



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

**La protección de datos personales como límite al acceso a la
información pública: las condiciones de un equilibrio necesario**

Un análisis comparado entre Chile y España

Alumno: Felipe Flores Cabrera

Tutora: Dra. Elisenda Malaret García

Máster de Estudios Jurídicos Avanzados

Curso 2022-2023

Barcelona, septiembre 2023

Nota sobre citas y referencias bibliográficas

- Para la incorporación de las referencias bibliográficas en el texto (citas textuales y contextuales) se aplica el sistema continental.
- El estilo de citas y referencias bibliográficas de fuentes generales se basa en *Chicago Manual of Style 17th edition*. En el caso de las citas y referencias bibliográficas de legislación y jurisprudencia, se aplican las recomendaciones recogidas en la guía de Bonilla, H.F., i Cerón, M. Y. (2011). *La citació de les fonts jurídiques en l'àmbit autonòmic, estatal i internacional*. Barcelona¹.

¹ Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/33344/1/comcitardocumentals.pdf>.

Resumen

En la sociedad de la información la tensión entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales ha sido permanente y, con ello, ha surgido la necesidad de encontrar mecanismos para lograr el equilibrio entre ambos derechos. El objetivo del presente trabajo es analizar comparativamente las condiciones de equilibrio previstas en Chile y España, para lograr una adecuada ponderación en aquellos casos en que el derecho de protección de datos personales se esgrime como un límite al acceso a la información pública. La investigación se aborda mediante un análisis sistemático de la normativa que regula los derechos que se estudian, así como de la doctrina administrativa emanada de las resoluciones de los consejos para la transparencia de Chile y España. Se concluye que, debido a factores vinculados principalmente con el diseño institucional, en Chile se ha producido una infravaloración de la protección de datos personales respecto al derecho de acceso a la información pública. En cambio, en el modelo español, al contemplarse un grado de equivalencia de las instituciones garantes de ambos derechos, unos criterios de ponderación previstos por el legislador y una determinada cualificación profesional en la autoridad administrativa de transparencia, el equilibrio entre ambos derechos es más probable. Ante la situación anterior, el legislador chileno ha tomado nota.

Palabras claves: acceso a la información pública; protección de datos personales; equilibrio; ponderación.

Abstract

In the information society, the tension between access to public information and the protection of personal data has been permanent and, with this, the need to find mechanisms to achieve a balance between both rights has arisen. The objective of this work is to comparatively analyze the balance conditions provided in Chile and Spain, to achieve an adequate weighting in those cases in which the right to protection of personal data is used as a limit to access to public information. The investigation is approached through a systematic analysis of the regulations that regulate the rights being studied, as well as the administrative doctrine emanating from the resolutions of the transparency councils of Chile and Spain. It is concluded that, due to factors linked mainly to the institutional design, in Chile there has been an undervaluation of the protection of personal data with respect to the right of access to public information. On the other hand, in the Spanish model, by considering a degree of equivalence of the institutions guaranteeing both rights, weighting criteria provided by the legislator and a certain professional qualification in the administrative transparency authority, the balance between both rights is more probable. Given the previous situation, the Chilean legislator has taken note.

Key words: access to public information; personal data protection; balance; weighing.

Índice

Introducción.....	7
1. El reconocimiento normativo y la naturaleza jurídica de los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales en Chile y España.....	11
1.1 El acceso a la información pública como derecho fundamental y como derecho constitucional de configuración legal	11
1.2 La protección de datos personales como derecho fundamental.....	17
2. Los órganos administrativos garantes de los derechos en Chile y España.....	21
2.1 Los consejos para la transparencia: una misma función con una estructura orgánica diversa.....	21
2.2 El control de la protección de datos personales: la agencia española y el modelo fragmentado chileno.....	26
3. La relación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho de protección de datos personales en Chile y España.....	29
3.1 La protección de datos personales como límite.....	29
3.2 La aplicabilidad de la normativa reguladora de la protección de datos personales...	31
3.3 La definición de los criterios de ponderación.....	33
3.4 Los criterios de ponderación.....	35
4. El límite de la protección de datos personales en las resoluciones del CT y CTBG.....	41
Conclusiones.....	45
Bibliografía.....	49

Lista de abreviaturas y siglas

CC:	Constitución de Chile
CE:	Constitución de España
CT:	Consejo para la Transparencia
CTBG:	Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno
LAIP:	Ley sobre Acceso a la Información Pública
LTAIPBG:	Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno
LPVP:	Ley sobre Protección de la Vida Privada.
LPDPGDD:	Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.
RGPD:	Reglamento General de Protección de Datos
AEPD:	Agencia Española de Protección de Datos
TCC:	Tribunal Constitucional de Chile
TCE:	Tribunal Constitucional de España
TS:	Tribunal Supremo
UE:	Unión Europea

Introducción

Conocido es el valor de la transparencia en las sociedades democráticas, en la medida que permite que la ciudadanía pueda conocer cómo las autoridades y los órganos de la administración del Estado adoptan decisiones en el ejercicio de sus funciones. El conocimiento del funcionamiento de «lo público», es posible, entre otros medios, por el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, como mecanismo esencial para alcanzar la transparencia que deviene cada vez más relevante en la concreción del control social de los ciudadanos sobre las autoridades públicas.

Con todo, el derecho de acceso a la información pública no es absoluto. Entre la gran cantidad de información que maneja la administración del Estado se encuentran datos personales de funcionarios públicos y de terceros que no desempeñan funciones públicas, por ejemplo: datos de salud incluidos en fichas clínicas, datos de afiliación a organizaciones sindicales o datos vinculados a la formación profesional de una persona determinada. Esos datos, en principio, podrían no dar cuenta de la forma en que se adoptan las decisiones públicas y, en consecuencia, quedarían fuera del alcance del derecho de acceso a la información. En este sentido, el derecho de protección de datos personales (o autodeterminación informativa) constituye uno de los límites al derecho de acceso a la información pública.

El reconocimiento del referido límite implica una tensión entre dos derechos que, no obstante recaer sobre un mismo objeto (la información), están inspirados en principios opuestos. El derecho de acceso a la información pública apunta a la mayor divulgación posible de la información que obra en poder de los órganos que cumplen funciones públicas, mientras que la protección de datos personales estriba en el control de la información relativa a personas naturales con el fin de garantizar que estas decidan sobre su uso.

La colisión entre los derechos señalados es constante. De hecho, la evidencia demuestra que cerca de la cuarta parte de las decisiones dictadas en el Consejo para la Transparencia de Chile en un trimestre determinado se vinculan con el derecho de protección de datos

personales². En un sentido similar, en el caso de España, la protección de datos personales constituye la principal causal de denegación del derecho de acceso a la información pública³.

La inevitable tensión exige que los ordenamientos jurídicos planteen un delicado equilibrio que habrá de resolverse a través de juicios ponderativos⁴. Ese equilibrio debe ser entendido como el máximo alcance de los bienes jurídicos tutelados hasta su nivel de desarrollo compatible⁵, sin sacrificar uno en favor del otro, toda vez que ambos derechos son relevantes en un Estado democrático de derecho.

En Chile la colisión de ambos derechos se ha resuelto indebidamente, en importantes casos del CT, en desmedro de la protección de datos personales, mediante una infravaloración de ese derecho, sin perjuicio de su reconocimiento constitucional. Así, se ha producido un desequilibrio en favor de la transparencia.

Debido a lo anterior, el objetivo del presente trabajo es analizar las condiciones de equilibrio previstas en el ordenamiento jurídico chileno en comparación al ordenamiento jurídico español⁶. Lo que motiva la comparación, es que el sistema jurídico español, a diferencia del chileno, contempla un enfoque sistemático en la regulación de ambos derechos y reconoce, además, la dimensión institucional del acceso a la información pública y de la protección de datos personales, por cuanto considera la existencia de autoridades de control independientes.

² Enrique Rajevic Mosler, «Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación», en *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*, coordinado por Raúl Arrieta Cortés (Santiago, Chile: Expansiva, 2011), 150.

³ Severiano Fernández Ramos, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Ley 19-2013, de 9 de diciembre*, 1a. ed. (Navarra: Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014), 180-181. A mayor abundamiento, conforme a los datos oficiales del Boletín Estadístico del Portal de Transparencia de la Administración General del Estado, de junio de 2023, la protección de datos personales es invocada como causal de denegación en un 20.69% de casos, en relación a los expedientes admitidos a trámite. Lo anterior, disponible en https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:07033199-234b-48c7-abf6-6c3c11c25768/2023_06_Boletin_Portal_en_cifras.pdf.

⁴ Emilio Guichot, *Datos personales y administración pública*, 1ª ed. (Navarra: Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2005), 271. En este mismo sentido, Piñar Mañas hace presente que ni el acceso a la información ni la protección de datos personales son absolutos, y que es imprescindible conseguir un equilibrio entre ambos derechos. En José Luis Piñar Mañas «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 José Luis Piñar Mañas (director) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, 1a ed., (Madrid: Reus, 2014), 51.

⁵ Francisco Javier Sanz-Salguero, «Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública», *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º48 (2017): 138.

⁶ Atendido los límites de la extensión del presente trabajo, el análisis se circunscribe principalmente al nivel estatal, sin perjuicio de referencias puntuales a los ámbitos multinivel y autonómico.

Dichas notas características del modelo español permiten que la consecución de un correcto juicio ponderativo (y en consecuencia el equilibrio entre ambos derechos) sea más probable, en la medida que se establece un nivel de equivalencia no únicamente en el plano del reconocimiento de los derechos subjetivos sino también en el plano institucional. Este enfoque sistemático en la regulación de la autodeterminación informativa como límite al derecho de acceso a la información pública resulta indispensable para lograr una adecuada conciliación de los derechos que se examinan.

La micro comparación entre Chile y España es abordada mediante un análisis sobre la normativa, jurisprudencia y doctrina de ambos países en torno a la pregunta sobre cómo resolver el problema del equilibrio entre ambos derechos.

A modo de prevención general respecto de la comparación que se realiza, cabe tener presente que los sistemas jurídicos de Chile y España se asientan en la tradición romano-germánica⁷, con conceptos jurídicos similares que facilitan la comparación y la comprensión de las instituciones que se analizan. Luego, al tratarse de ordenamientos que forman parte de una misma tradición jurídica y que, a su vez, presentan soluciones diversas al problema de la conciliación de los derechos objeto de estudio, es razonable esperar que de la comparación se puedan identificar posibles mejoras para ambos sistemas jurídicos.

Para efectos de sistematizar el análisis, el presente trabajo se estructura en cuatro capítulos. En el primero se aborda la dimensión subjetiva de los derechos objetos de estudio; su naturaleza jurídica y la forma en que son reconocidos en las respectivas constituciones y desarrollados en las leyes orgánicas u ordinarias. Se pretende con ello, analizar el grado de equivalencia existente en el reconocimiento de los derechos, como una primera, aunque insuficiente, condición para la consecución de un equilibrio adecuado.

En el segundo capítulo se examina la institucionalidad establecida en ambos países para garantizar la efectividad del acceso a la información pública y de la protección de datos personales. Lo anterior, en el entendido que una segunda condición para la consecución del equilibrio es la equivalencia institucional de los derechos, específicamente entre los órganos

⁷ René David et al., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010), 36.

administrativas independientes garantes de derechos, cuya existencia permite el adecuado amparo, desarrollo y promoción de los derechos reconocidos a nivel constitucional y legal.

En el tercer capítulo se revisa la relación existente entre las leyes reguladoras de los derechos estudiados. Así, se reflexiona sobre cuatro aspectos: 1) la manera en que se regula la protección de datos personales como causal de denegación del derecho de acceso a la información pública, 2) la aplicabilidad (o no) de la ley que regula la protección de datos personales en el marco del procedimiento de acceso a la información pública, 3) el modo de definición de los criterios de ponderación previstos para resolver los casos de colisión y 4) la revisión del contenido de estos criterios.

En último término, luego del análisis sobre la forma en que ambos ordenamientos fijan y delimitan un marco para la relación entre los derechos, en el capítulo cuarto se analizan las resoluciones adoptadas por el Consejo para la Transparencia de Chile y por el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno de España en aquellos casos en que el derecho de protección de datos personales ha sido esgrimido como causal de denegación de solicitudes de acceso a la información pública. La revisión de resoluciones pretende dar cuenta de la diferencia en los juicios ponderativos llevados a cabo en las decisiones de las autoridades de transparencia.

