



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina



Oficina de Acceso a la
Información Pública

CRITERIOS ORIENTADORES SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES APLICABLES AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN

EXPERIENCIAS COMPARADAS ENTRE ARGENTINA Y REINO UNIDO.

I. INTRODUCCIÓN.

A principios del año 2019, la Oficina de Acceso a la Información Pública (OAIP) del Ministerio Público de la Defensa (MPD) remitió a la Embajada de Reino Unido en Buenos Aires la propuesta de capacitación y fortalecimiento de acceso a la información pública (AIP) en el marco del “Fondo de Proyectos de Cooperación 2019”, auspiciado por dicha institución. El objeto del proyecto fue la realización de jornadas que contribuyeran a difundir y capacitar sobre el derecho de acceso a la información pública en el interior del MPD, analizar el rol de las distintas áreas en materia de datos abiertos y evaluar los requisitos para la correcta ponderación del derecho de AIP y el derecho de protección de los derechos personales, a partir de experiencias comparadas de expertos internacionales y locales.

Así, la OAIP realizó en el mes de septiembre de ese año un primer seminario en la sede central de la Defensoría General de la Nación (DGN) del que participaron diversos expertos y referentes del acceso a la información a nivel internacional, nacional y local pertenecientes a la academia, a órganos garantes o de control, y activistas de la sociedad civil. También se contó con la participación de Gavin Freeguard, director de Programa, Jefe de Datos y Transparencia del *Institute for Government*, una organización *think tank* del Reino Unido que tiene como fin mejorar la efectividad del gobierno en distintas políticas públicas a través de la investigación y el análisis de datos, quien fue uno de los expertos invitados para capacitar a funcionarias y funcionarios del MPD en una mesa de trabajo llevada a cabo en la sede de la DGN.

En el marco del mismo proyecto, durante el mes de octubre se llevó a cabo una conferencia en la sede central de la DGN que tuvo como invitado internacional al juez británico Mark Warby, experto en libertad de expresión, acceso a la información y protección de datos personales. El juez Warby brindó un coloquio sobre estándares de resolución de casos aplicables a dichas temáticas, al que también asistieron funcionarias y funcionarios de la DGN. De esta manera, compartió los principales ejes de trabajo que realiza en su rol como juez y como director de la Escuela Judicial del Reino Unido.

Como resultado de estos encuentros, se extrajeron algunas conclusiones que sirvieron de base para elaborar criterios orientadores en materia de acceso a la información pública y protección de datos personales, y que fueron de utilidad y aplicación en el ámbito del MPD.

Con el paso del tiempo, y el fortalecimiento del sistema de acceso a la información dentro de la institución, se produjo una mayor casuística y se generaron nuevos espacios de debate sobre el modo de gestionar y resolver situaciones jurídicas complejas al momento de implementar las obligaciones establecidas en la ley 27275. Todo ello originó la necesidad de revisar y plasmar en un documento único aquellos criterios orientadores.

Por otro lado, como consecuencia de la crisis sanitaria mundial por la pandemia provocada por el virus COVID-19, la OAIP analizó nuevos criterios motivada en el establecimiento de estándares internacionales y locales que surgieron a raíz de la situación de crisis, especialmente durante los años 2020 y 2021. En ese sentido, el presente documento incorpora un apartado especial referido a dicha situación.

II. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, DATOS ABIERTOS, CONFIDENCIALIDAD Y PROTECCIÓN DE DERECHOS PERSONALES.

El derecho de acceso a la información se encuentra reconocido y regulado y por en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos ellos incorporados a nuestra Constitución Nacional luego de la reforma de 1994¹.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió al derecho de acceso a la información como un derecho humano fundamental desde el caso “Claude Reyes y otro vs. Chile”², y fijó la obligación de los Estados de garantizar un recurso adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, fijando plazos para resolver y entregar la información y que, en caso de denegatoria, deban fundamentar la negativa. Esto lo estableció en el caso “Gomes Lund y otros vs Brasil”³, con el fin de evitar la actuación discrecional y arbitraria del Estado a la hora de facilitar o no determinada información.

¹ Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

² CIDH “Claude Reyes y otros v. Chile” 2006 <https://oaip.mpd.gov.ar/files/Fallo%20CIDH%20-%20Claude%20Reyes%20vs%20Chile.pdf>

³ CIDH “Gomes Lund y otros vs Brasil”, 2010, <https://oaip.mpd.gov.ar/files/Fallo%20CIDH%20-%20Gomes%20Lund%20vs%20Brasil.pdf>

En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) se expidió sobre el derecho de acceso a la información en diversos fallos de relevancia⁴, y, en el año 2016, el Congreso sancionó la ley 27275 que comenzó a regir un año más tarde y tiene como objetivo garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública.

