

CRITERIOS PARA LA PONDERACION ENTRE INTEROPERABILIDAD Y PRIVACIDAD EN LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS

Dr. Carlos E. Delpiazzo (*)

SUMARIO:

I) INTRODUCCIÓN. Los términos de un conflicto que es necesario prevenir y evitar. **II) ENFOQUE DESDE LA INTEROPERABILIDAD.** Conveniencia de potenciar el intercambio de información pública entre las Administraciones. **III) ENFOQUE DESDE LA PRIVACIDAD.** Necesidad de resguardar la información privada de las personas. **IV) PONDERACIÓN DEBIDA.** No se trata de una cuestión de jerarquización sino de armonización. **V) CONCLUSION.** El equilibrio como solución y como comportamiento debido de las Administraciones.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Informática Jurídica, Profesor de Derecho Telemático y primer Director del Instituto de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de dicha Universidad (1999 a 2009). Profesor de Derecho Administrativo y Director del Instituto de Derecho Administrativo en la misma Facultad de Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de Derecho Informático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Presidente del VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Montevideo, mayo de 2008). Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesor Visitante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesor Extraordinario Visitante de la Universidad Católica de Salta (Argentina). Autor de varios libros y múltiples trabajos sobre temas de su especialidad. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad Notarial Argentina, de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, de la Asociación Andrés Bello de juristas franco latino americanos, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Presidente del Capítulo Uruguay de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (FIADI) y Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Asesor Letrado del Registro de Direcciones de Internet para América Latina y el Caribe (LACNIC) y de la Cooperación Latinoamericana de Redes Avanzadas (CLARA). Fue Director de la Asesoría Jurídica y de la Unidad de Informática Jurídica de la Contaduría General de la Nación, Director General del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, Subsecretario de Defensa Nacional, Ministro de Salud Pública e interino de Economía y Finanzas, y Senador.

I) INTRODUCCIÓN

Es frecuente hablar de “interoperabilidad versus privacidad” en las Administraciones públicas como si se tratara de los términos de un conflicto necesario.

Es que la expresión “versus” connota oposición, siendo que, desde el punto de vista jurídico, el desafío es el de superar tal aparente antagonismo, previniéndolo y evitándolo ⁽¹⁾.

Para ello, es imprescindible acotar debidamente los campos y tipos de información a que refieren las nociones de “interoperabilidad” (como categoría instrumental del intercambio de *información pública* entre las Administraciones) y la privacidad (referida a la *información privada*).

II) ENFOQUE DESDE LA INTEROPERABILIDAD

La noción de interoperabilidad refiere a la capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información entre ellos ⁽²⁾.

En términos del Decreto chileno N° 81 de 3 de junio de 2004, que aprueba la Norma técnica para los órganos de la Administración del Estado sobre interoperabilidad de documentos electrónicos, la interoperabilidad refiere a la “capacidad que permite a sistemas heterogéneos operar y comunicarse entre sí” (art. 5º, num. 10).

Más descriptivamente, el Real Decreto español N° 4/2010 de 8 de enero de 2010, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, define a la interoperabilidad como la “capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos” (según se consigna en el Glosario adjunto).

A su vez, dicha norma reglamentaria distingue entre interoperabilidad organizativa, semántica, técnica y temporal en los siguientes términos:

⁽¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Protección de datos y acceso a la información pública” (F.C.U., Montevideo, 2009), pág. 11 y sigtes.