1. El reconocimiento normativo y la naturaleza jurídica de los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales en Chile y España

El punto de partida del análisis de las condiciones de equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y la autodeterminación informativa es el nivel de equivalencia del reconocimiento de estos como derechos en la constitución y en las leyes orgánicas u ordinarias. Aquel reconocimiento determina además su naturaleza jurídica.

1.1 El acceso a la información pública como derecho fundamental y como derecho constitucional de configuración legal

Una nota común en el caso de Chile y España es que el derecho de acceso a la información pública no está reconocido de forma explícita y autónoma en el catálogo de derechos fundamentales de las respectivas constituciones.

En el caso chileno a partir del año 2005, en el artículo 8° inciso 2° de la CC⁸ situado en el capítulo I sobre «Bases de la Institucionalidad», se establece como principio de rango constitucional que «los actos, resoluciones, procedimientos y fundamentos de los órganos del Estado son públicos», y se fija que dentro de los límites a la publicidad se encuentran los derechos de las personas.

La referida regulación constitucional es desarrollada en la ley. Así, como consecuencia de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros versus Chile*⁹, del año 2006, que determinó la obligación del Estado chileno de adoptar un régimen legal de acceso a la información pública¹⁰, desde el año 2008 el derecho

⁸ El Decreto 100, de 27 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. (D.O. de 22 de septiembre de 2005), dispone en su artículo 8 inciso 2 que «Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional».

⁹ Como bien refiere Pérez Conchillo, dicha sentencia marca un hito en el reconocimiento del derecho de acceso, pues constituye el primer reconocimiento expreso de este derecho como derecho humano vinculado a la libertad de información (del artículo 13 Convención Americana de Derechos Humanos) por un tribunal internacional. En Eloisa Pérez Conchillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional* (Navarra: Cizur Menor, Aranzadi, 2023), 245.

¹⁰ En sentencia de 19 de diciembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, determinó: «165. La Corte considera que el Estado debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información bajo el control del Estado sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información».

de acceso a la información pública está presente de forma explícita en el artículo 10 de la LAIP. En ese artículo se reconoce a toda persona la posibilidad de solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece dicha ley.

Unido al reconocimiento explícito del derecho de acceso, la LAIP regula la obligación de transparencia activa de los órganos de la administración del Estado, crea una autoridad de control, diseña un régimen de sanciones y, entre otras instituciones, fija límites o causales de reserva al acceso¹¹. Entre los límites reconocidos se encuentran «los derechos de las personas», sobre lo cual se profundizará más adelante.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública en Chile, resulta atinente tener presente que el TCC ha advertido que el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 numeral 12 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental de la libertad de emitir opinión y de informar¹².

Además, el TCC ha señalado¹³ que respecto al derecho de acceso a la información pública se debe considerar lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2° de la CC, que permite incorporar como parte de los derechos asegurados el contenido de derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Así, entre los tratados ratificados, se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 13)¹⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19)¹⁵, que consideran como parte de la libertad de expresión la facultad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La posición del TCC, en orden a considerar el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, es compartida por la doctrina¹⁶.

¹¹ Artículos 21, 31, 45, 46, 47, 48 y 49 de la LAIP.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 2246/2012 de 31 de enero de 2013, considerando 22°.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 634/2006, de 9 de agosto de 2007, considerando 9°.

¹⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. En Chile, publicada en el D.O. el 5 de enero de 1991.

¹⁵ Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. En Chile, publicado en el D.O. el 29 de abril de 1989.

¹⁶ Gonzalo García y Pablo Contreras, «Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional», *Revista de Estudios Constitucionales*, n.º1, (2009): 141. Francisco Javier Sanz Salguero, «Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública», 153-154. Manuel Sánchez de Diego de la Riva y Carmen Droguett

Por otra parte, en el caso de España la CE, en el artículo 105 letra b) ubicado en el Título IV «del Gobierno y de la Administración», entrega a la ley la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos¹⁷ y reconoce la intimidad de las personas como límite al acceso.

Luego, a nivel legal, a partir de la necesidad de asentar una regulación general y amplia en materia de transparencia que considerase su dimensión activa y pasiva, similar a la existente en los países de la región¹⁸, y en el contexto de una crisis económica y de corrupción extendida que impulsó la tentativa de recuperar la credibilidad de la sociedad en las instituciones¹⁹, un lustro después que la legislación chilena la LTAIPBG desarrolló el derecho de acceso a la información pública, reconocido a todas las personas²⁰. Además, esa ley consagra la transparencia en su vertiente activa, regula una autoridad de control, contempla un régimen sancionatorio y establece los límites del derecho de acceso²¹.

El marco normativo constitucional y legal descrito determina la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. En efecto, teniendo en consideración la referencia que en el art. 105 letra b) CE se realiza al acceso de archivos y registros administrativos, y la regulación del derecho de acceso a la información pública por una ley de rango ordinario, como bien señala Pérez Conchillo (sin perjuicio de las posiciones doctrinarias²²) la opción del legislador para dar cumplimiento al mandato del artículo 105.b)

González, «El derecho de acceder a la información y la protección de datos personales. Análisis crítico de la regulación en Chile y España», en Ángela Moreno Bobadilla y María Isabel Serrano Maillou (Directoras), *El Derecho a la protección de datos personales en Europa y en América: diferentes visiones para una misma realidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 66-67.

¹⁷ Conforme al artículo 105 letra b) de la CE «La ley regulará (...) b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

¹⁸ José María Porrás Ramírez, «La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España». *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça* 10, n.º34 (2016): 25.

¹⁹ Severiano Fernández Ramos, «La transparencia pública: pasado, presente y futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º51 (2018): 227.

²⁰ Artículo 12 LTAIPBG.

²¹ Artículos 5, 15, 30 y 33 LTAIPBG.

²² Pérez Conchillo categoriza en tres grupos las principales posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública. La primera, es la posición negacionista conforme a la cual el derecho de acceso a la información pública no es un derecho fundamental sino de configuración legal. La segunda, es la posición intermedia según la cual el derecho de acceso a la información pública es un derecho de configuración legal que, en ocasiones, por conexión instrumental con otros derechos fundamentales, puede gozar de naturaleza jurídica. La tercera, es la posición iusfundamentalista que concibe al derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental. Eloisa Pérez Conchillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, 346-363. Además, para una mayor

CE fue la consideración del derecho de acceso a la información pública como un derecho constitucional de configuración legal²³.

Esa concepción del derecho de acceso a la información pública como derecho de mera configuración legal ha impedido la admisión de recursos de amparo en base al derecho de acceso. El TCE ha sostenido que el art. 105.b) CE no permite fundamentar una petición de amparo al no reconocer derechos fundamentales de los amparables en el art. 53.2 CE²⁴. En este sentido, además, el TCE ha situado el anclaje constitucional del derecho de acceso a la información pública de la LTAIPBG en el art. 105.b) CE²⁵.

Por su parte, el TS español ha hecho presente la vinculación del art. 105.b) CE con el artículo 20.1.d) CE que consagra el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Sin embargo, junto con reconocer esta relación, ha sostenido que la denegación del derecho subjetivo de acceso a los archivos y registros no vulnera el derecho a comunicar y recibir información, sino únicamente la veracidad de esta²⁶. Sumado a lo anterior, el TS ha referido que el derecho de acceso a la información pública, regulado en el artículo 12 LTAIPBG, se fija en términos amplios²⁷.

Resulta particularmente interesante la Sentencia n.º46/2017, dictada por el Juzgado Central Contencioso-Administrativo n.º2 de Madrid en el marco de procedimiento ordinario n.º38/2016, que sostiene el carácter fundamental del derecho de acceso a la información²⁸, y

profundización sobre la evolución histórica del debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la información pública véase Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, 1ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 85-92.

²³ Eloisa Pérez Conchillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, 341. Sobre este punto, cabe señalar que en el preámbulo II de la LTAIPBG se advierte que el anclaje constitucional del derecho de acceso a la información pública es el artículo 105 letra b) CE, al mencionarse este artículo como punto de partida para su regulación. Asimismo, en el artículo 8º de la LTAIPBG se dispone que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española y en esta Ley».

²⁴ El TCE en la STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 4, razonó que «No todas las normas constitucionales que se invocan por los demandantes pueden ser objeto de garantía directa en este proceso, pues las reglas y principios contenidos en los arts. 9.3, 53.1, 103.1, 105 b) y 111.1 de la Constitución son inadecuadas para fundamentar una petición de amparo en cuanto que en ninguno de ellos se reconocen derechos fundamentales y libertades políticas de los incluidos como amparables en el art. 53.2 de la Constitución».

²⁵ STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ 5.

²⁶ Así lo sostiene Pérez Conchillo en relación con la STS de 19 de mayo de 2003. Eloisa Pérez Cochillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, 365.

²⁷ STS 748/2020, de 11 de junio, FJ 2.

²⁸ En el fundamento de derecho quinto refiere que «El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos

que ha sido citada por el CTBG para sostener el carácter de fundamental del derecho de acceso a la información pública²⁹. Sin perjuicio de la mencionada cita, el propio CTBG ha puesto de relieve las discrepancias en la interpretación de los órganos jurisdiccionales españoles y la ausencia de un pronunciamiento jurisprudencial concluyente³⁰.

A diferencia de lo ocurrido en el ordenamiento jurídico interno, y particularmente en contraposición a la ausencia de pronunciamientos del TCE sobre la iusfundamentalidad del derecho de acceso, en el ámbito multinivel se ha sostenido que el acceso a la información pública es un derecho fundamental.

En esta línea, en el Consejo de Europa, el TEDH en el asunto Magyar Helsinki contra Hungría ha incardinado el derecho de acceso a la información pública en la libertad de recibir o comunicar información presente en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³¹. Para el TEDH, cuando el acceso a la información es fundamental para el ejercicio del derecho a recibir información, su denegación puede constituir una interferencia con este último derecho³².

A su turno, en el derecho de la UE, como bien sostiene Guichot, el derecho de acceso se configura en la actualidad como un derecho fundamental autónomo, independiente del derecho general a recibir información y asociado a la ciudadanía comunitaria³³. En este sentido, el artículo 15.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁴ contempla el derecho de acceso a los documentos en poder de las instituciones comunitarias, derecho que

democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones».

²⁹ En este sentido, R0020/2018, de 12 de abril, FJ 6 y R0242/2018, de 13 de julio, FJ 3.

³⁰ R044/2018, de 30 de abril, FJ 7.

³¹ Convenio para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

³² En la STEDH de 8 de noviembre de 2016, Magyar Helsinki Bizottság contra Hungría, párrafos 158 a 170, el TEDH estableció cuatro criterios para determinar cuando la denegación del acceso a la información constituye una interferencia con la libertad de recibir información de un solicitante, y en consecuencia cuando el derecho de acceso a la información sería fundamental: 1) la finalidad de la solicitud de información, 2) la naturaleza de la información buscada, 3) el rol del solicitante y 4) que se trate de información lista y disponible. Unido a este pronunciamiento del TEDH, en el Consejo de Europa cabe destacar como instrumento relevante el Convenio n.º 205 del Consejo de Europa, de 18 de junio de 2009, sobre acceso a los documentos públicos, en vigencia desde el 1 de diciembre de 2020, que consagra en su artículo 2 el derecho de acceso a los documentos públicos. Este Convenio, fue firmado por España con fecha 23 de noviembre de 2021, sin embargo, aún no lo ha ratificado.

³³ Emilio Guichot, *El acceso a la información pública en el Derecho Europeo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023), 62-63.

³⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

se consagra, además, en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵. Además, en el ámbito del derecho derivado de la UE el derecho de acceso es desarrollado por el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión³⁶.

La relevancia que en el contexto multinivel (Unión Europea y Consejo de Europa) se ha otorgado al derecho de acceso a la información pública, unido a la importancia de la jurisprudencia del TEDH en la labor interpretativa de las normas sobre derechos fundamentales y libertades reconocidas por la CE a los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España conforme al artículo 10.2 CE, impulsan a reflexionar sobre el correcto alcance y configuración constitucional en el ordenamiento jurídico interno español del derecho de acceso a la información pública, vinculado no únicamente al artículo 105.b) CE, sino también al art. 20.1.b) CE.