Dicha ley creó la Agencia de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional y ordenó al resto de los poderes y otros órganos autónomos crear una Agencia dentro de sus respectivos ámbitos, con las mismas competencias y funciones que aquella. En ese sentido, el Ministerio Público de la Defensa creó la Oficina de Acceso a la Información Pública mediante Resolución DGN N° 401/2017, convirtiéndose así en el segundo organismo en poner en práctica los principios rectores de la ley citada, después del Poder Ejecutivo Nacional.

Esas agencias tienen la misión de garantizar el derecho de acceso a la información de todas las personas, velar por los principios y procedimientos establecidos en la ley y promover medidas de transparencia activa dentro de las instituciones. Para cumplir con ello de modo acabado, deben trabajar coordinadamente con los responsables de acceso a la información, quienes reciben, tramitan, llevan un registro y realizan un seguimiento de las solicitudes de acceso a la información pública; promueven la implementación de las resoluciones de las Agencias; y brindan asistencia a las solicitantes de información pública.

Tanto las agencias como los responsables de acceso a la información deben velar por el cumplimiento de la ley 27275 basándose en el principio de máxima divulgación, máximo acceso y apertura. Ello implica que toda la información en poder, custodia o bajo control de los sujetos obligados debe ser accesible para todas las personas, debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles. Además, la información debe ser accesible en formatos electrónicos abiertos.

- **Criterio orientador N°1: Datos Abiertos**

Los datos o formatos abiertos son aquellos datos digitales que son puestos a disposición con las características técnicas y jurídicas necesarias para que puedan ser usados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier

⁴ Fallos CSJN: “ADC c/ PAMI” (2012); “CIPPEC c/Min. Desarrollo Social) (2014); “Giustiniani c/YPF” (2015) Y “Garrido c/AFIP” (2016) agrupados en el Portal Web de la OAI <https://oaip.mpd.gov.ar/index.php/fallos-relevantes>

lugar.⁵ En este sentido, los datos abiertos, libres de restricciones legales y económicas para su uso, le permiten a toda persona usuaria de la información, comparar y combinar los distintos conjuntos de datos, fortaleciendo así, la participación ciudadana.

Gavin Freeguard, especialista en el tema, destacó en su exposición la importancia de los datos abiertos por dos razones: por un lado, éstos permiten la rendición de cuentas a la ciudadanía, y, por otro lado, cuanto mejor es la calidad de datos, permite mejorar la calidad de rendimiento de las instituciones.

En el caso del MPD, éste nuclea diversa información en el portal web de transparencia <https://oaip.mpd.gov.ar/> a fin de dar cumplimiento con las obligaciones de transparencia activa enumeradas en el art. 32 de la ley 27275 y ha incorporado a la fecha formatos abiertos referidos a escalas salariales, presupuesto y nómina de personal.

Como criterio orientador en la materia, se sugiere que la nueva información que en el futuro produzcan las diferentes dependencias que conforman el MPD, sea procesada y publicada en formatos CSV, u otros de características similares.

- **Criterio orientador N°2: Información Pública y alcance limitado de las excepciones.**

La ley 27275, entre sus principios, establece el de *presunción de publicidad* que implica que toda información en poder de los sujetos obligados se presume pública, salvo las excepciones previstas por dicha ley. Asimismo, define información pública como “todo tipo de dato contenido en documentos de cualquier formato que los sujetos obligados [...] generen, obtengan, transformen, controlen o custodien”⁶

En este sentido, debe considerarse información pública todos los archivos en formato papel y/o digital que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien las áreas y dependencias del organismo, a excepción de aquella información que esté alcanzada por las excepciones enumeradas en el artículo 8º de la ley 27275. Entre ellas, las de aplicación más frecuente en el ámbito del MPD son las que refieren a información elaborada por asesores jurídicos o abogados cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación de algún delito u otra irregularidad o cuando la información privare a una persona del pleno ejercicio de la garantía del debido proceso⁷, a información protegida por el secreto

⁵ Carta Internacional de Datos Abiertos. Open Data Charter. Principios. <http://opendatacharter.net/principles-es/>

⁶ Art 3º

⁷ Art. 8º inc. g)

profesional⁸, y a información de carácter judicial cuya divulgación estuviera vedada por otras leyes o por compromisos contraídos por la República Argentina en tratados internacionales⁹.