⁽²⁾ Ver: dictamen del Instituto de Derecho Informático de 19 de agosto de 2009 acerca del anteproyecto de ley de interoperabilidad preparado por AGESIC, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2010), tomo X.

a) la interoperabilidad organizativa es aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la capacidad de las entidades y de los procesos a través de los cuales llevan a cabo sus actividades para colaborar con el objeto de alcanzar logros mutuamente acordados relativos a los servicios que prestan;

b) la interoperabilidad semántica es aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a que la información intercambiada pueda ser interpretable de forma automática y reutilizable por aplicaciones que no intervinieron en su creación;

c) la interoperabilidad técnica es aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la relación entre sistemas y servicios de tecnologías de la información, incluyendo aspectos tales como las interfaces, la interconexión, la integración de datos y servicios, la presentación de la información, la accesibilidad y la seguridad, u otros de naturaleza análoga; y

d) la interoperabilidad en el tiempo es aquella dimensión de la interoperabilidad relativa a la interacción entre elementos que corresponden a diversas oleadas tecnológicas, manifestándose especialmente en la conservación de la información en soporte electrónico.

En definitiva, la interoperabilidad en el ámbito del Estado consiste en la posibilidad de transferir y utilizar informaciones de manera uniforme y eficiente entre varias organizaciones y sistemas de información.

Consecuentemente, se trata de un *aspecto instrumental* que tiene como sustrato la viabilidad de la circulación de la información pública entre las Administraciones estatales como aspecto sustancial.

Siendo así, resulta indiscutible la conveniencia de fomentar el intercambio de **información pública** entre las Administraciones ⁽³⁾, con lo cual se potencia asimismo el derecho de acceso de los habitantes a dicha información ⁽⁴⁾.

A través del mismo se profundiza el control de la actividad administrativa y de quienes la realizan, permitiendo el pleno ejercicio de la soberanía del pueblo sobre sus mandatarios y, por ende, fortificando el sistema democrático republicano

⁽³⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Marco legal de la automatización de la actividad administrativa", en Rev. Iberoamericana de Derecho Informático (UNED, Mérida, 1998), Nº 19-22, pág. 699 y sigtes.; y "Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado", en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1998), tomo VI, pág. 17 y sigtes.

⁽⁴⁾ Marcela I. BASTERRA - "El derecho fundamental de acceso a la información pública" (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006), pág. 10.

⁽⁵⁾ y coadyuvando a superar el “déficit democrático” que supone el secretismo del obrar público ⁽⁶⁾.

Tres principios generales convocan a la accesibilidad a la información de los entes públicos, siempre que la misma no se encuentre limitada mediante ley dictada por razones de interés general en atención a fines específicos (tal como ocurre con el secreto militar, el secreto estadístico o el secreto tributario, entre otros).

En primer lugar, corresponde mencionar el clásico *principio de publicidad* ⁽⁷⁾.

Según se ha destacado con acierto, el principio de publicidad deriva de la forma republicana de gobierno ⁽⁸⁾ y "las restricciones a la publicidad deben atender a dos criterios: por un lado, deben ser más débiles cuanto mayor sea el interés individual del que pide información; por otro lado, deben ser más débiles cuanto mayor sea la responsabilidad del solicitante por el buen funcionamiento del ente administrativo requerido. Y en ambos casos, la restricción debe ser motivada en una razón que sea suficientemente importante como para compensar la razón genérica que aconseja la publicidad como resorte esencial del sistema republicano. No hay que olvidar que la restricción debe tener siempre un motivo legítimo, derivar de un acto inspirado en alguna razón atendible... Pero si no hay razones para la restricción, aunque tampoco existan motivos especiales para la publicidad, ésta procede; precisamente porque ésta es la solución de principio bajo el sistema republicano" ⁽⁹⁾.

En segundo lugar, íntimamente asociado al principio de publicidad, el *principio de transparencia* supone algo más. Cuando se habla de transparencia de la gestión administrativa, "se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal" ⁽¹⁰⁾.

⁽⁵⁾ Miguel Julio RODRIGUEZ VILLAFANE - "Acceso a la información pública en Argentina", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Montevideo, 2004), Edición 2004, tomo II, pág. 589.

⁽⁶⁾ Luis POMED SANCHEZ - "El acceso a los archivos administrativos. El marco y la práctica administrativa", en Rev. de Administración Pública (Madrid, 1997), Nº 142, pág. 471.