Ante la dificultad que en el plano político supone una reforma constitucional que despeje las dudas sobre la naturaleza jurídica del derecho de acceso (mediante un reconocimiento constitucional expreso), se ha identificado como una opción factible un pronunciamiento del TCE que sitúe al derecho de acceso a la información pública como presupuesto instrumental de la libertad de recibir información³⁷, teniendo en consideración que en la STC 161/1988, de 20 de septiembre, previamente citada, no se tomó en consideración, por razones temporales, la evolución del derecho de acceso en la normativa internacional y particularmente la jurisprudencia del TEDH desarrollada a partir del caso Magyar.

En definitiva, lo cierto es que a diferencia de lo que acontece en el caso chileno, en que el TCC ha afirmado la fundamentalidad del derecho de acceso en relación con el derecho de recibir información, en el caso español, a la fecha, como bien se señala en las resoluciones del CTBG, no existe un pronunciamiento concluyente de los órganos jurisdiccionales.

³⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre de 2000. Como es sabido, esta Carta posee el mismo valor jurídico que los tratados. Lo anterior, conforme a lo previsto en artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada), Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

³⁶ En el artículo 2.1 del reglamento se considera el derecho de todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, a acceder a los documentos de las instituciones, con arreglo a los principios, condiciones y límites definidos en el reglamento.

³⁷ Eloisa Pérez Conchillo, *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*, 394.

1.2 La protección de datos personales como derecho fundamental

En otro orden de ideas, respecto al reconocimiento y naturaleza jurídica del derecho de protección de datos personales, cabe señalar que su incorporación dentro del catálogo de derechos fundamentales en la Constitución chilena es reciente. A partir del año 2018, se incorporó en el numeral 4° del artículo 19 de la CC el derecho de protección de datos personales como un derecho autónomo distinguible de la privacidad. La CC no regula el contenido de dicho derecho³⁸, pero dispone que el tratamiento y protección los datos personales se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.

En cumplimiento del mandato constitucional, la regulación del tratamiento de datos personales está contenida en la LPVP dictada en 1999, que tuvo su origen en una moción parlamentaria presentada ante el Senado con fecha 5 de enero de 1993, fuertemente inspirada en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de España³⁹. En la LPVP, no obstante definirse el concepto de datos personales y sensibles, consagrarse el principio de libertad en el tratamiento y establecerse las condiciones de tratamiento, se omite crear instrumentos jurídicos ágiles para la defensa del derecho, un régimen sancionatorio claro y una autoridad de control especializada que se avoque al buen funcionamiento y cautela del derecho⁴⁰. Éste último aspecto, ha sido denunciado de forma unánime por la doctrina⁴¹.

En España, en cambio, el derecho a la protección de datos personales cuenta con un débil anclaje explícito⁴² en el artículo 18.4 de la CE, al establecerse que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

³⁸ Pablo Contreras, Pablo Trigo y Leonardo Ortiz, «Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile», *Revista Derecho Administrativo Económico*, n.º35 (2022): 36.

³⁹ Alberto Cerda Silva, *Legislación sobre la protección de datos de las personas frente al tratamiento de sus datos personales* [separata]. Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile (2012): 14.

⁴⁰ Gladys Camacho Céspedes, «La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena», *Revista de Gestión Pública* 3, n.º1 (2020): 81.

⁴¹ Pablo Contreras, Pablo Trigo y Leonardo Ortiz, «Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile», 37.

⁴² Manuel Sánchez de Diego de la Riva y Carmen Droguett González, «El derecho de acceder a la información y la protección de datos personales. Análisis crítico de la regulación en Chile y España», 78.

Con todo, la ausencia de consagración explícita no ha impedido que el derecho de protección de datos personales hubiere sido reconocido como un derecho fundamental *ex novo*⁴³ por parte del TCE. Así, este tribunal, no obstante haber radicado inicialmente el anclaje de la protección de datos en el derecho a la intimidad establecido en el artículo 18.1⁴⁴, desde el año 2000 lo derivó del artículo 18.4⁴⁵, interpretación que no ha estado exenta de críticas desde la doctrina por forzar la dicción literal de este último artículo⁴⁶.

Sumado a lo anterior, cabe destacar que en el derecho derivado de la Unión Europea el derecho de protección de datos personales ha logrado un desarrollo destacable, específicamente a través del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y de Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Se trata de un instrumento que es directamente aplicable a los estados miembros, sin necesidad de intervención de los parlamentos nacionales, que otorga una protección multinivel del derecho. Respecto a su contenido, en términos generales, refuerza los derechos de acceso, rectificación, cancelación y olvido (ARCO), consagra nuevos derechos, incluye una mayor transparencia, un mayor control sobre el procesamiento y refuerza la independencia de las autoridades de datos⁴⁷. Además, en su artículo 86, hace referencia a la relación entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales, sobre lo que se ahonda más adelante.

El RGPD marcó el desarrollo legal de la autodeterminación informativa a nivel nacional, en la medida que impulsada por la obligación de adecuación de la legislación interna al RGPD⁴⁸,

⁴³ Emilio Guichot, *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, (Navarra: Cizur Menor Thomson/Civitas, 2009), 177.

⁴⁴ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

⁴⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.

⁴⁶ A juicio de Ricard Martínez el TCE ha tenido que forzar el tenor literal del artículo 18.4 de la CE, toda vez que en realidad la norma establece un mandato al legislador estableciendo una reserva de ley cuya finalidad no es otra que limitar los usos de una tecnología en garantía de los derechos fundamentales. Agrega que la fundamentación real del derecho a la protección de datos personales debiera haber sido la garantía de la personalidad y del ser humano que contiene el art. 10.1 CE. Ricard Martínez Martínez, *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, 1. ed., (Madrid: Thomson Civitas, 2004), 329-333.

⁴⁷ Mónica Martínez López Sáez, *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal: un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Construcción del Estado Social 18 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 85.

⁴⁸ En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales, se señala que «La adaptación al Reglamento general de protección de datos, que será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, según establece su artículo 99, requiere, en suma, la elaboración de una nueva ley

España reguló a través de la LOPDGDD el derecho de protección de datos personales. Esta ley no se agota en la regulación de cuestiones relativas al ejercicio de los derechos o a su tratamiento, sino que también regula una autoridad de control⁴⁹ y un régimen sancionador, que refuerzan el desarrollo y la garantía de la protección de datos personales.

En síntesis, en conformidad al estatuto constitucional y legal de los derechos examinados, se observa que, en el caso chileno, existe una equivalencia en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública y de la protección de datos personales, como derechos fundamentales (*ex novo* en el caso del primero y explícito en el caso del segundo), idea que es reforzada además por la jurisprudencia y la doctrina.

En contraposición a lo anterior, en el caso español, no obstante haberse consagrado, de la mano de lo resuelto por el TCE, el derecho de protección de datos personales como un derecho fundamental, el derecho de acceso a la información pública está regulado en el derecho interno como un derecho constitucional de configuración legal. Sobre este último derecho, sin perjuicio de un aislado pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria, no se ha afirmado aún, particularmente por el TCE, su carácter fundamental.

Es en esta falta de equivalencia (donde uno tiene la categoría de derecho fundamental y el otro de mero derecho de configuración legal) en la cual parte de la doctrina⁵⁰ encuentra la razón de un desequilibrio impropio en los casos de colisión en favor de la protección de datos

orgánica que sustituya a la actual. En esta labor se han preservado los principios de buena regulación, al tratarse de una norma necesaria para la adaptación del ordenamiento español a la citada disposición europea y proporcional a este objetivo, siendo su razón última procurar seguridad jurídica»

⁴⁹ La Agencia Española de Protección de Datos, que fue originariamente creada a partir de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre sobre regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de España.

⁵⁰ Refieren esta situación como un problema José María Porras Ramírez, «La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España», 29. Arancha Moretón Toquero, «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 33 (2014): 22. Lorenzo Cotino Hueso, «Los derechos fundamentales del acceso a la información pública, sus límites y la supletoriedad de la legislación general de transparencia», en Lorenzo Cotino y Andrés Boix (coordinadores), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, (Valencia: Tirant lo blanch, 2021), 27. En sentido contrario, Oriol Mir Puipelat advierte que el derecho de acceso y el derecho (fundamental) a la protección de datos personales se sitúan en un mismo nivel en el juicio ponderativo que la ley obliga a efectuar para decidir cuál de los dos ha de prevalecer en caso de conflicto, sin que el hecho de que solo el segundo se configure como fundamental esté teniendo consecuencia apreciables en la doctrina de las autoridades independientes encargadas de la garantía del derecho de acceso. En Oriol Mir Puipelat «El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (2017): 51.

personales, y que es identificada como una circunstancia compleja ante la necesidad de conciliar los derechos en conflicto⁵¹.

A su vez, aunque en ambos ordenamientos la ley profundiza en la regulación de los derechos, en el caso chileno la regulación de la protección de datos personales presenta importantes omisiones a propósito de su garantía, específicamente la ausencia de una autoridad de control, sobre lo que se profundiza en el capítulo siguiente.

⁵¹ Leonor Rams Ramos, «El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como límite ¿(in)franqueable? para la transparencia administrativa», *Estudios de Deusto* 66, n.º2 (2018): 149.

2. Los órganos administrativos garantes de los derechos en Chile y España

Como bien recuerda de la Quadra, sin perjuicio de la relevancia de la visión individualista y resistencial de los derechos (legítima frente a abusos de los poderes públicos), estos no se agotan con su proclamación, sino que los derechos de las personas tienen a su servicio la entera organización política que existe para garantizarlos, lo que constituye la dimensión institucional de los derechos⁵². Así, los derechos y las instituciones (que los defiendan y los hagan efectivos) van de la mano.

En este sentido, y considerando que para la consecución del equilibrio de los derechos es necesario adoptar un enfoque sistemático, el análisis sobre cómo los ordenamientos jurídicos analizados resuelven el problema del equilibrio de los derechos, no debe circunscribirse únicamente a la determinación del nivel de equivalencia en el reconocimiento de los derechos subjetivos, sino también al nivel de equivalencia institucional.

2.1 Los consejos para la transparencia: una misma función con una estructura orgánica diversa

En términos generales, cabe señalar que la transparencia constituye un ámbito sectorial determinado y que el derecho de acceso a la información pública es una materia específica que justifica que el control de legalidad y el impulso de buenas prácticas pueda ser encomendado a un órgano especializado⁵³.

En el ordenamiento jurídico chileno ese órgano especializado es el CT, que conforme a lo regulado en los artículos 31 y 33 de la LAIP constituye una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Dicho órgano está encargado de promover la transparencia de la función pública, de fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado y de garantizar el derecho de acceso a la información pública. Se trata de una institución que no está únicamente encargada de resolver las reclamaciones ante la

⁵² Tomás de la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, «Los derechos en la sociedad digital: visión subjetiva y visión institucional», en Edgard González López (director), *Las TIC y la sociedad digital. Doce años después de la ley*. (Bogotá: Universidad Externado, 2021), 116-117.

⁵³ Isaac Martín Delgado, «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: Un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en Fernando López Ramón (coordinador) *Las vías administrativas de recurso a debate* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016), 375.

denegación de solicitudes de acceso, sino además se le otorga el impulso de la transparencia en el ámbito administrativo, concentrando funciones reactivas y proactivas.

Sumado a lo anterior, conforme al artículo 33 letra m) de la LAIP, se le otorga la facultad de velar por el adecuado cumplimiento de la LPVP por parte de los órganos de la administración del Estado. Facultad en materia de protección de datos que se ha traducido principalmente en la dictación de recomendaciones en el ámbito de tratamiento de datos personales en los órganos públicos y en la aplicación directa por parte del CT de la LPVP en el marco de la resolución de reclamaciones. Por lo anterior, no es posible sostener que dicho órgano, junto con constituirse en la autoridad de control en materia de transparencia, ejerza la misma autoridad en el ámbito de protección de datos personales. En concreto, carece de facultades sancionatorias, de fiscalización y potestativas propias de las autoridades de control en el ámbito de protección de datos.