Sin embargo, que haya información dentro del MPD que pueda estar alcanzada por alguna de las excepciones citadas, o bien por alguna de las restantes enumeradas en la ley, no exime al organismo de fundarlas correctamente ni de que sean utilizadas únicamente en casos excepcionales, para evitar un uso abusivo. Por eso, la OAIP recomienda, además de una acabada fundamentación al momento de aplicar alguna causal de excepción a la publicidad, incorporar el régimen de excepciones únicamente bajo las categorías recomendadas por la Organización de Estados Americanos¹⁰, esto es, información reservada, que comprende a aquella Información pública que se excluye temporalmente del conocimiento de las personas por existir un riesgo claro, probable y específico de daño a intereses públicos; e información confidencial, que es aquella información privada en poder de sujetos obligados cuyo acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido.

- **Criterio orientador N° 3: Acceso a la información pública, protección de datos personales y deber de confidencialidad. Prueba de interés público.**

La tensión que en ocasiones se produce entre el derecho de acceso a la información pública, el derecho de protección de datos personales y el deber de confidencialidad existente entre los/as defensores/as y las personas asistidas debe resolverse aplicándose como estándar la *prueba de interés público*. Esto implica que, al invocar la existencia de una causal de confidencialidad ante una solicitud de Información, y cuando exista una colisión de derechos, el MPD deberá analizar la ocurrencia de los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. La primera implica la legitimidad del derecho adoptado como preferente y requiere que éste sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido; la necesidad implica la falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la Información, para satisfacer un interés público; y la proporcionalidad, el equilibrio entre el perjuicio y el beneficio en favor del

⁸ Art. 8º inc. h)

⁹ Art. 8º inc. k)

¹⁰ Ley Modelo Interamericana 2.0 sobre Acceso a la Información Pública de la OEA (2020) http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica.pdf

interés público protegido, a fin de que la decisión represente un beneficio mayor al perjuicio que la apertura y divulgación de la Información podrían causar a la población.

En materia de datos personales, ellos gozan de una protección legal superior y constituyen una de las causales de excepción a la publicidad de la información de la ley 27275.¹¹ En ese sentido, la ley de acceso a la información propone que la información que contenga ese tipo de datos se sea exceptuada de la publicidad, salvo que se produjese alguna de las siguientes cuestiones: que esa información sea brindada aplicándose procedimientos de disociación, o que se cumpla con las condiciones de licitud previstas en la ley 25.326 de protección de datos personales y sus modificatorias.

En el primer caso, la ley de acceso a la información nos brinda una disposición que emana de la ley Modelo de la OEA¹²: el sistema de tachas. Cuando exista un documento que contenga en forma parcial información cuyo acceso esté limitado por las excepciones, el MPD deberá publicar el resto de la información no exceptuada, utilizando el sistema de tachas o disociando aquellas partes sujetas a la excepción; y fundamentando los motivos por el cual no pudo brindarse esa información.

En el segundo caso, las condiciones de licitud impiden cualquier tratamiento de los datos sin el consentimiento libre, expreso e informado de su titular, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias. Dicho consentimiento no será necesario cuando los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; los datos se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; cuando se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; cuando deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; y cuando se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39º de la ley 21526.¹³

¹¹ Art. 8º, inc. i)

¹² Art.41º Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública de la OEA versión 1.0 (2010) http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10.pdf y retomada nuevamente en el artículo 44 de la versión 2.0 (2020)

¹³ Conforme art. 5º de la Ley Nacional de Protección de Datos Personales Nº 25.326.

- **Criterio orientador N° 4: Rol de las instituciones que integran el servicio de justicia en materia de acceso a la información. Prueba de daño.**

El rol de las instituciones que forman parte del servicio de justicia es vital a la hora de promover una justicia abierta y transparente, pilares fundamentales de una sociedad democrática. Este rol debe compatibilizarse con aquellas normas y disposiciones que establecen la obligación de resguardar a determinados grupos de la sociedad, como, por ejemplo, los niños, niñas, adolescentes e incapaces. Ello fue contemplado en las conocidas “Reglas de Heredia”, que establecieron, entre otras cuestiones, que la finalidad de la difusión en Internet de las sentencias y resoluciones judiciales será el conocimiento de la información jurisprudencial y la garantía de igualdad ante la ley, así como también procurar alcanzar la transparencia de la administración de justicia; prevaleciendo los derechos de privacidad e intimidad cuando se traten datos personales que se refieren a niños, niñas, adolescentes, incapaces o cuando se trate de datos sensibles.¹⁴

El rol de compatibilizar el acceso a la información con una protección especial de información referida a determinados grupos que el sistema intenta resguardar, genera la obligación de analizar con cautela aquellas resoluciones que incluyen ese tipo de información. Si bien debe predominar en todo momento el principio de disociación al que hemos referido en el apartado del criterio orientador N° 3, se recomienda la aplicación del estándar de *prueba de daño*, que implica que, al invocar la existencia de una causal de reserva ante una solicitud de Información, el sujeto obligado deberá demostrar que la divulgación de la información solicitada puede generar un daño real, demostrable e identificable de perjuicio significativo a un bien jurídico o derecho tutelado claramente identificado en una ley.

