoras (información técnica y de revisión de las aeronaves, lugares de salida y de llegada, tipo de viaje, nombres de pasajeros y tripulantes, etc.) El INAI concluyó, en lo pertinente, que solamente la información relacionada con lugares de salida y de llegada, actualizaba las dos causales¹⁸⁶, y que revelar la información sobre los pasajeros y la tripulación no tenía la virtud de afectar los bienes por ellas protegidos. En cambio, consideró que la misma rendía “cuentas respecto de las fechas y personas que utilizaron los helicópteros, en términos del artículo 12 de la Ley Federal de Transparencia”. Esta misma lógica seguirá la decisión, al adelantar el análisis desde la perspectiva de la confidencialidad. A pesar de indicar que el nombre es un dato personal, consideró que, “en aquellos casos en que se haya abordado por parte de un particular una aeronave de la [CONAGUA], el nombre de dichas personas deberá hacerse público, en tanto que realizaron un viaje en un bien público que no era de uso particular.”¹⁸⁷ Asimismo,

¹⁸⁵ IFAI, R 375/05, CP Juan Pablo Guerrero Amparán, consid., cuarto.

¹⁸⁶ INAI, RDA 2219/15, CP Rosendoevgueni Monterry Chepov, consid., cuarto. En relación con la causal del artículo 13, fracción IV, consideró que “proporcionar la información sobre las rutas a seguir en el traslado del personal y otorgar los puntos de la infraestructura estratégica permitiría identificar la ubicación de dichos servidores públicos, poniendo en riesgo su vida y su seguridad al hacer factible que cualquier persona pueda atentar en su contra o causarles algún perjuicio.” En relación con la del artículo 13, fracción I, consideró que “proporcionar las rutas a seguir incrementaría el riesgo de que las organizaciones criminales pudiera planear algún atentado en su contra, con lo cual se afectaría o menoscabaría o pondría en riesgo la red hídrica, la infraestructura y el suministro [de agua]”

¹⁸⁷ INAI, RDA 2219/15, CP Rosendoevgueni Monterry Chepov, consid., cuarto. “[S]i bien la decisión de los particulares de trasladarse corresponde al ámbito personal, y se encuentra en la esfera íntima de una persona, en la especie resulta necesario tomar en cuenta que en estos casos se trata de la utilización de recursos públicos destinados a una actividad fuera de las atribuciones, toda vez que estos traslados, de existir, se realizaron con recursos de la

consideró que los nombres de la tripulación debían publicarse, en tanto, “son servidores públicos que al realizar los vuelos de las aeronaves (...) lo hacen en el desempeño de sus actividades laborales y en atención a las funciones encomendadas”, exceptuando los nombres de la tripulación que pertenezcan al personal de la empresa fabricante, con el argumento de que sus servicios no eran pagados con recursos públicos.¹⁸⁸ En esta decisión hubo tres votos disidentes y un voto particular. El voto particular toca el punto más sensible del caso: la necesidad de distinguir si los viajes se hicieron para cumplir funciones oficiales o no¹⁸⁹. Este será el punto de inflexión de la siguiente resolución.

50. En la resolución RDA 5141/15, el INAI cambió su postura y ordenó entregar prácticamente toda la información contenida en las bitácoras de vuelo de los helicópteros de la CONAGUA, incluyendo lugares de salida y de llegada de las aeronaves. Este cambio de postura parece inducido por la solicitud de información: “fecha, hora, número [y nombre] de pasajeros (...) de todos los vuelos en helicóptero de Conagua con origen [y destino final] en el fraccionamiento de Bosque Real en el Estado de México.” La resolución tiene además otra particularidad: que cita el contenido de la bitácora de vuelo, del día 29 de marzo de 2015, que estaba a su vez referenciado en el expediente administrativo 0016/2015, instruido en contra de David Korenfeld, “por hechos ocurridos durante el desempeño de su encargo como Director General de [CONAGUA].” Dicha resolución, disponible en Internet, indica cómo, a partir del acceso a dicha bitácora, se pudo establecer que Korenfeld, haciendo uso de su cargo, utilizó el helicóptero de la entidad “para trasladarse junto con su familia y tres acompañantes más, desde el Fraccionamiento Bosque Real del municipio de Huixquilucan, Estado de México, al aeropuerto Internacional de la Ciudad de México.” Según la mayoría, en tanto la CONAGUA no “acreditó que [el suministro de la información solicitada] implique ejecución de vuelos de forma reiterada en cumplimiento de sus funciones” la misma no actualizaba la causal del artículo 13, fracción IV¹⁹⁰. Hubo aquí tres votos particulares. En el primero, el argumento central es que esta información, a pesar de actualizar las causales del artículo 13, fracciones I y IV, su protección “no es mayor al interés público que debe prevalecer en el caso concreto, habida cuenta que se trata de vuelos que no tienen como cometido la realización de funciones de supervisión y vigilancia sobre la infraestructura hídrica.”¹⁹¹ En los otros dos, el argumento central es la falta de distinción entre la información contenida en la bitácora del día 29 de marzo de 2015, y la información contenida en otras bitácoras, pues el fundamento para no reservar aquella es que ya había sido publicada por otra autoridad y no que se tratara de un “documento público *per se*”¹⁹².