⁽⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo", en Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (Netbiblo, La Coruña, 2008), pág. 607 y sigtes., y en A.A.V.V. - "Los principios en el Derecho Administrativo Uruguayo" (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 31 y sigtes.

⁽⁸⁾ Felipe ROTONDO TORNARIA - "Aproximación a la participación del administrado a la luz de los principios generales", en Rev. de la Facultad de Derecho y C.S., Año XXVI, Nº 1, pág. 63.

⁽⁹⁾ Horacio CASSINELLI MUÑOZ - "El principio de publicidad de la gestión administrativa" cit., tomo 58, págs. 165 y 166; y Elbio J. LOPEZ ROCCA - "Publicidad y secreto en la Administración Pública", en Rev. de Derecho Público, Año 2003, Nº 24, pág. 39 y sigtes.

⁽¹⁰⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa", en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2003), Año II, Nº 3, pág. 113 y

Más allá de la publicidad, la transparencia refiere a la diafanidad del obrar público, permitiendo ver con claridad el actuar de la Administración en la disposición y uso de los fondos públicos y en el obrar de sus funcionarios; "constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen" ⁽¹¹⁾.

Según se ha destacado ⁽¹²⁾, la transparencia se asocia a lo que es visible y accesible, a lo que puede ser conocido y comprendido, por contraposición a lo cerrado, misterioso, inaccesible o inexplicable. Igualmente, la transparencia se asocia a una carga afectiva ligada a la tranquilidad y serenidad provocada por todo aquello que se domina y racionaliza, por oposición a la angustia y perturbación de lo misterioso y desconocido. Además, del contraste entre las sombras y la luz, entre opacidad y transparencia, nacen nuevos métodos que tratan de referir el principio de legalidad, como límite y fundamento de la acción administrativa, al principio de consecución del interés público y del respeto por los derechos de los ciudadanos en el marco del bien común, métodos que tratan de promover los principios de colaboración ciudadana, de participación y de promoción de una nueva y diferente forma de concebir el poder administrativo más próximo a los ciudadanos.

En tercer lugar, desde la perspectiva tecnológica, interesa destacar que la accesibilidad por todos a la información pública y, más aún, al quehacer de las Administraciones públicas está impuesta por el *principio de participación* ⁽¹³⁾.

De acuerdo a dicho principio, existiendo accesibilidad real, corresponde que los habitantes sean informados y consultados en los asuntos que les conciernen ⁽¹⁴⁾.

sigtes.; "La regulación legal del control social y transparencia", en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM, Año 5, Nº 1, pág. 29 y sigtes.; "Control social de la Administración y transparencia", en Rev. lus Publicum (Santiago de Chile, 2003), Nº 11, pág. 43 y sigtes.; y "Transparencia en la contratación administrativa", en "Liber Amicorum Discipulorumque José Aníbal Cagnoni" (F.C.U., Montevideo, 2005), pág. 138 y sigtes.

⁽¹¹⁾ Richard S WERKSMAN y Carlos MAMFRONI - "La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción", en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1996), Año 8, Nº 21-23, pág. 346.

⁽¹²⁾ Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ - "La dimensión ética" (Dykinson, Madrid, 2001), pág. 312.

⁽¹³⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo", en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2005), Nº 5, pág. 63 y sigtes.; y en Rogerio GESTA LEAL (Organizador) - "Administração Pública e Participação Social na América Latina" (Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005), pág. 117 y sigtes.

⁽¹⁴⁾ Laura NAHABETIAN - "Protagonistas del cambio. Derechos ciudadanos y nuevas tecnologías", en X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática (Santiago de Chile, 2004), pág. 120 y sigtes.

Ahora bien: según se ha destacado con acierto, el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos constituye un “derecho encrucijada”⁽¹⁵⁾, habida cuenta del cúmulo de datos personales en poder de las Administraciones públicas, obtenidos a través del ejercicio de sus diversos cometidos.

Por lo tanto, es preciso preservar que, por la vía del intercambio de información entre las Administraciones que posibilita la interoperabilidad y del consiguiente acceso por los habitantes a esa información, no pueda verse herida la privacidad de las personas.