Es como órgano garante en materia de transparencia activa y pasiva que el CT ha cumplido un rol gravitante⁵⁴, pues el control efectivo de la aplicación de la LAIP pivota sobre ese órgano administrativo, particularmente en su función de resolución de reclamaciones, la que está condicionada por su configuración y estructura.

En esta línea, en cuanto a la estructura del órgano, cabe hacer presente que el artículo 32 de la LAIP dispone que la dirección y administración del CT recae en el Consejo Directivo (en cuya órbita competencial se encuentra la función de resolución de reclamaciones). Ese consejo está integrado por cuatro consejeros designados por el presidente de la república previo acuerdo del senado (lo que dota al organismo de legitimidad democrática), con una duración de seis años en sus cargos y con causales específicas de cesación en el cargo⁵⁵. Además, se encuentra precedido por un presidente, electo entre sus pares.

⁵⁴ Daniel Álvarez Valenzuela, «Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?» *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, n.º1 (2016): 61, 69.

⁵⁵ Sin perjuicio de las causales de cesación de expiración del plazo, renuncia, postulación a otro cargo de elección popular e incompatibilidad, previstas en el artículo 38 de la LAIP, llama la atención que se prevea como causal de remoción el «mal comportamiento», lo que constituye una norma elástica, poco objetiva, que puede mermar la independencia del organismo.

Al mismo tiempo, cabe poner de relieve que la ley en comento no exige como requisito para el nombramiento la condición de experto en el ámbito de transparencia o de derecho público, así como tampoco la exclusividad de los consejeros en el ejercicio del cargo.

De la organización del CT, y en base a los tres elementos que Martín Delgado pone de relieve en el análisis institucional de una autoridad de control en materia de transparencia, a saber; independencia, especialización y carácter colegiado⁵⁶, se constata que la autoridad de transparencia chilena presenta deficiencias evidentes respecto a la especialización. Lo anterior, debido a que no se exige a los miembros que forman parte del Consejo Directivo un perfil profesional con conocimientos técnicos en materia de transparencia o de derecho público, o al menos a alguno de ellos (considerando la colegialidad del órgano) una determinada cualificación profesional en materia de protección de datos personales. Esto último habida cuenta de la función que fuere señalada de velar por el adecuado cumplimiento de la LPVP y que la autodeterminación informativa constituye, además, uno de los límites que recurrentemente aparece ante las solicitudes de acceso y que debe ser debidamente ponderado.

La falta de exigencia de determinadas competencias profesionales, al menos en teoría, resulta problemática. En una materia lo suficientemente específica como la transparencia, con una complejidad técnica propia que justifica la creación de un órgano especializado de control, el saber profesional es una exigencia relevante. Este saber permite hacer más probable que las resoluciones adoptadas por la autoridad, en una labor compleja de ponderación de derechos, estén dotadas de cierta calidad y corrección, contribuyéndose con ello, además, al prestigio del órgano.

En efecto, podría incluso sostenerse que no se justifica una habilitación al CT para adoptar decisiones a través de la ponderación, si su estructura organizativa no asegura (o hace más probable) que dicha ponderación estará dotada de una corrección técnica distinta y mejor a la que realiza inicialmente el órgano de la administración del Estado ante el cual se presenta la solicitud de acceso a la información. Dicho de otro modo, la justificación de la habilitación para adoptar decisiones estriba en que el órgano administrativo independiente de control se

⁵⁶ Isaac Martín Delgado, «La configuración legal de las autoridades de transparencia», en *Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia: algunas propuestas de mejora* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019), 28-32.

encuentra en una mejor posición para decidir que el órgano de la administración ante el cual se presenta la solicitud de acceso, habida cuenta de sus «mejores conocimientos».

De ahí que se ha sostenido la idea de que los miembros de los órganos de control posean un perfil jurídico y amplios conocimientos en materia de derecho público, no necesariamente limitados al ámbito de la transparencia⁵⁷. Lo anterior, resulta razonable, en el entendido que la ponderación es un tipo de discurso jurídico⁵⁸ a través del cual se resuelven colisiones entre principios o derechos (transparencia y acceso a la información pública versus privacidad o protección de datos personales), y que quien está en mejor posición de llevarlo a cabo es un experto con perfil jurídico.

Además, que los miembros que forman parte del órgano decisorio deban reunir cierta cualificación profesional y experiencia, como bien apunta Malaret es una condición necesaria, aunque no suficiente, para asegurar la independencia real y efectiva, en la medida que el saber técnico justifica que el órgano resolutorio no necesita recibir las instrucciones del gobierno para resolver en una determinada dirección y dispone, en consecuencia, de la capacidad para decidir de forma autónoma y responsable⁵⁹.

Con todo, de la situación descrita el legislador chileno ha tomado nota. Así, actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que modifica la LAIP y que contempla un nuevo artículo 37 que exige a los candidatos a consejeros una reconocida trayectoria profesional y académica en materias de transparencia y acceso a la información pública⁶⁰.

Por otra parte, con finalidades y facultades similares al CT, en España, el CTBG conforme al artículo 34 de la LTAIPBG es el órgano público encargado de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad,

⁵⁷ Martín Delgado suscribe esta idea que es planteada por Oriol Mir Puigpelat. En Isaac Martín Delgado, «La configuración legal de las autoridades de transparencia», 32.

⁵⁸ Luis Arroyo Jiménez, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», en Luis Ortega y Susana de la Sierra (coordinadores) *Ponderación y derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 24.

⁵⁹ Elisenda Malaret, «A vueltas con las garantías de la independencia de las Autoridades de regulación: a propósito de los nombramientos (y cese) y del alcance de su control judicial», *AAVV: Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Tomas de la Quadra Salcedo* (Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), 1419. Aunque la autora se refiere específicamente a las autoridades independientes de regulación, dicha reflexión resulta extrapolable a los órganos administrativos independientes.

⁶⁰ Proyecto de ley que modifica la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, ingresado con fecha 12 de septiembre de 2018, en segundo trámite constitucional del Senado, Boletín n.º 12100-07. Disponible en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12100-07.

salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

El CTBG es un órgano de carácter independiente, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. En relación con su estructura, está compuesto por dos órganos: 1) la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno (órgano de carácter colegiado) y 2) el presidente del CTBG, que además preside la Comisión.

El legislador estatal optó por diferenciar las funciones encomendadas, por un lado, a la referida Comisión, que se le otorgan labores de asesoría y evaluación del grado de aplicación de la LTAIPBG, y por el otro, al Presidente, con las funciones principales de las autoridades de control en materia de transparencia, concentrando los verdaderos poderes ejecutivos de la institución⁶¹: de garantía del derecho de acceso a la información pública mediante el conocimiento de las reclamaciones, de adopción de criterios de interpretación y de control del cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa.

Sobre la función de resolución de reclamaciones del derecho de acceso, cabe advertir que no parece ser la mejor solución que se atribuya a un órgano unipersonal, toda vez que conlleva la pérdida de las ventajas que puede suponer la necesidad de deliberar en los órganos colegiados, que apunta a una mayor objetividad y calidad de la decisión⁶². Además, particularmente en lo que interesa en este estudio, la unipersonalidad en el órgano decisorio hace menos probable la consecución de una mejor ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. A esta unipersonalidad presente en la configuración del órgano decisorio estatal, se contrapone la colegialidad de algunos órganos autonómicos⁶³.

⁶¹ Fernando Jiménez, «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: algún progreso, pocas esperanzas» en María Isabel Wences Simon et al., eds., *La ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, Cuadernos y debates 236 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 138.

⁶² Isaac Martín Delgado, «La configuración legal de las autoridades de transparencia», 21, 32. A su vez, sobre este punto, cabe tener presente que, como acertadamente reflexiona Elisenda Malaret, el legislador asigna (normalmente) las decisiones cualificadas (por su contenido escasamente predeterminado) a órganos colegiados, pues la valoración requiere de debate y de confrontación de pareceres, en Elisenda Malaret García, «Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general», Elisenda Malaret García (directora) en *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial* (Navarra: Cizur Mejor Aranzadi, 2019), 42.

⁶³ Así, la Comisión de Transparencia de Galicia, conforme al artículo 33.2 de la ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno; el Consejo de Transparencia de Aragón, según lo señalado en el artículo 37 de

En cuanto a la especialización del órgano, y particularmente de su presidente, en el marco del procedimiento de nombramiento cabe destacar dos aspectos. El primero, que participa el ejecutivo (que propone) y el congreso de diputados que está llamado a escrutar al candidato en su comparecencia ante la comisión correspondiente y refrendar la propuesta realizada, dotando de legitimidad democrática al proceso de elección. El segundo, que el nombramiento debe ser sobre una persona de reconocido prestigio y competencia profesional⁶⁴, lo que es acorde con el criterio de especialización de las autoridades de control.

En definitiva, se constata que en ambos ordenamientos jurídicos se contempla un órgano administrativo independiente encargado de la promoción y garantía del derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, se advierten diferencias respecto a la estructura orgánica contemplada para ejercer la función de resolución de reclamaciones. Mientras el CT se estructura como un órgano colegiado, aunque carente de especialización técnica, el CTBG se configura como un órgano decisorio unipersonal con una determinada cualificación profesional.

2.2 El control de la protección de datos personales: la agencia española y el modelo fragmentado chileno

Como fue señalado con anterioridad, una de las omisiones de la LPVP es la referida a la inexistencia de una autoridad de control en materia de protección de datos personales. El legislador chileno ha optado por un modelo de tutela judicial directa que traslada la carga al titular de los datos personales (con los costos y lentitud que ello implica) y que se caracteriza por la escasa jurisprudencia sobre la materia, así como por carecer de un régimen de sanciones adecuadas. Lo anterior, se ha traducido, además, en la materialización de un

la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación de Ciudadana de Aragón y, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, con arreglo a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Además, en el caso del órgano garante en Cataluña, sumado a la colegialidad del órgano decisorio, se dispone que los miembros de la Comisión deben ser juristas especialistas en derecho público y técnicos en materia de archivos o gestión documental, elegidos entre expertos de reconocida competencia y prestigio y con más de diez años de experiencia profesional.

⁶⁴ Si bien es cierto que no se exige que el prestigio y la competencia profesional sea en materia de transparencia, el Presidente actual del CTBG, detenta una cualificación profesional adecuada, con conocimientos en derecho público y experiencia en materia de protección de datos y publicaciones en materia de transparencia, según consta en su currículum vitae publicado en la página web del organismo, disponible en: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/consejo/quienes-somos/responsables/titular-presidencia.html.

modelo de supervisión administrativa fragmentado⁶⁵ que reconoce competencias a diversos órganos de la Administración del Estado, pero que renuncia a una supervisión especializada y centralizada del derecho de autodeterminación informativa.

Esta falencia del modelo chileno ha sido observada por el congreso. En particular, se encuentra discutiendo una modificación de la LPVP mediante un proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea una agencia de protección de datos personales⁶⁶.

A diferencia de la situación chilena, en España la LOPDPGDD en su artículo 47 confió a la AEPD, como órgano independiente, la función de supervisar la aplicación de la citada ley orgánica y del Reglamento (UE) 2016/679 y, específicamente de ejercer las funciones contenidas en los artículos 57 y 58 de este último. Entre esas funciones destacan: la promoción del derecho de autodeterminación informativa, el tratamiento de las reclamaciones, la realización de investigaciones, la autorización de cláusulas contractuales, la revisión de certificaciones y el ejercicio de potestades sancionatorias.

Respecto a su estructura orgánica, la dirección del organismo recae en la presidencia, que está auxiliada por un adjunto. El nombramiento de la presidencia y de su adjunto, es efectuado por el gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, entre personas de reconocida competencia profesional, en particular en materia de protección de datos⁶⁷.

La presidencia, a su vez, es asesorada por un Consejo Consultivo compuesto por 15 miembros, entre los que se encuentran, entre otros, expertos en materia de protección de datos y un experto en transparencia y acceso a la información pública propuesto por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

⁶⁵ Pablo Contreras, Pablo Trigo y Leonardo Ortiz, «Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile», 37-38.

⁶⁶ Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales, ingresado con fecha 15 de marzo de 2017, en tercer trámite constitucional del Senado, Boletines refundidos números 11144-07 y 11092-07. Disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11661&prmBOLETIN=11144-07>.