Este es el último de los 50 casos reseñados y de los 10 temas objeto de estudio. La riqueza casuística del Órgano de Transparencia mexicano no se agota, sin embargo, en esta pequeña muestra. Faltaron por incluir temas y resoluciones relacionadas con: acceso a correos electrónicos de servidores públicos, información sobre financiamiento público de obras, operativos de las fuerzas armadas con saldo negativo para los derechos humanos, evaluación del personal de seguridad, y temas varios como el listado de deportistas dopados, los ganadores de la

Federación con una finalidad de beneficio personal.”

¹⁸⁸ INAI, RDA 2219/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov, consid., cuarto. “[T]oda vez que quien celebró, de manera directa, el contrato y, por ende, recibió recursos públicos es la persona moral, por lo que los empleados sólo reciben un sueldo derivado de su relación laboral.”

¹⁸⁹ INAI, RDA 2219/15, CP Rosendoevgueni Monterrey Chepov. Voto particular de Francisco José Acuña Llamas “[R]esultaba necesario plantear una distinción de la información solicitada acorde a su naturaleza, y delegar a la Comisión Nacional del Agua la tarea de proporcionar la información requerida según el caso, respecto de las bitácoras generadas durante vuelos aislados o coyunturales que no reflejan un patrón de vuelo -en cuyo caso se entregaría una versión íntegra-, de aquéllas generadas en el ejercicio de sus actividades institucionales, es decir en misiones institucionales, en cuyo caso se debería proporcionar una versión pública.”

¹⁹⁰ INAI, RDA 5141/15, CP Oscar Mauricio Guerra, consid. cuarto.

¹⁹¹ INAI, RDA 5141/15, CP Oscar Mauricio Guerra. Voto particular de Rosendoevgueni Monterrey Chepov

¹⁹² INAI, RDA 5141/15, CP Oscar Mauricio Guerra. Votos particulares de María Patricia Kurczyn Villalobos y Ximena Puente de la Mora.

lotería, y la edición del video de la caseta de la vía que conduce a Ayotzinapa, de la víspera de la trágica noche, entre otros que pudimos identificar como relevantes.

·∞·

Anexo C

Cuestionario empleado en las entrevistas a directores de ponencia del INAI, México, febrero-mayo 2016

La presente entrevista busca identificar cómo los directores de las ponencias del INAI entienden los conceptos clave de la normatividad en materia de transparencia y protección de datos, y en general, la operación y el trabajo del órgano de control en la protección de estos derechos.

a. Generales

- i. Formación profesional
- ii. Tiempo de experiencia en el INAI
- iii. Experiencia previa

b. Punto de partida

1. ¿Cómo entiende la idea, mandato, principio de máxima publicidad?
2. ¿Cómo entiende la idea, mandato, principio de confidencialidad de los datos personales?
3. ¿Cree que la liberación de datos personales contenidos en archivos y documentos públicos, por default, ayudaría a mejorar la transparencia, la rendición de cuentas y el control al ejercicio del poder público?
4. Cuando el INAI ordena a un sujeto obligado entregar información, ¿en qué sentido se entiende que la misma es pública? (puede ser empleada con total libertad por parte de quien accede a ella, divulgarla en redes sociales, medios de comunicación, etc.)
5. ¿Según su experiencia es posible o ha visto casos que se puedan perfilar como abuso del DAIP?
6. ¿Existen diferencias entre el derecho a la protección de datos entendido como un límite al acceso a la información pública, y el derecho a la protección de datos entendido como un derecho autónomo? ¿Cómo ha visto estas diferencias en las prácticas del INAI?