III) ENFOQUE DESDE LA PRIVACIDAD

Como ya he tenido oportunidad de destacarlo⁽¹⁶⁾, desde que Samuel WARREN y Luis BRANDEIS perfilaron el clásico “right to be alone” (1890) hasta el presente, ha discurrido mucha agua debajo de los puentes respecto al *derecho a la intimidad*, transitándose -al impulso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones- hacia la libertad informática, la autodeterminación informativa y el derecho a la protección de los datos personales.

La globalización de la información privada ha adicionado una nueva tonalidad a la cuestión, que exorbita el concepto clásico de intimidad, abriendo cauce a su distinción del *derecho a la privacidad* (derivada de la expresión inglesa “privacy”), concebida como más amplia que aquélla al aludir a datos no íntimos pero que la persona no quiere que sean difundidos.

Si bien muchos autores identifican intimidad y privacidad, es posible diferenciarlas desde una perspectiva perfeccionadora de la tutela de la persona humana en su eminente dignidad⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Manuel ALVAREZ RICO e Isabel ALVAREZ RICO - “Derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en la nueva ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”, en Rev. de Administración Pública (Madrid, 1994), Nº 135, pág. 479 y sigtes.

⁽¹⁶⁾ Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - “Lecciones de Derecho Telemático” (F.C.U., Montevideo, 2009), tomo II, pág. 57.

⁽¹⁷⁾ Carlos E. DELPIAZZO - “Dignidad humana y Derecho” (U.M., Montevideo, 2001), pág. 123 y sigtes.; “Protección de los datos personales en tiempos de Internet. El nuevo rostro del derecho a la intimidad”, en Rev. de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, 2002), Nº III, pág. 253 y sigtes.; “Nueva regulación de la tutela de los datos personales y habeas data en el Derecho uruguayo”, en “El Derecho en Red. Estudios en homenaje al Prof. Mario G. Losano” (Dykinson, Madrid, 2006), pág. 241 y sigtes.; “El derecho a la intimidad en el nuevo horizonte telecomunicativo”, en Mariliana RICO CARRILLO, Coordinadora - “Derecho de las nuevas tecnologías” (Edic. La Rocca, Buenos Aires, 2007), pág. 129 y sigtes.; “Marco actual de la protección de datos”, en Rev. Derecho y Nuevas Tecnologías (Buenos Aires, 2006), Años 4-5, Nº 6-7-8, pág. 527 y sigtes.; y “El derecho a la intimidad en el ciberespacio”, en Anales de las 30 Jornadas Argentinas de Informática e Investigación Operativa, Buenos Aires, 2001, pág. 51 y sigtes.

Así, se ha dicho que: “La protección de los datos personales -entre los que debemos encuadrar aquellos que, unidos al individuo, se pueden considerar como características que definen a la persona y a su entorno, en su convivencia social- está suficientemente protegida en las nuevas legislaciones, mediante el derecho a la intimidad. Es cuando surge la Informática y la posibilidad de tratamiento automatizado de la información y su trasmisión telemática -que proporciona unas características especiales a la información, añadiendo posibilidades de tratamiento en tiempos pequeños, de volúmenes grandes, con las particularidades informáticas de procesamiento de la misma que, en principio, tienen una potencial agresividad contra la intimidad de la persona, en formas diferentes- cuando aparece una nueva relación entre datos y personas, que necesita que el individuo sea protegido más allá de las normas referentes a la intimidad. El derecho que se trata de proteger no es solamente el de la intimidad, sino algo con mayor profundidad, que en los ordenamientos de ámbito anglosajón, se ha dado en llamar “privacy” y que nosotros hemos castellanizado como privacidad”⁽¹⁸⁾.