⁶⁷ El procedimiento de selección del presidente y del adjunto, está regulado en el artículo 48 de la LOPDPGDD, y contempla además una convocatoria pública. Actualmente el TS, a través de STS 1891/2022, de 24 de mayo, suspendió cautelarmente el procedimiento de designación y posteriormente el gobierno se allanó. En estos momentos continúa paralizado el proceso de sustitución.

Con la consagración de la AEPD y del CTBG, se advierte en el ordenamiento jurídico español una equivalencia institucional entre órganos administrativos independientes con atribuciones informativas, normativas, de supervigilancia, de resolución y de sanción, que permite un estándar adecuado de amparo y desarrollo de los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales.

Además, una nota distintiva del caso español es la exigencia de competencias técnicas como requisito de nombramiento de la presidencia en ambos organismos, que hace posible introducir las competencias profesionales necesarias en la dirección de los órganos encargados del desarrollo de los derechos estudiados. Competencias profesionales que presentan utilidad al momento de adoptar decisiones bien ponderadas y contribuir con ello al prestigio del organismo. Con todo, en ambos organismos se renuncia a que el órgano de resolución sea de carácter colegiado, lo que, junto con la especialización, podría coadyuvar a una mejor labor ponderativa.

En el caso chileno, por el contrario, no es posible constatar una equivalencia en la dimensión institucional de los derechos. Pese a la consolidación del CT luego de más de una década de funcionamiento, la institucionalidad en el ámbito de protección de datos no ha presentado el mismo desarrollo. Concretamente, el reconocimiento constitucional del derecho de protección de datos no vino acompañado de la creación de una autoridad especializada garante del buen funcionamiento del derecho tutelado; que cautele los abusos y sancione de forma oportuna.

3. La relación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho de protección de datos personales en Chile y España

Unido al nivel de equivalencia en la dimensión subjetiva e institucional de los derechos analizados, para comprender de manera adecuada las condiciones del equilibrio entre ambos derechos, resulta atinente, además, revisar las relaciones existentes entre las normas que regulan los derechos observados y cuáles son los criterios específicos de ponderación que en ellas se contemplan. En los términos planteados por Herrera⁶⁸, implica analizar el «subsistema» de armonización normativa entre el régimen de protección de datos y el de acceso a la información pública.

3.1 La protección de datos personales como límite

A partir del artículo 8° de la CC, en Chile se reconoce a «los derechos de las personas» como uno de los límites a la publicidad de los actos y resoluciones de la administración del Estado. Esta limitación, es reiterada en la LAIP, que en su artículo 21 n.º2 prevé la posibilidad de reservar la información cuando su conocimiento «afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derecho de carácter comercial o económico».

Las referencias que a la afectación de «los derechos de las personas» y a la «esfera de su vida privada» se realizan en el precepto indicado, ha permitido que el CT en sus resoluciones considere como límite aquellos derechos que constituyen, en palabras de Álvarez, el «sistema constitucional de protección de la privacidad»⁶⁹. Dicho sistema está compuesto por los derechos contenidos en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la CC, esto es; el derecho a la vida privada, a la protección de datos personales, a la inviolabilidad del hogar, a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y a la inviolabilidad de los documentos privados⁷⁰.

⁶⁸ Rodolfo Herrera Bravo, «Consideraciones sobre la dialéctica y el equilibrio entre la información pública y los datos personales», 166.

⁶⁹ Daniel Álvarez Valenzuela, «El sistema constitucional de protección de la privacidad en el derecho chileno», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2, n.º2 (2020): 43.

⁷⁰ Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, las decisiones del CT en los amparos roles C1846-20 de fecha 28 de julio de 2020 y C4569-20 de fecha 6 de octubre de 2020. Asimismo, respecto a la protección de datos personales e inviolabilidad de documentos privados, los amparos roles C2475-20 de fecha 17 de septiembre de 2020 y C5653-20 de fecha 2 de febrero de 2021.

Por su parte, lo dispuesto en el artículo 33 letra m de la LAIP, refuerza la aplicación del derecho de protección de datos personales como límite al derecho de acceso a la información pública en las reclamaciones deducidas ante el CT, toda vez que, como se mencionó con anterioridad, otorga a dicho organismo la facultad de velar por el adecuado cumplimiento de la LPVP por parte de los órganos de la Administración del Estado. Esta atribución, entre otras acciones, se ha traducido en el resguardo de oficio⁷¹ por parte del CT (sin necesidad de alegación de terceros) de aquellos datos personales que consten en la información reclamada. La LPVP, por su parte, define y distingue entre datos personales y datos sensibles⁷², estableciendo una diferenciación (más o menos restrictiva) respecto a la posibilidad de tratamiento de los datos referidos.

En un sentido similar, la LTAIPBG española fija un catálogo de doce hipótesis de reserva de información en el artículo 14, a las que se adhiere en el artículo 15 el límite de la protección de datos personales. La autodeterminación informativa fue regulada en un artículo diferenciado y con un desarrollo mayor, lo que devela la especial sensibilidad del legislador en esta materia⁷³. Dicho reconocimiento expreso de la protección de datos como límite en el ámbito interno, va en línea con la regulación multinivel⁷⁴.

El artículo 15.1⁷⁵ de la LTAIPBG, se refiere a los datos especialmente protegidos con una remisión expresa al entonces vigente apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999,

⁷¹ Decisión de amparo rol C240-20 del 28 de enero de 2020.

⁷² La LPVP establece en su artículo 2 letra f) que los datos personales son los relativos a «cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables», y en la letra g) del mismo artículo, define a los datos sensibles como «aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual».

⁷³ José María Porras Ramírez, «La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España», 29.

⁷⁴ Así, en el Consejo de Europa, se encuentra el Convenio n.º205 del Consejo de Europa, de 18 de junio de 2009, sobre acceso a los documentos públicos, que contempla en su artículo 3.1) letra f) como posibles límites al acceso a los documentos públicos «la intimidad y otros intereses privados legítimos». A su turno, en la Unión Europea, el Reglamento (CE) n.º1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, regula en su artículo 4.1.b) que «Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: (...) b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales».

⁷⁵ Conforme al artículo 15.1 de la LTAIPBG, «1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho

de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (actualmente derogada por la LOPDPGDD) y que fija como regla general la negativa de su acceso por terceros. Se distingue además entre dos tipos de datos especialmente protegidos; 1) los datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias y 2) los datos referidos al origen racial, a la salud, a la vida sexual y a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor.

A su turno, en el artículo 15.2 y 15.3 la LTAIPBG, se hace referencia, por un lado, a los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano y, por otro lado, a aquellos datos personales que no son especialmente protegidos ni meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento y actividad del organismo.

Esta diferenciación entre diversas categorías de datos personales se debe a que para cada una de ellas el legislador español contempló formas de tratamiento y ponderación diversa, sobre lo que se reflexiona más adelante.

En ambos países, entonces, la protección de datos personales es reconocida expresamente como una causal de posible denegación ante solicitudes de acceso a la información pública. Esa circunstancia obliga a revisar la aplicabilidad (o no) de la normativa reguladora del derecho de protección de datos personales respecto a la información que se pueda requerir en el marco del procedimiento de acceso a la información pública.

3.2 La aplicabilidad de la normativa reguladora de la protección de datos personales

A propósito del análisis del órgano garante del derecho de acceso a la información pública en Chile, fue señalado más arriba que la referencia que a la LPVP se realiza en la LAIP ha implicado la aplicación directa de la legislación sobre protección de datos personales en el

manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso». Se agrega que «Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley».

ámbito de la resolución de reclamaciones de acceso a la información pública por parte del CT⁷⁶.

En el caso del derecho interno español, a pesar de la falta de claridad presente en el derecho comunitario⁷⁷, la LOPDPGDD define en la disposición adicional segunda⁷⁸ la relación entre las normas reguladoras de protección de datos y de acceso a la información pública. En este sentido, la ley en comento determina que la legislación aplicable para la protección de datos de carácter personal que se encuentra en la información solicitada en el ejercicio del derecho de acceso es la LTAIPBG. Además, y conforme a lo regulado en el artículo 15.5 de la LTAIPBG, la normativa de protección de datos personales es de aplicación al tratamiento posterior de los datos obtenidos mediante el derecho de acceso a la información pública.

Las remisiones efectuadas a la aplicabilidad de regímenes en las dos leyes estatales que regulan los derechos examinados revelan la apuesta del modelo español por una regulación conjunta y coordinada respecto a la relación y conciliación entre ambos derechos. Estas referencias cruzadas, como se verá con posterioridad, no se agota en la mera definición de la aplicabilidad de las normas. En Chile, en cambio, existe una única referencia entre las leyes que regulan ambos derechos fundamentales: la prevista en el artículo 33 letra m de la LAIP.

⁷⁶ La LPVP ha sido aplicada en el marco del procedimiento de reclamación ante el CT en virtud de la alegación de los órganos requeridos o los terceros interesados, como por ejemplo en la decisión de amparo rol C1315-20 de fecha 5 de septiembre de 2020, o de oficio, como en la decisión de amparo rol C240-20 del 28 de enero de 2020.

⁷⁷ Sobre un análisis en profundidad relativo este tema véanse las obras de Emilio Guichot, *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, 106-132 y *El acceso a la información pública en el derecho europeo*, 151-169. En términos resumidos, el autor, junto con advertir sobre el hecho de que la cuestión del encaje de ambos derechos no se encuentra claramente establecida en ninguno de los dos grupos normativos (de acceso a la información pública y protección de datos), pone de relieve la labor realizada por las instituciones europeas en la consecución de una interpretación sistemática e integradora de cuerpos normativos que realizan ambiguos y mutuos reenvíos. Así, Guichot hace presente la Carta de 14 de septiembre de 2001 *Opennes and data protection* emitida por el Defensor del Pueblo Europeo, los dictámenes del Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales creado por el artículo 29 de la Directiva de 1995 y el conocido documento titulado *Public acces to documents and data protection* que elaboró el Supervisor Europeo de Protección de Datos en el año 2005 que aporta elementos de resolución del potencial conflicto entre los derechos analizados y en el que se considera que ante una solicitud de acceso a documentos que contengan datos personales, la normativa a aplicar es la que regula el derecho de acceso (salvo que sea el propio afectado). Por último, se estudian sentencias del TJUE sobre la materia, entre las cuales destaca el asunto *Bavarian Lager*, de 2010, que refiere, en lo que aquí interesa, que las solicitudes de acceso deben analizarse conforme al Reglamento núm. 1049/2001, siendo dicha normativa la que aplica.

⁷⁸ Dicha norma dispone que «La publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica».

Esa única referencia da cuenta de la falta de coordinación existente entre las normas sustantivas y procedimentales en materia de acceso a la información pública y protección de datos, que no ayuda en la labor de consecución del equilibrio⁷⁹.

3.3 La definición de los criterios de ponderación

Resuelta la aplicabilidad, el siguiente paso lógico es la delimitación del específico alcance de los derechos de acceso a la información pública y protección de datos personales en aquellos casos en que entren en conflicto.

Para efectos de determinar el peso específico que tendrá cada derecho en caso de conflicto, es necesario acudir a la ponderación, como método de argumentación jurídica de resolución de colisión entre principios⁸⁰. Dicho método consiste en identificar los derechos en juego, asignar a cada uno de ellos la importancia que merecen y decidir sobre la prevalencia de uno de ellos (ponderación como procedimiento). Lo anterior, con el objetivo de alcanzar una decisión correctamente argumentada conforme al criterio de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del derecho que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del derecho que prevalece, estableciéndose en definitiva una regla de prevalencia condicionada (ponderación como resultado)⁸¹.

En este aspecto, resulta atingente revisar si en los ordenamientos jurídicos analizados se han previsto criterios de ponderación entre ambos derechos. Específicamente, la forma en que estos criterios son definidos para luego analizar su contenido propiamente tal.

⁷⁹ De hecho, en el caso español, se advirtió que la ausencia de referencias cruzadas entre las leyes reguladoras de ambos derechos, hasta antes de la LTAIPBG, constituía un problema, en el entendido que los dos estatutos deben encontrarse y convivir coordinadamente. Así, José Luis Piñar Mañas, «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», 58. En sentido similar, Emilio Guichot, *Publicidad y privacidad de la información administrativa*, 167.