Además, requiere que no haya un medio alternativo menos lesivo para el interés público de conocer la información, que el riesgo del perjuicio que supondría la divulgación de la información supere el interés público de que ella se difunda, que la limitación se adecúe al principio de proporcionalidad, y que la restricción no atente contra la esencia misma del derecho a la Información.¹⁵

En la experiencia comparada, el juez invitado Mark Warby presentó su exposición sobre la publicación de datos personales en las sentencias judiciales, y enfatizó en que “la regla general es que los nombres de las partes de una acción se hacen públicos cuando los asuntos se

¹⁴ “Reglas de Heredia. Reglas mínimas para la difusión de información judicial en internet”. Costa Rica, Año 2003 http://www.iijusticia.org/heredia/Reglas_de_Heredia.htm

¹⁵ Art. 35º, Ley modelo OEA 2.0 sobre acceso a la información.

presentan ante el tribunal y se incluyen en las órdenes y sentencias del tribunal”¹⁶ y que el anonimato sería entonces una derogación de la justicia abierta. Sin embargo, agregó que “el tribunal debe ordenar que no se divulgue la identidad de ninguna de las partes o testigos si, y solo si, considera que la no divulgación es necesaria para garantizar la adecuada administración de justicia y para proteger los intereses de esa parte o testigo.”

III. COVID -19: ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

En el año 2020, el mundo se encontró ante la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia del virus COVID-19 que afectó -y sigue afectando- derechos humanos fundamentales, lo que motivó a diversos organismos internacionales a revisar y reforzar algunos estándares de aplicación en materia de acceso a la información pública. Entre ellos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó en abril del 2020 la resolución 1/2020 donde advierte la afectación de la plena vigencia de los derechos humanos en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19. Entre los estándares mencionados en el documento, la CIDH insta a que los Estados “aseguren el derecho de acceso a la información pública en el marco de la emergencia generada por el COVID-19 y no establezcan limitaciones generales basadas en razones de seguridad u orden público...”¹⁷

Por otro lado, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) de México, organismo con el que hemos tenido la oportunidad de intercambiar criterios en diversos encuentros, emitió un comunicado en el que hizo hincapié en “recordar a las instituciones y prestadores de servicios de salud públicos y privados, así como a la población en general, que los datos relacionados con el estado de salud presente o futuro de una persona identificada o identificable son considerados por las leyes en materia de protección de datos, como datos personales sensibles”¹⁸

En Argentina, quien vela por el cumplimiento de la ley 25326 de protección de datos personales es la Agencia de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional. Es por ello que, ante la emergencia sanitaria suscitada por la pandemia de COVID-19, dicha

¹⁶ Juez Maurice Kay en caso “JH v News Group Newspapers Ltd (CA)”, Reino Unido, Año 2011.

¹⁷ CIDH “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” Resolución 1/2020, recomendación Nro. 32, Año 2020. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

¹⁸ INAI “Ante casos de covid-19, recomendaciones para tratamiento de datos personales” 085/20, México Año 2020 <https://home.inai.org.mx/wp-content/documentos/SalaDePrensa/Comunicados/Comunicado%20INAI-085-20.pdf>



Agencia publicó en su sitio oficial un comunicado referido al tema¹⁹ en el cual se remarcan algunos de los principios fundamentales de la ley, en particular los referidos a datos personales de salud, como por ejemplo, que los datos en materia de salud forman parte de la categoría de datos sensibles y, en consecuencia, merecen una protección más rigurosa²⁰; y que la divulgación del nombre de un paciente que padezca o haya padecido coronavirus requiere de su consentimiento²¹.

Siguiendo los criterios mencionados, se recomienda que, en caso de recolección y tratamiento de este tipo de datos, se tenga presente el régimen de protección más riguroso que rige en nuestro ordenamiento.

¹⁹AAIP PEN <https://www.argentina.gob.ar/noticias/tratamiento-de-datos-personales-ante-el-coronavirus>, Año 2020

²⁰ Art. 2º y 7º de la Ley 25326 de Protección de Datos Personales.

²¹ Art. 5º de la Ley 25326 de Protección de Datos Personales.