En esa línea, la antigua ley española de protección de datos Nº 5/1992 señalaba en su exposición de motivos que la intimidad “protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona”, mientras que la privacidad “constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

Si se admite tal diferenciación, los aludidos derechos podrían representarse en círculos concéntricos, en cuyo marco el derecho a la protección de datos personales comprende los datos que afectan a la vida íntima de la persona, pero también a todos aquellos que la identifiquen o puedan identificarla y, al hacerlo, puedan ser susceptibles de producir, en determinadas circunstancias, una amenaza para el individuo. Consecuentemente, faculta a la persona a decidir cuáles proporciona a un tercero y para saber quién los posee y para qué finalidad concreta. El ejercicio de ese poder se manifiesta en la posibilidad de consentir la colecta, tratamiento y uso de los datos, así como en el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición⁽¹⁹⁾.

De este modo, la reserva de la **información privada** o de carácter personal se opone a la publicidad que, por principio, tiene la información pública, distinción que, desde el punto de vista práctico, se ve diluida por el avance de Internet⁽²⁰⁾ sin que el mismo alcance para desnaturalizar su esencia.

⁽¹⁸⁾ Miguel Angel DAVARA RODRIGUEZ - “Manual de Derecho Informático” (Thomson - Aranzadi, Navarra, 2004), 6ª edición, págs. 53 y 54.

⁽¹⁹⁾ Alvaro CANALES GIL - “La protección de datos personales como derecho fundamental”, en anuario “Derecho Informático” (F.C.U., Montevideo, 2004), tomo IV, pág. 265.

⁽²⁰⁾ José Julio FERNANDEZ RODRIGUEZ - “Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet” (Thomson Civitas, Madrid, 2004), pág. 56 y sigtes.

Abonan la confidencialidad de la información de carácter personal -erigida ella misma como principio general- un conjunto de otros principios generales de Derecho que, con distintos grados de explicitación, son reconocidos a nivel comparado ⁽²¹⁾.

En primer lugar, corresponde mencionar el *principio de justificación*, según el cual la recolección de datos personales deberá tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables.

En segundo lugar, reviste vital importancia el *principio de limitación de la recolección*, según el cual los datos deberán ser recolectados por medios lícitos y con conocimiento y consentimiento del interesado, acotándose al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido.

En tercer lugar, conforme al *principio de veracidad* o fidelidad de la información, los datos personales que se registren deberán ser exactos, completos y actuales, rectificándose o cancelándose en su caso.

En cuarto lugar, el *principio de especificación* del propósito obliga a que en el momento de recolectarse los datos se informe con qué objetivo ello se hace, no pudiendo luego usarse para fines diferentes.

En quinto lugar, el *principio de seguridad* obliga a que todo responsable del registro de datos personales deba adoptar las medidas de reserva y cautela adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado.

En sexto lugar, el *principio de limitación temporal* determina que los datos personales no puedan conservarse más allá del tiempo requerido para alcanzar el objetivo para el cual fueron recolectados.

IV) PONDERACIÓN DEBIDA

A partir de la diferenciación entre información pública y privada y de los consiguientes derechos humanos de acceso a la primera y de protección de la segunda, es posible alcanzar la debida ponderación entre interoperabilidad y privacidad.

En efecto, la circulación de la información pública entre las Administraciones no es una libertad de éstas -la libertad se predica de las personas y no de las Administraciones como instrumentos de servicio a la sociedad y sus integrantes- sino un deber de servicialidad inherente a su

⁽²¹⁾ Carlos E. DELPIAZZO y María José VIEGA - "Lecciones de Derecho Telemático" (F.C.U., Montevideo, 2004, reedición 2009), tomo I, págs. 75 y 76.

naturaleza vicarial para el bien común tendiente a hacer más eficaz su obrar y a garantizar el ejercicio del derecho de acceso por parte de todos los habitantes.

Distinta es la situación de la información privada, la cual no puede considerarse comprendida dentro de ese amplio flujo interadministrativo de datos, que no puede referir a los personales sino tan sólo a los públicos.