⁸⁰ Sobre este punto, como bien explica Rodríguez de Santiago, refiriéndose a los derechos fundamentales, cabe señalar que no tienen el carácter de reglas (que sólo pueden cumplirse o no cumplirse), sino de principios, según los cuales algo «debe ser» en la medida de lo posible, y que el ámbito de lo jurídicamente posible viene determinado por los principios o reglas con los que aquéllos pueden entrar en colisión. En José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo* (Madrid Barcelona: Marcial Pons, 2000), 57-58.

⁸¹ José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 41, 48-49.

En la LAIP no existen referencias a los criterios de ponderación⁸². Ante esa inexistencia, el CT ha elaborado y utilizado en sus decisiones como criterios de ponderación el test de daño y el test de interés público. A su turno, cabe hacer presente que en la LPVP se establecen las condiciones de tratamiento de los datos personales y sensibles que, en virtud de lo razonado anteriormente sobre la aplicabilidad de la citada ley en el procedimiento de acceso, han sido consideradas por el CT para efectos de la resolución de amparos de acceso a la información pública.

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español los criterios de ponderación han sido establecidos por el legislador y se encuentran desarrollados en el artículo 15 de la LTAIPBG. Este artículo contempla en qué condiciones es posible acceder a las categorías de datos allí señaladas y prevé, entre otros, expresamente el test de interés público y el test de daño como criterios de ponderación.

La redacción del artículo en comento y los criterios de ponderación que en esa norma se ofrecen, responden a la propuesta que la AEPD hizo en su informe de anteproyecto de la citada ley, con mínimas modificaciones⁸³. La intervención de la AEPD no acabó en la concurrencia de la elaboración de la norma de transparencia. La propia LTAIPBG contempla en su disposición adicional quinta la necesidad de colaboración entre el CTBG y la AEPD, en la adopción de criterios de aplicación de las reglas contenidas en el artículo 15 de la LTAIPBG, específicamente respecto a la ponderación del interés público y la garantía de los derechos de los interesados⁸⁴.

La referida disposición adicional ha motivado la adopción, entre otros, del Criterio Interpretativo CI/001/2015, de 24 de junio de 2015, sobre el alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la

⁸² Sin embargo, aunque no como una herramienta de ponderación para efectos de determinar si la información solicitada debe ser divulgada o reservada, en el artículo 11 letra e) de la LAIP, cabe destacar que se consagra el principio de divisibilidad, que permite el tarjamiento de aquellos datos personales que consten en documentos públicos que fueren solicitados en virtud del derecho de acceso, permitiendo el acceso parcial a la información requerida.

⁸³ Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, 440-441.

⁸⁴ La disposición adicional quinta de la LTAIPBG dispone que «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre».

información pública sobre sus relaciones de puestos de trabajo y las retribuciones de sus empleados o funcionarios. Motivó además la adopción del Criterio Interpretativo CI/002/2015, de 24 de junio de 2015 relativo a la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información. Los criterios mencionados, en cumplimiento del mandato legal, fueron formulados por ambas autoridades de control⁸⁵.

En suma, a la definición legislativa de los criterios ponderativos y a la adopción conjunta de criterios de aplicación sobre dichos criterios, como consecuencia de una actuación coordinada entre el CTBG y la AEPD en el caso español, se contraponen la inexistencia de previsión legal de criterios de ponderación y la creación unilateral de esos criterios por el CT en el caso chileno.

3.4 Los criterios de ponderación

En líneas atrás fueron enunciados los criterios de ponderación en el caso chileno: el test de daño y el test de interés público. El primero, exige que en el proceso de ponderación se realice un balance considerando el daño que la divulgación de la información pedida podría generar en los derechos de las personas, mientras que en el segundo se asume que sólo un interés público predominante justifica traspasar la frontera de entregar información tutelada por derechos de terceros. Esos criterios no han estado exentos de críticas, principalmente debido a la ausencia de anclaje legal y a la inconsistencia en su aplicación⁸⁶.

Asimismo, en el ámbito de la conciliación de derechos, cabe poner de relieve que el legislador estableció las condiciones de tratamiento de los datos personales y sensibles reguladas en la LPVP y consideradas, como se mencionó, por el CT en la resolución de amparos. En efecto, la LPVP contempla que, para el caso de datos personales se permite su tratamiento sólo cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello. Por otra parte, para el caso de los datos sensibles, se establece una prohibición general de tratamiento salvo cuando

⁸⁵ Sumado a los dos criterios interpretativos referidos, el CTBG y la AEPD han adoptado, además, en forma conjunta el Criterio Interpretativo CI/002/2016 sobre información relativa a las agendas de los responsables públicos, y el Criterio Interpretativo CI/001/2020 relativo a información pública del personal que ocupa o ha ocupado un puesto de carácter eventual en la Administración General del Estado y aplicación del art. 19.3 de la LTAIBG.

⁸⁶ Ignacio Covarrubias Cuevas, «Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada», *Revista de derecho (Valparaíso)*, n.º38, (2012): 504, 507 y 538.

exista una autorización legal, consentimiento del titular o se refiera a datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

A su vez, para efectos de llevar a cabo la apreciación del daño a los intereses de los titulares de datos personales y la posterior ponderación con el interés público, cierra el círculo la previsión en la LAIP del traslado a los terceros potencialmente afectados en sus derechos⁸⁷. Ello, con el propósito de que los terceros formulen sus observaciones en el procedimiento de acceso de información pública, primero ante el órgano requerido de información y luego ante el CT.

En el caso español, en cambio, los criterios de ponderación han sido expresamente recogidos en la LTAIPBG, aunque no son aplicables a todas las categorías de datos personales.

Así, con relación a los datos especialmente protegidos, se establece la exclusión de la ponderación⁸⁸, atendido el perjuicio grave que su divulgación puede producir en los afectados⁸⁹, permitiéndose su entrega, únicamente en las siguientes hipótesis: 1) en el caso de los datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, cuando exista consentimiento expreso y escrito del afectado o se hubiesen hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase su acceso, o 2) respecto de los datos referidos al origen racial, a la salud, a la vida sexual y a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, cuando exista consentimiento expreso del titular o la autorización de la ley.

Dicho de otro modo, en los supuestos de datos especialmente protegidos, los órganos de la administración del Estado no deben ponderar la concurrencia de interés público que justifique el acceso a la información, así como tampoco la afectación de los derechos de las personas⁹⁰, pues en este caso siempre será necesario el consentimiento expreso del afectado o la

⁸⁷ Artículos 20 y 25 LAIP.

⁸⁸ La exclusión del juicio de ponderación respecto a esta categoría de datos ha sido objeto de críticas. Así, por ejemplo, señalan Guichot y Barrero que, podría pensarse que en el caso de datos de salud o de sanciones pudiera haberse acogido un criterio último de ponderación con el interés público en la divulgación que permitiera excepcionalmente dar preferencia a este último en casos muy relevantes; el estado de salud de un alto cargo relacionado con la capacidad para el ejercicio de sus funciones o las sanciones administrativas o disciplinarias impuestas a un alto cargo. Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, 422.

⁸⁹ Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, 399.

⁹⁰ Agustí Cerrillo I Martínez «El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales», *Cuadernos de Derecho Local Fundación Democracia y Gobierno Local* (2017): 137.

autorización legal. Estas son las circunstancias que habilitan la entrega⁹¹. Sin perjuicio de lo anterior, Piñar Mañas advierte una excepción a esa regla; los datos hechos manifiestamente públicos respecto de los cuales al no ser necesario el consentimiento, será preciso llevar a cabo la ponderación con carácter previo a la comunicación de datos⁹².

Por otro lado, respecto a los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, se establece que con carácter general se procederá a su acceso, salvo que en el caso a resolver prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida.

En cuanto a los datos personales que no se encasillan dentro de las dos categorías anteriores, se dispone en el artículo 15.2 LTAIPBG que:

«(...) el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal».

Este criterio ha sido identificado como la «clave de bóveda»⁹³ respecto a la relación y convivencia entre los derechos estudiados.

Junto con ello, en el mismo artículo se entregan criterios de ponderación que constituyen prevalencias *prima facie* que permiten evitar que los derechos o principios en conflicto entren con una igualdad abstracta de rango, pues esas prevalencias hacen entrar a uno de los principios con ventaja sobre el resto, sin que se sean prevalencias absolutas que cierren el camino a la ponderación⁹⁴. Los criterios de ponderación que establecen prevalencias *prima facie* son: a) el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico

⁹¹ Se trata de una regla de decisión, en la que procede el juicio de subsunción y no, como ocurre con los principios, del juicio de ponderación, pues la ponderación en el caso de los datos especialmente protegidos fue realizada previamente por el legislador. Sobre este punto, cabe traer a colación la reflexión de Arroyo Jiménez, en orden a que el derecho administrativo es un derecho de equilibrios entre principios constitucionales que frecuentemente generan conflictos llamados a ser resueltos en primer lugar por el legislador democrático mediante la elaboración de ponderaciones legislativas. Luis Arroyo Jiménez, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», 44.

⁹² José Luis Piñar Mañas «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», 60.

⁹³ Piñar Mañas, 58.

⁹⁴ José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, 165.

Español, b) la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos o estadísticos, c) el menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos y d) la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.

La forma de aplicación de esos criterios es desarrollada, además, en el Criterio Interpretativo CI/002/2015 adoptado entre el CTBG y la AEDP. Establece, entre otros aspectos, que los límites referidos en los artículos 14 y 15 de la LTAIPBG no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos, y que la invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.

Por su parte, el Criterio Interpretativo CI/001/2015, sobre información vinculada a los funcionarios públicos, contempla un nivel diferenciado de prevalencia del interés público en función del nivel jerárquico del empleado o funcionario público. Así, supone la concesión del acceso en aquellos casos en que se refiera a personal de especial confianza o directivos, y con carácter general, en los puestos de niveles inferiores prevalecería el interés individual en la protección de datos personales.

Un elemento innovador, aunque cuestionable en el caso del derecho español, lo constituye la consideración del interés individual en la resolución de casos, que va en contradicción con la falta de necesidad de motivación de las solicitudes de acceso, propias de este régimen⁹⁵.

Desde luego, y aunque el «interés privado» y los otros criterios de ponderación fijados en la LTAIPBG han sido objeto de críticas⁹⁶, con buen criterio plantea Guichot que mientras

⁹⁵ Sobre la referencia que la ley realiza al interés privado, Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, p. 198, reflexionan sobre la inadecuación entre la consideración de este criterio de ponderación y la propia finalidad y fundamento del derecho de acceso. Particularmente con la innecesidad de motivación de la solicitud, así como con la idea de que el derecho de acceso no es instrumental al servicio de protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia y el control de la actuación pública y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la cualidad del solicitante.

⁹⁶ Para una profundización de las críticas al contenido de los criterios de ponderación véase Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, 446-454.

mayor sea el grado de ponderación legislativa, mayor lo será el de seguridad jurídica, y en ese sentido las normas que contemplan estos principios básicos de ponderación contribuyen a este objetivo y son modelos de referencia⁹⁷. En este orden de ideas, particularmente las prevalencias *prima facie* racionalizan la ponderación realizada por los operadores jurídicos sujetos al principio de vinculación a la ley y, además, la legitimidad democrática de las ponderaciones realizadas por los operadores se ve fortalecida⁹⁸.

En consecuencia, en el modelo español se consagra un subsistema regulatorio coordinado sobre la relación existente entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho de protección de datos personales. El subsistema engloba: la consideración de la autodeterminación informativa como límite explícito al acceso a la información pública, la definición precisa en la ley de la aplicabilidad de las leyes reguladoras de ambos estatutos y de los criterios de ponderación y, por último, la previsión de la actuación coordinada entre el CTBG y la AEPD en la labor de conciliación de ambos derechos que se materializa en la adopción de unos criterios de aplicación delimitadores.

El sistema chileno, en cambio, aunque considera como límite explícito el derecho de protección de datos personales en el ámbito del procedimiento de acceso, no considera, dentro de la LAIP normas que regulen la forma de delimitar el alcance de ambos derechos en casos de colisión. De hecho, los criterios de ponderación han sido creación del órgano administrativo garante.