c. Finalidad y valores protegidos

7. ¿Qué finalidades o qué valores protege el derecho de acceso a la información pública?
8. ¿Cómo entiende la rendición de cuentas?
9. ¿Cómo entiende la transparencia?
10. ¿Según su experiencia, ha identificado algunas finalidades no explícitas que cumpla el DAIP?
11. ¿Qué finalidades o valores protege el Derecho de protección de datos personales?
12. ¿Existe alguna relación entre el derecho a la vida privada y el derecho de protección de datos personales?
13. ¿Existe diferencia entre intimidad y vida privada?
14. ¿Es el dato personal un objeto de protección *per se* (independientemente de qué tipo de información revele de la persona y del soporte en que se encuentre)?

d. Información personal

15. ¿Por qué se deben testar los datos personales? ¿Cuál es la ratio del legislador? ¿Se parte de una especie de mala fe de la sociedad de aquellos que acceden a la información pública, y por eso los datos personales deben ser resguardados?
16. ¿Qué clasificaciones de datos personales conoce? ¿El INAI las emplea de forma operativa? ¿Qué utilidad tienen estas clasificaciones? (casos)

17. ¿Existe alguna diferencia entre datos personales y datos personales sensibles? ¿Es posible una protección diferenciada entre distintos tipos de datos personales?
18. ¿Qué interés se protege al testar, en un documento público, la CURP, la edad, el sexo, o la fotografía de una persona?
19. ¿Es lo mismo que testar información relacionada con el estado de salud, con la orientación sexual, con la ideología? (igualación del derecho por el efecto: la información es clasificada)
20. ¿Existen bases de datos personales públicos, o archivos que contengan datos personales públicos? ¿Cuáles?
21. ¿Qué opina del concepto “datos personales públicos”?
22. ¿Qué determina el carácter público de un dato personal? (relativo a servidores públicos, así definido por leyes especiales, i.e., registro civil, ¿que conste en boletines oficiales, que el dato haya sido difundido, que ha superado la prueba de interés público?)
23. ¿Si datos personales se hicieron públicos (subidos a la página web del sujeto obligado, difundidos en medios de comunicación) puede ordenarse su clasificación como confidenciales? (“la publicidad es un camino sin regreso”)
24. ¿Los datos personales públicos están sometidos al principio de finalidad?
25. Para efectos de Acceso a la Información ¿debe testarse la fotografía de un particular tomada en un lugar público? ¿Debe editarse un video tomado en un lugar público que contenga imágenes de particulares? (¿Conoce casos?)
26. ¿Qué opinión le merece la idea de archivos históricos confidenciales? ¿El paso del tiempo no puede inclinar la balanza hacia la transparencia y el derecho a saber?
27. ¿Qué opina de la siguiente afirmación: la práctica de testar todos los datos personales (salvo los relativos a servidores públicos) de los documentos públicos está generando las condiciones para una historia sin protagonistas?
28. ¿Existe alguna diferencia operativa (práctica) entre documento y datos personales?
29. En caso de acceso a datos personales ¿Es posible diferenciar entre acceso al dato personal, al documento, o al expediente? (acceso a documento ad hoc certificado, copia de los documentos en que se contenga, o copia de todo el expediente si es el caso) (El solo hecho de que un documento tenga un dato personal, lo hace accesible por el titular del dato, vía solicitud de acceso a datos personales)
30. ¿Cómo entiende usted el concepto de sistema de datos personales contenido en el art 3, XIII y 23 de la Ley de Transparencia?
31. Hablemos de la posesión de datos personales en términos de poder. Del poder que detenta el Estado al poseer esta información. ¿Cree que este poder sobre la información (personal) es idéntico en el caso de un sistema de datos personales (archivo cuyo criterio organizativo es cierto tipo de datos personales) que en el caso de un archivo que contiene datos personales de forma incidental (archivo cuyo criterio organizativo es la fecha en que se genera un acta)?
32. Si la respuesta es afirmativa ¿Considera que dicha diferencia de poder podría justificar un sistema de clasificación de información personal diferenciado?

e. Sujetos

33. ¿Si los intereses protegidos por el derecho de protección de datos son la intimidad, la privacidad y otros, por qué los datos personales de los servidores públicos no tienen la misma protección que los particulares?
34. ¿Qué justifica en la práctica del INAI la diferencia de protección de datos entre servidores públicos y particulares? (origen del sistema dual)
35. ¿Los ex-servidores públicos tienen la misma protección de datos personales que los particulares? ¿Conoce casos?
36. ¿Si se sabe que una persona ha muerto deben testarse sus datos personales en documentos públicos? ¿Qué interés se protege si técnicamente esa persona ya no tiene derechos?
37. ¿Existen criterios para saber si una persona es un personaje público? ¿Cuáles? ¿Conoce casos?

f. Diálogo con otros regímenes

38. ¿Qué relaciones existen entre el derecho de acceso a la información pública y su normativa, con el derecho a la libertad de expresión?
39. ¿Considera que existe alguna influencia de las fuentes del sistema interamericano de protección de derechos humanos en la comprensión del derecho de acceso a la información por parte del INAI?