Bajo una perspectiva general, la cuestión no es novedosa sino que plantea -en nuevos términos⁽²²⁾- el viejo dilema de si los derechos humanos entran o no en colisión, temática que enfrenta al menos dos visiones⁽²³⁾: la de quienes sostienen el “conflictivismo” entre los derechos⁽²⁴⁾ y la de quienes, en cambio, postulan el “coherentismo” o compatibilidad de los derechos, procurando su armonización⁽²⁵⁾.

El punto de partida no puede ser otro que la propia noción de Estado de Derecho, caracterizada no sólo por el respeto y la garantía del conjunto de los derechos fundamentales, sino por el armónico relacionamiento de éstos, en atención a la centralidad de la persona y en orden a su realización.

En efecto, los derechos humanos no admiten ser considerados exclusivamente como *limitación al poder estatal*, erigiéndose también frente a los demás particulares. Como se ha señalado, “es claro que es el hombre, con su dignidad, con su naturaleza, con su personalidad, el que propone la materia de los derechos humanos, pero la proporciona porque es aquella misma naturaleza la que está inserta esencial y existencialmente en un orbe de relaciones sociales, en una sociedad”⁽²⁶⁾.

Tal circunstancia de la *limitación frente a los demás* no puede llevar a pensar en la inexistencia de la pretendida armonía entre derechos, afirmando la constante colisión de los mismos, en el marco de las relaciones sociales en que está inserto el hombre.

Es que, “los derechos, a diferencia de los intereses de las personas, son armónicos (...). Los seres humanos tenemos pretensiones y somos capaces de advertir que los demás también las tienen, y que para cada uno la propia pretensión constituye una verdad incontestable. Un orden jurídico se construye al

⁽²²⁾ María del Camino VIDAL FUEYO - “Libertades públicas y nuevas tecnologías”, en Fernando GALINDO (Coordinador) - “Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los Poderes públicos” (Thomson Civitas, Madrid, 2006), pág. 315 y sigtes.

⁽²³⁾ Carlos E. GUARIGLIA - “El conflicto entre los derechos fundamentales” (A.M.F., Montevideo, 2007), pág. 310 y sigtes.

⁽²⁴⁾ Juan CIANCIARDO - “El conflictivismo en los derechos fundamentales” (Eunsa, Pamplona, 2000).

⁽²⁵⁾ Luis PRIETO SANCHIS - “Constitucionalismo y galantismo”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (Editores) - “Galantismo” (Trotta, Madrid, 2005), pág. 48 y sigtes.

⁽²⁶⁾ Germán BIDART CAMPOS - “Teoría General de los Derechos Humanos” (UNAM, México, 1989), pág. 147.

advertir esta igualdad de los diferentes individuos, que es precisamente lo que origina la concurrencia o el conflicto potencial. Si el otro es tratado como un obstáculo, como una cosa, no hay orden jurídico, sino violencia; pero si es reconocido como un igual, se podrá tratar de armonizar la propia aspiración con las ajenas y, sobre la base de una verdad común, construir una regla de convivencia, esto es, un orden jurídico”⁽²⁷⁾.

La armonización de los derechos se impone asimismo como consecuencia de una adecuada hermenéutica constitucional, que parte de la necesaria unidad de la Constitución, haciendo compatible internamente su contenido, y evitando la supresión recíproca de disposiciones, al menos en los casos concretos.

Lo antedicho conduce a la constatación de que salvo respecto a la vida - supuesto de todos los demás derechos humanos- no hay jerarquías rígidas entre los derechos ya que no hay fundamento alguno de Derecho positivo para atribuir diferente peso a los derechos, pretendiendo dar solución, por esta vía, a los supuestos casos de conflictos o colisiones entre ellos.

Según se ha destacado, “las diferentes jerarquizaciones propuestas suelen depender de criterios y baremos que, aunque gozan de cierta justificabilidad en términos constitucionales, se encuentran fuertemente marcados por condicionamientos ideológicos”⁽²⁸⁾.