⁹⁷ Emilio Guichot y Concepción Barrero Rodríguez, *El derecho de acceso a la información pública*, 445.

⁹⁸ Luis Arroyo Jiménez, «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», 32.

4. El límite de la protección de datos personales en las resoluciones del CT y del CTBG

Examinada la forma en que ambos ordenamientos jurídicos delimitan y fijan un marco para la relación entre los derechos, en el presente capítulo se revisan, a modo meramente ejemplar, algunas de las resoluciones adoptadas por el CT y el CTBG en materias de similar naturaleza, aunque con valoraciones y resultados diversos.

Un primer ejemplo respecto a la diferencia en la ponderación entre ambos derechos, lo constituye lo resuelto en relación con el registro de asistencia de servidores públicos.

El CT ha determinado la publicidad del control de asistencia y cumplimiento de funcionarios y exfuncionarios públicos⁹⁹. Lo decidido es sobre la base de que «atendido al tipo de función que desempeñan los servidores públicos éstos están sujetos a un nivel de escrutinio de una entidad mayor, que supone un control social más intenso sobre el cumplimiento de sus funciones», premisa que implica la divulgación de registros de asistencia. A mayor abundamiento, ha razonado que la función pública debe ejercerse con probidad y transparencia, «favoreciendo el interés general por sobre los intereses particulares, lo que conlleva al cumplimiento de una obligación, elevada de rango constitucional, de transparentar las actuaciones del personal de los órganos de la Administración del Estado ante la ciudadanía».

En un sentido contrario, el CTBG, ante una reclamación relativa a los registros diarios de asistencia de una persona determinada al parque de Pastrana o a la oficina de Fomento en Guadalajara, ha resuelto la reserva¹⁰⁰ de aquella información. Para lo anterior, consideró como parámetros interpretativos lo dispuesto en el artículo 15.3 de la LTAIPBG y lo establecido en el CI/002/2015. Sobre aquellos parámetros, razonó que no existe un interés público en la divulgación de la información que fuere superior al daño que se produciría en el caso de poner a disposición del reclamante la información pedida.

De forma similar, ante una reclamación cuyo objeto era obtener información sobre las horas de «busca» de los jefes supervisores y jefes de zonas¹⁰¹, el CTBG denegó la entrega de la información, en aplicación, ahora, del CI/001/2015, toda vez que al no tratarse de puestos de

⁹⁹ Respecto a exfuncionarios: decisión de amparo C7197-22 del 29 de noviembre de 2022. En relación con funcionarios públicos: decisión de amparo C5435-22 del 11 de octubre de 2022.

¹⁰⁰ Resolución RT 210/2022 de fecha 19 de octubre de 2022.

¹⁰¹ Resolución RT 205/2017 de fecha 21 de junio de 2018.

personal eventual de asesoramiento y especial confianza, de personal directivo o de personal no directivo de libre designación, prevalece en la especie el interés individual en la preservación de la intimidad y la protección de los datos de carácter personal.

Cabe destacar en las resoluciones del CTBG la consideración de las responsabilidades más o menos elevadas que les están encomendadas a los servidores públicos y la directa relación con el interés público comprometido. Esta graduación no es abordada en la resolución del CT, que determina la divulgación en miras al control social, sin consideración a la función específica que dentro de la administración desempeña el funcionario sobre el cual se consulta.

Un segundo ejemplo son las resoluciones en materia de asistencia de funcionarios a eventos específicos. Así, el CT ha determinado la publicidad de la identidad de las autoridades y funcionarios públicos invitados a una actividad denominada «Cambio de Mando Ciudadano» en virtud de idénticas razones a las ya señaladas para el caso del registro de asistencia funcionarios públicos. En concreto, concluyó que no se advierte «el modo en que la develación del nombre de los funcionarios y autoridades a las cuales se les cursó invitación revista de la potencialidad para afectar su esfera de privacidad»¹⁰².

Lo anterior, sin perjuicio de que en la misma decisión, el CT ordenó la reserva de los nombres de las personas invitadas que no eran funcionarios ni autoridades públicas, debido a que la divulgación de dichos nombres implicaría exponer y visibilizar la eventual participación de determinadas personas en una iniciativa de carácter política, ciudadana y cultural, circunstancia que pertenece al ámbito de la vida privada de los invitados y daría cuenta de información sobre su ideología o tendencia política. Aquella consideración del sentido político del acto y de la divulgación específica de datos que pueden ser catalogados como sensibles o especialmente protegidos (de ideología política) como circunstancias relevantes a considerar para determinar el alcance concreto de los datos personales divulgados, no es tenida correctamente en cuenta respecto de los funcionarios públicos y autoridades.

En contraposición a dicha decisión, el CTBG ante una reclamación del listado de las personas invitadas al acto «Avanzamos por los 100 días de gobierno»¹⁰³, en aplicación de los criterios dispuestos en el artículo 15 de la LTAIPBG y el CI/002/2015, ordenó la entrega de los

¹⁰² Decisión de amparo C4514-22 de fecha 10 de noviembre de 2022.

¹⁰³ Resolución R628/2018, de 23 de enero de 2019.

criterios de invitación, pero reservó la identidad de todos los invitados (sin distinción a su calidad o no de funcionario público) en virtud del innegable sentido político del acto y que, en consecuencia, el conocimiento de la identidad de los asistentes podría develar información sobre su ideología política. Con ello, el CTBG equilibró ambos derechos, reconociendo el derecho de acceso a la información del reclamante (respecto de la divulgación de los criterios de invitación) y asegurando la protección de datos sensibles de los terceros (nombres vinculados a un acto político).

Los órganos administrativos garantes de ambos países alcanzan dos resultados diferentes con relación a una misma reclamación, sobre los cuales no cabe sino advertir las falencias que en la aplicación de la ponderación como procedimiento y como resultado se presentan en la decisión del CT.

Como procedimiento, toda vez que no se le atribuye al nombre del funcionario público la importancia que le corresponde conforme a las circunstancias del caso, esto es; dato sensible en cuanto está asociado a la invitación de un acto político. Además, se otorgó prevalencia a la transparencia por sobre la protección de un dato sensible en virtud de una fundamentación genérica relativa a la sujeción de los funcionarios públicos a un nivel de escrutinio mayor que justifica divulgar sus actuaciones en virtud del tipo de función que desempeñan, sin justificar por qué la invitación a un acto de tales características daría cuenta de las actuaciones de los funcionarios y autoridades en el ejercicio de funciones públicas.

Asimismo, como resultado, por cuanto el perjuicio del derecho que retrocede (protección de datos personales sensibles) no se justifica en la importancia del cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y el principio de transparencia. Esa importancia del cumplimiento del principio de transparencia en términos concretos (y no genéricos como se señaló) se encuentra ausente en la decisión.

Como último ejemplo, se encuentran las resoluciones sobre cualificación de servidores públicos. Fundado en las mismas razones que justificaron la divulgación del registro de asistencia y de la identidad de los funcionarios a un evento específico, el CT ha ordenado la

entrega de antecedentes profesionales; como títulos profesionales, postgrados y años de experiencia de funcionarios públicos¹⁰⁴.

En cambio, el CTBG ha determinado el acceso¹⁰⁵ o la reserva¹⁰⁶ de antecedentes profesionales o la cualificación de la persona que ocupa un puesto determinado, aplicando el CI/001/2015 y distinguiendo según la jerarquía que ocupa el respectivo funcionario en un órgano determinado, en el entendido que, a mayor jerarquía, la divulgación de la información conecta directamente con el derecho a conocer el funcionamiento de las instituciones públicas.

En definitiva, se reafirma en esta materia lo señalado más arriba respecto a los registros de asistencia, en relación con la graduación que existe en las resoluciones del CTBG (ausente en el caso chileno) en la divulgación de datos de funcionarios públicos en mérito a la concreta función que desempeñan y la directa relación con el interés público comprometido.

¹⁰⁴ Decisión de amparo C8192-20 de fecha 8 de junio de 2021.

¹⁰⁵ Resolución R064/2019, de 11 de abril de 2019.

¹⁰⁶ Resolución R873/2019 de 27 de febrero de 2020.

Conclusiones

Del análisis de la normativa, jurisprudencia, doctrina y resoluciones de los órganos garantes de la transparencia en ambos países es posible alcanzar las siguientes conclusiones:

1. Una comprensión adecuada de las condiciones de equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho de protección de datos personales requiere analizar sistémicamente la regulación de ambos derechos: por un lado, el nivel de equivalencia en el reconocimiento de los derechos y en las instituciones encargadas de su garantía y, por el otro, las relaciones existentes entre las normas que los regulan y los criterios específicos de ponderación que se aplican en situaciones de conflicto. En la medida que alguno de estos aspectos esté ausente o presente deficiencias, se hace menos probable el equilibrio entre los derechos.

2. Respecto a la equivalencia en el reconocimiento de los derechos, es razonable apuntar a una paridad en la consideración del derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales como derechos fundamentales, con el fin de que, ante un eventual conflicto entre esos derechos, ninguno de ellos se encuentre a priori en una posición de desventaja que determine la falta de efectividad de uno de ellos. Sobre este punto, en el contexto chileno se observa una paridad en la consideración de ambos derechos como fundamentales, que en el caso del derecho de acceso a la información pública fue posible debido a la jurisprudencia del TCC.

3. Mas compleja es la situación española, que a pesar de que el TCE ha reafirmado la naturaleza fundamental del derecho de protección de datos personales, el derecho de acceso a la información pública está regulado a nivel interno (en abierta contradicción al contexto multinivel) como un derecho constitucional de configuración legal. Así, aunque la justicia ordinaria ha emitido algún pronunciamiento sobre el carácter fundamental del derecho de acceso, no se ha confirmado aún dicha naturaleza jurídica, particularmente por el Tribunal Constitucional español, y parte de la doctrina española ha advertido este punto como problemático en la conciliación de los derechos. Con todo, el CTBG al momento de ponderar ha situado los dos derechos en un mismo nivel, por lo que los efectos prácticos negativos que en el juicio ponderativo del órgano garante de la transparencia pudiere tener este desigual reconocimiento de los derechos, no ha sido tal.

4. Igualmente relevante en la consecución del equilibrio es la equivalencia institucional de los derechos analizados, atendida la importancia de contar con autoridades especializadas y estructuras eficientes que permitan el desarrollo y garantía del acceso a la información pública y la protección de datos personales. En este ámbito se constatan diferencias considerables en los dos modelos analizados. En el sistema chileno no existe una equivalencia institucional, lo que se refleja en la inexistencia de una autoridad de control en materia de protección de datos personales a pesar del consolidado funcionamiento del CT. Distinto es el caso español, en que se prevé órganos administrativos independientes para asegurar un estándar adecuado de amparo y desarrollo de los derechos, manteniendo un equilibrio en la institucionalización de estos. Además, actúan coordinadamente en la adopción de criterios de aplicación ante casos de colisión de los dos derechos, que puede coadyuvar a una aplicación más coherente y equilibrada de estos.

5. Específicamente respecto a la estructura orgánica de los órganos garantes de la transparencia, en ambos ordenamientos se observan oportunidades de avance en miras de hacer más probable una mejor ponderación de los derechos. Mientras que en el CT es destacable su carácter colegiado (con las ventajas que supone la deliberación en la adopción de decisiones), es cuestionable la falta de cualificación profesional y experiencia de los consejeros, sobre todo teniendo en consideración que la ponderación de derechos es una labor jurídica compleja. En un sentido inverso, en la función de resolución de reclamaciones, el CTBG se configura como un órgano decisorio unipersonal (que imposibilita el contraste de pareceres para lograr una mejor ponderación), pero con una determinada cualificación profesional. Una posible reforma al diseño institucional del CTBG, debiese apuntar a incorporar la colegialidad, para lo que podría ser útil revisar algunos ejemplos de autoridades autonómicas de transparencia, como la catalana; que contempla un órgano decisorio colegiado y especializado.