40. ¿Conoce el caso Claude Reyes v. Chile de la Corte IDH? ¿Informes de la Relatoría Especial para la libertad de expresión? ¿La ley modelo Interamericana para el acceso a la información pública?
41. ¿Estos referentes han sido empleados en la ponencia? ¿Conoce casos?
42. ¿Existe alguna influencia de las tesis de la Suprema Corte en materia de libertad de expresión y límites al derecho a la intimidad o la vida privada de los servidores públicos? ¿Conoce casos?

g. Articulación procesal

43. Hay dos caminos para acceder a información en posesión del Estado, el acceso a la información pública y el acceso a datos personales, bajo la idea de que cada uno corresponde a un derecho específico DAIP y DPDP (Arco) ¿Qué diferencias existen entre estos derechos, en términos sustanciales y procesales?

h. Método

44. ¿Cuándo se puede levantar una clasificación por confidencialidad de datos personales? ¿Cuándo se pueden abrir datos personales? (consentimiento del titular, dato público, mandato legal, interés público)
45. ¿Qué se entiende por interés público? ¿Cómo se determina el interés público?
46. ¿En qué consiste la prueba de interés público? ¿Con qué frecuencia es empleada por la Ponencia?
47. ¿Cuáles son los casos más relevantes en que el INAI ha aplicado pruebas de interés público?
48. ¿Cuál es la justificación para emplear pruebas de interés público?
49. ¿Qué opina de esta afirmación: “se usan los términos máxima publicidad e interés público como si fuéramos a comernos unos tacos a la esquina”?
50. ¿Qué entiende por ponderación?
51. ¿Esta Ponencia o el Pleno sigue alguna doctrina específica de ponderación (definida por los Jueces administrativos, por la Suprema Corte, por la Corte Interamericana o por algún doctrinante)?
52. ¿Cuáles son los casos más relevantes en que el INAI ha aplicado el método de ponderación?
53. ¿Cree que la ponderación y la prueba de interés público son útiles para el trabajo del INAI? ¿Por qué? (¿legítima, reduce subjetividad, blinda?)
54. ¿Qué diría frente a la crítica de que la ponderación funciona como un esquema de presentación de argumentos con una función más retórica que sustantiva? (Por ejemplo, los subprincipios de necesidad e idoneidad en estos casos son superfluos, porque existe una contradicción total entre confidencialidad y publicidad, no existe otra medida (menos lesiva-necesidad) a la publicación, y sólo la publicación satisface (es idónea) para garantizar el derecho de acceso)

i. Versión pública

55. ¿Cuál es la justificación de la figura de las versiones públicas?
56. ¿La ponencia tiene alguna forma de verificar que las versiones públicas se elaboren de conformidad con los lineamientos y con sus indicaciones?
57. ¿El INAI ha valorado el costo agregado (carga de trabajo, disposición de recursos de la administración federal, etc.) de ordenar la elaboración de versiones públicas?

j. Operación de la Ponencia y del Pleno

58. ¿Cuál es la función de la junta de directores de ponencia del INAI?
59. ¿Todos los casos se ponen en conocimiento del comisionado, o solo los que se identifican como más relevantes? ¿podría estimar un porcentaje?
60. ¿Cómo se unifica la postura de la ponencia? ¿Qué mecanismos de comunicación existen entre directores y proyectistas?
61. ¿Existe una metodología estándar para la resolución de casos? (¿una especial para casos de abrir información por interés público)?

62. ¿Cómo entiende el concepto de precedente? ¿Considera que el INAI funciona bajo el esquema de un sistema de precedentes? ¿Qué mecanismos garantizan este funcionamiento?
63. ¿Cómo describiría usted el trabajo del INAI, se parece más a un órgano que trabaja en clave de control de constitucionalidad, como un ombudsman, o como un órgano administrativo?
64. ¿Cree que en el trabajo del INAI exista una tensión entre una metodología orientada por principios, y otra orientada por normas precisas en ley, reglamento y lineamientos? (Con frecuencia, solo en algunos casos, nunca)
65. ¿Cuál es el mejor caso resuelto por el INAI-IFAI en su historia? (por el problema abordado, su importancia política, su metodología, su argumentación jurídica)

·∞·