En todo caso, puede ser un método idóneo de interpretación constitucional empleado en la resolución de los supuestos conflictos entre derechos, el denominado “balancing test” o ponderación de los derechos aparentemente enfrentados.

Según se ha dicho, “Los expositores de esta tesis procuran sopesar los derechos en juego. El punto de partida radica en considerar que todos los derechos y bienes son iguales y equivalentes entre sí, por lo que se impone una necesaria y casuística ponderación. Por regla general, los partidarios de esta tesis no proporcionan criterios para realizar la ponderación”⁽²⁹⁾.

El problema de los métodos referidos es que llevan implícito que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos debe sacrificarse en aras de un contrincante superior en abstracto y a priori -tal es el caso de la categorización o jerarquización- o superior en concreto -como ocurre con el método del balance- lo que elimina matices y multiplica las falsas oposiciones: derecho de información o derecho al honor, libertad de la mujer o

⁽²⁷⁾ Pedro SERNA y Fernando TOLLER - “Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales” (La Ley, Buenos Aires, 2000), págs. 38 y 39.

⁽²⁸⁾ Pedro SERNA y Fernando TOLLER - “Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales” cit., pág. 7.

⁽²⁹⁾ Eduardo ESTEVA GALLICCHIO - “Los conflictos entre el derecho a la información y el derecho al honor en el Derecho comparado”, en Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2002), Año I, N° 1, pág. 92.

vida del concebido o nacido, libertad de empresa o justicia social, ecología o desarrollo, ocupación o propiedad.

Por eso, partiendo de la necesaria interpretación armónica de los derechos, impuesta no sólo por la unidad del sujeto humano, sino también por la regla general de interpretación constitucional sistemática, en casos de concurrencia de derechos, la labor del intérprete debe centrarse en pensar cada uno de los derechos en juego desde su *contenido esencial*, a efectos de determinar, no el “peso” concreto de los mismos para apreciar cuál es más importante o cuál debe rendirse, sino cuál de ellos comparece y cuál no en el caso concreto.

Determinar el contenido esencial de un derecho implica mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable. El contenido esencial no es la última valla, que defiende un pequeño reducto inexpugnable para que aún pueda decirse que existe el derecho, sino que implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexceptable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias ⁽³⁰⁾.

Desde un enfoque particular, el equilibrio entre el derecho a la información (y su desprendimiento, el derecho de acceso a la información pública) por una parte, y el derecho a la protección de datos personales (ubicado concéntricamente con los derechos a la intimidad y a la privacidad) por otra parte, aboga a favor de este último cuando existen datos personales en poder de la Administración susceptibles de ser accedidos no sólo por el titular sino por terceros.

Varias razones respaldan tal afirmación, que se sustenta en consideraciones que hacen a la diversa naturaleza de la información en juego, a los bienes jurídicos a ponderar, a los fines y, en definitiva, al contenido esencial de cada uno de ambos derechos.

En primer lugar, debe atenderse a la *diferente naturaleza de la información* de que se trata en uno y otro caso; no puede confundirse la información pública con los datos personales que puedan formar parte de expedientes o registros administrativos. Ello significa que el derecho de acceso por cualquier ciudadano a la información en poder de las Administraciones públicas no alcanza a toda la información sino específicamente a la calificable como pública ⁽³¹⁾, la cual no comprende a la de carácter privado o personal ni a las secretas por imperio de la ley dictada en razón del interés general.

⁽³⁰⁾ Carlos E. DELPIAZZO y Andrés ROBAINA RAGGIO - “Estado de Derecho y ocupaciones”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo (Montevideo, 2006), Año V, Nº 9, pág. 10.

⁽³¹⁾ Marcela I. BASTERRA - “El derecho fundamental de acceso a la información pública” cit., págs. 411 y sigtes. y 416 y sigtes.

En segundo lugar, coadyuva con lo anterior la determinación del *bien jurídico tutelado*, el cual impone la reserva sobre lo íntimo de cada persona. El que los datos personales se encuentren en poder de la Administración no implica que su tratamiento esté liberado de la observancia del régimen protector ni mucho menos que puedan procesarse con cualquier propósito distinto al que motivó su colecta sin consentimiento del interesado ⁽³²⁾.