6. En cuanto a la forma en que los ordenamientos jurídicos de Chile y España establecen un marco para la relación entre los derechos examinados, se develan, igualmente, diferencias sustanciales. En efecto, salvo una única referencia por parte de la LAIP a la LPVP y la consagración de los derechos de las personas como límite al derecho de acceso, en Chile la relación entre ambos estatutos normativos carece de una regulación específica y no se han contemplado en la ley criterios de ponderación. Ante esta última circunstancia, el CT ha

salido al paso, sentando criterios generales de ponderación. Se contraponen la experiencia española, en la cual se ha establecido un verdadero subsistema normativo sobre la regulación de las relaciones entre ambos derechos (más adecuado en la labor de conciliación) que contempla la protección de datos personales como límite explícito al acceso a la información pública, la determinación del régimen aplicable, los criterios de ponderación legislativos y la adopción de criterios de aplicación por parte de las autoridades garantes de ambos derechos de los criterios establecidos en la ley .

7. Es destacable la previsión por parte del legislador español de criterios de ponderación, y particularmente aquellos que constituyen prevalencias *prima facie* que, junto con constituir una guía ineludible para el órgano administrativo garante al momento de realizar el juicio de ponderación, reducen el margen de apreciación de dicho órgano y aportan mayor seguridad jurídica. Lo anterior, reforzado por los criterios de aplicación adoptados por la AEPD y el CTBG, que se presentan como instrumentos de racionalización de las ponderaciones efectuadas.

8. El mayor grado de equivalencia institucional y de adopción de un subsistema que apunta a la conciliación de los dos derechos en el caso español, trasunta, en la práctica, a la consecución de decisiones mejor ponderadas. Así, de las decisiones analizadas, se observa que el CTBG resuelve con un enfoque más matizado y equilibrado, tal como se da cuenta en el caso de la solicitud de nombres de invitados a un evento político, otorgando a cada derecho un adecuado alcance y valoración de manera tal de lograr la efectividad de ambos, mientras que en las decisiones revisadas del CT, como consecuencia de desbalances y omisiones regulatorias (sobre todo a nivel institucional) se produce una infravaloración del derecho de protección de datos personales en el juicio ponderativo, y con ello, un desequilibrio entre los derechos que colisionan.

9. El modelo chileno requiere de importantes reformas para lograr una adecuada valoración del derecho de protección de datos personales, que permita hacer más probable el equilibrio de ese derecho cuando entre en colisión con el derecho de acceso a la información pública. Se debiese apuntar a una institucionalización de la protección de datos personales, mejorar la estructura orgánica del CT y prever criterios de ponderación por parte del legislador. Sobre los dos primeros aspectos a modificar, el congreso chileno ha tomado nota.

Bibliografía

Libros y artículos en revistas académicas

Álvarez Valenzuela, Daniel. «Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?», *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 23, n.º1, (2016): 51-79.

———. «El sistema constitucional de protección de la privacidad en el derecho chileno», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2, n.º2, (2020): 49-94.

Arroyo Jiménez, Luis. «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», en Luis Ortega y Susana de la Sierra (coordinadores) *Ponderación y derecho administrativo*, 19-49. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Camacho Cepeda, Gladys. «La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena», *Revista de Gestión Pública* 3, n.º1 (2014): 73-93.

Cerda Silva, Alberto. *Legislación sobre la protección de datos de las personas frente al tratamiento de sus datos personales* [Separata], Santiago: Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile, 2012.

Cerrillo I Martínez, Agustí. «El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales», *Cuadernos de Derecho Local Fundación Democracia y Gobierno Local*, (2017): 127-156.

Contreras, Pablo, Pablo Trigo y Leonardo Ortiz. «Un sistema fragmentado: La protección sectorial de los datos personales en Chile», *Revista Derecho Administrativo Económico*, n.º35 (2022): 36-64.

Cotino Hueso, Lorenzo «Los derechos fundamentales del acceso a la información pública, sus límites y la supletoriedad de la legislación general de transparencia», en Lorenzo Cotino y Andrés Boix (coordinadores) *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Covarrubias Cuevas, Ignacio. «Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada», *Revista de derecho (Valparaíso)*, n.º38, (2012): 499-541.

David, René y Jauffret-Spinosi, Camile. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.

De la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, Tomás «Los derechos en la sociedad digital: visión subjetiva y visión institucional», en Edgard González López (director), *Las TIC y la sociedad digital. Doce años después de la ley*, 71-127. Bogotá: Universidad Externado, 2021.

Fernández Ramos, Severiano «La transparencia pública: pasado, presente y futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º51 (2018): 213-243.

———. *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: Ley 19-2013, de 9 de diciembre*, 1ª ed. Navarra: Cizur Menor Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

García, Gonzalo y Contreras, Pablo «Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional», *Revista de Estudios Constitucionales*, 7 (2009): 137-175.

Guichot, Emilio. *Datos personales y administración pública*. 1ª ed. Navarra: Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2005.

———. *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Navarra: Cizur Menor Thomson/Civitas, 2009.

———. y Barrero Rodríguez, Concepción. *El derecho de acceso a la información pública*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

———. *El acceso a la información pública en el Derecho Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Herrera Bravo, Rodolfo, «Consideraciones sobre la dialéctica y el equilibrio entre la información pública y los datos personales», *Nomos-Universidad de Viña del Mar*, n.º2, (2008):161-182.

Jiménez, Fernando «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: algún progreso, pocas esperanzas» en Isabel Wences, Mario Kölling y Sabrina Ragone (coords.), *La ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una perspectiva académica*, 135-147. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Malaret, Elisenda «A vueltas con las garantías de la independencia de las Autoridades de regulación: a propósito de los nombramientos (y cese) y del alcance de su control judicial», *AAVV: Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Tomas de la Quadra Salcedo*, 1413-1441. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

———. «Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial: introducción general», Elisenda Malaret García (directora) en *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, 19-46. Navarra: Cizur Mejor Aranzadi, 2019.

Martín Delgado, Isaac «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y buen gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en Fernando López Ramón (coordinador) *Las vías administrativas de recurso a debate*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

———. «La configuración legal de las autoridades de transparencia», en *Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia: algunas propuestas de mejora*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019.

Martínez Martínez, Ricard. *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*. 1. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

Martínez López-Sáez, Mónica. *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Mir Puipelat, Oriol «El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º55 (2017): 48-66.

Moretón Toquero, Arancha «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º33 (2014): 1-24.

Pérez Conchillo, Eloisa. *Transparencia y derecho de acceso a la información pública: configuración y naturaleza constitucional*. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

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 José Luis Piñar Mañas (director) *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, 45-62. Madrid: Reus, 2014.

Porras Ramírez, José María. «La tensión entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos en España». *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça* 10, n.º34 (2016): 17-39.

Rajevic Mosler, Enrique «Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: Inevitable y deseable ponderación», en Raúl Arrieta Cortés (coordinador) *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*, 137-147. Santiago, Chile: Expansiva, 2011.

Rams Ramos, Leonor. «El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal como límite ¿(in)franqueable? para la transparencia administrativa». *Estudios de Deusto* 66, n.º2, (2018):119-152.

Rodríguez de Santiago, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid Barcelona: Marcial Pons, 2000.

Sánchez de Diego de la Riva, Manuel y Droguett González, Carmen. «El derecho de acceder a la información y la protección de datos personales. Análisis crítico de la regulación en Chile y España», en Moreno Bobadilla, Angela y Serrano Maíllo, Isabel (directoras) *El derecho a la protección de datos personales en Europa y en América: diferentes visiones para una misma realidad*, 57-69. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Sanz Salguero, Francisco, «Grado de equivalencia entre la protección de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública». *Revista de derecho (Valparaíso)*, n.º48 (2017): 135-163.

Normativa citada

Convención Americana de Derechos Humanos, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. (D.O. 5 de enero de 1991). <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022>> [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. (D.O. 29 de abril de 1989). <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar-app?idNorma=15551>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Convenio n.º205 del Consejo de Europa, sobre acceso a los documentos públicos, Tromsø, 18 de junio de 2009.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950. (BOE, n.º243, 10-10-1979, págs. 23564 a 23570). <<https://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) Lisboa, 13 de diciembre de 2007. (DOUE, n.º83, 30-3-2010, págs. 1 a 47). <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00001-00388.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) Lisboa, 13 de diciembre de 2007. (DOUE, n.º83, 30-3-2010, págs. 48 a 201). <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00001-00388.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre de 2000. (DOUE, n.º83, 30-3-2010, págs. 389 a 403). <<https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Reglamento (CE) n.º1049/2001, de 30 de mayo de 2011, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. (DOCE, n.º145, 31-5-

2001, págs. 43 a 48). <<https://www.boe.es/doue/2001/145/L00043-00048.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. (DOUE, n.º 119, 4-5-2016, págs. 1 a 88). <<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Chile. Decreto 100, de 27 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. (D.O. de 22 de septiembre de 2005). <[file:///C:/Users/flore/Downloads/DTO-100_22-SEP-2005%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/flore/Downloads/DTO-100_22-SEP-2005%20(9).pdf)> [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Chile. Ley 20.285, de 11 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública. (D.O. 20 de agosto 2008). <[file:///C:/Users/flore/Downloads/LEY-20285_20-AGO-2008%20\(16\).pdf](file:///C:/Users/flore/Downloads/LEY-20285_20-AGO-2008%20(16).pdf)> [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Chile. Ley 19628, de 18 de agosto de 1999, sobre protección de la vida privada. (D.O. de 18 de agosto de 1999). <[file:///C:/Users/flore/Downloads/LEY-19628_28-AGO-1999%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/flore/Downloads/LEY-19628_28-AGO-1999%20(6).pdf)>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

España. Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. (BOE [en línea], n.º311, 29 de diciembre de 1978, págs. 29313 a 29424). <<https://www.boe.es/boe/dias/1985/07/02/pdfs/A20632-20678.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre 2023].

España. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (BOE [en línea], n.º295, de 10 de diciembre de 2013, páginas 97922 a 97952). <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/09/19/dof/spa/pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

España. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (BOE [en línea], n.º294, de 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857). <<https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Aragón. Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación de Ciudadana de Aragón. (BOA [en línea], n.º68, 10-4-2015, págs. 41520 a 41556). <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-5332-consolidado.pdf>> [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Cataluña. Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. (DOGC [en línea], n.º6780, 31-12-2014, págs. 4300 a 4342). <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/01/21/pdfs/BOE-A-2015-470.pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Galicia. Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno. (DOG [en línea], n.º30, 15-2-2016, págs. 23489 a 23522). <<https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2016/01/18/1/dof/spa/pdf>>. [Consulta: 4 de septiembre de 2023].

Jurisprudencia citada

Chile

Sentencia del Tribunal Constitucional 634/2006, de 9 de agosto de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional 2246/2012, de 31 de enero de 2013.

España

Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1988, de 20 de septiembre de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2018, de 4 de octubre de 2018.

Sentencia del Tribunal Supremo 748/2020 (Sala contenciosa administrativa, sección 3a), de 11 de junio de 2020 (recurso 577/2019).

Sentencia del Tribunal Supremo 1891/2022 (Sala contenciosa administrativa, sección 4a) de 24 de mayo de 2022 (recurso 272/2022).

Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º2 de Madrid, 46/2017, de 22 de junio de 2017.

Resoluciones de las autoridades de transparencia

CT

Decisión de amparo C1846-20, de 28 de julio de 2020.

Decisión de amparo C4569-20 de 6 de octubre de 2020.

Decisión de amparo C2475-20 de 17 de septiembre de 2020.

Decisión de amparo C1315-20 de 5 de septiembre de 2020.

Decisión de amparo C240-20 de 28 de enero de 2020.

Decisión de amparo C5653-20 de 2 de febrero de 2021.

Decisión de amparo C8192-20 de 8 de junio de 2021.

Decisión de amparo C7197-22 de 29 de noviembre de 2022.

Decisión de amparo C5435-22 de 11 de octubre de 2022.

Decisión de amparo C4514-22 de 10 de noviembre de 2022.

CTBG

R 0020/2018, de 12 de abril de 2018.

R 044/2018, de 30 de abril de 2018.

R0242/2018, de 13 de julio de 2018.

RT 205/2017 de 21 de junio de 2018.

R 0628/2018, de 23 de enero de 2019.

R 064/2019, de 11 de abril de 2019.

R 0873/2019 de 27 de febrero de 2020.

RT 210/2022 de 19 de octubre de 2022.