En tercer lugar, no puede dejar de considerarse la *diversidad de fines* que persigue cada derecho en el conjunto de los demás derechos. Si el ejercicio de un derecho afecta la consecución de la finalidad de otro, entonces habrá que examinar si la finalidad que persigue el primero se encuentra en correspondencia con la finalidad que persigue el segundo ⁽³³⁾. En la especie, es evidente que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, si no respeta el límite de la información privada, desvirtúa su fin. A su vez, la reserva de los datos personales no afecta el contenido esencial del derecho de acceso a los documentos administrativos.

En cuarto lugar, lo antedicho resulta corroborado porque la argumentación teleológica permite determinar el *contenido esencial* de cada derecho, impidiendo su desfiguración.

En el caso, el núcleo duro determinante del derecho a la protección de los datos personales es la dignidad humana ⁽³⁴⁾ mientras que el derecho de acceso a la información pública se sustenta en la transparencia connatural a la servicialidad de la Administración ⁽³⁵⁾.

Finalmente, los principios generales antes referidos confirman el equilibrio que debe (teóricamente) y puede (prácticamente) reinar entre los derechos bajo examen. En especial, los principios de reserva y publicidad, que aparecen como opuestos entre sí, no lo son si se consideran los respectivos objetos informativos sobre los que aplican y la diferente naturaleza jurídica de los mismos: la información privada consistente en datos personales por un lado y la información pública por otro ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ Angel Daniel OLIVER-LALANA - "Internet como fuente de información accesible al público: pensando en el derecho de protección de datos en su contexto social y jurídico", en Rev. de Contratación Electrónica, Año 2006, N° 77, pág. 24.

⁽³³⁾ Carlos E. GUARIGLIA - "El conflicto entre los derechos fundamentales" cit., pág. 407.

⁽³⁴⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Dignidad humana y Derecho" cit., pág. 27 y sigtes.; Héctor GROS ESPIELL - "La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" (Universidad de la República, Montevideo, 2003), pág. 9 y sigtes.; y José Aníbal CAGNONI - "La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en CATEDRA UNESCO DE DERECHOS HUMANOS - "Dignidad Humana" cit., pág. 65 y sigtes., y en Rev. de Derecho Público, Año 2003, N° 23, pág. 11 y sigtes.

⁽³⁵⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo Uruguayo" (Porrúa - UNAM, México, 2005), pág. 7 y sigtes.

⁽³⁶⁾ Carlos E. DELPIAZZO - "¿Qué es el habeas data", en Rev. CADE de Doctrina y Jurisprudencia (Montevideo, 2009), tomo I, pág. 35 y sigtes.

V) CONCLUSION

A modo de conclusión, es preciso afirmar el equilibrio como solución y como comportamiento debido de las Administraciones, tanto desde el punto de vista sustancial como instrumental.

Sustancialmente, la circulación de información entre las Administraciones y su acceso amplio por los habitantes (en ejercicio de su derecho de acceso) debe referir a la **información pública**, mientras que, al revés, la protección de la privacidad de las personas obligará a las Administraciones a cautelar la **información privada** referente a ellas. Ello es así porque, según ha quedado demostrado, los respectivos contenidos esenciales de ambos derechos abogan por la tutela de los distintos tipos de información: pública en un caso y privada en el otro.

Por otra parte, *instrumentalmente*, la interoperabilidad debe ser funcional a la **información pública** de que disponen las Administraciones pero puede conspirar contra la privacidad si se extiende sin más a la **información privada** de cada individuo que esté en poder de aquellas.

Lo que subyace a la cuestión planteada es la calidad del Estado de Derecho, al que todos debemos el aporte de nuestro esfuerzo y sin cuya plena vigencia y perfeccionamiento cotidiano vano es pensar en la tutela de los derechos fundamentales de última generación.